

CEZA MUHAKEMESİNDE KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Hüseyin ERTUĞRUL*

ÖZET

Günümüz ceza muhakemesinde, maddi gerçeğin *'her ne pahasına olursa olsun araştırılması'* ilkesi kabul edilmemektedir. Delil yasakları ve oranlılık / orantılılık ilkesi gereği bazı sınırlar getirilmektedir. Bu sınırlar çerçevesinde özellikle şüpheli veya sanık, rızası olmasa dahi, ceza muhakemesi işlemlerine katlanmak durumunda kalabilmektedir.

Sanık, şüpheli ya da mağdurun, soruşturma ya da kovuşturma evresinde, ceza muhakemesi işlemlerine muhatap olup bir şeyi yapma veya yapmama yükümlülüğü altına girebileceğini ve buna katlanmak zorunda olduğunu ifade eden *'katlanma yükümlülüğü'* nün sınırları ve süresi maddi gerçeğin ortaya çıkması bakımından büyük önem arz etmektedir.

ANAHTAR KELİMELELER

Oranlılık ilkesi, katlanma yükümlülüğü

ABSTRACT

In present criminal judgement, it is not turned thumbs up on to everything ascertainable rule. It is brung round some limits according to proof bans and proportional rule. According to this limits, criminal judgement subjects even if not their approval, can be folded criminal judgement processes.

When accused or suspect or victim were exposed to criminal judgement institution in investigation stage or prosecution stage, he or she can be interlocutors to criminal judgement processes or have to be in sufferance duty and the most important is its limits and period of time, for the trues appear.

KEY WORDS

Proportional rule, sufferance duty

* Gazi Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi

I. GENEL AÇIKLAMALAR

Tarihte totaliter devletler, ideolojilerini benimsetmek ve rejimi ayakta tutmak için ceza kanunları yoluyla kişi hak ve özgürlüklerini ya geniş biçimde sınırlandırmışlar ya da ortadan kaldırmışlardır. Ceza yaptırımının kendisinin bir amaç olarak görüldüğü bu devletlerde, cezaya katlanmak mutlaktır.¹ Demokratik hukuk devletlerinde ise, bireyin sahip bulunduğu hukuki değerler, hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması ön plana çıkarılmıştır. Burada ceza yaptırımına katlanmak mutlak olmamakla birlikte, oranlılık ilkesi başta olmak üzere anayasalarda katlanma yükümlülüğüne bazı sınırlamalar getirilmektedir.

Günümüz ceza muhakemesi yargılamasında, *'ilgilinin kişiliğinin korunması'* ile mümkün olduğu kadar *'etkin bir ceza muhakemesi yargılaması yapılması gerekliliği'* birbiriyle devamlı çatışma içerisinde bulunmaktadır. Bu menfaatler arası çatışma, ceza muhakemesi uygulaması açısından iki önemli sonucu doğurmaktadır. Birincisi, ne pahasına olursa olsun ceza muhakemesinin yapılamayacağı; ikincisi ise, bireylerin ceza muhakemesi işlemlerine katlanma yükümlülüğünün olmasıdır.

Devletin suçla mücadelesinde, toplum menfaatiyle - birey menfaati çatıştığına, toplum menfaatinin üstün gelmesi, bireylerin temel haklarına müdahaleyi gerekli kılmaktadır. Haliyle bu müdahalenin yapılabilmesi, muhatabın buna katlanmasıyla mümkün olacaktır. Hatta rızası bile bulunmayan ilgiliden bunun zorla yapılması yoluna dahi gidilebilecektir. Çünkü burada kamu menfaati öncelikli konumda bulunmaktadır. Mesela, şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınmasında; ilgiliden bunun yapılamaması, ceza muhakemesi safhalarının akışında bir tıkanma meydana getirir, hatta bazı durumlarda savcının eli kolu bağlanmış dahi olabilir. Oysa iddia, savunma ve yargılamadan ibaret bir dizi faaliyetten oluşan ceza muhakemesinin gayesi, hukuk devleti ilkeleri çerçevesinde maddi gerçeğe ulaşmaktır ve bu gibi durumlarda ancak şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemlerine *katlanmasıyla* maddi gerçeğe ulaşılacaktır.

Anayasamızın ilgili hükümleri, ileride değineceğimiz oranlılık ilkesine dayanak oluşturmaktadır. Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrasında yer alan *'Kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi de-*

¹ HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2008, sh.409 vd. / www.yayin.adalet.gov.tr/30_sayi%20icerik/Ahmet%20TAŞKIN.htm, TAŞKIN, Ahmet, Türk Ceza Kanununun Amacı, 26.11.2009.

neylere tâbi tutulamaz.' amir hükmü, *'tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında'* diyerek, kişinin vücut dokunulmazlığının sınırlarını da çizmektedir.

II. ORANLILIK / ORANTILILIK İLKESİ

Oranlilik ilkesi, failin eyleminin ağırlığı ile başvurulacak önlemin ağırlığı arasında bulunması istenen dengedir.² Bu bakımından, ne kadar ağır bir suç söz konusu olursa, o ölçüde ağır önlemlere başvurulabilecektir. Başka bir ifadeyle, daha hafif bir önleme başvurarak ceza muhakemesi yargılaması amacına ulaşılabilecekse, bu hafif önlemlerle yetinebilmeli, daha ağır bir önlemden yararlanılmamalıdır.³ Esasen oranlilik ilkesinin asıl gayesi de, aşırılığın önlenmesidir.

Oranlilik ilkesi, adil yargılanma hakkının bir uzantısıdır. Keza ceza muhakemesi yargılamasının temel amacı, maddi gerçeği hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya çıkarmaktır; ancak bu hedef, insan hak ve özgürlüklerini vurgulayan adil yargılanma hakkına uygun biçimde gerçekleştirilmelidir. Burada bireye insan onuruyla bağdaşmayacak cezalara ve yükümlülükler yükletilemeyecek, işkence ve eziyet niteliğini gösteren uygulamalar ise kesinlikle yasaklanacaktır.⁴

Ceza muhakemesi önlemlerinin kişinin hak ve özgürlüklerini sınırladığı bir gerçektir. Bunun bir sonucu olarak, başvuru olan bir önlemin ağırlığı ve o eylemden ötürü o sanığa verilecek cezanın az ya da çok oluşuna göre değişebilmeli ve bununla orantılı olmalıdır. Nitekim hâkim kararını verirken, oranlilik ve ikincillik ilkeleri ile bağlıdır.⁵

Mesela, bir olayda tutuklama koşulları gerçekleşmiş olmasına rağmen, sanığın yurt dışına çıkmasının yasaklanması ile o sanığın el altında tutulması

² YURTCAN, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul, 2007, s. 490.

³ ŞAHİN, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Ankara, 2005, s. 241.

⁴ Bu husus, yeni ceza hukuku felsefesini oluşturan hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu ilke gereği, bireylerin özgürlük alanına en derin müdahalelerde bulunan ceza hukukunun kötüye kullanılmasını önleyici önlemlerin yine hukuk düzeni tarafından konulması gerekir (TBMM, Yasama Yılı ve Dönem: 2/22, Sıra Sayısı: 664, sh. 220). Benzer görüşler için bkz: KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, sh. 37 / ÖZGENÇ, İzzet, *Genel Hükümler*, sh.62 vd.). Kanaatimizce oranlilik ilkesi, hukuk devleti ilkesinin sağladığı bu güvencedeki dengelyi sağlayan bir ceza hukuku enstrümanıdır.

⁵ ÖZBEK, Veli Özer, *Yeni Ceza Muhakemesinin Anlamı*, Ankara, 2005, s. 259.

sağlanabileceksen; sanığı tutuklamadan fakat yalnızca yurtdışına çıkmasını yasaklayarak ceza yargılamasını sürdürmek mümkündür.

III. KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yükümlülük, kişiye veya şeye yükletilen görevdir. Bu görev kural olarak, kanundan kaynaklanır ve emrediciliği olmasından bahisle, yerine getirilmemesi halinde, bir yaptırıma muhatap olunur. Hak kavramından farklı olarak, buradaki edim, ihtiyari değildir; aksine yapılması/yapılmaması bir müeyyideye bağlanmıştır. Hak da ise, yerine getirip getirmemek, kişinin isteğine bağlıdır. İsterse kişi, hakkından feragat edebilir. Feragatın bir müeyyidesi yoktur. Yükümlülük de ise, yerine getirilmesi istenen edimin yerine getirilmemesi durumunda ya karşılığında bir yaptırım öngörülmektedir ya da zorla yerine getirilmesi sağlanmaktadır.

Ceza Hukuku açısından ise; yükümlülük, korunan hukuki değerle, suçun konusu arasında kişiden beklenen ve yaptırıma bağlanan edimdir. Buradaki hukuki değer, kişiden soyut bir kavramdır; konu ise, somut bir kavramdır ve belli bir kişi ile irtibatlıdır.⁶ Mesela, kasten yaralama suçunun konusu, yaralanan kişinin vücududur; bu suça ilişkin tanımla korunan hukuki değer ise, kişilerin vücut dokunulmazlığıdır. Burada beklenen yükümlülük ise, sınırları Anayasayla çizilmiş, vücut dokunulmazlığının ihlal edilmemesi yükümlülüğüdür. Ceza muhakemesi açısından ise yükümlülük, ceza muhakemesi işlemleri açısından ceza muhakemesi sùjelerine yükletilen edimleri ifade eder.⁷ Burada daha çok sanık veya şüpheli için söz konusu olacak ve ileride ayrıntılı değinmeye çalışacağımız bu yükümlülüğü, ‘katlanma yükümlülüğü’ olarak ifade etmekteyiz.

Katlanma yükümlülüğü, ceza muhakemesi safhaları açısından etkin bir önem arz etmektedir. Şahin, bir örnekle bu durumu şu şekilde ifade eder: ‘*Maddi gerçeğin araştırılması bakımından şüpheli veya sanıktan başka kişilerin de beden muayenesi veya vücutlarından örnek alınması gerekli olabilir. Örneğin, mağdur üzerinde yapılacak olan incelemeler, iddia ve savunma açısından önemli bulguları ortaya koyabilir. Beden muayenesinin veya vücuttan örnek alınmasının amacı suça ait delil bulunup bulunmadığını saptamak*

⁶ ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku*, s. 204.

⁷ Mesela, CMK m.75/1(şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınması), m.76/1(diğer kişilerin vücudundan örnek alınması), m.145(İfade ve sorguda hazır bulunma yükümlülüğü) ve m.147/1-a ve g bentleri(Şüpheli veya sanığın kimliği ile ilgili bilgi verme, kişisel ve ekonomik durumuyla ilgili soruları cevaplandırma yükümlülüğü).

veya irsiyeti belirlemek olacaktır. Örneğin cinsel saldırı suçunun açıklığa kavuşturulması için, suç sonucunda mağdurun ya da şüpheli veya sanığın hamile kalması durumunda, hamile kalınan çocuğun soy bağının tespitine ihtiyaç bulunabilir.⁸ Gerçekten de, mağdurenin elbisesinden elde edilen cinsel salgı ile, şüpheliden/sanıktan alınacak bulgunun eşleştirilmesi, soruşturmanın/kovuşturmanın neticeye bağlanması için büyük önem arz edebilir. Bazı durumlarda, ancak şüpheliden/sanıktan alınacak bulguyla, suçun kimin tarafından işlendiği anlaşılabilir.⁹ Bu gibi durumlarda, şüpheli veya sanığın rıza göstermemesi durumunda bile, beden muayenesinin yapılması gerekliliği, soruşturma/kovuşturmada bir tıkanmaya neden olmadan devamını sağlayacaktır. Yani, şüpheli/sanığın bu muayeneye katlanmak zorunda olması, maddi gerçeğe ulaşmamıza yardımcı olabilir veya maddi gerçeğe ulaşmamızı sağlayabilir.

IV. BEDEN MUAYENESİNDE KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Soruşturma veya kovuşturma evresinde, ilgili suça ilişkin delil elde etmek amacıyla¹⁰ başvuru yeni ceza muhakemesi enstrümanlarından birisi de beden muayenesidir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, gelişen teknolojiyle birlikte delil değerine sahip bazı verilere ulaşabilme bakımından önemli bir delil kazanma yöntemi niteliğindedir.¹¹

Beden muayenesi ile ilgili hükümlerin çoğu, 5353 sayılı Kanunla yeniden düzenlenmiştir. Yapılan düzenleme ile beden muayenesi, iç ve dış beden muayenesi¹² olarak ikiye ayrılmıştır. Buna göre, iç beden muayenesi ancak tabip ya da bir sağlık görevlisi tarafından yapılabilecek iken, dış beden muayenesi için herhangi bir karara gerek bulunmayıp soruşturma ve kovuşturma makamları bu işlemi kendileri yapabileceklerdir.¹³

⁸ ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 245.

⁹ YAŞAR, Osman, *Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu*, Ankara, 2005, sh.406. / YURTCAN, Erdener, *CMK Şerhi*, İstanbul, 2005, sh. 211.

¹⁰ Nitekim beden muayenesiyle ilgili 5271 sayılı CMK'nın 75. ve 76. maddesi, 'bir suça ilişkin delil elde etmek için / amacıyla' ifadeleriyle başlamaktadır.

¹¹ HAKERİ, Hakan, ÜNVER, Yener, *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, Ankara, 2007, sh. 133. / YAŞAR, sh. 406.

¹² İç beden muayenesi: Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt alt dokularının incelenmesini ifade etmektedir. Dış beden muayenesi ise, vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesini, ifade etmektedir (Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik, madde:3/1).

¹³ Hemen belirtelim ki, beden muayenesiyle ilgili yönetmeliğin (Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik) 5. maddesinin 2. fıkrasında, 'şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır'

a. Tabibin veya sağlık personelinin yaptığı muayene bir bilirkişi incelemesidir.

Beden muayenesini yapan sağlık personeli, bilirkişi niteliğindedir.¹⁴ Dolayısıyla yapılan muayene de, bir bilirkişi incelemesidir. Gerçekten de, sağlık personeline gönderilen şüpheli veya sanık, tedavi edilmesi amacıyla değil, bir suçla ilişkin delil elde etme amacıyla gönderilmektedir.

Burada muayeneyi yapan doktor, şüpheli/sanığın muayeneye rızasının olmamasından bahisle, muayeneden sarfı nazar edemez. Çünkü burada şüpheli/sanık, doktora tedavi maksadıyla gönderilmemektedir, sadece ilgili suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla bir bilirkişi incelemesi yaptırmak maksadıyla gönderilmektedir.

b. Muayeneye zorlamanın sınırları oranlılık ilkesi çerçevesinde belirlenecektir.

Beden muayenesine karar vermek bakımından oranlılık ilkesine uyulması zorunludur. Yani, beden muayenesi veya vücutta örnek alınabilmesi için, kişinin sağlığı açısından bir zarar tehlikesinin bulunmaması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması ile elde edilecek yarar ile, muhtemel ortaya çıkabilecek zarar arasında bir orantı değerlendirilmesi yapılacak, eğer ceza muhakemesi açısından yarar daha fazla ise, beden muayenesine veya vücuttan örnek alınmasına karar verilebilecektir. Nitekim Kanun, bu konuya açıklık getirecek bir hüküm sevk etmiştir: *İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir(m.75/2)*. Yani kişinin muayene edilmesinde sağlığı açısından zarar görme tehlikesi varsa, burada beden muayenesinden sarf-ı nazar edilecektir. Esasen burada, eğer iç beden muayenesinin yapılması zorunluluğu ortaya çıkarsa, oranlılık ilkesinin kanunen uygulandığını görmekteyiz.

Özer, bu konuya şu şekilde bir misal getirir. Mesela, özellikle organize suçlulukla mücadele bakımından, yutulan bir şey bir suikast planını içeren bir kağıt parçası ve bunun doğal yollardan çıkmasını beklemek delilin yok ol-

demek suretiyle CMK m.75²'de düzenlenmeyen bir hususu düzenlemektedir ve Kanuna ve gerekçesine ters düşmektedir. Dolayısıyla yönetmeliğin bu hükmü, Kanuna uygun hale getirilmesi gerekmektedir(Benzer görüş için bkz: ŞAHİN, **Gazi Şerhi**, s. 241/ ÖZBEK, sh. 259).

¹⁴ ÖZBEK, beden muayenesinin hem bilirkişi, hem keşif niteliğine sahip olduğunu belirtmekle birlikte, koruma tedbiri niteliğinin ağır bastığını ifade etmektedir(ÖZBEK, sh. 257).

masına sebebiyet verecekse, burada bir ameliyatın yapılması pekala mümkün olabilir.¹⁵ Eğer bu kâğıdın kusturma¹⁶ yöntemiyle çıkarılma durumu varsa, o zaman ameliyattan da pekala vazgeçebilir. Yani burada olduğu gibi, her somut olayda oranlılık ilkesinin göz önünde bulundurularak hareket edilmesi gerekmektedir.

Keza CMK m. 75/5’de ifade edildiği gibi; üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda başvurulamayacak olması, oranlılık ilkesinin yasal olarak da arandığını göstermektedir.¹⁷

CMK m. 76/2. fıkrasına göre, ‘Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur.’ demek ki, mağdurun rızası yoksa 1. fıkra hükmüne göre alınacak bir karar sonucu, beden muayenesine katlanmak zorunda olacaktır. Mağdur için bu söz konusuysa, elbette ki sanık için de, bu söz konusu olacaktır. Bu durumda sanığın da, rızasının varlığı halinde ilgili kararın alınmasına gerek duyulmayacaktır.

c. Şüpheli veya sanığın yada mağdurun aktif katılma yükümlülüğü yoktur.

Şüpheli veya sanık ya da ilgili, beden muayenesine katlanmak zorundadır.¹⁸ Bu konuda rızası da aranmamaktadır. Ancak ilgili, beden muayenesine aktif olarak katılmaya zorlanamayacaktır.¹⁹ Beden muayenesine aktif katılma yükümlülüğü olmayan sanık, bu muayenede gerekli keşfin yapılmasına direnir, tabip ve kolluk kuvvetlerine zorluk çıkarırsa; ilgili yönetmeliğin²⁰ 18. maddesine göre, ‘... örnek alınmasına rıza vermemeleri halinde, kararın in-

¹⁵ ÖZBEK, sh. 255.

¹⁶ Tıp ilminde, yarım saat kadar önce yenilmiş yiyecekler, çeşitli ve basit kusturma yöntemleriyle geri çıkartılabilmektedir(Ayrıntılı bilgi için bkz: Kaya, Esin Yardım, **The Importance of Non-Pharmacological Methods at Prevention of Postoperative Nausea-Vomiting**, Tıpta Uzmanlık Belgesi, Trabzon, 2009, sh.21 vd.).

¹⁷ ŞAHİN, **Gazi Şerhi**, s. 242.

¹⁸ DEMİRTAŞ, Timur, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik*, Legal Hukuk Dergisi, Ağustos, 2005; Şahin de ‘Şüpheli veya sanık beden muayenesine, bedeninin keşif konusu yapılmasına katlanmak zorundadır. Bu konuda onun rızası aranmamaktadır. Ancak şüpheli veya sanık, beden muayenesi işlemlerine aktif bir katılıma da zorlanamayacaktır.’ diyerek ilgilinin aktif bir katılma yükümlülüğünün olmadığını belirtir(ŞAHİN, **Gazi Şerhi**, s. 241).

¹⁹ ŞAHİN, Cumhuriyet, **Gazi Şerhi**, s. 241.

²⁰ 1 Haziran 2005 gün ve 25832 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik

Hüseyin ERTUĞRUL

fazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasına sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığında gerekli önlemler alınır’ denilmektedir. Yani, muayeneyi yapacak tabip, zorluk çıkararak sanık için, gerektiği ölçüde kolluk kuvvetinden yararlanabilir. Kanaatimizce, beden muayenesine katılmak istemeyen fakat, kolluk marifetiyle muayenesi yapılan kişinin muayenesi sağlıklı bir şekilde neticelenemeyebilir. Bu durumun, doktor raporuyla ifade edilmesi gerekmektedir.

Eğer beden muayenesi hukuka uygun olarak yapılmamışsa, hemen belirtilmelidir ki, hukuka aykırı olarak yapılacak beden muayenesi ve örnek alınması sonucu elde edilen deliller kullanılamaz. Nitekim 217/2’e göre, ‘*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*’ Bu tedbire hukuka aykırı olarak başvurulmuş olması durumunda CMK m.141 vd. da öngörülen hukuka aykırı koruma tedbiri nedeniyle tazminata ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Zira tedbir söz konusu hükümlerin kapsamı dışında kalmaktadır. O halde genel hükümler çerçevesinde tazminat talep etmek mümkün olabilecektir.²¹

V. KORUMA TEDBİRLERİNDE KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Koruma tedbirleri, ceza muhakemesi işlemlerinin etkin bir şekilde yapılabilmesi için hükümden önce muhakeme sürecinde başvurulabilen ve gerektiğinde zor kullanmak suretiyle, temel hak ve özgürlüklere geçici müdahaleyi gerektiren tedbirlerdir.²² Bu tedbirlerin bir kısmı, muhatabın özgürlük hakkına yönelik iken (yakalama, gözaltına alma, tutuklama, adli kontrol) diğer bir kısmı ise, özel hayata (arama ve elkoyma, iletişimin denetlenmesi, teknik araçla izleme) ilişkin olabilmektedir.

Koruma tedbirleri mahiyeti gereği, temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektirdiğinden, bu durum, koruma tedbirinin muhatabı açısından bu tedbire katlanması yükümlülüğünü gündeme getirmektedir. Koruma tedbirinin muhatabı bu tedbire rıza göstermese de, bu tedbir yerine getirilecek, bu kişinin temel hakkını sınırlanacaktır.²³

²¹ ÖZBEK, sh. 255.

²² ŞAHİN, Cumhuriyet, *Ceza Muhakemesi Hukuku -I-*, Ankara, 2007, sh.197.

²³ ÖZBEK, sh.311.

a.Koruma tedbirlerinin yerine getirilmesinde, oranlılık ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır.

Her koruma tedbirinde dikkate alınması gereken oranlılık ilkesi, keyfi ceza tedbirlerine ve temel hak ve özgürlüklere müdahalenin aşırıya kaçmasına karşı, olması gereken dengeyi sağlayacak bir ceza muhakemesi ilkesidir.²⁴ Nitekim 5271 sayılı CMK'da aşağıda ifade etmeye çalışacağımız örneklerde, bunun dikkate alındığını yasal olarak da görmekteyiz:

- *Gözaltına alma, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığına bağlıdır(m.91/2).*

Gözaltına alma tedbiriyle ilgili olarak, bu hükümlerle ifade edilen oranlılık ilkesi, kanaatimizce bu tedbirinin soruşturma yönünden zorunlu olmasıdır. Böylelikle uygulayıcıların keyfi uygulamalarının önüne geçilmek istenmektedir.²⁵

- *Yakalanan veya tutuklanarak bir yerden diğer bir yere nakledilen kişilere, kaçacaklarına ya da kendisi veya başkalarının hayat ve beden bütünlükleri bakımından tehlike arz ettiğine ilişkin belirtilerin varlığı hâllerinde kelepçe takılabilir(m.93/1).*

Bu maddede, kelepçe takma yetkisinin ne zaman mümkün olacağı oranlılık ilkesi gözetilerek tespit edilmeye çalışılmıştır. Buna göre, kaçacaklarına ilişkin belirtilerin varlığı ve hayati ve beden bütünlükleri bakımından bir tehlikenin arz etmesi durumunda, ancak kelepçe takılması mümkün olabilecektir.

- *Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez(m.100/1).*

Kanaatimizce burada 'ölçülü olmaması halinde' ifade edilen ibare, ölçülülük ilkesinden çok oranlılık ilkesini ifade etmektedir. Ölçülülük ilkesi, üç ana alt ilkeden oluşmaktadır: Elverişlilik, gereklilik ve oranlılık.²⁶ Anılan

²⁴ ÖZBEK, sh.536.

²⁵ Benzer görüş için bkz: ÖZBEK, sh.328.

²⁶ ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara, 2005, sh.316 / ÖZBEK, ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini sayarken, oranlılık ilkesi yerine 'yararlılık' ibaresini kullanmaktadır(ÖZBEK, sh.347).

maddede ifade edilen 'ölçülü olmama' ifadesi, aşırılığın önlenmesi durumudur ki, kanaatimizce bu durum, oranlılık ilkesine karşılık gelmektedir. Çünkü oranlılık ilkesinin asıl amacı, aşırılığın önlenmesidir.

- 100 üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir(m.109/1).

Bu maddede 100. maddeye yapılan yollamadan dolayı, adli kontrol tedbirinde, 'ölçülü olma(oranlı olma)' kriteri dikkate alınması gerekecektir.²⁷ Fakat birazdan ifade etmeye çalışacağımız hususlardan dolayı bu ilkenin içinin boşaltıldığı kanaatindeyiz. CMK m. 100/4'te, 'adli para cezasını gerektiren veya üst sınırı bir yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren suçlarda tutuklama kararı verilemez' denilmiştir. Dolayısıyla, adli kontrol tedbiri, belirli bir süre (1-3 yıl arası) hapis cezasını gerektiren suçlarda tutuklamaya seçenek bir tedbir niteliğindedir. Böylelikle adli kontrol tedbirinin uygulama alanı büyük ölçüde daralmakta, adli kontrol için geçerli söz konusu ölçülülük(oranlılık) ilkesi de, büyük ölçüde anlamını yitirmektedir.

- Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine hâkim tarafından karar verilir(m.134/1).

Burada ifade edilen oranlılık ilkesi, başkaca tedbirlerle delillere ulaşabilme imkânının bulunamamasıdır. Yani, daha az temel hak ve hürriyetlere müdahaleyi gerektirecek koruma tedbirleriyle, mevcut delillere ulaşabilme imkânı varsa, ilgili tedbire başvurulamayacaktır.²⁸

İfade etmeye çalıştığımız bu örneklerin yanı sıra, CMK'nın bazı maddelerinde ise, oranlılık ilkesine yer verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Mesela, CMK m.137 vd. maddelerde ifade edilen, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve

²⁷ ŞAHİN, sh.317.

²⁸ ÖZBEK'e göre, aynı maddenin ikinci fıkrasında ifade edilen, bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılabilmesi halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabilmesi, oranlılık ilkesinin bir sonucudur(ÖZBEK, sh.504). Kanaatimizce burada hem 'oranlılık ilkesi' hem de 'gereklilik ilkesi' gözetilmiştir.

kayda alınması tedbirinin özellikle örgütlü suçluluk bakımından uygulanacağı süreyle ilgili herhangi bir üst sınır öngörülmemiştir.²⁹ Kanaatimizce oranlılık ilkesi gereği, bir üst sınırın belirlenmesi gerekmektedir.

b.Koruma tedbirlerinin yerine getirilmesinde, muhatabın aktif katılma yükümlülüğü yoktur.

Kural olarak, koruma tedbirinin muhatabı, ilgili koruma tedbirine katlanmak zorundadır, bu konuna onun rızası aranmayacaktır. Fakat burada muhatabın aktif katılma yükümlülüğü de yoktur. Mesela, kanuna uygun çıkarılmış bir arama kararı gereği, evinde arama yapılan kişiden aramaya yardımcı olması elbette istenmeyecektir. Nitekim CMK'da, koruma tedbirleriyle ilgili böyle bir yükümlülük, kişilere yükletilmemiştir.

VI. İFADE VE SORGUDA KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

İfadede ve sorguda bulunma, hem hak, hem de yükümlülük niteliği taşıdığından çift taraflı bir durum arz etmektedir. Şüpheli veya sanık için, hakkında yürütülen soruşturma veya kovuşturmada ifade vermesi veya sorguya katılması haktır; devlet açısından ise, bu ortamı hazırlama ve beklenen kamu faydasının gerçekleşmesi için gerekirse sanığı ifade ve sorguda zorla hazır bulundurması, yükümlülüktür.³⁰

Gerçekten de, şüpheli veya sanığın ifadede veya sorguda hazır bulunması, rızasının olmaması halinde, gerektiğinde zorlanabilmesi(m.145), şüpheli veya sanık açısından bir katlanma yükümlülüğü arz etmektedir. Yine ceza muhakemesinin diğer işlemlerinde olduğu gibi, burada da aktif katılma yükümlülüğü şüpheli veya sanık açısından söz konusu değildir.³¹ Fakat kanaatimizce, ilgilinin hazır bulunmasında aktif katılma yükümlülüğü yokken; kişinin kimliği ile ilgili bilgileri konusunda doğru bilgileri verme konusunda aktif katılma yükümlülüğü vardır. Gerçekten de, CMK m.147/1-(a) ve (g) bendine göre, şüpheli veya sanığın kimlik bilgilerine ve ekonomik durumuna ilişkin soruları doğru cevaplandırmakla yükümlü kılınmıştır.

²⁹ Ayrıntılı açıklama için bkz: ÖZBEK, sh.576.

³⁰ ŞAHİN, sh. 143.

³¹ ŞAHİN,sh.143.

VII. SONUÇ

Bir hukuk normunun uygulanmasında, gerekli ölçüde ve uygun önlemleri almak, işlemleri yapmak ve aşırıya kaçabilecek önlem ve işlemlerden kaçınmak için, oranlılık ilkesine ihtiyaç vardır.

Keza insan onuruna zarar vermeden ve hiçbir şekilde işkenceye ve benzeri müdahalelere başvurmadan ceza muhakemesi işlemlerini yerine getirebilmek için yasalarda oranlılık ilkesine yer verilmektedir. Nitekim yeni CMK'da buna uygun düzenlemeler yapılmıştır. Oranlılık ilkesinin yer aldığı düzenlemelerde, ilgili için bir katlanma yükümlülüğü mevcuttur.

Özellikle şüpheli/sanık için konulan ve temel hak ve hürriyetleri kısıtlayıcı bu yükümlülükler, maddi gerçeğe ulaşmak açısından büyük önem arz etmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda daha çok koruma tedbirleri ile ilgili bu yükümlülükler, şüpheli veya sanık karşı koyamamakta hatta bu konuda rızasının bulunmamasının bile bir önemi bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

- DEMİRTAŞ, Timur, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması ve Müdafilik*, Legal Hukuk Dergisi, Ağustos, 2005.
- HAKERİ, Hakan, ÜNVER, Yener, **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler**, Ankara, 2008.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2008.
- KAYA, Esin Yardım, **The Importance of Non-Pharmacological Methods at Prevention of Postoperative Nausea-Vomiting**, Tıpta Uzmanlık Belgesi, Trabzon, 2009.
- KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.
- ÖZBEK, Veli Özer, **Yeni Ceza Muhakemesinin Anlamı**, Ankara, 2005.
- ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara, 2005.
- ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2009.
- ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM, R. Mustafa, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2007.
- SOYASLAN, Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2007.
- ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku -I-**, Ankara, 2007.
- ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara, 2005.
- YAŞAR, Osman, **Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu**, Ankara, 2005
- YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, İstanbul, 2007.
- YURTCAN, Erdener, **CMK Şerhi**, İstanbul, 2008.
- www.turkhukuk sitesi.com/makale_621.htm, 01.09.2009.
- www.yayin.adalet.gov.tr/28_sayi%20icerik/Ergin%20ERGÜL.htm, 02.09.2009.
- www.yayin.adalet.gov.tr/30_sayi%20icerik/Ahmet%20TAŞKIN.htm, TAŞKIN, Ahmet, **Türk Ceza Kanununun Amacı**, 26.11.2009.

BOŞ