

# Şüpheli ve Saniğa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu?

## Şüpheli ve Saniğin Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler

Hakemli Makale

**Z. Özen İNCİ**

Dr. Öğr. Üyesi, Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Ana Bilim Dalı.

### İÇİNDEKİLER

GİRİŞ .....	121
I. Katlanma Yükümlülüğünün Tanımı .....	121
II. Katlanma Yükümlülüğünün Sınırları .....	125
A. Hukuk Devleti İlkesi .....	125
B. Oranlılık İlkesi .....	126
C. İnsan Onurunun Dokunulmazlığı İlkesi .....	127
D. Nemo Tenetur İlkesi .....	129
1. Genel Olarak .....	129
2. İlkenin Kapsamı .....	130
a. Susma Hakkı .....	130
b. Kendi Aleyhine Delil Göstermeye Zorlama Yasağı .....	135
III. Katlanma Yükümlülüğü Bakımından Tartışmalı Bazı Ceza Muhakemesi İşlemleri .....	137
A. Şüpheli veya Saniğin Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması .....	137
B. Teşhis .....	143
C. Keşif ve Yer Gösterme .....	147
D. Fizik Kimliğin Tespiti .....	151
E. Koruma Tedbirleri Bakımından Katlanma Yükümlülüğü .....	152
1. Arama ve El koyma .....	152
2. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi .....	156
3. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Haberleşmenin Denetlenmesi ve Teknik Araçlarla İzleme .....	158
SONUÇ .....	159
KAYNAKÇA .....	163

---

## ÖZET

---

Temel amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan ceza muhakemesi hukuku, bu amaç çerçevesinde çoğu zaman şüpheli veya sanığın temel haklarına bir takım müdahalelere ihtiyaç duyar. Şüpheli veya sanığın ise bu müdahalelere katlanmakla yükümlü olduğu ifade edilir. Buna karşın, söz konusu katlanma yükümlülüğünün de belirli bir sınırının bulunması kaçınılmazdır. Nitekim evrensel bir ceza muhakemesi hukuku ilkesi olan ve Anayasamızda da düzenlenen nemo tenetur ilkesi uyarınca, hiç kimse kendisini veya yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Zorlama yasağı çerçevesinde, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemlerine aktif bir katılıma zorlanamayacağı, ancak pasif bir katlanma yükümlülüğünün bulunduğu ifade edilmekle birlikte kanunlarımız, öğreti ve uygulama pek çok noktada şüpheli veya sanığın kendisi aleyhine delil göstermeye zorlanabileceği yönünde a priori bazı eğilimler içerisindedir. Dolayısıyla, katlanma yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün sınırları belirlenirken zorlama, aktif katılmaya zorlama yasağı ve pasif katlanma yükümlülüğü gibi bazı kavramlara açıklık getirilmesi ve belirli kriterlerle katlanma yükümlülüğünün sınırının çizilmesi gerekir.

### Anahtar Kelimeler

International Law, Tax Law, Human Rights Law, Legal System, Litigation Process

---

## ABSTRACT

---

### **A Criminal Procedure Law in Contravention of The Suspect And The Accused? Sufferance Duty of The Suspect and The Accused of Criminal Proceedings and The Thoughts on The Limitations of This Duty**

As the main purpose of criminal procedure law is to reveal the material reality, this specific purpose is mostly served by introducing some kind of intervention to the fundamental rights of the suspect and the accused. It is suggested that the suspect or the accused is under the sufferance duty against criminal proceedings. But, on the contrary, it is obvious that there is a limitation to that duty. According to the one of the most prominent universal principles of criminal law, that is maxim nemo tenetur no one is forced to accuse and give evidence against itself and its relatives, as it is regulated under the Turkish Constitution. Although it is connoted that the suspect or the accused is not forced to participate actively, but passively in criminal proceedings, both our laws, the doctrine and the practice have shown a priori tendency that the suspect or the accused can be forced to give evidence against itself. Thus, it is required to define the terms such as enforcement, enforcement ban on active participation, passive sufferance duty and to delineate the limits of sufferance duty by using specific criterias in order to determine its context and limits.

### Keywords

Sufferance Duty, Maxim Nemo Tenetur, Enforcement Ban, Enforcement Ban on Active Participation, Passive Sufferance Duty, Right to Silence/(Right to Remain Silent).

## GİRİŞ

Temel amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan ceza muhakemesi hukuku, bu amaç çerçevesinde çoğu zaman şüpheli veya sanığın temel haklarına birtakım müdahalelere ihtiyaç duyar. Şüpheli veya sanığın ise bu müdahalelere katlanmakla yükümlü olduğu ifade edilir. Buna karşın, söz konusu katlanma yükümlülüğünün de belirli bir sınırının bulunması kaçınılmazdır. Nitekim evrensel bir ceza muhakemesi hukuku ilkesi olan ve Anayasamızda da düzenlenen nemo tenetur ilkesi uyarınca, hiç kimse kendisini veya yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.

Söz konusu düzenlemenin hukuk sistemimizde normlar hiyerarşisi içinde en yukarıda bulunması dolayısıyla ilgili kanunların ve bu kanunlara dayalı gerçekleştirilen uygulamanın da nemo tenetur ilkesine aykırı olmaması gerekir. Bu minvalde örneğin, şüpheli veya sanığın susma hakkı bulunduğu, ifade ve sorgu öncesinde kendisine bu hakkın mutlaka hatırlatılması gerektiği, susma hakkını kullanan şüpheli veya sanığın durumunun da kendisine aleyhine değerlendirilemeyeceği ve maddi veya manevi zor kullanılarak alınacak ifadenin de mutlak bir delil yasağı teşkil edeceği kanunda açık bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak nemo tenetur ilkesi sadece susma hakkını garanti altına alan değil, aynı zamanda şüpheli veya sanığın kendisi aleyhine delil göstermeye zorlanamayacağını da kapsayan bir ilkedir. Buna göre, şüpheli veya sanığın susma hakkının yanı sıra kendisi aleyhine delil göstermeye de zorlanamayacağını söylemek gerekir.

Öğretide *zorlama yasağı* çerçevesinde, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemlerine aktif bir katılıma zorlanamayacağı ancak bu işlemlere pasif katlanma yükümlülüğünün mevcut olduğu ifade edilmektedir. Buna karşın, kanunlarımız, öğreti ve uygulama pek çok noktada şüpheli veya sanığın kendisi aleyhine delil göstermeye zorlanabileceği yönünde *a priori* bazı eğilimler içerisindedir. Dolayısıyla, katlanma yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün sınırları belirlenirken *zorlama*, *aktif katılmaya zorlama yasağı* ve *pasif katlanma yükümlülüğü* gibi bazı kavramlara açıklık getirilmesi ve belirli kriterlerle katlanma yükümlülüğünün sınırının çizilmesi gerekir. Bu çerçevede, çalışmamızda öncelikle katlanma yükümlülüğünün tanımı üzerinde durulacak ve katlanma yükümlülüğünün Anayasal sınırları çizilecektir. Akabinde ise tartışmalı olan veya olabilecek bazı ceza muhakemesi işlemleri bakımından şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğü açıklanmaya çalışılacaktır.

## I. Katlanma Yükümlülüğünün Tanımı

Ceza muhakemesinin maddi gerçeği ortaya çıkarma amacına ulaşabilmesi için bazı işlemlerin zamanında ve mutlak surette yapılması gerekmektedir. Gerçekten bazı deliller, vakit kaybetmeksizin sağlıklı ve güvenilir bir şekilde toplanmadığı takdirde, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması mümkün olmayabilir. Bu bakımdan, ceza muhakemesi hukukunda delillerin toplanabilmesi için bazı temel hak ve özgürlüklere müdahale yapılması zorunludur<sup>1</sup>. Örneğin suç delillerinin ele geçirilmesi amacıyla şüpheli veya sanığın üstü, eşyası, konutu işyeri veya ona ait diğer yerlerde arama yapılması halinde Anayasa (AY) m.20'de düzenlenen özel hayatın gizliliği veya 21'inci maddede düzenlenen konut

1 Ersin, Ali, Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü, CHD, Y: 6, S: 16, Ağustos 2011, s. 191.

dokunulmazlığı gibi temel haklara müdahale edilmiş olur. Temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden bu ceza muhakemesi işlemlerine ise şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğünün olduğunu kabul etmek gerekir.

Yükümlülük, kişinin belli şekilde davranması gerektiğini ifade eder. Yükümlülükler ceza muhakemesi açısından, deyim yerindeyse olmazsa olmaz öneme sahiptir. Zira şüpheli, sanık veya diğer kişiler hakkında bazı yükümlülükler öngörülmemiş olması halinde, ceza muhakemesinin düzgün ve eksiksizce ilerleyebilmesi mümkün olmaz. Bu sebeple, ceza muhakemesinde bu yükümlülüklerin rıza ile yerine getirilmemesi halinde, bunların zorla yerine getirilmesi sağlanmaktadır<sup>2</sup>.

Buradan hareketle, soruşturma ve kovuşturmanın gereği gibi yapılabilmesi için şüpheli veya sanığın kendisine karşı yapılan bu işlemlere karşı koymamak yönünde bir yükümlülüğü bulunmaktadır ki, ceza muhakemesi hukukunda buna *katlanma yükümlülüğü* adı verilir<sup>3</sup>. Başka bir tanıma göre katlanma yükümlülüğü; şüpheli, sanık veya mağdurun ceza muhakemesi işlemlerine muhatap olup bir şeyi yapma veya yapmama yükümlülüğü altına girebileceğini ifade eder<sup>4</sup>. Öğretide bazı yazarlar tarafından *boyun eğme mecburiyeti*<sup>5</sup>, *uyma zorunluluğu*<sup>6</sup> veya *sanığın yargılanmak ve cezalandırılmak yükümlülüğü*<sup>7</sup> olarak da adlandırılan katlanma yükümlülüğünün Alman öğretisinde *Duldungspflicht* olarak adlandırıldığını söyleyebiliriz<sup>8</sup>.

2 **Ertuğrul**, Hüseyin, Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü, Gazi üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XII, Y: 2008, S: 1-2, s. 690.

3 **Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10 Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s. 156; Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 6. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 154; **Ersin**, s. 193. Belirtmek gerekir ki; katlanma yükümlülüğü ceza muhakemesi hukukunda sadece şüpheli ve sanık tarafından değil, mağdur veya tanık gibi diğer kişiler bakımından da söz konusu olabilir. Nitekim tanıklık yapma ödevi yahut mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasına ilişkin düzenlemeler bunun en temel örneklerini teşkil eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Weiss**, Doris Inga, Duldungs- und Mitwirkungspflichtten Nichtverdächtiger im Strafverfahren, s. 24 vd.

4 **Ertuğrul**, s. 687.

5 Bu yönde tanımlama için bkz. **Kunter**, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1981, s. 347; **Kunter**, Nurullah/**Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2010, s. 433; Özbek, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 251. Benzer yönde tanımlama için bkz. Ünver, Yener/**Hakeri**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 1, 8. Baskı, Ankara 2013, s. 300; Öztürk, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sırma**, Özge/**Kırıt**, Yasemin F. Saygılar/Özaydın, Özdem/**Akcan**, Esra Alan/**Erden**, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2015, s. 245; **Turhan**, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s.113; **Yurtcan**, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2007, s. 177.

6 Bu yönde tanımlama için bkz. **Toroslu**, Nevzat/**Feyzioğlu**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 126. Yazarlar katlanma yükümlülüğünü, '*Şüphelinin ve Sanığın Zorunlulukları*' başlığı altında ve *uyma zorunluluğu* kavramıyla ifade etmişlerdir. Gerçekten de yazarlara göre, şüpheli ve sanık, muhakeme sırasında kendi hakkında verilen kararlara uymak zorundadır. Aksi halde bu kararlar zorla yerine getirilirler. Uyma zorunluluğu, yerine getirilebilen kararlar yönünden söz konusudur. Örneğin hakkında tutuklama kararı verilen şüpheli ve sanık tutuklanır ve tutukevine gitmekte direnirse zorla götürülür. Suçla ilgili eşyaya el konulmasına karar verildiğinde, sanık bunu teslim etmek zorundadır; teslim etmezse elinden zorla alınır.

7 Bu yönde tanımlama için bkz. **Soyaslan**, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2006, s. 195.

8 **Beulke**, Werner, Strafprozessrecht, 13. Auflage, Heidelberg 2016, s. 88; **Bosch**, Nikolaus, Aspekte des

Ceza ve ceza muhakemesi hukukunda şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğüne, bir diğer ifadeyle boyun eğme mecburiyetine uymaması, çeşitli şekillerde yaptırım altına alınmıştır. Bu yaptırımlar; bazen bir suç, bazen idari bir yaptırım bazen de yargılamaya ilişkin bir kural olarak karşımıza çıkar. Örneğin; Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 147/1 maddesi uyarınca, şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür. Şüpheli veya sanığın bu yükümlülüğe aykırı davranması halinde yerine göre Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 206'ncı maddesinde düzenlenen *resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan* veya diğer unsurları da mevcutsa TCK'nın 268'inci maddesinde düzenlenen *başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması* suçu oluşabilir. Öte yandan kimliği bildirmeme Kabahatler Kanunu'nun 40'inci maddesinde de idari yaptırım gerektiren bir fiil olarak ayrıca düzenlenmiştir<sup>9</sup>. Yine CMK m.193 uyarınca sanığın duruşmada hazır bulunması gerekir. Duruşmaya gelmemesinin geçerli nedeni olmaması halinde, sanığın zorla getirilmesine karar verilebilir. Sanık, hakkında verilen zorla getirme kararına katlanmak yükümlülüğü altındadır.

Katlanma yükümlülüğüne sadece ceza yargılaması hukukunda değil, özel hukuk yargılamasında da yer verilmiştir. Gerçekten de, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 288 ila 292'nci maddelerinde düzenlenen keşif hükümleri bakımından benzer bir katlanma yükümlülüğünün varlığından söz edilebilir<sup>10</sup>. Nitekim HMK'nın 291'inci maddesinin başlığı '*Keşfe Katlanma Yükümlülüğü*' şeklindedir. Buna göre, taraflar ve üçüncü kişiler, keşif kararının gereğine uymak ve engelleyici tutum ve davranışlardan kaçınmak zorundadırlar. Yine, HMK m.292/1'de, uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkesin soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorunda olduğu, haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa

nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht- Ein Beitrag zur funktionorientierten Auslegung des Grundsatzes "nemo tenetur seipsum accusare", Berlin 1998, s. 285; **Kölbels**, Ralf, Selbstbelastungsfreiheiten- Der nemo-tenetur-Satz im materiellen Strafrecht, Berlin 2006, s. 44; **Nothelfer**, Martin, Die Freiheit von Selbstbeziehungszwang- Verfassungsrechtliche Grundlagen und einfachgesetzliche Ausformungen, Heidelberg 1989, s. 90; **Park**, Tido, Handbuch Durchsuchung und Beschlagnahme, 2. Auflage, 2009, s. 730; **Verrel**, Torsten, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren- Ein Beitrag zur Konturierung eines überdehnten Verfassungsgrundsatzes, München 2001, s.76; **Weiss**, s.16; **Wolff**, Heinrich Amadeus, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung- Das Verbot des Zwangs zur aktiven Mitwirkung am eigenen Strafverfahren und seine Ausstrahlungswirkung auf die gesetzlichen Mitwirkungspflichten des Verwaltungsrechts, Berlin 1997, s. 94. *Duldungspflicht* kavramını *Sabretme/Katlanma Yükümlülüğü* olarak Türkçe'ye çevirmek mümkündür.

9 Kaldı ki; Kabahatler Kanunu'nun 40/2 maddesinde kişinin kimliğini açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması halinde, kimliğin belirlenmesi amacıyla ve kimliği belirleninceye kadar kişinin gözaltına alınması ve tutuklanması da mümkündür. Almanya'da bu durum Düzene Aykırılıklar Kanunu (OWiG) çerçevesinde para cezasını gerektiren bir eylem olarak düzenlenmiştir. Bkz. **Demirbaş**, Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 118, dpn. 282.

10 **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2013, s. 437; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usûl Hukuku, 13. Bası, Ankara 2012, s. 671 vd.; **Bolayır**, Nur, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hakimnin Rolü, İstanbul 2014, s. 466 vd.

uyulmaması halinde ise hâkimin incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar vereceği düzenlenmiştir<sup>11</sup>.

Haklı bir sebep olmaksızın bu yükümlülükten kaçınılması halinde, hâkim zor kullanılarak gerekli incelemenin yapılmasına karar verecektir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, soybağı ile ilgili davaların kamu düzeni kökenli olmaları sebebiyle mahkemenin ihtiyacı olan delilleri gerektiğinde zor kullanılarak elde etmesi gerektiğinden, tıbbi delillerin toplanması bakımından keşfe katlanma zorunluluğu öngörülmüştür<sup>12</sup>.

Hemen ifade edelim ki; HMK'nın 292'nci maddesi Anayasa'ya uygunluğu bakımından öğretide tartışma yaratmıştır. Bir görüşe göre, soybağının tespitine ilişkin olarak kişinin rızası olmaksızın vücuduna fiziki zorlama ile müdahale etmek Anayasa'nın 17'nci maddesinde yer alan kişi dokunulmazlığının ihlali anlamına gelmez. Zira TMK m.24/2'ye göre, üstün nitelikteki bir özel yararı veya kamusal yararı koruyan kanun hükümleri, kişinin vücut bütünlüğünün dokunulmazlığına ilişkin kuralın istisnasını teşkil etmektedir. Bu sebeple, soybağı ile ilgili davalardaki yargılamada çocuğun üst soyunun gerçeğe uygun olarak tespiti hususundaki yararın, beden dokunulmazlığına ilişkin yarardan üstün tutulması gerekir<sup>13</sup>.

Diğer bir görüşe göre ise, soybağının tespitine ilişkin davalarda gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından üstün bir yarar olsa bile, üstün yararın varlığı kişinin vücudundan fiziki zorlamayla kan veya doku alınmasını haklı kılmaz. Bu şekilde, kişinin bedeni üzerinde zorlama yoluyla inceleme yapılması, ölçülülük ilkesini zedeler ve kişilik haklarını ağır bir şekilde ihlal eder<sup>14</sup>. Görüleceği üzere, HMK'da yer alan bir düzenleme dahi katlanma

11 Benzer yönde bir düzenlemeye 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 284'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 2'nci bendinde yer verilmiştir. Buna göre, taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim; durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir. Söz konusu düzenlemenin HMK m.292 ile olan ilişki ve çelişkisi için bkz. Özbilen, Arif Barış, "Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 12, Sayı: 24 Güz 2013/2, s. 112 vd.

12 **Bolayır**, s. 467.

13 Bu yönde görüş için bkz. **Akcan**, Recep, Medeni Usul Hukukundaki Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişilerden Zorla Kan Alınması (Yeni Bir Hüküm Olan Medeni Kanun madde 284 Üzerine İnceleme), Prof.Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 910 vd.; **Budak**, Ali Cem, Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller, YÜHFD, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C: III, S: 2, Y: 2006; s. 338 vd.; **Erten**, Rifat/**Acir**, Birsen/**Taşveren**, Sema, Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, AÜHFD 1996, C: XXXV, S: 1-4, s. 582; **Konuralp**'e göre; ilgililerin vücutu üzerinde fiilen zor kullanılmasına imkan tanıyan bir düzenlemenin zorunlu hallerle sınırlı olması ve bu konudaki anayasal ilkeler göz önünde bulundurulmalıdır. Bkz. **Konuralp**, Halûk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999, s. 105; **Bolayır**, s. 470.

14 **Acabey**, Mehmet Beşir, Soybağı- Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, İzmir 2002, s. 132; **Memiş**, Tekin/**Yıldırım**, Mustafa Fadıl, Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Sorunlar, AÜEHFD 2004, C: VIII, S: 1-2, s. 300; **Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2011, s. 251; **Aksoy Dursun**, Sennem, "Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK m.284 ve HMK m.292'nin Değerlendirilmesi", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi), Y: 2012, C: 8, S: 95-96, s. 116-117. Öğretide bir başka görüş ise, ilamların icrasına ilişkin hükümlerden yola çıkarak HMK'nın 292'nci maddesinin kişilik haklarını ihlal

yükümlülüğü ile ilgili öğretilerde farklı görüşlerin doğmasına ve bu minvalde tartışmalara yol açmıştır.

CMK'da, HMK'daki gibi katlanma yükümlülüğü adı altında tanımlanan bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın, ceza yargılamasında şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğü çok daha fazla ve çok daha sert bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Esasen, ceza muhakemesi işlemlerinin pek çoğu şüpheli veya sanığın üzerinde çoğu kez belirli düzeyde bir zor kullanılmasıyla gerçekleşir. Bu zor da şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemlerine katlanma yükümlülüğü ile açıklanır. Ancak hemen ifade etmek isteriz ki, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemlerine katlanma yükümlülüğünün belirli sınırları vardır ve olmalıdır.

## II. Katlanma Yükümlülüğünün Sınırları

### A. Hukuk Devleti İlkesi

1982 Anayasası'nın 2'nci maddesine göre; *"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir."*

Hukuk devleti, amacı hukukun üstünlüğünü sağlamak olan, bu sebeple tüm faaliyetlerinde (yasama-yürütme-yargı) hukuk kurallarına bağlı ve vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlayan devlet demektir<sup>15</sup>. Bir diğer tanıma göre hukuk devleti, yasama, yürütme ve yargı gücünü yani egemenlik adı verilen muazzam gücü millet adına kullanan Anayasal organların bu gücü yalnızca hukukun genel ilkeleri, Anayasa ve kanunlar çerçevesinde insan haysiyetini korumak, insan hakları ile temel hak ve hürriyetleri gerçekleştirmek, adaleti ve hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla kullanan devlet olarak tanımlanabilir<sup>16</sup>.

Ceza muhakemesi hukuku açısından hukuk devleti ilkesinin anlamı, kanunen saptanmış bağımsız hâkimler önünde olacak yargılamanın açık temel kurallara göre yapılması ve temel hakların güvenceye alınmasıdır. Burada özellikle, şüphelinin yalın araştırma konusu olarak, yani muhakeme objesi olarak kabul edilmemesi, usule ilişkin haklara sahip bir muhakeme süjesi olarak ele alınması gerekmektedir<sup>17</sup>. Gerçeği her ne pahasına

edici bir özellik taşıdığı sonucuna ulaşmaktadır. Gerçekten de, hukukumuzda ilamla tespit edilip yerine getirilmesi emredilmiş bir verme borcuna uyulmaması halinde o nesneye el koyup hak sahibine vermek için yahut çocuğu ilam alacaklısına teslim etmek için zor kullanılabilir ise de yapma yahut yapmama borcunu ifa etmemenin yaptırımı, zor kullanılması değildir. Bu açıdan kendisine karşı öne sürülen, çocuğun babası olmak vb. iddianın doğruluğu henüz bilinmeyen bir kişinin, belki de gerçek dışı bir iddiası söz konusu iken, o iddianın gerçek olup olmadığının ortaya çıkması için polis zoruyla yaka paça, direnirse bağlanıp sürüklenerek, kan ve doku incelemesinin yapılacağı yere götürülüp bedenine zorla müdahalede bulunulması insanlığa sığmadığından hukuka da ters düşer. Bu yönde bkz. **Umar**, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 839.

15 Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2009, s. 122; **Gözler**, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa 2010, s. 82; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 51.

16 Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 109.

17 **Dingeldey**, Thomas, Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafproze recht, JA 1984, s. 408; **Eisenhardt**, Urte, Das nemo tenetur-Prinzip: Grenze körperlicher Untersuchungen beim Beschuldigten- Am Beispiel des § 81a StPO, Frankfurt am Main 2007, s. 139; **Eser**, Albin, Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermitt-

olursa olsun değil, hukuk kuralları içerisinde şüpheli ve sanığın ve muhakemeye katılan diğer kişilerin hak ve çıkarları korunarak araştırılması gerekir<sup>18</sup>. Kısacası, ceza muhakemesi hukukunun temel amacı maddi gerçeği araştırmak olmakla birlikte, bu amacın mutlak olmadığını da ifade etmek gerekir. Zira bu gayeye varmak için bile olsa, kabul edilemeyecek fedakârlıklar, bir diğer söylemle gerçeği araştırmama pahasına korunması gereken yüksek menfaatler vardır. Bu nedenledir ki, bugün ceza muhakemesi hukukunda maddi gerçeğin araştırılmasının yanı sıra, insan haysiyetine saygı gösterilmesine de dikkat edilmesi gerekir<sup>19</sup>. Aksi takdirde hukuk devletinden bahsedilmesi de mümkün olmayacaktır. Nitekim Baccaria'nın da vurguladığı gibi; '*Yasalar ne zaman insanı savsarlar ve onu bir nesneye dönüştürürlerse ortada özgürlükten eser kalmaz.*'<sup>20</sup>

İşte şüpheli ve sanığın ceza muhakemesi işlemlerine katılma yükümlülüğünün ilk sınırını da hukuk devleti ilkesi teşkil eder<sup>21</sup>. Buna göre, insan hakları ile temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalelerin hangi koşullar altında ve ne zaman söz konusu olabileceği kanunlarla belirlenmeli ve söz konusu düzenlemeler hukuk devletinin bir gereği olarak insan haysiyetine aykırı olmamalıdır. Buna göre örneğin, işkence yapılarak ifade alınabileceği kanunla düzenlenmiş olsa bile, bu şekildeki bir kanuni düzenleme hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

## B. Oranlilik İlkesi

Ceza muhakemesi hukukunda oranlilik, failin eyleminin ağırlığı ile başvurulacak önlemin/ işlemin ağırlığı arasında bulunması istenen dengedir<sup>22</sup>. Aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin de bir uzantısı olan oranlilik ilkesi bu dengeyi sağlamak bakımından bir ceza hukuku enstrümanıdır<sup>23</sup>. Buna göre, ceza muhakemesi hukukunda oranlilik ilkesinden anlaşılması gereken; bir ceza muhakemesi işleminin yapılması ile sağlanması beklenen yarar ve verilmesi imkân dâhilinde bulunan zarar arasında bir oranın bulunması, aksi halde işlemde vazgeçilmesi<sup>24</sup>, daha başka bir önleme başvurarak amaca ulaşılabilecek

---

lungsverfahren, ZStW 1967, s. 568; **Hellmann**, Uwe, Strafprozessrecht, 2. Auflage, Berlin- Heidelberg 2006, s. 157 vd.; **Kasiske**, Peter, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess, JuS 2014, s. 15; **Rie**, Peter, Der Beschuldigte als Subjekt des Strafverfahrens Entwicklung und Reform der Strafprozedur, Vom Reichsjustizamts zum Bundesministerium der Justiz- Festschrift zum 100 jährigen Gründungstag des Reichsjustizamtes am 1. Januar 1877, Köln, 1977, s. 375; **Roxin**, Claus/**Schünemann**, Bernd, Strafverfahrensrecht- Ein Studienbuch 29. Auflage, München 2017, s. 109; **Schäfer**, Gerhard, Die Praxis des Strafverfahrens, 6. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln 2000, s. 51; Ünver/Hakeri, s.19. Şüphelinin yargılama süjesi ancak aynı zamanda da araştırmannın objesi olduğu yönünde bkz. **Kühne**, Hans Heiner, Strafprozessrecht- Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht 9. Auflage, Heidelberg 2015, s. 84.

18 **Centel/Zafer**, s. 6.

19 **Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 63.

20 **Beccaria**, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çev.Sami Selçuk), İmge Kitabevi, Ankara 2004, s. 105.

21 **Eisenhardt**, s. 135; **Nothelfer**, s. 12 vd.

22 **Yurtcan**, s. 490.

23 **Ersin**, s. 192; **Ertuğrul**, s. 689.

24 **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 52.



ise daha ağır bir önlemden kaçınılmasıdır<sup>25</sup>. Oranlilik ilkesi, devlete ve bireye ait çatırşan menfaatlerden üstün olanının göz önünde bulundurulması anlamına gelir. Daha az değer taşıyan bir amaç uğruna bireye ait yüksek değerdeki menfaat feda ediliyor ise, oranlilik ilkesine yönelik bir ihlal ortaya çıkar<sup>26</sup>.

Ceza muhakemesi hukukunda bazı işlem ve önlemler bakımından oranlilik ilkesine ilişkin kanuni düzenlemeye hâlihazırda CMK'da yer verilmiştir. Örneğin, CMK m.75/2 uyarınca şüpheli veya sanığın beden muayenesi veya vücudundan örnek alınabilmesi için bu müdahalelerin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. Kanun koyucu bu işleme başvurmak suretiyle elde edilecek menfaati kişinin sağlığının bozulması karşısında oranlı bulmamış, devlete ait menfaatler ile bireye ait menfaatler terazisinde kişinin sağlık hakkının daha ağır geldiğini ifade etmiştir. Benzer şekilde, CMK m.100/4'te, sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda şüpheli veya sanığın tutuklanamayacağı öngörülerek yine menfaatler terazisinde bireye ait menfaat olan kişi özgürlüğünün ceza muhakemesinin amaçlarından daha önemli olduğuna vurgu yapılmıştır. CMK'da oranlilik ilkesine ilişkin pek çok benzer başkaca düzenlemelerin olduğunu söylemek mümkündür.

Öte yandan, oranlilik ilkesine ilişkin açık olarak bir düzenlemeye yahut yasağa kanunda yer verilmemiş olsa dahi, soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından yerine getirilen her türlü ceza muhakemesi işleminde bu ilkeye dikkat edilmek zorundadır. Zira yukarıda da açıkladığımız üzere, oranlilik ilkesi hukuk devleti ilkesinin ve adil yargılanma hakkının bir uzantısıdır. Tüm bu açıklamalar ışığında, şüpheli veya sanığın yürütülen ceza muhakemesi işlemlerine katlanma yükümlülüğünün bir sınırını da oranlilik ilkesinin oluşturduğunu söylemek gerekir<sup>27</sup>.

### C. İnsan Onurunun Dokunulmazlığı İlkesi

İnsanın kendine karşı duyduğu saygı, şeref, özsaygı, haysiyet, izzetinefis olarak tanımlanan *onur* kavramı, değer, saygınlık ve itibar anlamına gelir<sup>28</sup>. İnsan onuru denildiğinde ise salt insan olmak sebebiyle kişinin sahip olduğu değer, saygınlık ve itibar anlaşılır. Bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruh, manevi güç olarak da tanımlanan<sup>29</sup> insan onuru (haysiyeti), insana başka hiçbir özelliğine bakılmaksızın değer atfeden, insanı sırf insan olması sebebiyle değerli ve saygıya layık kabul eden bir terimdir<sup>30</sup>. Özetle, insan

25 Ertuğrul, s. 689.

26 Tezcan, Durmuş/Erden, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/Önok, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2006, s. 328.

27 Eisenhardt, s. 137; Dietz, Heinz-Müller, Die Stellung des Beschuldigten im Strafproze, ZStW 1981, s. 1244; Köhler, Michael, Proze verhältnis und Ermittlungseingriffe, ZStW 1995, s. 21; Nothelfer, s. 33.

28 Bkz. www.tdk.gov.tr (Erişim: 05.12.2015).

29 Öztürk/Tezcan/Erden/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 113.

30 Bulut, Nihat, "Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış", EÜHFD, C: XII, S: 3-4 (2008), s. 2; Seymen Çakar, Ayşen, "Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru", Umud Vakfı Araştırma Merkezi, 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu, 11-12 Ekim 2013, Antalya.

haklarının temeli ve insanı insan yapan ve onu diğer canlılardan ayıran öz değerinin insan onuru olduğu söylenmelidir<sup>31</sup>. Buradan hareketle, insan onuru, insanın hem kendisine duyduğu öz saygıyı hem de başkaları tarafından kendisine duyulan saygıyı kapsar<sup>32</sup>.

İnsan onurunun korunması devlete bizzat Anayasa ile yüklenmiş bir görevdir<sup>33</sup>. Bu görev, devlete hem aktif hem de pasif yükümlülükler getirir. Gerçekten de, devlet insan onuruna dokunmamak biçiminde sadece pasif bir davranışla yetinemez; bunun yanı sıra insan onurunu aktif olarak da korumalıdır<sup>34</sup>. Nitekim devlet insan onurunu sağlamaya yönelik olarak birtakım kanuni düzenlemelere de yer verebilir. Örneğin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 94 ve 95'inci maddelerinde işkence bir suç olarak ihdas edilmiştir. Yine temelinde insanın şeref ve onurunu korumaya yönelik olarak TCK m.125'te hakaret ve 132 ve devamı düzenlemelerde özel hayatı ve hayatın gizli alanını korumaya yönelik olarak birtakım suçlar düzenlenmiştir.

Devlet, insan onuruna yapılacak saldırıları önlemekle yükümlü olduğu gibi, kendisi de bu yönde davranışlardan kaçınmalıdır. Bu itibarla, ceza muhakemesi işlemlerini yürüten devletin ve ilgili organlarının belirli bir dengede davranması gerekir. Gerçekten de insan onuru, ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma gayesine feda edilemez, edilmemelidir. Bunu sağlamaya yönelik olarak bazı yasaklayıcı normlara yer verilmesi ve soruşturma ve kovuşturma makamlarının bu yasaklara riayet etmesi gerekir. Nitekim buna yönelik olarak CMK'da da birtakım düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin, CMK m.148/1'de, şüphelinin veya sanığın beyanının özgür iradesine dayanması gerektiği, bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamayacağı düzenlenmiş yine aynı maddenin üçüncü fıkrasında bu suretle elde edilen ifadenin şüpheli veya sanığın rızası olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir.

Sonuç olarak, ceza muhakemesi işlemlerine katlanma yükümlülüğünün bir diğer sınırını da kökenini esasen hukuk devleti ilkesinde bulan insan onurunun dokunulmazlığı

31 **Kafadar**, Muhammed Fatih, "Hukuk, Sivil Toplum ve Demokrasi: İnsan Onuru", Umut Vakfı Araştırma Merkezi, 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu, 11-12 Ekim 2013, Antalya, s. 2.

32 **Seymen Çakar**, s. 2; **Arslan**, Kahan Onur, "İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması", TBBD 2015 (120), s. 157-158.

33 **Kafadar**, s. 2. Nitekim Anayasa'nın 5'inci maddesinde; kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin temel amaç ve görevleri içerisinde sayılmaktadır. Bu temel amaç ve görevlerin insan onurunu korumayı hedeflediği söylenebilir. Bkz. **Arslan**, s. 167. İnsan haklarının temelini oluşturan insan onuru, hem mevzuatında yer bulduğu devlet düzeni içerisinde temel hak veya temel hak benzeri bir hukuksal konumda sayılmakta hem de diğer temel hak ve özgürlüklerin hayata geçirilmesinde ve yorumlanmasında hukuk uygulayıcılarına yol gösterici bir rol oynamaktadır. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklere saygılı bir devlet ve toplum düzeni oluşturulması bakımından insan onuruna pozitif hukukta ve tercihen anayasalarda yer verilmesi büyük önem taşımaktadır. Bkz. **Hekimoğlu**, Mehmet Merdan, "İnsan haklarının temelini oluşturan 'insan onuru' kavramının Anayasal boyutları: Federal Almanya örneği", Kazancı Hukemli Hukuk Dergisi, Sayı: 71-72, Temmuz-Ağustos 2010, s. 101.

34 Bkz. **Hekimoğlu**, s. 111.

ilkesi oluşturmaktadır. Kanuni düzenlemelerle yasaklanmış olsun veya olmasın insan onuruna aykırı nitelikteki tüm ceza muhakemesi işlemleri katlanma yükümlülüğünün sınırını teşkil eder<sup>35</sup>. Zira şüpheli veya sanığın insan onuruna aykırı bir işleme katlanma yükümlülüğü altında olduğundan bahsetmek modern bir ceza ve ceza muhakemesi hukukunda mümkün değildir.

## D. Nemo Tenetur İlkesi

### 1. Genel Olarak

Kişinin kendini ve yakınlarını suçlayıcı nitelikte beyanlarda bulunmaya veya bu yönde delil göstermeye zorlanamaması olarak tanımlanan nemo tenetur ilkesi, bir kişinin kendi suçsuzluğunu ispat yükü altında olmaması, suçun ispatı hususunda yargılama makamlarına yardım etmeye zorlanamaması ve yargılamadaki pasif tutumunun kendi aleyhine yorumlanamaması anlamına gelmektedir<sup>36</sup>. Söz konusu ilke, şüpheli ve sanığı suçun ispatlanması konusunda soruşturma ve kovuşturma organları ile işbirliği yapıp yapmama serbest bırakır<sup>37</sup>.

Ceza yargılamasının en temel ilkelerinden birisi olan nemo tenetur ilkesine Anayasa'nın 38/5 maddesinde yer verilmiştir. İlgili düzenleme uyarınca; "*Hiç kimse kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya ve bu yönde delil göstermeye zorlanamaz.*"

Zorlamak, *birine bir şeyi yaptırmak amacıyla güç kullanmak, boyun eğdirmeye çalışmak, zor kullanmak, mecbur etmek* anlamına gelir<sup>38</sup>.

Zorlamak kavramından anlaşılması gereken, şüpheli veya sanığın kendi aleyhine delil göstermesi için doğrudan zorlama (*unmittelbarer Zwang*) veya dolaylı zorlama

35 **Bosch**, s. 37; **Dietz**, s. 1249; **Eisenhardt**, s. 129 vd.; **Nothhelfer**, s. 63. Suçluluğu kesin hükümlerle sabit olan kişi, başka bir deyişle hükümlü bakımından dahi insan onurunun korunması infazın en temel ilkelerindedir. Nitekim 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİHK) 2'nci maddesi infazda insan onurunun korunması ile doğrudan bağlantılıdır. Gerçekten de CGTİHK'nin infazda Temel ilke başlıklı 2'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca; "*Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz*" hükmü yer almaktadır.

36 Ünver/Hakeri, s. 99. Bu yasak Latince'de "*Suçlayan olmadıkça ceza verilmez (Nemo punitur sine accusatore)*" ve "*Kimse kendi ayıbını açıklamak zorunda değildir (Nemo tenetur detegere turitudinem suam)*" anlamlarına da gelen "*Kimse kendine ihanet etmek zorunda değildir (Nemo tenetur se ipsum prodere)*" ve "*Kimse kendini suçlamak zorunda değildir (Nemo tenetur se ipsum accusare)*" şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. İtişgen, Rezzan, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı, İstanbul 2013, s. 3. Nemo tenetur ilkesinin tarihi gelişimi için bkz. **Eidam**, Lutz, Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts, Frankfurt am Main 2007, s. 2; **Kölbel**, s. 214 vd.; **Luef-Kölbel**, Heidelberg, Der Beschuldigte: Vom Objekt zum Subjekt des Strafverfahrens, Hamburg 2005, s. 215 vd.; **Roğall**, Klaus, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst- Ein Beitrag "Nemo tenetur seipsum prodere" im Strafproze, Berlin 1977, s. 67 vd.; **Wolff**, s. 21 vd.

37 İlke, bir taraftan şüpheli veya sanığın susma, diğer taraftan da aktif savunma yoluyla kendisini suçlamadan kurtarabilme hakkını barındırır. Bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erdem, s.152. Bu yönüyle nemo tenetur ilkesi iki hususu kapsamına alır. Bunlar; **susma hakkı** ve **kendini suçlamaya karşı imtiyaz hakkı**dır. Bkz. İtişgen, s. 4.

38 Bkz. www.tdk.gov.tr (Erişim: 01.07.2016).

(*mittelbarer Zwang*) olarak başvuru her türlü baskıdır<sup>39</sup>. Buna göre, şüpheli veya sanığın üzerinde onu kendi aleyhine delil göstermeye zorlayan her türlü aktif hareket doğrudan zorlama, bu aktif hareketler dışında kalan ve şüpheli veya sanığın kendi aleyhine delil göstermesi için yapılan tehdit, aldatma gibi manevi her türlü baskı ise dolaylı zorlama olarak kabul edilebilir<sup>40</sup>. Şüpheli veya sanığın kendi aleyhine delil göstermemesi veya susması halinde, onu suçlu saymaya yönelik davranışlar yahut bu duruma bağlanan her türlü ceza da esasen *dolaylı zorlama (mittelbarer Zwang)* çerçevesinde değerlendirilebilir<sup>41</sup>.

Amacı maddi gerçeğin araştırılıp bulunması olan ceza muhakemesi hukukunda pek çok işlemin esasen zorlamaya dayalı olduğunda şüphe yoktur. Gerçekten de örneğin, ifadesi alınacak veya sorgusu yapılacak kişi davetiye ile çağrılır; çağrılma nedeni açıkça belirtilir; gelmezse zorla getirileceği yazılır (CMK m.145/1). Hakkında tutuklama kararı verilmesi veya yakalama emri düzenlenmesi için yeterli nedenler bulunan veya 145'inci maddeye göre çağrıldığı halde gelmeyen şüpheli veya sanığın *zorla* getirilmesine karar verilebilir (CMK m.146/1). Benzer şekilde, ceza muhakemesinin yapılmasını veya yapılan muhakemenin sonunda verilecek kararların kâğıt üzerinde kalmamasını ve muhakeme masraflarının karşılanmasını sağlamak amacıyla, kural olarak, ceza muhakemesinde karar verme yetkisini haiz olan yetkililer tarafından, geçici olarak başvuru ve hükümden önce bazı temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektiren koruma tedbirlerinin<sup>42</sup> özünde de şüpheli veya sanık üzerinde bir zorlamanın var olduğundan bahsetmek gerekir<sup>43</sup>.

Nemo tenetur ilkesi kapsamında susma hakkının ve kendi aleyhine delil göstermeye zorlama yasağının tartışılması gerekir.

## 2. İlkenin Kapsamı

### a. Susma Hakkı

Susma hakkı, kişinin sadece susmasının onu dezavantajlı bir duruma düşürmemesi anlamına gelir<sup>44</sup>. Başka bir tanımla susma hakkı, şüpheli veya sanığın kendisine yönelik bir suçlama karşısında bu olaya ilişkin olarak sorulacak sorulara hiç yanıt vermemesini yahut istediği soruya yanıt verip istediği soruyu yanıtlamamasını ifade eder<sup>45</sup>. Susma hakkı ile şüpheli veya sanığın kendi aleyhine ifade vermesinin önüne geçmek suretiyle masumiyet karinesine ilişkin bir güvence sağlanmaktadır.

39 Doğrudan ve dolaylı zorlama kavramları için bkz. **Verrel**, s. 13.

40 **Benfer**, Jost/**Bialon**, Jörg, *Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft*, 4. Auflage, München 2010, s. 437; **Verrel**, s. 14 vd.

41 **Bosch**, s. 199; **Verrel**, s. 16.

42 Tanım için bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kirit/Özaydın/Akcan/Erden, s. 437.

43 Nitekim örneğin Alman Hukukunda koruma tedbirlerinin *zorlama tedbiri* olarak (*Zwangsmassnahmen*) da adlandırıldığı bilinmektedir. Bkz. **Roxin/Schünemann**, s. 232.

44 **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 622; İtişgen, s. 4.

45 **Yıldırım**, Ali, Sanığın Susma Hakkı, ABD, 1988/5-6, s. 683.

Uzun bir tarihsel geçmişe sahip olan susma hakkı<sup>46</sup>, temel haklara ilişkin uluslararası metinlerde de yerini bulmuştur. Nitekim 1789 Fransız Devrimi'nin ardından insan haklarını korumak amacıyla yayımlanan İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 9'uncu maddesinde masumiyet karinesine yer verilmiştir. Kişi, suçluluğu sabit oluncaya kadar masum sayılıyorsa, susma hakkına da sahiptir.

Yine 10 Aralık 1948'de kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 11'inci maddesinde *'Bir suç işlemekten sanık herkes, savunması için kendisine gerekli bütün tertibatın sağlanmış bulunduğu açık bir yargılama ile kanunen suçlu olduğu tespit edilmedikçe masum sayılır.'* denilerek masumiyet karinesine vurgu yapılmış ve 5'inci maddesinde de hiç kimsenin işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tâbi tutulamayacağı ifade edilmiştir.

Benzer şekilde, 16 Aralık 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Sözleşme'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 14'üncü maddesinde, hakkında bir suç isnadı bulunan kimsenin, bu isnadın karara bağlanmasında kendi aleyhine tanıklık yapmaya veya bir suçu itirafa zorlanamama hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmiştir. Yine 1975 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Küçültücü Muamele ya da Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde de kişiden doğrudan veya dolaylı kanıt elde etmek amacıyla işkence yapmanın yasak olduğu ifade edilerek susma hakkı üzerinde durulmuştur. Gerçekten de, Sözleşme'nin en önemli hükümlerinden biri, işkence yoluyla alınmış herhangi bir ifadenin delil olarak kullanılmasını önlemeye yönelik 15'inci maddedir. İlgili düzenleme uyarınca; *"İşkence yapılarak alındığı tespit olunan herhangi bir ifadenin, işkence yapmakla itham olunan kişi aleyhinde delil olarak kullanılması hariç, herhangi bir kovuşturmada delil olarak kabul edilmemesi sağlanacaktır."*<sup>47</sup>

Susma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) açıkça ifade edilen bir hak değildir. Buna karşılık, Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6/1 maddesine göre; herkes, kişisel hak ve yükümlülükleri ile hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul bir sürede, hakkaniyete uygun ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir. Yine Sözleşme'nin 6/2 maddesinde de, hakkında suç isnadı bulunan bir kimsenin hukuka göre suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılacağı kabul edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de susma hakkının adil yargılanma hakkına ilişkin olarak 6'ncı maddenin içeriğinde yer aldığını ortaya koymuş ve susma hakkını adil yargılanma hakkının uzantısı olarak kabul ederek bu hakkın sanığı kamu makamları tarafından gerçekleştirilecek kötü muamelelere ve zorlamalara karşı koruyacağını, yargılama hatalarının önüne geçerek adil yargılanma hakkını gerçekleştirmede rol oynayacağını belirtmiştir<sup>48</sup>.

46 Susma hakkının tarihsel gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Böse**, Martin, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Satzes "Nemo tenetur se ipsum accusare", GA 2002, s. 108 vd.; **Guradze**, Heinz, Schweigerecht und Unschuldvermutung im Englisch-Amerikanischen und Bundesdeutschen Strafprozess, Festschrift für Karl Loewenstein, Tübingen, s. 152 vd.; **Rogall**, s. 67 vd.; **Wolff**, s. 21 vd.

47 **Er**, Cüneyd, "İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi", TBB Dergisi, S: 60, 2005, s. 177.

48 İtişgen, s. 8; **Vitkauskas**, Dovydas/**Dikov**, Grigoriy, (Çev: Serkan **Cengiz**), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitabı, Strazburg 2012, s. 70

Sessiz kalmanın mahkemede sanığın aleyhine kullanılıp kullanılmayacağı veya sanığın sessiz kalmasının bazı şartlarda kendi aleyhine olabileceği konusunda önceden uyarılmasının bir baskı oluşturup oluşturmadığı AİHM tarafından tartışılmıştır. Nitekim AİHM, 08.02.1996 tarih ve 18731/9 sayılı John Murray/Birleşik Krallık kararında; sanığın sorgu sırasında susması halinde bu durumdan sanık aleyhine sonuçlar çıkarmanın 6'ncı maddenin ihlalini oluşturup oluşturmayacağını tartışmıştır. Bu kararında mahkeme, mahkûmiyetin sadece ya da esas olarak sanığın susmasına veya sorulara cevap vermemeye ya da delil sunmayı reddetmesine dayandırmanın susma hakkı ile bağdaşmayacağını tespit etmiştir. Mahkemeye göre, sanığın sahip olduğu imtiyazlar, savcılığın sunduğu delilin ikna ediciliği değerlendirilirken açık bir biçimde izah edilmeye muhtaç bir durum ortaya çıktığında, sanığın sessiz kalmasının dikkate alınmasını engelleyemez ve engellememelidir. Mahkemeye göre susma hakkı mutlak değildir; mahkeme sanık aleyhine olan delilleri değerlendirmeye çalışırken, sanığın ceza yargılaması sırasında susmaya karar vermesi hiçbir sonuç doğurmayacak demek değildir. Mahkemeye göre, sanığın susmasından tersine sonuç çıkarmanın 6'ncı maddeyi ihlal edip etmediğinin anlaşılması için davanın koşullarının dikkate alınması, milli mahkeme tarafından deliller değerlendirilirken susmaya verilen ağırlığa ve mevcut durumdaki zorlama derecesine bakılması gerekir<sup>49</sup>. AİHM 17.12.1996 tarih ve 19187/91 sayılı Saunders/Birleşik Krallık kararında da; sanığın kendisini suçlamama hakkının sanığın susma iradesine saygı ile ilgili olduğunu, sanığın iradesi hilafına zorlama ile ifade alma metodunun sanıktan zorlama ile alınabilen ve sanığın iradesinden bağımsız olarak var olan kan, idrar veya diğer doku örnekleri veya bir müzekkereye bağlı olarak elde edilen bir belge gibi materyallerin kullanılmasından farklı olduğunu, kendini suçlamama hakkının bu halleri kapsayacak şekilde genişletilemeyeceğini belirtmiştir<sup>50</sup>.

Hemen ifade etmek gerekir ki; öğretide susma hakkının lehinde ve aleyhinde görüşler bulunmaktadır. Susma hakkına karşı çıkan görüşe göre, özellikle Nasyonal Sosyalist Almanya'da olduğu gibi, otoriter rejimlerde şüpheli veya sanığın ceza yargılamasına yardımcı olması gerektiği ve sanığın meşru otoriteye boyun eğmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>51</sup>. İtham sisteminin bir sonucu olarak, soru sorma hakkı olan sanığın ken-

vd.

49 AİHM, 08.02.1996 tarih ve 18731/9 sayılı John Murray/Birleşik Krallık kararı için bkz. www.hudoc.echr.coe.int/eng (Erişim: 11.02.2018). *Bu davadan; 1. Sanığın susma hakkının mutlak olmadığı, 2. Bir ceza tehdidi ile konuşturulmaya zorlanamayacağı fakat susmanın kendisi aleyhine sonuç çıkarılmasına neden olabileceği konusunda uyarılabileceği, 3. Savcılığın sunduğu güçlü ve izah edilmeye muhtaç deliller var ise bu deliller karşısında sanık tarafından açıklama yapılmamasının deliller değerlendirilirken suçlu olduğu yönünde bir sonuç ortaya çıkarılabileceği, 4. Sanığın susmasının, sorulara cevap vermemesinin veya delil göstermemesinin mahkûmiyetin tek ve esas dayanağı olamayacağı, başka delillerin de olması gerektiği, 5. Mahkemenin böyle bir sonuç çıkarması durumunda gerekçenin detaylı olması, bu konuda sanığın yeterince açık bir biçimde aydınlatılmış olması, bir üst mahkeme tarafından tekrar incelenmesi gibi güvencelerin olması gerektiği yönünde sonuçlar çıkarılabileceği* hususunda bkz. İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı- Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, İkinci Bası, İstanbul 2005, s.281 vd.

50 AİHM 17.12.1996 tarih ve 19187/91 sayılı Saunders/Birleşik Krallık kararı için bkz. www.hudoc.echr.coe.int/eng (Erişim: 11.02.2018).

51 Bilgi için bkz. **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 445.

disine yöneltilen sorulara da cevap verme yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>52</sup>. Ceza yargılama-  
masının temel amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Maddi gerçeğe ulaşılmasında sanığın  
da menfaati bulunmaktadır. Gerçekten de, sanık susmayarak maddi gerçeğin ortaya  
çıkartılmasına hizmet eder. Kaldı ki, sanık susmayarak kendisini temize çıkarma ve hak  
ettiğinden daha fazla ya da daha az bir ceza almasına da engel olacaktır. Buna karşın,  
susma hakkını kabul eden görüşler, her şeyden önce sanığın sorgusunu bir delil elde  
etme aracı ve/veya yöntemi olarak değil, savunmanın bir parçası olarak tayin eder. Bu  
görüşe göre, sanık savunmasını aktif ya da pasif biçimde gerçekleştirebilir. Sorulan so-  
rulara cevap vermek sanık için aktif bir savunma ise bu sorulara yanıt vermemek de  
sanık bakımından pasif bir savunma biçimidir<sup>53</sup>. Kaldı ki, hiçbir insanın kendini koruma  
içgüdüğü ile kendi aleyhinde beyanda bulunması söz konusu olamayacağı için, sanıktan  
kendini suçlamasını beklemek mantıklı değildir. Hiç kimse sadist ya da deli olmadıkça  
kendisini sınırlayacak ve acı verecek bir durum altına sokmak istemez. Bu nedenlerle  
yasa, sanığa susma hakkı tanımıştır<sup>54</sup>.

Dayanaklarını evrensel hukukta ve Anayasamızda bulan susma hakkı uyarınca, hiç  
kimse kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaz. Buna göre,  
şüpheli veya sanığın zorla ifadesinin alınması veya sorgusunun yapılması mümkün  
değildir. Şüpheli veya sanığın bu yönde bir yükümlülüğü olduğundan ve ifade ve sorguya  
katılmak ve hatta beyanda bulunmak yükümlülüğünün bulunduğu bahsedilemez.  
CMK'da şüpheli veya sanığın susma hakkına işaret eden düzenlemelere yer verilmiştir.  
Nitekim CMK'nın İfade ve Sorgunun Tarzı başlıklı 147'nci maddesinin birinci fıkrasının e  
bendi uyarınca, şüpheli veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde  
yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu kendisine bildi-  
rilecektir. Yine CMK'nın İfade ve Sorguda Yasak Usuller başlıklı 148'inci maddesi uyarınca,  
şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanması gerekir. Bunu engelleyici nitelikte  
kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı  
araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz. Zira bu yöntemlere  
başvurmak, şüpheli veya sanığı zorlayarak kendisi hakkında açıklamada bulunmaya, diğer  
bir söylemle kendisi aleyhine delil göstermeye zorlamak anlamına gelecek olup nemo te-  
netur ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden katlanma yükümlülüğünün de sınırını oluşturur.

Buna karşın, CMK m.147/1-a uyarınca şüpheli veya sanık, ifade ve sorgu sırasında  
kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür. Kanun koyucu bu-  
rada susma hakkına bir istisna getirmiş durumdadır. Başka bir deyişle, şüpheli veya sa-  
nığın kimliği ile bilgiler konusunda doğru bilgi verme konusunda aktif katılma yükümlü-  
lüğü vardır. Yani kişi, kimlik bilgisi hakkında susma hakkına sahip değildir<sup>55</sup>. Buna karşın

52 Bilgi için bkz. **Erem**, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1970, s. 158; **Aksoy İpekçioğlu**, Pervin, "Gözetimden Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri", AÜHFD, C: 57, S: 3, 2008, s. 64; **Kocaoğlu**, Serhat Sinan, "Susma Hakkı", ABD, S: 69, 2011/1, s. 52.

53 **Dingeldy**, s. 407; Özgenç, İzzet, "Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Hukuki Sonuçları", Hukuk Araştırmaları Dergisi (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi), C: 19, S: 1-3, 1995, s. 139.

54 **Erem**, Faruk, "Susma Hakkı", Bursa Barosu Dergisi, 1980, s. 11.

55 Özgenç, s. 136; **Ertuğrul**, s. 697.

öğretide, kimlik bilgilerine dair ifade vermenin sadece şüpheliyi zor durumda bırakacak hallerde kabul edilemez olduğunu savunan<sup>56</sup> ve şüphelinin hiçbir şekilde kimlik bilgilerine ilişkin de ifade vermeye zorlanamayacağını, bunun susma hakkının doğal yapısına aykırı olduğunu savunan görüşler<sup>57</sup> de mevcuttur. Şüpheliden medeni durumu ya da hangi işte çalıştığı yönünde bilgiler istemek suretiyle soruşturma ve kovuşturma makamları, bu verilerle şüpheliye ait diğer bilgilere erişebilir, şüphelinin ailesine ve sosyal çevresine ulaşabilir. Esasen kimliğe ilişkin sorular sayesinde esasa ilişkin de pek çok bilgiye ulaşılması mümkün olabilir. Burada şüpheli veya sanığın kimliğine ilişkin ifade vermesi ile kişisel ilişkilerine ilişkin ifade vermesi hususunda ikili bir ayrıma gidilmesi gerekir<sup>58</sup>. Kimliğe ilişkin ifade verilmesi, başka bir deyişle kimlik tespiti; huzura davet edilen, getirilen veya yakalanan kişinin gerçekten şüpheli olarak kendisine karşı soruşturma yürütülen kişi olup olmadığının belirlenmesi amacıyla yapılır<sup>59</sup>. Kişisel ilişkilere ilişkin ifade alma ise şüpheliye akrabalık ilişkileri, çocukluk ve gençlik dönemi, yetişkinlik dönemi gibi hususlarda soru sorularak bilgi almaya yöneliktir. Hatta toplu olarak işlenen bazı suçlara ilişkin soruşturmalarda ifadesi alınan şüphelinin diğer şüphelilerle tanışıklıkları ve bağlarına ilişkin bilgi almak yönünde sorular sorulduğu da bilinmektedir. Bu yönüyle kişisel ilişkilere ilişkin ifade almanın şüphelinin kimliğinin yanı sıra kişiliğini de açığa çıkartmak suretiyle, onun görülebilir bir resmini belirleme niteliğine sahip olduğu söylenmelidir<sup>60</sup>. Kuşkusuz ki, CMK m.147/1-a'da getirilen kural ile amaçlanan şüpheliyi özgeçmişini açıklamak zorunda bırakmak ve bu şekilde kendisinden esasa teşmil edebilecek delil elde etmek değildir. Dolayısıyla kişiliğe ilişkin sorularda şüphelinin susma hakkını kullanabileceğini ve bu surette ifade vermeye zorlanmayacağını belirtmek gerekir<sup>61</sup>.

Kimliğe ilişkin ifade almada da şüphelinin sorulara cevap verme yönündeki yükümlülüğü bakımından da ikili bir ayrıma gidilmelidir. Şayet şüphelinin kimliğine ilişkin vereceği bilgiler esasa ilişkin açıklama yapmak ve kendini suçlamak anlamına sahipse bu durumda ceza muhakemesi işlemlerine aktif katılmak suretiyle delil göstermeye zorlama yasağı uyarınca şüphelinin kimliğine ilişkin bilgilerde dahi susma hakkı devreye sokulmalıdır. Bu gibi durumlarda şüphelinin gerçek kimlik bilgilerinin saptanması soruşturma makamlarının görevi olmalıdır<sup>62</sup>.

56 **Bosch**, s. 148 vd.; **Roxin/Schünemann**, s. 195.

57 Bu yönde bkz. **Eser**, s. 565 vd; Rüping, Hinrich, Zur Mitwirkungspflicht des Beschuldigten und Angeklagten, JR 1974, s. 137; **Wessels**, Johannes, Schweigen und Leugnen im Strafverfahren, JuS 1966, s. 176; **Dietz**, s. 1225-1226; **Toprak**, Ufuk, Şüphelinin Susma Hakkının Güvenilir Kişiye Başvurulması Yöntemiyle İhlaline Alman Yargıtayı Kararları Işığında Kısa Bir Bakış, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 1, Yıl: 2, Sayı: 7 (20 Ekim 2011), s. 263.

58 Ayrım hususunda bkz. **Demirbaş**, s. 117 vd.

59 *Demirbaş'a göre bunun için üç sorunun temel alınması gerekir: 1. Huzurdaki kişinin doğru ve tam kimliği nedir? 2. Huzura davet edilen veya getirilen kişi, gerçekten getirilmesi istenen kişi midir? Muhakeme gerçekten huzura getirilen bu kişiye karşı mı yürütülmektedir? Bkz. Demirbaş, s. 117.*

60 **Demirbaş**, s. 124.

61 **Demirbaş**, s. 124.

62 Bu yönde bkz. **Demirbaş**, s. 118; **Bringewat**, P., Der "Verdaechtige" als schweigeberechtigigte Auskunftsperson?, JZ 1981, s. 294; **Toprak**, s. 263. İtişgen ise, kişinin kimliği hakkında susma hakkına sahip olup olmadığını



## b. Kendi Aleyhine Delil Göstermeye Zorlama Yasağı

AY'nın 38/5 düzenlemesinde yer alan ve hiç kimsenin kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya zorlanamayacağına ilişkin ifade susma hakkını, hiç kimsenin kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir delil göstermeye zorlanamayacağı ilkesi ise genel anlamda kendi veya yakınları aleyhine delil göstermeye zorlama yasağını ifade etmektedir.

Kendini suçlamaya karşı imtiyaz hakkı olarak da ifade edilen<sup>63</sup> ilke, ceza yargılamasında belirli bir bilgi veya delile ulaşmak için şüpheli veya sanığa karşı zor kullanılamayacağı ile ilgilidir. Gerçekten de nemo tenetur ilkesi sadece ifade ve sorgu sırasındaki susma hakkını değil, aynı zamanda ceza muhakemesinin diğer işlemlerinde kendi aleyhine delil verme yasağını da kapsar.

şüpheli veya sanığın kendini suçlamaya karşı imtiyaz hakkından anlaşılması gereken en önemli husus, kendisi aleyhine yapılan ceza muhakemesi işlemlerine aktif olarak katılımının yasak olduğu, bu işlemlere ancak pasif bir katlanma yükümlülüğünün bulunduğudur. Aktif kelimesine yüklenen anlam uyarınca ceza muhakemesi işlemlerine aktif katılım, şüpheli veya sanığın bu işlemlere *etkin, canlı* ve *hareketli*<sup>64</sup> olarak katılması olarak anlaşılmalıdır. Buna göre, şüpheli veya sanıktan bu işlemlere ancak pasif olarak katlanması; yani hareketsiz ve sessiz kalarak katlanması beklenebilir<sup>65</sup>.

---

belirleme konusunu üçe ayırarak ele almak gerektiğini ifade etmektedir. İlk olarak, kimlik bilgisi istenen kişi henüz şüpheli sıfatını kazanmamış ve önleyici kolluk faaliyetleri çerçevesinde kimlik bilgileri istenilmişe bu durumda kimlik bilgileri konusunda susma hakkının var olduğundan bahsedilemeyecektir. şayet kimlik bilgisi istenilen kişi şüpheli sıfatını haiz ise ve ferden tayin edilmiş ise yine kimlik bilgileri konusunda susma hakkı bulunmamalıdır. Zira yargılama yapılabilmesi için kişinin kimliği ile ilgili hususların bilinmesi gerekmektedir. Nitekim cezanın tespitinde failin geçmişi, sosyal ilişkileri gibi hususlar dikkate alınmaktadır. Adil yargılamaya için kimlik bilgisi konusunda ifade verme mecburiyeti susma hakkının bir istisnası olarak kabul edilmektedir. Yine bu konuda da sorun çıkmaması, yani susma hakkının sınırlandırılabilmesi için ya bu hakka Anayasa'da yer verilmemeli ya da Anayasa m.38/5'teki düzenlemenin "*Kişi kendisi ya da yakınlarını suçlayan beyanda bulunmaya zorlanamaz*" şeklinde değişmesi gerektiğini ifade etmektedir. Son olarak, bir suç işlenmiş olmakla birlikte, bunun kim tarafından işlendiğinin tespit edilemediği durumlarda kimlik sorulması halinde, suçu işleyen kişi henüz ferden tayin edilmediğinden burada kimlik konusunda yapılan açıklama aslında suçu ihbar niteliğindedir ve bu yüzden susma hakkı kapsamında korunmalıdır. Bkz. İtişgen, s. 158-159.

63 İtişgen, s. 4.

64 Bkz. www.tdk.gov.tr (Erişim: 02.07.2017).

65 **Bärlein, Michael/Panaris, Panos/Rehmsmeier, Jörg**, Spannungsverhältnis zwischen der Aussagefreiheit im Strafverfahren und den Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren, s. 1825; **Beulke**, s. 86; **Centel/Zafer**, s. 157; **Dallmeyer**, Jens, Verletzt der zwangsweise Brehmitteleinsatz gegen Beschuldigte deren Persönlichkeitsrechte?, StV 1997, s. 608; **Dingeldey**, s. 412; **Engländer**, Armin, Examens-Repetitorium Strafprozessrecht, 7. Auflage, Heidelberg 2015, s. 24; **Greco**, Lu s/**Caracas**, Christian, Internal investigations und Selbstbelastungsfreiheit, NStZ 2015, s. 11; **Haller**, Klaus/**Conzen**, Klaus, Das Strafverfahren- Eine systematische Darstellung mit Originalakte und Fallbeispielen, 7. Auflage, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg 2014, s. 65; **Hartmann**, Arthur/**Schmidt**, Rolf, Strafprozessrecht- Grundzüge des Strafverfahrens, 6. Auflage, Bremen 2016, s. 74; **Heger**, Martin, Strafprozessrecht, Stuttgart 2013, s. 49; **Kasiske**, s. 18; **Kindhäuser**, Urs, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2016, s. 66; **Kleszczewski**, Diethelm, Strafprozessrecht, 2. Auflage, München 2013, s. 35; **Roxin/Schünemann**, s. 111; **Schäfer**, s. 52; **Stürner**, Rolf, Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung, NJW 1981, s. 1757; **Wolff**, s. 92.

Pasif katlanma yükümlülüğü ile aktif katılıma zorlama yasağı arasındaki çizginin çok keskin olduğu söylenemez<sup>66</sup>. Öğretide bu ayrımın yapılmasında, şüpheli veya sanık tarafından yapılan basit fiziksel bir hareketin aktif katılım olarak kabul edilmemesi gerektiği, önemli derecede bazı bedensel aktivitelerin aktif katılım çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>67</sup>. Öğretide bir başka görüşe göre, aktif katılım ve pasif katılım arasındaki fark; şüpheli veya sanığın, deyim yerindeyse sadece *gözle müşahade edilebilen bir delil (Augenscheinsbeweis)* gibi kabul edilmesi ile yapılabilir. Buna göre, şüpheli veya sanığın ilgili işlem sırasında konuşması, beyanda bulunması veya delil vermek için soruşturma ya da kovuşturma makamlarına yardımcı olması konusunda bir zorlama yapılamaz<sup>68</sup>. Şüpheli veya sanığın aktif katılımını gerektiren bir ceza muhakemesi işlemi ile ilgili bu işleme katılmak ya da katılmamak konusunda karar verme özgürlüğü (*Freiheit vor aktiver Mitwirkung*) bulunmaktadır. Aksi yönde bir kural veya uygulama nemo tenetur ilkesin aykırı olacaktır.

Hemen ifade edelim ki, bu yönde bir kurala CMK'da ayrıntılı ve açıkça yer verilmiş değildir. Ancak bu kuralın temel haklara müdahaleye dair genel prensiplerden çıkarılabilmesi mümkündür<sup>69</sup>.

Öğretide şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemlerine aktif katılıma zorlanması yasağının istisnasını bu yönde kanuni bir düzenlemenin varlığı oluşturabileceği ifade edilmekte, örneğin sanığın kural olarak duruşmada bulunmak zorunda olduğu ve hazır bulunmayan sanık hakkında -istisnalar hariç olmak üzere- duruşma yapılmayacağı, gelmemesinin geçerli nedeni olmayan sanık hakkında zorla getirme kararı verilebileceği, nitekim CMK'nın 193/1 maddesinde bu hususun düzenlendiği ifade edilmektedir<sup>70</sup>. Ancak kanaatimizce burada nemo tenetur ilkesi bakımından sıkıntılı bir durum söz konusu değildir. Zira zorla getirme yoluyla kişiden zorlama ile bir delil alınması aynı şey değildir. Başka bir deyişle, şüpheli veya sanığın kural olarak ceza muhakemesi işlemlerine katlanma yükümlülüğü vardır. Ancak bu işlemlerden kendisi aleyhine delil

66 **Eidam**, s. 135; **Eisenhardt**, s. 48; **Köbel**, s. 48. Aktiflik ve pasiflik ile katlanma yükümlülüğünün açıklanmaya çalışılmasının her zaman doğru bir sonuç vermeyeceği, zira pasif bir şekilde katıldığı işlem ile de şüphelinin insan onurunu zedeleyen bir muameleye maruz kalabileceği yönünde bkz. **Wolfslast**, Gabriele, Beweisführung durch heimliche Tonbandaufzeichnung- Besprechung des BGH-Urteils vom 9.4.1986- 3 StR 551/85 (NSTZ 1987, 133)-, NSTZ 1987, s. 104 vd. Öğretide, nemo tenetur ilkesinin şüpheli veya sanık tarafından aktif biçimde hareket etmesi ile pasif olarak katlanması arasında suni bir ayrım yapılarak açıklanmasının mümkün olmadığına, şüphelinin aktif-pasif davranışına göre yapılan ayrımın suiistimale elverişli olup gerek kolluk ve savcılıkça gerek şüpheli veya sanık tarafından suiistimal edilebileceğine ve muhakemenin amacına aykırı uygulamalara neden olabileceğine yönelik eleştiriler için bkz. Ünver/Hakeri, s. 99.

67 Bu yönde bkz. **Binder**, Detlev/**Seemann**, Ralf, Die zwangweise Verabreichung von Brechmitteln zur Beweissicherung, NSTZ 2002, s. 234; **Wolff**, s. 94; **Verrel**, s. 224; **Zaczyk**, Rainer, Anmerkung - OLG Frankfurt/M., Urt. v. 11.10. 1996- 1 Ss 28/96, StV 2002, s.125; Ancak bunun da aktif ve pasif hareket arasındaki farkı anlatma için yeterli olmadığı yönüne bkz. **Köbel**, s. 49.

68 **Dingeldey**, s. 412; **Grünwald**, Gerald, Anmerkung-BGH Beschlu v. 30.4.1968- 1 StR 625/67 (OLG Karlsruhe), JZ 1968, s. 752; **Haas**, Günter, Der Beschuldigte als Augenscheinobjekt, GA 1997, s. 368 vd.; **Kasiske**, s. 18; **Rogall**, s. 54; **Wolff**, s. 95.

69 **Kühne**, s. 76; **Rogall**, s. 55; **Wolff**, s. 92.

70 **Dingeldey**, s. 412.

verme mahiyetindeki işlemler bakımından sadece pasif bir katlanma yükümlülüğünden bahsedilebilir. Yani, sanığın duruşmada hazır bulunması bir yükümlülüktür. Ancak bu yükümlülüğü yerine getiren sanığın duruşmada ayrıca beyanda bulunmak konusunda bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Dolayısıyla sanık hakkında duruşmaya zorla getirme kararı verilmiş olsa bile bu onun aktif bir katılımla kendisi aleyhine delil vermeye zorlanacağı anlamını taşımaz. Bizce, şüpheli veya sanığın aktif bir katılımda bulunmak suretiyle kendisi aleyhine delil göstermeye zorlayıcı bir kanun maddesinin varlığı da AY m.35/8'in açık ve hiçbir istisna teşkil etmeyen hükmü karşısında Anayasa'ya aykırı olacaktır.

Kuşkusuz ki, şüpheli veya sanığın kendi özgür iradesi ile ceza muhakemesi işlemlerine aktif olarak katılması ve kendisi veya yakınları lehine yahut aleyhine delil göstermesi mümkündür. İlke uyarınca kabul edilmeyen, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemlerine aktif olarak katılmak suretiyle kendisi veya yakınları aleyhine delil göstermeye zorlanmasıdır<sup>71</sup>. Nitekim şüpheli veya sanığın zorlanması halinde bu durum aşağıda açıklayacağımız üzere çoğu zaman kötü muamele ve işkence yasağının da ihlali anlamına gelecek uygulamalara sebebiyet verebilir<sup>72</sup>. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin de yakın tarihli bir kararında belirttiği üzere, zorlama, en hafif şeklinde dahi niteliği gereği *asgari düzeyde cebir* içeren bir eylemdir<sup>73</sup>.

Katlanma yükümlülüğü belirlenirken bu sınırların hepsinin bir arada gözetilmesi ve dikkate alınması gerekir. Aşağıda, bu sınırlar çerçevesinde katlanma yükümlülüğü bakımından tartışılabilir bazı ceza muhakemesi işlemleri değerlendirilecektir.

### III. Katlanma Yükümlülüğü Bakımından Tartışılabilir Bazı Ceza Muhakemesi İşlemleri

#### A. Şüpheli veya Sanığın Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

CMK m.75'te şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ile vücudundan örnek alınması düzenlenmiştir. Maddeye göre, bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç; tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme,

71 Yenisey/Nuhoğlu, s. 65.

72 Örneğin, sahtecilik soruşturma ve kovuşturmaları bakımından şüpheli sanığın imza örneği alınmaktadır. Kuşkusuz ki imza örneği verilmesi, şüpheli veya sanığın aktif katılımını gerektirir. Şüpheli veya sanığın söz konusu imza örneğini herhangi bir baskı ve zorlamaya maruz kalmaksızın kendi özgür iradesiyle adli makamlara vermesi halinde nemo tenetur ilkesine aykırı bir durumdan bahsetmek mümkün değildir. Buna karşın, imza örneğinin zorla alınması, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemlerine aktif katılıma zorlanmasıdır. Bu durum ise nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla, şüpheli veya sanık kendi iradesiyle bu yazı/imza örneğini vermedikçe, bunlar alınmaz. Bunun verilmemesi de, aleyhe yorumlanamaz. Bkz. **Haller/Conzen**, s. 66; **Roğall**, s. 229; Ünver/Hakeri, s. 99. Aktif katılım yasağı hakkında bilgi verilmeksizin alınan el yazısı veya imza örneklerinin delil değeri bulunduğuyla ilişkin bkz. OLG Hamm, NJW 1967, s. 1524 vd. Aksi yönde bkz. **Dahs**, Hans/Wimmer, Raimund, Unzulässige Untersuchungsmethoden bei Alkoholverdacht, NJW 1960, s. 2222.

73 Bkz. 15.12.2015 tarih ve 2013/5545 Başvuru Numaralı Turan Günana Kararı.

yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz<sup>74</sup>.

Yine CMK'nın 75/4 maddesine göre, cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır.

İç beden muayenesi veya vücuttan örnek alınmasında amaç; soruşturma veya kovuşturma konusu olaya ilişkin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır<sup>75</sup>. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ile gerçekleştirilen esasen, şüpheli veya sanığın vücudu üzerinden kendisi lehine veya aleyhine sonuç doğurabilecek nitelikte delil elde edilmesidir. Dolayısıyla şüpheli veya sanığın özellikle ilgili ceza muhakemesi işlemine rıza göstermediği durumlarda katlanma yükümlülüğünün olup olmadığı ve varsa bunun sınırlarının ne olduğunun tespiti önem arz etmektedir. Nitekim Anayasa m.38/5'in de açıkça belirttiği gibi, hiç kimse kendisi ve yakınları aleyhine beyanda bulunmaya veya delil göstermeye zorlanamaz.

Şüpheli veya sanığın beden muayenesine veya vücuttan örnek alınmasına katlanma yükümlülüğünün sınırını da şüphesiz ki insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi, oranlılık ilkesi ve ilgili işleme aktif olarak katılmaya zorlama yasağı oluşturmaktadır.

CMK'da beden muayenesinin veya vücuttan örnek alınmasının oranlılık ilkesi kapsamında yapılmasına ilişkin hâlihazırda bazı sınırlamalara yer verilmiştir. Nitekim CMK 75/2 uyarınca, ilgili muayene veya vücuttan örnek alınması kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi içeriyorsa bu işleme katlanma zorunluluğunun varlığından bahsedilemeyeceği gibi bu durumun varlığına rağmen ilgili işlemi yapan hekimin de ayrıca hukuki ve cezai sorumluluğu söz konusu olabilecektir<sup>76</sup>. Benzer şekilde, oranlılık ilkesinin bir sonucu olarak üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması yasaklanmıştır. Bu kurala aykırı biçimde gerçekleştirilen beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemleri hukuka aykırı olacağı gibi, şüpheli veya sanığın bu yönde yapılan bir muayeneye katlanma yükümlülüğünün varlığından da bahsedilemez.

Hemen ifade edelim ki; soruşturulan veya kovuşturulan suçla bağlantılı olmayacak şekilde, şüpheli veya sanığın beden muayenesini yapmak veya vücudundan örnek almak da oranlılık ilkesi ile bağdaşmaz. Örneğin, hakaret suçu ya da tehdit suçu gibi bir suç sebebiyle yapılan soruşturma veya kovuşturmada şüpheli veya sanıktan saç, tükürük gibi vücutsal örnekler alınmasında bir oranlılıktan ve gereklilikten bahsedilemez. Dolayısıyla şüpheli veya sanığın böyle bir işleme katlanma yükümlülüğü de kanaatimizce mevcut değildir.

74 Hemen belirtmek gerekir ki, yapılan düzenleme ile beden muayenesi iç beden muayenesi ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrılmıştır. İç beden muayenesi; kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi, **dış beden muayenesi** ise, vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesini ifade etmektedir (Bkz. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m.5).

75 **Centel/Zafer**, s. 271; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 541; **Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden**, s. 518; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 639; İnci, Zekiye Özen, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", *İzBD*, Y: 72, S: 1, s. 135; **Ersin**, s. 198. Bu yönde Yarg.6.CD, 28.05.2008 tarih, 2008/810 E. ve 2008/11766 K. sayılı ilamı için bkz. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

76 Benzer yönde bkz. **Ertuğrul**, s. 692.

Öğretideki hâkim görüş, şüpheli veya sanığın beden muayenesine veya vücuttan örnek alınmasına katlanma yükümlülüğünün bulunduğu ve fakat bu işlemlere aktif bir katılıma zorlanamayacağı yönündedir<sup>77</sup>. Daha açık bir ifadeyle, şüpheli veya sanık bu işlemlere etkin, canlı ve hareketli olarak katılmaya zorlanamaz. Şüpheli veya sanıktan bu işlemlere ancak pasif olarak katılması; yani hareketsiz ve sessiz kalarak katlanması beklenebilir. Oysa beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması işlemleri mahiyeti gereği pek çok durumda şüpheli veya sanığın esasen aktif katılımını gerektirecektir<sup>78</sup>. Örneğin, şüpheli veya sanıktan muayene edenin sorularının yanıtlaması, idrar istenmesi yahut yürümesi, dizlerini bükmesi, kollarını uzatması veya dönmesi veyahut dilini dışarı çıkarması istenildiğinde ne olacaktır? Öğretide bazı yazarlar, aktif katılım ve pasif katlanma yükümlülüğünü yapılan işlemler bazında ele almakta ve doktorun sorularına cevap vermek veya doktorun talimatları bazı hareketleri yapmak yahut kan örneği alınmasına müsaade etmek gibi bazı basit katılımlar bakımından aktif bir katılımın söz konusu olmayacağını ifade etmektedir<sup>79</sup>. Aksi yönde bir görüş ise bu sorulara olumsuz yanıt vermektedir. Yani tüm bu işlemlerin de aktif bir katılım anlamına geldiğini ve şüpheli veya sanığın kendisi aleyhine aktif bir katılıma zorlanarak delil vermesinin nemo tenetur ilkesine aykırılık oluşturacağı ifade etmektedir ki biz de bu görüşe katılmaktayız<sup>80</sup>.

Kaldı ki; sorun kendisini uygulamada daha ziyade şüpheli veya sanığın rızası hilafına bu işlemlerin nasıl tatbik edileceği hususunda göstermektedir. Zira şüpheli veya sanığın beden muayenesine veya vücuttan örnek alınmasına yönelik işlemlere rızası varsa, kanundaki şartlara uygun olmak üzere, şüpheli veya sanığın aktif katılımıyla bu işlemlerin yapılmasına bir engel olmadığı gibi burada bir zorlamadan da bahsedilebilmesi mümkün değildir. Buna karşın, şüpheli veya sanığın beden muayenesi veya vücuttan örnek alınmasına rızası bulunmamakta ise söz konusu işlemlerin nasıl yapılacağını, bunun katlanma yükümlülüğünün sınırlarını ihlal edip etmeyeceğinin ayrıca cevaplanması gerekir.

Hemen ifade edelim ki; CMK'da bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiş olmakla birlikte, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in<sup>81</sup> 18/1 maddesinde; mevzuatta aranan tüm koşullar

77 Bu yönde bkz. **Beulke**, s. 86; **Bosch**, s. 285; **Ciarniak**, Jürgen/**Herb**, Gregor, Pflicht zur Belehrung über die Freiwilligkeit der Teilnahme an einer Atemalkoholmessung, NZV 2012, s. 410; **Cramer**, Steffen, Strafprozessuale Verwertbarkeit ärztlicher Gutachten aus anderen Verfahren, NSTZ 1996, s. 214; **Engländer**, s. 24; **Haller/Conzen**, s. 65; **Hartmann/Schmidt**, s. 74; **Heger**, s. 49; **Kindhäuser**, s. 66; **Kleszczewski**, s. 35; **Kühne**, s. 76; **Park**, s. 730; **Rogall**, s. 56; **Weiss**, s. 16; **Kızıllarslan**, Hakan, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücuttan Muayenesi ve Örnek Alma, Ankara 2007, s. 209; **Ersin**, s. 200; **Ertuğrul**, s. 693; **Aksoy İpekçioğlu**, Pervin, "Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasa'ya Uygunluğu", Prof.Dr.Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi HF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y: 2013, C: 19, S: 2, s. 1168 vd.

78 Bkz. **Bosch**, s. 285; **Plöger**, Rainer, Die Mitwirkungspflichten des Beschuldigten im deutschen Strafverfahren von den Anfängen im germanischen Rechtsgang bis zum Ende des gemeinen Inquisitionsprozesses, Bochum 1982, s. 386.

79 Bu yönde bkz. **Benfer/Bialon**, s. 246 vd.; **Eisenhardt**, s. 162.

80 **Rogall**, s. 56; **Rogall**, Klaus, Die Vergabe von Vomitivmitteln als strafprozessuale Zwangsmaßnahme, NSTZ 1998, s. 68.

81 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı RG.

gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli, sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemlerin alınacağı belirtilmiştir.

Görülebileceği üzere, ilgili düzenleme ile şüpheli veya sanığın beden muayenesine veya vücuttan örnek alınmasına rıza göstermemeleri halinde de bu işlemlerin gerektiğinde zorla yapılabileceğine ilişkin üstü kapalı bir hüküm getirilmiştir<sup>82</sup>. Buna karşın, söz konusu düzenlemeden Cumhuriyet savcısı tarafından alınacak 'önlemlerin' ne olacağı belirsizdir ve kanaatimizce bu önlemler çoğu durumda şüpheli veya sanığı ilgili işleme aktif katılıma zorlamaya yönelik hareketlerdir. Örneğin, rıza göstermeyen ve belki de buna direnen şüpheli veya sanığın kan örneğinin alınması için yere zorla yatırılması, kolunun zorla tutulması, üstüne çıkılması yahut bir yere bağlanması söz konusu olabilir<sup>83</sup>. Yine idrar yahut sperm örneği vermek konusunda rızası bulunmayan şüpheli veya sanıktan söz konusu vücutsal örnekleri elde edebilmek için alınacak önlemlerin ne olabileceği de belirsiz ve düşündürücüdür. Bu gibi durumlarda alınacak önlemlerin şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemlerine aktif katılmaya zorlanma yasağını ihlal edeceğine şüphe olmamakla birlikte, işlemlerin çoğu durumda insan onurunun dokunulmazlığı ilkesiyle de bağdaşmayacağı ve zorla muayene teşkil edeceği ortadadır. Özetle, Yönetmelik'te yer alan düzenleme, uygulamada şüpheli veya sanığın rızası hilafına gerçekleştirilen beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması işlemlerinin çoğu zaman katlanma yükümlülüğünün sınırlarını teşkil eden nemo tenetur ve insan onurunun dokunulmazlığı ilkelerine aykırı biçimde gerçekleştirilmesine yol açacaktır<sup>84</sup>. Kaldı ki, kişinin bedeni üzerinde gerçekleştirilecek bu gibi zorlayıcı davranışların aynı zamanda kişinin ruhsal sağlığına zarar verebileceğini de her zaman göz önünde bulundurmak gerekir. Oysa daha önce de ifade ettiğimiz üzere, beden muayenesinin veya vücuttan örnek

82 **Kızırlarslan**, s. 214. Buna göre, öncelikle, müdahaleye maruz kalacak kişiye yapılacak işlemin içeriğinin anlatılmış ve aydınlatılmış olması gerekir. Buna rağmen, şüpheli veya sanığın rızasının bulunmaması halinde, Yönetmelik uyarınca müdahalede bulunmak ve bu müdahalede bulunmak için gereken önlemlerin alınabilmesi mümkündür. Bkz. **Aksoy İpekçioğlu**, Pervin, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", İÜHF, Y: 2012, C: 70, S: 1, s. 29.

83 Nitekim öğretilerde bu önlemlerin içerisinde, kişinin muayene yapılacak yere zorla götürülmesi, masaya yatırılması, ellerinin tutulması ve müdahalenin gerektirdiği zorlamanın yapılabilmesi gösterilmektedir. Bkz. **Aksoy İpekçioğlu**, s. 29. Genital muayenelerde rıza dışı muayenenin teknik olarak mümkün olmadığı, ancak anestezi yardımı ile uyutarak veya başka bir şekilde uyutarak yapılabileceği, bu muayenenin zor kullanılarak, kişinin elini kolunu bağlayarak yapılması halinde %95 hatalı sonuçların ortaya çıkacağı hakkında bkz. **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 644. Beden muayenesine rızası olmayan şüpheli veya sanığın doktorun sorularına cevap vermeye yahut eğilmek veya yürümek gibi talimatları yerine getirmeye zorlanamayacağına ilişkin bkz. **Park**, s. 730.

84 Benzer yönde bkz. **Aytekin**, Asuman, Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Susma Hakkı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2000, s. 156; **Soyaslan**, s. 253. Aksi yönde bkz. **Centel/Zafer**, s. 282 vd.; İpekçioğlu Aksoy, Vücuttan Örnek Alma, s. 1169; **Kazaker**, Gözde, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, CHD, S: 31, Ağustos 2016, s. 173 vd. Hâkim kararına rağmen kişinin muayeneyi kabul etmediği ve buna direndiği durumlarda ikinci bir hâkim kararı alınması, ikinci kararda hâkimin o işlemin mutlaka yapılması gerekip gerekmediğini somut olaydaki koşullara bakarak karara bağlaması gerektiği yönünde görüş için bkz. **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 644.

alınmasının kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir<sup>85</sup>. Kaldı ki, temel hak ve hürriyetlere yapılacak müdahalelerin Yönetmelik gibi idari işlemlerle değil, kanunla düzenlenmesi gerekir. Nitekim Anayasa m. 13 uyarınca; temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Öte yandan yine AY m.17 uyarınca tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz. O halde, kişinin vücut bütünlüğüne rızası dışında yapılacak müdahalelerin nitelik ve kapsamı da her halükarda kanunla düzenlenmelidir<sup>86</sup>.

85 Öte yandan, bu yönde gerçekleştirilecek zorla muayenenin muayeneyi yapacak veya vücuttan örnek alacak olan hekimler bakımından da pek çok sıkıntıyı beraberinde getireceğini söylemek mümkündür. Nitekim tıp bilimi mensuplarınca, vücut muayenesi ve örnek alma işlemlerinin tıbbi işlem niteliğinde olduğu, önemli olanın tıbbi deontoloji ve tıp etiğinin ilkeleri olup, asıl görevin hekimlik yapmak olduğu, bilirkişi olarak görev almanın bunu değiştirmeyeceği, ulusal hukuk kuralları ile uluslararası tıbbi etik ve deontoloji kurallarının çelişmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Zorla muayenenin hekimlik mesleğine uygun olmadığı, ilgilinin rızası dışında herhangi bir muayenenin yapılmasının mümkün olmadığı, zorla muayenenin ayrıca kişinin sağlığını da tehlikeye sokan bir hal olduğu ve bu nedenle her zorla muayene işlemi sırasında komplikasyon da gerçekleşebileceği savunulmaktadır. Bu yönde bkz. Çetin, Gürsel, Kişinin Rızası Dışında Savcı veya Mahkeme Kararı ile Yapılan Beden Muayenesinin Değerlendirilmesi, Hukuk ve Adalet, Y: 1-2, S: 6-7, Ekim 2005, s. 27 vd.; **Fincancı**, Şebnem Korur/**Yorulmaz**, Coşkun, Beden Muayenesi, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Eğitimi Etkinlikleri, Yeni Yansalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, s. 142 vd. Yazarlara göre; ulusal veya uluslararası etik ilkeler açıklamalarında, hukuk da dahil olmak üzere diğer zorunluluklar nedeniyle sağlık çalışanlarının tıbbi etiğe ve vicdanlarına aykırı davranmaya zorlanamayacakları konusunda yaygın bir uzlaşma mevcuttur. Sağlık çalışanları bu tür durumlarda, temel etik kuralları tehlikeye atılmaktan ya da hastaları ciddi tehlikeye maruz bırakmaktansa, hukuka ya da yasal düzenlemelere uymayı reddetmelidirler. Ayrıca bkz. **Birgen**, Nur, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Adli Tıp Uygulamalarına Yansımaları, Hukuki Perspektifler Dergisi, Eylül 2006, s. 27. Yarg.4.CD, 11.03.2013 tarih ve 2011/5356 E. ve 2013/6985 K. sayılı ilamında; "...*İncelenen dosyada mahkeme yazısında kan örneği alınması için davalının rızasının alınmasına gerek bulunmadığı belirtilmiş ise de, yazı gereğini yerine getirmekle yükümlü bulunan C. Başsavcılığınca doku örneğinin zorla alınabilmesi için gereken önlemlerin de alınmamış bulunması karşısında ilgilinin rızasının bulunmaması nedeniyle sağlığı bakımından tehlike oluşturmadan doku alamayan adli tıp uzmanı saniğın eyleminin ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmayacağı anlaşılmalı, eyleme yönelik temyiz iddiaları yerinde görülmemiştir...*" diyerek ihmali suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan yargılanan adli tıp uzmanı sanik hakkında verilen beraat kararını onamıştır. Ayrıca İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezanın Etkili Bir Şekilde Soruşturulması ve Belgelemesi İçin El Kılavuzu'nda da (İstanbul Protokolü) tıbbi müdahalelerde ilgilinin rızasının alınmasının gerektiği aksi takdirde bedene yapılan müdahalenin hukuka aykırı olacağı belirtilmiştir. Nitekim Protokol'ün *Bilgilendirilmiş Onam* başlığını taşıyan düzenlemesinde; "...*sağlık çalışanları, hasta için neyin iyi olduğuna karar verirken, elinde yetki bulunduran herhangi birinin görüşlerine değil, aklı başında, reşit hastanın isteklerine göre karar vermelidir.*" denilmiştir. İlgili Protokol'de, Dünya Tâbibler Birliği'nin Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'ne de atıfta bulunulmuştur. Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'ne göre "*Hasta yeterli bilgilendirilmeden sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddedebilme hakkına sahip olabilmelidir.*" Bkz. İstanbul Protokolü- İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelemesi İçin El Kılavuzu, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları 24, Ankara 2005, s.14. Muayeneyi yapan doktorun şüpheli veya saniğın muayeneye rızasının olmamasından bahisle, muayeneden sarfı nazar edemeyeceğine, zira burada şüpheli veya saniğın doktora tedavi maksadıyla değil, ilgili suça ilişkin delil elde etmek amacıyla gönderildiğine, doktorun buradaki görevinin bilirkişilik olduğuna yönelik aksi görüş için bkz. **Ertuğrul**, s. 692.

86 Aynı yönde bkz. **Centel/Zafer**, s. 281.

AİHM, şüpheli veya sanığın bu tür bir işleme katlanma yükümlülüğünü değerlendiren üç aşamalı bir inceleme yapmakta ve bu noktada katlanma yükümlülüğünü daha dar yorumlamaktadır. Buna göre Mahkeme, şüpheli veya sanığı rızası hilafına yapılan bir beden muayenesi veya örnek alma işlemi bakımından her şeyden önce vücuttan bir örnek alınıyor olması gerektiğini, vücudun içine yapılacak bir müdahalenin katlanma yükümlülüğü içerisinde kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Sonrasında ise uygulanan zorlamanın ölçüsünün değerlendirilmesi gerektiğini ve bunun hiçbir zaman AİHS m.3'te yer alan işkence ve kötü muamele seviyesine ulaşmamış olması gerektiğini ifade etmektedir<sup>87</sup>. Bu çerçevede AİHM, her muamelenin Sözleşme'nin 3'ncü maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini, Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ihlalinden bahsedilebilmesi için söz konusu müdahalenin *belli bir asgari şiddet düzeyini aşması* gerektiğini belirtmektedir<sup>88</sup>. Bu belirlenirken de, muamelenin süresi, uygulanış şekli ve yöntemi, fiziksel ve ruhsal etkileri, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu dikkate alınmalıdır.

Nitekim AİHM 11.07.2006 tarih ve 548210/00 sayılı *Jalloh v. Almanya* Kararı'nda<sup>89</sup>; delil elde etmek için zorla yapılacak tıbbi müdahalenin ne ölçüde gerekli olduğu, yapılış biçimi, vereceği fiziksel ve manevi acı, tıbbi denetimin derecesi ve şüphelinin sağlığına etkileri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade ederek, uyuşturucu madde sattığından şüphe edilen Abu Jalloh'un ağızda sakladığı ufak poşetteki uyuşturucuyu yakalandığında yutması karşısında, başvurucuyu kusturmak için doktor nezaretinde dört polis memuru tarafından zor kullanılarak, burnundan midesine tüp indirilmek suretiyle kusturucu ilaç zerk edilmesini ve bu surette kusmasının sağlanmasını insanlık dışı ve onur kırıcı muamele olarak kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre şüpheli, önemli bir uyuşturucu satıcısı değil, sokak satıcısıdır. Alacağı en fazla ceza altı ay hapis cezası olup ertelenmesi mümkündür. Ayrıca bu şekilde kusturucu ilaç kullanılması riskli olup, daha önce iki kişinin ölümüne neden olmuştur<sup>90</sup>. Yutulan uyuşturucunun doğal yollarla vücutu terk etmesinin beklenmesi, dolayısıyla fiziksel ve ruhsal bütünlüğe daha az

87 Kühne, s. 77.

88 Bu yönde AİHM, 18.01.1978 tarihli İrlanda v. Birleşik Krallık Kararı için bkz. [www.hudoc.echr.coe.int/eng](http://www.hudoc.echr.coe.int/eng) (Erişim: 07.02.2018).

89 Karar için bkz. [www.hudoc.echr.coe.int/eng](http://www.hudoc.echr.coe.int/eng) (Erişim: 07.02.2018).

90 Gerçekten de, Almanya Hamburg'ta yaşanan bir olay, mide sondajının ölümle sonuçlanabileceğini göstermiştir. 9.12.2001 günü narkotik polisleri, uyuşturucu madde ticareti yapan şüpheliyi Hamburg tren istasyonunda yakaladıkları sırada şüpheli, uyuşturucu maddeyi yutmuştur. Cumhuriyet savcısı tarafından şüphelinin Üniversite hastanesine götürülerek kusturucu ilaç verilmesi suretiyle uyuşturucu maddenin çıkarılması emri verilmiştir. Şüpheli hastanede kusturucu ilaç almayı reddetmiştir. Bunun üzerine şüpheliye mide sondajı yapılarak uyuşturucu maddenin çıkarılması kararı alınmıştır. Şüphelinin bu işleme de karşı çıkmasına rağmen, söz konusu işlem zor yoluyla gerçekleştirilmiştir. Bu işlemin ardından şüphelinin kalbi durmuş ve yarım saat boyunca kalbin yeniden çalıştırılması için müdahalede bulunulmuştur. Yapılan müdahalenin sonunda kalp yeniden çalıştırılmış ve fakat şüpheli komaya girmiştir. Yoğun bakıma kaldırılan şüpheli, 12.12.2001 günü yaşamını yitirmiştir. Buradan hareketle, özellikle vücuda zorla kusturucu ilaç verilmesi yahut mide sondajı yapılması yolundaki müdahalelerin oranlılık ve insan onuru ilkesi ile bağdaşmadığı, yutulan bir uyuşturucu maddenin bu yolla değil doğal yollarla vücut dışına çıkmasının beklenmesi gerektiği, bunun için de gerektiğinde şüpheli veya sanığın özgürlüğünün kısıtlanabileceği ifade edilmektedir. **Binder/Seemann**, s. 234; **Eisenhardt**, s. 40. Ayrıca bkz. **Murmann**, Uwe, Die strafprozessuale Zusatzfrage in der ersten Prüfung, Jus-Beil 2007, s. 6.



bir müdahale ile aynı sonucun elde edilmesi mümkündür. Söz konusu önlem Jalloh'ta, korku, elem doğurmuş, aşağılanmasına neden olmuştur.

Kaldı ki AİHM, kişilerin fiziksel bütünlüğüne yapılan müdahalelerin, bazı durumlarda Sözleşme'nin 8'inci maddesi kapsamında da ihlal teşkil edebileceğinin altını çizmektedir. Gerçekten de AİHM, 22.07.2003 tarih ve 24209/94 sayılı Y.F./Türkiye kararında; bir kimsenin fiziksel bütünlüğüne yapılan müdahalenin kanunla öngörülmesi ve söz konusu kişinin de onayının olması gerektiğini, aksi takdirde Sözleşme'nin 8'inci maddesinde düzenlenen özel hayata saygı ilkesi ihlal edilmiş sayılacağını ifade etmektedir<sup>91</sup>.

Özetle, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması konusunda dogmatik bir biçimde şüpheli veya saniğin bu işlemlere katlanma yükümlülüğü bulunduğu söylenemez, söylenmemelidir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemine katlanma yükümlülüğü belirlenirken, yapılacak müdahale ile elde edilecek kamusal menfaat arasında bir oran bulunup bulunmadığı, kişinin bu işleme aktif katılmaya zorlanıp zorlanmadığı ve bu zorlamanın insan onurunun dokunulmazlığını ihlal edip etmediği hususlarının bir arada değerlendirilmesi gerekir<sup>92</sup>. Zira ceza muhakemesi hukukunda hiçbir zorunluluk ve yükümlülük insan onurunun üzerinde olamaz.

## B. Teşhis

Şüphelinin kendisinin veya fotoğraflarının suç mağduruna veya tanığa gösterilmesi ve bu şekilde şüphelinin tanınması olarak tanımlanabilecek teşhis<sup>93</sup>, soruşturma evresinde

91 AİHM, 22.07.2003 tarih ve 24209/94 sayılı Y.F./Türkiye kararı için bkz. <http://www.kararara.com/aihml/turkce3/aihml1801.htm> (Erişim: 07.02.2018). Bu konuda ayrıca AİHM, 26.03.1985 tarih ve 8978/80 sayılı X ve Y/Hollanda kararı için bkz. **Doğru**, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C:1, İstanbul 2004, s.853 vd.

92 OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 11.10.1996- 1 Ss 28/96, NSTZ 1997, s.1647 vd.; **Dallmeyer**, s. 608; **Fahl**, Christian, Der praktische Fall- Strafrecht: "Schlau hilft", JuS 2001, s. 52; **Naucke**, Wolfgang, Anmerkung- OLG Frankfurt/M., Urt. v. 11.10. 1996- 1 Ss 28/96, StV 2000, s.2; **Schaefer**, Christoph, Effektivität und Rechtsstaatlichkeit der Strafverfolgung- Versuch einer Grenzziehung, NJW 1997, s.2438; **We lau**, Edda, Anmerkung - OLG Frankfurt/M., Urt. v. 11.10. 1996- 1 Ss 28/96, StV 1997, s. 341 vd; **Zaczyk**, s. 126. *Kızıllarslan*'a göre, bu konuda dengeyi sağlayacak iki yol ve imkân bulunmaktadır. Bunlardan ilki; oranlılık ilkesi uyarınca yapılacak değerlendirmedir. Yapılacak işlemin, işlemin yapılma amacı ve elde edilmesi umulan menfaate orantılı olması demek olan bu ilke, her olayda ayrı ayrı değerlendirmeye alınarak koşullara göre her muayene öncesinde belirlenmesi pek çok sorunu engelleyecektir. Özellikle cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılacak muayene ve müdahale işlemleriyle, sağlığa zarar verme olasılığı bulunan müdahale nitelikli işlemlerde mutlaka oranlılık değerlendirmesi yapılmalıdır. İkinci yol ve imkân ise; tıbbi ve hukuki açıdan veya insan hak ve özgürlükleri yönünden zorlama halinde zarar verme ihtimalinin bulunduğu hallerde hâkim kararı almaktır. Bu hal, savcı veya kolluğun keyfi işlemlerini engelleyeceği gibi, hukuki süreç içinde denetime tâbi bulunan hâkim kararlarının yanlışlığının başka bir hâkim veya mahkeme heyetince incelenebilmesi imkânı nedeniyle tereddütleri ortadan kaldıracak bir imkân sunmaktır. Bkz. **Kızıllarslan**, s. 217-218. Avusturya Anayasa Mahkemesi (OVfGH) de 06.12.1988 tarihli bir kararında, zorlama yoluyla kişiden kan örneği alınmasını Anayasaya ve AİHS m.8'e aykırı bulmuştur. Bu yönde bkz. OVfGH, Urt. v. 06.12.1988- B (1092/87-6), EuGRZ 1990, s.162. Aİ.CMK'nın zorla muayene etme yöntemini benimsediği ve fakat bunun kişiye aşırı eza verecek şekilde ve insan olma haysiyetini zedeler biçimde yapılmasının hukuka aykırı sayıldığı ve yine Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nda muayene olmayana ayrıca hakim kararına uymamanın gerektirdiği bir para cezası uygulandığı ve fakat zorla muayene yapılmadığı yönünde bkz. **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 644.

93 **Yenisey**, Feridun, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1987, s. 211 vd; **Demirbaş**, s. 198; **Centel/Zafer**, s. 299; İnci, Z.Özen, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Teşhis", TBBD, S: 85, Kasım-Aralık 2009, s. 107.

Cumhuriyet savcısının talimatı ile kolluk tarafından yapılan bir ceza muhakemesi işlemidir<sup>94</sup>. Teşhis işleminin uygulanma koşulu ve uygulanma biçimine ilişkin düzenlemelere, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun (PVSK) Ek m.6/9 vd. hükümlerinde yer verilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu (YCGK), soruşturma evresinde başvuru teşhis işlemine ilişkin bazı değerlendirmelerde bulunduğu 15.04.2008 tarih, 2008/6-70 E. ve 2008/84 K. sayılı ilamında, teşhis işlemine müdafin katılımının zorunlu olup olmadığını tartışmıştır. Mahkeme'ye göre teşhis işlemi, gerektiğinde fotoğraf üzerinden de yapılabilecek olan ve bu yönüyle de şüphelinin imzasının alınmasının bile zorunlu olmadığı bir tanıma işlemidir. Şüpheli buna pasif olarak katılmakta ve teşhis sırasında herhangi bir beyanı da alınmamaktadır. Teşhis işleminde şüpheli pasif, teşhiste bulunan mağdur veya tanık ise aktif durumdadır<sup>95</sup>. Öğretide de hâkim görüşü; şüphelinin teşhis işlemine aktif bir katılımından söz edilemeyeceği, burada şüphelinin pasif durumda bulunduğu (*Augenscheinsbeweis*), dolayısıyla şüphelinin bu işleme katlanma yükümlülüğünün var olduğu ancak kendisinin aktif bir davranışta bulunmaya zorlanamayacağı yönündedir<sup>96</sup>.

Buna karşın, kanaatimizce teşhis işlemi her durumda şüphelinin pasif olarak yer aldığı bir soruşturma işlemi haline indirgemek doğru değildir. Zira teşhis sırasında şüphelinin ifadesinin alınmıyor olması, onun bu işlem sırasında her durumda pasif olduğu anlamına gelmez. Bu işlem sırasında şüphelinin numara içeren bir tabelayı elinde tutması, sağa sola dönmesi istenilebilecektir. Öte yandan şüpheliye yönelik daha ağır birtakım müdahalelerde bulunulabilmesine de kanun cevaz vermiştir. Nitekim PVSK Ek m.6/12 uyarınca, teşhis işlemi sırasında gerekli olması halinde, şüphelinin dış görünüşünde değişiklik dahi yapılabilmesi mümkündür<sup>97</sup>. Yani, şüpheliye belirli bir kıyafetin giydirilmesi ya da çıkartılması hatta duruma göre şüphelinin saçının veya sakalının tıraş edilmesi imkân dâhilindedir. O halde, teşhis işlemi duruma göre şüphelinin aktif katılımı ile yapılan bir müdahale haline de gelebilir<sup>98</sup>. Şüphelinin teşhis işlemine katılmak konusunda rızasının bulunması halinde, yapılan işlem *nemo tenetur* ilkesi bakımından bir sıkıntı yaratmaz. Buna karşın, bir an için şüphelinin bu işleme katılmak istemediği, dış görünüşünde değişiklik yapılmasına onay vermediği veya bir kıyafeti giymeyi reddettiği düşünüldüğünde, soruşturma makamlarının söz konusu işlemi yapabilmek adına şüphelinin bedeni üzerinde yine çoğu zaman doğrudan bir zorlamaya başvurmak zorunda kalacağı ortadadır.

94 İnci, Teşhis, s. 108.

95 Benzer yönde KG, Beschl. v. 4.5.1979- (1) 1 StE 2/77 (130/77), NJW 1668 vd.

96 Bu yönde bkz. **Beulke**, s. 86; **Dingeldey**, s. 412; **Eisenhardt**, s. 36; **Engländer**, s. 24; **Geppert**, Klaus Zum Strafrechtlichen "Rechtmä igkeits" Begriff (§ 113 StGB) und zur strafprozessualen Gegenüberstellung, JURA 1989, s. 277; **Haller/Conzen**, s.65; **Hartmann/Schmidt**, s. 74; **Heger**, s. 49; **Kindhäuser**, s. 66; **Kleszczewski**, s. 35; **Kühne**, s. 76; **Roßgall**, s. 57.

97 Nitekim PVSK Ek m.6/12'ye göre; "Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin birden fazla ve aynı cinsten olması, aralarında yaş, boy, ağırlık, giyinme gibi görünüşe ilişkin hususlarda benzerlik bulunması gerekir. **Teşhis için gerekli olması halinde, şüphelinin görünüşü ile ilgili gerekli değişiklikler yapılabilir.** Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin her birinde, teşhis sırasında bir numara bulundurulur."

98 İnci, Teşhis, s. 130.

Nitekim benzer bir olay, Alman Yüksek Mahkemesi kararına konu olmuştur. Alman Yüksek Mahkemesi'nin 04.05.1979 tarihli kararına<sup>99</sup> konu olan olayda; şüphelinin kolluk birimlerinde tanığa teşhis ettirilmesi işlemi sırasında, şüpheliler F, R ve V'nin saç ve sakal tıraşı iradeleri olmaksızın ve zor kullanılmak suretiyle değiştirilmiştir. Üç şüpheli, teşhis işlemi sırasında teşhise tâbi tutulan diğer kişilerle birlikte durmak konusunda polis memurlarına karşı çıkmışlardır. İlk gün gerçekleştirilen teşhis işlemi sırasında şüphelilerin sağ, ikinci gün ise sol el bileklerine kelepçe takılmıştır. Şüpheliler teşhis işlemine mani olabilmek için teşhis sırasında, başlarını öne eğmişler, gözlerini kapatmışlar ve yüzlerini buruşturmuşlardır. Teşhis işleminin yapılabilmesi amacıyla polis memurları şüphelilere kelepçe takmışlar, saçlarından çekmek suretiyle başlarını kaldırmışlardır. Bu muameleler sonucunda, şüphelilerden F'nin bileğinde takılan kelepçe yüzünden yaralanma meydana gelmiş ve doktor tarafından muayene edilmiştir. Diğer şüpheli R'nin ise başvuru zor kullanma sebebiyle vücudunda sıyrıklar oluşmuştur. R ve F, ikinci gün teşhis işlemine sargı ile çıkarılmak zorunda kalmıştır. Bu işlemler sebebiyle savunma makamı savcılığa başvuruda bulunarak yapılan ifade alma ve teşhis işlemlerinin oranlılık ilkesine aykırı olduğunu, bu işlem sonucu elde edilen delillerin delil yasakları çerçevesinde ele alınması gerektiğini ve soruşturma ve kovuşturmada kullanılmayacağını ileri sürmüş, ancak başvuruları reddedilmiştir. Bu olayla ilgili Alman Yüksek Mahkemesi, şüphelilerin teşhis işlemine katılmak ve katlanmak yükümlülüğünün bulunduğunu ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, teşhis işlemi ikiye ayrılarak incelenmelidir. Birincisi, tanıklar arasında veya tanıkla şüpheli arasında çelişkili ifadelerin olması halinde, çelişkinin giderilebilmesi için yapılan teşhis işlemi, ikincisi ise failin tanınması ve kimliğinin tespit edilebilmesi için yapılan teşhis işlemidir<sup>100</sup>. Birinci durumdaki teşhis bir yönüyle tanığın bir yönüyle de şüphelinin ifadesinin alınmasının bir parçasıdır. Bu durumda susma hakkından veya aleyhe delil göstermeye zorlanma yasağından bahsedilebilir. Fakat ikinci durum, sadece tanığın ifadesinin alınmasından ibarettir. Olayda gerçekleşen teşhis işlemi de ikinci duruma örnektir, yani tanığın ifadesinin alınması ve şüphelinin kimliğinin belirlenmesidir. Nitekim burada şüphelinin herhangi bir beyanına başvurulmamaktadır. Tanığın şüpheli ile konuşma şansı yoktur. Arada tek taraflı görüş sağlayan ve sesin geçmesine imkân vermeyen bir aynanın var olduğu düşünüldüğünde, şüpheli tanığı ne görebilir ne de duyabilir. Bu işlemin bir tanık ifadesi olarak kabul ediliyor olması karşısında, savunma makamının ifadenin yasadışı yöntemlerle alındığı iddiası da geçerli değildir. Ayrıca teşhis işlemi sırf şüphelinin iradesi hilafına yapılıyor olması sebebiyle geçersiz kabul edilemez. Zira soruşturma aşamasında yargılamanın devamı bakımından gerekli olması halinde tanıklar arasında veya şüpheli ile tanık arasında teşhis işlemi yaptırılabilceği düzenlenmiştir. Kaldı ki, bu işlem sırasında şüpheli sadece *gözle müşahade edilen bir delil* durumundadır (*Augenscheinsbeweis*). Öte yandan, sadece delil elde etmek amacıyla değil, şüphelinin kimliğinin tespit edilebilmesi bakımından da şüphelinin rızası hilafına beden muayenesine tâbi tutulması veya vücudundan örnek alınması da kanunen mümkündür.

99 KG, Beschl. v. 4.5.1979 - (I) 1 StE 2/77 (130/77), NJW 1979, s. 1668.

100 Benzer yönde bir ayırım için bkz. **Geppert**, Gegenüberstellung, s. 277.

Ancak kuşkusuz ki, polis memurlarının teşhis işlemi sırasında şüpheliyi yaralama ve onu işleme aktif katılmak konusunda zorlama hakları da yoktur. Somut olayda da şüpheli, polis tarafından aktif bir katılımda bulunmaya zorlanmış değildir. Hatta daha ziyade polis memurları şüphelinin pasif bir şekilde işleme katılmasını sağlamak için zor kullanmışlardır. Başka bir deyişle, polis memurları şüphelinin pasif katlanma yükümlülüğünü yerine getirmeye çalışmışlardır. Aksinin kabulü halinde, ceza muhakemesi işlemlerinin yerine getirilmesi mümkün olmaz. Son olarak Yüksek Mahkeme, polis memurları tarafından oranlılık ilkesinin de aşılmadığı sonucuna ulaşmıştır Zira suç şüphesi göz önüne alındığında, söz konusu işlemin yapılması gerekir ve şüphelilerdeki yaralanma da kendilerinin bu işleme itiraz etmeleri sebebiyle meydana gelmiştir.

Kanaatimizce bu karar pek çok açıdan tartışmaya açıktır ve Alman öğretisinde bazı yazarlar tarafından da sert bir şekilde eleştirilmiştir<sup>101</sup>. Karara yönelik eleştirilerden bir tanesi de somut olayda yapılan uygulamanın nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil ettiği yönündedir. Şüpheliyi belirli bir davranışı yapmaya, belirli bir şekilde durmaya zorlamak demek, aslında onu aktif bir davranışla kendi aleyhine delil göstermeye zorlamak demektir. Yüksek Mahkeme, polis memurlarının şüpheliyi teşhis işlemine aktif katılım sağlamak için zorlamadıklarını, aksine şüphelinin pasif katlanma yükümlülüğünü yerine getirmeye çalıştıklarını ifade etmiştir. Şüpheliden tanığın karşısında gözlerini açık tutmasının yahut normal bir yüz ifadesiyle durmasının istenmesi sadece pasif bir katlanma yükümlülüğü ile açıklanamaz. Bu yönde bir baskı şüpheliyi, ceza yargılamasının süjesi olmaktan çıkarır ve onu ceza yargılamasının objesi haline getirir ki bu durum da insan onuru ve nemo tenetur ilkesine aykırılık anlamını taşır. Söz konusu kararda aktif katılıma zorlama yasağı ile pasif katlanma yükümlülüğü arasındaki sınır aşılmıştır. Kaldı ki, şüphelinin yapılacak olan ceza muhakemesi işlemine katılması cebir ve zorlama (*vis compulsiva*) ile sağlanamaz. Cebir ve zorlama mevzu bahis olduğunda, özgür bir iradede de bahsedilemez. Burada, şüphelinin ilgili ceza muhakemesi işlemine aktif olarak katılması veya pasif katlanma yükümlülüğünün sağlanması bakımından, idari para cezası veya disiplin hapsi gibi başka yola başvurulması insan onuru açısından da daha yerinde bir çözüm olacaktır<sup>102</sup>.

Öte yandan Yüksek Mahkeme, teşhis işlemi ikiye ayırarak, birincisini tanıklar arasında veya tanık ile şüpheli arasında çelişkili beyanların bulunması durumunda yapılan bir işlem, ikincisini ise şüphelinin tanınması işlemi olarak kabul etmiş ve birinci durumda teşhisin bir yönüyle ifade alma olduğunu ve dolayısıyla şüphelinin susma hakkının bulunduğunu, ikinci durumun ise sadece tanığın ifadesinin alınmasından ibaret olduğunu

101 Bkz. **Grünwald**, Gerald, Probleme der Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung, JZ 1981, s. 423 vd.; **Benfer/Bialon**, s. 292 vd.; **Bosch**, s. 289 vd.; **Burgdorf**, Ralf/**Ehrentraut**, Christoph/**Lesch**, Heiko H., Die Identifizierungsgegenüberstellung gegen den Willen des Beschuldigten- Eine unzulässige Ermittlungsmahnahme?, GA1987, s.127.

102 **Grünwald**, s. 428. Yazara göre, böyle bir durumda nemo tenetur ilkesinin dolanılması suretiyle ilkeye aykırılıktan da bahsedilemeyecektir. Buna karşın, **Geppert**, bu işlem yapılmadığında, tanıma işlemi için beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması için daha sert bazı işlemlerin yapılması gerekebileceği için Mahkeme'nin kararının haklı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Geppert**, Gegenüberstellung, s. 277. Benzer yönde bkz. **Odenthal**, Hans Jörg, Die Gegenüberstellung zum Zwecke des Wiedererkennens, NStZ 1985, s. 434.

ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre somut olay, ikinci duruma örnektir. Buna göre esasen susma hakkından da bahsedilemez. Kanaatimizce bu sonuca katılmak mümkün görünmemektedir. Zira nemo tenetur ilkesi sadece beyan delillerine ilişkin değildir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, nemo tenetur ilkesinin iki yönü bulunur: Susma hakkı ve kendi aleyhine delil göstermeye zorlanma yasağı. Dolayısıyla herhangi bir ifade alma dışında da soruşturma ve kovuşturma makamları delil toplarken şüpheli veya sanıktan zorlama yoluyla kendisi aleyhine bir delil elde edemez. Bu delilin, beyan delili veya belge delili yahut vücutsal bir delil olması arasında da herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Tüm bu anlatımlar çerçevesinde, teşhis işlemine katlanma yükümlülüğü bakımından bizce somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılmalıdır. Her şeyden önce, soruşturma makamları tarafından yapılacak olan işlem şüpheliye anlatılmalı (öğretilmeli) ve iradesi çerçevesinde aktif katılımının sağlanmasına çabalanmalıdır. Özellikle teşhis işlemi için dış görünüşün değiştirilmesi gereken durumlarda bu onayın çok daha önem arz ettiği açıktır. Bunun dışında, şüphelinin tüm diğer işlemlerde olduğu gibi, teşhis işlemine de ancak pasif yönde bir katlanma yükümlülüğü olduğu unutulmamalıdır<sup>103</sup>. Başka bir deyişle, şüphelinin konumu sadece *gözle müşahade edilen bir delil (Augenscheinbeweis)* den ibaret olmalıdır<sup>104</sup>. Şüpheli, aktif katılma yasağına aykırı olarak bir harekette bulunmaya zorlanamaz. Aksi yönde bir uygulama, şüpheliyi bir ceza muhakemesi işlemine kendi aleyhine delil vermek konusunda zorlama anlamına gelecektir ki, bu durum çoğu zaman insan onurunu zedeler biçimde vücuda bir müdahaleyi gerektirecektir. Bizce, pasif katlanma yükümlülüğünün sağlanmasına yönelik bir çaba de kişiye fiziksel veya manevi olarak yapılacak müdahalelere gerekçe olamaz, olmamalıdır.

Buna karşın, PVSK Ek m.6/16 uyarınca yapılacak bir fotoğraf veya video teşhisi bakımından şüphelinin aktif katılımından ve esasen şüpheliden yapması istenen bir davranıştan da bahsedilemeyeceği için şüphelinin bu işleme katlanma yükümlülüğünün var olduğunu söylemek mümkün olacaktır<sup>105</sup>.

### C. Keşif ve Yer Gösterme

*Keşif*, kural olarak mahkeme, istisna olarak hâkim, naip hâkim veya istinabe olunan hâkim ya da gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısı tarafından, esas olarak delillerin, olay yerinin, olayda kullanılan araçların, suçun konusunun durumlarına, olayın meydana geliş sürecine ilişkin bilgi ve kanaat elde edilmesi; ikincil olarak da bu faaliyet sırasında rastlanılan delillerin elde edilip toplanması için, suç oluşturan eylemin gerçekleştirildiği yer, suçla ilgili eşyalar, iz ve eserlerle kişiler üzerinde, bunların varlığı, konumu ve durumuna ilişkin olarak beş duyu ile gerçekleştirilen araştırmadır<sup>106</sup>. Buradan hareketle keşif, hâkimin muhakeme konusu olayla ilgili hususları, beş duyusu

103 Benzer yönde bkz. **Beulke**, s. 86; **Engländer**, s. 24; **Haller/Conzen**, s. 65; **Hartmann/Schmidt**, s. 74; **Heger**, s. 49; **Kindhäuser**, s. 66; **Kühne**, s. 76; **Rogall**, s. 57.

104 **Grünwald**, s. 752; **Burgdorf/Ehrentraut/Lesch**, s. 127; **Benfer/Bailon**, s. 293.

105 BVerfG, Beschl. v. 27.9.1982 - 2 BvR 1199/82, NStZ 1983, s. 84.

106 **Yıldız**, Ali Kemal, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Keşif ve Yer Gösterme", İÜHF, C: LXV, S: 1, 2007, s. 128.

aracılığı ile yani görerek, duyarak, tadarak, koklayarak ve nihayet dokunarak inceleme-sidir<sup>107</sup>. CMK m.83/1 uyarınca keşif, hâkim veya mahkeme veya naip hâkim ya da istinabe olunan hâkim veya mahkeme ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır.

Keşfin amacı esas olarak, mahkeme veya hâkimin ispatta ve hükmün oluşturulma-sında kullanılabilecek her türlü veriyle bizzat yüz yüze gelmesi, bunların durumlarını beş duyusuyla gözlemlemesi ve bunlardan hareketle olayın meydana gelişi konusunda bir kanaat elde etmesidir. Bu nedenle de keşif, niteliği itibarıyla delil değerlendirme ara-cıdır. Bu yönüyle keşif, delil elde etme yöntemlerinden ayrılır. Bununla birlikte keşfin yö-nelik olduğu bu amaç, ikincil nitelikte de olsa keşfin bir delil elde etme amacına da sahip olmasına engel değildir. Keşif sırasında elde edilen bu deliller de duruşmada ortaya ko-nulmak ve tartışılmak suretiyle vicdani kanaatin oluşturulmasında kullanılacaklardır<sup>108</sup>.

*Yer gösterme* ise, Cumhuriyet savcısı tarafından yürütülen, şüpheli tarafından suç-un gerçekleştirildiği, suçla ilgili delil, iz ve eserlerin bulunduğu yerlerin gösterilmesi, kendisine isnat edilen eylemin nasıl gerçekleştirildiğinin uygulamalı olarak açıklanması biçiminde gerçekleşen bir soruşturma işlemidir<sup>109</sup>. Yer gösterme, şüphelinin olay yeri-ne veya delilin bulunduğu sanılan yere götürülmesi<sup>110</sup> ve suçun gerçekleştiği yerlerin Cumhuriyet savcısı ve kolluk güçleri eşliğinde şüpheli tarafından gösterilmesidir<sup>111</sup>. Yer gösterme işlemini hukuki nitelik olarak keşif, keşfin bir türü<sup>112</sup> olarak nitelendirenler bu-lunduğu gibi, olay yerindeki bir doğrulatma ifadesi<sup>113</sup> olarak ve soruşturma evresinde de-lillerin toplanması amacıyla başvuru bir tedbir<sup>114</sup> ve karma nitelikli bir kurum<sup>115</sup> olarak da nitelendirenler de bulunmaktadır<sup>116</sup>.

107 **Erem**, Ceza Usul, s. 407; **Centel/Zafer**, s. 288; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 378; **Soyaslan**, s. 258; **Toroslu/Feyzioğlu**, s. 201; **Turhan**, s. 178; Ünver/Hakeri, s. 418; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 630; **Yurtcan**, s. 304.

108 **Yıldız**, s. 130-131.

109 **Yıldız**, s. 152.

110 **Demirbaş**, s. 204; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 787; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 633.

111 **Soyaslan**, s. 260.

112 **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 786; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 285; **Soyaslan**, s. 260; Ünver/Hakeri, s. 423; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 633; **Yurtcan**, s. 305.

113 **Centel/Zafer**, s. 297.

114 **Turhan**, s. 180.

115 Buna göre yer gösterme, hem ifade alma hem de keşfin özelliklerini içeren karma nitelikli bir kurumdur. Bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 531. Benzer şekilde Öntan, Yaprak, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yer Gösterme İşlemi", AÜHFD, 62 (4) 2013, s. 1094. Yer göstermeyi kendine özgü bir işlem olarak kabul eden görüş için bkz. **Karağülmez**, Ali, "Yer Gösterme İşlemi ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 85. Maddesinin İncelenmesi", TBBĐ, S: 57, 2005, s. 64.

116 Buna karşın Şahin, yer gösterme işleminin yeni bir ifade alma işlemi olarak kabul edilmesi halinde, kolluğun yer gösterme işlemi yaptırmaya yetkili olduğu durumlarda, bu düzenlemenin, CMK'nın 148/4, 5 ve 213'üncü maddeleriyle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, yer göstermenin hukuki ni-teliği bu şekilde kabul edilecek olursa, Kanun'un çeşitli hükümlerinin uygulanması ve birbiriyle uyum itibarıyla bazı sorunların ortaya çıkması muhtemeldir. Gerçekten de, yer gösterme yeni bir ifade alma işlemi olarak kabul edilecek olursa, CMK'nın 148/5 hükmü nedeniyle 85/1 maddesinin ikinci cümlesi uygulama kabiliyetine sahip

CMK Tasarisında bulunmayan yer gösterme işlemleri, Adalet Komisyonu tarafından yer gösterme işleminin bir disiplin altında yapılması ve hukuku zemine kavuşturulması amacıyla yeni 85'inci maddeye eklenmiştir. Böylece, uygulamada ortaya çıkan, hatalı ve hukuka aykırı biçimde tatbik edilen yer gösterme, keşif hükümlerine tâbi tutularak hukuka uygun bir yapıya kavuşturulmak istenmiştir. Nitekim 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'nın 85'inci maddesinin ilk biçiminde "Yer gösterme işlemi hakkında 83 ve 84 üncü madde hükümleri uygulanır" denilerek açıkça keşif hükümlerine gönderme yapılmıştır. 25.05.2005 tarih ve 5353 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında, Cumhuriyet savcısının ancak yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmuş olan şüpheliye yer gösterme işlemi yaptırabileceği düzenlenmiştir. Değişiklik gerekçesinde, yer gösterme işleminin açıklığa kavuşturulduğu, buna göre ancak soruşturma evresinde başvurulabilecek bir işlem olan yer göstermenin, yüklenen suç konusunda açıklamada bulunan şüphelinin bu açıklamalarının doğruluğunu kontrol etmek için yaptırılacağı; böylece Cumhuriyet savcısının sağlam deliller elde edebileceği ve iade edilmeyecek biçimde bir iddianame düzenleyebileceği belirtilmiştir.

Buradan hareketle, yer gösterme işlemi, şüphelinin beyanını doğrulamaya, güvenilirliğini denetlemeye, olayın ayrıntılarını öğrenmeye, varsa diğer delilleri elde etmeye yönelik olarak, şüphelinin ifadesinin alınması kapsamında değerlendirilmesi gereken bir soruşturma işlemidir<sup>117</sup>.

Şüpheli veya sanığın keşif ve yer gösterme işlemlerine katılma yükümlülüğünün ise her iki işlem bakımından ayrı ayrı ele alınması ve değerlendirilmesi gerekir.

CMK m.84/1 uyarınca, keşif yapılması sırasında şüpheli, sanık, mağdur ve bunların müdafii ve vekili hazır bulunabilirler. Yine aynı maddenin 5'inci fıkrasına göre de, şüpheli veya sanık tutuklu ise, hâkim veya mahkeme tarafından ancak zorunlu sayılan hallerde keşifte bulundurulmasına karar verilebilir. Buradan da anlaşılacağı üzere, şüpheli veya sanığın keşif sırasında hazır bulunma zorunluluğu bulunmadığı, katılmanın şüpheli veya sanık tarafından bir hak olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır<sup>118</sup>. Dolayısıyla, keşfe katılmak konusunda dahi bir zorunluluğu bulunmayan şüpheli veya sanığın kendi iradesiyle,

---

olamayacaktır. Çünkü CMK m.148/5 uyarınca; "Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir." Oysa 85'inci madde bu yetkiyi kolluğa da vermektedir. Bu durumda, sözü geçen iki hüküm arasında bir çelişki bulunduğunu kabul etmek gerekir. 85'inci maddenin 148/5 düzenlemesine göre özel hüküm olduğu ve öncelikle uygulanacağı söylenirse, bu defa da 85'inci maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile ikinci fıkrasının, 148/4 ve 213'üncü maddeyle birlikte ve uyumlu bir şekilde yorumlamak gerekecektir. Kolluk tarafından yapılan yer göstermede soruşturmayı geciktireceği gerekçesiyle müdafii hazır bulundurulmaz ise, bu yer gösterme sırasında alınan ifade, ancak hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanırsa hükme esas alınabilecektir (CMK m.148/4). Müdafinin hazır bulunmadığı bir yer gösterme işlemi sırasında düzenlenen tutanak, ifadeler arasında çelişki bulunduğu duruşmada okunamayacaktır. Buna karşılık yer gösterme, ifade almaya bağlı bir işlem olmasına rağmen, yeni bir ifade alma değil de, ondan ayrı bir ceza muhakemesi işlemi olarak nitelendirildiğinde, kolluk tarafından yapılan yer gösterme işlemi bakımından bahsedilen sorunlarla karşılaşmayacaktır. Bu durumda yer gösterme, Cumhuriyet savcısı ve hatta kolluk tarafından yapılabilen bir tür keşif olarak nitelendirilebilecektir. Bkz. Şahin, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005, s. 265.

117 Yıldız, s. 154.

118 Yıldız, s. 141.

keşfe katılmış olması halinde kendisine sorulan sorulara cevap vermek yükümlülüğü veya aleyhine olabilecek herhangi bir delili de göstermek zorunluluğunun bulunmadığını söylemek gerekir. Burada ifade ve sorguya ilişkin hükümlerin ve susma hakkının, kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamama ilkesinin hatırlanması yeterlidir.

Şüpheli veya sanığın zorunlu sayılan bazı hallerde keşif sırasında bulunmasına hâkim veya mahkeme tarafından karar verilebileceği anlaşılmaktadır. Tutuklu olan şüpheli veya sanığın nakline ilişkin güçlükler dikkate alınarak yer verilen bu düzenlemedeki zorunlu hallerin nelerden ibaret olduğunu önceden belirlemek mümkün değildir. Bunu her somut olay bakımından keşfe karar verecek makam takdir ve tayin edecektir. Söz konusu zorunlu hallere örnek olarak; keşifte yapılacak saptamalar açısından şüpheli veya sanığın açıklamalarının önem taşıması, şüpheli veya sanığın keşif konusu objeye ilişkin iddia makamı veya müştekiden daha farklı iddialarda bulunmuş olması, daha önceki saptamalara ya da keşif sonuçlarına itiraz etmek suretiyle ancak keşif konusu objenin bulunduğu ortamda yapacağı açıklamalarla bu itirazlarının somut hale gelecek olması gibi durumlar gösterilebilir<sup>119</sup>. Ancak burada, şüpheli/sanığın keşfe katılmasına karar verilmiş olsa da yine keşif sırasında kendisine sorulacak sorulara cevap verme veya keşif sırasında kendisi aleyhine sonuç doğurabilecek delilleri göstermek yükümlülüğü yoktur. Benzer şekilde burada da ifade ve sorguya ilişkin hükümlere kıyasla şüpheli veya sanığın susma ve kendi aleyhine delil gösterme yasağının kıyasen göz önünde bulundurulması gerekir.

Yer gösterme işlemi bakımından ise şüphelinin işleme açıklamalarıyla aktif katılımında bulunması, olayın gerçekleştiği veya delillerin bulunduğu yerle ilgili bilgiler vermesi, olayın ayrıntılarına ilişkin sorulan soruları yanıtlaması ve mümkünse olayın yeniden canlandırılmasına kendisinin de katılması beklenmektedir<sup>120</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken husus, şüphelinin yer gösterme işlemine katılma ve bu işleme katılma yükümlülüğü ancak kendisine isnat edilen suçla ilgili açıklamada bulunmuş olmasına bağlıdır. Başka bir deyişle, kendisine yüklenen suç hakkında susma hakkını kullanmış şüpheliye yer gösterme işlemi yaptırılması ve bu işleme katılması beklenemez<sup>121</sup>. Buna karşın, yüklenen suç ile ilgili açıklamada bulunmuş şüpheli, rızası bulunmasa dahi, koşulları gerçekleştirdiği takdirde yer gösterme işlemine tâbi tutulabilir<sup>122</sup>. Bu durumun AY m.38/5'in ihlali olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Ancak yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmuş olan şüphelinin de yer gösterme işlemine katılmış olsa bile, bu işlem

119 Yıldız, s. 144.

120 Yıldız, s. 155.

121 Centel/ Zafer, s. 297; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 786; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 285; Öztürk/Kazancı/Güleç, s. 187; Toroslu/Feyzioğlu, s. 205; Turhan, s. 180; Ünver/Hakeri, s. 424; Yenisey/Nuhoğlu, s. 633. Yüklenen suçla ilgili olarak açıklamada bulunmuş olmanın 'ikrar' olarak anlaşılmaması gerekir. Şüphelinin herhangi bir beyanda bulunmuş olması yeterlidir. Bu yönde bkz. Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 532; Yıldız, s. 164. Aksi yönde bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 786; Şahin, Gazi Şerhi, s. 264; Yenisey/Nuhoğlu, s. 633. Yer gösterme işlemi için şüphelinin ayrıca bir yerden bahsetmiş olması gerektiği yönünde görüş için bkz. Toroslu/Feyzioğlu, s. 210; Öntan, s. 1095.

122 Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, s. 532.



sırasında yeniden herhangi bir beyanda bulunma, eski beyanını tekrarlama yahut sorulara cevap verme zorunluluğu yoktur<sup>123</sup>.

#### D. Fizik Kimliğin Tespiti

CMK m.81 uyarınca; üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın, kimliğinin tespiti için gerekli olması halinde, Cumhuriyet savcısının emriyle fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri kayda alınarak, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulur. Yine PVSK m. 5 uyarınca da polis gözaltına alınanların parmak izini ve fotoğraflarını alır.

İlgili hükmün bütün soruşturmalar ve gözaltında bulunan her şüpheli hakkında uygulandığını söylememiz mümkündür. Zira CMK m.81'den farklı olarak PVSK m.5 gözaltına alınanların parmak izinin ve fotoğrafının alınması konusunda polise tam bir yetki vermiş olup isnat edilen fiilin ağırlığı ile ilgili bir sınır da öngörmemiştir. Kuşkusuz ki, şüpheli veya sanık kendi iradesiyle bu delilleri veya bilgileri adli makamlara veriyor ise nemo tenetur ilkesi bakımından bir sorun bulunmayacaktır. Buna karşın esas sorun, şüpheli veya sanığın parmak izi, avuç içi izi gibi kişisel bilgilerini adli makamlara vermek istememesi halinde, buna zorlanıp zorlanmayacağı konusudur. Öğretide bir kısım yazarlar; parmak izi, avuç izi gibi izlerin bir nevi hüviyet tespiti niteliği taşıdığını ve bu anlamda tıpkı kişinin kimlik bilgileri hakkında doğru cevap vermek zorunda oluşu gibi bu bilgileri de adli makamlara gerektiğinde vermek zorunda olduğu ve bu durumun nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil etmediğini savunmaktadır<sup>124</sup>.

Alman Federal Mahkemesi de bir kararında<sup>125</sup>, şüphelinin soruşturma aşamasında fotoğrafının çekilmesinin, bu işlem yapılırken ise şüphelinin yan durmak veya yüzü kameraya dönük durmak gibi belirli hareketleri yapmasının istenmesinin mümkün olduğunu ve bunun ceza muhakemesi işlemlerine aktif katılmak demek olmadığını, şüphelinin bu işlemlere pasif katılma yükümlülüğü içerisinde olduğunu belirtmiştir. Kaldı ki, şüpheli bu işlemlere kendi iradesiyle katılmıştır. Şüpheliye bu işlemlere katılması konusunda cebri bir zorlama ya da herhangi bir aldatma yapılmamıştır. Dolayısıyla herhangi bir delil yasağından bahsedilmesi de mümkün değildir<sup>126</sup>.

Gerçekten de şüpheli veya sanık üzerinde herhangi bir zorlama olmaksızın parmak izi, avuç izi yahut ses veya görüntüsünü almaya yönelik işlemlerin pasif bir katılma yükümlülüğü ile açıklanabilmesi ve nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği söylenebilir. Ancak her somut olay bakımından durum farklılık arz edebilir. Örneğin, şüpheli veya sanıktan CMK m.81 uyarınca parmak izi örneği alınması gerektiğinde ve şüpheli veya sanığın da buna yönelik bir iradesi bulunmadığında nasıl bir yol izlenmesi

123 Ünver/Hakeri, s. 424; Yıldız, s. 165.

124 Ersin, s. 203.

125 BGH, Beschl. v. 16.9.1992- 3 StR 413/92 (LG Kiel), NSTZ 1993, s. 47-48.

126 Benzer yönde bkz. BVerfG, Beschl. v. 27.9.1982 - 2 BvR 1199/82, NSTZ 1983, s. 84; BGH, Beschl. v. 8.7.1985 - 3 StR 69/85 (OLG Stuttgart), StV 1985, s. 397; LG Berlin, Beschl. v. 26.6.1989 - 522 Qs 49/89, NSTZ 1989, s. 488.

gerektiği belirsizdir. Burada ilgili örneği adli makamlara vermek istemeyen şüpheli veya sanık üzerinde zor yoluyla ilgili örneğin alınması gerekecektir. Söz konusu zor kullanma maddi bir cebir veya kötü muamele yoluyla mı alınacaktır? Yoksa başka birtakım hukuki baskılar kurmak suretiyle (disiplin yaptırımı gibi) ilgili veriler temin edilecektir? Bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak kuşkusuz ki, şüpheli veya sanık üzerinde cebir boyutunda bir zorlamanın (*vis absoluta*) en başta insan onuruna aykırılık teşkil edeceği ortadadır. Ayrıca, şüpheli veya sanığın iradesi hilafına bu yönde bir zorlamayla ve şüpheli veya sanığın aktif bir hareketiyle onun aleyhine delil elde edilmesi ise nemo tenetur ilkesinin ruhuna aykırı olacaktır<sup>127</sup>.

Bir an için yukarıdaki görüş doğrultusunda, fizik kimliğin tespiti işleminin bir nevi kimlik tespiti olduğu ve şüpheli veya sanığın kimliğine ilişkin bilgiler konusunda sorulan sorulara doğru cevap vermekle yükümlü olduğu söylene bile<sup>128</sup> şüpheli veya sanığın kimlik bilgilerini söylememesi halinde üzerinde zor kullanma yoluyla bu bilgilerin söyletileceğine dair bir düzenleme de kanunumuzda bulunmamaktadır. Böyle bir durumda yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Kabahatler Kanunu m.40/1 uyarınca kişi hakkında idari para cezası uygulanabilir ve aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca da durum derhal Cumhuriyet savcılığına haber verilerek bu kişi kimliği açıkça anlaşılincaya kadar gözaltına alınır veya tutuklanır. Bu görüşün kabul edilmesi halinde dahi, fizik kimliğin tespitinden kaçınan şüpheli veya sanık hakkında *vis compulsiva* bir zorlamaya başvurulması değil, aynı idari yaptırımların uygulanması suretiyle bu delillerin elde edilmesi düşünülmelidir.

## E. Koruma Tedbirleri Bakımından Katlanma Yükümlülüğü

### 1. Arama ve El koyma

Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir (CMK m.116/1). Yapılan bu arama sonucunda, ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri muhafaza altına alınır. Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya el konulabilir (CMK m.123).

Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, ceza muhakemesi hukukunda özellikle el koyma işleminin yapılması bakımından öncelikle şüpheli veya sanığın bu eşyayı kendi iradesiyle vermesi ön plandadır. Şayet şüpheli veya sanık kendi iradesi ile ilgili eşyayı adli makamlara teslim ediyorsa burada nemo tenetur ilkesine bir aykırılık bulunmaz. Burada şüpheli veya sanık söz konusu işleme her ne kadar aktif bir katılım göstermekte ise de herhangi bir zorlamadan bahsedilemeyeceği için Anayasanın 38/5 maddesine bir aykırılık da mevcut olmayacaktır.

127 Aynı yönde bkz. **Aydın**, Murat, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kendini İtham Etmeme Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 245. Yazarın bizim de katıldığımız görüşüne göre, bir kişiye “*olay mahallinde bulunuyor muydun?*” sorusuna cevap vermesi konusunda yapılacak bir zorlama ile olay mahallinden alınan parmak izleri ile karşılaştırılması amacıyla zorla parmak izinin alınması arasında bir fark bulunmamaktadır.

128 Kaldı ki; bu hususun dahi doktrinde tartışmalı olduğunu yukarıda ifade etmiştik.

Sorun daha çok şüpheli veya sanığın ilgili eşyayı adli makamlara vermek hususunda iradesinin bulunmaması halinde ne olacağındadır. Kanaatimizce burada ikili bir ayırım yapmak gerekir. Şayet adli kolluk tarafından yapılan adli arama sonucunda el konulacak bir eşya tespit edilmişse bu eşyaya el konulabilmesi bakımından bir sıkıntı bulunmamaktadır. Zira söz konusu el koyma işlemi bakımından şüpheli veya sanığın bu işleme aktif bir katılımı (*aktive Mitwirkung*) değil, pasif bir katlanma (*passive Duldungspflicht*) yükümlülüğü mevcuttur.

Buna karşın, şayet eşya şüpheli veya sanığın yanında ise ve adli makamlar tarafından gösterilmesi yahut teslim edilmesi istenilmiş ise şüpheli veya sanığın bu eşyayı göstermesi veya adli makamlara teslim etmesi gerekir mi? Hemen ifade edelim ki, böyle bir durumda CMK m.123/1'e göre, şüpheli veya sanığın bu eşyayı adli makamlara göstermesi veya teslim etmesi gerekir.

Burada ifade edilen genel görüş, şüpheli veya sanığın söz konusu eşyayı vermeye zorunlu olduğu, bu işleme katlanma yükümlülüğünün bulunduğu yönündedir<sup>129</sup>. Ancak kanaatimizce bu durum nemo tenetur ilkesinin ruhuna uygun değildir. Zira burada şüpheli veya sanığın aktif bir katılımı ve zorlama yoluyla kendi aleyhine delil vermesi söz konusudur. Örneğin, şüpheli veya sanık, suçu ikrar eden ve/veya suçun tüm ayrıntılarını anlattığı bir ses kaydını CD'ye aktarmış ise, ifade ve sorgu sırasında konuşması konusunda baskı yapılamayan ve susma hakkını kullanan şüpheli veya sanığın benzer bir baskı ve zorlama ile ve işleme aktif katılımı sağlanmak suretiyle bu delile (CD'ye) ulaşılabilecektir. Kanımızca bu susma hakkının da bir nevi dolanılması anlamına gelmektedir. Kaldı ki, bu durum CMK'nın 126'ncı maddesi ile de çelişkili olacaktır. İlgili düzenlemeye göre, şüpheli veya sanık ile 45 ve 46'ncı maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde bulundukça el konulamaz. Yani eğer şüpheli veya sanığın nezdinde bulunan suçu itiraf ettiği bir belge ise buna el konulamayacak ancak bu aynı itirafı içeren bir ses ya da görüntü kaydı ise şüpheli veya sanığın bunu adli makamlara vermek zorunda olduğu ve buna da katlanma yükümlülüğünün olduğundan bahsedilecektir. Özetle, şüpheli veya sanık ve hatta tanıklıktan çekinebilecek olan kimseler bakımından hangi tür eşya olursa olsun bu eşya bu kimseler nezdinde bulundukça aktif katılımları ile bu eşyanın teslimine zorlanmaları nemo tenetur ilkesine aykırı olacaktır.

Konu, özellikle VUK m.359/a-2 kapsamında defter ve belgeleri ibraz etmemek suretiyle işlenen "*gizleme suçu*" bakımından karşılaştırılmaya değerdir. Amacımız bu suç tipini incelemek değil, benzer bir tartışmanın burada da mevcut olduğunu söylemek ve kısaca değinmektir. Defter ve belgeleri ibraz etmemek, vergi kaçakçılığı suçunun seçimlik hareketlerinden birisidir. Buna göre, varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi vergi kaçakçılığı suçu kapsamında değerlendirilmektedir<sup>130</sup>.

129 Yenisey/Nuhoğlu, s. 410; Centel/Zafer, s. 390; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 450.

130 Yapılan hareketin gizleme kapsamında değerlendirilebilmesi için; 1. Defter ve belgelerin tutulma, saklanma ve ibraz mecburiyetine tâbi olması, 2. Defter ve belgelerin varlığının sabit olması, 3. İbrazın vergi incelemesi amaç ve kapsamında istenmesi, 4. Defter ve belgelerin vergi incelemesine yetkili kişilerce istenmesi, 5. İbraz

Burada kanun koyucu, kişinin kendisi aleyhine olabilecek bir delili (defter ve belgeler) ilgili vergi makamlarından gizlemesini bizzat bir suç olarak kabul etmiştir. Kişi, kendisi aleyhine olan defter ve belgeleri vergi inceleme makamlarına vermekle hem vergi hukuku anlamında hem de duruma göre ceza hukuku anlamında bir sorumluluk altına girecektir. Kanunda böyle bir suç tipi düzenlenmiş olması susma ve kendi aleyhine delil vermeye zorlanamama ilkeleri bakımından öğretide tartışılmış ve farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Birinci görüşe göre, susma hakkı ile devletin vergi toplama hakkı, yani kamu düzeni arasında bir denge kurulması gerekir. Belge gizlemenin bir hak kullanmak değil, bir suçtan kaçınmak olarak yorumlanması halinde, Anayasa'ya aykırı bir durumdan söz edilemez<sup>131</sup>. Kaldı ki, kendini suçlamama hakkının, vergisel yaptırımlar bakımından da uygulama alanı bulmasını kabul etmek, defter ve belgeleri ibraz ödevini mükellefin keyfine bırakmak gibi büyük sorunlara yol açacaktır<sup>132</sup>.

Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise, kişinin kendisini suçlayıcı bir beyanda bulunmak zorunda oluşu, üstelik böyle bir beyanda bulunmamasının da bizzat bir suç tipi olarak düzenlenmesi AY m.38/5'in açık ve *istinatsız* hükmü karşısında nemo tenetur ilkesine aykırıdır<sup>133</sup>. Nasıl ki; ifade ve sorgudan kaçınmak, adli makamlarca kendisi aleyhine olabilecek suç delillerini yetkili makamlara vermemek, nemo tenetur ilkesi gereği bağımsız bir suç olarak düzenlenemiyor ise, benzer şekilde kendisi aleyhine olabilecek defter ve belgeleri vergi inceleme makamlarından (ve dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma makamlarından) gizlemek ve vermemek de bir suç olarak düzenlenmemelidir. Konunun kamu düzeni ile açıklanabilmesi de mümkün değildir. Her şeyden önce, AY m.38/5'te düzenlenen hiç kimsenin kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya bu yönde delil göstermeye zorlanamayacağı ilkesinin bu yönde herhangi bir istisnası bulunmamaktadır<sup>134</sup>. Kaldı ki; ceza soruşturması ve kovuşturması da kamu düzeni ile ilişkilidir. Başka bir deyişle, nemo tenetur ilkesine kamu düzenine ilişkin olan devletin vergi toplama görevi başlığı altında bir istisna getirilmesi demek, yine kamu düzenine ilişkin olan suçun ve suçlunun tespiti, delillerin toplanması görevi ile de bu

---

talebinin saklama (muhafaza) süresi içinde yapılması, 6. İbraz için süre verilmesi, 7. İbraz etmemenin meşru sebebe dayanmaması gerekmektedir. Bkz. Şenyüz, Doğan, Susma Hakkı Karşısında Vergi Kanunundaki Defter ve Belgeleri Gizleme Suçu, DEÜHFD, C: 15, S: 1, 2013, s. 30.

131 Bu yönde bkz. **Donay**, Süheyl, Ceza Mahkemelerinde Yargılanan Vergi Suçları, Beta Basım, İstanbul 2008, s. 134-135. Benzer yönde **Candan**, Turgut, Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler, İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Ed. İlhan Uluhan/Funda Başaran Yavaşlar) Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 276-277.

132 **Yavaşlar**, Funda Başaran, İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları, Vergi Dünyası, Temmuz 2006, s. 128.

133 **Yaltı**, Billur, Vergi Hukukunda Susma Hakkı (VUK 359) (a) (2)'nin Anayasa Aykırılığı Sorunu, Vergi Dünyası, S: 285, Mayıs 2005, s. 33; Şenyüz, s. 35 vd. Vergi ceza yargılamasında kişinin bilgi ve belge vermeye zorlanamayacağına ilişkin olarak bkz. **Rüping**, Hinrich, /**Kopp**, Thomas, Steuerrechtliche Mitwirkungspflichten und strafrechtlicher Schutz vor Selbstbelastung, NSTZ 1997, s. 533 vd.

134 Bkz. Şenyüz, s. 38. Yazara göre, gizleme fiili suç olmaktan çıkartılmalı ve kabahat olarak düzenlenmelidir. Böyle bir değişiklik, ibraz etmemeye hapis cezası verilmesiyle ortaya çıkan zorlamayı ortadan kaldıracaktır. Benzer yönde bkz. Üstün, Susma Hakkı Çerçevesinde Defter Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçu, GÜHFD, C: XV, Y: 2011, S: 3, s. 387.

istisnanın getirilmesinin önünü açar<sup>135</sup>. Bu da uygulamada nemo tenetur ilkesinden vazgeçilmesi anlamına gelir.

AİHM'in de konuya bakışının benzer yönde ve hatta daha bile sert olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim AİHM konuyu ilk olarak 25.02.1993 tarih ve 10828/84 sayılı Funke/Fransa kararında ele almıştır. Jean-Gustave Funke Fransa'da yaşayan bir Alman vatandaşıdır. Gümrük yetkilileri, Funke'nin yurtdışındaki varlıklarının ayrıntılarını belirlemek üzere evine gitmiştir. Funke banka ekstrelerini vermeyi reddetmiş, bu nedenle aleyhine açılan davada mahkeme kendisini, işbirliği yapmaya davet eden mahkeme kararına uyduğu tarihe kadar geçecek her gün için para cezasına çarptırmıştır. Funke, AİHS'nin 6/1 ve 6/2 maddelerinin ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur. Mahkeme, belge vermeyi reddettiği için para cezasına mahkûm olan Funke'nin adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM yine 03.05.2001 tarih ve 31827/96 sayılı J.B./İsviçre kararında benzer yönde bir karar vermiştir. Bir başka mükellefin araştırılması sırasında J.B.'nin o mükellef ve onun şirketlerine yatırım yaptığını fakat bunları beyan etmediğini tespit etmiştir. J.B. hakkında vergi kaçakçılığı incelemesi başlatılmış ve kendisinden ilgili döneme ilişkin geliri ile ilgili bütün belgeleri vermesi istenmiştir. Mütөөaddit defalar yapılan talebe karşı J.B. bilgi ve belgeleri vermemiş ve kendisine para cezası kesilmiştir. AİHM başvuruya ilişkin değerlendirmesinde, bir kişinin kendini suçlamama hakkının bir ceza davasında iddia makamının sanığa karşı iddiasını, sanığın arzusu hilafına baskı veya eza yöntemleri ile elde edilen kanıtlara başvurmadan ispat etmesi gereğine dayandığını, yetkililerin vergi tarh edebilmek için başvurucuyu, geliri hakkında bilgi verebilecek belgeleri vermeye zorladıklarını ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir<sup>136</sup>.

Tüm bu açıklamalar da ışığında, şüpheli veya sanık nezdinde bulunan eşyanın niteliği ne olursa olsun bu eşyanın adli makamlara verilmesi konusunda şüpheli veya sanık

135 Ancak AYM aksi görüştedir. Söz konusu düzenleme Anayasa'ya aykırılık iddiası iki defa Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınmıştır. AYM konuya ilişkin 1.03.2003 tarih, 2002/55 E. ve 2003/8 K. sayılı kararında susma hakkını tartışmaksızın başvuruyu reddetmiştir. Konuya ilişkin olarak AYM 31.01.2007 tarih, 2004/31 E. ve 2007/11 K. sayılı kararında; "Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında, "Hiç kimse kendisini ve kanununda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" hükmüne yer verilmiştir. İnsan hakları arasında yer alan, manevi işkenceyi meneden, insan haysiyetinin ve kişi dokunulmazlığının teminatı olan bu düzenlemeye, ceza yasalarında sanığın "susma hakkı" olarak yer verilmiştir. Bu hak, suçlanmayla başlayan bir haktır. Kovuşturma ve soruşturmanın her aşaması için geçerlidir. Kamu hizmetlerinin finansmanına, vergiler aracılığıyla katılmak bireylere yüklenen Anayasal bir ödevdir. Yasalar ile yükümlülerin ve onlarla hukuki ilişkide bulunan üçüncü kişilerin vergi ile ilgili kayıtlarının denetlenmesi amacıyla kimi defter, kayıt ve belgeleri tutmak, saklamak ve istenildiğinde yetkililere ibraz etmek zorunluluğuna uyulmamasının suç olarak kabul edilmesi ile suçla itham edilme birbirinden farklı durumlardır. Vergi ile ilgili defter tutma, saklama ve ibraz etme zorunluluğu yasalarla yükümlülere verilen bir görevdir. Bu görevler yerine getirilmediği takdirde suç oluşmaktadır. İtiraz konusu kural ile herkesin geliri oranında vergiye katılımının sağlanması ve ödenmesi gereken vergi miktarının tespiti için, Vergi Yasası'nda öngörülen defterlerin tutulmasının ve bu defterlerin istendiğinde ibraz edilmesinin zorunlu kılınması mükellefin Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen, kendisini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak nitelendirilemez." şeklindeki gerekçe ile başvuruyu reddetmiştir. Kararın eleştirisi için bkz. **Yaltı**, s. 33.

136 25.02.1993 tarih ve 10828/84 sayılı Funke/Fransa ve 03.05.2001 tarih ve 31827/96 sayılı J.B./İsviçre kararları için bkz. [www.hudoc.echr.coe.int/eng](http://www.hudoc.echr.coe.int/eng) (Erişim: 07.02.2018). Ayrıca bkz. **Eidam**, s. 21 vd.; **Queck**, Nadine, Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes zugunsten von Unternehmen, Berlin 2005, s. 106; **Üstün**, s. 382 vd.; **Yaltı**, s. 31.

üzerinde bu işleme aktif katılımını sağlayarak delili vermesi hususunda bir zorlama yapılamaz, aksi durum nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil eder<sup>137</sup>.

## 2. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi

CMK m.139'da gizli soruşturmacı görevlendirilmesi düzenlenmiştir. Buna göre, soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi hâlinde, kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. Şüpheli veya sanığın gizli soruşturmacıya suçunu ikrar eden veya kendisini suçlayıcı mahiyetteki birtakım delilleri vermesi halinde nemo tenetur ilkesine aykırılık oluşup oluşmadığı ve şüpheli veya sanığın bu işleme katlanma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı tartışma konusu yapılabilir. Bilindiği üzere, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi bir koruma tedbiri olmakla birlikte, öğretilerde gizli soruşturma tedbirleri olarak da ifade edilmektedir<sup>138</sup>. Diğer bir deyişle, şüpheli veya sanığın gizli soruşturmacı görevlendirildiği konusunda bir bilgisi bulunmamaktadır. Şüpheli veya sanık kendi özgür iradesi ile yani herhangi bir zorlama olmaksızın gizli soruşturmacıya birtakım açıklamalarda bulunabilir yahut kendisini suçlayıcı nitelikte birtakım delilleri bildirebilir. Böyle bir durumda kanımızca nemo tenetur ilkesine bir aykırılık bulunmamaktadır. Zira şüpheli veya sanık üzerinde vis compulsiva bir zorlama söz konusu değildir. Her ne kadar şüpheli veya sanık, söz konusu gizli soruşturmacıya bir beyanda bulunmak yahut bir delil göstermek gibi aktif bir hareket içerisinde ise de, burada herhangi bir zorlamadan bahsedilmesi mümkün değildir. O halde, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi bakımından şüpheli veya sanığın bu işleme katlanma yükümlülüğünün bulunduğunu ve söz konusu tedbirin nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil etmediğini söylemek gerekir<sup>139</sup>.

Alman Federal Mahkemesi, öğretilerde oldukça tartışma yaratan bir kararında<sup>140</sup> güvenilir kişi<sup>141</sup> kullanılması suretiyle şüpheliden kendisini suçlayıcı nitelikte beyanlar

137 **Bärlein/Panaris/Rehmsmeier**, s. 1826; **Dingeldey**, s. 412; **Geppert**, *Rechtliche und rechtspolitische Überlegungen zum Unfalldatenschreiber*, in: *Jus humanum Grundlagen des Rechts und Strafrecht- Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlin 2003, s. 846; **Kölbel**, s. 46; **Plöger**, s. 342 vd.; **Rogall**, s. 157-158, 227. Kaldı ki, şüpheli veya sanık dışındaki kimseler bakımından ilgili eşyanın adli makamlara gösterilmemesi yahut teslim edilmemesi halinde disiplin hapsi öngörülmüş olmasına karşın, şüpheli veya sanık yahut tanıklıktan çekinebilecek kişiler bakımından bu yönde bir disiplin hapsi de söz konusu değildir. İlgili hüküm AY m.38/5 düzenlemesi çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bkz. **Aydın**, s. 293.

138 Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 292.

139 Benzer yönde bkz. **Rogall**, s. 55; İtişgen, s. 167; **Aydın**, s. 305.

140 BGH, Bschl. v. 13.5.1996- GSSt 1/96 (LG Hamburg), NStZ 1996, s. 502 vd.

141 Esasen ceza muhakemesi hukuku terminolojisinde, gizli soruşturmacı ile güvenilir kişi aynı anlama gelmemektedir. Gizli soruşturmacı ancak kamu görevlilerinden (uygulamada çoğunlukla polis memurlarından) oluşurken, güvenilir kişi genelde sıradan kişiler arasından seçilir. Güvenilir kişi, genellikle şüphelinin güvenini kazanmış ve şüpheliyle ilişkisi olan kişidir. Örneğin, şüphelinin yakın arkadaşı, akrabası veya cezaevinde onunla birlikte atan bir kişi güvenilir kişi olabilir. Bkz. **Toprak**, s. 266. CMK'da gizli soruşturmacıya ilişkin düzenleme bulunmasına rağmen (m.139), güvenilir kişiye ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.

elde edilmesini ele almıştır. Karara konu olay şu şekilde gelişmiştir. Yerel mahkemenin tespitlerine göre, sanık B, kimliği tespit edilemeyen iki suç ortağıyla birlikte S'nin evine girmişler ve silah zoruyla S'den 80.000 Alman Markı gasp etmişlerdir. B, kendisine yüklenen suçu reddetmiştir. Tanık E ise polise verdiği ifadesinde, sanık B ile bir telefon görüşmesi yaptığını ve bu görüşme sırasında B'nin kendisine suçunu itiraf ettiğini söylemiştir. Bunun üzerine polis tarafından B ile E arasında ikinci bir telefon görüşmesi organize edilmiş ve bu ikinci görüşmede de B, E'ye yeniden ayrıntılı bilgi vermiştir. Sonuç olarak yerel mahkeme tarafından B hakkında gasp suçundan ötürü hüküm tesis edilmiştir. B'nin avukatı, bu telefon görüşmesi ile B'nin susma hakkının ihlal edildiğinden bahisle kararı temyiz etmiştir. Temyiz başvurusu ile ilgili ilk olarak Alman Federal Mahkemesi 5. Dairesi bir değerlendirme yapmıştır. Daire, E ile B arasında polis tarafından ayarlanmış bu özel görüşmeyi polis tarafından yapılan sorgulamalarla eş değer tutmuştur. Buna göre, aslında şüpheliye hakları hatırlatılmadan ilgili telefon görüşmesi yapılmıştır ve şüphelinin susma hakkı ihlal edilmiştir. Bu nedenle yerel mahkemenin kararı hukuka aykırıdır<sup>142</sup>. 5. Daire, vermiş olduğu kararı görüş almak amacıyla Genel Kurula sunmuştur. Genel Kurul ise yaptığı değerlendirmede; güvenilir kişiye yapılan beyanın sorgu ile aynı anlama gelmeyeceğini, zira şüphelinin burada güvenilir kişinin otoritesi ile beyanda bulunmadığını, güvenilir kişinin sorularına cevap vermeye zorlanmadığını belirtmiştir. Bu işlemi hileli, başka bir söylemle aldatmaya dayalı bir delil toplama olarak da kabul etmek mümkün değildir. Aksi yorum, hile kavramının çok geniş yorumlanması anlamına gelir. Güvenilir kişi kullanımı özellikle tehlikeli ve ağır suçların işlenmesini engellemek veya bu şekilde işlenen suçları soruşturmak bakımından gereklidir<sup>143</sup>.

Söz konusu karar, güvenilir kişinin hukuki statüsü ve bu şekilde toplanan delillerin hukuka uygunluğu bakımından tartışmaya açık olmakla birlikte<sup>144</sup>, güvenilir kişi kullanılmasının şüpheli veya sanığın üzerinde bir zorlama demek olmadığı ve dolayısıyla nemo tenetur ilkesinin ihlal edilmediğini belirlemiş olması bakımından önemlidir. Kanaatimizce, benzer bir sonuca gizli soruşturmacı yoluyla elde edilen deliller bakımından da ulaşmak mümkündür. Kısacası, hukuka uygun bir şekilde uygulanan gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri bakımından şüpheli veya sanık üzerinde onun bu işleme özgür

142 Dairenin ayrıntılı kararı için bkz. BGH, Bscl. v. 13.5.1996- GSSt 1/96 (LG Hamburg), NStZ 1996, s. 502 vd.; **Toprak**, s. 269 vd.

143 BGH, Bscl. v. 13.5.1996- GSSt 1/96 (LG Hamburg), NStZ 1996, s. 502 vd. *Toprak*'a göre, Alman Federal Mahkemesi Genel Kurulu, 5. Dairenden daha muhafazakar bir yol izlemiş ve güvenilir kişi kullanılmasının hukuka uygunluğunu hafif ya da ağır suçlar ayrımı gibi muğlak bir kritere bağlamıştır. Bkz. **Toprak**, s. 274. Ayrıca bkz. **Bosch**, s. 233 vd.; **Kasiske**, s. 18; **Murmann**, s. 7.

144 Bu yönde yapılan tartışmalar için bkz. **Bosch**, s. 233 vd.; **Kudlich**, Hans, Reden ist Silber, Schweigen ist Gold- Zur "Mit-Hör-Fallen"- Entscheidung des Gro en Strafsenats- BGH (GS), NStZ 1996, 502, JuS 1997, s. 696 vd.; **Popp**, Martin, Anmerkung zum BGH, Bscl. v. 13.5.1996- GSSt 1/96 (LG Hamburg), NStZ 1998, s. 95 vd.; **Rie**, Peter, Anmerkung zum BGH, Bscl. v. 13.5.1996- GSSt 1/96 (LG Hamburg), NStZ 1996, s. 505 vd.; **Roxin**, Claus, Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg, NStZ 1995, s. 465 vd.; **Roxin**, Claus, Zum Hörfallen- Beschl. des Gro en Senats für Strafsachen, NStZ 1997, s. 18 vd.; **Toprak**, s. 279.

iradesiyle aktif katılımını gerektiren bir zorlama söz konusu olmadığı için<sup>145</sup> şüpheli veya sanığın bu işleme katlanma yükümlülüğünün bulunduğunu söylemek mümkündür.

### 3. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Haberleşmenin Denetlenmesi ve Teknik Araçlarla İzleme

CMK m.135 vd.'da telekomünikasyon yoluyla haberleşmenin denetlenmesi ve m.140'ta ise teknik araçlarla izleme tedbirleri düzenlenmiştir. Hemen ifade edelim ki; bu tedbirler de tıpkı gizli soruşturmacı görevlendirilmesinde olduğu gibi gizli olarak yürütülen tedbirlerdir. Buna göre, susma hakkı hatırlatılmaksızın şüpheli veya sanığın telekomünikasyon araçları ile yaptığı konuşmalar ondan gizli olarak dinlenebilecek veya kayda alınabilecektir. Benzer şekilde, şartları oluşmuşsa şüpheli veya sanığın konutu hariç olmak üzere kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik bazı araçlarla izlenebilecektir.

Burada tartışma konusu yapılabilecek husus ise, şüpheli veya sanığın aktif olarak bir katılımından faydalanılarak (yani konuşmasından veya birtakım kişilerle yaptığı görüşmelerden) kendisi aleyhine ortaya çıkardığı bazı delillerin değerinin olup olmayacağıdır. Başka bir soruyla, kişinin kendisi kendisine karşı bir delil olabilir mi?

Öğretide bazı görüşler, bu tedbirlerin kişiye susma hakkı hatırlatılmadan uygulandığını dolayısıyla nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil edeceğini ve zorlamadan sadece maddi anlamda bir baskının değil, yanıltma veya yanılgıdan faydalanmanın da anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna karşın baskın görüş, susma hakkının hatırlatılmasının sadece gerçek bir ifade alma sırasında söz konusu olacağını, modern soruşturma tekniklerinin de bu şekilde uygulanan gizli yöntemlere ihtiyacı olduğunu ifade etmektedir<sup>146</sup>.

Nemo tenetur ilkesi, şüpheli veya sanığı kendisi aleyhine yapılan her ceza muhakemesi işlemine karşı değil, insan haklarına ve insan onuruna zarar verici surette zorlamalarla yapılan ve bu suretle elde edilmesi imkânı yaratan işlemlere kaşı korur. Söz konusu tedbirler bakımından da her ne kadar şüpheli veya sanık kendisine karşı soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından böyle bir tedbir uygulandığını ve aslında konuşmalarının ya da hareketlerinin kendisi aleyhine delil olabileceğini bilmiyor olsa da, bu hareketleri kendi özgür iradesi içerisinde gerçekleştirmektedir. Bu tedbirler bakımından soruşturma ve kovuşturma makamlarının zorlamasından bahsetmek de mümkün değildir. Şüpheli veya sanığın kendi eliyle suçlu itiraf ettiği bir mektubu postaya vermesi ve

145 Buna karşın *Roxin*'e göre, şüphelinin yanılgıya düşürülerek ondan kendisi aleyhine beyan veya delil elde edilmesi de nemo tenetur ilkesinin koruması kapsamındadır. Aksi takdirde polis, susma hakkı konusunda bilgilendirmeksizin gayri resmi bir ifade ve sorgu veya benzeri diğer yöntemler ile de aynı bilgilere ulaşabilir. Başka bir söylemle, resmi bir ifade alma haricindeki pek çok ceza muhakemesi işleminin ve delil toplama faaliyetinin şüpheli veya sanığın aldatılarak gerçekleştirilmesi mümkün hale gelebilir. Bkz. **Roxin**, NSTZ 1997, s. 18; **Roxin**, NSTZ 1995, s. 467. Benzer yönde bkz. **Wolflast**, s. 104; **Eidam**, s. 112. Vis absoluta ve vis compulsiva bir zorlama arasındaki ayrımın belirlenmesinin her zaman çok da mümkün olmadığı zira vis compulsiva bir zorlamanın içinde aynı zamanda vis absoluta bir zorlamanın var olabileceği yönünde tartışmalar için bkz. **Groth**, Kristina, Unbewusste Äu erungen und das Verbot des Selbstbelastungszwang, Frankfurt am Main 2003, s. 77. Ayrıca bkz. **Verrel**, s. 170 vd.

146 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Köbel**, s. 50 vd.



buna postada el konulması ile aynı itirafı telefon konuşması sırası yapması arasında bir fark yoktur. Her ikisinde de şüpheli veya sanık kendi özgür iradesi ile hareket etmiştir<sup>147</sup>.

Nitekim AİHM 10.03.2009 tarih ve 4378/02 sayılı Bykov/Rusya kararında; başvuru-  
cunun suç işlemeye azmettirdiği kişi ile kendi isteği ile kurduğu iletişim sırasındaki ikrar-  
larının polis tarafından kullanılmasını, başvuru-  
cunun bu konuşma hususundaki kararda  
özgür olması, bu kişi ile konuşmasının kişisel menfaati ile ilgili olduğu için konuşmasını  
sürdürmesi nedeniyle susma hakkının ihlali niteliğindeki herhangi bir baskı ve zorlama-  
nın olmadığı sonucuna ulaşmıştır<sup>148</sup>.

Bu kararlar da esasen, şüpheli veya sanığın içinde bulunduğu bir yanılgıdan fayda-  
lanılarak kendisinden delil elde edilmesinin nemo tenetur ilkesine aykırılık taşımadığına,  
ilkenin ihlalinin devlet organları tarafından adil olmayan (*unfair*) araçlar kullanılması  
durumunda söz konusu olacağına işaret etmektedir. Buna göre, fiziki veya manevi baskı  
yaratılmak suretiyle delil elde edilmesi gibi hallerde nemo tenetur ilkesine aykırılıktan  
bahsedilebilecektir<sup>149</sup>.

Kaldı ki kanun koyucu, her iki tedbiri de ayrıntılı bir şekilde düzenlemiş ve esasen  
nemo tenetur ilkesi bakımından bazı sınırlamalar getirmiştir. Buna göre örneğin, CMK  
m.135/3'te şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişiminin  
kayda alınmayacağı, alınmış ise bile derhal yok edileceği düzenlenmiştir. Kanunda yer  
alan düzenlemelere uygun hareket edildiği sürece, bu tedbirler vasıtasıyla elde edilen  
deliller hukuka uygundur. Söz konusu tedbirler nitelikleri gereği gizli olarak yürütüldü-  
ğünden, burada şüpheli veya sanık üzerinde nemo tenetur ilkesi bakımından bir zorla-  
madan bahsedilmesi de mümkün değildir.

Özetle, bir bütün olarak hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirildiği sürece bu  
tedbirler vasıtasıyla elde edilen delillerin nemo tenetur ilkesine aykırı olmayacağını  
ve şüpheli veya sanığa aktif bir şekilde işleme katılma konusunda zorlama yapılmadığı  
söylenebilir.

## SONUÇ

Soruşturma ve kovuşturmanın gereği gibi yapılabilmesi için şüpheli veya sanığın ken-  
disine karşı yapılan ceza muhakemesi işlemlerine karşı koymaması şeklinde tarif edi-  
len katlanma yükümlülüğünün belirli sınırlar çerçevesinde kabul edilmesi mümkündür.  
Buna göre, şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğünden bahsedilebilmesi için her  
şeyden evvel, yapılan ceza muhakemesi işleminin hukuk devleti ilkesine uygun bir şe-  
kilde gerçekleştirilmiş olması gerekir. Hukuk devleti ilkesinin ilk sonucu olarak, şüpheli  
veya sanık hakkında uygulanacak ceza muhakemesi işleminin öncelikle kanunla düzen-  
lenmiş olması gerekir. Zira temel hak ve özgürlüklere yapılacak kanunsuz bir müdahale  
en başta Anayasa'nın 13'üncü maddesine aykırı olacaktır. Dolayısıyla temel hak ve öz-  
gürlüklere şüpheli veya sanık aleyhine yapılacak bir müdahaleyi kanunla düzenlemeyen

147 **Kasiske**, s. 18; **Rogall**, s. 181-182.

148 Karar için bkz. [www.hudoc.echr.coe.int/eng](http://www.hudoc.echr.coe.int/eng) (Erişim: 07.02.2018).

149 Bu yönde bkz. **Kasiske**, s. 19.

yahut bu müdahaleyi kanun harici bir yolla genişleten bir işleme şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğünün bulunduğundan da bahsedilemeyecektir.

Kanunla düzenlenmiş olmanın ötesinde, yapılacak müdahalenin hukuka da uygun olması gerekir. Zira kanunla düzenlenmiş olsa bile, hukukun en temel ilkelerine aykırı bir norma şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğü olduğundan bahsedilemez. Örneğin, kanuni bir düzenleme ile işkence yapılarak veya kötü muameleyle ifade alınmasına müsaade edilse bile, böyle bir işleme şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğü bulunmaz. Nitekim *Radbruch*'un "*Yasalı Haksızlık ve Yasaüstü Hukuk*" isimli ünlü çalışmasında bahsettiği gibi, hâkimin dahi böyle bir kanunu uygulamaması beklenirken, şüpheli veya sanığın bu işleme katlanmasını, böyle bir işlemi yerine getiren makamların da hukuk devleti çerçevesinde hareket ettiği söylenemez.

Katlanma yükümlülüğünün bir diğer sınırını ise insan onuru ilkesi teşkil eder. Aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin de bir uzantısı olan bu ilke, katlanma yükümlülüğünün uygulamada sınırlarının çizilmesi ve koruma altına alınabilmesi bakımından büyük önem taşır. Buna göre, hukuka ve hukuk devleti ilkesine uygun bir şekilde kaleme alınmış ve temel haklara müdahale niteliği taşıyan ceza muhakemesi işlemleri, uygulamada insan onurunu zedeleyecek bir şekilde gerçekleştirilmemelidir. Örneğin, şüphelinin ifadesinin nasıl alınacağı konusunda açık bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, yasadışı sorgu yöntemleri ile ifade alınamaz. Buna karşın, adli makamlar bu şekilde ifade alıyorsa şüphelinin bu işleme katlanma yükümlülüğünden bahsedilemez. Benzer şekilde, kanunda açıkça düzenlenmiş bir ceza muhakemesi işlemi bile olsa, bu işlemin insan onurunu yok sayacak tarzda icra edilmesi halinde ne bu yolla elde edilen delillerin hukuka uygunluğundan ne de şüpheli veya sanığın bu işleme katlanma yükümlülüğünün varlığından bahsedilebilir.

Katlanma yükümlülüğünün belki de en çok tartışmalara yol açan sınırı *nemo tenetur*, yani hiç kimsenin kendisi veya yakınları aleyhine beyanda bulunmaya veya bu yönde delil göstermeye zorlanamayacağı ilkesidir. *Nemo tenetur* ilkesinin esasen iki yönü bulunur. Bunlardan birinci susma hakkı, diğeri ise aleyhe delil göstermeye zorlama yasağıdır. Susma hakkının kapsamı ve bu hakkın kullanılmasının sonuçları konusunda gerek mevzuatta, gerek içtihatla gerekse de öğretide büyük fikir ayrılıklarının olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Buna karşın, *nemo tenetur* ilkesinin bir diğer güvencesini oluşturan aleyhe delil göstermeye zorlama yasağı konusunda özellikle öğretide geçmiş zamanda pek çok tartışmanın yapıldığını, bu tartışmaların bugün için hala güncelliğini sürdürdüğünü söylemek gerekir. Aleyhe delil göstermeye zorlama yasağı bakımından, şüpheli veya sanığın kendisi veya yakınları aleyhinde bir delil göstermeye aktif bir katılımı zorlanamayacağı, bu işlemlere ilişkin olarak ancak pasif bir katılma yani hareketsiz ve sessiz kalarak katılımının söz konusu olabileceğini ifade etmek gerekir.

Öğretide, aktiflik ve pasiflik arasındaki ayrımın çok belirsiz olduğu ve pek çok olayda bu ikisi arasındaki ayrımın yapılmasının çok zor olduğu ifade edilmekte ve bu ayrımın yapılmasında, şüpheli veya sanık tarafından yapılan basit fiziksel bir hareketin aktif katılım olarak kabul edilmemesi, önemli derecede bazı bedensel aktivitelerin aktif katılım çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bazı yazarlar ise basit

fiziksel hareket ile önemli derecede aktivitelerin ayrımının da mümkün olamayacağını; dolayısıyla, aktif-pasif şeklinde bir ayrımın hiç yapılmaması gerektiğini ileri sürmektedirler. Başka bazı görüşler ise aynı sonuca aktif-pasif şeklinde bir ayrımın suiistimale elverişli olduğunu ve gerek kolluk gerekse şüpheli veya sanık tarafından kötüye kullanılarak ceza muhakemesinin işlevini yerine getirmemesine yol açabileceği gerekçesiyle ulaşılmaktadırlar.

Nemo tenetur ilkesine yönelik bir kurala CMK'da ayrıntılı ve açıkça yer verilmiş değildir. Anayasa m.38/5'te açıkça düzenlenmiş olan nemo tenetur ilkesinde de açıkça *aktiflik* veya *pasiflik* şeklinde bir ayrım yer almamaktadır. Buna karşın, maddenin düzenleniş biçiminden ve temel haklara müdahaleye dair genel prensiplerden bu ayrımın ortaya konulabilmesi mümkündür. Kanaatimizce “zorlamak” kavramından aktif katılımın anlaşılması mümkündür. Esasen zorlamak içerisinde pek çok durumda şüpheli veya sanığın aktif bir davranışı söz konusudur. Nitekim zorlamak, birine bir şeyi yaptırmak amacıyla, güç kullanmak, boyun eğdirmeye çalışmak, mecbur etmek anlamını taşır. İşte soruşturma ve kovuşturma makamlarının şüpheli veya sanığın aleyhine bir delil elde etmek için onu belirli bir davranışta bulunmaya mecbur bırakması demek esasen onu aktif bir davranışta bulunmaya mecbur etmek demektir. Bu mecbur bırakma vis compulsiva bir cebirle olabileceği gibi tehdit ile de elde edilmiş olabilir. Ancak her durumda bu şekilde delil elde edilmesi, nemo tenetur ilkesinin özüne aykırı olur.

Öte yandan aktiflik-pasiflik arasındaki ayrımın suiistimale elverişli olduğunu ve gerek kolluk gerekse şüpheli veya sanık tarafından kötüye kullanılarak ceza muhakemesinin işlevini yerine getirmemesine yol açabileceği gerekçesiyle reddedilmesi de doğru değildir. Ceza muhakemesi işlemlerine aktif katılma ve pasif katlanma yükümlülüğü ayrımını en baştan reddetmek, uygulamada somut olay bakımından hiçbir değerlendirme yapılmamasına kapı açmak demektir. Öte yandan, bu ayrımın yapılmaması şüpheli veya sanığı kendisi aleyhine yapılacak ceza muhakemesi işlemlerine katılmaya zorlamaya ve bunun hukuka uygun sayılmasına yönelik bir uygulamaya da yol açar. Yine söz konusu ayrımın en baştan reddedilmesi, bu ayrımın yargı kararlarında ve öğretide tartışılmamasına ve bu yönde içtihatların gelişmemesine de sebep olacaktır. Ayrıca şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğünün sınırı, soruşturma ve kovuşturma makamlarının muhakeme işlemlerindeki hareket alanının da çerçevesini çizmesi bakımından önemlidir. Başka bir deyişle, şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğünün bittiği yer, soruşturma ve kovuşturma makamları bakımından hukuka aykırılığın başladığı yerdir. Bu sebeple, katlanma yükümlülüğünün sınırlarının olması ve bu sınırların belirlenmesi, soruşturma ve kovuşturma makamlarının hukuka uygun davranmaları bakımından da bir güvence işlevine sahiptir. Açıklanan gerekçelerle, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemlerine aktif bir katılımında bulunmaya zorlanamayacağı, ancak pasif durarak bu işlemlere katlanmakla yükümlü olduğu söylenmelidir.

Bu noktada cevaplanması gereken soru ise aktiflik ve pasifliğin ne anlama geldiği ve aktif bir davranış ile pasif kalmak arasındaki kriterin nasıl belirleneceğidir. Aktif kelimesine yüklenen anlam uyarınca, ceza muhakemesi işlemlerine aktif katılım, şüpheli veya sanığın bu işlemlere *etkin*, *canlı* ve *hareketli* olarak katılması olarak anlaşılmalıdır. Buna

göre, şüpheli veya sanıktan bu işlemlere ancak pasif olarak katlanması; yani hareketsiz ve sessiz kalarak katlanması beklenebilir. Susma hakkı bakımından aktif katılma yasağı ve pasif katılma yükümlülüğü çok nettir. Şüpheliye kendisine yüklenen suçla ilgili herhangi bir açıklamada bulunması konusunda, yani aktif bir beyan yükümlülüğü konusunda bir baskı yapılması söz konusu değildir. Kaldı ki, bu zorlamanın cebirle yahut tehditle sağlanması arasında da bir fark bulunmamaktadır. Benzer bir zorlama yasağının diğer ceza muhakemesi işlemleri bakımından da söz konusu olacağını ifade etmek gerekir. Örneğin, beden muayenesine katılmak istemeyen veya vücudundan örnek vermek istemeyen şüpheli veya sanığa zor kullanılarak bu örneklerin alınmasına Anayasa'nın 38/5'inci maddesi engeldir. Yahut teşhis işlemine katılmak istemeyen bir şüphelinin zor kullanmak suretiyle bu işleme katılması da Anayasa'nın 38/5 maddesine aykırı olacaktır. Nasıl ki sanığın dili zorlamayla bir delil olamazsa aynı zorlama ile bedeni ve eşyası da bir delil olamaz. Bu, Anayasa m.38/5'in doğal ve zorunlu bir sonucudur.

Nemo tenetur ilkesinin bu şekilde yorumlanması halinde, ceza muhakemesinin yapılamayacağı eleştirisi ile karşı karşıya kalmak pek muhtemeldir. Burada üç türlü çözüm önerilebilir: Birincisi; nemo tenetur ilkesini Anayasa'dan doğrudan doğruya çıkarmak veya sadece susma hakkı ile sınırlı olacak biçimde düzenlemektir. Buna göre, Anayasa'nın 38/5 maddesinde "*Hiç kimse kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaz*" ifadesine yer verilmesi düşünülebilir. Nitekim susma hakkı konusunda daha önce de belirttiğimiz gibi kanunlar ve içtihatlar ile gerekli güvenceler sağlanmıştır. Ancak bu çözüm yolunun, *işkence ve kötü muamele ile ifade alınmaz ama başka her türlü delil elde edilebilir* demekten başka bir anlama gelmeyeceği açıktır.

İkinci çözüm yolu ise bazı hareketleri aktif bazı hareketleri pasif yahut bazı hareketleri önemli bazıları ise önemsiz kabul ederek şüpheli veya sanığın katılma yükümlülüğünü *a priori* olarak belirlemektir. Örneğin, şüpheli veya sanığın beden muayenesi veya vücudundan örnek alınmasına aktif bir davranışla katılmaya zorlanamayacağını ancak muayene için basit ve önemsiz ayağa kalkmak, dilini çıkarmak, kan alınmasına müsaade etmek veya doktorun sorularına yanıt vermek gibi bazı hareketleri yapmak zorunda olduğunu kabul etmek gibi. Kanaatimizce burada söz konusu hareketlerin aktif olmadığını söylemek mümkün değildir. Nitekim tüm bu hareketler, şüpheli veya sanığın *aktif, etkin ve canlı* bir katılımını gerektirir. Bir an için bu işlemlerin yapılmasına rıza göstermeyen şüpheli veya sanık hakkında ilgili ceza muhakemesi işleminin yapılması için mutlaka cebire başvurulması gerekeceği düşünüldüğünde, şüpheli veya sanığın *aktif pozisyonu* çok daha net bir şekilde anlaşılacaktır. Bu çözümde ilgili ceza muhakemesi işleminin aktif-pasif olması değil, önemli-önemsiz olması yönünde bir ayırım yapılmaktadır ki bu çözüm de kanaatimizce doğru değildir.

Üçüncü ve bizce benimsenmesi gereken çözüm yolu ise, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ile nemo tenetur ilkesi arasında her somut olay bakımından bir denge kurulmasıdır. Buna göre her şeyden önce, ilgili ceza muhakemesi işlemi hususunda şüpheli veya sanığa bilgi verilmesi, yapılacak işlemle ilgili rızasının alınmaya çalışılması ve mümkün olduğunca şüpheli veya sanığın iradesi çerçevesinde işlemin yapılması sağlanmalıdır. Yine katılma yükümlülüğünün sınırlarının mutlaka hukuk devleti, insan onuru,

oranlılık ilkeleri ile birlikte çizilmesi gerekir. Buna göre, bir ceza muhakemesi işlemine şüpheli veya sanığın otomatik olarak katlanma yükümlülüğünün bulunduğundan bahsedilmemeli, her somut olayın özelliğine göre bu işlemin insan onuruna, oranlılık ilkesine ve zorlama yasağına aykırı olup olmadığı beraber değerlendirilmelidir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, öğretide şüpheli veya sanığın beden muayenesine veya vücudundan örnek alınmasına yahut teşhis işlemine katlanması gerektiği *a priori* bir şekilde kabul edilmektedir. Nitekim şüpheli veya sanığın beden muayenesine rıza göstermemesi halinde, Cumhuriyet savcılığının gerekli önlemleri alacağı mevzuatımızda düzenlenmiştir. Alınacak bu önlemler nelerdir? Şüpheli veya sanığın rızasını elde etmeye yönelik onu aydınlatmak mı, bu işlem konusunda bir irade oluşturmaya yönelik bir çalışma mı yoksa kolundan tutup iğneyi batırmak yahut ellerini yatağa kelepçeleyip ağzını bağlayıp üstüne çıkarak hareketsiz (pasif) kalması sağlanarak ilgili işlemi yapmak mı? İşte her bir örnek bakımından şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğüne ve dolayısıyla yapılacak ceza muhakemesi işleminin hukukiliğine verilecek cevap değişecektir. Özetle, şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğü her bir olaya göre ayrı ayrı ve *aposteriorik* bir biçimde değerlendirilmelidir. Aksi takdirde; hukuk devletine, insan onuruna ve oranlılık ilkesine aykırı olabilecek pek çok işlemin katlanma yükümlülüğü kisvesi ve ceza muhakemesinin sıhhati gerekçesi altında tatbik edilmesi mümkün olabilecektir. Nitekim AİHM de, suçlanan kişinin iradesine tazyik veya baskı yapılmasının 6'ncı madde altında müsaade edilebilir olup olmadığının belirlenmesi amacıyla üç temel ölçüt kullanmaktadır. Bunlar; delil elde etmek için kullanılan zorun mahiyeti ve seviyesi, mesele konusu suçun soruşturulması ve cezalandırılmasında kamu yararının ağırlığı ve usule ve bu şekilde elde edilen herhangi bir materyalin kullanımına uygulanan güvencelerin mevcut olup olmadığıdır.

Unutmamak gerekir ki; ceza muhakemesi hukuku sanık aracılığı ile değil, sanık için yapılmalıdır. Aksi, *Bacteria*'nın da dediği gibi; ***"Bir adamın kendi kendisinin ithamcısı olmasını istemek iddiası, çok korkunç ve gülünçtür. Hakikat onun adaleleri ve sinirleri içine gizlenmiş gibi onu işkence ile çıkartmaya çabalamak vahşet ve budalalıktır."***

---

#### KAYNAKÇA

---

- Acabey**, Mehmet Beşir, Soybaşı- Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, İzmir 2002.
- Akcan**, Recep, Medeni Usul Hukukundaki Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişilerden Zorla Kan Alınması (Yeni Bir Hüküm Olan Medeni Kanun madde 284 Üzerine İnceleme), Prof.Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 887-934.
- Aksoy Dursun**, Sanem, "Soybaşının Belirlenmesi Bakımından MK m.284 ve HMK m.292'nin Değerlendirilmesi", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi), Y: 2012, C: 8, S: 95-96, s. 109-124.
- Aksoy İpekçioğlu**, Pervin, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", İÜHF, Y: 2012, C: 70, S: 1, s. 19-38. (Beden Muayenesi)

- Aksoy İpekçioğlu**, Pervin, "Gözaltında Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri", AÜHFĐ, C: 57, S: 3, 2008, s. 51-82.
- Aksoy İpekçioğlu**, Pervin, "Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu", Prof.Dr.Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi HF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y: 2013, C: 19, S: 2, s. 1157-1175. (Vücuttan Örnek Alma)
- Arslan**, Kahan Onur, "İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması", TBBD 2015 (120), s. 155-172.
- Aydın**, Murat, Ceza Muhakemesi Hukukunda Kendini İtham Etmeme Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Aytekin**, Asuman, Ceza Muhakemesi Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Susma Hakkı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2000.
- Bärlein**, Michael/**Panaris**, Panos/**Rehmsmeier**, Jörg, Spannungsverhältnis zwischen der Aussagefreiheit im Strafverfahren und den Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren, s. 1825-1830.
- Beccaria**, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çev.Sami Selçuk), İmge Kitabevi, Ankara 2004.
- Benfer**, Jost/**Bialon**, Jörg, Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft, 4. Auflage, München 2010.
- Baulke**, Werner, Strafprozessrecht, 13. Auflage, Heidelberg 2016.
- Binder**, Detlev/**Seemann**, Ralf, Die zwangweise Verabreichung von Brechmitteln zur Beweissicherung, NSTZ 2002, s. 234-238.
- Birgen**, Nur, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Adli Tıp Uygulamalarına Yansımaları, Hukuki Perspektifler Dergisi, Eylül 2006.
- Bolayır**, Nur, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul 2014.
- Bosch**, Nikolaus, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht- Ein Beitrag zur funktionsorientierten Auslegung des Grundsatzes "nemo tenetur seipsum accusare", Berlin 1998.
- Böse**, Martin, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Satzes "Nemo tenetur se ipsum accusare", GA 2002, s. 98-128.
- Bringewat**, P., Der "Verdaechtige" als schweigeberechtigte Auskunftsperson?, JZ 1981, s. 289-295.
- Budak**, Ali Cem, Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller, YÜHFĐ, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C: III, S: 2, Y: 2006; s. 337-356.
- Bulut**, Nihat, "Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış", EÜHFĐ, C: XII, S: 3-4 (2008), s. 1-12.
- Burğdorf**, Ralf/**Ehrentraut**, Christoph/**Lesch**, Heiko H., Die Identifizierungsgegenüberstellung gegen den Willen des Beschuldigten- Eine unzulässige Ermittlungsmasnahme?, GA1987, s. 106-127.
- Candan**, Turgut, Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler, İdari Ceza Hukuku Sempozyumu (Ed.İlhan Ulusan/Funda Başaran Yavaşlar) Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 245-284.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10 Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2013.
- Cierniak**, Jürgen/**Herb**, Gregor, Pflicht zur Belehrung über die Freiwilligkeit der Teilnahme an einer Atemalkoholmessung, NZV 2012, s. 409-413.
- Cramer**, Steffen, Strafprozessuale Verwertbarkeit ärztlicher Gutachten aus anderen Verfahren, NSTZ 1996, s. 209-214.
- Çetin, Gürsel, Kişinin Rızası Dışında Savcı veya Mahkeme Kararı ile Yapılan Beden Muayenesinin Değerlendirilmesi, Hukuk ve Adalet, Y: 1-2, S: 6-7, Ekim 2005.
- Dahs**, Hans/**Wimmer**, Raimund, Unzulässige Untersuchungsmethoden bei Alkoholverdacht, NJW 1960, s. 2217-2235.
- Dallmeyer**, Jens, Verletzt der zwangsweise Brehmitteleinsatz gegen Beschuldigte deren Persönlichkeitsrechte?, StV 1997, s. 606-610.

- Demirbaş**, Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, 3. Baskı, Ankara 2013.
- Dietz**, Heinz-Müller, Die Stellung des Beschuldigten im Strafproze , ZStW 1981, s. 1177-1270.
- Dingeldey**, Thomas, Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafproze recht, JA 1984, s. 407-414.
- Doğru**, Osman, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C:1, İstanbul 2004.
- Donay**, Süheyl, Ceza Mahkemelerinde Yargılanan Vergi Suçları, Beta Basım, İstanbul 2008.
- Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2011.
- Eidam**, Lutz, Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts, Frankfurt am Main 2007.
- Eisenhardt**, Urte, Das nemo tenetur-Prinzip: Grenze körperlicher Untersuchungen beim Beschuldigten- Am Beispiel des § 81a StPO, Frankfurt am Main 2007.
- Engländer**, Armin, Examens-Repetitorium Strafprozessrecht, 7. Auflage, Heidelberg 2015.
- Er**, Cüneyd, "İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi", TBB Dergisi, S: 60, 2005, s. 169-188.
- Erem**, Faruk, "Susma Hakkı", Bursa Barosu Dergisi, 1980, s. 10-11. (**Ceza Usul**)
- Erem**, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1970.
- Ersin**, Ali, "Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü", CHD, Y: 6, S: 16, Ağustos 2011, s. 190-207.
- Erten**, Rifat/**Acır**, Birsen/**Taşveren**, Sema, Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, AÜHFD 1996, C: XXXXV, S: 1-4, s. 573-588.
- Ertuğrul**, Hüseyin, "Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü", , Gazi üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XII, Y: 2008, S: 1-2, s. 687-699.
- Eser**, Albin, Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren, ZStW 1967, s. 565-622.
- Fahl**, Christian, Der praktische Fall- Strafrecht: "Schlau hilft", JuS 2001, s. 47-52.
- Fincancı**, Şebnem Korur/**Yorulmaz**, Coşkun, Beden Muayenesi, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Eğitimi Etkinlikleri, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi No:48, Şubat 2006.
- Geppert**, Klaus Zum Strafrechtlichen "Rechtmä igkeits" Begriff (§ 113 StGB) und zur strafprozessualen Gegenüberstellung, JURA 1989, s. 274-280. (Gegenüberstellung)
- Geppert**, Rechtliche und rechtspolitische Überlegungen zum Unfalldatenschreiber, in: Jus humanum Grundlagen des Rechts und Strafrecht- Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, s. 839-855.
- Gözler**, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa 2010.
- Greco**, Lu s/**Caracas**, Christian, Internal investigations und Selbstbelastungsfreiheit, NStZ 2015, s. 7-16.
- Groth**, Kristina, Unbewusste Äu erungen und das Verbot des Selbstbelastungszwang, Frankfurt am Main 2003.
- Grünwald**, Gerald, Anmerkung-BGH Beschlu v. 30.4.1968- 1 STR 625/67 (OLG Karlsruhe), JZ 1968, s. 752-754.
- Grünwald**, Gerald, Probleme der Gegenüberstellung zum Zwecke der Wiedererkennung, JZ 1981, s. 423-429.
- Guradze**, Heinz, Schweigerecht und Unschuldvermutung im Englisch-Amerikanischen und Bundesdeutschen Strafprozess, Festschrift für Karl Loewenstein, Tübingen, s. 151-165.
- Haas**, Günter, Der Beschuldigte als Augenscheinobjekt, GA 1997, s. 368-371.
- Haller**, Klaus/**Conzen**, Klaus, Das Strafverfahren- Eine systematische Darstellung mit Originalakte und Fallbeispielen, 7. Auflage, Heidelberg-München-Landsberg-Frechen-Hamburg 2014.
- Hartmann**, Arthur/**Schmidt**, Rolf, Strafprozessrecht- Grundzüge des Strafverfahrens, 6. Auflage, Bremen 2016.
- Heger**, Martin, Strafprozessrecht, Stuttgart 2013.
- Hekimoğlu**, Mehmet Merdan, "İnsan haklarının temelini oluşturan 'insan onuru' kavramının Anayasal

boyutları: Federal Almanya örneği", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S: 71-72, Temmuz-Ağustos 2010, s. 100-116.

**Hellmann**, Uwe, Strafprozessrecht, 2. Auflage, Berlin- Heidelberg 2006.

İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı- Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, İkinci Bası, İstanbul 2005.

İnci, Z.Özen, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Teşhis", TBBD, S: 85, Kasım-Aralık 2009, s. 105-136. **(Teşhis)**

İnci, Zekiye Özen, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", İzBD, Y: 72, S: 1, s. 131-172. **(Beden Muayenesi)**

İstanbul Protokolü- İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu, Türkiye İnsan Hakları Vakfı Yayınları 24, Ankara 2005.

İtişgen, Rezzan, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı, İstanbul 2013.

**Kafadar**, Muhammed Fatih, "Hukuk, Sivil Toplum ve Demokrasi: İnsan Onuru", Umut Vakfı Araştırma Merkezi, 3. Hukukun Gençleri Sempozyumu, 11-12 Ekim 2013, Antalya.

**Karaçülmez**, Ali, "Yer Gösterme İşlemi ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 85. Maddesinin İncelenmesi", TBBD, S: 57, 2005, s. 62-81.

**Kasiske**, Peter, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess, JuS 2014, s. 15-19.

**Kazaker**, Gözde, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması, CHD, S: 31, Ağustos 2016, s. 173-201.

**Kızıllarslan**, Hakan, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma, Ankara 2007.

**Kindhäuser**, Urs, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2016.

**Kluszczewski**, Diethelm, Strafprozessrecht, 2. Auflage, München 2013.

**Kocaoğlu**, Serhat Sinan, "Susma Hakkı", ABD, S: 69, 2011/1, s. 29-58.

**Konuralp**, Halûk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999.

**Köhler**, Michael, Proze verhältnis und Ermittlungseingriffe, ZStW 1995, s. 10-47.

**Kölbel**, Ralf, Selbstbelastungsfreiheiten-Der nemo-tenetur-Satz im materiellen Strafrecht, Berlin 2006.

**Kudlich**, Hans, Reden ist Silber, Schweigen ist Gold- Zur "Mit-Hör-Fallen"- Entscheidung des Gro en Strafsenats- BGH (GS), NSTZ 1996, 502, JuS 1997, s. 696-700.

**Kunter**, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1981.

**Kunter**, Nurullah/**Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2010.

**Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2013.

**Kühne**, Hans Heiner, Strafprozessrecht- Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht 9. Auflage, Heidelberg 2015.

**Luef-Kölbl**, Heidelinde, Der Beschuldigte: Vom Objekt zum Subjekt des Strafverfahrens, Hamburg 2005.

**Memiş**, Tekin/**Yıldırım**, Mustafa Fadil, Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Sorunlar, AÜEHFD 2004, C: VIII, S: 1-2, s. 283-306.

**Murmann**, Uwe, Die strafprozessuale Zusatzfrage in der ersten Prüfung, Jus-Beil 2007, s. 1-24.

**Naucke**, Wolfgang, Anmerkung- OLG Frankfurt/M., Urt. v. 11.10. 1996- 1 Ss 28/96, StV 2000, s. 1-3.

**Nothelfer**, Martin, Die Freiheit von Selbstbeziehungszwang- Verfassungsrechtliche Grundlagen und einfachgesetzliche Ausformungen, Heidelberg 1989.

**Odenthal**, Hans Jörg, Die Gegenüberstellung zum Zwecke des Wiedererkennens, NSTZ 1985, s. 433-438.

Öntan, Yaprak, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yer Gösterme İşlemi", AÜHFD, 62 (4) 2013, s. 1087-1103.

Özbek, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.



- Özbilen, Arif Barış, "Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y:12, S: 24 Güz 2013/2, s. 99-124.
- Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2009.
- Özgenç, İzzet, "Suç Zanlısı Kişinin Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü ve Bunun Hukuki Sonuçları", Hukuk Araştırmaları (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi), C: 19, S: 1-3, 1995, s. 129-142.
- Öztürk, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sirma**, Özge/**Kirit**, Yasemin F. Saygılar/ Özaydın, Özdem/**Akcan**, Esra Alan/**Erden**, Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2015.
- Park**, Tido, Handbuch Durchsuchung und Beschlagnahme, 2. Auflage, 2009.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/Özekes, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usûl Hukuku, 13. Bası, Ankara 2012.
- Plöger**, Rainer, Die Mitwirkungspflichten des Beschuldigten im deutschen Strafverfahren von den Anfängen im germanischen Rechtsgang bis zum Ende des gemeinen Inquisitionsprozesses, Bochum 1982.
- Popp**, Martin, Anmerkung zum BGH, Bschl. v. 13.5.1996- GSSt 1/96 (LG Hamburg), NStZ 1998, s. 95-97.
- Queck**, Nadine, Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes zugunsten von Unternehmen, Berlin 2005.
- Rie**, Peter, Anmerkung zum BGH, Bschl. v. 13.5.1996- GSSt 1/96 (LG Hamburg), NStZ 1996, s. 505-506.
- Rie**, Peter, Der Beschuldigte als Subjekt des Strafverfahrens in Entwicklung und Reform der Strafprozedur, Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz- Festschrift zum 100 jährigen Gründungstag des Reichsjustizamtes am 1. Januar 1877, Köln, 1977, s. 373-436.
- Rogall**, Klaus, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst- Ein Beitrag zur Geltung des Satzes 'Nemo tenetur se ipsum prodere' im Strafprozedur, Berlin 1977.
- Rogall**, Klaus, Die Vergabe von Vomitivmitteln als strafprozessuale Zwangsmaßnahme, NStZ 1998, s. 66-68.
- Roxin**, Claus, Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg, NStZ 1995, s. 465-469 (**NStZ 1995**)
- Roxin**, Claus, Zum Hörfallen- Beschlusses des Großen Senats für Strafsachen, NStZ 1997, s. 18-21. (**NStZ 1997**)
- Roxin**, Claus/**Schünemann**, Bernd, Strafverfahrensrecht, 29. Auflage, München 2017.
- Rüping**, Hinrich, /**Kopp**, Thomas, Steuerrechtliche Mitwirkungspflichten und strafrechtlicher Schutz vor Selbstbelastung, NStZ 1997, s. 530-534.
- Rüping**, Hinrich, Zur Mitwirkungspflicht des Beschuldigten und Angeklagten, JR 1974, s. 135-140.
- Schaefer**, Christoph, Effektivität und Rechtsstaatlichkeit der Strafverfolgung- Versuch einer Grenzziehung, NJW 1997, s. 2437-2438.
- Schäfer**, Gerhard, Die Praxis des Strafverfahrens, 6. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln 2000.
- Seymen Çakar**, Ayşen, "Hukuki Bir Kavram Olarak İnsan Onuru", [www.umut.org.tr](http://www.umut.org.tr) (Erişim:05.12.2015).
- Soyaslan**, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2006.
- Stürner**, Rolf, Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung, NJW 1981, s. 1757-1763.
- Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 6. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015.
- Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005. (**Gazi Şerhi**)
- Şenyüz, Doğan, Susma Hakkı Karşısında Vergi Kanunundaki Defter ve Belgeleri Gizleme Suçu, DEÜHFD, C: 15, S: 1, 2013, s. 29-40.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Sancakdar**, Oğuz/Önok, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2006.
- Toprak**, Ufuk, "Şüphelinin Susma Hakkının Güvenilir Kişiye Başvurulması Yöntemiyle İhlaline Alman Yargıtayı Kararları Işığında Kısa Bir Bakış", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C: 1, Y: 2, S: 7 (20 Ekim 2011), s. 257-286.

- Toroslu**, Nevzat/**Feyzioğlu**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.
- Turhan**, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.
- Umar**, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Ünver, Yener/**Hakeri**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 1, 8. Baskı, Ankara 2013.
- Üstün, Susma Hakkı Çerçevesinde Defter Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçu, GÜHFD, C: XV, Y: 2011, S: 3, s. 363-390.
- Verrel**, Torsten, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren- Ein Beitrag zur Konturierung eines überdehnten Verfahrensgrundsatzes, München 2001.
- Vitkauskas**, Dovydas/**Dikov**, Grigoriy, (Çev:Serkan **Cengiz**), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitabı, Strazburg 2012.
- Weiss**, Doris Inga, Duldungs-und Mitwirkungspflichten Nichtverdächtiger im Strafverfahren, Hamburg 1994.
- Wessels**, Johannes, Schweigen und Leugnen im Strafverfahren, JuS 1966, s. 169-176.
- We lau**, Edda, Anmerkung - OLG Frankfurt/M., Urt. v. 11.10. 1996- 1 Ss 28/96, StV 1997, s. 341-344.
- Wolff**, Heinrich Amadeus, Selbstbelastung und Verfahrenstrennung- Das Verbot des Zwangs zur aktiven Mitwirkung am eigenen Strafverfahren und seine Ausstrahlungswirkung auf die gesetzlichen Mitwirkungspflichten des Verwaltungsrechts, Berlin 1997.
- Wolfslast**, Gabriele, Beweisführung durch heimliche Tonbandaufzeichnung- Besprechung des BGH-Urteils vom 9.4.1986- 3 StR 551/85 (NStZ 1987, 133)-, NStZ 1987, s. 103-106.
- Yaltı**, Billur, Vergi Hukukunda Susma Hakkı (VUK 359) (a) (2)'nin Anayasa Aykırılığı Sorunu, Vergi Dünyası, S: 285, Mayıs 2005, s. 24-33.
- Yavaşlar**, Funda Başaran, İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları, Vergi Dünyası, Temmuz 2006, s. 116-147.
- Yenisey**, Feridun, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1987.
- Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2015.
- Yıldırım**, Ali, "Saniğin Susma Hakkı", ABD, 1988/5-6, s. 682-701.
- Yıldız**, Ali Kemal, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Keşif ve Yer Gösterme", İÜHFM, C: LXV, S: 1, 2007, s. 127-174.
- Yurtcan**, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2007.
- Zaczyk**, Rainer, Anmerkung - OLG Frankfurt/M., Urt. v. 11.10. 1996- 1 Ss 28/96, StV 2002, s. 125-127.