

## Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi<sup>(\*)</sup>

Evaluation of Some Criminal Procedures in the Context of Right to Silence

Arş. Gör. Dr. Asuman İNCE TUNÇER<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

İsnat altında bulunan kimsenin beyanda bulunmaya ve kendisi aleyhinde delil vermeye zorlanmamasını ifade eden susma hakkı, şüpheli/sanığın iradesi ile ceza muhakemesinin maddi gerçeği bulma amacı arasında bir sınır oluşturur. Susma hakkı, sessizliğin şüpheli/sanık aleyhine kullanılmaması ve şüpheli/sanığın kendisini suçlayacak nitelikte delil vermeye zorlanmaması olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır. Bazı ceza muhakemesi işlemleri ve koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında susma hakkını kullanılıp kullanılmayacağı, şüpheli/sanık üzerinde zor kullanılmasının kendisi aleyhinde delil vermeye zorlama yasağına aykırılık oluşturup oluşturmayacağı tartışmalıdır. Bu bağlamda çalışmada susma hakkına ilişkin temel bilgiler verildikten sonra; şüpheli ve sanığın kimlik bilgilerine ilişkin beyanda bulunmayı reddetmesi, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ile fizik kimliğin tespiti tedbirleri açısından tartışmalı noktalar ortaya konmuştur.

### Anahtar Kelimeler

Susma Hakkı, Katlanma Yükümlülüğü, Beden Muayenesi, Vücuttan Örnek Alınması, Fizik Kimliğin Tespiti.

### Abstract

The right to silence, which states that no one under charge cannot be compelled to make a statement and give evidence against himself/herself, constitutes a limit between the will of the suspect/accused and the purpose of the criminal procedure to find the material truth. The right to silence consists of two elements: the silence cannot be used against the suspect/accused and the suspect/accused cannot be forced to give evidence to blame him/her. It is debatable whether or not the right to silence can be exercised during the implementation of some criminal procedure and protection measures, and whether the use of force on the suspect/accused constitutes a violation of the ban on being forced to give evidence against him/her. In this context, after giving basic information about the right to silence in the study; controversial points have been put forward in terms of the refusal of the suspect/accused to make a statement about his/her identity information, physical examination and taking body sample and determining of physical identity.

(\*) Makalenin editörlüğe gönderildiği tarih: 31.08.2019. Birinci hakeme sevk tarihi: 01.09.2019. Raporun birinci hakemden dönüş tarihi: 20.10.2019. İkinci hakeme sevk tarihi: 01.09.2019. Raporun ikinci hakemden dönüş tarihi: 02.09.2019.

(\*\*) Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı,  
E-posta: asumanince@anadolu.edu.tr,  
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-0454-5262>.



**Keywords**

Right to Silence, Sufferance Duty, Physical Examination of Body, Taking Body Sample, Determining of Physical Identity.

**1. GİRİŞ**

Susma hakkı ceza yargılamasının her safhasında isnat altında bulunanın kendi kendisini suçlayıcı beyanda bulunmak ya da bu yönde delil göstermekten kaçınabilmesini, bu yönde zorlanamamasını ifade eder. Hak, aynı zamanda şüpheli ya da sanığın sessizliğinin onun aleyhinde kullanılması önünde bir engeldir. Modern ceza sistemlerinin ve demokratik hukuk devletinin bir kazanımı olarak susma hakkı savunma hakkıyla, hakkaniyete uygun yargılanma hakkıyla ve suçsuzluk karinesiyle ilişkilidir.

Türk hukuk sisteminde susma hakkı Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Anayasa (AY)'nın 38. maddesinin 5. fıkrasına göre, *“hiç kimse kendisini ve kanununda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.”* Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nın çeşitli maddeleriyle de bazı ceza muhakemesi işlemlerinden önce sanığa susma hakkının hatırlatılması zorunlu kılınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nde ise susma hakkına açıkça yer verilmiş olmamakla birlikte, Mahkeme susma hakkını adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddenin bir uzantısı olarak değerlendirmektedir.

Çalışmada öncelikle susma hakkının tanımı, niteliği ve işlevine ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır. Sonrasında, şüpheli/sanığın kimliğine ilişkin beyanda bulunmasına ilişkin CMK'nın 140. madde düzenlenmesi, şüpheli/sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması ile fizik kimliğin tespiti tedbirinin susma hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin tartışmalar ele alınacaktır. Anlatım sırasından yeri geldiğince Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin susma hakkı konusunda kararlarına ve yaklaşımına da yer verilecektir.

**2. SUSMA HAKKININ TANIMI VE NİTELİĞİ**

Susma hakkının gerçek bir hak olarak suç şüphesi altında bulunan kimsele- re tanınması uzun bir gelişim sürecinin sonunda olmuştur. Orta Çağ'da uygulanan tahkik usulünde, gerçeğin ne pahasına olursa olsun açığa çıkarılması amacıyla hareket edildiği için, sanık yalnızca bir delil aracı olarak görülmüş ve zor yoluyla konuşurulmuştur.<sup>1</sup> Şüpheli yahut sanığa susmak ya da konuşmak konu-

<sup>1</sup> İngiltere'de 17. yüzyılın başlarında kendisine sorulan sorulara cevap vermeyi reddeden sanıklar suçlarını ikrar etmiş sayılıyordu. Susma hakkı konusunda dönüm noktası 1637 yılındaki Lilburne

sunda bir tercih hakkının tanınması; ancak ceza muhakemesinde maddi gerçeğe insan onuruna dokunulmayacak biçimde ulaşılması gerektiği kabul edildikten sonra mümkün olabilmiştir.<sup>2</sup> Sanığın yargılama nesnesi olmaktan çıkıp, yargılama öznesine dönüşmesi ile savunma hakkı ve bu bağlamda susma hakkı bulunduğu kabul edilmiştir. Ceza yargılamasının tarihsel gelişim süreci içerisinde sanığın susma hakkını elde etmesi ulaşılan en önemli aşama olarak nitelendirilmektedir.<sup>3</sup>

Susma hakkı, şüpheli veya sanığın kendi aleyhine beyanda bulunmaya veya delil göstermeye zorlanamaması, muhakemeye aktif bir biçimde katılma yükümlülüğünün olmaması şeklinde tanımlanabilir.<sup>4</sup> Susma hakkı, savunma hakkının bir unsurudur ve adil yargılanma hakkının da bir gereğidir. Bu hak aynı zamanda, sanığın zorla konuşturulmasının önüne geçmeyi ve böylelikle işkence ve insanlık dışı muameleyi önlemek amacını da taşır.<sup>5</sup> AY'nın 36/1 maddesine göre, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir". AY'nın 38/5. maddesine göre ise, "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz". CMK'nın ifade alma ve sorgunun tarzı başlıklı 147. maddesi ise, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğunun şüpheli veya sanığa bildirilmesini bir zorunluluk olarak öngörmüştür (CMK m.147/1-e).

---

yargılaması olmuştur. Halkı yönetime karşı kışkırtan bir kitap yayımladığı iddiası ile tutuklanan Lilburne, mahkemede beyanda bulunması durumunda aleyhine sonuçlar doğabileceğini belirterek kendisine sorulan sorulara cevap vermeyi reddetmiştir. Bunun üzerine Lilburne hapsedilmiş ve kırbaç cezasına çarptırılmıştır. Lilburne, kırbaç cezasının infazı sırasında toplanan kalabalığa uğradığı haksızlığı konusunda vaazda bulunmuştur. 1641'de parlamento Lilburne hakkında hükmedilen cezanın hukuka aykırı olduğunu ilen etmiş, Lilburne'u yargılayan mahkemeleri kaldırmış ve ceza davalarının engizisyon usulünde görülmesi yasaklanmıştır. Susma hakkı İngiliz hukukunda böylece ortaya çıkmıştır. Bkz. Anthony Gray, "Right to Silence", *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 2013, C. 16, S. 4, s. 531.

<sup>2</sup> Albin, Eser, "Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu (Çev: Nur Centel)", *Yargıtay Dergisi*, 1990, C. 16, S. 3, s. 319 vd.; Nevzat Toroslu / Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2015, s. 134.

<sup>3</sup> Recep Kibar, *Türk Hukukunda Sanık Hakları*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 1997, s. 49.

<sup>4</sup> Eser, a.g.m., s. 319; Klaus Volk / Armin Engländer, *Grundkurs StPO*, 8. Baskı, Münih, C. H. Beck Yayınevi, 2013, § 9, Randnummer (Rn.) 9.

<sup>5</sup> Bahri Öztürk / Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan, Erdem / Özge Sırma Gezer / Yasemin F. Saygılar Kırıt / Esra Alan Akcan / Özdem Özyayın / Efser Erden Tütüncü / Derya Altınok Villemin / Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ed: Bahri Öztürk), 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018, s. 242; Timur Demirbaş, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018, s. 96; Toroslu / Feyzioğlu, a.g.e., s. 134 vd; Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız / İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 216;

Anayasal düzenlemeden anlaşılacağı üzere susma hakkı yalnız şüpheli veya sanığın beyanlarıyla ilgili değildir, yargılama makamlarına suçluluğunu gösteren delil vermemeyi de kapsamaktadır.<sup>6</sup> Ayrıca şüpheli veya sanığa susma hakkının olduğu bildirilmeden elde edilen deliller hukuka aykırı delildir ve yargılamada kullanılamaz, kullanılması durumunda bu mutlak bir bozma sebebidir<sup>7</sup> (CMK m.289/1).

AİHM'nin içtihatlarında susma hakkının 90'lı yıllardan itibaren yer bulmaya başladığı görülmektedir.<sup>8</sup> Susma hakkına AİHS'nde açıkça yer verilmemiş olmakla birlikte, AİHM bu hakkı 6. maddede düzenlenen adil yargılanma hakkının bir parçası olarak değerlendirmektedir. Mahkeme, susma hakkını adil yargılanma hakkının esasını oluşturan bir hak olarak nitelendirmekte ve hakkaniyetli bir yargılamanın sağlanması bakımından bir ölçüt olarak değerlendirmektedir.<sup>9</sup> Buna göre, susma hakkı, yetkililerin uygun olmayan davranışlarına karşı sanığın korunmasına, adli hataların önlenmesine ve 6. maddenin amaçlarının gerçekleştirilmesine hizmet eder. Ceza davasında iddia makamı iddialarını sanığın arzusu hilafına baskı ve zorla elde edilen kanıtlara dayanmadan ispat etmelidir. Susma hakkı suçsuzluk karinesi ve kendini suçlamama hakkıyla sıkı bir ilişki içindedir.<sup>10</sup>

Susma hakkının niteliği konusunda öğretide bir görüş birliği yoktur. Susma hakkının gerçek anlamda bir hak olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, susma hakkı şüpheli ya da sanığa tanınmış subjektif bir hak değildir; çünkü kanun koyucu hâkimlere şüpheli veya sanığın yalan beyanlarının aksini ispat etme yönünde yetki tanımıştır. Susma hakkı ile amaçlanan, susan şüpheli veya sanığın cezalandırılmamasını ve konuşmaya zorlanmamasının güvence altına almaktır.<sup>11</sup> Susma hakkının subjektif bir hak olduğunu savunanlara göre ise bir hak olup olmadığını tespit için ölçüt alınması gereken hukuki korumadan faydalanıp faydalanmadığıdır. Susma hakkının ihlal edilmesi yasaca cezalandırıldığına göre, susma hakkı şüpheli veya sanığa tanınmış subjektif bir hak niteliğindedir.<sup>12</sup> Susma hakkının niteliği konusunda kanaatimizce ikinci görüş daha isabetlidir.

<sup>6</sup> Billur Yaltı, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Ankara, Beta Yayınevi, 2006, s. 143 vd.

<sup>7</sup> Yener Ünver / Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 207.

<sup>8</sup> Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 4. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2013, s. 272.

<sup>9</sup> Nur Centel / Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2018, s. 166; Jens Meyer-Ladewig / Stefan Harrendorf / Stefan King, *Europäische Menschenrechtskonvention Handkommentar*, (Ed: Stefan von Raumer), 4. Baskı, Basel, Helbin Lichtenhahn Verlag, 2017, EMRK Artikel 6 Recht auf ein faires Verfahren, Rn., 129.

<sup>10</sup> AİHM, Saunders v. Birleşik Krallık, 17.12.1996 T., 19187/91 Başvuru No (BN.), paragraf (p.), 68-69. <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58009> (E.T: 31.08.2019).

<sup>11</sup> Faruk Erem, "Susma Hakkı", *Yargıtay Dergisi*, 1992, C. 18, S. 3, s. 299.

<sup>12</sup> Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul, Kazancı Yayınevi, 1986, s. 427; Çağrı Kan Aydın, "Adil Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010, S. 91, s. 164 vd.

Öğretide bir görüş, susmayı ifade özgürlüğünün pasif olarak kullanılması şeklinde değerlendirmektedir. Buna göre; ifade özgürlüğünün pasif şekilde kullanılması, negatif bir savunma fonksiyonuna haizdir. Şüpheli veya sanığa ceza yargılaması sürecinde tanınan bu hak, ifade özgürlüğünün ceza muhakemesine yansımalarıdır ve şüpheli veya sanığa tanınan en temel haklardır. Bu görüşe göre, şüpheli veya sanığın ifade özgürlüğünü pasif olarak kullanabilmesi susma hakkı ile güvence altına alınmıştır.<sup>13</sup> Belirtelim ki, susma hakkı ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirilemez. Susan şüpheli veya sanık ifade özgürlüğünü değil savunma hakkını kullanmaktadır. Bu bakımdan susma hakkına ilişkin değerlendirmelerin, ifade özgürlüğü alanına ilişkin argümanlarla değil; susma ve kendisini suçlamama hakkı ile ceza muhakemesinin genel ilkeleri bağlamında yapılması gerekir.<sup>14</sup>

Sanığın susma hakkı varsa da konuşması durumunda doğruyu söylemek zorunda olduğu şeklindeki düşünceler isabetli değildir.<sup>15</sup> Her ne kadar tanığın yahut bilirkişinin doğruyu söyleme yükümlülüğü bulursa ve aksi durum yaptırım altına alınmış olsa da aynı şey sanık bakımından geçerli değildir.<sup>16</sup> Susma hakkı, şüpheli veya sanığın gerçeğe aykırı beyanda bulunma hakkını da içerir. Şüpheli veya sanık, yalan söyleyebilir ve bu durumdan onların aleyhine sonuç çıkarılamaz. Şüpheli veya sanığın yalan beyanda bulunmasının, yargılamada olumsuz etkileri olacağı şeklinde yapılan değerlendirmeler, susma hakkına, suçsuzluk karinesi ve şüpheden sanık yararlanır ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil eder.<sup>17</sup>

Susma hakkının iki yönü bulunmaktadır. İlki, şüpheli veya sanığın kendisini suçlayıcı açıklamalarda bulunmaya ya da bu yolda delil göstermeye zorlanmaması ikincisi ise susmanın aleyhe delil olarak değerlendirilememesidir.<sup>18</sup> Susmanın aleyhe delil olarak değerlendirilememesi, Türk Ceza Kanunu (TCK)

<sup>13</sup> Cumhuriyet Şahin, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 1994, s. 102 vd.; Micheal Huber, "Grundwissen- Strafprozessrecht: Schweigerecht des Beschuldigten", *Juristische Schulung*, 2007, C. 47, S. 8, s. 711; Sinan Kocaoğlu, "Susma Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011, S. 1, s. 32.

<sup>14</sup> Ünver / Hakeri, a.g.e., s. 205.

<sup>15</sup> Şahin, a.g.e., s. 115.

<sup>16</sup> Turan Tufan Yüce, "Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1988, S. 1, s. 160 vd.

<sup>17</sup> Nurullah Kunter / Feridun Yenisey, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2002, s. 418 vd.; Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt 1*, 4. Baskı, İstanbul, Acar Yayınevi, s. 310; Toroslu / Feyzioğlu, a.g.e., s. 136; Ufuk Toprak, "Şüphelinin Susma Hakkının Güvenilir Kişiye Başvurulması Yöntemiyle İhlaline Alman Yargıtayı Kararları Işığında Kısa Bir Bakış", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2011, C. 2, S. 7, s. 264; Ünver / Hakeri, a.g.e., s. 205 vd.

<sup>18</sup> Yaltı, a.g.e., s. 139.

m.26/1’de yer verilmiş olan hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni kapsamında görülmelidir.<sup>19</sup> Söz konusu hak, yalnız sanığın kendisine isnat edilen fiille ilgili olarak susmasını değil muhakeme işlemlerine aktif olarak katılmasını da kapsar. Yani, şüpheli veya sanık, isnat edilen suçla ilgili olarak beyanda bulunmamanın yanında, diğer muhakeme işlemlerine aktif olarak katılmama hakkına da sahiptir.<sup>20</sup> Şüpheli veya sanığın pasif kalacağı muhakeme işlemleri bakımından ise böyle bir hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir.<sup>21</sup> Söz konusu hal katlanma yükümlülüğü olarak ifade edilmektedir. Buna göre; şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın gereği gibi yapılabilmesi için kendisine karşı yapılan işlemlere karşı koymamak, boyun eğmek yükümlülüğü altındadır. Katlanma yükümlülüğü kapsamında yer alan muhakeme işlemleri bakımından, şüpheli veya sanığın direnmesi durumunda zor kullanılması da mümkündür. Katlanma yükümlülüğünün sınırını susma hakkının bir parçası olan kendisi aleyhinde beyanda bulunmaya veya delil vermeye zorlanma yasağı oluşturmaktadır. Böyle bir yükümlülüğün bulunmasının sebebi ise ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma amacının gerçekleştirilmesidir. Şüpheli veya sanık bakımından birtakım zorlama ve özgürlükler alanına müdahale eden işlemler olmaksızın ceza muhakemesinin amacına ulaşması mümkün değildir.<sup>22</sup> Ancak katlanma yükümlülüğü ve susma hakkı arasındaki bu ilişki tüm ceza muhakemesi işlemleri bakımından belirgin olmayıp, bazı muhakeme işlemleri bakımından tartışmalara yol açabilecek niteliktedir.

### 3. SUSMANIN ÇEŞİTLERİ VE SONUÇLARI

Şüpheli veya sanık bir savunma yöntemi olarak susabilir ve bu şekilde kendisi aleyhine olacak biçimde iddia makamının eline bir kanıt vermemiş olur.<sup>23</sup> Şüpheli veya sanık tamamen susabileceği gibi, geçici olarak yahut kısmen de susabilir. Tamamen susma, şüpheli veya sanığın isnat edilen suç hakkında ya-

<sup>19</sup> Erem, a.g.m., s. 298; Ünver / Hakeri, a.g.e., s. 205.

<sup>20</sup> Rolf Stürmer, "Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1981, C. 34, S. 33, s. 1757; Werner Beulke, *Strafprozessrecht*, 12. Baskı, Hiedelberg, C. F. Müller Yayınevi, 2012, § 7, Rn., 127.

<sup>21</sup> Centel / Zafer, a.g.e., s. 164, 175; Huber, a.g.m., s. 711.

<sup>22</sup> Centel / Zafer, a.g.e., 186 vd. "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." Bkz. Zekiye Özen İnci, "Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 7, S. 2, s. 125.

<sup>23</sup> Süheyl Donay, *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 142 vd.

pılmakta olan muhakemenin tamamı boyunca susmasını ifade eder. Tamamen susmanın hiçbir biçimde sanık aleyhine kullanılmayacağı kabul edilmektedir. Suç isnadı altında bulunan kimsenin kimliğine ilişkin bilgiler dışında susması yahut yalnızca suçu işlemediğini söylemesi de tam susma olarak değerlendirilmektedir. Geçici susma ise ceza muhakemesinin değişik evrelerinde susma hakkının kullanılmasını ifade eder. Kolluğu ifade alması sırasında susan şüphelinin, mahkemede sorgusunda konuşması geçici susmaya örnek verilebilir.<sup>24</sup> Geçici sessizliğin şüphelinin/sanığın aleyhine kullanılmasının susma hakkının özüne aykırı olduğu; bu nedenle geçici susmanın aleyhte olacak şekilde değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir. Kısmi susma ise şüpheli/sanığın bazı bilgileri vermektan kaçınmasını ifade etmektedir.<sup>25</sup> Ne şekilde olursa olsun susmanın aleyhe kabul edilemeyeceği ağırlıklı olarak savunulmaktadır.<sup>26</sup> Ancak kısmi susma bakımından aksi görüşler de bulunmaktadır.<sup>27</sup>

Şüpheli/sanığın kendisine isnat edilen suçla ilgili olarak susması, aleyhine değerlendirilemez. Suç isnadı altında bulunanın susmasından hareketle, suçu işlediğine dair yorum getirilemez.<sup>28</sup>

*“Ceza Yargılamasının amacı hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Sanığın savunmasının aksini kanıtlanması ondan beklenemez, kaldı ki CYUY’nın 135’nci maddesi uyarınca sanığın susma hakkı bulunmaktadır. Susma hakkını kullanan sanığın “sükût ikrardan gelir” deyişine dayanılarak suçu kabul ettiği söylene-meyeceği gibi, savunmasını kanıtlanması da istenemez. Sanığa yüklenen suçun sübuta erdiği yapılan yargılama sonucunda kuşkuya yer vermeksizin ortaya çıkarılmalıdır. Ceza Yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde mahkûmiyet kararına yer yoktur. Bu ilke evrenseldir”.*<sup>29</sup>

<sup>24</sup> Sanığın böyle bir tercihte bulunmasının nedeni savunması bakımından bir taktik olabilir. Soruşturma dosyasına tam erişimin sağlanması yahut bir tanığın beyanda bulunmak üzere beklenmesi gibi nedenler bulunabilir.

<sup>25</sup> Hartmut Schneider, “Zur strafprozessualen Verwertbarkeit des Schweigens von Beschuldigten”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2017, C. 37, S. 2, (2), s. 73; Şahin, a.g.e., s. 109 vd.

<sup>26</sup> Beulke, a.g.e., § 7, Rn., 125; Hakan Karakehya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma (Duruşma)*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2008, s. 163.

<sup>27</sup> Friedrich Christian Schroeder / Feridun Yenisey / Wolfgang Peukert, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial*, İstanbul, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi, 1999, s. 42 vd.; Stürner, a.g.m., s. 1763.

<sup>28</sup> Klaus Miebach, “Der teilschweigende Angeklagte - materiell-rechtliche und prozessuale Fragen anhand der BGH-Rechtsprechung”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2000, C. 20, S. 5, s. 242; Toprak, a.g.m., s. 264 vd.

<sup>29</sup> Yarg. CGK., 1993/6-81 E., 1993/110 K., 19.04.1993 T. (Kazancı İçtihat Bankası). Aynı yönde, Yarg. HGK., 2003/7-438 E., 2003/463 K., 02.07.2003 T. (Kazancı İçtihat Bankası).

Şüpheli/sanığa bir yandan susma hakkı tanıyıp, öte yandan bu hakkını kullanmasını onun aleyhine yorumlamak hukuk mantığına da ters bir durumdur.<sup>30</sup> Susma hakkının kullanılmış olması, suçun ikrar edildiği anlamına gelmeyeceği gibi inkâr edildiği anlamına da gelmez. Bu nedenle, sanığın susma hakkını kullanmış olması takdiri indirim nedenlerinin hakkında uygulanmasına bir engel teşkil etmemelidir.<sup>31</sup>

Suç şüphesi altında bulunan kişinin bazı hallerde susup bazı hallerde konuşmasının yani kısmi veya geçici susmanın nasıl değerlendirileceği konusu tartışmalıdır. Almanya'da bu gibi hallerde sanığın susmasının olumsuz değerlendirilebileceği şeklinde bir görüş de bulunmaktadır,<sup>32</sup> ancak hâkim görüş, kısmi susmanın da şüpheli/sanık aleyhine kullanılmaması gerektiği yönündedir.<sup>33</sup> Gerçekten hem susma hakkı verip hem bunun kullanılmasını aleyhe yorumlamak mümkün değildir. Şüpheli ya da sanığın hangi nedenlerle kısmi olarak susmayı tercih ettiği muhakeme makamlarını ilgilendiren bir husus değildir. Kısmi olarak susulması durumunda, ancak şüpheli ya da sanığın susana kadar söylediklerinden sonuç çıkarılabilir. Şüpheli veya sanığın susana kadar yaptığı açıklamalar, sonradan sustuğu için onun aleyhine bir karine teşkil etmeksizin, diğer delillerle birlikte değerlendirilmelidir. Suçsuzluk karinesi ile şüpheden sanık yararlanır ilkesi de bunu gerektirir.<sup>34</sup>

AIHM, John Murray- Birleşik Krallık davasında sanığın sessiz kalmasının aleyhine kullanılıp kullanılmayacağı, sanığın sessiz kalmasının aleyhine olacağı şeklinde önceden uyarılmasının baskı sayılıp sayılmayacağı tartışılmıştır.<sup>35</sup> Mahkeme, sanığın mahkumiyetinin tek başına susmaya dayandırılmayacağına, sanık tarafından açıklaması gereken bir delilin ortaya çıkması durumunda sanığın sessiz kalmasının dikkate alınabileceğine, kararın gerekçeli olması ve üst mahkemeye denetlenmesi gibi güvencelerin varlığı halinde sanığın susmasından sonuç çıkarılabileceğine karar vermiştir.<sup>36</sup>

<sup>30</sup> Toprak, a.g.m., s. 265.

<sup>31</sup> Yarg. 4. CD., 2002/16315 E., 2002/19209 K., 25.12.2002 T. (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>32</sup> Huber, a.g.m., s. 711; Schroeder / Yenisey / Peukert, a.g.e., s. 42 vd.; Sulhi Dönmezer, *Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler*, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul, Beta Yayınevi, 1998, s. 69.

<sup>33</sup> Miebach, a.g.m., s. 242.

<sup>34</sup> İlhan Üzülmöz, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, S. 58, s. 60; Şahin, a.g.e., s. 112 vd.

<sup>35</sup> İnceoğlu, a.g.e., s. 281.

<sup>36</sup> AIHM, John Murray v. Birleşik Krallık, 28.10.1994 T., 14310/88 BN., p., 47, 54. <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57895> (E.T.: 31.08.2019).



Kısmi ya da geçici susma hallerinin şüpheli ya da sanığın suçlu olduğuna yolulması, onların ifadeleri yoluyla ele geçirilebilecek olan delillere ulaşma ihtimalini de ortadan kaldıracaktır. Nitekim kısmen susması halinde suçlu olarak kabul edileceğini düşünen sanık tamamen susmayı tercih edebilecektir. Ülkemizde, kısmi susma durumlarında, sanığın sonradan yaptığı açıklamaların doğru olmadığı düşünülerek şüpheli ya da sanık hakkında takdir hakkı olumsuz olarak kullanılmaktadır. Yargılama makamlarında böyle önyargılı biçimde tutum alınması, susma hakkının amacıyla bağdaşmayan bir durumdur. Sanığın susma hakkını kullandıktan sonraki beyanları, tarafsız ve objektif bir şekilde değerlendirilmelidir. Kanunun amacına uygun ve adil bir yargılanma yapılması takdir hakkının yalnızca bu şekilde kullanılması halinde mümkün olabilecektir.<sup>37</sup>

Son olarak belirtmek isteriz ki, sanığın susması aleyhine değerlendirilemeye de bazı durumlarda sanık, susma hakkını kullandığı için yasal indirimlerden yararlanamayabilecektir. Buna örnek olarak, etkin pişmanlık indirimi gösterilebilir. Şüpheli ya da sanığın hukuk bilgisinin genellikle çok az olduğu düşünüldüğünde, susma hakkının kullanılması bağlamında bir müdafiden yardım alması önem arz etmektedir.<sup>38</sup>

#### 4. SUSMA HAKKINA İLİŞKİN ÖZEL DURUMLAR

Bu başlık altında, sanığın kimlik bilgilerine ilişkin beyanda bulunmayı reddetmesi, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ile fizik kimliğin tespiti tedbirinin susma hakkı bağlamında nasıl değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin tartışmalara yer verilecektir. Belirtelim ki, susma hakkının sınırının ne olması gerektiği konusu, çatışan çıkarılardan hangisine üstünlük verileceği ile yakından ilgilidir. Eğer maddi gerçeğin bulunması sanığın bir muhakeme objesi olması pahasına isteniyorsa bu durumda sanığın susma hakkı rahatlıkla sınırlanabilecektir. Sanığın bir muhakeme süjesi olarak görüldüğü ve insan onuruna saygının ne pahasına olursa olsun maddi gerçeği bulmaktan üstün tutulduğu hukuk sistemlerinde ise susma hakkının kapsamı daha geniş olacaktır.<sup>39</sup>

##### A. Şüpheli/Sanığın Kimlik Bilgileri Konusunda Susması

İfade ve sorgunun tarzı başlıklı CMK m.147'ye göre, ifadesi alınan veya sorguya çekilenin kimliği<sup>40</sup> tespit edilir. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları

<sup>37</sup> Kocaoğlu, a.g.m., s. 47 vd.

<sup>38</sup> Kocaoğlu, a.g.m., s. 47 vd.

<sup>39</sup> Eser, a.g.m., s. 325.

<sup>40</sup> Hukuksal ve adli açıdan bakıldığında kimlik; kişinin adı, soyadı, anne ve baba adı, doğum yeri ve tarihi ile nüfusa kayıtlı olduğu yeri gösteren bilgi kümesini ifade etmektedir. Kaygusuz, a.g.m., s. 86.

doğru cevaplandırmak zorundadır.<sup>41</sup> Madde gerekçesinde ise susma hakkının, AİHS'nin 6. maddesinde yer alıp en temel insan haklarından birisini oluşturan suçsuzluk karinesinin tamamlayıcı unsuru olduğu; ancak susma hakkının, “*isnat edilen suç hakkında açıklamada bulunmamayı*” kapsadığı belirtilmektedir. Bu bağlamda gerekçede ifadesi alınan veya sorguya çekilenin kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmak zorunda olduğu vurgulanmaktadır. Aksi halde kişinin cezai sorumluluğu doğabilecektir. TCK m.206 ile resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunmak, 268. madde ile de başkasına ait kimlik bilgilerini kullanmak suç olarak düzenlenmiştir.<sup>42</sup> Diğer taraftan Kabahatler Kanunu m.40'a göre ise kamu görevlilerine kimlik bilgilerini vermeyenler hakkında idari para cezasına hükmedilebileceği gibi, bu kimseler kimlikleri belirlenene kadar gözaltında tutulabilecekler ve gerekli olması halinde tutuklanabileceklerdir.<sup>43</sup>

Susma hakkı beyanda bulunmama ve aleyhine olacak şekilde delil vermeyi kapsamaktadır. Şüpheli veya sanığın kimlik bilgileri konusunda beyanda bulunmaya zorlanıp zorlanmayacağına ilişkin tartışma da beyan delili noktasında ortaya çıkmaktadır. Bir görüşe göre, susma hakkı yalnız muhakemesi yapılan işi kapsar. Bu bağlamda kimliğine ilişkin noktalarda şüpheli veya sanık susma hakkı olduğunu ileri süremeyecektir. Şüpheli veya sanığın suçlama ile ilgili olmayan beyanları susma hakkı kapsamında değerlendirilemez.<sup>44</sup> Aynı yönde bir başka görüşe göre ise Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) m.4/A'da bulunan ve polislere kişileri durdurup kimlik sorma yetkisi veren düzenleme karşısında, şüpheli/sanığın kimlik bilgilerinin de susma hakkı kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.<sup>45</sup>

<sup>41</sup> Ahmet Gökçen / Murat Balcı / M. Emin Alşahin / Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 240, 268; Kaygusuz, a.g.m., s. 91; Özbek / Doğan / Bacaksız / Tepe, a.g.e. s. 217; Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, a.g.e., s. 243; Tosun, a.g.e., s. 753; Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Asil Yayınevi, 2006, s. 106; Toroslu / Fezyioğlu, a.g.e., s. 136.

<sup>42</sup> Özbek / Doğan / Bacaksız / Tepe, a.g.e., s. 217; Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, a.g.e., s. 243.

<sup>43</sup> Cüneyt Altıparmak, “Kimliğini Bildirmeme Kabahati”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2008, S. 23, s. 104. Yazar ayrıca, bu kabahat için tutuklama yapılmasının CMK m.100'deki koşullara tabi olmadığını, burada tutuklamaktan amaçlananın faili belli bir yönde hareket etmeye zorlamak olduğunu da belirtmektedir.

<sup>44</sup> Ali Ersin, “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2011, C. 6, S. 16; Erol Cihan, “50. Yılında Ceza Muhakemesi Sujesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, C. 50 S. 1-4, s. 145; Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Muhakeme), 2. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2016, s. 207; İzzet Özgenç, “Suç Zanlısının Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1995, C. 19, S. 1-2, s. 136-138; Rasih Feridun Sencer, “Adil Yargılanma Hakkı”, *İzmir Barosu Dergisi*, 2013, C. 78, S. 2, s. 144; Toroslu / Fezyioğlu, a.g.e., s. 136; Ziyaettin Kaygusuz, “Kimlik Sorma ve Kimlik Tespiti”, *Polis Bilimleri Dergisi*, 2008, C. 10 S. 1, s. 91.

<sup>45</sup> Nuran Haydar, *Susma Hakkı*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 89.

Aksi görüşe göre ise şüpheli/sanık hiçbir soruya cevap vermeye mecbur tutulmamalı; kendisini savunmak maksadıyla kimliğini gizli tutabilmelidir. Şüpheli/sanığın kimliğinin bilinmesi, yargılama makamlarınca onun cezalandırılmasını ya da cezasının artırılmasını gerektiren unsurların bulunmasını sağlamış olacaktır.<sup>46</sup> Şüpheli/sanığın kimliğini kendi ifadesiyle belirleyen soruşturma ya da kovuşturma organı, elindeki bilgilerle özgeçmiş araştırmasına girişebilecek ve yapılan araştırmalar sonucu sanığın aleyhine, sanığı daha zor durumda bırakacak verilere ulaşabilecektir. Şüpheli/sanığın kimliğine ilişkin bilgilerin esası ilgilendirmedigi her durumda söylenemeyecektir. Bu nedenlerle, şüpheli ya da sanığı kimlik bilgileri konusunda konuşmaya zorlamak susma hakkının amacıyla bağdaşmaz.<sup>47</sup>

Öğretide bir görüş; şüpheli/sanığın kimliğine ilişkin sorular ile akrabalık ilişkileri, çocukluk ve gençlik döneminin ne şekilde geçtiği gibi kişisel ilişkilerine ilişkin açıklamaları arasında ayırım yapılması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, kişinin kimliğine ilişkin soruları doğru cevaplama katlanma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilir; ancak kişisel ilişkilerine ve özgeçmişine ilişkin açıklama yapmak zorunda bırakılması, kendi aleyhine delil vermeye zorlanmama hakkına aykırılık oluşturacaktır. Bu durumda örneğin, kişinin yakın çevresine ulaşılması ve bu sayede suçla ilgili delil elde edilmesi fevkalade kolaylaşacaktır.<sup>48</sup>

Benzer görüşe göre, kimliğini bildirmek kendini suçlamak anlamına gelebilecekse bu halde susma hakkına öncelik tanınmalıdır. Buna göre, kimliğe ilişkin beyanda bulunmasının esasa ilişkin bilgi vermek ve kendini suçlamak neticesini doğuracağı durumlar bakımından, kanunen öngörölmüş olan zorunluluğa istisna getirilmelidir. Bunun gibi bir durumlarda şüpheli veya sanık kimliğini beyana mecbur bırakılmamalıdır.<sup>49</sup> Kimlik bilgileri konusunda beyanda bulunmayan sanık bakımından ise fizik kimliğinin tespiti işlemi yapılabilir.<sup>50</sup>

AİHM de kimlik bilgilerinin verilmesine dair bir zorlama olsa dahi, trafik düzeninin ihlali hallerinde sürücülerin idare hukukundan doğan birtakım yükümlülüklerinin olduğu değerlendirmesini yaparak, polise kimliğini bildirme-

<sup>46</sup> Kunter / Yenisey, a.g.e., s. 418; Eser, a.g.m., s. 325.

<sup>47</sup> Joseph R. Ashby, "Declining to State a Name in Consideration of the Fifth Amendment's Self-Incrimination Clause and Law Enforcement Databases After Hiibel", *Michigan Law Review*, 2006, S. 104, s. 784; Toprak, a.g.m., s. 263.

<sup>48</sup> İnci, a.g.m., s. 134.

<sup>49</sup> Demirbaş, a.g.e., s. 131; Şahin, a.g.e., s. 106-108.

<sup>50</sup> Ömer Ömeroğlu, "Ceza Muhakemesinde Şüpheli ve Sanığın Fizik Kimlik Tespiti", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2014, S. 115, s. 71 vd.

yen ya da yanlış bildirimde bulunan kişilerin cezalandırılmasını susma hakkına aykırı görmemiştir.<sup>51</sup>

Kanaatimizce, şüpheli veya sanık kimliğine ilişkin dahi olsa hiçbir soruya cevap vermek zorunda bırakılmamalıdır. Kimliğin tespiti; özgeçmiş, sabıka durumu, suça tanık olanların tespiti gibi şüpheli/sanığın aleyhine olarak pek çok hususun ortaya çıkarılmasına hizmet edecektir. Ayrıca kimliği konusunda konuşmayan şüpheli hakkında iddianame düzenlenmesi de mümkündür.<sup>52</sup> İddianame düzenlenebilmesi bakımından şüphelinin birey olarak belli olması yeterlidir. Kişinin susma ve kendi kendisini suçlamama hakkı karşısında aksini kabul mümkün değildir.

## B. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, suçu aydınlatmak ve delil elde etmek amacıyla başvurulmuş bir koruma tedbiridir.<sup>53</sup> Hâkimin, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet Savcısının kararıyla şüpheli, sanık yahut diğer kişilerin muayene edilmesi ya da vücutundan örnek alınması mümkündür. Söz konusu koruma tedbiri, şüpheli ve sanık bakımından da mağdur bakımından da uygulama alanı bulabilir.<sup>54</sup> Bu başlık altında sanığın rızasına

<sup>51</sup> AlHM, O'Halloran and Francis v. Birleşik Krallık, 29.06.2007 T., 15809/02-25624/02 BN., p., 62, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-116467> (E.T.: 31.08.2019); AlHM, Luckhof ve Spanner v. Avusturya, 10.01.2008 T., 58452/00-61920/00 BN., p., 57-58, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-84317> (E.T.: 31.08.2019).

<sup>52</sup> Centel / Zafer, a.g.e., s. 530. Yazarlara göre, failin kim olduğu biliniyorsa geçici bir kimlikle iddianame düzenlenmesi mümkündür. Ancak CMK'nın 170/3. madde düzenlemesinde iddianamede yer alan unsurlar arasında şüphelinin kimliğine de yer verilmiştir. Bu yüzden uygulamada şüphelinin kimliğinin tereddüde neden olmayacak bir biçimde tespit edilmesi gerektiği, aksi durumda dava açılmayacağı kabul edilmektedir. Yarg. 7. CD., 2007/4866 E., 2007/11717 K., 26.12.2007 T. (Kazancı İçtihat Bankası). Öğretide de bu yönde görüşler bulunmaktadır. Bkz. Kaygusuz, a.g.m., s. 92; Ömeroğlu, a.g.m., s. 71.

<sup>53</sup> Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması CMK'nın 75 vd. maddelerinde, birinci kitabın "tanıklık, bilirkişi incelemesi ve keşif" başlığını taşıyan üçüncü kısmında "gözlem altına alınma, muayene, keşif ve otopsi" başlıklı üçüncü bölümde düzenlenmiştir. CMK'da düzenlendiği yer nedeniyle beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işleminin hukuki niteliği konusunda öğretide değişik görüşler ileri sürülmüştür. Ağırlıklı olarak beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının karma nitelikli bir kurum olduğu savunulmaktadır. Görüşlere ilişkin ayrıca bkz. Pervin Aksoy İpekçiöğlü, "Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu" (Örnek Alma), *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, C. 19, S. 2., s. 116 4 vd.; Gedik, Doğan / Topaloğlu, Mahir, *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphelinin Sanık Lehine Yorumlanması*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 170. Kanaatimizce, kişinin vücut bütünlüğüne ağır bir müdahale teşkil ettiğinden ve delillerin kaybolmasını önlemek amacı güttüğünden beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması bir koruma tedbiri niteliğindedir. Ancak bu işlemin bir tabip ya da sağlık mesleği mensubu tarafından yapılmasının ve elde edilen örneklerin ise bilirkişi tarafından incelenmesinin bir zorunluluk olması nedeniyle bilirkişi incelemesi niteliği de bulunmaktadır. Aynı yönde Aydın AYGÜN, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2016, S. 8, s. 53.

<sup>54</sup> Öğretide yerinde olarak; beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının iki farklı işlem olduğu belirtilmektedir. Buna göre; beden muayenesinde amaç, delil elde edilmesidir. Vücuttan örnek alınması ile amaçlanan ise daha önce elde edilmiş olan delillerin şüpheli, sanık ya da diğer kişi-

aykırı olarak muayene edilmesi ve vücudundan örnek alınmasının susma hakkına aykırı olup olmadığı tartışılacaktır. Acaba susma hakkını kullanan sanık, bedeninin muayene edilmesine yahut vücudundan örnek alınmasına katlanmak zorunda mıdır?

Beden muayenesi<sup>55</sup> ve vücuttan örnek alınması işlemleri, bireyin vücut bütünlüğüne müdahale teşkil eden işlemlerdir. Suç izlerine ulaşmak ve eldeki de-

lerden alınan örneklerle karşılaştırılmasıdır. Bkz. Centel / Zafer, a.g.e., s. 312; Donay, a.g.e., s. 141; Özbek / Doğan / Bacaksız / Tepe, a.g.e., s. 449; Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, a.g.e., s. 530; *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2008, s. 639.

<sup>55</sup> Belirtmek gerekir ki, beden muayenesi tedbiri; dış beden muayenesi ve iç beden muayenesi bakımından farklı koşullara tabii tutulmuştur. Kanun koyucu CMK m.75 ile iç beden muayenesinin koşullarını belirlemiş; dış beden muayenesi bakımından ise gerçekleşmesi gereken koşullar ve koruma tedbirine karar vermeye yetkili makam bakımından bir düzenleme getirilmemiştir. Madde gerekçesinde ise dış beden muayenesinin ayrıca düzenlenmediği, soruşturma ve kovuşturma makamlarının herhangi bir karar alınmasına gerek olmaksızın bu işlemi kendilerinin yapabileceği belirtilmiştir. Gerekçedeki söz konusu ifadeler nedeniyle kanun koyucunun dış beden muayenesini bir üst arama olarak kabul ettiği değerlendirilmektedir. Bkz. Ünver / Hakeri, a.g.e., s. 271; Aygün, a.g.m., s. 53. Bu bağlamda öğretide dış beden muayenesini bir arama tedbiri olarak değerlendirilmesi ve aramaya ilişkin koşulların dış beden muayenesi bakımından da kıyasen uygulanması gerektiği yönünde bir görüş savunulmaktadır. Bkz. Öztürk / Tezcan / Erdem / Sırma Gezer / Saygılar Kırıt / Alan Akcan / Özaydın / Eden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, a.g.e., s. 530. Bir başka görüşe göre; dış beden muayenesi yapılabilmesi için herhangi bir karar alınmasına gerek bulunmayıp, soruşturma ve kovuşturma organları söz konusu işlemi yapabilirler. Bkz. Cumhuriyet Şahin / Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II*, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2015, s. 58; Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakar, a.g.e., s. 343. İç beden muayenesinin dış beden muayenesine arama tedbirinden daha çok benzediği ve vücut bütünlüğüne müdahale teşkil edecek nitelikte bir işlem olduğundan, iç beden muayenesine ilişkin koşul ve kuralların dış beden muayenesi bakımından kıyasen uygulanması gerektiği de savunulmaktadır. Bkz. Gizem, Dursun, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 19, Özel Sayı, s. 2964. Son olarak bir başka görüşe göre; dış beden muayenesinin kişinin beden bütünlüğüne bir müdahale teşkil ettiği; bu tedbirin de mutlaka Kanunla düzenlenmesi gerektiği, aksi durumunun Anayasa'nın 13. maddesine aykırılık oluşturduğu da belirtilmektedir. Aygün, a.g.m., s. 54; Centel / Zafer, a.g.e., s. 317; Turhan, a.g.e., s. 289. Recep Doğan, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, S. 142, s. 129. Aynı yönde görüş belirten Ünver ve Hakeri, dış beden muayenesi bakımından iç beden muayenesine ilişkin koşul ve kuralların kıyasen uygulanmasının ise mümkün olmadığını belirtmektedir. Nitekim dış beden muayenesi kişi hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğindeki bir işlemdir ve mutlaka kanunla düzenlenmesi gerektiği gibi, kısıtlayıcı hükümler bakımından kıyas yoluna da gidilemez. Kanuni bir düzenleme bulunmaksızın dış beden muayenesi yapılması bu nedenle hukuka aykırıdır. Bkz. Ünver / Hakeri, a.g.e., s. 271; Kanaatimizce, kanun koyucunun dış beden muayenesine ilişkin kanuni bir düzenleme yapmamış olması ve 75. Maddenin gerekçesinde yer verilen ifadeler bu tedbirin arama tedbiri olarak değerlendirilmesini gerektirmez. Nitekim dış beden muayenesi ilgili yönetmelikte "Vücutun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesi ..." şeklinde tanımlanmıştır. Söz konusu işlemin kişi haklarına müdahale teşkil ettiği açıktır. Bu nedenle ilgili işlem bakımından açık bir kanuni düzenleme yapılması gerekmektedir. Halihazırda ise iç muayeneye ilişkin koşul ve kuralların kıyasen uygulanması yerinde olacaktır. Aynı yönde bkz. Öztürk, Bahri / Kazancı, Behiye Eker / Güleç, Sesim Soyer, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2013, s. 156. Alman hukukunda beden muayenesi basit vücut müdahalesi ve diğer müdahaleler şeklinde ikili bir ayrıma tabii tutulmaktadır. Ayrımın temellinde ise muayenenin vücudun yaralanmasına neden olup olmaması bulunmaktadır. Bu bağlamda olmak üzere; kan alınması, derinin altına müdahale edilmesi gibi işlemler vücuda yapılan diğer müdahaleler olarak sınıflandırılmaktadır. Vücut boşluğunda yapılan

lilleri değerlendirmek bakımından söz konusu tedbirlere başvurmak kaçınılmaz bir ihtiyaçtır.<sup>56</sup> Söz konusu tedbirler CMK'nın 75 ve 76. maddelerinde düzenlenmiştir. 75. madde şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasını; 76. madde ise diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasını düzenlemiştir. İncelenen konu bakımından, madde düzenlemeleri arasındaki önemli bir fark, 76. madde ise tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlara, onların rızası dışında müdahale edilemeyeceğinin düzenlenmiş olmasıdır. Şüpheli veya sanığa böyle bir hak tanınmamıştır. Belirtelim ki, kanun koyucunun muhakemenin merkezinde bulunan şüpheli veya sanığa aleyhine olabilecek deliller gösterme bakımından tanımadığı bu hakkı tanıklıktan çekilebilecekler tanınması bir çelişki olarak ifade edilmektedir.<sup>57</sup>

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemi için kişinin rızasının bulunmadığı durumlarda ne şekilde hareket edileceği kanunla düzenlenmiş bir husus değildir. Hareket tarzı, Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in (Muayene Yönetmeliği) 18. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "... şüpheli, sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri halinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet Başsavcılığınca gerekli önlemler alınır". Buna göre, ilgili kimsenin rızasının bulunmaması durumunda karar zorla yerine getirilecektir. Ancak Cumhuriyet Savcılığınca alınacak önlemlerin içeriği belirsizdir.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, bireyin vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahale niteliğindedir. Vücut bütünlüğüne yönelik bu müdahale ancak tıbbi zorunluluk halinde ve kanunda yazılı hallerde yapılabilir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tıbbi bir müdahale niteliğinde olduğu için kişilerin rızasının da bulunması lazımdır. Bu bakımdan şüpheli, sanık veya diğer kişilerin rıza vermemesi halinde, Cumhuriyet Başsavcılığınca gerekli önlemlerin alınacağına ilişkin düzenlemenin kanunla yapılması gerekirdi. Muayene Yönetmeliğinde bulunan söz konusu düzenlemenin bu nedenle Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varılmalıdır.<sup>58</sup> AY'nin 17/2 düzenlemesine göre, "*Tıbbi*

araştırmalar ise basit vücut muayenesi olarak kabul edilmektedir. Öğretide Türk hukukunda da iç ve dış beden muayenesi ayrımı yerine bu ayrımın benimsenmesinin daha uygun düşeceği yönünde bkz. Turhan, a.g.e., s. 290.

<sup>56</sup> Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma" (Beden Muayenesi), *Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2012, C. 70, S. 1, s. 21.

<sup>57</sup> Karakehya, Duruşma, s. 162.

<sup>58</sup> Centel / Zafer, a.g.e., s. 327; Doğan, a.g.m., s. 130; İnci, a.g.m., s. 141; İpekçioğlu, Örnek Alma, s. 1170; Mahmut Kaplan / Özgür Aydın, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 2, S. 3, s. 128; Özge Apiş, "Ceza Muhakemesi Hu-

*zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz”.*

Mevcut düzenlemeler karşısında, şüpheli/sanığın rızası olmaksızın, zorla muayene edilmesi ve vücudundan örnek alınması AY'nin 17/2 hükmüne aykırıdır. CMK ile rızası bulunmayan şüpheli/sanığın muayenesine ilişkin Yönetmelikteki benzer bir düzenlemenin yapılması durumunda susma hakkı bakımından ayrı bir değerlendirme yapılması gerekecektir. Bu halde sanığın rızasına aykırı olarak ilgili işleme zorlanması kendisi aleyhine delil verme yasağına aykırılık oluşturur mu?

Bir görüşe göre, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirlerinin zorla uygulanması sanığın susma hakkını ihlal eder niteliktedir; çünkü elde edilecek deliller şüpheli/sanığın aleyhine kullanılabilir. Oysa AY m.38/5'e göre, kimse kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya ve bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.<sup>59</sup> Bu bakış açısının muayeneyi vücut dili ile verilmiş bir ifade olarak değerlendirdiğini söylemek mümkündür.

Bir başka görüşe göre, vücuttan örnek alınması sanığın susma hakkı kapsamında değerlendirilemez. Nitekim bu hal şüpheli/sanığın katlanma yükümlülüğü kapsamında kalmaktadır. Susma hakkı şüpheli/sanığın bildiklerini aktarması ile sınırlı bir biçimde anlaşılmalıdır.<sup>60</sup> Bu bağlamda, susma hakkını kullanan sanığın rızası dışında vücudundan örnek alınması durumunda, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği de söylenemez. Nitekim bu kanunen öngörülmüş bir koruma tedbiri olup AY'nin 35. maddesine aykırılık teşkil etmemektedir.<sup>61</sup> Bu halde sanık pasif bir konumda bulunmaktadır. Şüpheli/sanıktan aktif bir katılımın istenmediği durumlarda susma hakkının ihlal edildiğinden bahsedilmeyecektir.<sup>62</sup>

kukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, C. 18, S. 1, s. 283. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 5271 sayılı CMK'dan önceki döneme ilişkin olarak 2003 yılında Türkiye'ye ilişkin verdiği Y.F. v. Türkiye kararında, bedene yapılan müdahalenin dayanağının kanun olması gerektiğine, şüphelinin gözaltındayken zorla genital muayeneye maruz kalmasının İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 8'inci maddesinin ihlali sayılması gerektiğine karar vermiştir. AİHM, Y.F. v. Türkiye, 22.07.2003 T., 24209/94 BN., p., 41-44. <http://hudoc.echr.coe.int/tur/?i=001-125619> (E.T.: 31.08.2019). Bu sebeple beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya ilişkin tüm düzenlemelerin, tüm koruma tedbirlerinde olduğu gibi kanunda açık bir şekilde düzenlenmesi ve sıkı koşullara bağlanması gerekir.

<sup>59</sup> Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2010, s. 256.

<sup>60</sup> Kunter / Yenisey, a.g.e., s. 148.

<sup>61</sup> Aygün, a.g.m., s. 67; Dursun, a.g.m., 2989; İpekçioğlu, Örnek Alma, s. 1169.

<sup>62</sup> Ersin, a.g.m., s. 200; Apış, a.g.m., s. 283. Doğan, a.g.m., 112 vd.; Kaplan / Aydın, a.g.m., s. 118 vd.; Hüseyin Ertuğrul, “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, *Gazi Üniversitesi Hukuk*

Benzer şekilde, beden muayenesinin de her koruma tedbirinde olduğu gibi potansiyel bir zorlamayı içinde barındırdığı, bu nedenle rızası bulunmayan şüpheli/sanığı; tutmak ya da bağlamanın susma hakkına aykırı olmayacağı savunulmaktadır. Ancak bu görüştekilere göre; şüpheli veya sanığa sakinleştirici iğne yapılması ancak rıza ile mümkündür.<sup>63</sup>

Bir başka görüş ise muayene ve örnek alınması durumunda esasen şüpheli veya sanığın pasif durumda bulunmadığını bu nedenle ilgili işlemin katlanma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucuna varmaktadır. Buna göre; muayene sırasında şüpheli veya sanıktan belli hareketleri yapması istenecek veya idrar tahlili istendiğinde örnek vermesi gerekecektir. Tüm bunlar ise kişinin aktif bir harekette bulunmasını gerektirmektedir. Bu nedenle de muayene ve örnek alma bakımından sanığın bir katlanma yükümlülüğü bulunduğu söylenemez. Rızasına aykırı olarak şüpheli/sanığın muayene edilmesi ve vücudundan örnek alınması bu bağlamda susma hakkına aykırılık teşkil edecektir.<sup>64</sup>

Son olarak bir başka görüş susma hakkı ile ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma amacı arasında bir denge kurmayı amaçlar. Buna göre, susma hakkının geniş yorumlanması maddi gerçeğe ulaşma amacını tehlikeye düşürür, öte yandan muayene ve örnek alınması konusunda şüpheli/sanığın iradesinin hiçbir biçimde esas alınmaması ise kendi kendini suçlamama ve susma hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması bakımından suç üstü halleri hariç olmak üzere şüpheli veya sanığın rızasının aranması gerektiği savunulmaktadır.<sup>65</sup>

AİHM, sanığın iradesinden bağımsız olarak var olan, kan, nefes, idrar, DNA örnekleri ve vücut dokularının elde edilmesini, kendini suçlamaya zorlanamama yasağının ihlali olarak görmemektedir.<sup>66</sup> Bu tür delillerin, sanıktan zorlayıcı metotlarla elde edilmesini uygun bulan<sup>67</sup> mahkeme, söz konusu zorla-

*Fakültesi Dergisi*, 2008, C. 7, S. 1-2, s. 693; Luis Greco / Christian Caracas, "Internal investigations und Selbstbelastungsfreiheit", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2015, C. 35, S. 1, s. 11 vd.; Steffen Cramer, "Strafprozessuale Verwertbarkeit ärztlicher Gutachten aus anderen Verfahren", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1996, C. 16, S. 5, s. 214; Karakehya, Muhakeme, s. 213 vd. Ayrıca yazara göre, sanığın vücudundan alınan bu tür örnekler birer delil değil delil değerlendirme aracıdır.

<sup>63</sup> Öztürk / Tezcan / Erdem / Gezer / Saygılar Kırıt / Özaydın / Alan Akcan / Erden Tütüncü / Altınok Villemin / Tok, a.g.e., s. 537.

<sup>64</sup> İnci, a.g.m., s. 140.

<sup>65</sup> Kan Aydın, a.g.m., s. 171 vd.

<sup>66</sup> AİHM, Saunders v. Birleşik Krallık, 17.12.1996 T., 19187/91 BN., p., 69, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58009> (E.T.: 31.08.2019).

<sup>67</sup> AİHM, P.G. ve J.H. v. Birleşik Krallık, 25.09.2001 T., 44787/98 BN., p., 80, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59665> (E.T.: 31.08.2019).



manın işkence yasağını düzenleyen üçüncü maddesine göre asgari ağrı eşiğini aşmaması gerektiğini de vurgulamıştır.<sup>68</sup> Beden muayenesi ve vücuttan örnek almayı özel hayata saygı hakkının düzenlendiği sekizinci madde kapsamında ele alan AİHM'ye göre, kanunla öngörüldüğü ve ölçülü uygulandığı takdirde bu tedbir hak ihlaline sebep olmayacaktır.<sup>69</sup> AİHM, suçlayıcı nitelikteki belgelerin zorla verilmesinin susma hakkının ihlali olarak değerlendirirken, zorlama yoluyla elde edilen, ancak ilgili kişinin isteğinden bağımsız olarak elde edilen diğer kanıtların kullanımının prensip olarak susma hakkını ihlal etmediğini kabul etmektedir.<sup>70</sup>

Alman hukukunda ağırlıklı görüşe göre; şüpheli/sanık bedeninin bir gözlem nesnesine dönüşmesine katlanmak zorundadır. Ancak bunun dışında ondan; soruları yanıtlaması, testlerin yapılması için iş birliği yapması ya da belli bir maddeyi yutması istenemez. Bu bağlamda Alman hukukunda ağırlıklı görüşe göre, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması bağlamında şüpheli/sanığın pasif durumda olması kendini suçlamama hakkına aykırılık teşkil etmez.<sup>71</sup>

Koruma tedbirlerine ceza muhakemesinde delillerin kaybolmasından ve ceza muhakemesi sonucunda verilecek hükmün yerine getirilemeyeceğinden endişe edilen hallerde başvurulur.<sup>72</sup> Koruma tedbirleri, henüz hüküm verilmeksizin bir temel hak ve hürriyeti sınırlar ve bu nedenle de tedbire maruz kalan taraftan bir zorlama olarak algılanır.<sup>73</sup> Koruma tedbirini uygulamada, tedbire maruz kalacak kişinin rızası aranmaz. Koruma tedbirinin muhatabı ona katlanmak yükümlülüğü altındadır. Ancak muhatabın katlanmak yükümlülüğü olmakla beraber, aktif olarak katılma yükümlülüğü bulunmamaktadır.<sup>74</sup> Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirlerini bu kapsamda değerlendirmek gerekir.

<sup>68</sup> AİHM, Jalloh v. Almanya, 11.07.2006 T., 54810/00 BN., p., 102, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-76307> (E.T.: 31.08.2019).

<sup>69</sup> AİHM, Tino Ari-Pekka Lönnberg v. Finlandiya, 05.07.2011 T., 1679/10 BN., <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-105935> (E.T.: 31.08.2019); AİHM, Schmidt v. Almanya, 05.01.2006 T., 32352/02 BN., p., 1-2, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-72120> (E.T.: 31.08.2019).

<sup>70</sup> Meyer-Ladewig, Jens / Harrendorf, Stefan / King, Stefan. EMRK Artikel 6 Recht auf ein faires Verfahren, Meyer-Ladewig, Jens / Nettesheim, Martin (Ed: Stefan von Raumer), Europäische Menschenrechtskonvention Handkommentar, 4. Auflage, Helbin Lichtenhahn Verlag, 2017, Rn. 132.

<sup>71</sup> Volk / Engländer, a.g.e., §10, Rn. 22; Cramer, a.g.m., s. 214; Beulke, a.g.e., §12, Rn., 241.

<sup>72</sup> Yenisey, a.g.e., s. 100.

<sup>73</sup> Ünver / Hakeri, a.g.e., s. 300 vd.

<sup>74</sup> Beulke, a.g.e., § 7, Rn., 127; Ertuğrul, H. (2008). Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7 (1-2), s. 697; "Şüpheli ve 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." Bkz. Şahin / Göktürk, a.g.e., s. 58.

Koruma tedbirleri, nitelikleri gereği zorlayıcıdır. Bu nedenle, şüpheli veya sanığın rızası olması koşulu aranmaz. Ancak belirtelim ki, bu durum şüpheli ve sanıktan aktif şekilde koruma tedbirinin gereğinin yerine getirilmesine katılmasının istenebileceği anlamına gelmez. Sanığın susma hakkı, muhakeme işlemlerine aktif bir biçimde katılmamasını ifade eder. Elbette bu değerlendirmeler beden muayenesi ve örnek alınması işleminin hukuka uygun olarak yerine getirildiği örnekler için geçerlidir. Koruma tedbirinin uygulanması için gerçekleşmesi gerekli koşullar bulunmaksızın şüpheli veya sanığın muayene edilmesi ve vücudundan örnek alınması halinde elde edilen deliller hukuka aykırı olacak ve ceza yargılamasında kullanılamayacaktır.<sup>75</sup>

### C. Fizik Kimliğinin Tespiti

Fizik kimliğinin tespiti, şüpheli/sanığı tanımlayan fiziksel özelliklerin kayıt altına alınması işlemidir. Söz konusu işleme maddi gerçeğe ulaşabilmek ve muhakeme faaliyeti sonucunda verilen kararların uygulanabilmesini sağlamak amacıyla başvurulduğundan koruma tedbiri niteliğindedir.<sup>76</sup> CMK m.81'e göre; şüpheli/sanığın, kimliğinin teşhisi 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. Kanuni düzenleme uyarınca fizik kimliğinin tespiti işlemi yalnızca üst sınırı iki yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından uygulama alanı bulabilir. PYSK m.5'te ise gözaltına alınanların parmak izlerinin ve fotoğraflarının polis tarafından alınacağını öngörülmüştür. Buna göre, herhangi bir koşul ve sınırlamaya tabi olmaksızın polis gözaltına alınanların parmak izini ve fotoğraflarını almak konusunda tam yetkili kılınmıştır.<sup>77</sup>

Fizik kimliğinin tespitine yönelik işlemlerin yapılmasına şüpheli/sanık rıza göstermiş olabilir. Bu konuda rızası bulunmayan şüpheli veya sanığın fizik kimliğini tespiti yönelik işlemlerin zorla yapılması durumunda ayrı bir değerlendirme yapmak gerekir. Fizik kimliğinin tespiti işlemi bakımından tartışmalı olan husus, sanığın kendisini suçlayacak nitelikte bir maddi delili vermek zorunda bırakılmasının susma hakkını ihlal edip etmeyeceğidir. Zira bu halde sanığın fiziksel özellikleri belirlenmekte ve kayıt altına alınmakta bu da suçluluğunu kanıtlamak bakımından kolaylık sağlamaktadır.

<sup>75</sup> Dursun, a.g.m., s. 2989 vd.; Ertuğrul, a.g.m., s. 694.

<sup>76</sup> Aynı yönde bkz. Gökçen / Balcı / Alşahin / Çakır, a.g.e., s. 348; Ömeroğlu, a.g.m., s. 67; Karakehya fizik kimliğinin tespitini bir soruşturma işlemi olarak nitelendirmekte ve eserinde bu başlık altında incelemektedir. Bkz. Karakehya, Muhakeme, s. 404 vd.

<sup>77</sup> İnci, a.g.m., s. 151.

Fizik kimliğin tespitine yönelik işlemin yapılması bakımından şüpheli/sanığın rızasının aranmayacağı; rızanın bulunmadığı hallerde zor kullanılabilceği Türk öğretisinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Bu görüşe göre; bu yönde kararın uygulanmasına rıza gösterilmemesi durumunda ölçülü ve orantılı bir biçimde zor kullanılabilir. Aksi durum yükümlülüklerine aykırı hareket eden bir kimsenin ödüllendirilmesi sonucunu doğuracaktır. Fizik kimliğin tespiti işleminde zor kullanılması işin doğasının da bir gereğidir.<sup>78</sup> Fizik kimliğin tespiti katlanma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>79</sup>

Fizik kimliğin tespiti işlemine başvurulabilmesi için şüpheli/sanığın rızasının gerekmediği; ancak söz konusu işlem kişi özgürlüğüne müdahale teşkil ettiğinden bu tedbire başvurulabilmesi için basit şüphenin yeterli olmaması gerektiği yönünde bir görüş de bulunmaktadır.<sup>80</sup>

Alman hukukunda da fizik kimliğin tespiti işlemleri bakımından sanığın katlanma yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir. Ağırlıklı görüşe göre fizik kimliğin tespiti tedbiri kapsamında sanığın sakallarını kesilmesi veya sakal bırakılması gibi konularda rıza aranmaz.<sup>81</sup>

Fizik kimliğin tespiti bir zorlama içerdiğinden tedbire başvurulmasında makul şüphe aranması gibi yollara başvurulabilir. Bu durumda kişilerin vücut bütünlüğüne müdahale edilmesi daha katı kurallara bağlanmış olacak ve kişilerin temel hak ve özgürlükleri bakımından daha sınırlı bir müdahale alanı bulacaktır. Şüpheli veya sanığın katlanma yükümlülüğü olduğundan bahisle hiçbir kural ve sınırlama tanınmaksızın fizik kimliğin tespiti yoluna gidilmemelidir.<sup>82</sup>

Fizik kimliğin tespitini teşhis ile karıştırmamak gerekir. Teşhis işleminde şüphelinin kendisi veya fotoğrafları suç mağduruna veya tanığa gösterilmek suretiyle şüphelinin tanınması sağlanmaktadır. Öğretide ve mahkeme kararlarında genel olarak şüphelinin teşhis işlemi sırasında pasif bir konumda bulunduğu ve bu nedenle kendisi aleyhine delil vermeye zorlanma yasağına aykırılık oluşturmadığı kabul edilmektedir. Ancak teşhis işlemi şüphelinin pasif bir konumda olduğu bir muhakeme işlemine indirgemenin doğru bir yaklaşım olmadığı, her somut olayda ayrı değerlendirme yapılması gerektiği yönünde bir

<sup>78</sup> Ersin, a.g.m., s. 203. Ömeroğlu, a.g.m., s. 87; Turhan, a.g.e., s. 304.

<sup>79</sup> Ersin, a.g.m., s. 203.

<sup>80</sup> Turhan, a.g.e., s. 304.

<sup>81</sup> Volk / Engländer, a.g.e., §10, Rn., 25.

<sup>82</sup> Fizik kimliğin tespiti bakımından şu koşulların aranması yerinde olacaktır; şüpheli/sanığın fert olarak belli olması, kimliğin belli olmaması veya kimlik konusunda tereddüde düşülmesi, suçun iki veya daha uzun süreli hapis cezasını gerektirmesi, makul bir şüphenin varlığı, ölçülülük ilkesine uyulması, insanlık onuruna uygun davranılması. Bkz. Ömeroğlu, a.g.m., s. 70-78.

görüş de bulunmaktadır. Teşhis işlemi sırasında şüphelinin bir tabelayı tutması yahut dış görünüşünün değiştirilmesi durumlarında şüpheli/sanığın aktif bir harekette bulunması gerekecektir. Bunun dışında şüpheli/sanığın, teşhis işlemine de ancak pasif yönde bir katlanma yükümlülüğü bulunmaktadır.<sup>83</sup> Bizim de katıldığımız bu görüşe göre; teşhis işlemine katılmak istemeyen bir şüpheli/sanığın zor kullanmak suretiyle bu işleme aktif bir hareketle katılmasının sağlanması da AY'nin 38/5 maddesine aykırı olacaktır.<sup>84</sup>

## 5. SONUÇ

Susma hakkı, savunma hakkının önemli bir parçası olduğu gibi adil yargılanmanın ve suçsuzluk karinesinin de bir gereğidir. Kimse, kendisi aleyhinde beyanda bulunmaya ve bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Susma hakkı, insan doğasının ve insanın kendini koruma içgüdüsünün bir yansımasıdır. Bu hak, AY'nin 38/5. maddesi ile düzenleme altına alınmıştır. Şüpheli/sanığa susma hakkının hatırlatılması zorunluluğu da CMK'nın çeşitli hükümleriyle getirilmiştir.

Susma hakkı, suç isnadı altında bulunana tanınan subjektif bir hak niteliğindedir. Şüpheli/sanık, konuşmaya yahut kendisi aleyhinde delil göstermeye zorlanamayacağı gibi, susmasından onun aleyhine bir sonuç da çıkarılamaz. Muhakeme sürecinde, şüpheli/sanık tamamen susabileceği gibi kısmen yahut geçici olarak da susabilir. Her halükârda, şüpheli/sanığın susmasından onun aleyhine sonuç çıkarılamaz; ancak suç isnadı altında bulunan kişinin bazı sorulara cevap verip bazılarına cevap vermemesi durumunda, bu göz önünde bulundurulurken soruşturma ya da kovuşturmanın genişletilmesi mümkündür. Belirtelim ki, bazı durumlarda sanığın susması onun aleyhine sonuçlar verebilecektir. Örneğin susan sanık, etkin pişmanlık hükümlerinden ya da uzlaşma hükümlerinden yararlanamayacaktır. Bu durumda susma hakkını kullanmak yönündeki kararın müdafî yardımından faydalanmak suretiyle verilmesi sanığın daha lehine olacaktır.

Şüpheli/sanığın kimlik bilgileri hakkında doğru beyanda bulunmak zorunda olup olmadığı tartışmalıdır. Kanaatimizce, şüpheli/sanık kimlik bilgilerini doğru bir biçimde vermeye zorlanamamalıdır; çünkü kimlik bilgilerinin tespiti ile cezanın ağırlaşması sonucunu doğuracak pek çok bilgiye kolaylıkla ulaşılabilecektir. Bu durum ise kişiyi kendisi aleyhine delil vermeye zorlamak anlamını taşır ve susma hakkını ihlal eder.

<sup>83</sup> İnci, a.g.m., s. 147.

<sup>84</sup> İnci, a.g.m., s. 162.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması bakımından, Yönetmelikle düzenleme yapılması Anayasa'ya aykırıdır. Şüpheli/sanığın zorlanabileceğine ilişkin düzenlemenin kanunla yapılması gerekirdi. Kanunla böyle bir düzenleme getirilmesi durumunda ise bizce muhatabın zorlanması mümkündür. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması koruma tedbiri niteliğindedir ve şüpheli veya sanığa bir katlanma yükümlülüğü yükler. Şüpheli/sanıktan, muhakeme işlemlerine aktif bir biçimde katılmaması ise istenemez. Bu bağlamda sanıktan aktif bir harekette bulunmasının istenmediği durumlarda salt vücudundan örnek alınmasının susma hakkını ihlal etmediği sonucuna ulaşılmıştır.

Fizik kimliğin tespiti bakımından da benzer değerlendirmeler yapılabilir. Şüpheli/sanığın katlanma yükümlülüğü kapsamında kalmasından hareketle hiç bir sınırlamaya bağlı kalmaksızın fizik kimliğin tespiti işlemi yapılmamalıdır. Fizik kimliğin tespiti kararı alınması için makul şüphe aranması, maddi gerçeğin bulunması ve şüpheli/sanığın susma hakkı arasında denge kurulması bakımından uygun bir çözüm olabilir.

## KAYNAKÇA

- Ahmet Gökçen / Murat Balcı / M. Emin Alşahin / Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Albin, Eser, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu (Çev: Nur Centel)”, *Yargıtay Dergisi*, 1990, C. 16, S. 3, s. 313-338.
- Ali Ersin, “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2011, C. 6, S. 16, s. 190-208.
- Anthony Gray, “Right to Silence”, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, 2013, C. 16, S. 4, s. 527-567.
- Aydın AYGÜN, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2016, S. 8, s. 49-73.
- Bahri Öztürk / Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan, Erdem / Özge Sırma Gezer / Yasemin F. Saygılar Kırıt / Esra Alan Akcan / Özdem Özaydın / Efser Erden Tütüncü / Derya Altınok Villemin / Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ed: Bahri Öztürk), 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018.
- Billur Yaltı, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Ankara, Beta Yayınevi, 2006.
- Cumhur Şahin, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 1994
- Cumhur Şahin / Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II*, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2015.
- Cüneyt Altıparmak, “Kimliğini Bildirmeme Kabahati”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2008, S. 23, s. 95-107.
- Çağrı Kan Aydın, “Adil Yargılanmanın Bir unsuru Olarak Susma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010, S. 91, s. 146-180.
- Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2010.
- Erol Cihan, “50. Yılında Ceza Muhakemesi Sujesi Olarak Sanığın Durumu ve Sorgusu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, C. 50 S. 1-4, s. 133-151.
- Faruk Erem, “Susma Hakkı”, *Yargıtay Dergisi*, 1992, C. 18, S. 3, s. 296-299.
- Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Asil Yayınevi, 2006.
- Feridun Yenisey, *Hazırlık Soruşturması ve Polis*, İstanbul, Beta Yayınevi, 1987.
- Friedrich Christian Schroeder / Feridun Yenisey / Wolfgang Peukert, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trial*, İstanbul, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi, 1999.
- Gedik, Doğan / Topaloğlu, Mahir, *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.
- Gizem Dursun, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 19, Özel Sayı, s. 2955-2996.

- Hakan Karakehya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma* (Duruşma), Ankara, Savaş Yayınevi, 2008
- Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Muhakeme), 2. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2016.
- Hartmut Schneider, "Zur strafprozessualen Verwertbarkeit des Schweigens von Beschuldigten", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2017, C. 37, S. 2, s. 73-77.
- Hüseyin Ertuğrul, "Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C. 7, S. 1-2, s. 687-699.
- İlhan Üzülmez, "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, S. 58, s. 41-72.
- İzzet Özgenç, "Suç Zanlısının Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 1995, C. 19, S. 1-2, s. 129-142.
- Jens Meyer-Ladewig / Stefan Harrendorf / Stefan King, *Europäische Menschenrechtskonvention Handkommentar*, (Ed: Stefan von Raumer), 4. Baskı, Basel, Helbin Lichtenhahn Verlag, 2017.
- Joseph R. Ashby, "Declining to State a Name in Consideration of the Fifth Amendment's Self-Incrimination Clause and Law Enforcement Databases After Hiibel", *Michigan Law Review*, 2006, S. 104, s. 780-820.
- Klaus Miebach, "Der teilschweigende Angeklagte - materiell-rechtliche und prozessuale Fragen anhand der BGH-Rechtsprechung", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2000, C. 20, S. 5, s. 234-242.
- Klaus Volk / Armin Engländer, *Grundkurs StPO*, 8. Baskı, Münih, C. H. Beck Yayınevi, 2013
- Luís Greco / Christian Caracas, "Internal investigations und Selbstbelastungsfreiheit", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2015, C. 35, S. 1, s. 7-16.
- Mahmut Kaplan / Özgür Aydın, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 2, S. 3, s. 113-133.
- Micheal Huber, "Grundwissen- Strafprozessrecht: Schweigerecht des Beschuldigten", *Juristische Schulung*, 2007, C. 47, S. 8, s. 711-712.
- Nevzat Toroslu / Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2015.
- Nuran Haydar, *Susma Hakkı*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Nur Centel / Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2018.
- Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul, Kazancı Yayınevi, 1986.

- Nurullah Kunter / Feridun Yenisey, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2002.
- Ömer Ömeroğlu, “Ceza Muhakemesinde Şüpheli ve Sanığın Fizik Kimlik Tespiti”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2014, S. 115, s. 61-102.
- Özge Apiş, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli / Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2012, C. 18, S. 1, s. 267-296.
- Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt I*, 4. Baskı, İstanbul, Acar Yayınevi, 1984.
- Öztürk, Bahri / Kazancı, Behiye Eker / Güleç, Sesim Soyer, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2013.
- Pervin Aksoy İpekçioğlu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma” (Beden Muayenesi), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2012, C. 70, S. 1, s. 19-38.
- Pervin Aksoy İpekçioğlu, “Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu” (Örnek Alma), *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, C. 19, S. 2., s. 1157-1175.
- Rasih Feridun Sencer, “Adil Yargılanma Hakkı”, *İzmir Barosu Dergisi*, 2013, C. 78, S. 2, s. 108-173.
- Recep Doğan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, S. 142, s. 93-131.
- Recep Kibar, *Türk Hukukunda Sanık Hakları*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 1997.
- Rolf Stürmer, “Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1981, C. 34, S. 33, s. 1757-1763.
- Sibel İnceoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 4. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2013.
- Sinan Kocaoğlu, “Susma Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2011, S. 1, s. 29-58.
- Steffen Cramer, “Strafprozessuale Verwertbarkeit ärztlicher Gutachten aus anderen Verfahren”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1996, C. 16, S. 5, s. 209-214.
- Sulhi Dönmezer, *Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler*, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul, Beta Yayınevi, 1998, s. 67-74.
- Süheyl Donay, *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku*, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- Timur Demirbaş, *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018.
- Turan Tufan Yüce, “Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1988, S. 1., s. 156-167.



- Ufuk Toprak, “Şüphelinin Susma Hakkının Güvenilir Kişiye Başvurulması Yöntemiyle İhlaline Alman Yargıtayı Kararları Işığında Kısa Bir Bakış”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2011, C. 2, S. 7, s. 257-286.
- Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız / İlker Tepe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Werner Beulke, *Strafprozessrecht*, 12. Baskı, Hiedelberg, C. F. Müller Yayınevi, 2012
- Yener Ünver / Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Zekiye Özen İnci, “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 7, S. 2, s. 119-168.
- Ziyaettin Kaygusuz, “Kimlik Sorma ve Kimlik Tespiti”, *Polis Bilimleri Dergisi*, 2008, C. 10 S. 1, s. 81-116.
- <https://hudoc.echr.coe.int>