

CEZA MUHAKEMESİNDE ŞÜPHELİ VEYA SANIĞIN YAKINLARININ TANIKLIKTAN ÇEKİNME HAKKI - KAPSAMI, KOŞULLARI VE SONUÇLARI HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME

Prof. Dr. Faruk TURHAN*

Öz

CMK md. 45'te şüpheli veya sanığın nişanlısına, eşine, eski eşine ve maddede belirtilen yakın hısımlarına herhangi bir neden göstermeye gerek olmadan tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır. Bizzat tanık tarafından kullanılabilen bu hakkın önemini anlayabilecek durumda olmayanların tanıklık yapması ise kanuni temsilcinin onayına bağlanmıştır. Çalışmada, çekinme hakkına sahip olanların kapsamının belirlenmesi, çekinme konusunda tanığın bilgilendirilmesi, bilgilendirme yükümlülüğünün ihlalinin sonuçları, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanların tanıklıktan çekinmesi ile ilgili ortaya çıkabilecek sorunlar, çekinme hakkının kullanılmasının sonuçları ve bu sonuçlardan biri olan önceki beyanın değerlendirilmesi yasağı ele alınmıştır. Çekinme hakkına ilişkin kanundaki düzenlemeler kaynak Alman CMK ile büyük oranda örtüştüğü için konu ile ilgili Alman hukukundaki bilimsel çalışmalar ve içtihatlar da dikkate alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Ceza Muhakemesinde Tanıklık • Tanıklıktan Çekinme Hakkı • Çekinme Hakkı Konusunda Bilgilendirme • Yakın Hısımların Tanıklıktan Çekinme Hakkı • Çekinme Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

* Prof. Dr., Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, Isparta, Türkiye | Prof. Dr., Suleyman Demirel University, Faculty of Law, Department of Criminal Law and Criminal Procedure Law, Isparta, Turkey.

✉ farukturhan@sdu.edu.tr • ORCID 0000-0002-4250-4675

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: TURHAN, Faruk, "Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Yakınlarının Tanıklıktan Çekinme Hakkı - Kapsamı, Koşulları ve Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme", *SÜHFD.*, C. 28, S. 3, 2020, s. 1383-1427.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

AN EVALUATION ABOUT CONTENTS, TERMS AND CONSEQUENCES OF RIGHT TO REFUSAL TO TESTIFY IN CRIMINAL PROCEDURE LAW

Abstract

In terms of Turkish Criminal Procedure Law no. 5271, suspect's or defendant's fiancé, husband, wife, former spouse, and the mentioned other persons have the right to refuse to be a witness without having to show any reason. A witness can use this right only in person. But a person, who may not recognize the meaning and importance of being a witness, cannot be a witness without the permission of his or her legal representative. Our study determines the content of persons who have the right to refuse to be a witness. Also in this study; using the right to refuse to be a witness, inform the witness about this right, consequences of violating the obligation of inform, problems that may arise regarding the refusal of being a witness by children, mentally ill and mentally impaired people; consequences of using this right and lastly prohibition of evaluating former statement were evaluated. Regulations about the right to refuse to be a witness are significantly similar to source German Criminal Procedure Law; because of that, the subject was examined by taking German court decisions and scientific studies into account.

Key Words

Witness in Criminal Procedure • Right of Refusal to Testify • Close Relatives' Right of Refusal to Testify • Informing About Right of Refusal to Testify • Consequences of Refuse to Be a Witness

I. Giriş

Ceza muhakemesinde kural olarak her tanık, yetkili merci tarafından çağrıldığı zaman gelmek ve beyanda bulunmak zorundadır (CMK md. 43-45, 60).¹ Ancak CMK md. 45 ve devamındaki düzenlemelerle beyanda bulunma zorunluluğuna birtakım istisnalar getirilmiştir. Kanun koyucu bazı hallerde tanığa, tanıklıktan çekinme hakkı, yani beyanda bulunmama hakkı tanımış, bazı hallerde ise tanıklıktan çekinme zorunluluğu getirmiştir. Bunlar bazen yakın hısımlıktan, bazen meslek sırrından, bazen de tanığın kendisini ve yakınlarını koruma amacından kaynaklanmaktadır. Tanıklıktan çekinme hakkı olan kişilerin yeminden de çekinme hakları vardır (md. 51).

¹ Bkz. ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Bası, Ankara 2019, s. 258; ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, 10. Bası, Ankara 2020, s. 39.

CMK'daki tanıklıktan çekinme hakkına ilişkin düzenlemeleri, sınırsız tanıklıktan çekinme hakkına, meslek sırrı nedeniyle sınırlı olarak tanıklıktan çekinme mecburiyetine² ve ceza kovuşturmasına uğratabilecek sorulara cevap vermekten çekinme hakkına ilişkin olmak üzere üç grup altında toplamak mümkündür. Devlet sırrı niteliğindeki bilgilerle ilgili kural olarak tanıklıktan çekinme hakkı kabul edilmemiş, ancak bu konudaki tanıklık belli koşullara ve usule tabi tutulmuştur. Kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle öğrendikleri ve gizli kalması gereken bilgiler hakkında - bu bilgiler devlet sırrı teşkil etmediği takdirde - tanıklık yapmaları CMK'da düzenlenmemiştir.

Sınırsız olarak tanıklıktan çekinme hakkı CMK md. 45'te şüpheli veya sanığın nişanlısına, eşine, eski eşine ve maddede belirtilen yakın hısımlarına tanınmıştır. Bu hakkın kullanılmasında herhangi bir neden gösterilmesi gerekli değildir. Bu hak, bizzat tanık tarafından kullanılabilen kişiye bağlı bir hak olarak düzenlenmiştir. Ancak çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanların tanıklık yapması kanuni temsilcinin onayına bağlanmıştır. Kanuni temsilci şüpheli veya sanık olması halinde çekinme hakkı konusunda karar veremeyecektir. Bu durumda çekinme hakkı konusunda kimin karar vereceği konusunda düzenlenmiş olup, konu tartışmalıdır.

Tanık, çekinme hakkını kullanmaktan feragat edebilir; ancak bu feragatini geri alarak çekinme hakkını kullanabilir. Bu durumda tanığın

² Sağlık mesleği mensuplarının tanıklıktan çekinme mecburiyeti konusunda bkz. ÖZGENÇ, İzzet, "Sağlık Hizmeti Bağlamında Sır Saklama Yükümlülüğü ve Kapsamı", *SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, Eylül-Ekim-Kasım 2007, Sayı: 4, s. 98 vd.; ÖZGENÇ, İzzet, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğünün Kapsamı ve Sınırları", *SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, Aralık-Ocak-Şubat 2007 - 2008, Sayı: 5, s. 86 vd. (<http://www.sdplatform.com/Dergi/169/Saglik-meslegi-mensuplarinin-sucu-bildirme-yukumlulugunun-kapsam-ve-sinirlari.aspx>) (Erişim tarihi: 06.07.2020). Belirtelim ki, bütün bu durumlarda, başta tabip olmak üzere tedavide görev alan ve bu nedenle tanıklığına başvuru sağlık mesleği mensubu kişilerin Ceza Muhakemesi Kanununun aleyhe tanıklık yapmama yükümlülüğüne ilişkin hükümlerine (m. 46) istinaden tanıklık yapmaktan çekinmeleri söz konusu olacaktır. Bu bakımdan, aleyhe tanıklık yapmama yükümlülüğünün mevcut olduğu durumlarda suçu bildirme yükümlülüğünün varlığından söz edilemez. Ancak, bu durumdan TCK'nın 280. maddesi hükümleriyle CMK'nın aleyhe tanıklık yapmama yükümlülüğüne ilişkin 46. maddesi hükümleri arasında bir çelişkinin bulunduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Bu durum karşısında, CMK'nın 46. maddesindeki aleyhe tanıklık yapmama yükümlülüğü, TCK'nın 280. maddesindeki suçu bildirmeme suçu bakımından bir hukuka uygunluk sebebi olarak telakki edilmek gerekecektir.

önceki beyanı delil olarak kullanılamayacaktır. Çekinme hakkının duruşmadaki dinleme sırasında kullanılması halinde o ana kadar yapılan açıklamaların delil olarak kullanılıp kullanılamayacağı tartışmalıdır.

Çekinme hakkına sahip olanlara bu hakları tanıklıktan önce bildirilmesi zorunlu olup (md. 45/3), bildirme zorunluluğunun ihlali hükmün bozulması nedeni oluşturabilir.

Tanıklıktan çekinme hakkına ilişkin CMK md. 45'teki düzenleme CMUK md. 47'den alınmış olmakla birlikte CMK md. 45'te iki önemli yenilik yer almaktadır. Bunlardan birincisi, şüpheli veya sanıkla arasında evlatlık bağı bulunanlara da tanıklıktan çekinme hakkı verilmiş olmasıdır. İkincisi ise, tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanların kanuni temsilcilerinin rızalarıyla ancak tanık olarak dinlenebileceklerine ilişkin hükümdür. CMUK md. 47'deki bu eksiklikler CMK md. 45'de giderilmiştir. Ancak velayetin anne ve baba tarafından birlikte kullanıyor olması ve bunlardan birinin şüpheli veya sanık olması halinde diğerinin çekinme konusunda karar verip veremeyeceği konusu CMK'da düzenlenmemiş olup doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Üzerinde tartışma olan bir diğer konu ise kanuni temsilcinin tanıklıktan çekinme konusunda karar verme yetkisinin olmaması halinde ayırt etme gücüne sahip olmayan tanığın çekinmesi konusunda kimin karar vereceğidir. Çünkü bu konu da CMK md. 45/2'de düzenlenmemiştir. Alman Ceza Muhakemesindeki görüşler de dikkate alınarak çalışmada bu sorunlar üzerinde durulacaktır.

Şüpheli veya sanığın yakınlarına tanıklıktan çekinme hakkı kaynak Alman CMK § 52'de düzenlenmiş olup, zaman içinde bu hakkın kapsam ve koşullarında önemli bazı değişiklikler yapılmıştır. CMK md. 45 düzenlemesi önemli oranda kaynak Alman CMK ile aynıdır. CMK md. 45'in kapsam ve koşullarının belirlenmesinde Alman doktrin ve uygulamasının dikkate alınması konunun anlaşılmasında yararlı olacaktır. Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinme hakkının kapsamı, koşulları ve çekinmenin sonuçları hakkında Türk hukukundaki bilimsel çalışmalar da yeterli düzeyde değildir. Konu ile ilgili Yargıtay kararlarının da yeterli sayı ve çeşitlilikte olduğunu söylemek mümkün değildir. Konu ile ilgili ulaşabildiğimiz Yargıtay ve bölge adliye mahkemesi kararları sınırlı sayıda olup, bunların da çoğunluğu çekinme hakkının bildirilmemesi ile ilgilidir. Tanıkların çekinme hakkına ilişkin Alman ceza muhakemesi hukukunda ise oldukça fazla çalışma ve yüksek mahkeme

kararları bulunmaktadır.³ Bu nedenle konunun incelenmesinde Alman kaynakları da dikkate alınmıştır.⁴

II. Şüpheli veya Sanığın Yakınlarına Tanıklıktan Çekinme Hakkı Verilmesinin Gerekçesi

CMK md. 45/1'de, "Aşağıdaki kişiler tanıklıktan çekinebilir" denilerek, şüpheli veya sanığın yakınlarının tanıklıktan çekinebileceği belirtilmiştir. Her ne kadar madde başlığında sadece "tanıklıktan çekinme" ifadesine yer verilmişse de md. 45/1'in ifadesi tanıklıktan çekinme konusunda sübjektif bir hakka işaret etmektedir. Alman CMK § 52'nin madde başlığı ise "sanığın yakınlarının tanıklıktan çekinme hakkı" adını taşımakta⁵ ve maddenin 1. paragrafı da, "Aşağıdaki kişiler tanıklıktan çekinme hakkına sahiptir" ifadesini içermektedir.⁶ CMK md. 45'in madde başlığının da kaynak Alman CMK'da olduğu gibi tanıklıktan çekinme hakkı şeklinde olması yerinde olurdu. Ancak mevcut düzenlemeyi de tanıklıktan çekinme konusunda tanığa sübjektif bir hak verdiği ve tanığın bu hakkı konusunda bilgilendirilme yükümlülüğü getirildiği şekilde anlamak gerekir. Çekinme hakkı konusunda bilgilendirme yükümlülüğü aşağıda ele alınacaktır.

Şüpheli veya sanığın nişanlısı, eşi, eski eşi ve kanunda belirtilen yakın hısımlarına herhangi bir neden göstermeksizin tanıklıktan çekinme hakkı verilmesine ilişkin düzenlemenin gerekçesi ile ilgili olarak bir takım görüşler ileri sürülmüştür. Alman yüksek mahkeme kararlarına göre çekinme hakkına ilişkin kanundaki düzenleme ile şüpheli veya sanığın yakını olarak ya suçlayıcı beyanda bulunmak ya da yalan söylemek zorunda kalabilecek olan tanığın özel durumu dikkate alınmaktadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesine göre, yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlamak tanığın kişilik hakları ile bağdaşmayacağı için hiç kimse bir yakınınun cezalandırılmasına aktif katkıda bu-

³ Alman CMK § 52 ile ilgili mahkeme kararlarının (1.175 karar) listesine ulaşmak için bkz: <https://dejure.org/dienste/lex/StPO/52/1.html> (erişim tarihi: 11.08.2020).

⁴ Ancak Alman CMK § 52 ile ilgili çok sayıda Alman yüksek mahkeme kararları, serhler, makale ve karar kritiklerinden çok azına bu çalışmada atıfta bulunma imkanı olduğunu belirtmemiz gerekiyor. Atıfta bulunulan bazı yayınların da çoğunluk görüşünü yansıtmamış olabileceğini ifade etmek gerekir.

⁵ "Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen des Beschuldigten". Alman CMK'ya paragraf (madde) başlıkları ilk olarak 17.07.2015 tarihli Kanun değişikliği ile eklenmiştir. Bkz. BGBl 2015 I 1332, Artikel 1 Nr. 13.

⁶ Alman CMK'nın Türkçe çevrisi için bkz. YENİSEY, Feridun/OKTAR, Salih, **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu/Strafprozessordnung (StPO)**, İstanbul 2015.

lunmaya zorlanmamalıdır. Mahkemeye göre aynı husus, tanığın kendisini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanmaması için de geçerlidir. Çekinme hakkına ilişkin kanundaki düzenleme uyarınca ceza kovuşturmasının mümkün olduğunca engellenmeden gerçekleştirilmesi ve suçların aydınlatılmasındaki kamusal yarar, tanığın kanunda belirtilen derecedeki bir yakına karşı tanıklık yapmaktan dolayı maruz kalacağı kişisel sıkıntı karşısında geri planda kalmalıdır.⁷ Federal Anayasa Mahkemesine göre § 52'deki çekinme hakkı Alman Anayasasının 2. maddesinin 1. fıkrasındaki genel kişilik hakları güvencesine dayanmaktadır.⁸ Federal Yüksek Mahkemeye göre de Alman CMK § 52'deki tanıklıktan çekinme hakkının amacı, bir taraftan gerçeği söylemekle yükümlü olan diğer taraftan da beyanı ile bir yakınına zarar vermek korku ve endişesi içinde olan tanığı zor durumda kalmaktan kurtarmaktır/korumaktır.⁹ Bu düzenleme ile ya yakını olan sanığı suçlayıcı beyanda bulunmak ya da gerçeği söylemek durumunda olan tanığın içinde bulunduğu zor durum dikkate alınmaktadır.¹⁰ Tanığın yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanması sonucunda içine düşeceği zor durumun, suçların aydınlatılmasındaki kamusal yarardan daha ağır basacağını düşünen kanun koyucu tanıklara çekinme hakkı vermiştir.¹¹ Çekinme hakkı tanınmasının gerekçesi hakkında farklı görüşler olsa da Federal Yüksek Mahkeme

⁷ Bkz. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin 25.03.2003 tarih ve 2 BvR 1337/03 sayılı kararı, Kn. 5 (https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entschei-dungen/DE/2003/09/rk20030925_2bvr133703.html); ayrıca bkz. Alman Federal Yüksek Mahkemesinin (Bundesgerichtshof; bu çalışmanın dipnotların BGH olarak atıfta bulunulmuştur) 08.05. 1952 tarih ve- 3 StR 1199/51 sayılı kararı (karar metni için bkz. NJW 1952, 755).

⁸ Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı, Kn. 4; aynı yönde ROGAL, Klaus, in: **Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Cilt I, 4.** Bası 2013, StPO § 52 Kn. 8 (Atıf: SK-StPO/ROGALL, StPO §).

⁹ BGH, 01.08.2018 – 1 BGs 324/18 = NStZ-RR 2018, 319. Federal Yüksek Mahkemenin bu yöndeki önceki içtihadı için bkz. BGH, 08. 05. 1952 - 3 StR 1199/51 = NJW 1952, 755.

¹⁰ BGH, 08. 02. 1966 - 5 StR 513/65: <https://research.wolterskluwer-online.de/document/8dea8d2b-606f-4278-8974-66b9c6716966> (Erişim tarihi: 15.08.2020).

¹¹ Bu kişilere tanıklıktan çekinme hakkı verilmesinin nedenleri hakkındaki görüşler ve tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SK-StPO/ROGAL, Cilt I, StPO § 52 Kn. 8 vd.

ve Federal Anayasa Mahkemesinin görüşleri doktrinde genel itibariyle kabul görmektedir.¹²

Yakınları hakkında tanıklıktan çekinme hakkına ilişkin CMK md. 45'in düzenlemenin amacı hakkında Türk hukukunda da Alman hukukuna benzer görüşler ileri sürülmüştür.¹³ Kanaatimce yakın hısımlara tanıklıktan çekinme hakkı verilmesinin amacı, Alman yüksek mahkemelerinin isabetli olarak belirtildiği üzere, gerçeğe uygun beyanda bulunduğu takdirde yakını olan şüpheli veya sanığa zarar vereceği endişesinden tanığı korumaktır. Yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlamak tanığın kişilik hakları ile bağdaşmaz. Çekinme hakkı verilmesinin diğer bir nedeni de suçlayıcı beyanlarla aile barışının bozulmasını önlemektir. Tanık, bilinçli olarak bir yakını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanmamalıdır.¹⁴ Ceza muhakemesinde gerçeğin aydınlatılması yükümlülüğünün de sınırları vardır. Bu sınırlardan birisi de tanığın ko-

¹² BADER, Markus, in: **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, Rolf Hannig (Hrsg.)** 8. Bası 2019, StPO § 52 Kn. 1; Bkz. MEYER-GOSSNER, Lutz, **Strafprozessordnung StPO, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen**, 56. Bası, 2013, StPO § 52 Kn. 1; PERCIC, Marcus, in: **Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Cilt 1, §§ 1-150 StPO**, Hans Kudlich (Hrsg.) 1. Bası 2014, StPO §) 52 Kn. 1; ; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 8.

¹³ Bkz. ÖNDER, Ayhan, "Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Şahitlikten Çekinme Hakkı", İHFEM, Cilt XXIX, Sayı 3, s. 885 vd.; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Bası, Ankara 2019, s. 612; Yazarlara göre, "sayılan kişilere tanıklıktan çekinme hakkı tanımak suretiyle insan doğasına aykırı olarak kişileri tanıklığa zorlamak, diğer bir deyimle yalan beyanda bulunmak ile yakını aleyhinde beyanda bulunmak arasında tercih yapmak zorunda bırakmamak; aile içinde karşılıklı güven ilişkisini zedelememek istemektedir." ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ERDEN TÜTÜNCÜ, Esfer/ALTINOK VILLEMIN, Derya/TOK, Mehmet Can, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Bası, Ankara 2019, s. 301; Yazarlara göre, "CMK md. 45, insan doğasına aykırı biçimde kişileri tanıklığa zorlamamak ve aile içi karşılıklı güven ilişkisini bozmamak düşüncesiyle şüpheli veya sanığın yakınlarına tanıklıktan çekinme hakkı tanımıştır." ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 51; Yazarlara göre, "Kanun, aile ve akrabalık ilişkilerinin devamındaki yarar ile gerçeğin ortaya çıkmasındaki yarar arasında, birincisi lehine tercihte bulunmuştur." YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Bası, Ankara 2019, s. 512; Yazarlara göre, "Kanun, maddi gerçeğin araştırılması menfaati ile aile birliğinin korunması menfaatini tartarak, aile birliği lehine bir düzenleme yapmış, yalan söylemeleri ihtimalinin kuvvetli olduğunu düşünerek, bunu önlemek için" "tanıklıktan çekinme yetkisi tanımıştır." Ayrıca bkz. FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara 1996, s. 197.

¹⁴ BGH, 5. 1. 1968 - 4 StR 425/67 = NJW 1968, 559.

runmasıdır. Ayrıca belirtilen kişileri tanıklığa zorlayarak elde edilecek beyanın gerçeği bulmada fazla bir değeri olmayacaktır.¹⁵ Tanıklıktan çekinme hakkı olan tanığın bu hakkından feragat edip tanıklık yapması halinde artık doğru beyanda bulunma yükümlülüğü vardır.¹⁶

II. Çekinme Hakkı Tanınan Şüpheli veya Sanığın Yakınları

Tanıklıktan çekinme hakkı tanınan şüpheli veya sanığın yakınları CMK md. 45/1'de sınırlı bir şekilde sayılmış olup, bunların dışındaki yakınların tanıklıktan çekinme hakkı bulunmamaktadır.¹⁷ Bu nedenle şüpheli veya sanığın, evli olmadan uzun süredir birlikte yaşadığı kişinin, vasisinin, vesayeti altındaki kişinin veya koruyucu aile bireylerinin tanıklıktan çekinme hakkı yoktur. Md. 45/1'de sayılan kişiler şunlardır:

1. Şüpheli veya Sanığın Nişanlısı

Md. 45/1-a'ya göre, şüpheli veya sanığın nişanlısı tanıklıktan çekinme hakkına sahiptir. Çekinme hakkının varlığı için tanıklık konusu fiilin gerçekleştiği sırada nişanlılığın bulunması gerekmez. Ancak çekinme hakkının kullanılabilmesi için tanıklık yapılacağı sırada nişanlılığın halen mevcut olması gerekir.¹⁸ Bu nedenle evlilikten farklı olarak tanıklığın konusunu oluşturan olayın meydana geldiği sırasında mevcut olan nişanlılık tanıklık yapılacağı sırada sona ermişse, tanıklıktan çekinme hakkı söz konusu olmayacaktır.¹⁹ Tanıklıktan çekinme hakkı açısından nişanlanmadan ne anlaşılması gerektiği ve geçerlilik şartları konusunda CMK'da herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Nişanlanmaya dayanan tanıklıktan çekinme hakkı kötüye kullanılabilir. Özellikle fuhuş suçlarında en önemli tanığın duruşma aşamasında birden sanığın nişanlısı olduğunu beyan ettiği görülmektedir.²⁰ Bu nedenle geçerli bir nişanlılığın koşulları bakımından Medeni Kanun (MK)

¹⁵ ROXIN, Klaus/SCHÜNEMANN, Bernd, *Strafverfahrensrecht*, 27. Bası, Münih 2012, § 26, Kn. 14, s. 203; YURTCAN, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 19. Bası, İstanbul 2019, s. 322.

¹⁶ GÖKTÜRK, Neslihan, "Yalan Tanıklık Suçu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, Yıl. 2016, Sayı: 1, s. 361.

¹⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 615.

¹⁸ MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 4; ÖNDER, s. 893; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 613.

¹⁹ SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 21.

²⁰ KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, 8. Bası, 2010, s. 497, Kn. 813; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 513.

hükümleri dikkate alınmalıdır.²¹ MK md. 118'e göre nişanlanma, evlenme vaadi ile olur. Gerçekte evli olan bir kimse bir başkası ile evlenemeyeceği için geçerli bir nişanlanma da yapamaz; buna rağmen yapmışsa bu nişanlanma geçerli değildir.²² Böyle bir kişinin CMK açısından tanıklıktan çekinme hakkı söz konusu olmaz.²³ Nişan sözleşmesi birbiri ile evlenmek isteyen kadın ve erkeğin evlenme iradelerini açıklamaları ile meydana gelir. Türk hukuk sisteminde aynı cinsten kişilerin evlenmesi hukuken mümkün olmadığı²⁴ için bunların nişanlanması geçerli değildir; bu durumdaki bir kişinin tanıklıktan çekinme hakkı da olmayacaktır. Alman hukukunda ise eşcinsel evlilikler kabul edildiği için eşcinsel nişanlılık da tanıklıktan çekinme hakkı vermektedir. Eşcinsel evliliğin çekinme hakkına etkisi aşağıda ele alınacaktır.

Nişanlanmanın geçerliliği için MK'da herhangi bir şekil şartı öngörülmemekle birlikte tarafların karşılıklı ve ciddi olarak birbirlerine evlenme vaadinde bulunmaları gerekir. Bu nedenle nişanlanan taraflardan birisinde ciddi bir şekilde evlenme niyeti bulunmuyorsa - bu durum karşı tarafça bilinmese bile - veya taraflardan birisi daha sonra evlenme niyetinden vazgeçmişse, nişanlanma geçerli olmayacağı için ceza muhakemesi açısından tanıklıktan çekinme hakkı da söz konusu olmayacaktır.²⁵ Evlilik dolandırıcılarının evlenme vaadinde geçerli bir nişanlanma söz konusu olmadığı için bu durum tanıklıktan çekinme hakkı vermez.²⁶

2. Şüpheli veya Sanığın Eşi ve Eski Eşi

Şüpheli veya sanığın eşi veya eski eşine de tanıklıktan çekinme hakkı verilmiştir. Tanıklıktan çekinme hakkı için evliliğin kanuna göre kurulmuş olması yeterli olup, evlenmenin mutlak butlan veya nisbi butlan ile batıl olması bu açıdan önem taşımaz.²⁷ Evliliğin tanıklığa konu

²¹ Alman doktrininde ise medeni hukuka göre nişanlılığın geçerlilik şartlarının ceza muhakemesinde tanıklıktan çekinme hakkı için ölçüt olmayacağı belirtilmektedir: Bkz. SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 23.

²² Yargıtay 3. HD, 11.06.2009, E. 2009/8106, K. 2009/10088.

²³ Bu konuda Alman hukukundaki farklı görüşler ve tartışmalar için bkz. SK-StPO/ROGALL, StPO § 53 Kn. 25-26. Ayrıca bkz. CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2018, s. 274.

²⁴ MK'da aynı cinsten kişilerin evlenmelerini yasaklayan açık bir hüküm bulunmakla birlikte, birçok maddede evliliğin ancak bir kadın ile bir erkek arasında kurulabileceğine ilişkin ifadeler bulunmaktadır. Bkz. MK md. 124, 134, 136.

²⁵ SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 24; ayrıca bkz. KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 10; ÖNDER, s. 891.

²⁶ KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 10.

²⁷ MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 5; KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 14.

olan fiilden sonra gerçekleşmiş olması halinde de çekinme hakkı söz konusu olacaktır. Md. 45/1-b'de, "evlilik bağı kalmasa bile" tanıklıktan çekinme hakkı devam edeceği belirtildiği için evliliğin, boşanma veya iptal yoluyla sona ermesi çekinme hakkını sona erdirmeyecektir.²⁸ Evliliğin MK'ya göre kurulmuş olması gerektiği için evlilik dışı sürekli birlikte yaşama veya dini nikaha dayalı evlilikler tanıklıktan çekinme hakkı vermez.²⁹ Ancak taraflar birbirlerine ciddi olarak ileride evlenmeye söz vermişler ve evlenme engeli de bulunmuyorsa bu durumu nişanlılık olarak nitelendirip çekinme hakkının varlığı kabul edilebilir.³⁰ Yurt dışında yapılan evliliklerin çekinme hakkı verebilmesi için yapılan evliliğin Türk hukuku açısından tanınabilir olması gerekir.³¹

Almanya'da 1 Ekim 2017 tarihinde yürürlüğe giren "Aynı Cinsiyetten Olan Kişilerin Evlenme Haklarının Yürürlüğe Konmasına İlişkin Kanun"³² ile aynı cinsiyetten kişilere de medeni hukuk anlamında evlenme hakkı verilmiştir.³³ Bunun sonucu olarak da şüpheli veya sanığın eşcinsel eşi ve onun yakın hısımları da, farklı cinsiyetten eşlerde olduğu gibi, Alman CMK § 52 uyarınca tanıklıktan çekinme hakkına sahip olmuştur. Alman CMK § 52/I-2a'ya göre, tescil edilmiş hayat ortaklığında sanığın eşcinsel hayat otağının da tanıklıktan çekinme hakkı bulunmaktadır.³⁴

²⁸ CMUK'da olduğu gibi CMK'da da eski eşe tanıklıktan çekinme hakkı verilmiştir. Kanaatimizce, yukarıda açıklanan şüpheli veya sanığın yakınlarına çekinme hakkı verilmesinin nedeni olan gerçeğe uygun beyanda bulunduğu takdirde yakını olan şüpheli veya sanığa zarar vereceği endişesinden tanığı korumanın eski eş için geçerli olduğunu çoğu zaman söylemek zordur.

²⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 613-614; ÖZEN, Mustafa, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, 3. Bası, Ankara 2018, s. 322; ÖZTÜRK (Editör), s. 302. CENTEL /ZAFER'e göre (s. 274), uzun süreli evlilik dışı beraberlikler için de tanıklıktan çekinme hakkı kabul edilmelidir.

³⁰ ÖNDER'e göre (s. 894), "Dini nikah evlilik birliğinin teessüs etmiş olması ve şahitlikten çekinme hususunda bir hak doğurmaz ise de, bu halin, şartları varsa nişanlılık olarak kabulü mümkündür."

³¹ Alman hukuku için bkz. MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 5.

³² Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&jumpTo=bgbl117s2787.pdf#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl117s2787.pdf%27%5D_1593337333746.

³³ Alman Medeni Kanunu § 1353 fık. 1 cümle 1'in yeni düzenlemesine göre, "Evlilik, farklı cinsiyetten veya aynı cinsiyetten iki kişinin yaşam boyu için kurulur."

³⁴ 17.08.2001 tarihinde yürürlüğe giren Eşcinsel Birlikteliklere Karşı Ayrımcılığın Sona Erdirilmesine Dair Kanun ile Alman CMK § 52/I'e 2a bendi eklenerek, aynı cinsiyet-

3. Şüpheli veya Sanığın Kan veya Kayın Hısımlığından Üstsoy veya Altsoy

CMK Md. 45/1-c'ye göre, derecesine bakılmaksızın şüpheli veya sanığın üstsoy ve altsoy kan veya kayın hısımları tanıklıktan çekinme hakkına sahiptir. Hısımlık MK'da düzenlendiği için hısımlığın bulunup bulunmadığı da MK hükümlerine göre belirlenmelidir. Kan ve kayın hısımlığı MK md. 16 ve 17'de tanımlanmıştır. Evlilik dışında doğan çocuk ile babası arasındaki soybağı tanıma (MK md. 295 vd.) veya babalığa dair hakim kararı (MK md. 301 vd.) ile kurulmasından sonra doğacağı için tanıklıktan çekinme hakkı da ancak bundan sonra söz konusu olacaktır. Yine "evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır" (MK md. 285) hükmü uyarınca, babalık karinesi geçerli olduğu zaman soybağının reddi davası açılarak babalık karinesi çürütülmediği (MK md. 286 vd.) sürece, evlilik birliği içinde başka bir babadan olan çocuk ile gerçek babası arasında tanıklıktan çekinme hakkı söz konusu olmayacaktır. Evlenme ile eşlerden biri diğer eşin kan hısımları ile aynı tür ve dereceden kayın hısımları olacağı için, eşin önceki evliliğinden doğan çocuğu ile yeni eş arasında üstsoy – altsoy kayın hısımlığı meydana gelecek (MK md. 18/1) ve bu hısımlık da tanıklıktan çekinme hakkı verecektir.³⁵

4. Şüpheli veya Sanığın Üçüncü Derece Dahil Kan veya İkinci Derece Dahil Kayın Hısımları

Her ne kadar CMK md. 45/1-d'de sadece hısımlığın derecesi belirtilmişse de, aynı fıkranın c bendinde altsoy – üst soy hısımların tanıklıktan çekinme hakkı düzenlenmiş olduğu için bu bentte sadece yansoy hısımlığının kastedildiği anlaşılmaktadır. Kan bağına dayanan hısımlık,

ten kişilerin kurdukları hayat ortaklığında partnerlere tanıklıktan çekinme hakkı verilmiştir. Ancak 1 Ekim 2017 tarihinde aynı cinsiyette olanlara medeni hukuk anlamında evlilik birliği kurma hakkı tanındığı için bu tarihten sonra artık yeni hayat ortaklığı kurulması kabul edilmemiştir. Bkz. KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 14a. § 52/1-2a'ya dayanan tanıklıktan çekinme hakkı, hayat ortaklığının sona erdirilmesi veya partnerin ölmesi sonucu sona ermemektedir. Şüpheli veya sanığın kayın hısımlarında olduğu gibi, hayat ortağının hısımlarına karşı da tanıklıktan çekinme hakkı bulunmaktadır. Bkz. KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 14c.

³⁵ Ancak kayın hısımlığı, eş ile diğer eşin hısımları arasında meydana geldiği için eşlerin hısımlarının birbirine karşı tanıklıktan çekinme hakkı bulunmamaktadır. Örneğin, önceki evliliğinden çocuk sahibi olan bay A'nın yine önceki evliliğinden çocuk sahibi olan bayan B ile evlenmesi halinde A ve B'nin bu çocukları birbirleri ile hısımlık olmayacağı için tanıklıktan çekinme hakları da olmayacaktır.

evlenme ile meydana gelen kayın hısımlığına göre daha yakın bir bağ olarak görüldüğü için kan hısımlığında üçüncü dereceye, kayın hısımlığında ise ikinci dereceye kadar (bu dereceler dahil) tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır. Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmayacağı (MK md. 18/2) için, evlilik sona erse bile kayın hısımlığından doğan tanıklıktan çekinme hakkı ortadan kalkmayacaktır.

5. Şüpheli veya Sanıkla Aralarında Evlatlık Bağı Bulunanlar

MK'ya göre, evlat edinme sonucunda evlat edinen ile evlatlık arasında kanundan doğan bir üstsoy-altsoy hısımlığı meydana gelmekte (MK md. 282/2) ve bu hısımlık da CMK md. 45/1-e'ye göre tanıklıktan çekinme hakkı vermektedir. Ancak bu hısımlık kan bağına dayanmadığından, evlatlık, kendisini evlat edinmiş olan kişinin kan hısımlarıyla hısımlık olmadığı gibi evlat edinen ile evlatlığın kan hısımları arasında da herhangi bir hısımlık bağı doğmaz.³⁶ Bu nedenle, evlat edinen ile evlatlığın hısımları ve evlatlık ile evlat edinenin hısımları arasında tanıklıktan çekinme hakkı söz konusu olmayacaktır. Ancak evlatlık ile asıl ailesi arasındaki hısımlık bağı devam ettiği için (MK md. 314/5) evlatlık ile onun kan hısımları arasında tanıklıktan çekinme devam edecektir.

Alman hukukunda evlat edinilen küçükler ile evlat edinen ve onun hısımları – örneğin evlat edinenin alt soyu ile – karşılıklı olarak tanıklıktan çekinme hakkına sahiptir. Buna karşın evlatlığın reşit olması halinde tanıklıktan çekinme hakkı sadece evlatlık ile evlat edinen arasında olup, evlatlık ile evlat edinenin hısımları arasında tanıklıktan çekinme hakkı bulunmadığı belirtilmektedir.³⁷

MK'ya göre, mahkeme kararı ile kurulmuş olan bir evlatlık ilişkisi ancak md. 317 ve 318'de belirtilen sebeplerin varlığı halinde, belirli kişilerin açabileceği evlatlık ilişkisinin kaldırılması davası ile iptal edilebilir. Kanunda istisnai ve sınırlı olarak sayılmış hallerde mahkeme kararı ile evlatlık ilişkisi tüm sonuçları ile birlikte ortadan kaldırılabilir.³⁸ Evlatlık ilişkisinin ortadan kaldırılması halinde bu ilişkiden doğan sonuçlar da ileriye dönük olarak ortadan kalkacağı için bu ilişkiden kaynaklanan tanıklıktan çekinme hakkı da sona erecektir. Alman hukukunda ise evlatlık ilişkisinin kaldırılması ile evlat edinmeden doğan hısımlık

³⁶ AYDOS, Oğuz Sadık, "Yeni Medeni Kanuna Göre Evlat Edinme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 2, s. 135.

³⁷ Bkz. KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 18.

³⁸ 8. HD, 26.10.2017, E. 2017/3040, K. 2017/13934.

ilişkisi sona ermekle birlikte bunun her iki tarafın karşılıklı olarak tanıklıktan çekinme hakkına bir etkisinin olmadığı kabul edilmektedir.³⁹

Kanaatimizce evlat edinme sözleşmesi ile evlatlık ve evlat edinen arasında kan hısımlığına benzer bir hısımlık kurulduğuna göre, kan hısımlığındaki gibi evlat edinen ve evlatlığın altsoy ve üstsoyları ile eşine de tanıklıktan çekinme tanıyan bir düzenleme yerinde olurdu.

III. Çekinme Hakkının Kapsam ve Koşulları

Tanıklıktan çekinme hakkı sadece şüpheli veya sanığın kanunda sayılan yakınlarına tanınmış olup, mağdur veya katılanın yakınlarının bu haktan yararlanması söz konusu değildir. Ancak karşılıklı hakaret veya yaralama suçlarında olduğu gibi mağdurun aynı zamanda şüpheli veya sanık sıfatına sahip olması halinde bu kişinin yakını olan tanık çekinme hakkına sahip olacaktır. Suç mağdurunun tanık olarak dinlenmesi halinde yemin hariç tanıklığa ilişkin hükümler uygulanacağı için (md. 236/1), şüpheli veya sanığın yakını olan mağdurun da çekinme hakkı vardır. Bu nedenle tanık olarak dinlenecek mağdur, aynı zamanda md. 45/1’de sayılan kişilerden olması halinde çekinme hakkını kullanabilir. Mağdurun katılma talebinde bulunması ve bu talebinin kabul edilmesi halinde (md. 237 vd.) katılanın tanık olarak dinlenmesine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmediği için md. 236 hükmü katılanın tanık olarak dilenmesi halinde de uygulama alanı bulacaktır. Bunun sonucu olarak da katılan, md. 45/1’de sayılan kişilerden olması halinde yakını olan sanığa karşı çekinme hakkını kullanabilecektir.⁴⁰ Özellikle işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan çocuk veya diğer mağdurların tanık olarak beyanlarının alınmasında tekrar mağdur olmalarını önlemek açısından md. 236’da öngörülen tedbirlerin yeterli olmadığını düşünen tanıklar ve onların kanuni temsilcileri açısından çekinme hakkının kullanılması uygun bir tedbir olabilir. Sonuç olarak CMK’da suç mağduru veya katılanın çekinme hakkını kullanmasını engelleyen bir düzenleme olmadığı gibi bu hakkın kullanılması hakkın kötüye kullanılması niteliği de taşımaz.⁴¹

Alman ceza muhakemesinde suç mağdurlarının tanık olarak din-

³⁹ KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 21.

⁴⁰ Bu konudaki farklı görüş ve değerlendirmeler için bkz. MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, “Ceza Yargılamasında Katılanın Aynı Zamanda CMK 45. Maddede Öngörülen Kişilerden Biri Olması Halinde, Tanıklıktan Çekinme Hakkını Kullanıp Kullanamayacağı Sorunu”, **Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan**, İstanbul 2013, s. 206 vd.

⁴¹ Aksi yönde görüş için bkz. MAHMUTOĞLU, s. 206.

lenmesi kabul edildiği için⁴² bunların çekinme hakları konusunda bir tartışma bulunmamaktadır.⁴³ Yine katılan, tanık olarak dinlenebileceği için (Alman CMK § 397/I) çekinme hakkı da bulunmaktadır.

Tanık olarak dinleme sırasında halen mevcut veya daha önceki yakınlık ilişkisi (önceki eş için olduğu gibi) ancak çekinme hakkı verir. Ancak tanıklıktan sonra ortaya çıkan yakınlık ilişkisi de beyanın değerlendirilmesi yasağı (Alman CMK § 252 ve CMK md. 210/2) sonucu doğurabilir. Örneğin, beyanda bulunduğu zaman mevcut olmayan bir yakınlık ilişkisi daha sonra nişanlanma veya evlenme ile ortaya çıkar ve tanık, aynı davada daha sonra tekrar dinlenmesi gerektiğinde çekinme hakkını kullanırsa, çekinme hakkı olmadan yaptığı önceki beyanı artık delil olarak kullanılamayacaktır.⁴⁴ Doktrinde, bir kimsenin tanık olarak dinlendiği sırada mevcut olmayan bir yakınlık ilişkisinin daha sonra gerçekleşmesi ve tanığın beyanının önem taşıması halinde, çekinme hakkı bildirildikten sonra tanığın tekrar dinlenmesi gerektiği, aksi takdirde önceki beyanının delil olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmektedir.⁴⁵

Çekinme hakkı sadece tanıklara tanınmış olup, aynı davada birlikte yargılanan bir sanığın diğer sanıklar ile arasında kanunda belirtilen derecede bir yakınlık ilişkisi bulunsa bile çekinme hakkı yoktur. Çünkü diğer sanıklarla birlikte yargılanan bir suç ortağı daha baştan itibaren susma hakkına sahip olup beyanda bulunmak zorunda olmadığı ve gerçeği söyleme konusunda kanuni bir yükümlülük altında bulunmadığı için bir tanığın, yakınının yargılandığı bir davada beyanda bulunmaktan dolayı maruz kalabileceği zor durum sanık için söz konusu değildir.⁴⁶ Ancak CMK md. 50/1-c'nin soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraktan şüpheli veya sanık olanları yeminsiz dinlenecek tanıklar olarak kabul eden hükmü bu açıdan sorun oluşturmaktadır. Bir başka

⁴² SK-StPO/ROGALL, StPO Vor § 48 Kn. 30-32. Yazara göre (Kn. 42), mağdur tanıklar, "nitelikli" tanıklardır: "Opferzeugen sind 'qualifizierte' Zeugen".

⁴³ Duruşma sırasında çekinme hakkı konusunda bilgilendirilen mağdur tanığın çekinme hakkını kullanması halinde önceki beyanının değerlendirilmeyeceğine ilişkin bkz. BGH, 03.11.200 - 2 StR 354/00, = <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/2/00/2-354-00.pdf>

⁴⁴ KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 4; BGH, 30.07.1968 - 2 StR 136/68 = NJW 1968, 2018.

⁴⁵ Bkz. MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 10.

⁴⁶ KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 3.

çalışmamızda⁴⁷ detaylı olarak açıkladığımız üzere CMK'nın bu düzenlemesi ceza muhakemesinde tanıklık kurumuna aykırı olup, değiştirilmesi gerekmektedir. Söz konusu md. 50/1-c hükmü suç ortaklarının da tanık olarak dinlenmesini kabul ettiği için bu kişilerin de md. 45 kapsamındaki yakınları olan diğer suç ortaklarına karşı tanıklıktan çekinme hakkı olduğunu ve dinlenmeden önce bu hakları konusunda bilgilendirilmesi gerektiğini belirtmek gerekir.

Kanunda, tanığın yakını olan şüpheli veya sanığın lehine veya aleyhine sonuç doğuracağına, diğer bir ifade ile şüpheli veya sanık hakkındaki suçlamaları teyit edeceğine veya onu suçlamalardan kurtaracağına bakılmaksızın kullanılabilir kapsamlı bir tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır. Hakkın varlığı için şüpheli veya sanık ile tanık arasında kanunda belirtilen şekilde bir yakınlığın olması yeterli olup çekinmenin kullanılması için herhangi bir gerekçe gösterilmesi gerekli değildir.⁴⁸ Buna karşın md. 48'de düzenlenen sorulara cevap vermekten çekinme hakkı farklı hukuki niteliğe sahiptir. Md. 48'deki hak kural olarak belli sorulara cevap vermeme hakkı ile sınırlı olup, bu sorulara cevap vermesi tanığın kendisini veya md. 45/1'de gösterilen yakınlarını ceza kovuşturmasına⁴⁹ uğratabilecek olmalıdır. Ancak her iki hakkın aynı anda uygulanması da söz konusu olabilir.⁵⁰

Tanıklıktan çekinme hakkı, şüpheli veya sanık ile arasında kanunda belirtilen şekilde yakınlığı olan bütün tanıklara tanınmıştır. Çekinme hakkı için tanığın yakını olan şüpheli veya sanık hakkında yürütülen bir soruşturma veya kovuşturmada tanıklık yapılması söz konusu olmalıdır. Bu nedenle bir kimse kesin hükümle mahkum olduğu veya beraat ettiği takdirde sanıklığı sona ermiş olacağı için bu kişinin yakınının çekinme hakkı da sona erecektir.⁵¹

Kanunda yer alan şüpheli veya sanık kavramına (md. 45/1) sanık

⁴⁷ Bkz. TURHAN, Faruk, "Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 24, Sayı: 4, s. 365 vd.

⁴⁸ SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 16.

⁴⁹ Madde metninde yer alan "ceza kovuşturmasına uğratabilecek" ifadesini soruşturma veya kovuşturmaya uğratabilecek şekilde anlamak gerekir. Madde metni CMUK'tan aktarıldığında CMK'daki soruşturma ve kovuşturma ayrımının dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır.

⁵⁰ Her iki düzenleme arasındaki ilişki hakkında için bkz. SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 16; SK-StPO/ROGALL, StPO § 55 Kn. 14 vd.

⁵¹ SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 44.

ile birlikte suçlanan diğer şüpheli veya sanıklar da dahildir. Bu nedenle aynı suça iştirakten dolayı birden fazla şüpheli veya sanığa karşı yürütülen bir soruşturma veya kovuşturmada şüpheli veya sanıklardan birisinin yakınının tanıklıktan çekinme hakkı diğer suç ortaklarını da kapsayacaktır. Çünkü diğer suç ortakları hakkında tanıklık yapılması, tanığın yakını olan sanık aleyhine de sonuç doğurabilecektir.⁵² Ancak sanığın yakını olan tanığın, sanık ile birlikte suçlanan diğer sanıklara karşı çekinme hakkının kapsamı ve sınırları Alman hukukunda oldukça tartışmalıdır.⁵³ Kısaca belirtmek gerekirse, Federal Yüksek Mahkemenin içtihatlarına göre, tanığın kanunda belirtilen derecede yakını olan sanığın ölmesinden veya hakkındaki muhakemenin mahkumiyetle sonuçlanıp kesinleşmesinden sonra sanıkla birlikte suçlanan diğer sanığa karşı ceza kovuşturması başlatılmış olması halinde artık tanığın birlikte suçlanan diğer sanıklara karşı çekinme hakkı söz konusu olmaz.⁵⁴ Yine aynı şekilde tanığın yakını olan sanığın kesin hükümle beraat etmesi halinde de tanığın diğer sanıklara karşı çekinme hakkı sona erecektir.⁵⁵ Bir suça iştirak edenlere karşı ceza kovuşturması ayrı ayrı yürütülüyorsa tanığın yakınına karşı sahip olduğu çekinme hakkını bu sanık ile birlikte suçlanan diğer sanıkları dahil etmenin hukuki temeli yoktur ve ayrı yürütülen ceza kovuşturmasında diğer sanıklara karşı tanık çekinme hakkına sahip değildir. Tanığın yakınına karşı yürütülen ceza kovuşturması kesin hükümle sonuçlandıktan sonra diğer suç ortağına karşı ceza kovuşturması başlatılması halinde de ortak bir ceza muhakemesi bulunmadığı için tanığın bu sanık karşısında çekinme hakkı söz konusu olmayacaktır.⁵⁶

Tanıklıktan çekinme hakkı, hem soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan dinlemede, hem de kovuşturma evresinin her aşamasındaki dinlemede kullanılabilir. Alman hukukundan farklı olarak Türk doktrin ve uygulamasında adli kolluğun tanık dinleme yet-

⁵² KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 6; ROXIN/SCHÜNEMANN, § 26, s. 202, Kn. 16. Ayrıca bkz. HUBER, Matthias, in: **BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra, Jürgen Graf (Hrsg.)**, 37. Edition, Stand: 01.07.2020 StPO § 52 Kn. 13.

⁵³ Bu konuda bkz. SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 48-53. Ayrıca bkz. ÖNDER, s. 887 vd.

⁵⁴ BGH NStZ 1992, 291; BGH NStZ 1993, 500. Bu konuda ayrıca bkz. SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 48-49 vd.; ÖZTÜRK (Editör), s. 303.

⁵⁵ BGH NStZ 2012, 221; BGH NStZ 1993, 500; KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 6.

⁵⁶ Bkz KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 7 ve orada zikredilen diğer kaynaklar.

kisi kabul edilmediği⁵⁷ için kolluğun bilgisine başvurduğu şüphelinin yakını olan kişilerin, tanıklıktan çekinme hakkı olmadığını ve kolluğun bu kişileri çekinme hakkı konusunda bilgilendirme yükümlülüğü bulunmadığını belirtmek gerekir. Doktrinde yerinde olarak belirtildiği üzere, duruşmada çekinme hakkını kullanması halinde tanığın soruşturma evresindeki kolluk tarafından kaydedilen beyanı md. 210/2 uyarınca duruşmada delil olarak okunmaz ve tanığın ifadesini alan adli kolluk görevlileri de bu konuda tanık olarak dinlenemez.⁵⁸

IV. Çekinme Hakkının Kullanılması

1. Çekinme Hakkının Tanık Tarafından Bizzat Kullanılması

Tanıklıktan çekinme hakkı kişisel bir hak olduğu için bizzat hak sahibi tanık tarafından kullanılmalıdır.⁵⁹ Bu nedenle tanık dışında bir başka kişinin tanığın beyanda bulunmak istemediğini bildirmesi yeterli değildir. Tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olan küçükler, akıl hastaları veya akıl zayıflığı olanlar da kanuni temsilcinin katılımı olmaksızın çekinme konusundaki kararı bizzat vermelidirler.⁶⁰ Ancak çekinme hakkına sahip olan tanığı temsil eden avukatın duruşmada çekinme hakkının kullanılması konusunda tanık adına yaptığı açıklamanın yeterli olacağı kabul edilmektedir.⁶¹

2. Çekinme Hakkının Açıkça Beyan Edilmesi ve Gerekçe Göstermek Gerekmemesi

Tanıklıktan çekinme, tanığın usulüne göre bilgilendirilmesinden sonra, tanığı dinleyen merci karşısında açıkça ve sözlü olarak açıklanarak gerçekleştirilmelidir. Tanık çekinmeye ilişkin açıklamayı bizzat kendisi yapmalıdır. Bu nedenle üçüncü bir kişinin, tanığın çekinme hakkını kullanmak istediğini bildirmesi yeterli değildir.⁶² Çekinme hakkı, tanıklık konusunun tamamı ile ilgili olarak kullanılabilceği gibi, bir kısmı hakkında veya muhakemeye katılanların belli sorularını cevaplandırmama şeklinde de kullanılabilir.⁶³ Yine çekinme hakkının kullanılması, tanık

⁵⁷ Bu konuda bkz. TURHAN, s. 381-382.

⁵⁸ Bkz. ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 52; FEYZİOĞLU, s. 212.

⁵⁹ SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 55.

⁶⁰ BeckOK StPO/HUBER StPO § 52 Kn. 13; KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 22; MEYER-GOSSNER, StPO, 52 Kn. 14.

⁶¹ KK-StPO/BADER St PO § 52 Kn. 22; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 55.

⁶² SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 55.

⁶³ SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 56; BeckOK StPO/HUBER StPO § 52 Kn. 18; MEYER-GOSSNER, StPO, 52 Kn. 14.

olarak dinleme başlamadan önce açıklanabileceği gibi dinleme başladıktan sonra da açıklanabilir.⁶⁴

Tanık, çekinme hakkını niçin kullandığı konusunda bir sebep veya gerekçe göstermek zorunda olmadığı gibi, şüpheli veya sanığın lehine mi yoksa aleyhine mi tanıklıktan çekindiğini açıklamaması da gerekmez. Hakim de tanığa kendisini tanıklıktan çekinmeye sevk eden saiki sormaz. Beyanda bulunmaktan çekinen tanık bu davranışının saikini kendiliğinden açıklamışsa bu beyanlar tutanağa geçirilmemeli ve dikkate alınmamalıdır.⁶⁵

Mahkeme başkanı ve üyeler ile muhakemeye katılan diğer kişiler tanığın çekinme konusunda karar verme özgürlüğünü etkileyecek herhangi bir davranışta bulunamazlar. Alman CMK § 69/3'te, şüpheli veya sanığın ifadesi ve sorgusunda yasak usullere ilişkin § 136a hükmüne atıfta bulunularak, söz konusu yasak usullerin tanıkların beyanlarının alınmasında da geçerli olduğu belirtilmiştir. Bu atıfla çekinme hakkının kullanılması konusunda tanığın özgür iradesini engelleyici müdahaleler açıkça yasaklanmıştır. Bu nedenle tanığın çekinme hakkını kullanma konusundaki kararının onun özgür iradesine dayanması gerekir.⁶⁶ Tanık, sırf daha önceki beyanını hatırlayamadığı için çekinme hakkını kullanmak istediği takdirde, önceki beyanının hatırlatılarak veya okunarak beyanda bulunmaya yönlendirilmesi de tanığın özgür iradesini zedeleyeceği için hukuka aykırı olacaktır.⁶⁷

3. Tanıklıktan Çekinmenin Önemi Anlayabilecek Durumda Olmayanların Çekinme Haklarını Kullanması

CMK md. 45/2'de yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanların tanıklıktan çekinmesi ile ilgili olarak özel bir usul kabul edilmiştir. Buna göre, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanuni temsilcilerinin rızası ile tanık olarak dinlenebilir. Ka-

⁶⁴ BeckOK StPO/HUBER StPO § 52 Kn. 18; MEYER-GOSSNER, StPO, 52 Kn. 14.

⁶⁵ BeckOK StPO/HUBER StPO § 52 Kn. 19; MEYER-GOSSNER, StPO 52 Kn. 16; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 55. Ancak bunun için çekinme hakkının kullanılması tanığın özgür iradesine dayanması gerekir. Bu nedenle çekinme hakkının kullanılması tanığa karşı gerçekleştirilen tehdit, şantaj gibi hukuka aykırı bir fiilden kaynaklanıyorsa, mahkeme tarafından tanığın korunması için gerekli tedbirlerin alınması ve suç teşkil eden fiil için suç duyurusunda bulunulması gerekir.

⁶⁶ SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 72.

⁶⁷ BeckOK StPO/HUBER StPO § 52 Kn. 19.

nuni temsilci şüpheli veya sanık ise bu konuda karar veremez. Söz konusu kişiler, tanıklık yapabilecek durumda olmakla birlikte tanıklıktan çekinmenin önemini kavrayabilecek zihinsel yeteneğe sahip değildirler.

a) Yaş Küçüklüğü, Akıl Hastalığı veya Akıl Zayıflığı Nedeniyle Tanıklıktan Çekinmenin Önemi Anlayabilecek Durumda Olmamak

Md. 45/2'deki düzenleme, yemin verilmeyen tanıklara ilişkin md. 50/1-a'ya benzerlik göstermektedir. Md. 50/1-a'ya göre, ayırt etme gücüne sahip olmadıkları için yeminin niteliği ve önemini kavrayamayan tanıklar yeminsiz dinlenecektir.⁶⁸ Ancak her iki düzenleme arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Tanığın, yeminin önemini kavrayamamasının ayırt etme gücünün yokluğundan meydana gelmesi aranırken, tanıklıktan çekinmenin önemini kavrayamaması ise yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığından kaynaklanması gerekmektedir. Ayırt etme gücünü ortadan kaldıran temel nedenler yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve akıl zayıflığı olmakla birlikte başka nedenler de ayırt etme gücünü (MK md. 13) ve dolayısıyla tanıklıktan çekinmenin önemini anlama yeteneğini ortadan kaldırabilir. Hem tanıklıktan çekinmenin önemini kavrayamamak hem de tanığa yemin verilmemesi temelde ayırt etme gücünün yokluğuna dayandığına göre kanun koyucunun bu iki hususu farklı şekillerde düzenlemesinin makul bir gerekçesi görünmemektedir.

Md. 45/2'ye göre, tanıklıktan çekinmenin önemini kavrayamamak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığından kaynaklanması gerektiği için bu nedenler dışındaki bir neden, örneğin alkol veya uyuşturucu bağımlılığı (akıl hastalığı teşkil etmediği sürece) tanıklıktan çekinmenin önemini anlama yeteneğini ortadan kaldırırsa bile bu hüküm uygulama alanı bulmayacaktır. Bu şekilde bir sınırlamanın ise makul bir açıklaması bulunmamaktadır.

Burada üzerinde durulması gereken diğer bir husus tanıklıktan çekinme hakkının anlamını kavramak için gerekli olan yeteneğin bulunup bulunmadığının nasıl ve neye göre tespit edileceğidir. Alman Federal Yüksek Mahkeme içtihatlarına göre, tanığın, beyanda bulunması halinde beyanının, yakını olan sanık hakkında ortaya çıkarabileceği bütün sonuçları öngörebilmesi gerekmez. Ancak tanığın, hakkında tanıklık yapacağı yakınınun bir haksızlık gerçekleştirdiğini ve bu yüzden cezalandırılmasının söz konusu olduğunu, beyanda bulunmasının muhte-

⁶⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. TURHAN, s. 363 vd.

melen onun cezalandırılmasına neden olabileceğini anlayabilecek yeteneğe sahip olması gerekir.⁶⁹ Hangi yaştan itibaren küçüğün tanıklıktan çekinmenin anlamını kavrama yeteneğine sahip olacağına ilişkin kesin bir yaş sınırı bulunmamaktadır.⁷⁰ Küçüğün yaşı, söz konusu anlama yeteneğinin tespitinde sadece bir ölçü olabilir.⁷¹ Bu açıdan kesin bir yaş söz konusu olmamakla birlikte yedi yaşındaki bir çocuk kural olarak bu yeteneğe sahip değildir.⁷² Yine 10 yaşındaki bir çocuğun da kural olarak henüz bu yeteneğe sahip olmadığı belirtilmektedir. 14 yaşındaki normal zeka gelişimine sahip bir küçüğün ise kural olarak bu yeteneğe sahip olduğundan hareket edilebilir.⁷³ Tanıklıktan çekinmenin önemini anlama yeteneğinin varlığı konusunda mahkemenin şüpheyi yenememesi halinde, kanuni temsilcinin çekinme konusunda rızasının alınması gerekir.⁷⁴ Tanıklıktan çekinmenin önemini anlama yeteneğinin bulunup bulunmadığı tanığı dinleyecek merci tarafından, gerektiğinde uzman bilirkişinin de görüşü de alınarak, özenli bir şekilde incelenmesi gerekir.⁷⁵

b) Kanuni Temsilcinin Tanıklığa Rıza Göstermesi

Tanıklıktan çekinme hakkının anlamını kavrama yeteneği bulunmayan bir tanığın tanıklık yapması kanuni temsilcinin rızasına bağlanmıştır. Tanıklıktan çekinme hakkının kullanılması konusunda kanuni temsilcinin rızasının aranmasının nedeni, çekime hakkının anlamını kavrama yeteneği olmayan söz konusu kişilerin, yakını olan sanığın muhtemelen aleyhinde beyanda bulunup daha sonra bunun anlamını kavrayınca pişmanlık gösterip ruhsal sıkıntıya girmelerini önlemektir.⁷⁶ Tanık, çekinme hakkını niçin kullandığı konusunda bir sebep veya gerekçe göstermek zorunda olmadığı için tanıklığa izin verecek kanuni

⁶⁹ BGH, 02.03.1960 - 2 StR 44/60 = NJW 1960, 1397; ayrıca bkz. KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 23, 24.

⁷⁰ SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 76.

⁷¹ KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 23, 24.

⁷² BGH, 02. 03. 1960 - 2 StR 44/60 = NJW 1960, 1397; BeckOK StPO/HUBER StPO § 52 Kn. 20.

⁷³ KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 23, 24.

⁷⁴ KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 24; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 75.

⁷⁵ SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 77.

⁷⁶ BGH, 02.03. 1960 - 2 StR 44/60 = NJW 1960, 1396.

temsilcinin de tanıklığa izin vermemeye herhangi bir sebep veya gerekçe göstermesi gerekmez.⁷⁷

Tanıklıktan çekinme hakkının anlamını kavrayamayacak durumda olsa bile kanuni temsilcisinin tanıklık yapmasına rıza gösterdiği tanığın tanıklık yapma zorunluluğu yoktur. Bu bağlamda tanık, tanıklık yapma yapmamaya bizzat kendisi karar verir. Bu husus kaynak Alman CMK § 52/2'de, "tanık beyanda bulunmaya hazır ise ve kanuni temsilci de buna onay verirse bu kişiler tanık olarak dinlenebilir", denilerek açıkça belirtilmiştir. Kanuni temsilcinin rıza göstermesine ilişkin koşul sadece tanıklığı engelleyici mahiyette olup, kanuni temsilci rıza gösterse bile tanık, tanıklık yapmak zorunda olmayıp, çekinebilir. Diğer bir ifade ile tanıklık yapma yapmamaya tanık karar verecektir; kanuni temsilci ise rıza göstermeyerek sadece tanıklığı engelleyebilir.⁷⁸ Kanaatimizce aynı hususların CMK açısından da geçerli olduğu söylenebilir. Diğer taraftan kanuni temsilcinin rızası olmaksızın tanığın beyanda bulunması halinde kanuni temsilcinin sonradan tanıklığa vereceği onayın da geçerli olacağını belirtmek gerekir.⁷⁹

Kanuni temsilcinin kim olduğu MK hükümlerine göre belirlenmelidir. Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanmaları gerektiği için (MK md. 336/1) tanıklıktan çekinme konusunda her ikisinin de rıza göstermesi gerekir. Anlaşamaları halinde aile mahkemesinden bu konuda bir karar vermesi talep edilebilir. Aile mahkemesi çekinme konusunda karar verme yetkisini ana veya babadan birine bırakabilir veya bu konuda karar vermek üzere bir kayyım atayabilir.⁸⁰ Tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayan yetişkin tanığın kanuni temsilcisi bulunmuyorsa kendisine bir vasi tayin

⁷⁷ Bu nedenle ÖZEN'in (s. 325), "kanuni temsilcinin hukuken, ahlaken ve mantıken geçerli bir sebebi olmaksızın rıza göstermemesi kabul edilmemelidir." görüşüne katılmıyoruz.

⁷⁸ SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 79; BeckOK StPO/HUBER StPO § 52 Kn. 22; EISENBERG, Kn. 1225.

⁷⁹ SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 79.

⁸⁰ Ana ve baba velayet hakkını birlikte kullanırken anlaşmazlığa düşmesi halinde anlaşmazlığın çözümü için MK md. 195 ve 346 hükümleri çerçevesinde hakim mütahalesi talep edilebilir. Bkz. BİRİNCİ UZUN, Tuba, "Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli", **Hacettepe HFD**, 6 (1) 2016, s. 141 vd.

edilmesi ve tanıklıktan çekinme hakkının kullanılmasında vasinin onayının alınması gerekir.⁸¹

c) Kanuni Temsilcinin Bizzat Şüpheli veya Sanık Olması

Çekinmeye rıza gösterecek kanuni temsilci bizzat şüpheli veya sanık ise, çekinme konusunda karar verme yetkisi olmayıp (md. 45/2) ne tanıklığa onay verebilir, ne de tanıklığı yasaklayabilir. Velayetin anne ve baba tarafından birlikte kullanıyor olması ve bunlardan birinin şüpheli veya sanık olması halinde diğerinin çekinme konusunda karar verip veremeyeceği konusu ise CMK'da düzenlenmemiştir.⁸² Yargıtaya göre, yaş küçüklüğü durumunda çocuğun anne ve babasından birisi şüpheli veya sanık ise diğerinin rızasıyla çocuk tanık olarak dinlenebilir.⁸³

Kaynak Alman CMK § 52/2'ye göre ise, velayet hakkını anne ve baba birlikte kullanıyorlarsa, sanık durumunda olmayan anne veya baba da tanıklıktan çekinme hakkının kullanılması hakkında karar veremez. Ancak anne veya babadan birinin şüpheli veya sanık olması, diğerinin velayet hakkına tek başına sahip olması halinde ise bu kişinin tanıklıktan çekinme hakkının kullanılmasına izin verme yetkisinin olup olmadığı Alman CMK'da düzenlenmemiş olup bu konu tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş, bu durumda velayet hakkına tek başına sahip olan ve sanık olmayan anne veya babanın çekinme konusunda karar verme yetkisinin olduğunu savunurken,⁸⁴ aksi görüşte olanlar ise menfaat çatışması dikkate alınarak şüpheli veya sanık olmayan anne veya babanın da tanıklığa izin konusunda karar veremeyeceğini ileri sürmektedir.⁸⁵

Kanaatimizce kaynak Alman CMK'da olduğu gibi Türk hukuku açısından da velayet hakkına anne ve babanın birlikte sahip olması halinde sanık durumunda olmayan anne veya babanın da tanıklıktan çekinme hakkının kullanılmasında karar verememesi gerekir. Bu açıdan Yargıtayın görüşünü isabetli bulmuyoruz. Yine velayet hakkına anne

⁸¹ KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 26-28. Ayrıca bkz. BeckOK StPO/HUBER StPO § 52 Kn. 21.

⁸² ÜNVER/HAKERİ, s. 269. Yazarlara göre (s. 269), kanuni temsilcinin şüpheli veya sanık olması halinde, "bu kimseler adına tanıklıktan çekinme hakkının kim tarafından ve nasıl kullanılacağına düzenlenmemesi hatalı olmuştur."

⁸³ CGK, 12.11.2013, E. 2013/1-251, K. 2013/454.

⁸⁴ Bkz. MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 20 ve orada zikredilen kaynaklar; Karlsruhe Eyalet Yüksek Mahkemesi (OLG Karlsruhe), 26.03.2012 – 2 WF 42/12 (<https://www.rechtslupe.de/strafrecht/ein-minderjaehriger-als-zeuge-gegen-den-vater-340622>).

⁸⁵ Bkz. BeckOK StPO/HUBER StPO § 52 Kn. 24; KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 29; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 79.

veya babadan birinin sahip olması halinde de şüpheli veya sanık olmayan ve velayet hakkına tek başına sahip olan diğer anne veya babaya menfaat çatışması nedeniyle çekinme hakkında karar verme yetkisi verilmemesi yerinde olacaktır. Velayet hakkına birlikte sahip olan anne veya babadan birinin diğerine karşı işlediği aile içi şiddete tanık olan küçük çocuğun tanıklık yapmasına izin verilmesi mağdur olan anne veya babaya bırakılması çocuğun menfaati açısından uygun düşmeyecek ve onun psikolojisini olumsuz şekilde etkileyebilecektir. Örneğin, velayet kendisinden alınmış olan babanın velayeti tek başına kullanan anneye karşı işlediği bir şiddet suçunda ortak çocuğun tanıklığı konusunda mağdur annenin, çocuğun menfaatini dikkate alarak çekinme konusunda sağlıklı bir karar vermesi pek mümkün olmayacaktır.

Kanuni temsilcinin tanıklıktan çekinme konusunda karar verme yetkisinin olmaması halinde ayırt etme gücüne sahip olmayan tanığın çekinmesi konusunda kimin karar vereceği CMK md. 45/2'de düzenlenmemiştir. Alman hukukunda bu durumda Alman Medeni Kanunu § 1909 hükmüne göre geçici olarak bir kayyım atanması ve bu kayyımın tanıklığa izin konusunda karar vermesi kabul edilmektedir.⁸⁶ Türk hukukunda bir görüş, böyle bir durumda çekinme hakkının kullanılması konusunda karar vermek üzere kayyım atanması yoluna gidilmesinin yerinde olacağını ifade etmektedir.⁸⁷ Diğer bir görüş ise hakimnin kendisinin karar vermesi gerektiğini, bu konuda çocuk ve akıl hastasının beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasından çekinmesine ilişkin CMK md. 76/4 hükmünün kıyasen uygulanabileceğini belirtmektedir.⁸⁸

Kanaatimizce, kanuni temsilcinin velayet veya vesayete ait yetki kapsamında olan tanıklıktan çekinme hakkının kullanılmasına ilişkin karar verme yetkisini kullanmasına engel bir durumun varlığı halinde Türk hukuku açısından MK hükümlerine göre kayyım atanması yoluna gidilmesi tercih edilmelidir. Kayyım atanmasını, soruşturma evresinde tanığı dinleyecek olan Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde ise mahkeme, yetkili hukuk mahkemesinden talep etmelidir. Savcılık, hakim veya mahkemenin, tanığın tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmadığına ilişkin kararı, hukuk mahkemesi için de bağlayıcıdır. Ayrıca tanıklıktan çekinmenin önemini

⁸⁶ KÜHNE, s. 496, Kn. 814; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 84.

⁸⁷ GÖKCEN/BALCI/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 285; ÖZTÜRK (Editör), s. 303.

⁸⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 614; ÖZEN, s. 325. ÜNVER/HAKERİ (s. 269) de, hakimnin karar vermesi gerektiği görüşündedir.

anlama yeteneği olmayan küçüklerin tanıklık yapmak istemeleri halinde ancak kayyım atanması yoluna gidilmelidir.⁸⁹

V. Tanıklıktan Çekinme Hakkını Kullanmaktan Feragat ve Feragatin Geri Alınması

Tanıklıktan çekinmek bir hak olduğu için çekinme hakkı konusunda bilgilendirilen tanık bu hakkını kullanmaktan feragat edip (vazgeçip) tanıklık yapabilir. Bu feragat açıkça beyan edilebileceği gibi, tanığın, çekinmeye ilişkin herhangi bir açıklama yapmadan beyanda bulunmaya başlaması yoluyla örtülü olarak da kullanılabilir. Duruşmada hazır olan kanuni temsilcinin çekinme hakkının önemini anlayabilecek durumda olmayan tanığın açıklamalarına herhangi bir itirazda bulunmaması da çekinme hakkını kullanmaktan feragat olarak kabul edilmektedir.⁹⁰ Diğer taraftan tanık, yanılarak yapacağı açıklamaların sanığın aleyhine sonuç doğurmayacağından, diğer bir ifade ile sanığı suçlayıcı nitelikte olmayacağından hareketle çekinme hakkını kullanmaktan feragat edip tanıklık yapmış olsa bile bu feragati geçerlidir.⁹¹

Tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan tanık, bu hakkını kullanmayıp tanıklık yapmaya karar verdiğinde dinlenmesi sırasında da çekinme hakkını kullanabilir (md. 45/3). Md. 45 fık. 3 cümle 2' de, "Bu kim-seler, dinlenirken de her zaman çekinebilirler." denildiği için tanık, dinleme devam ettiği sürece tanıklıktan çekinilebilecektir.⁹² Ancak tanıklık tamamlandıktan sonra tanığın çekinme hakkını kullanması, diğer bir ifade ile çekinme hakkını kullanmaktan feragatini geri alması geçerli değildir.⁹³ Çekinme hakkını kullanmaktan feragat edip duruşmada beyanda bulunan tanığın daha sonra bundan pişmanlık duyarak beyanını geri alabilmesi sadece mahkeme tarafından tekrar tanık olarak dinlen-

⁸⁹ SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 84. Ayrıca bkz. KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 29.

⁹⁰ KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 40; MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 21; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 35; karşı görüş, SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 60.

⁹¹ SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 61; ayrıca bkz. MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 35.

⁹² Burada çekinme hakkından feragatin geri alınması söz konusudur. Bu açıdan CMUK md. 47/2'de, "Bu hakkı istimalden vazgeçenler dinlenirken dahi vazgeçmelerini geri alabilirler." denilerek, CMK'ya göre daha isabetli bir ifade kullanılmıştı.

⁹³ KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 41; MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 22; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 36; ROXIN/SCHÜNEMANN, s. 204, Kn. 17; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 62.

mesi halinde mümkündür. Tanığın beyanını geri almasının sonuçları aşağıda incelenecektir.

VI. Çekinme Hakkı Konusunda Bilgilendirme

1. Çekinme Hakkı Konusunda Bilgilendirme Zorunluluğu

Çekinme hakkına sahip olan tanığın beyanının delil olarak değerlendirilebilmesi için md. 45/3 uyarınca tanıklıktan önce çekinme hakkı konusunda tanığın bilgilendirilmiş olması gerekir.⁹⁴ Madde metninde tanıklıktan çekinebilecek kimselere “tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilir” denilerek, sadece bir bildirim yükümlülüğünden bahsedilmektedir.⁹⁵ Kaynak Alman CMK § 52/III’te ise çekinme hakkının „öğretilmesi“ yükümlülüğü kabul edilmiştir. CMK’nın bu düzenlemesinin kaynak Alman CMK’dan niçin ayrıldığıнын makul bir açıklaması bulunmamaktadır. Kanaatimizce madde metnini, özellikle çekinmenin kapsam ve mahiyeti konusunda yeterli bilgi sahibi olmayan tanıklara bu hakkın öğretilmesi ve bu konuda bir bilgilendirmenin zorunlu olduğu şeklinde yorumlamak gerekir. Kapsam ve sonuçları hakkında yeterli bilgi sahibi olunmayan bir kimseye sadece hakkın bildirilmesi yeterli olmayacaktır. Bu nedenle çekinme hakkının bildirilmesinden değil, çekinme hakkı konusunda bilgilendirmeden bahsedilmesi gerekir. Diğer taraftan CMUK md. 47/2’de “tanıklıktan çekinmek hakları olduğu” bildirilir denilerek, çekinmenin bir hak olduğu belirtilmişken, CMK md. 45/3’te ise sadece “çekinebilecekleri bildirilir” denilerek, çekinmenin bir hak olduğu hususu madde metnine alınmamıştır. Yukarıda da açıklandığı üzere md. 45’te düzenlenmek istenen husus, tanıklıktan çekinme hakkı konusunda tanığın bilgilendirilmesidir. Md. 45/3’ün de bunu ifade edecek şekilde düzenlenmesi gerekirdi.

Tanık, çekinme hakkı konusunda bilgi sahibi olduğunu inandırıcı bir şekilde açıkladığı takdirde veya kanuni temsilci tanıklığa onay vermeyeceğini daha önceden açıkladığı için tanığın dinlenmesinin söz konusu olmayacağı hallerde çekinme hakkı konusunda bilgilendirme gerekli değildir.⁹⁶

⁹⁴ CGK 12.11.2013, E. 2013/1-251, K. 2013/454: “Tanıklıktan çekinme hakkı bulunan bir kimsenin bu hakkının kendisine hatırlatılması zorunlu olduğundan, bu hak hatırlanmadan dinlenilmesi halinde beyanlarının delil olarak değerlendirilmesi de artık mümkün değildir.”

⁹⁵ CMUK md. 47/2’de, “çekinmek hakları olduğu bildirilir” denilerek, CMK md. 45/3’e benzer bir düzenleme kabul edilmişti.

⁹⁶ MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 37.

Çekinme hakkını kullanan tanığa merci, gerekli görürse çekinmesinin dayanağını oluşturan olguları bildirmesini ve bu hususta yemin etmesini isteyebilir (md. 49). Md. 49'da tanıklıktan çekinme sebebinin dayanağını oluşturan olguların bildirilmesinden bahsediliyorsa da bu düzenlemeyi kaynak Alman CMK § 56'da olduğu gibi olguların inandırıcı bir şekilde ortaya konması olarak anlamak gerekir.⁹⁷ Tanık tarafından ileri sürülen çekinme sebebinin dayandığı olgulara inanıp inanmamak konusunda merciin takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak çekinme sebebi olan eş veya yakınlık gibi hususları ortaya koyan olgular çoğunlukla soruşturma ve dava dosyasında bulunacağı için merciin bu konuda tanıktan açıklama yapmasını ve yemin etmesini istemesine gerek olmayacaktır.⁹⁸

2. Bilgilendirilecek Kişi ve Bilgilendirmeyi Yapacak Mercii

Çekinme hakkı konusunda bilgilendirme çekinme hakkı olan tanığa yapılacaktır. CMUK md. 47/2'de, "Yukarıda yazılı kimselere" çekinme hakkının bildirileceğinden söz edilerek, maddenin birinci fıkrasında sayılan yakınlarla bildirim yapılacağı belirtilmişken, CMK md. 45/3'te "tanıklıktan çekinebilecek olan kimselere" bildirim yapılacağı belirtilmiştir. İfade farklılığına rağmen CMK md. 45/3'te kastedilenin aynı maddenin birinci fıkrası yanında ikinci fıkrasında sayılan kişilerin de dahil olduğunu kabul etmek gerekir. Diğer bir ifade ile maddenin birinci fıkrasındaki şüpheli veya sanığın yakınları yanında ikinci fıkrada belirtilen ve tanıklık yapmaları kanuni temsilcinin onayına bağlı olan kişilerin tanıklığında bu kişiler de bilgilendirilmelidir. Çünkü yukarıda açıklandığı üzere yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayan tanıkların dinlenmesi tanıklık yapmak istemelerine bağlıdır; tanıklık yapmak istedikleri takdirde ise kanuni temsilcinin onayı gerekmektedir. Bu nedenle söz konusu kişilerin de çekinme hakkı konusunda bilgilendirilmeleri gerekir.

CMK md. 45/3'te sadece tanıklıktan çekinebilecek olan kimselere bildirim yapılacağı belirtilmiş, md. 45/2 uyarınca tanıklığa onay verecek olan kanuni temsilcinin bilgilendirilmesinden bahsedilmemiştir. Bu eksiklik kanaatimce bir dikkatsizlik sonucu olsa gerektir. Çünkü CMK md. 45/2'ye benzer bir düzenleme CMUK md. 47'de yer almadığı için kanuni

⁹⁷ Bu konuda bkz. SK-StPO/ROGALL, StPO § 56 Kn. 5.

⁹⁸ IGNOR/BERTHEAU, in: Löwe/Rosenberg, StPO § 56 Kn. 2-3.

temsilcinin bilgilendirilmesi konusu da CMUK md. 47/2'de düzenlenmemiştir. CMUK md. 47/2 düzenlemesi CMK md. 45/3 aktarılrken CMK md. 47/2'deki bu yenilik gözden kaçırılmış olabilir. Kaynak Alman CMK § 52/III'te çekinme hakkı konusunda kanuni temsilcinin de bilgilendirilmesi gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Aynı hususun CMK md. 45/3 açısından da geçerli olduğu kabul edilerek kanuni temsilci de çekinme hakkı konusunda bilgilendirilmelidir.

Kanuni temsilci tanıklığa izin vermiş olsa da tanık, çekinme hakkı konusunda bilgilendirilmelidir.⁹⁹ Birden fazla kanuni temsilci varsa bunların hepsinin bilgilendirilmesi gerekir.¹⁰⁰ MK'ya göre evlilik devam ettiği sürece anne ve baba velayeti birlikte kullanacakları için (md. 336/1) CMK md. 45 açısından her ikisinin de bilgilendirilmesi gerekir.

Bilgilendirme yükümlülüğü soruşturma ve kovuşturma mercileri tarafından re'sen yapılmalıdır. Bu nedenle üçüncü kişilere (örneğin küçük olan tanığın kanuni temsilcisine veya zabıt katibine) veya muhakemeye katılanlara bilgilendirme görevinin bırakılması hukuka aykırı olacaktır. Bilgilendirme yükümlülüğü tanığı dinleyecek olan savcı, hakim ve mahkeme başkanı tarafından yerine getirilmelidir.¹⁰¹

3. Bilgilendirmenin Yapılacağı Zaman ve Bilgilendirmenin Sonradan Yapılması

Çekinme hakkı konusunda bilgilendirme tanığın kişisel bilgilerine ve güvenilirliğine ilişkin sorular sorulup beyanı alındıktan (md. 58/1) sonra ve olayla ilgili beyanından (md. 59) önce yapılmalıdır.¹⁰² Ancak bilgilendirmenin hemen sonrasında tanığın dinlenilmesi zorunluluğu yoktur.¹⁰³ Md. 45/3'te açıklık olmamakla birlikte çekinme hakkı konusunda tanığın bilgilendirilmesi her dinlemeden önce tekrar yapılmalıdır. Kaynak Alman CMK'da tanığın her dinlemeden önce yeniden bilgilen-

⁹⁹ BGH, 19.9.1967, 5 StR 456/67 = NJW 1967, 2273; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 68. Ayrıca bkz. KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 32; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 39.

¹⁰⁰ KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 32; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 39.

¹⁰¹ KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 67; ayrıca bkz. KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 30; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 38.

¹⁰² KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 31; ÖNDER, s. 918. Yargıtaya göre (CGK 12.11.2013, E. 2013/1-251, K. 2013/454) de, tanıklıktan çekinme hakları olan kimsele-re bu hakları, "dinlemeye başlamadan önce hatırlatılmalı" dır.

¹⁰³ ÖNDER, s. 917.

dirilmesi gerektiği açıkça düzenlenmiştir.¹⁰⁴ Tanığın daha önceki dinlemede bilgilendirilmiş olması sonraki dinlemeden önce bilgilendirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Daha önceki dinleme sırasında tanık çekinme hakkını kullanmaktan feragat etmiş olsa bile yeniden dinleme öncesinde çekinme hakkı konusunda tekrar bilgilendirilmesi gerekir. Dinlemenin sona ermesinden sonra tanığın yeniden dinlenmesi veya ek beyanın alınması gerektiğinde de bilgilendirme yeniden yapılmalıdır.¹⁰⁵

Tanığı dinleyen görevli, çekinme hakkının dayanağını oluşturan yakınlık ilişkisini dinleme başladıktan sonra tespit ederse, çekinme hakkı konusunda tanığı derhal bilgilendirmelidir. Bu durumda bilgilendirmeye kadar olan beyan değerlendirilemez.¹⁰⁶ Ancak bu durumda bilgilendirmenin usulüne uygun olabilmesi için tanığın bu ana kadar yaptığı açıklamaların geçerli olmadığı da tanığa bildirilmelidir. Böyle bir durumda dinlemenin yeniden başlatılması önerilmektedir. Ancak tanık zamanında çekinme hakkı konusunda bilgilendirme yapılsaydı da çekinme hakkını kullanmayacağını açıklarsa ve çekinme hakkının anlamı hakkında yeterli kavrama yeteneğine sahip olduğu anlaşılıyorsa önceki açıklamaların geçerli olacağı ve dinlemenin baştan itibaren tekrarlanması gerekmediği kabul edilmektedir. Tanığın çekinme hakkını kullanması halinde ise önceki beyanı değerlendirilmez.¹⁰⁷ Bu husus aşağıda detaylı olarak incelenecektir. İki ayrı sanığa karşı çekinme hakkı olan tanığın her iki çekinme hakkı konusunda da bilgilendirilmesi gerekir.¹⁰⁸

4. Bilgilendirmenin Şekli, İçeriği ve Tutanak Tutulması

Çekinme hakkı konusundaki bilgilendirmenin usulü hakkında kanunda bir düzenlemeye yer verilmemiş olup, bu konu dinlemeyi gerçekleştirecek merciin kararına bırakılmıştır. Ancak bu durum, tanığı dinleyecek merciin bu konuda tamamen serbest olduğu anlamına gelmemektedir. Md. 45/3'ün düzenleniş şekliyle hareketle bilgilendirmenin sözlü olarak yapılması gerektiğini, sadece yazılı bir metnin tanığa verilme-

¹⁰⁴ ÖNDER'e (s. 916) göre, CMUK md. 47/2'de çekinme hakkının tanık dinlenmeden önce bildirilmesinde, "her" kelimesine yer verilmemiş olması, "tercüme yapan komisyonun zuhulü"nden kaynaklanmış olabilir.

¹⁰⁵ MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 29; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 40; ÖNDER, s. 917; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 69.

¹⁰⁶ KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 31.

¹⁰⁷ MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 31; KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 36; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 45-46; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 69.

¹⁰⁸ MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 26; KK-StPO/BADER StPO 52 Kn. § 31.

sinin kanuna aykırı olacağını belirtmek gerekir. Bilgilendirme yapılırken tanığın karar verme özgürlüğünü etkileyecek hiç bir davranışta bulunulmaması gerekir. Ayrıca bilgilendirme, tanığın gelişim durumuna, eğitim ve bilgi seviyesine uygun olmalıdır. Diğer taraftan sadece kanun maddesinin zikredilmesi veya sadece tanığa beyanda bulunmak isteyip istemediğinin sorulması çekinme hakkı konusunda bilgilendirme için yeterli değildir. Ancak bilgilendirme, tanığın beyanda bulunmaktan kaçınmasını sağlamak için de kullanılmamalıdır. Tanık, yanlış bir şekilde tanıklıktan çekinme hakkının olmadığını düşünüyorsa, tanığı dinleyen merci tanığı bu hata konusunda aydınlatmalıdır.¹⁰⁹ Tanığın, hem sorulara cevap vermekten çekinme (md. 48) hem de yakınlık nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkı (md. 45) varsa, her iki hakkı ile ilgili olarak tanık bilgilendirilmelidir.¹¹⁰

Tanıklıktan çekinme hakkı olan kişilere bu hakları konusunda bilgilendirme yapıldığı hususu tutanağa geçirilmelidir.¹¹¹ Çünkü çekinme hakkı konusundaki bilgilendirme muhakemenin esaslı şekil kurallarındandır. Ancak bilgilendirmenin nasıl yapıldığının kelimesi kelimesine protokolde yer verilmesi gerekli değildir. Yine tanığın beyanda bulunmaya veya çekinme hakkını kullanmaya ilişkin açıklamalarının da tutanağa geçirilmesi gerekir. Tanığın usulüne göre bilgilendirilip bilgilendirilmediği belli olmayacağı için tanığın sadece beyanda bulunmaya hazır olduğuna ilişkin tutanak kaydı yeterli değildir. Tanıklıktan çekinme hakkının önemini anlayabilecek durumda olmayanlar (md. 45/2) ile ilgili olarak kanuni temsilcinin de bilgilendirildiği ve kanuni temsilcinin tanıklığa onay verip vermediği de tutanağa geçirilmelidir.¹¹²

5. Bilgilendirme Yükümlülüğünün İhlalinin Sonuçları

Çekinme hakkına sahip olan tanığın bu hakkı konusunda bilgilendirilmeden alınan beyanı delil olarak değerlendirilmez. Bu konuda doktrin ve uygulamada görüş birliği vardır.¹¹³ Yargıtay istikrarlı bir şe-

¹⁰⁹ KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 33, 34; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 42,43; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 72.

¹¹⁰ MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 44.

¹¹¹ CGK 12.11.2013, E. 2013/1-251, K. 2013/454; FEYZİOĞLU, s. 206; ÖNDER, s. 918.

¹¹² SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 73; ayrıca bkz. KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 38; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 47.

¹¹³ Bu konuda Alman hukuku için bkz. BGH, 2. 3. 1960 - 2 StR 44/60 = NJW 1960, 1396; BGH, 27. 1. 1970, 1 StR 591/69 = NJW 1970, 766; MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 39; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 49; SK-ROGALL, StPO § 52 Kn. 85. Türk hukuku için bkz. CGK, 12.11.2013, E. 2013/1-251, K. 2013/454; GEDİK, s. 929-930.

kilde, hükmün çekinme hakkı olan ve bu hakkı bildirilmeden dinlenen tanık beyanına dayanmasını bozma nedeni yapmaktadır.¹¹⁴ Bu beyana ilişkin tutanağın okunması da yasaktır.¹¹⁵ Kanuna aykırılığın kabulü açısından bilgilendirmenin niçin yapılmadığı önemli değildir. Bu konuda mahkemenin kusurlu olması da gerekmez. Özellikle çekinme hakkı oluşturan yakınlık ilişkisinin tanığı dinleyecek merci tarafından bilinmiyor olması hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz.¹¹⁶ Ancak tanığın, çekinme hakkını oluşturan yakınlık hakkında bilinçli bir şekilde susması halinde duruma göre farklı bir sonuca ulaşılabilir.¹¹⁷

Çekinme hakkı konusunda usule aykırı bir şekilde bilgilendirilmeyen tanığın çekinme hakkını bildiğinin ve usulüne göre bilgilendirilmiş olsaydı da çekinme hakkını kullanmayacağı kesin olarak belirlenebilmesi halinde, değerlendirme yasağı ortadan kalkar.¹¹⁸

Çekinme hakkının kullanılmasında kanuni temsilcinin onayı gereken hallerde (md. 45/2) kanuni temsilcinin onayı alınmadan beyanda bulunan tanığın beyanı için de değerlendirilme yasağı söz konusu olur. Ancak kanuni temsilcinin onay verme konusundaki yetkisini bildiğinin ve usulüne göre bilgilendirilmiş olsaydı da tanığın tanıklığına karşı çıkmayacağı kesin olarak belirlenmesi halinde değerlendirme yasağı devreye girmeyecektir.¹¹⁹

¹¹⁴ CGK 12.11.2013, E. 2013/1-251, K. 2013/454; 4. CD, 8.4.2019, E. 2019/1113, K. 2019/6335; 4. CD, 05.04.2019, E. 2019/1084, K. 2019/5993; 2. CD, 22.09.2011, E. 2009/56695, K. 2011/34388. Uygulamada tanıklıktan ve yeminden çekinme hakkı bulunmayan tanığa çekinme hakkı hatırlatılarak ve yeminsiz dinlenmesi halinde de hüküm CMK md. 280 ve 289'a aykırılıktan bozulmaktadır. Bkz. Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 6. CD, 7.11.2009, E. 2019/1712, K. 2019/1910.

¹¹⁵ KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 39.

¹¹⁶ KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 39; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 49; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 57.

¹¹⁷ ROGALL'a (SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 85) göre, tanığın bilinçli olarak çekinme nedenini gizlemesi halinde sanık bu durumdan haberdar ise ancak beyanın değerlendirilmesi yasağını kabul etmek gerekir. Bu konuda ayrıca bkz. MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 50.

¹¹⁸ BGH, 13.07.1990 - 3 StR 228/90 = NStZ 1990, 549; KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 39; MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 34; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 49; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 85.

¹¹⁹ BGH, 13.07.1990 - 3 StR 228/90 = NStZ 1990, 549, 550; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 86.

VII. Çekinme Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

1. Dinlemenin Sona Erdirilmesi ve Tanık Olarak Dinlenmesi Talebinin Reddi

Tanığın, dinleme başladıktan sonra çekinme hakkını kullanması halinde dinleme hemen sona erdirilmelidir. Çekinme hakkını kullanan tanığın dinlenmesi hukuka aykırı olur ve beyanı da hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil teşkil eder. Muhakemeye katılanların çekinme hakkını kullanmış olan tanığın dinlenmek üzere çağrılmasını talep etmeleri halinde bu talebin mahkeme tarafından kanuna aykırılık nedeniyle reddedilmesi gerekir. Bu nedenle çekinme hakkını kullanmış olan tanığın, çekinme konusundaki kararının değiştiği ve beyanda bulunmaya hazır olduğu ortaya konmadığı takdirde tanık olarak dinlenmesine ilişkin bir talebin md. 206/2-a uyarınca reddi gerekir.¹²⁰

2. Çekinme Hakkının Dinleme Sırasında Kullanılması Halinde Yapılan Açıklamaların Delil Olarak Kullanılıp Kullanılmayacağı Sorunu

Dinleme başlamadan önce tanıklıktan çekinme hakkı konusunda bilgilendirilen ve çekinme hakkını kullanmayan tanığın dinleme sırasında çekinme hakkını kullanarak susması halinde bu ana kadar dinleme sırasında yapmış olduğu açıklamaların delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı ciddi bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Federal Yüksek Mahkeme ve Alman hukukundaki çoğunluk görüşüne göre, duruşmada dinlendiği sırasında çekinme hakkını kullanan tanığın bu ana kadar yapmış olduğu açıklamalar delil olarak kullanılabilir.¹²¹ Federal Yüksek Mahkemeye göre, tanıklıktan çekinme hakkı dinleme sırasında her zaman kullanabilecek ise de bu çekinmenin geçmişe yürürlü etki doğuracağına ve tanığın daha önce vermiş olduğu karar ile üstlenmiş olduğu sonuçların ortadan kaldırılacağına ilişkin kanunda bir dayanak bulunmamaktadır. Tanığın, çekinme hakkı bildirildikten sonra yaptığı açıklamaların hüküm verecek olan mahkeme tarafından geçersiz sayılacağına ve hüküm verilirken dikkate alınamayacağına ilişkin kanunda ciddi bir işaret yer almamaktadır.¹²² Doktrindeki çoğunluk görü-

¹²⁰ SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 57; ayrıca bkz. MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 24.

¹²¹ BeckOK StPO/HUBER StPO § 52 Kn. 28; KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 42; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 36.

¹²² BGH, 15.01.1952 - 1 StR 341/51 = BGHSt 2, 99, 107. Federal Yüksek Mahkeme bu yöndeki içtihadını daha sonraki kararlarında da devam ettirmiştir: Bkz. BGH,

şü de Federal Yüksek Mahkemenin görüşü doğrultusundadır.¹²³ Doktrinde aksi görüşte olanlara göre ise, Federal Yüksek Mahkemenin bu görüşü tanıklıktan çekinme hakkının kullanılmasına, § 52'in koruma amacına ve özellikle de § 252'nin temelinde yatan esas düşünceye aykırıdır.¹²⁴ Diğer taraftan dinlenecek olan tanık ikinci derece mahkemesinde çekinme hakkını kullanarak önceki mercide yapmış olduğu beyanını geçersiz hale getirebildiğine göre ilk derece mahkemesindeki beyanı sırasında kararını değiştirmesi halinde de yapmış olduğu beyanını geçersiz hale getirme imkanı olmalıdır. Çekinme hakkından feragatin geri alınması ile birlikte yapılmış olan önceki açıklamalar değerlendirilebilir olmaktan çıkar; diğer bir ifade ile geri alma geçmişe etkili sonuç doğurur. Aile ilişkilerinin korunması, bir beyanın aile hayatının özel alanında olumsuz sonuçlar doğurabilecek muhtemel sonuçlarından kaçınmayı da gerektirir.¹²⁵

CMK md. 45 fık. 3 cümle 2'de çekinme hakkına sahip olan tanıklar, "dinlenirken de her zaman tanıklıktan çekinebilirler" denilerek, çekinme hakkının dinleme başladıktan sonra da kullanılabilmesi açıkça belirtilmekle birlikte, çekinme anına kadar yapılan açıklamaların delil olarak kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Doktrinde, CMUK md. 245'te sadece duruşmadan önce verilen ifadenin duruşmada okunamayacağı düzenlendiği ve bu konuda CMUK'ta başka bir hüküm de bulunmadığı için duruşma sırasında ifade vermeye başladıktan sonra çekinme hakkını kullanan tanığın o ana kadar yapmış olduğu açıklamaların hükme esas alınabileceği ileri sürülmüştür.¹²⁶ Şahin'e göre tanık, duruşmadan önce değil de, ilk defa duruşmada dinlendikten sonra tanıklıktan çekinme hakkını kullanırsa, md. 210/2 hükmü uygulanmaması gerekir. Bu halde md. 209 uyarınca tutanağın okunması söz konusu olabilir.¹²⁷

20.5.2015 – 1 StR 429/14 = NSTZ 2015, 656; BGH, 9.9.1987 – 3 StR 307/87 = NJW 1988, 716; BGH 28.1.2004 – 2 StR 452/03 = NJW 2004, 1466.

¹²³ Bkz. KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 42; KÜHNE, Hans-Heiner, **Strafprozessrecht** 8. Bası, 2010, Kn. 815; MEYER-GOSSNER, StPO § 52 Kn. 22; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 42; ROXIN/SCHÜNEMANN, s. 204, Kn. 17; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 64.

¹²⁴ RENGIER, Rudolf, "Anmerkung zu BGH, Beschluß vom 20.03.1997 - 5 StR 234/96", NSTZ 1998, 48.

¹²⁵ EISENBERG, Kn. 1228 ve orada zikredilen kaynaklar.

¹²⁶ Bkz. FEYZİOĞLU, s. 213.

¹²⁷ ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 617.

Kanaatimizce, CMK md. 45 fık. 3 cümle 2 hükmü, md. 210/2'deki "Tanıklıktan çekinebilecek olan kişi, duruşmada tanıklıktan çekindiğinde, önceki ifadesine ilişkin tutanak okunamaz" hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde çekinme hakkının duruşma sırasında kullanılması halinde de geçmişe yürürlü etki doğuracağını söylemek mümkündür. Doktrinde yerinde olarak belirtildiği üzere, sonradan kullanılan çekinme hakkı, önceki açıklamaları değerlendirilemez hale getirmektedir.¹²⁸ Alman doktrin ve uygulamasındaki çoğunluk görüşü kanaatimizce yerinde değildir. Rengier'in isabetli olarak belirttiği üzere, yapacağı beyanın yakını olan sanığın muhtemelen mahkumiyetine sebep olabileceğini çekinme hakkı bildirildiğinde değil de tanıklık yapmaya başladıktan sonra anlayan ve bu nedenle tanıklıktan çekinmek isteyen kişinin yakınları ile ortaya çıkabilecek çatışma, ancak tanığın yaptığı açıklamalar mahkeme tarafından dikkate alınmadığı takdirde önlenebilecektir.¹²⁹ Diğer taraftan md. 210/2'de yer alan tanığın „önceki ifadesi“nin mutlaka önceki duruşma veya önceki merci önündeki dinlemeyle sınırlı olduğu anlamına gelmeyip, çekinme hakkının kullanıldığı dinleme sırasında çekinmeden önceki beyanları da kapsayıcı niteliktedir. Duruşmada çekinme hakkı kullanılarak soruşturma evresindeki beyanın geçersiz hale getirilmesi imkanı verilirken, duruşmada tanıklık başladıktan sonra yapılan çekinme için o ana kadar yapılan beyanın geçersiz hale getirilmesi imkanı verilmemesi çelişkili bir durum oluşturacaktır.¹³⁰ Md. 210/2'nin kapsamı üzerinde aşağıda durulacaktır.

3. Çekinme Hakkının Kullanılmasının Sanık Aleyhine Değerlendirilmemesi

Tanıklıktan çekinme hakkının kullanılmasının bir diğer sonucu bu çekinmenin sanık aleyhine değerlendirilmesi yasağıdır. Doktrin ve uygulamada hakim olan görüşe göre, çekinme hakkına sahip olan tanığın bu hakkını kullanmasından sanık aleyhine sonuç çıkarılmaz.¹³¹ Ancak bunun için tanığın çekinme hakkının bulunması, yani çekinmenin hukuka uygun olması gerekir. Tanığın çekinme hakkını kullanmasından sanık aleyhine sonuç çıkarılmasına izin verilseydi tanık çekinme hakkını serbest ve objektif bir şekilde kullanmazdı. Çekinme hakkının kullanıl-

¹²⁸ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 53.

¹²⁹ RENGIER, s. 49.

¹³⁰ RENGIER, s. 49.

¹³¹ KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 45; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 56; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 59; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 612.

masının sanık aleyhine değerlendirilmesi yasağı, tanığın duruşmanın başında çekinmesine rağmen duruşmanın ilerleyen aşamasında beyanda bulunması veya ilk önce beyanda bulunması ancak daha sonra çekinme hakkını kullanması halinde de geçerlidir. Tanığın soruşturma evresinde hakim tarafından dinlenmesi sırasında beyanda bulunması, duruşmada ise çekinme hakkını kullanması halinde de aleyhe değerlendirme yasağı söz konusu olur.¹³²

4. Önceki Beyanın Değerlendirilmesi Yasağı

a) Yasağın Amacı

Md. 45 uyarınca tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan tanığın çekinme hakkını kullanılmasının bir diğer ve uygulama açısından da önemli sonucu md. 210/2'de düzenlemiştir. Bu hükme göre, tanıklıktan çekinme hakkı olan kişi, duruşmada tanıklıktan çekindiğinde, önceki ifadesine ilişkin tutanak okunamaz. Birçok yönüyle geniş bir incelemeyi gerektiren md. 210/2'deki bu değerlendirme yasağının kapsam ve koşullarına burada sadece kısaca değinilmekle yetinilecektir.¹³³

Daha önceki bir muhakeme aşamasında soruşturma veya kovuşturma organları karşısındaki ifadesi sırasında beyanda bulunan tanık, çoğunlukla bu beyanın anlam ve kapsamını önceden kestiremeyecektir. Çekinme hakkına sahip olan tanık, önceki beyanın, yakını olan sanık için sebep olacağı muhtemel olumsuz sonuçlarını duruşmada anlayınca, gerçeğe uygun beyanda bulunarak sanığı suçlamak ya da gerçek dışı beyanda bulunmak arasında seçim yapmak gibi zor bir durumda kalabilecektir. Md. 45'te tanığa tanınan duruşmada tanıklıktan çekinme imkanı ise zaman açısından oldukça sınırlı olup, tanık için söz konusu olabilecek zor durumda kalmayı engellemeye yeterli değildir.

¹³² KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 45; MüKoStPO/PERCIC StPO § 52 Kn. 56; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 59.

¹³³ Önceki beyanın değerlendirilmesi yasağı md. 45 uyarınca tanıklıktan çekinme hakkına sahip tanıklar yanında md. 46'ya göre meslek sırrı sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan tanıkları da kapsamaktadır. Buna karşın md. 48'de belirtilen haller, md. 210/2 kapsamında değildir. Bu konuda Alman hukuku için bkz. MüKoStPO/ELLBOGEN StPO § 252 Kn. 4. Bu nedenle soruşturma evresinde tanık olarak beyanda bulunan tanığın duruşmada md. 48 uyarınca cevap vermektan kaçınma hakkına dayanması halinde önceki beyanı delil olarak değerlendirilebilecektir. Çünkü md. 210/2 tanıklıktan çekinme hakkının kullanılmasından bahsederken, md. 48'de sadece soruya cevap vermektan kaçınma hakkı olduğu ifade edilmektedir. Bu konuda Alman hukuku için bkz. MüKoStPO/ELLBOGEN StPO § 252 Kn. 16-17.

İşte bu nedenle md. 210/2 ile kabul edilen değerlendirme yasağı tanığın içine düşebileceği ikilemden kurtulma imkanı sağlamayı amaçlamaktadır.¹³⁴

b) Tanığın Daha Önceden Beyanda Bulunmuş Olması

Md. 210/2'nin uygulama alanı bulabilmesi için öncelikle tanığın duruşmadan önce beyanı alınmış ve bu beyanı sırasında çekinme hakkını kullanmaktan feragat etmiş olması gerekmektedir. Bu açıdan 210/2'deki değerlendirme yasağı tanığın daha önce beyanda bulunmasına bağlanmıştır. Madde metni önceki beyanın tanık beyanı olarak yapılmış olması gerektiğini ifade eder şekildedir. Ancak doktrin ve uygulama maddenin konuş amacından hareketle önceki beyanın tanık sıfatıyla verilmiş olmasını zorunlu görmemektedir.¹³⁵ Bu nedenle tanık ifadesi alınmasına benzer durumlar veya kolluk görevlilerinin bilgi toplamak amacıyla soru sorması da önceki beyan olarak değerlendirilmektedir. Daha önceki bir duruşmada, başka bir ceza davasında veya bir hukuk davasında yapılmış olan beyanlar da madde kapsamında kabul edilmektedir.¹³⁶ Önceki beyan için tutanak tutulmuş veya beyanın yazılı metin haline getirilmiş olması gerekli değildir. Bu nedenle, örneğin, olayla ilgili olarak kolluğun telefon ederek aldığı bilgi de değerlendirme yasağı kapsamındadır.¹³⁷ Değerlendirme yasağının uygulama alanı bulması açısından tanığın önceki dinlemeye davetiye ile çağrılmış olması gerekmiyep, tanığın kendiliğinden gelip beyanda bulunmuş olması da yeterlidir.¹³⁸ Ancak önceki dinlemenin resmi merciler tarafından yapılan bir dinleme olması gerekir. Bu nedenle tanığın, dinleme dışındaki açıklamaları, örneğin tanığın kendiliğinden yapmış olduğu açıklamalar, değerlendirme yasağı kapsamında değildir.¹³⁹ Tanığın, dinleme sırasında vermiş olduğu yazı veya notları içeren kağıtlar da çekinme hakkının kullanılmasından sonra değerlendirilemez.¹⁴⁰

¹³⁴ MüKoStPO/ELLBOGEN StPO § 252 Kn. 3.

¹³⁵ KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 43a; MüKoStPO/ELLBOGEN StPO § 252 Kn. 22-23; SK-StPO/ROGALL, § 52 Kn. 90, 91.

¹³⁶ KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 43a; MüKoStPO/ELLBOGEN StPO § 252 Kn. 22-23, 28; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 91.

¹³⁷ MüKoStPO/ELLBOGEN StPO § 252 Kn. 26.

¹³⁸ ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 616-617.

¹³⁹ BGH, 10. 2. 2000 - 4 StR 616/99 = NStZ 2001, 49, 50; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 91; ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 617; KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 43a.

¹⁴⁰ MüKoStPO/ELLBOGEN StPO § 252 Kn. 26; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 89.

c) Duruşmada Tanıklıktan Çekinme Hakkının Kullanılması

Md. 210/2'nin uygulanabilmesi için duruşmadaki dinleme sırasında çekinme hakkı konusunda bilgilendirilen tanığın, dinleme başlama- dan önce çekinme hakkını açık ve net bir şekilde kullanmış olması gere- kir. Eğer kişi önceki dinleme sırasında tanık, duruşmadaki dinleme sıra- sında artık sanık statüsünde ise md. 210/2 uygulama alanı bulmayacak- tır.¹⁴¹ Buna karşın önceki dinlemede çekinme hakkı olmayan tanığın da- ha sonra çekinme hakkına sahip olması (örneğin evlenme veya nişan- lanma ile) ve çekinme hakkını kullanması halinde önceki beyan açısın- dan değerlendirme yasağı söz konusu olacaktır.¹⁴²

d) Değerlendirme Yasağının Kapsamı

Md. 210/2 ifadesine göre çekinme hakkını kullanan tanığın önceki ifadesine ilişkin tutanağın okunması yasaklanmaktadır. Bu nedenle da- ha önceki beyanı sırasında çekinme hakkını kullanmayan bir tanık du- ruşmada tanıklıktan çekindiğinde önceki ifadesine ilişkin tutanaklar okunamaz ve tanıklıktan çekinme hakkını kullanmayarak verdiği önceki beyanı hükme esas alınmaz.¹⁴³

Madde metninde sadece önceki ifadeye ilişkin tutanağın okunması yasağından bahsediliyorsa da uygulama ve doktrindeki hakim görüşe göre, bu düzenleme ile okuma yasağını da içeren genel bir değerlendir- me yasağı söz konusudur.¹⁴⁴ Federal Yüksek Mahkemenin süreklilik arz eden içtihatların göre, Alman CMK § 252 hükmü sadece bir okuma ya-

¹⁴¹ MüKoStPO/ELLBOGEN StPO § 252 Kn. 35.

¹⁴² SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 90; ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 616.

¹⁴³ 2. CD, 4.7.2011, E. 2009/46389, K. 2011/15222; 2. CD 29.04.2009, E. 2009/22254, K. 2009/20945: "Duruşmada tanıklıktan çekindiği için, önceki ifadesine ilişkin tutanak 5271 sayılı CYY'nin 210/2. maddesinin emredici kuralı uyarınca okunamadığı ve böylece bu tanığın önceki ifadesi kanıt (delil) olarak duruşmaya getirilip mahke- me/yargıç önünde tartışılmadığı halde, tanık Ayşe'nin ifadesine dayanılarak sanığın hükümlülüğüne karar verilmesi suretiyle 5271 sayılı CYY'nin 217/1. maddesine ay- kırı davranılması" bozmayı gerektirmiştir. Ayrıca bkz. YCGK, 15.05.2018, 2017/1- 1087 2018/211 (GEDİK, s. 930, dipnot 68).

¹⁴⁴ BGH, 15.1.1952 – 1 StR 341/51= NJW 1952, 356; BGH 10.2.2000 – 4 StR 616/99 =, NStZ 2001, 50; DIEMER, Herbert, in: **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung**, Rolf Hannig (Hrsg.) 8. Bası 2019, StPO § 252 Kn. 1-3; MüKoStPO/ELLBOGEN StPO § 252 Kn. 42; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 89; FEYZİOĞLU, s. 212; ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 612-613, 615; ŞAHİN, İspat, s. 156.

sağı değil ayrıca bir değerlendirme yasağı da içermektedir.¹⁴⁵ Mahkemeye göre, duruşmada çekinme hakkını kullanan tanığın daha önceki dinlemeye ilişkin açıklamaları, önceki dinleme tutanaklarının veya önceki beyana dayanan hükmün okunması ya da önceki dinlemeyi gerçekleştiren görevlinin tanık olarak dinlenmesi veyahut önceki dinleme hakkında başka bir tanığın dinlenmesi suretiyle delil değerlendirmesine dahil edilmez.¹⁴⁶ Yine tanığın çekinmesi halinde önceki beyanına ilişkin ses ve görüntü kayıtlarının duruşmada gösterilmesi de yasaktır.¹⁴⁷

Alman hukukundaki çoğunluk görüşü, tanığın daha önceki beyanın hakim önünde yapmış olması halinde değerlendirme yasağına bir istisna kabul etmektedir. Buna göre, tanığın önceki beyanının hakim tarafından alınmış ve tanık hakim tarafından çekinme hakkı konusunda usulüne göre bilgilendirilmişse, duruşmada çekinme hakkını kullansa da önceki beyanı tespit eden hakim tanık olarak dinlenebilir. Ancak bu durumda hakim tarafından tutulan dinleme tutanağının duruşmada okunması değil, sadece tanığı dinleyen hakim tanık olarak dinlenmesi kabul edilmektedir. Bu konuda temel gerekçe olarak, kanunda hakim tarafından yapılan tanık dinlemeye savcı veya kolluk tarafından yapılan dinlemeye göre daha yüksek bir değer atfedilmesine dayanılmaktadır.¹⁴⁸ Fakat bu görüş ve uygulama, tanığı koruma amacı taşıyan değerlendirme yasağı ile bağdaştırmanın mümkün olmadığı, bir dinlemenin kalitesinin dinleyen mesleki statüsü ile değil, onun kişiliği ve kriminalistik yetenekleri ile ilgili olduğu, tanığın yakınları hakkında beyanda bulun-

¹⁴⁵ Bu konuda bkz. BGH, 15.11.1952 - 1 StR 341/51 = NJW 1952, 356. Alman CMK § 252 ile ilgili mahkeme kararlarının listesine ulaşmak için bkz. <https://dejure.org/lex/StPO/252/1.html> (Erişim tarihi: 11.08.2020).

¹⁴⁶ BGHSt 11, 338 (339); BGHSt 13, 394 (395); BGHSt 20, 384; BGH, 10. 2. 2000 - 4 StR 616/99 = NStZ 2001, 50. Doktrindeki görüşler de aynı yödedir. Bkz. SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 89-90; MEYER-GOSSNER, StPO § 252 Kn. 12-13; KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 43a; KK-StPO/DIEMER StPO § 252 Kn. 1; MüKoStPO/ELLBOGEN StPO § 252 Kn. 41-43; ŞAHİN, Gazi Şerhi, s. 615-616.

¹⁴⁷ BGH 10. 2. 2000 - 4 StR 616/99 = NStZ 2001, 50; SK-StPO/ROGALL, StPO § 52 Kn. 89-90; MEYER-GOSSNER, StPO § 252 Kn. 12-13; KK-StPO/BADER StPO § 52 Kn. 43a; MüKoStPO/ELLBOGEN StPO § 252 Kn. 41-43.

¹⁴⁸ Bu konudaki Alman Federal Yüksek Mahkeme kararları için bkz. BGH, 12. 2. 2004 - 3 StR 185/03 = NJW 2004, 1605; BGH, 11. 4. 2012 - 3 StR 108/12 = NStZRR 212, 212; BGH, 9. 3. 2010 - 4 StR 606/09 = NJW 2010, 1824. Detaylı bilgi için bkz. KK-StPO/DIEMER StPO § 252 Kn. 22-32. Ayrıca bkz. MEYER-GOSSNER, StPO § 252 Kn. 14-15.

ması ile ortaya çıkabilecek zor durumun hakim tarafından bilgilendirme ile ortadan kaldırılamayacağı gibi gerekçelerle eleştirilmektedir.¹⁴⁹

Kanaatimizce CMK md. 210/2'un ifadesi, önceki dinlemenin hangi merci tarafından yapıldığı hususunda bir ayrımı haklı göstermemektedir. Çünkü madde metninde sadece "duruşmada tanıklıktan çekindiğinde" tanığın önceki ifadesine ilişkin tutanağın okunamayacağından bahsedilmekte, önceki dinlemenin kimin tarafından yapılmış olmasına ilişkin bir belirleme yapmamaktadır. Bu nedenle, önceki dinleme hakim veya mahkeme önünde yapılmış olsa da değerlendirme yasağı kapsamındadır.

Diğer taraftan CMUK md. 245'te, "Duruşmadan önce dinlenipte ilk defa olarak duruşma esnasında şahitlik etmekten çekinmek hakkını kullanan" tanıktan, CMK md. 210/2 ise sadece tanığın "duruşmada tanıklıktan çekin"mesinden söz etmektedir. Bu nedenle, CMUK'dan farklı olarak CMK'ya göre, çekinme hakkının kullanılmadığı önceki dinlemenin duruşma aşamasından önce yapılmış olması gerekmeyip, duruşmadaki ilk dinleme sırasında çekinme hakkını kullanmayan tanığın tekrar dinlenmesi halinde bu hakkını kullandığı takdirde de önceki beyanın değerlendirilmesi yasağı söz konusu olacaktır. Nitekim Yargıtay yerinde olarak, "Gerek 1412 Sayılı C.M.U.K.nun 47, gerekse 5271 Sayılı C.M.K.nun 45. maddeleri uyarınca tanıklıktan çekinme hakkı bulunan, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı ve kovuşturma aşamasında mahkeme huzurunda tanıklıktan çekinme hakkını kullanmayarak tanıklık yapan, ancak duruşmanın devamı niteliğindeki keşifte tanıklıktan çekinme hakkını kullanan, maktule ve sanığın ortak çocukları 1996 doğumlu H. M. Ç.'in tanıklıktan çekinmiş olması sebebiyle önceki beyanlarının 5271 Sayılı C.M.K.nun 210 ve 217. maddeleri uyarınca hükme esas alınmasının mümkün olmadığını" kabul etmiştir¹⁵⁰. Md. 210/2, önceki ifadenin duruşmadan önceki aşamada yapılmış olmasını aramadığı için Yargıtayın görüşü yerindedir.¹⁵¹ Yargıtayın süreklilik arz eden içtihatla-

¹⁴⁹ Bkz. MüKoStPO/ELLBOGEN StPO § 252 Kn. 48 ve orada dipnot 11 ve 12'de zikredilen kaynaklar; ŞAHİN, s. 157.

¹⁵⁰ CGK, 15.04.2014, E. 2013/1-225, K. 2014/180.

¹⁵¹ Yargıtayın kararına esas teşkil eden olayda tanık, 02.06.2004 tarihinde duruşmada dinlendiği sırada tanıklıktan çekinme hakkının hatırlatılmasına karşın tanık sıfatıyla ifade vermiş, naip hakim vasıtasıyla 27.6.2005 tarihinde yapılan keşifte ise çekinme hakkı hatırlatılınca tanıklık yapmayacağını beyan etmiştir. Tanığın duruşmada çekinme hakkını kullanmadığı sırada CMUK md. 47 ve md. 245, keşifte çe-

rına göre, tanıklıktan çekinme hakkı olan tanığın duruşmada tanıklıktan çekinmesine rağmen beyanının delil olarak değerlendirilmesi hükmün bozulması nedeni oluşturur.¹⁵²

VIII. Sonuç ve Değerlendirmeler

CMK md. 45'te düzenlenen şüpheli veya sanığın yakınlarına tanınan tanıklıktan çekinme hakkına ilişkin olarak ulaştığımız sonuç ve önerileri şu şekilde özetlemek mümkündür:

1) Madde md. 45'in madde başlığında sadece "tanıklıktan çekinme" denmişse de Md. 45/1'in ifadesi tanıklıktan çekinme konusunda sübjektif bir hakka işaret etmektedir.

2) Şüpheli veya sanığın nişanlısına, eşine, eski eşine ve kanunda belirtilen yakın hısımlarına herhangi bir neden göstermeksizin tanıklıktan çekinme hakkı verilmesine ilişkin düzenlemenin gerekçesi ile ilgili olarak bir takım görüşler ileri sürülmüştür. Alman Federal Anayasa Mahkemesi ve Alman Federal Yüksek Mahkeme kararlarına göre, yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlamak tanığın kişilik hakları ile bağdaşmayacağı için hiç kimse bir yakınının cezalandırılmasına aktif olarak katkıda bulunmaya zorlanmamalıdır. Yakın hısımlara tanıklıktan çekinme hakkı verilmesinin amacı, gerçeğe uygun beyanda bulunduğu takdirde yakını olan şüpheli veya sanığa zarar vereceği endişesinden tanığı korumaktır.

3) Tanıklıktan çekinme hakkı tanınan şüpheli veya sanığın yakınları md. 45/1'de sınırlı bir şekilde sayılmış olup, bunların dışındaki yakınların tanıklıktan çekinme hakkı bulunmamaktadır.

4) Şüpheli veya sanığın nişanlısının tanıklıktan çekinme hakkının varlığı için tanıklık konusu fiilin gerçekleştiği sırada nişanlılığın bulunması gerekmez. Ancak çekinme hakkının kullanılabilmesi için tanıklık yapılacağı sırada nişanlılığın halen mevcut olması gerekir. Nişanlanmaya dayanan tanıklıktan çekinme hakkı kötüye kullanılabilir. Bu nedenle geçerli bir nişanlılığın koşulları bakımından MK hükümleri dikkate alınmalıdır.

5) Eşin tanıklıktan çekinme hakkı için evliliğin kanuna göre kurulmuş olması yeterli olup, evlenmenin mutlak butlan veya nisbi butlan

kinme hakkını kullandığı sırada ise CMK md. 45 ve md. 210/2 hükümleri uygulama alanı bulmuştur.

¹⁵² Bkz. 2. CD, 04.07.2011, E. 2009/46289, K. 2011/15222 ve yukarıda dipnot 143't zikredilen diğer kararlar.

ile batıl olması bu açıdan önem taşımaz. Evliliğin tanıklığa konu olan fiilden sonra gerçekleşmiş olması halinde de çekinme hakkı söz konusu olacaktır.

6) Evlat edinme sözleşmesi ile evlatlık ve evlat edinen arasında kan hısımlığına benzer bir hısımlık kurulduğuna göre, kan hısımlığındaki gibi evlat edinen ve evlatlığın altsoy ve üstsoyları ile eşlerine de tanıklıktan çekinme tanıyan bir düzenleme yerinde olurdu.

7) Tanıklıktan çekinme hakkı sadece şüpheli veya sanığın kanunda sayılan yakınlarına tanınmış olup, mağdur veya katılanın yakınlarının bu haktan yararlanması söz konusu değildir. Suç mağdurunun tanık olarak dinlenmesi halinde yemin hariç tanıklığa ilişkin hükümler uygulanacağı için, şüpheli veya sanığın yakını olan mağdurun da çekinme hakkı vardır. Katılan md. 45/1'de sayılan kişilerden olması halinde yakını olan sanığa karşı çekinme hakkını kullanabilir.

8) Aynı suça iştirakten dolayı birden fazla şüpheli veya sanığa karşı yürütülen bir soruşturma veya kovuşturmada şüpheli veya sanıklardan birisinin yakınının tanıklıktan çekinme hakkı diğer suç ortaklarını da kapsayacaktır. Ancak sanığın yakınının, sanık ile birlikte suçlanan diğer sanıklara karşı çekinme hakkının kapsamı ve sınırları oldukça tartışmalıdır. Tanığın kanunda belirtilen derecede yakını olan sanığın ölmesinden veya hakkındaki muhakemenin mahkumiyetle sonuçlanıp hükmün kesinleşmesinden sonra sanıkla birlikte suçlanan diğer sanığa karşı ceza kovuşturması başlatılmış olması halinde artık diğer sanıklara karşı çekinme hakkı söz konusu olmaz.

9) Tanık, çekinme hakkını niçin kullandığı konusunda bir sebep veya gerekçe göstermek zorunda olmadığı gibi, şüpheli veya sanığın lehine mi yoksa aleyhine mi tanıklıktan çekindiğini açıklaması da gerekmez. Mahkeme başkanı ve üyeler ile muhakemeye katılan diğer kişiler tanığın çekinme konusunda karar verme özgürlüğünü etkileyecek herhangi bir davranışta bulunamazlar.

10) Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanuni temsilcilerinin rızası ile tanık olarak dinlenebilir. Kanuna göre tanıklıktan çekinmenin önemini kavrayamamak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığından kaynaklaması gerektiği için bu nedenler dışındaki bir neden tanıklıktan çekinmenin önemini anlama yeteneğini ortadan kaldırırsa bile söz konusu hüküm uygulama alanı bulmayacaktır.

Ancak bu şekilde bir sınırlamanın makul bir açıklaması bulunmamaktadır.

11) Tanıklıktan çekinme hakkının anlamını kavramak için gerekli olan yeteneğin varlığından söz edebilmek için tanığın, hakkında tanıklık yapacağı yakınının bir haksızlık gerçekleştirdiğini ve bu yüzden cezalandırılmasının söz konusu olduğunu, beyanda bulunmasının muhtemelen onun cezalandırılmasına neden olabileceğini anlayabilecek yeteneğe sahip olması gerekir.

12) Evlilik devam ettiği sürece anne ve baba velayeti birlikte kullanmaları gerektiği için tanıklıktan çekinme konusunda her ikisinin de rıza göstermesi gerekir. Velayet hakkına anne ve babanın birlikte sahip olması halinde sanık durumunda olmayan anne veya babanın da tanıklıktan çekinme hakkının kullanılmasında karar verememesi gerekir. Velayet hakkına anne veya babadan birinin sahip olması halinde şüpheli veya sanık olmayan ve velayet hakkına sahip olan diğer anne veya babaya da menfaat çatışması nedeniyle çekinme hakkında karar verme yetkisi verilmemelidir.

13) Kanuni temsilcinin tanıklıktan çekinme konusunda karar verme yetkisinin olmaması halinde ayırt etme gücüne sahip olmayan tanığın çekinmesi konusunda karar vermek üzere kayyım atanması yoluna gidilmelidir.

14) Çekinme hakkına sahip olan tanığın beyanının delil olarak değerlendirilebilmesi için md. 45/3 uyarınca tanık, tanıklıktan önce çekinme hakkı konusunda bilgilendirilmiş olmalıdır. Madde metninde sadece "tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilir" denilmekle birlikte, tanık, çekinme hakkının kapsamı ve sonuçları konusunda bilgilendirilmelidir. Çekinme hakkı konusunda kanuni temsilcinin de bilgilendirilmesi gerekir.

15) Çekinme hakkına sahip olan tanığın bu hakkı konusunda bilgilendirilmeden alınan beyanı delil olarak değerlendirilmez. Yargıtay istikrarlı bir şekilde, hükmün çekinme hakkı olan ve bu hakkı bildirilmeden dinlenen tanık beyanına dayanmasını bozma nedeni yapmaktadır. Bu beyana ilişkin tutanağın okunması da yasaktır.

16) Dinleme başlamadan önce tanıklıktan çekinme hakkı konusunda bilgilendirilen ve çekinme hakkını kullanmayan tanığın dinleme sırasında çekinme hakkını kullanarak susması halinde bu ana kadar yapmış olduğu açıklamaları da delil olarak kullanılmaz.

17) Tanıklıktan çekinme hakkı olan kişi, duruşmada tanıklıktan çekindiğinde, önceki ifadesine ilişkin tutanak okunamaz (md. 210/2). Madde metninde sadece önceki ifadeye ilişkin tutanağın okunması yasağından bahsediliyorsa da uygulama ve doktrindeki hakim görüşe göre, burada okuma yasağını da içeren genel bir değerlendirme yasağı söz konusudur.

KAYNAKLAR

- AYDOS, Oğuz Sadık, “Yeni Medeni Kanuna Göre Evlat Edinme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 2, s. 117-141.
- BADER, Markus, in: **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung**, Rolf Hannig (Hrsg.) 8. Bası 2019 (Erişim: <https://beck-online.beck.de/>) (Atf: KK-StPO/BADER, StPO §).
- BİRİNCİ UZUN, Tuba, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli”, **Hacettepe HFD**, 6 (1) 2016, s. 135-166.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2018.
- DIEMER, Herbert, in: **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung**, Rolf Hannig (Hrsg.) 8. Bası 2019 (Erişim: <https://beck-online.beck.de/>) (Atf: KK-StPO/DIEMER, StPO §).
- EISENBERG, Ulrich, **Beweisrecht der StPO** 8. Bası, 2013.
- ELLBOGEN, Klaus, **Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung**, Cilt 2, §§ 151-332 StPO, Hartmut Schneider (Hrsg.) 1. Bası 2016 (Erişim: <https://beck-online.beck.de/>) (Atf: MüKoStPO/ ELLBOGEN StPO §).
- FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara 1996.
- GEDİK, Doğan, “Ceza Muhakemesinde Hakimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)”, **DEÜHFD**, Prof. Dr. Durmuş TEZCANA Armağan, Cilt: 21, Özel Sayı, 2019, s. 913-963.
- GÖKCEN, Ahmet/BALCI, Murat/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Bası, Ankara 2020.
- GÖKTÜRK, Neslihan, “Yalan Tanıklık Suçu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XX, Yıl: 2016, Sayı: 1, s. 347-409.
- GRIESBAUM, Rainer, in: **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung**, Rolf Hannig (Hrsg.) 8. Bası 2019 (Erişim: <https://beck-online.beck.de/>) (Atf: KK-StPO/GRIESBAUM, StPO §)
- KÜHNE, Hans-Heiner, **Strafprozessrecht**, 8. Bası, 2010.

- HUBER, Matthias, in: **BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra**, Jürgen Graf (Hrsg.), 37. Edition, Stand: 01.07.2020 (Erişim: <https://beck-online.beck.de>) (Atıf: BeckOK StPO/HUBER StPO §).
- IGNOR, Alexander/BERTHEAU, Camilla, in: **LÖWE/ROSENBERG StPO, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Cilt II: §§ 48-93**, 27. Bası, 2017 (Atıf: IGNOR/BERTHEAU, in: Löwe/Rosenberg, Cilt II, StPO §)
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, "Ceza Yargılamasında Katılanın Aynı Zamanda CMK 45. Maddede Öngörülen Kişilerden Biri Olması Halinde, Tanıklıktan Çekinme Hakkını Kullanıp Kullanamayacağı Sorunu", **Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan**, İstanbul 2013, s. 191-209.
- MEYER-GOSSNER, Lutz, **Strafprozessordnung StPO, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen**, 56. Bası, 2013.
- ÖNDER, Ayhan, "Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Şahitlikten Çekinme Hakkı", **İHFM, Cilt: XXIX, Sayı: 3**, s. 876-932.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Bası, Ankara 2019.
- ÖZEN, Mustafa, **Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri**, 3. Bası, Ankara 2018.
- ÖZGENÇ, İzzet, "Sağlık Hizmeti Bağlamında Sır Saklama Yükümlülüğü ve Kapsamı", **SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi**, Eylül-Ekim-Kasım 2007, sayı 4, s. 98 vd.
- ÖZGENÇ, İzzet, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğünün Kapsamı ve Sınırları", **SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi**, Aralık-Ocak-Şubat 2007- 2008, Sayı: 5, s. 86 vd. (<http://www.sdplatform.com/Dergi/169/Saglik-meslegi-mensuplarinin-sucu-bildirme-yukumlulugunun-kapsam-ve-sinirlari.aspx>) (Erişim tarihi: 06.07.2020).
- ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ERDEN TÜTÜNCÜ, Esfer/ALTINOK VILLEMİN, Derya/TOK, Mehmet Can, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Bası, Ankara 2019 (Atıf: ÖZTÜRK (Editör)).

- PERCIC, Marcus, in: **Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Cilt 1, §§ 1-150 StPO, Hans Kudlich (Hrsg.)** 1. Bası 2014 (Erişim: <https://beck-online.beck.de/>) (Atıf: MüKoStPO/PERCIC StPO §).
- RENGIER, Rudolf, “Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 20.03.1997 – 5 StR 234/96, Auskunftsverweigerung während Vernehmung”, **NStZ 1998**, s. 47-49 (Erişim: <https://beck-online.beck.de/>)
- ROGALL, Klaus, in: **Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Cilt I**, 4. Bası 2013 (Atıf: SK-StPO/ROGALL, StPO §).
- ROXIN, Klaus/SCHÜNEMANN, Bernd, **Strafverfahrensrecht**, 27. Bası, Münih 2012.
- SLAWIK, Sabine, in: **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, Rolf Hannig (Hrsg.)** 8. Bası 2019 (Erişim: <https://beck-online.beck.de/>) (Atıf: KK-StPO/SLAWIK, StPO, §).
- SOYASLAN, Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Bası, Ankara 2016.
- ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara 2005 (Atıf: ŞAHİN, Gazi Şerhi).
- ŞAHİN, Cumhur, **Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi)**, Ankara 2001 (Atıf: ŞAHİN, İspat).
- ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, 10. Bası, Ankara 2020.
- TURHAN, Faruk, “Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, Sayı 4**, s. 359-409.
- TÜRK HUKUK LÜGATI, 3. Bası, Ankara 1991.
- ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Bası, Ankara 2019.
- YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Bası, Ankara 2019.
- YENİSEY, Feridun/OKTAR, Salih, **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu/Strafprozessordnung (StPO)**, 2. Bası, İstanbul 2015.
- YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 19. Bası, İstanbul 2019.