

# TÜKÜRÜK ÖRNEĞİ ALINMASI VE KİŞİNİN KENDİNİ SUÇLAMAYA ZORLANMASI YASAĞI – ANAYASA MAHKEMESİ’NİN 21.04.2016 TARİH VE 2013/5617 SAYILI SITKI GÜNGÖR BAŞVURUSU KARARININ DEĞERLENDİRMESİ (1)

## *Taking Spit Sample and Prohibition of Compulsory Self-Incrimination – Under Consideration of Constitutional Court’s Decision in The Case of Sıtkı Güngör from 21.04.2016 (Case No. 2013/5617)*

  Mehmet ARSLAN (2)

### ÖZET

Ceza muhakemesinde şüpheliden tükürük örneğinin alınması CMK m. 75 f. 1’de düzenlenmiştir ve şüphelinin örneğin alınmasına “katlanma yükümlülüğü” olduğu kabul edilmektedir. Adı geçen düzenleme ve yükümlülük şüphelinin vücut bütünlüğünün korunmasına (Ay. m. 17 f. 1) ve kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağına (Ay. 38 f. 5) dair temel insan haklarıyla uyumludur. Aynı husus, direnen şüpheliden tükürük örneğinin zorla alınması (PVSK m. 16 f. 1) için de geçerlidir. Bu ana ilkeler ışığında Anayasa Mahkemesinin Sıtkı Güngör başvurusu kararı incelenmiş ve Mahkemenin değerlendirilmesindeki bazı eksikliklere dikkat çekilmiştir. Bunlar özellikle adı geçen “katlanma yükümlülüğünün” gerekçesi, somut olayda başvurucuya şüpheli sıfatının verilmesi ve CMK’da üçüncü kişilerin vücutundan örnek alınmasına dair kanun boşluğunu ilgilendirmektedir. Çalışmada, ayrıca kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağının kapsamının belirlenmesi bakımından önemli bir husus teşkil eden Ay. m. 38 f. 5 anlamında “delil gösterme” kavramının anlamı belirlenmeye çalışılmıştır.

<sup>1</sup> Araştırma Makalesi.

Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve hakem denetiminden geçmiştir.  
Gönderim Tarihi: 20.09.2021, Kabul Tarihi: 14.10.2021.

<sup>2</sup> Arş. Gör. Dr., Bochum Ruhr Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.

**Anahtar kelimeler:** kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağı, şüpheli sıfatının verilmesi, üçüncü kişinin vücudundan örnek alınması, katlanma yükümlülüğü, delilin gösterilmesi

## ABSTRACT

Taking spit sample from suspect in criminal proceedings is regulated by in section 75(1) of Turkish Criminal Procedure Code and it is generally acknowledged that the suspect has an 'obligation to bear' of the sample being taken. The aforementioned regulation and obligation are in line with the fundamental human rights regarding the protection of the suspect's body integrity (Article 17(1) of Turkish Constitution) and the prohibition of being forced to incriminate oneself (Article 35(8) of Turkish Constitution). The same is also valid for using of compulsion if the suspect resists to taking of sample (section 16(1) of Turkish Code of Police Duties and Powers). In the light of these main principles, the decision of the Constitutional Court in case of Sıtkı Güngör was examined by this article and some deficiencies in the evaluation of the Court were pointed out. These are particularly concerned with the justification of the 'obligation to bear', giving the applicant the status of suspect under circumstance of present case and taking samples from the body of a third person in accordance with Turkish Criminal Procedure Code. The article also deals with an important issue in determination of the scope of the prohibition of self-incrimination, namely the meaning of term of 'showing evidence' to which nobody may be compelled according to Article 38(5) of Turkish Constitution.

**Keywords:** prohibition of self-incrimination, attributing the status of suspect, taking spit sample of a third person's body, "obligation to bear", "showing evidence".

## GİRİŞ

Ceza muhakemesinde tükürük örneğinin alınması bazı suçların soruşturulması ve kovuşturulması bakımından önemli bir delil elde etme tedbiri teşkil etmektedir.<sup>3</sup> CMK m. 75 f. 1 şüpheli ve sanıktan tükürük örneğinin alınması için soruşturma ve kovuşturma mercilerine yetki verirken, m. 76 f. 1'de diğer kişilerden tükürük örneğinin alınması düzenlenmektedir. Bu hükümlerin anlaşılması ve uygulanmasının Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) güvence altına alınan kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağı (Ay. m. 38 f. 5; AİHS m. 6 f. 1) ve kişinin vücut bütünlüğünün korunmasına (Ay. m. 17 f. 1; AİHS m. 8 f. 1) dair temel insan haklarıyla bağlantılı bir şekilde gerçekleşmesi gerekir.

<sup>3</sup> Yunus Emre Bağlar, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması' (2021) 45 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 121, 122 vd.; Z. Özen İnci, 'Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler' (2017) 7(2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 119, 121; Özge Apış, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması' (2012) 18(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 267, 268; Asuman Tunçer İnce, 'Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi' (2018) 4(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 355, 368.

Bunun nasıl olacağı, bu çalışmada, Anayasa Mahkemesinin Sıtkı Güngör bireysel başvurusu hakkında verdiği karar değerlendirilerek ortaya konulacaktır. <sup>4</sup> Kararın bu çalışmayı ilgilendiren kısmı şu olayı konu edinmiştir:

*“İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından terör örgütü üyesi olmak, silahlı yağma, kasten yaralama, tehlikeli maddeleri izinsiz olarak bulundurma, ... ve 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’na muhalefet etme suçlarından başvuru ile birlikte toplam altmış dört şüpheli hakkında İstanbul 3 No.lu Hâkimliğinin (TMK mülga 10. madde ile görevli) 8/6/2013 tarihli ve 2013/5291 Teknik Takip No.lu kararı ile arama, el koyma, vücuttan tükürük örneği alınması ve moleküler genetik inceleme yapılmasına karar verilmiştir. Kararda itiraz süresi ve merci belirtilmemiştir.” (Ş 9)*

İstanbul Emniyet Müdürlüğünün ilgili yazısına göre

*“başvurucu ve diğer şüphelilerin vücudundan alınan örnekler üzerinde daha önceden söz konusu terör örgütü tarafından gerçekleştirildiğinden şüphelenilen faili meçhul bazı silahlı ve bombalı eylemler sonucunda olay yerinden elde edilen biyolojik delillerle ve diğer bazı suç delili olan materyaller üzerinde moleküler genetik incelemeler yapılmak”*

istendiği belirtilmiştir. Başvurucu, on gün sonra 18/6/2013 tarihinde saat 11.15’te yakalanarak gözaltına alınmıştır (Ş 66).

Başvurucu hastaneye götürülmek ve tükürük örneği vermek istemediğini belirtmiş, hastaneye götürülmek ve tükürük örneğinin alınmasına rıza göstermemesinden dolayı bunlara zorlanmıştır. *“Haseki Eğitim ve Araştırma Hastanesinde 19/6/2013 tarihli ve 19.33 saatli tutanakla Dâhiliye Uzmanı A.K.E. tarafından başvuruçunun tükürük örneği alınmıştır.” (Ş 12)*

*“Kolluk görevlileri tarafından düzenlenen 19/6/2013 tarihli ve 22.30 saatli zor kullanma tutanağında başvuruçunun da aralarında bulunduğu toplam on şüphelinin tükürük örneği alınmak üzere gözaltından çıkarıldıkları sırada görevlilere direndikleri, şahısların kelepçelenerek araca bindirildikleri, tükürük örneği vermeyeceklerini beyan ettikleri, ... fiili saldırılarının artarak devam etmesi nedeniyle görevliler tarafından dirençlerini kıracak ölçüde göz yaşartıcı gaz sıkılarak etkisiz hâle getirildikleri, bu şekilde başvuruçunun tükürük örneğinin alınabildiği, ...ifade edilmiştir.” (Ş 13)*

Başvurucu gözaltındayken avukatıyla görüşürülmüş ve avukatı görüşme tutanağına başvuruçunun tükürük örneğinin alınmasına dair iddialarını şu şekilde derç etmiştir: Müvekkil *“...biber gazı sıktıklarını, yerlerde sürükleyerek Hastaneye soktuklarını, polislerin elleriyle yüzüne bastırdıkları sırada doktorun ağzının içinden örnek aldığı, ...”* söyledi (Ş 16).

Kolluk görevlileri tarafından tükürük örneği alınmasında zor kullanıldığı ve bundan dolayı başvuruçunun bedenine müdahale edildiği için sağlık raporu alınmış ve tanzim edilen raporda; başvuruçunun *“sol ayakta 1/6/2013 tarihinde yapılan diz hizasına kadar alçı, kafanın oksipital alanında 3 cm’lik şişlik olduğu belirtilmiştir.” (Ş 14)* Başvurucu, gözaltının ardından tekrar doktor muayenesinden geçirilmiş ve düzenlenen raporda

<sup>4</sup> AYM, Sıtkı Güngör Başvurusu, Başvuru No:2013/5617, K.T. 21.04.2016.

*"başvurucunun sol alt bacakta alçı olduğu (Başvurucu bu alçının 31 Mayıs 2013 tarihinde Taksim'de Gezi olayları sırasında yaralanmasından dolayı meydana geldiğini doktora ifade etmiştir.), sağ el 2. parmak ve alt çene sağ köşede hassasiyet, alçılı ayak parmaklarında ödem olduğu, mevcut yaralanmasının basit tıbbi müdahale ile giderilebilir ölçüde hafif olduğu kayıtlıdır. "*

ifadelerine yer verilmiştir (§ 15).

*"... Başvurucu hakkında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 24/6/2014 tarihli ve 2014/39749 soruşturma, E.2014/32052 sayılı iddianamesiyle kamu malına zarar verme, toplantı ve yürüyüşlerine silah veya 23. maddede belirtilen aletlerle katılma, silahlı terör örgütü yöneticisi olma, terör örgütü propagandası yapma, silahlı olarak katıldığı toplantı ve gösteri yürüyüşünde ihtara rağmen dağılmama ve görevi yaptırmamak için direnme suçlarından kamu davası açılmıştır." (§ 23)*

Başvurucu, bireysel başvuruyu gerçekleştirdiği sırada adı geçen dava İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesi nezdinde görülmektedir.

Bu çalışmayı ilgilendirdiği kadarıyla, Anayasa Mahkemesine göre başvurucunun hak ihlali iddiaları;

1. Zorla tükürük örneğinin alınmasıyla kendi aleyhine delil vermeye zorlanma yasağının ihlal edildiği (Ay. m. 38 f. 5; AİHS m. 6 f. 1),
2. Zor kullanımıyla maddi ve manevi varlığının korunmasına dair hakkının (Ay. m. 17 f. 1; AİHS m. 8 f. 1) ihlal edildiği ve
3. Vücudundan örnek alınmasına dair Sulh Ceza Hakimliği kararına karşı kanun yolu korumasından faydalanma olanağının bulunmadığı (Ay. m. 40 f. 1; AİHS m. 13 f. 1) şeklindedir.

## **I. ANAYASA MAHKEMESİNİN İHLAL İDDİALARI HAKKINDAKİ KARARI VE BUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ**

### **A. Kendi Aleyhine Delil Vermeye Zorlanma Yasağına İlişkin Değerlendirmeler**

Anayasa Mahkemesi, başvurunun, zorla tükürük örneğinin alınarak kendi aleyhine delil vermeye zorlanma yasağının (Ay. m. 38 f. 5) ve böylece adil yargılanma hakkının (Ay. m. 36 f. 1; AİHS m. 6 f. 1) ihlal edildiğine dair kısmının kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, başvurucu hakkındaki ceza davasının hâlen derdest olduğuna işaret ederek, söz konusu hak ihlaline dair iddialar bakımından henüz tüketilmemiş kanun yollarının var olduğunu belirtmiştir (§ 47).

Anayasa Mahkemesinin bu tespiti eleştiriye açıktır.

### **1. Tükürük Örneği ve İlk Derece Mahkemesindeki Yargılama**

Somut olayın koşulları altında, başvurucu hakkında derdest olan ceza davasında; ilk derece mahkemesi tarafından, başvurucunun kendi aleyhine delil vermeye zorlanma yasağı hususundaki iddiası için bir değerlendirme yapılması ihtimalinin olmadığı görülmektedir: Tükürük örneğinin delil olarak başvurucu hakkında mahkeme önünde hâlen görülmekte

olan ceza davasında delil olarak sunulup sunulmadığı konusunda bir belirleme yoktur. Daha teknik bir ifade ile; mevcut koşullar altında, tükürük örneğinin Cumhuriyet savcısı tarafından CMK m. 170 f. 2 j bendi gereği başvurucuya yüklenen suçlar bakımından delil olarak sunulup sunulmadığı anlaşılmamaktadır.<sup>5</sup> Gerçekten, ne başvurucu tarafından bu konuda ileri sürülmüş bir iddia ne de başvurucu hakkında hazırlanan iddianamede tükürük örneğinin aleyhe delil olarak sunulduğu konusunda bir bilgi mevcuttur. Bu durumda başvurucu hakkında devam etmekte olan ceza davasında; ne başvurucunun adı geçen yasağın ihlal edildiği konusunda bir iddiası ne de ceza mahkemesinin bu konuda verebileceği bir karar söz konusu olabilecektir. Başvurucu hak ihlali iddiasında bulunsa dahi; ceza mahkemesinin, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat talebine dair CMK hükümlerine (m. 141)<sup>6</sup> ve idarenin hizmet kusurundan dolayı genel sorumluluğuna işaret etmekten başka bir seçeneği yoktur.<sup>7</sup> Ceza mahkemesi CMK m. 225 f. 1'deki düzenleme gereği; sadece iddianamede gösterilen fiil ve faile ilişkin hüküm verebilir.<sup>8</sup> Tükürük örneğinin delil olabileceği bir fiil iddianamede gösterilmediği için, ceza mahkemesinin önündeki yargılamanın tükürük örneğinin elde edilmesinin hukukiliği bakımından tüketilebilecek ve tüketilmesi gereken bir kanun yolu olmadığı ortadadır.

## 2. Tükürük Örneğinin Alınması Bakımından Başvurucunun Şüpheli Sıfatı

### a. Örgüte üyelik şüphesi ve örgütün diğer suç teşkil eden eylemleri

Başvurucunun iddiasına daha dikkatli bir şekilde bakıldığında; Sulh Ceza Hakimliği'nin tükürük örneği alma kararını, daha sonra iddianameyle şüpheliye isnat edilenlerden farklı bazı suçlar için verdiği anlaşılmaktadır. Başvurucunun yargılandığı ceza davasında tükürük örneğinin delil olarak kullanılma ihtimalinin bulunmadığı buradan da anlaşılmaktadır (bkz. § 38). Yukarıda adı geçen İstanbul Emniyet Müdürlüğü'nün yazısından da anlaşıldığı gibi; başvurucudan alınan tükürük örneği doğrudan kendisine yöneltilen bir suç ithamından dolayı alınmamıştır. Tükürük örneği, başvurucunun üyesi olduğundan şüphelenilen terör örgütünün "*gerçekleştirdiğinden şüphelenilen faili meçhul bazı silahlı ve bombalı eylemlerden*" dolayı "*olay yerinden elde edilen biyolojik delillerle ve diğer bazı suç delili olan materyaller üzerinde moleküler genetik incelemeler yapılmak*" için alınmıştır (§ 66). Başvurucunun "*silahlı ve bombalı eylemlerin*" veya "*diğer bazı suçların*" şüphelisi olduğu ise adı geçen yazıdan

<sup>5</sup> İddianamenin içeriği için bkz. Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin ve Kerem Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 554; Erdener Yurtcan, *Ceza Mahkemesi Kanunu Şerhi* (9. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019) 561; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* Cilt. 3 (15. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 1309.

<sup>6</sup> Bkz. Nabi Özalp, 'Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK m. 141-144)' (2019) 145 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 81 vd. Nitekim yazarın da belirttiği gibi CMK'da hukuka aykırı tükürük örneği alınmasından dolayı şüpheli veya üçüncü kişilere tanınan bir tazminat hakkı ve böylece gidilebilecek bir kanun yolu mevcut değildir. 153 vd.

<sup>7</sup> Bkz. Aydın Akgül, 'İşkence Nedeniyle Açılan Tam Yargı Davalarında Danıştay Ölçütleri' (2014) 145 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 189 vd.

<sup>8</sup> Hükmün konusu için bkz. Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku II* (11. Bası, Seçkin Yayınları 2021) 187; Gökçen ve diğerleri (n 3) 612 vd.; Yurtcan (n 3) 796; Ünver ve Hakeri (n 3) 1660.

çıkılmamaktadır.<sup>9</sup> Söz konusu Sulh Ceza Hakimliğinin kararında da bu konuda bir belirleme olup olmadığı anlaşılmamaktadır. Terör örgütü üyesi olmasından şüphelenilen başvurunun, söz konusu örgütün işlediğinden şüphelenilen eylemlerin aktüel şüphelisi olduğu gibi bir çıkarımın doğru olmadığını düşünmekteyiz. Esasında, örgütün işlediğinden şüphelenilen suçlardan bahsedilmesi, ceza muhakemesinde bir kişinin şüpheli sıfatını alması bakımından doğrudan bir öneme sahip değildir. Şüphelilik sıfatı için bu bağlamda önemli olan; örgüt yöneticisi, üyesi, örgüte yardım edenin veya örgüt adına hareket eden üçüncü bir kişinin örgütsel faaliyet olarak işlediğinden şüphelenilen bir suçun olup olmadığıdır. Terör örgütü üyesi olmasından şüphelenilen bir kişinin söz konusu örgütün faaliyetleri kapsamında işlenmiş suçların doğrudan şüphelisi olabileceğini kabul etmek ise hem maddi hukuk açısından hem de usul hukuku açısından beraberinde bazı sorunları getirmektedir.

Maddi hukuk açısından üyelik şüphelisinin örgüt adına işlenen suçların aktüel şüpheli olması; üyeliğiyle söz konusu eylemlere müşterek fail, azmettiren veya yardım eden olarak iştirak ettiğine dair bir ön kabule dayanacaktır. Ancak böyle bir kabul suç teorisi bakımından savunulamaz. Türk Ceza Kanunu üye olmak ve bunun sonucu olarak bizzat işlenen eylemler ile örgütün faaliyeti kapsamında diğer kişilerce işlenen eylemlerden dolayı sorumluluğu birbirinden kural olarak ayırmıştır.<sup>10</sup>

Üye olma şüphesi altında olan kişi örgüt adına işlenmiş diğer bazı suçların da şüphelisi olma potansiyeline sahiptir, ancak bu potansiyelliğin gerçekleşip gerçekleşmediğinin, yani aktüel olarak diğer suçlar için de bir şüphenin var olup olmadığının somut olayda tespiti gerekir. Şüpheli CMK m. 2 f. 1 bent a'ya göre 'soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişidir'. Üyelik şüphesi altında olduğu kabul edilen kişinin örgüt adına işlenen diğer suçlar bakımından da şüphe altında olup olmadığının ayrıca tespiti gerekecektir. CMK m. 2 f. 1 bent a 'suç şüphesi' derken her iki terimi de tekil olarak kullanmıştır. Başvurunun CMK m. 2 f. 1 bent a'ya göre üyelik şüphesi altında olduğunun kabulü, diğer suç teşkil eden fiillerden dolayı şüphe altında olduğu anlamına gelmez. Ne kadar suç isnadı varsa o kadar 'şüphe altında' olma tespitinin yapılması gerekir.<sup>11</sup> Somut olay bakımından başvurunun üyeliğe ilişkin fiili ile diğer suç teşkil eden fiillerinin birbirinden farklı olduğunu görmek gerekir.

<sup>9</sup> Vücuttan örnek alınmasında şüpheli sıfatının olması için ayrıntılı bir şekilde bkz. Adar Özdemir Çiğdem, 'Nemo Tenetur İlkesi Bağlamında Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2019) 58 vd.; Ümmügülüm Kılıç, 'Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2010) 116.

<sup>10</sup> TCK'da böyle bir sorumluluk türü sadece örgüt yöneticileri bakımından m. 220 f. 5'de öngörülmüş ve bu hükmün dahi yorumlanması (bkz. Muhammet Emre Tulay, 'Suç Örgütü Liderinin Cezai Sorumluluğuna İlişkin Hukuki Analiz ve Öneriler' (2019) 38 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 89 vd.) ve kusur ilkesine uygunluğu konusunda ciddi hâlâ aşılamamış şüpheler mevcuttur; bkz. Vesile Sonay Evik, 'Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu' (2013) 19(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 692 vd.; Zeki Hafizoğulları ve Kurşun Günel, 'Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk' (2007) 71 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 25, 41.

<sup>11</sup> Aynı şekilde Apış (n 1) 279.

Öğretide kişinin 'suç şüphesi altında' olup olmadığının belirlenmesine dair genel olarak iki görüşün olduğu görülmektedir.<sup>12</sup> Birinci görüşe göre şüpheli sıfatı adli mercilerin buna yönelik ilgili bir işlemlerle verilecektir.<sup>13</sup> Bu görüşün bir sonucu olarak adli merciler bir kişinin 'suç şüphesi altında' olduğunu kabul ediyorsa, o kişi şüphelidir. Keza aynı kişinin suç şüphesi altında olmadığı kabul ediliyorsa, o kişi şüpheli sıfatına sahip değil veya daha değildir. Burada şüpheli sıfatının alınması/verilmesi veya alınmaması/verilmemesi bakımından şekli bir kıstasın, yani adli mercilerin buna yönelik izhar edilmiş iradesinin esas alınması söz konusudur.<sup>14</sup> Somut olay bakımından üyelik şüphesi altında olan başvuru organının örgütün faaliyetleri kapsamında işlenen diğer suçların da şüphelisi olduğunu adli merciler (bkz. yukarıda İstanbul Emniyet Müdürlüğü'nün ilgili yazısı ve Sulh Ceza Hakimliğinin kararı) kabul ettiğinden dolayı, birinci görüşe göre başvuru organından tükürük örneği alınmasını gerektiren 'diğer suçlar' bakımından da şüpheli sıfatını almıştır.

İkinci görüş ise maddi bir kıstasa başvurulmasını savunmaktadır.<sup>15</sup> Çünkü şekli bir kıstas esas alındığında adli mercilere şüphelilik sıfatının verilmesi veya verilmemesi konusunda bir nevi takdir yetkisinin verilmesi söz konusu olacak; birinci durumda maddi anlamda bir kişi 'şüphe altında' olmamasına rağmen kendisine şüpheli muamelesi yapılacak, ikinci durumda ise maddi anlamda 'şüphe altında' olmasına rağmen şüphelinin sahip olduğu haklardan (özellikle bilgilendirilme hakları, susma hakkı, müdafiden yararlanma hakları, bkz. CMK m. 147 vd.) mahrum edilecektir. Bundan dolayı 'şüphe altında bulunmanın' belirlenmesi maddi bir kıstasla *tamamlanmalıdır*.<sup>16</sup> İkinci görüş bu şekilde adli mercilerin şüpheli sıfatını

<sup>12</sup> Öğretide şüpheli sıfatının verilmesi ayrıca objektif ve subjektif kıstaslar ayrımı yapılmaktadır, ayrıntılar için bkz. Rezzan İtişgen, *Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2013) 75 vd.

<sup>13</sup> Krş. Gökçen ve diğerleri (n 3) 242.

<sup>14</sup> Öğretideki bu yöndeki görüşlerin özeti için bkz. İtişgen (n 10) 75.

<sup>15</sup> Krş. Ünver ve Hakeri (n 3) 160; Kılıç (n 7) 116 vd.; Apış (n 1) 279.

<sup>16</sup> AİHM'in Sözleşmenin 6. maddesinin birinci fıkrası kapsamında geliştirmekte olduğu şüpheli sıfatının alınmasına dair içtihadına bakıldığında; Mahkeme'nin karma ve kişinin menfaatlerini esas alan bir teoriyi esas aldığı görülmektedir. Mahkeme bir taraftan adli mercilerin kişiye yönelik resmi, yani açık ve şekli, bir ithamda bulunmuş olması halinde kişinin artık m. 6 f. 1 anlamında şüpheli sıfatını aldığını ve bu maddenin koruması altında olduğuna işaret etmektedir (bkz. Malkov v Estonya Başvuru No: 31407/07 (AİHM, 04 Şubat 2010) § 56). Diğer taraftan adli mercilerin şüpheli sıfatının verilmesini geciktirerek, şüpheliyi 6. maddenin korumasından mahrum kılmaları tehlikesine karşı korumak için; maddi bir kıstasla adli mercilerin belirleme alanı daraltılmaktadır. Mahkeme'ye göre birincisi, resmi bir itham olmasa dahi kişiye karşı alınmış ve menfaatine halel getiren bazı tedbirlerden şüpheli sıfatının aslında verilmiş olduğu anlaşılabilir. İkincisi, ulusal mercilerin bir kişinin bir suça karışmış olduğuna dair makul nedenlere ('plausible reasons') sahip olması halinde, artık bu kişinin şüpheli sıfatını aldığını kabul etmek gerekir (bkz. Bandaletov v Ukrayna Başvuru No: 23180/06 (AİHM, 31 Ekim 2013) § 56; Yuriy Valkov v Ukrayna Başvuru No: 45872/06 (AİHM, 19 Aralık 2013) § 66). Örneğin Mahkeme bir kişi ulusal adli mercilerce her ne kadar tanık olarak dinlenmişse de, bu kişinin adı geçen ikinci kıstasa göre AİHM m. 6 f. 1 anlamında şüpheli olarak görülmesi gerektiği ve bundan dolayı kendisine kendini suçlamama hakkının sağlanması gerektiğine hükmetmiştir (bkz. Serves v Fransa Başvuru No: 20225/92 (AİHM, 20 Ekim 1997) §§ 40 vd.); AİHM'in içtihadına bakıldığında, kararlarının odağında daha ziyade şüpheli sıfatının verilmesinin geciktirilmesinden dolayı, kişinin hak yoksunluklarına maruz kalması tehlikesi bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle, haksız yere şüpheli haline konulup hakkında bazı tedbirlere başvurulması (krş. CMK m. 158 f. 6) – gördüğümüz kadarıyla – Mahkeme'nin ele almadığı bir husustur. AİHM'in ilgili içtihadı için ayrıca bkz. David Harris, Michael



vermesindeki belirlemelerini maddi bir kıstasa da bağlayarak; ‘şüpheli adayının’ adı geçen menfaatlerinin de göz önünde bulundurulmasını talep etmektedir. Nitekim bu görüş CMK m. 158 f. 6’da 2017 yılında yapılan değişiklikle kanun koyucu tarafından da benimsenmiştir. Buna göre hakkındaki ihbar veya şikâyet ‘soyut ve genel olan’ durumlarda kişiye şüpheli sıfatı verilmez. Öğretide bu değişiklikten uzun süre önce benzer şekilde şüpheli sıfatının verilebilmesi için gerekli olan, basit veya başlangıç şüphesi olarak tabir edilen şüphenin, somut ve emarelere dayalı olmasının gerektiği dile getirilmekteydi. Söz konusu şüphenin ‘belirsizlikten çıkmış...emareye dayanan...belirli bir şahsa yönelmiş...o kişinin bir suçtan sorumlu olduğuna dair somut... dayanak noktalarının’ olması gerekir. Öğretide Şahin bu hususu şu şekilde özetlemektedir; ‘vakia yoksa şüphe de yoktur’.<sup>17</sup> Biz de bu görüşteyiz.

AYM’nin kararına konu olduğu haliyle, başvuruya esas alınan olaya bakıldığında, başvuruçunun örgüt adına işlenen diğer suçlar bakımından şüpheli olmasını gerektirecek somut dayanak noktalarının olup olmadığı anlaşılamamaktadır.<sup>18</sup> Üyelik şüphelisinin adı geçen ‘silahlı ve bombalı eylemleri’ veya ‘diğer bazı suçları’ işlediği konusunda ayrıca şüphe teşkil edebilecek belirti veya delillerin gerçekte varlığı ihtimalini elbette ki gözden kaçırmamak gerekmektedir. Bu durumda, kendisinden CMK m. 75 f. 1 gereği tükürük örneği alınmasının önünde bir engel olmayacaktı. Fakat bu şekildeki şüphenin varlığı en azından vücuttan tükürük örneği alınmasına dair tedbire karar verildiği anda teyit edilebilecek olmalıydı.<sup>19</sup> Her ne kadar başvuruçunun hakkında şüphenin var olduğu kabul edilen fiiller bakımından daha sonra bir iddianame düzenlenmemiş olması; şüphenin gerekçesiz olduğu anlamına gelmeyecek ise de somut olayda böyle bir şüphenin varlığı konusunda hangi belirti veya delilin olduğu muallaktır. Her halükârda sadece üyesi olduğu konusunda şüphenin bulunması, *başlı başına*, kişinin adı geçen örgütün adına işlendiğinden şüphelenilen ‘silahlı ve bombalı eylemlerin’ ve ‘diğer bazı suçların’ aktüel şüphelisi olduğu çıkarımını haklı kılmaz. Peki bu durumda soruşturma mercilerinin eli kolu bağlı mı olacaktır? Örgüt adına işlenen suçların soruşturulması ve kovuşturulmasında bu suçların şüphelisi olmayan kişilerin vücutundan örnek alınması mümkün olmamalı mıdır? Somut olaya uygularsak, İstanbul Emniyet Müdürlüğü’nün talep ettiği “*başvuruçunun ve diğer şüphelilerin vücutundan alınan örnekler üzerinde daha önceden söz konusu terör örgütü tarafından gerçekleştirildiğinden şüphelenilen faili meçhul bazı silahlı ve bombalı eylemler sonucunda olay*

O’Boyle, Ed Bates ve Carla Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Türkçe çeviri (çevirmenler; Mehveş Kılıcı Bingöllü ve Ulaş Karan) (1. Baskı, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi 2013) 210 vd.; ayrıca bkz. İtişgen (n 10) 76.

<sup>17</sup> Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku I* (11. Baskı, Seçkin 2020) 36; somut belirtilerinin olmasının gerekmesi için ayrıca bkz. Apış (n 1) 279.

<sup>18</sup> Öğretide ayrıca şüphelinin vücutundan örnek alınabilmesi için gerekli olan şüphenin derecesi bakımından da farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bunlar için ayrıntılı bir şekilde bkz. Özdemir (n 7) 58 vd.; Kılıç (n 7) 117 vd.; Bu çalışma bakımından bu tartışmalara değinilmemiştir, çünkü kanaatimizce çalışmanın esas aldığı olayda basit bir başlangıç şüphesinin olup olmadığı dahi tespit edilmemiştir.

<sup>19</sup> CMK m. 75 f. 1 gereği kişinin vücutundan örnek alınabilmesi için şüpheli sıfatının gerekliliği için ayrıca bkz. Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (3. Baskı, Seçkin Yayınları 2019) 225.



yerinden elde edilen biyolojik delillerle ve diğer bazı suç delili olan materyaller üzerinde moleküler genetik incelemeler" (S 66) yapmak mümkün olmamalı mıdır?

## b. Şüpheli olmayan üçüncü kişiden tükürük örneğinin alınması

Kural olarak bu soruya evet cevabı vermek gerekir. Çünkü örnek alınması ve genetik inceleme suçların soruşturulması ve kovuşturulması gibi meşru bir amaca hizmet edecektir. Somut olayın koşulları altında örgüte üye olduğundan şüphelenilen kişiden 'silahlı ve bombalı eylemlerin' ve 'diğer bazı suçların' şüphelisi olarak değil; üçüncü kişi olarak CMK m. 76'ya göre tükürük örneğinin alınması ve CMK m. 78'e göre moleküller genetik incelemenin yapılması düşünülebilir. Fakat CMK, şüpheli dışında diğer kişilerin vücudundan örnek alınmasını kural olarak sadece mağdura hasretmiştir (m. 76 f. 1).<sup>20</sup> Her ne kadar Yönetmelikle mağdur dışındaki üçüncü kişilerin de beden muayenesinin yapılması ve vücutlarından örnek alınmasına izin verilmişse de<sup>21</sup> üçüncü kişinin beden bütünlüğüne yapılacak bir müdahalenin Ay. m. 17 f. 2 ve AİHS m. 8 f. 2 anlamında bir 'kanunla' gerçekleşmesi gerektiği göz ardı edilemez. Üçüncü kişinin temel insan hakkına müdahale bakımından ilgili Yönetmeliğin hükümlerinin 'kanun' teşkil etmediği ortadadır.<sup>22</sup> Aslında mehz Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda benzer şekilde bir sınırlama mevcut değildir (bkz. m. 81c f. 1).<sup>23</sup> Bu durumda, üçüncü kişiden tükürük örneğinin alınmasının Cumhuriyet savcısının genel araştırma yapma yetkisine (bkz. m. 161 f. 1) dayandırılması söz konusu olabilir mi sorusu gündeme gelmektedir. Kanun koyucunun şüpheli dışında diğer kişilerden örnek alınmasını açık bir şekilde mağdurla sınırlandırması karşısında bu sorunun olumsuz yanıtlanması gerekecektir. Bunun istisnasını genel araştırma yetkisine dayanılarak (m. 161 f. 1) üçüncü kişinin *rızasıyla* vücudundan örnek alınması teşkil etmektedir.<sup>24</sup> Rızası olmayan üçüncü

<sup>20</sup> Bunun istisnasını, soy bağıнын belirlenmesi için çocuktan örnek alınması (CMK m. 76 f. 3) ve özel kanunlarda alkol ve kan muayenesi alınmasıdır; bunlar için bkz. İzzet Özgenc, 'Beden Muayenesi, Vücuttan Biyolojik Örnek Alma, Moleküler Genetik İnceleme ve DNA Verilerinin Muhafazası İşlemleriyle İlgili Rıza ve Yetki Sorunları Üzerine Hukuki Değerlendirmeler' (2020) 24(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 233, 247 vd.; ayrıca bkz. Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Baskı, Seçkin Yayınları 2019) 639 vd.; Bağlar (n 1) 142; Apiş (n 1) 286.

<sup>21</sup> Bkz. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m. 7 ve 8.

<sup>22</sup> Aynı doğrultuda Yenisey ve Nuhoğlu (n 18) 634; Öztürk ve diğerleri (n 17) 217; Bağlar, (n 1) 138; krş. Özdemir (n 7) 42 vd.; Berrin Akbulut, 'Dış Beden Muayenesi' (2016) 27 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 83, 117.

<sup>23</sup> Bunun için bkz. Hakan Kızılarlan, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2007) 251 vd. <<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/42321.pdf>> 08 Mayıs 2021 tarihinde erişildi; Alman ceza muhakemesi hukukunda üçüncü kişilerden örnek alınması bakımından oldukça tartışmalı olan hüküm m. 81h'dir. Bu hükme göre 'gönüllük' esasına dayalı olmak şartıyla, üçüncü kişilerden *toplu DNA araştırması* yapılmasına katılması için örnek alınabilmesi öngörülmektedir. Bu hükme eleştirel bir yaklaşım için bkz. Patricia Matulewicz, 'Die Problematik der Freiwilligkeit der DNA-Reihenuntersuchungen und der Verwertbarkeit der Daten' in Yener Ünver (Editör), *Ceza Hukuku ve Modern Teknolojiler* (Seçkin Yayıncılık 2018) 141 vd.

<sup>24</sup> Krş. Yönetmelik m. 18 f. 3: Bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve *diğer kişilerin* kendiliğinden başvurarak *rıza göstermeleri* hâlinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbî muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir.

kişiden, kendisinin işlediğinden şüphelenilmeyen bir suçun soruşturması kapsamında tükürük örneğinin alınmasının gerekliliği ve meşru olması karşısında; kanunda bir düzenleme boşluğu olduğu kanaatindeyiz.<sup>25</sup>

Söz konusu boşluğa ilişkin sorunu burada daha fazla irdelemeden, bu çalışmanın konusu bakımından neticede şu tespiti yapılması gerekir: Her ne kadar başvurucu hakkında şüpheli sıfatıyla CMK m. 75 f. 1 ve devamı hükümleri uyarınca tükürük örneği alınmışsa da, örneğin alındığı düşünülen 'silahlı ve bombalı eylemler' veya 'diğer bazı suçlar' bakımından başvurunun şüpheli sıfatının varlığı konusunda ciddi tereddütler veya en azından Anayasa Mahkemesi kararında bu hususlardaki olguların eksik olarak belirlenmesi söz konusudur. Başvurucu her ne kadar daha sonra bu suçlardan dolayı hakkında iddianame düzenlenmediğine dikkat çekmişse de Anayasa Mahkemesi, başvurunun bu iddiasının akla getireceği şüpheli sıfatının var olup olmadığı sorununa değinmemiştir. Mevcut olay tasviri karşısında (özellikle diğer bazı suçlar bakımından şüpheli sıfatının sadece örgüt üyeliği şüphesine dayandırılmış olmasının anlaşılması karşısında), başvuru, hakkında örnek aldığı düşünülen fiiller bakımından üçüncü kişidir. Başvurucu, üçüncü kişi olarak, daha sonra iddianamede örgüt yöneticiliği şeklinde değiştirilen ithamdan dolayı yargılandığı ceza davasında ise kendini suçlamaya zorlanma yasağının ihlal edildiği iddiasında bulunamaz. Çünkü tükürük örneğinin alındığı düşünülen fiiller söz konusu ceza davasının konusu değildir (krş. CMK m. 175 f. 2 j bendi; m. 225 f. 2).<sup>26</sup> Bundan dolayı başvurunun bu iddiası için kanuni yolları tüketmediği tespiti adı geçen ceza yargılaması bakımından isabetli olmamıştır. Anayasa Mahkemesinin kabul edilebilirlik kararını bu nispette isabetli bulmuyoruz.

### 3. Üçüncü Kişi Olarak Başvurucunun Tükürük Örneğine İlişkin Muhtemel Hak İhlali İddiaları

Başvurucu hakkında derdest ceza yargılamasının başvurunun iddiaları bakımından gidilebilecek bir kanun yolu olmadığı gerçeği karşısında; Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruya konu olan bu iddiaları irdelemesi gerekirdi. Bunun için öncelikle başvurunun iddialarının bireysel başvuruda hangi hak altında incelenebileceğinin belirlenmesi gerekirdi. Bu bağlamda iki hak veya en azından bunların biri altında bir incelemenin olabileceğini düşünmekteyiz: Başvurucu 'silahlı ve bombalı eylemlerin' veya 'diğer bazı suçların' şüphelisi olmamasına rağmen; neticede, şüpheli sıfatıyla kendisinden tükürük örneği alınmış olması karşısında, kendini suçlamaya zorlanma yasağına dayanarak bireysel başvuruya adil

<sup>25</sup> Aynı görüşte Öztürk ve diğerleri (n 17) 238; Aydın Aygün, 'Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma' (2016) 8 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 49, 58; Recep Doğan, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma' (2019) 142 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 93, 118; karşı görüş için bkz; Pervin Aksoy İpekçioğlu, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma' (2012) LXX/2012(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 19, 24; ayrıca karşılaştırınız Veli Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (12. Baskı, Seçkin Yayınları 2019) 461; Yenisey ve Nuhoğlu (n 18) 641; Özgenç (n 18) 247; Gökçen ve diğerleri (n 3) 354.

<sup>26</sup> Hükmün konusu için bkz. Şahin ve Göktürk (n 6) 187; Gökçen ve diğerleri (n 3) 612 vd.; Yurtcan (n 3) 796; Ünver ve Hakeri (n 3) 1660.

yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürebilmelidir. Somut olayın koşulları altında başvuru hakkının şüpheli sıfatının isabetsizce kabul edilmiş olması, daha sonra hakkında tükürük örneği ve bunun delil olarak kullanılabilmesi bir fiil hakkında iddianame düzenlenmemiş ve/veya kovuşturma aşamasına geçilip mahkumiyet kararı verilmemiş olması; başvuru hakkının iddiasının adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmesine engel teşkil etmemelidir.<sup>27</sup> Çünkü aksinin kabul edilmesi, bu gibi durumlarda kişilerin adil yargılanma hakkının güvencelerinden mahrum kalması tehlikesini doğurmaktadır.<sup>28</sup> Başka bir ifadeyle soruşturma mercilerine hem mesnetsiz şüpheli sıfatının verilmesi 'yetkisi' fiilen verilmiş olacak hem de bu durumlarda adil yargılanma hakkının gereklerine uymamaları hukuki denetime tabi olmayacaktır. Böylece bir kişiye adli mercilerce şüpheli sıfatının verilmesine, kişinin menfaatine olduğu oranda, 'geçerlilik' sağlanması ve yukarıda da görüldüğü gibi kişinin menfaatine muhalif olduğu durumlarda ise, geçerlilik sağlanmaması gerektiği kanısındayız.<sup>29</sup> Bu görüşümüzü kimsenin (burada adli mercilerin) kendi kusurundan/kanunsuzluğundan faydalanamayacağına (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans) dair genel hukuk ilkesi desteklemektedir.<sup>30</sup> Yine adı geçen görüşü, kişinin (burada başvuru hakkının) hükmün (AİHS m. 6) kendi lehine olduğu kadarıyla uygulanmasını talep edebilmesini dair lehe kanun ilkesi de desteklemektedir.<sup>31</sup>

İkinci bir yol olarak başvuru hakkının tükürük örneği alınması bakımından esasında üçüncü kişi olduğu göz önüne alınarak; iddiası, beden bütünlüğüne yapılan bir müdahalenin temel insan haklarını ihlal etmiş olabileceği düşünülerek Ay. m. 17 f. 1 ve AİHS m. 8 f. 1 kapsamında değerlendirilebilir.<sup>32</sup> Anayasa Mahkemesi'nin bu yolu tercih ettiği görülmektedir. Mahkeme bu tercihinde aslında derdest olan davanın tüketilebilecek bir kanun yolu olmadığını dolaylı olarak görmek mümkündür. Çünkü eğer derece mahkemesinin yargılanması tüketilebilecek bir kanun yolu olsaydı; olay mahkemesi Ay. m. 17 f. 1 ve AİHS m. 8 f. 1'e aykırılıkları da hakkında hüküm kurduğu fiili ilgilendirdiği oranda (bkz. CMK m. 225 f. 1) ele alması

<sup>27</sup> Başvuru hakkında ceza davasının açılmamış olması veya başvuru hakkının beraat etmesinin AİHS m. 6'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkını ileri sürmesine engel olmayacağı için bkz. Funke v Fransa Başvuru No: 10828/84 (AİHM, 25 Şubat 1993) § 44; Quinn v İrlanda Başvuru No: 36887/97 (AİHM, 21 Aralık 2000) § 55; Heaney ve McGuinness v İrlanda Başvuru No: 34720/97 (AİHM, 21 Aralık 2000) § 55.

<sup>28</sup> Aynı doğrultuda Marttinen v Finlandiya Başvuru No: 19235/03 (AİHM, 21 Nisan 2009) § 64.

<sup>29</sup> AİHM'in başvuru hakkının menfaati esaslı şüpheli sıfatının alınmasına dair içtihadı için bkz. Malkov v Estonya Başvuru No: 31407/07 (AİHM, 04 Şubat 2010) § 56.

<sup>30</sup> Bu ilke AİHM tarafından da başvurulan bir ilkedir, bkz. Monory v Romanya ve Macaristan, Başvuru No: 71099/01 (AİHM, 17 Şubat 2004); ilkenin kökeni ve anlamı için bkz. Talya Şans Uçaryılmaz, 'Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Dek Bona Fides İlkesi' (Doktora Tezi, Bilkent Üniversitesi 2018) <<http://repository.bilkent.edu.tr/bitstream/handle/11693/47574/10193407.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> 06 Mayıs 2021 tarihinde erişildi.

<sup>31</sup> Bu ilke AİHS'te de vücut bulmuştur. Sözleşme'nin 53. maddesine göre; 'Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz'; lehe kanun ilkesi maddi ceza hukukunda da caridir. TCK m. 7 f. 2'ye göre 'suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.'

<sup>32</sup> Bkz. Kılıç (n 7) 58.

gerekecek ve hükümde – şayet başvuruçunun iddiasını haklı bulsaydı – CMK m. 230 f. 1 b bendi gereği ‘dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere’ de değinmesi gerekecekti. Ancak derece mahkemesinin somut olayda vereceği hükümde bu hususlara değinmek zorunda olmayacağına yukarıda işaret etmiştik.

## **B. Zor Kullanımıyla Maddi ve Manevi Varlığının Korunmasına Dair Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin Değerlendirmeler**

Anayasa Mahkemesi Ay. m. 17 f. 1 ve 2 ile AİHS m. 8 f. 1 ve 2 anlamında, başvuruçudan rızası hilafına ve zorla tükürük örneğinin alınmasının adı geçen hükümlerle güvence altına alınan temel insan hakkına bir müdahale teşkil ettiğini tespit etmiştir (§ 67).<sup>33</sup> Ancak bu hakkın sınırlanabilir olduğuna dikkat çekerek<sup>34</sup>; incelemesinin devamında ‘müdahalenin yasal dayanağının bulunup bulunmadığı, müdahaleye dayanak olarak gösterilen amacın meşru olup olmadığı, kısıtlamanın demokratik toplumda gerekli olup olmadığı ve kullanılan araçların orantılı olup olmadığı tespit edilmesi’ gerektiğine işaret etmiştir (§ 70).<sup>35</sup> Başvuruçudan tükürük örneğinin alınmasının CMK m. 75. f. 1’uyarınca yasal dayanağı olacak şekilde yapıldığını belirten Mahkeme (§ 73), bunun demokratik toplumlarda meşru bir amaç olan suçla mücadele için yapıldığını belirlemiştir (§ 75). Anayasa Mahkemesi, tükürük örneğinin CMK m. 75 f. 2 ve devamındaki güvenceler altında alındığını (§ 79), başvuruçunun şüpheli olarak tükürük örneği alınmasına ‘katlanma yükümlülüğü’ olduğunu (§ 80) ve kolluğun ilgili Yönetmelik (m. 18) ve PVSK m. 16 gereği sahip olduğu zor kullanma yetkisini somut olayda yerinde kullanmış olduğunu belirleyerek (§ 80 vd.), ölçülülük ilkesine riayet edildiğini tespit etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu değerlendirmesi de bazı veçheleriyle eleştiriye açıktır.

### **1. Başvuruçudan Üçüncü Kişi Olarak Tükürük Örneğinin Alınmasının Yasallığı**

Yukarıda da belirttiğimiz gibi; somut olayda başvuruçunun ‘silahlı ve bombalı eylemler’ ile ‘diğer suçlar’ bakımından şüpheli sıfatının varlığı konusundaki olgu tespiti eksikliği karşısında, CMK m. 75 f. 1’in tükürük örneğinin alınmasının yasal dayanağı olmadığını düşünmekteyiz. Mevzuatımızda rızası olmayan üçüncü kişinin vücudundan örnek alınması konusunda kanunda boşluk vardır. Bu hususlara yukarıda değinilmiştir. Kanaatimizce Ay. m. 17 f. 2 ve AİHS m. 8 f. 2’de aranan yasal dayanak eksikliğinden dolayı, AYM ihlal kararı vermeliydi. Aşağıda Mahkemenin kararı başka bir veçhe altında incelenmeye devam edilecektir.

<sup>33</sup> Bkz. Vavricka and others v Çekya Başvuru No: 47621/13 (AİHM, 08 Nisan 2021) § 263; Gülay Öncü Arslan, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı* (Anayasa Mahkemesi 2019) 29 <[https://www.anayasa.gov.tr/media/5604/ozel\\_yasam\\_hakki.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/5604/ozel_yasam_hakki.pdf)> 06 Mayıs 2021 tarihinde erişildi; Harris ve diğerleri (n 14) 348.

<sup>34</sup> Bkz. Vavricka and others v Çekya Başvuru No: 47621/13 (AİHM, 08 Nisan 2021) § 273.

<sup>35</sup> Ayrıca bkz. Öncü Arslan (n 31) 131; Harris ve diğerleri (n 14) 352.

## 2. Başvurucunun ‘Katlanma Yükümlülüğü’

Anayasa Mahkemesinin yukarıda ölçülülük ilkesi incelemesi kapsamında işaret ettiği ‘katlanma yükümlülüğünün’ varlığına kural olarak katılmaktayız.<sup>36</sup> Ancak, Mahkemenin bu yükümlülüğün gerekçelendirilmesi konusundaki açıklamalarının yeterli olmadığını düşünmekteyiz. Mahkemeye göre, ‘aksi durumun kabulü soruşturma ve kovuşturma sırasında bu delillerin toplanmasını imkânsız hale getirir ki, bu da kanun koyucunun amacıyla bağdaşmaz’ (§ 80). Mahkemenin bu şekildeki tespiti isabetli olsa da sadece bu tespitle kalınması halinde, katlanma yükümlülüğün diğer veçhesi olan şüphelinin meşru menfaatlerinin sınırları hususuna değinilmemiş olacaktır.<sup>37</sup> Şüphelinin kendisinden delil elde edilmesi bakımından içinde bulunduğu hukuki vaziyeti, sadece soruşturma ve kovuşturmanın meşru amaçları göz önüne alınarak belirlenmemelidir. Aksi halde sadece katlanma yükümlülüğü değil aynı zamanda aktif yardım etme yükümlülüğünün kabul edilmesinin önünde bir engel olmayacaktı. Esasında Anayasa Mahkemesi de ‘şüphelinin katlanma yükümlülüğü yapılacak işleme *aktif* bir şekilde *yardım etme* zorunluluğunu doğurma[diğini]’ (§ 80) kabul etmektedir. Ancak bu zorunluluğun neden doğmadığını açıklamamıştır. Bunun için Anayasa Mahkemesinin anayasamızda güvence altına alınan kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağının (m. 38 f. 5) sınırlarını belirlemesi gerekirdi. Bu bağlamda özellikle şüphelinin ‘delil *göstermeye*’ zorlanamamasından ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi gerekir. Bu husus aşağıda ayrıntılı bir şekilde irdelenecektir.

## 3. Zor Kullanmanın Yasal Dayanağı ve Ölçülülüğü

Son olarak, Anayasa Mahkemesinin tükürük örneğinin alınmasında kullanılan zorlamanın yasal dayanağının olduğu (İlgili Yönetmelik m. 18 f. 1<sup>38</sup> ve PVSK m. 16) ve zor kullanımının somut olayda Ay. m. 17 f. 2 ve AİHS m. 8 f. 2 anlamında da ölçülü olduğu hususundaki tespiti bakımından şu belirlemede bulunmak yerinde olacaktır; adı geçen Yönetmeliğin Anayasa ve Sözleşmenin ilgili maddeleri anlamında zorlamanın ‘kanuni’ dayanak teşkil edip edemeyeceği hususunun ayrıca irdelenmesi gerekirdi.<sup>39</sup> Yukarıda da belirtildiği gibi başvurucudan üçüncü kişi olarak tükürük örneği alınması konusunda CMK’da bir yetki

<sup>36</sup> Katlanma yükümlülüğü için bkz. Şahin ve Göktürk (n 15) 164; Ünver ve Hakeri (n 3) 416; Esra Demir, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemeler* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020) 180; Gökçen ve diğerleri (n 3) 245; katlanma yükümlülüğü bakımından öğretilerdeki görüşlerin ayrıntılı bir özeti için bkz. Özdemir (n 7) 93 vd.

<sup>37</sup> Ceza muhakemesinin toplumsal ve bireysel menfaatlerin dengelenmesinin alanı olduğuna dair bkz. Kılıç (n 7) 59; şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınmasının maddi gerçeğin araştırılması için kural olarak gerekli olduğu için bkz. İnci (n 1) 121.

<sup>38</sup> m. 18 f. 1: “Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca *gerekli önlemler* alınır”; öğretilerde bu hükmün zor kullanımına başvurulması için Anayasa’ya uygun (bkz. m. 13 f. 1) dayanak teşkil etmediği dile getirilmiştir, tartışmalar için bkz. Akbulut (n 20) 115 vd.; ayrıca bakınız Tunçer İnce (n 1) 368. Kanaatimizce Ay. m. 38 f. 5, PVSK m. 16 f. 1 ile CMK m. 75 f. 1 beraberce yeterli dayanak teşkil etmektedir.

<sup>39</sup> Bu bağlamda ayrıca bkz. Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2020) 343.

hükmü mevcut değildir. Böyle bir yetki hükmün öngörülmesi halinde ise; kanaatimizce, PVSK m. 16 hükmü tükürük örneği almasında zor kullanımına *başvurulmasının* yasal dayanağını teşkil edebilecektir.<sup>40</sup> Diğer taraftan PVKS m. 16'ya uygun bir şekilde tükürük örneği alınması hususunda direnci kırılmak istenen başvurucuya ayrıca göz yaşartıcı gaz sıkılmış olması ve başvurucunun 'polislerin elleriyle yüzüne bastırdıkları sırada doktorun ağzının içinden örnek aldığı' iddiasının; ölçülülük incelemesinde ayrıca irdelenmesi gerekirdi. Anayasa Mahkemesi bunun yerine; 'başvurucunun mukavemetini kırmak için kullanılacak araç ve gerecin seçiminde kolluk görevlilerinin takdir yetkisinin bulunduğu, direnişin daha hafif bir müdahaleyle giderilme imkânının bulunduğu'na dair bir iddia ve tespitin mevcut olma[dığına]' işaret ederek orantılılık incelemesini sonlandırmıştır (§ 82).<sup>41</sup> Bu husus başvurucunun zor kullanma esnasında ayrıca darp edildiği ve bununla işkence ve kötü muamele yasağının (Ay. 17 f. 3; AİHS m. 3) ihlal edildiği iddiasını ilgilendirmektedir. Ancak bu husus bu çalışmanın konusunun dışında kaldığı için; burada ayrıca ele alınmayacaktır.

### C. Tükürük Örneği Alınmasına Dair Sulh Ceza Hakimliği Kararına Karşı Kanun Yolu Koruması ve Feragat

Anayasa Mahkemesinin incelediği bir başka iddia; başvurucunun tükürük örneği alınmasına karşı etkili bir koruma sağlayan kanun yoluna gitme hakkının ihlal edilmiş olmasına ilişkindir (Ay. m. 40 f. 1; AİHS m. 13).<sup>42</sup> Başvurucuya göre ilgili hâkim kararı kendisine tebliğ edilmemiş ve bundan dolayı kendisi hukuki korumanın sağlanması için CMK'da var olan itiraz kanun yoluna gidememiştir (§ 84).<sup>43</sup> Gerçekten somut olayda başvurucu kendisinden tükürük örneğinin alınacağını, hastaneye götürülmek istendiğinde öğrenmiştir. Bakanlık, bireysel başvuru bakımından Anayasa Mahkemesi önünde dile getirdiği görüşünde; 'icra edilmiş bir karara karşı yapılacak itirazda hukuki yararının bulunmadığını' belirterek başvurucunun hak iddiasının mesnetsiz olduğunu dile getirmiştir (§ 52). Anayasa Mahkemesi ise başvurucunun adı geçen anayasal kanun yolu korumasının sağlanması hakkının ihlalden bahsedebilmesi için; öncelikle savunulabilir bir hak ihlali iddiasında bulunmuş olması gerektiğine dikkat çekerek, Ay. m. 40 f. 1'de güvence altına alınan hakkın ihlal edilmediğini tespit etmiştir (§

<sup>40</sup> CMK'da özel bir yetki hükmü olmadan CMK m. 161 f. 1 üzerinden veya doğrudan PVSK m. 16 f. 1'e dayanılarak üçüncü kişinin vücudundan örnek alınabileceğini düşünmüyoruz. Nitekim PVSK m. 16 f. 1'de polisin '*görevini* yaparken' direnişle karşılaşması halinde zor kullanmaya yetkili olduğu düzenlenmiştir. Yetki normu olmadan vücuttan örnek alınması bakımından polisin genel suç soruşturması görevini icra ettiğini söyleyebilmek mümkün değildir. Aksi halde şüphelinin bütün temel insan hakları hakkındaki sınırlamalara ilişkin yetki normlarının CMK'da teker teker düzenlenmesi yerine sadece CMK m. 161 f. 1'deki genel yetkinin öngörülmesi yeterli olacaktı. Ancak özel kanuni düzenlemeler sadece kamu mercilerinin eylemlerinin kanuniliği ilkesi (Ay. m. 123 f. 1) gereği değil; aynı zamanda müdahale edilen temel insan haklarına ilişkin anayasal hükümlerin (özellikle Ay. m. 13 f. 1) gereğidir. Bundan dolayı PVSK m. 16 f. 1'deki '*görevini* yaparken' ibaresini sistematik yorumlayarak yetki normu dahilinde '*görevini* yaparken' şeklinde anlamak gerekir.

<sup>41</sup> Vücuttan örnek alınmasında şüphelinin direnci üzerine uygulanacak zorlama tedbirlerindeki daha hafif müdahale teşkil edecek diğer alternatifler sorunu için ayrıca bkz. Yenisey ve Nuhoğlu (n 18) 636.

<sup>42</sup> Bunun için bkz. Harris ve diğerleri (n 14) 577 vd.

<sup>43</sup> İtiraz için ayrıntılı bir şekilde bkz. Gökçen ve diğerleri (n 3) 656 vd.; vücuttan örnek alınması kararlarına karşı itiraz için ayrıca bkz. Bağlar (n 1) 148 vd.; Apiş (n 1) 290; Yurtcan (n 3) 260.



89). Başka bir ifadeyle, AYM yukarıda yaptığı tükürük örneğinin alınmasının başvuruçunun maddi varlığının korunmasına dair Anayasa (m. 17 f. 1) ve Sözleşmede (m. 8 f. 1) güvence altına alınan temel insan hakkını ihlal etmediğine dair tespitini hatırlatarak; itiraz mercii önünde başvuruçunun zaten savunulabilir bir hak iddiasında bulunabilecek durumda olmamış olduğunu dile getirmiştir. Diğer taraftan Mahkeme isabetli bir şekilde, başvuruçunun, tükürük örneği alındıktan sonra itiraz yoluna avukatı vasıtasıyla gidebileceğine dikkat çekmiştir. Mahkeme tükürük örneği alındıktan iki gün sonra başvuruçunun avukatının ilgili Hakimlik kararını öğrendiğine dikkat çekmiştir. Her ne kadar kararda itiraz mercii konusunda bir belirleme olmasa dahi; avukat, itirazın yöntem ve süresini mesleki bilgisi gereği bilmeliydi (§ 89). Mahkeme açık bir şekilde dile getirmemiş olsa da kanaatimizce bilgisine rağmen itiraza gitmeyen avukat, başvuruçunun etkili kanun yoluna gitmeye ilişkin Anayasa ve Sözleşmeden doğan temel insan hakkından (Ay. m. 40 f. 1; AİHS m. 13 f. 1) feragat etmiş olmaktadır.<sup>44</sup>

Anayasa Mahkemesinin bu değerlendirmeleri isabetli yönlerinin yanında, bazı veçheleriyle eleştiriye açıktır.

## 1. Tükürük Örneği Alınmış Olmasına Rağmen İtiraza Gidilmesinde Hukuki Yarar

Öncelikle, Bakanlığın görüşünün aksine, tükürük örneğinin halihazırda alınmış olmasının gidilecek itiraz kanun yolu bakımından (krş. CMK m. 75 f. 6; m. 76 f. 5) hukuki yarar eksikliğine yol açtığını düşünmüyoruz.<sup>45</sup> Nitekim Anayasa Mahkemesi de avukatın itiraza gidebileceğine işaret ederek; Bakanlığın bu görüşüne katılmadığını zımnen dile getirmiştir. İtiraza gidilmesinin fiilen tükürük örneğinin alınmamasına yol açamayacak olduğu doğrudur. CMK m. 35 f. 2'de açık bir şekilde koruma tedbirlerine dair kararların ilgisine tebliğ edilmeyeceği düzenlenmiştir.<sup>46</sup> Zaten somut olayda da başvuruçuya bir tebliğ yasa

<sup>44</sup> Müdafinin ceza yargılamasında şüpheli veya sanığın itiraz kanun yolu hakkından feragat edip edemeyeceği ve/veya bu hususta vekaletnamede özel bir izninin bulunmasının gerekli olup olmadığı ise ayrı bir konudur (krş. CMK m. 266 f. 2); bunun için ayrıntılı bir şekilde bkz. Gülsün Ayhan Aygörmez Uğurlubay, 'Güncel Tartışmalar ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz' (2014) 16(Özel) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3999, 4015; AİHS m. 6'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkının muhtelif alt haklarından feragat ve koşulları için bkz. Pishchalnikov v Rusya Başvuru No: 7025/04 (AİHM, 24 Eylül 2009) § 77; Panovits v Kıbrıs Rum Kesimi Başvuru No: 4268/04 (AİHM, 11 Aralık 2008) § 68; müdafinin geçerli feragati için bkz. Batek and others v Çekya, Başvuru No: 54146/09 (AİHM, 12 Ocak 2017) § 57; adil yargılanma hakkı bakımından feragat için ayrıca bkz. Özdemir (n 7) 6.

<sup>45</sup> Öğretide, itiraza, vücuttan örneğin alınmasını durdurması etkisi tanınması yönünde görüşler mevcuttur, bkz. Demir (n 34) 77.

<sup>46</sup> CMK'nın sistematiği göz önüne alındığında, vücuttan örnek almanın bir koruma tedbiri olmadığı düşünülebilir. Ancak koruma tedbirlerinin sadece CMK m. 90 devamında düzenlenmiş oldukları gibi adı geçen şekildeki bir çıkarımın yerinde olmayacağını düşünmekteyiz. Her şeyden önce böyle bir sınırlama sadece lafzi bir yorum sonucudur. Oysa savcılığın suç soruşturmasında vücuttan örnek alınması gibi delillerin elde edilmesi ve *koruma* altına alınması için doğrudan veya hâkim kararıyla harekete geçebileceğini görmek gerekir. Nitekim doktrinde de vücuttan örnek almanın bu anlamda bir koruma tedbiri teşkil ettiği kabul edilmektedir; bu görüşte örneğin Aygün (n 23) 52; Doğan (n 23) 98; öğretide de benden muayenesi ve vücuttan örnek alınma koruma tedbirleri



gereği isabetli bir şekilde yapılmamış ve başvuru hastaneye götürülmek istendiğinde tükürük örneğinin alınacağını öğrenmiştir. Bu aşamada zamansal olarak itirazın örnek alınmasına, hâkim kararının hukuka aykırı olduğu bir an için düşünülse dahi, engel teşkil edebilmesi fiilen mümkün olmayacaktır.

CMK m. 35 f. 2'nin amacı makul ve anlaşılabilir: Soruşturma ve kovuşturmanın amaçlarının, haber alan ilgilinin tedbirin yerine getirilmesi engelleyerek tehlikeye düşürülmesinin olabildiğince önüne geçmek.<sup>47</sup> Her ne kadar tebliğ Ay. m. 40 f. 1 ve AİHS m. 13 f. 1'de güvence altına alınan etkili kanun yolu korumasından faydalanma hakkı bakımından önemli bir işleve sahip olsa da başvurucuya adı geçen hâkim kararının tebliğ edilmemiş olmasının yasal ve meşru bir gerekçesinin olduğu ortadadır. Diğer taraftan tebligatın yapılmamış olması, kanaatimizce etkili kanun yolu koruması hakkını tamamen atıl bir duruma getirmemelidir. Bakanlığın görüşü takip edildiğinde, tamamen icra edilmiş koruma tedbirleri bakımından eksik tebligattan dolayı Ay. m. 40 f. 1 ve AİHS m. 13 f. 1 hükümleri itiraz kanun yolunda hiçbir koruma sağlayamayacaktır. Kanaatimizce, adı geçen tedbir bakımından da sonradan gidilecek itiraz kanun yolunda hukuki yarar hâlâ vardır. Bundan dolayıdır ki CMK m. 75 f. 6 ve m. 76 f. 5'te itiraz hakkı açık bir şekilde düzenlenmiştir. Alınmış olan tükürük örneğinin hukuka aykırılığın itiraz mercii önünde ileri sürülmesi üzerine yapılacak itiraz yargılamasının; söz konusu iddianın ispatı bakımından (delillerin taze olması gibi) büyük avantajlara sahip olmasından dolayı, başvuru bakımından önemli hukuki yarara sahip olacağı izahtan varestedir. Keza itiraz mercii muhtemel bir hukuka aykırılık tespiti sadece idarenin tazminat sorumluluğu bakımından değil aynı zamanda tükürük örneğinin ileride delil olarak kullanılmasında ileri sürülebilecek muhtemel bir delil yasağı bakımından da (krş. CMK m. 75 f. 1 Son Cümle)<sup>48</sup> şüphelinin elini güçlendirecek bir karar olabilecekti. Son olarak muhtemel bir hukuka aykırılık veya hukuka uygunluk kararı aynı tedbirin daha sonra şüpheli bakımından tekrarlanması halinde yön gösterici olabilecekti.

Hukuki yarardan ziyade, AYM, başvuru kanun yolu mercii önünde savunulabilir bir hak ihlali iddiasında zaten bulunamayacağından dolayı başvuruyu reddetmiştir. Mahkemenin bu tespitine katılmadığımızı yukarıda belirtmiştik.

## 2. Ay. m. 40 f. 1 ve AİHS m. 13 f. 1 Anlamında Savunulabilir İddia

Yukarıda ortaya konulduğu gibi bizim değerlendirmemizde başvurucudan tükürük örneği yasal dayanak olmadan alınmıştır. Başvuru, itiraz mercii önünde vücut bütünlüğüne müdahale edilmemesine ilişkin Anayasa (m. 17 f. 1) ve Sözleşmede (m. 8 f. 1) güvence altına alınan temel insan hakkının ihlal edildiğini savunabilirdi. Bunun yanında, başvuru kanun yolu mercii önünde savunulabilir iddiasının olduğu; kendisine haksız yere şüpheli sıfatının varlığından da anlaşılmaktadır. Ancak bu husus başvuru kanun yolu mercii önünde Ay. m. 38 f.

altında ele alınmaktadır, örneğin Özbek ve diğerleri (n 23) 454 vd.; Öztürk ve diğerleri (n 17) 213 vd.; tartışmalar için ayrıca bkz. Özdemir (n 7) 45; Kılıç (n 7) 96.

<sup>47</sup> Aynı şekilde Özbek ve diğerleri (n 23) 137; Bağlar (n 1) 148 vd.

<sup>48</sup> Aynı şekilde Bağlar (n 1) 148 vd.; Apiş (n 1) 283; ayrıca bkz. Akbulut (n 20) 113; Tunçer İnce (n 1) 372.

5'teki yasağa dayanması bakımından bir engel teşkil etmemektedir. Bu hususlara yukarıda ayrıntılı bir şekilde değinilmiştir.

Başvurucunun iddialarının Ay. m. 40 f. 1 ve AHİS m. 13 f. 1 anlamında savunulabilir olması ile Ay. m. 17 f. 1, m. 38 f. 5 ve AHİS m. 6 f. 1, m. 8 f. 1 anlamında haklı/gerekçeli olması arasında fark vardır. Kanun yolu korumasından faydalanılması için iddianın esasında haklı olması gerekli değildir.<sup>49</sup> Savunulabilir olması yeterlidir. Yukarıda belirttiğimiz gibi CMK'daki boşluk ve başvurucunun Ay. m. 38 f. 5'teki yasağa isabetsiz verilmiş şüpheli sıfatıyla dayanabilecek olması savunulabilirlik için kanaatimizce yeterlidir.<sup>50</sup> AYM'den farklı olarak, Ay. m. 17 f. 1 ve AHİS m. 8 f. 1 bakımından zaten esastan ihlal kararı verilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Başvurucunun itiraz merci önündeki Ay. m. 38 f. 5'teki yasağın ihlal edildiği hususundaki iddiasının haklı olup olmadığının tespiti için; tükürük örneği alınmasının gerçekten Ay. m. 38 f. 5 anlamında 'delil göstermeye' zorlanma olarak telakki edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Aşağıda gerekçelendirilecek kabulümüze göre, bu şekilde bir zorlama söz konusu değildi. Ancak bu tespit somut olayda savunulabilirliğin önünde bir engel değildi. İddiasının esasında haklı olup olmadığı bu aşamada önemli değildir. Bu husus gidilecek kanun yolunda irdelenecekti.

<sup>49</sup> Nuri Kurt v Türkiye Başvuru No:37038/97 (AİHM, 29 Kasım 2005) § 115; ayrıca bkz. Harris ve diğerleri (n 14) 580.

<sup>50</sup> Tükürük örneğinin alınması bakımında bir kişinin şüpheli değil üçüncü kişi olması, kural olarak kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağının ileri sürebilmesi bakımından bir engel teşkil etmemektedir. Çünkü Ay. m. 38 f. 5 hükmü açık bir şekilde 'hiç kimse[nin]' kendi aleyhinde delil göstermeye zorlanamayacağını güvence altına almaktadır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında aksini kabul ediyor gibi görünse de (Bkz. AYM, 2004/31, 2007/11, 31/01/2007, R.G. 18.05.2007 – 26526; aynı şekilde Çağrı Kan Aydın, 'Adil Bir Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı' (2019) 91 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 146, 148; aksi görüşte Ali Yıldırım, 'Sanığın Susma Hakkı' (1998) 5-6 Ankara Barosu Dergisi 682, 686 vd.; İtişgen (n 10) 108; Sibel İnceoğlu, *Adil Yargılanma Hakkı* (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru 2018) 162 <[https://www.anayasa.gov.tr/media/3547/04\\_adil\\_yargilanma\\_hakki\\_son.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/3547/04_adil_yargilanma_hakki_son.pdf)> 06 Mayıs 2021 tarihinde erişildi; öğretilerdeki diğer görüşlerin ayrıntılı bir özeti için bkz. Yusuf Ertemel, 'Vergi Hukukunda Belge İbraz Yükümlülüğü ve Nemo Tenetur İlkesi' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2018) 48 ve 67 vd.; bu yasağa dayanabilmesi için ilgili kişinin mutlaka şüpheli sıfatını almış olmasına gerek yoktur (Aynı şekilde Asuman Aytekin İnceoğlu, 'Suçsuzluk Karinesi ve Susma Hakkı' (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2000) 156; Özbek ve diğerleri (n 23) 461.). Nitekim bunun bariz örneği CMK'da tanıklara tanınan kendilerini suçlayıcı beyanlarda bulunmaktan çekinme hakkıdır (m. 48 f. 1). Sadece beyan delilinin elde edilmesinde değil; vücuttan örnek alınmasında da mağdurun aynı sebepten dolayı tanıklıktan kaçınabileceği ayrıca düzenlenmiştir (CMK m. 76 f. 4). Bu hükümler Ay. m. 38 f. 5'te güvence altına alınan kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağının muhtelif görünümleridir (CMK'daki kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağının diğer görünümleri olan m. 147 ve 148 için bkz. Mehmet Arslan, 'Şüphelinin İfade Verme ve İrade Özgürlüğü' in Yenisey Feridun ve diğerleri (Editör) *Silvia Tellenbach'a Armağan* (Seçkin Yayınları 2018) 787, 790 vd.

Her halükârda ceza muhakemesinde üçüncü kişi olarak muamele görseydi dahi başvurucunun da kural olarak bu hakka dayanabileceği kanaatindeyiz. Dayanmasının gerekçeli olup olmayacağı ise ayrı bir meseledir. Aşağıda ortaya konulacağı gibi, başvurucudan aktif bir şekilde tükürmesi istenmemiş, daha ziyade tükürük örneği alınmasına katlanması istenmiştir. Bundan dolayı Ay. m. 38 f. 5 anlamında bir delil 'gösterme' yoktur.

AYM'nin neticede etkili kanun yolu korumasından dolayı ihlal kararı vermemesine ise katılıyoruz. Çünkü başvurucunun avukatı pasifliğiyle adı geçen hükümlerle güvence altına alınan etkili korumaya ilişkin temel hakkından feragat etmiştir (bkz. § 89).<sup>51</sup>

## II. 'DELİL GÖSTERMEYE' ZORLANAMAMANIN KAPSAMI

### A. Başvurucunun İddiaları Bakımından Önemi

Yukarıda başvurucunun iddialarında haklı olup olmadığının; Ay m. 35 f. 5'teki 'delil göstermeye' zorlanamamanın sınırlarının belirlenmesine bağlı olduğu dile getirilmiştir.<sup>52</sup> Anayasa Mahkemesi başvurucu hakkındaki derdest ceza yargılamasına dikkat çekerek, tükürük örneğinin zorla alınmasının adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediğine ilişkin kanun yollarının tüketilmediğini tespit etmiş ve biz de bu tespitin yerinde olmadığını belirtmiştik. Her ne kadar başvurucuya somut olayın koşulları altında tükürük örneğinin alınması bakımından yersiz bir şekilde şüpheli sıfatı verilmiş olsa da Mahkemenin başvurucunun adil yargılama hakkının ihlali iddiasını inceleyebileceğini tespit etmiştik.<sup>53</sup> Bu iddianın merkezinde ise zorla tükürük örneğinin alınmasının Ay. m. 38 f. 5 anlamında 'delil göstermeye' zorlama teşkil edip etmediğinin irdelenmesi yatmaktadır.

Anayasa Mahkemesi başvurucunun zorla tükürük örneği alınmasına dair hak ihlali iddiasını adil yargılanma hakkı bakımından değil; Anayasa (m. 17 f. 1) ve Sözleşmede (m. 8 f. 1) güvence altına alınan vücut bütünlüğünün korunması hakkı kapsamında incelemiştir. Böyle bir seçimin yapılabileceği yukarıda belirtilmişti. Mahkeme başvurucudan alınan tükürük örneğinin, görüşümüzün aksine, vücuduna yapılan yasal bir müdahale olduğunu (krş. CMK m. 75 f. 1) tespit ettikten sonra, bunun meşru bir amaç olan suç soruşturmasında delillerin toplanması için yapıldığını ve bu kapsamda başvurucunun şüpheli olarak 'katlanma yükümlülüğüne' sahip olduğunu, diğer taraftan da bu yükümlülüğün *yardım etme* zorunluluğunu doğurmadığını belirtmişti (§ 80). Söz konu yükümlülüğün ve yardım etmeye zorlanamamanın ise Ay. m. 38 f. 5'te yer alan 'delil göstermeye' zorlanamamanın sınırları belirlenmeden açıklanabilmesinin mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

Aşağıda önce katlanma yükümlülüğü ile yardım etmeye zorlanamamanın Ay. m. 35 f. 5 ile ilişkisi irdelenecek; ardından da Anayasa Mahkemesi başvurucunun iddiasını adil yargılanma hakkı kapsamında da ele alsaydı nasıl bir karar verebileceği ortaya konulacaktır. Çalışmanın kapsamını fazla genişletmemek için burada AİHM'in şüphelinin kendini

<sup>51</sup> AİHM m. 6'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkının muhtelif alt haklarından feragat ve koşulları için bkz. Pishchalnikov v Rusya Başvuru No: 7025/04 (AİHM, 24 Eylül 2009) § 77; müdafinin geçerli feragati için bkz. Batek and others v Çekya, Başvuru No: 54146/09 (AİHM, 12 Ocak 2017) § 57; adil yargılanma hakkı bakımından feragat için ayrıca bkz. Özdemir (n 7) 6; Inceoğlu (n 48) 121, 153 vd. ve 166.

<sup>52</sup> Aynı doğrultuda Akbulut (n 20) 114; aksi yönde görüş için bkz. Bağlar (n 1) 145 vd.

<sup>53</sup> Benzer şekilde bkz. Serves v Fransa Başvuru No: 20225/92 (AİHM, 20 Ekim 1997) §§ 40 vd.

suçlamama hakkı bağlamında maddi deliller alınmasına dair içtihatlarına yer verilmeyecektir.<sup>54</sup>

## **B. Katlanma Yükümlülüğü ve Yardım Etmeye Zorlanamamanın Kaynağı Olarak Ay. m. 38 f. 5**

Ay. m. 38 f. 5 maddi delil elde edilmesinde başvurulacak her türlü zorlamayı değil, sadece maddi delillerin 'gösterilmesi' için başvurulacak zorlamayı yasaklamaktadır. Bundan dolayı tükürük örneği *alınmasına katlanılmasının* 'delil gösterme' olarak telakki edilemeyeceği, sadece tükürük örneği *vermenin* 'delil gösterme' olarak görülebileceği düşünmekteyiz. Bu görüşümüzü biraz açmak için aşağıda Ay. m. 38 f. 5'te kullanılan 'göstermenin' anlamı ortaya çıkarılmaya çalışılacak ve daha sonra somut olaydaki değerlendirmelere dönülecektir.

Aktif bir şekilde tükürmenin Ay. m. 38 f. 5 anlamında 'delil gösterme' teşkil ettiğini kabul etmek gerekir. Kişinin buna zorlanması anayasal hükmün ihlalini oluşturacaktır. Her ne kadar ilk bakışta 'göstermek' *filii* dar anlamda bir delilin kendisine işaret etmek (doğrudan göstermek) veya bir delilin nerede olduğunu bildirmek (dolaylı göstermek) olarak anlaşılmaya müsaitse de 'göstermenin' *hukuki bir kavram* olduğu görülmeli ve sözlük anlamıyla sınırlı kalmayıp bu kavram anlamlandırılmalıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin şüphelinin yardım etme yükümlülüğünün olmadığına dair tespitiyle uyumlu bir şekilde; 'göstermenin' aktif bir eylem olarak maddi bir delilin elde edilmesine yardım etme/katkıda bulunma olarak anlaşılmasının önünde bir engel olmadığı kanaatindeyiz.

Göstermenin, maddi bir delilin elde edilmesine yardım etme/katkıda bulunma, şeklinde anlaşılması için bir diğer neden ise; aksi halde gösterme fiilinin sadece bazı maddi deliller bakımından icra edilebilecek olmasıdır. Gösterme dar anlaşıldığında sadece dış dünyada

<sup>54</sup> Bunun bir diğer nedeni de Ay. m. 38 f. 5'in koruma alanının AİHM'in *maddi deliller bakımından* şüpheliye sağladığı haklardan daha geniş güvenceler içerdiğini düşünmemizdir. Gerçekten AİHM biraz da pratik mülahazalardan dolayı (fakat ayrıntılarına burada giremeyeceğimiz başka nedenlerden de dolayı) maddi deliller bakımından nefes, idrar, ses, kan, saç veya başka dokular gibi zaten adli mercilerin tasarrufuna fiziken açık olanları tamamen kendini suçlamaya zorlama yasağının kapsamından çıkarmaktır (bkz. Saunders v Birleşik Krallık Başvuru No: 19187/91 (AİHM, 17 Ekim 1996) §§ 69 vd; Jalloh v Almanya Başvuru No: 54810/00 (AİHM, 11 Temmuz 2006) §§ 114 vd.; ayrıca bkz. Harris ve diğerleri (n 14) 263; Özdemir (n 7) 17 vd.; Ertemel (n 48) s. 42 vd.; Kılıç (n 7) 70; İnceoğlu (n 48) 161; İnci (n 1) 132). AİHM'in görüşü takip edildiğinde, her ne kadar örneğin şüphelinin tükürmesinde kendi aleyhine delil elde edilmesinde aktif bir katkısı olsa da şüphelinin tükürme iradesinin *oluşumunda* bu şekilde bir zorlama önemli değildir. Çünkü en nihayetinde tükürük şüphelinin iradesinden bağımsız bir şekilde de adli mercilerin tasarrufuna, erişimine fiilen açıktır. Ay. m. 38 f. 5 ise şüphelinin delil 'göstermeye', yani tükürmeye zorlanamayacağını düzenleyerek, AİHM içtihadındaki korumanın ötesine gitmektedir. Mahkeme'nin içtihadının ayrıntılarına girmeden, bu çalışma bakımından şu tespit yapılmasıyla yetiniyoruz: Kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağının kapsamının Türk hukukunda belirlenmesi bakımından Ay. m. 38 f. 5 ile CMK'nın ilgili maddeleri, AİHM'in içtihatlarından *daha güvenceli oldukları oranda*, esas alınmalıdır. Mahkeme'nin içtihadı *vücuttan maddi delil elde edilmesi bakımından* ulusal hukukun tanıdığı güvencelerden daha dar olduğu için AİHS m. 53 hükmü gereği daha lehe olan ulusal hukukun uygulama bulunması gerekir. Başka bir ifadeyle AİHM'in vücuttan alınan örnekleri kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağının kapsamından çıkarıcı içtihadının iktibas edilmemesi gerekir.

ayrık bir varlığı olan cisimler bakımından geçerli olacaktır. Şüphelinin katkısıyla üretilmesi gereken tükürük veya ses örneği gibi deliller bakımından m. 38 f. 5'in geçerli olmadığı kabul edilecektir. Şüphelinin ağızındaki tükürük örneğini 'göstermesi' gibi sesini 'göstermesinden' bahsetmek de anlamlı olmayacaktır. Üst bir kavram kullanılarak tükürük örneğinin alınmasına, örneğin tükürük, katkıda bulunması (veya Anayasa Mahkemesi'nin terminolojisine göre 'yardım etmesi') veya ses örneğinin alınmasına konuşarak katkıda bulunmasından bahsetmek ise daha anlamlıdır.

Neticede; 'gösterme' kelimesinin ilk çağrıştırdığı anlamı esas alınırsa, Ay. m. 38 f. 5'in güvence altına aldığı kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağının alanı oldukça daraltılacaktır. Ancak, adı geçen hükmün amacının kişinin kendisini suçlamaya sadece beyanda bulunurken değil, diğer *her türlü maddi delillerin* de elde edilmesinde katkıda bulunmaya zorlanmayacağı şeklinde anlamak gerekir.<sup>55</sup> Maddi deliller arasında, gösterilebilecek maddi deliller ve gösterilemeyecek maddi deliller ayırımının yapılması; kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağının koruma alanının anlaşılması güç sınırlamalar içermesine yol açacaktır. Bu nedenlerden dolayı 'göstermenin' diğer delillerin elde edilmesini de kapsayıcı şekilde hukuki bir kavram olarak 'katkıda bulunmak' şeklinde anlaşılmasının yerinde olacağını düşünmekteyiz.

Buraya kadarki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere; Mahkeme'nin kararında bahsettiği şüphelinin tükürük örneğinin alınmasında 'yardım etmeye zorlanamaması' ve 'katlanma yükümlülüğü'; Ay. m. 38 f. 5 anlamında 'delil gösterme' kavramının Ay. m. 17 f. 1 ve AHİS 8 f. 1 ile CMK m. 75 f. 1 bağlantılı olarak yorumlanmasından çıkarılabilir. Nitekim kişinin kendisini suçlamaya zorlanması yasağının kapsamının/sınırlarının belirlenmesinde *benzer* anlamlara gelen aktiflik/pasiflik kriterlerinin kanun koyucu tarafından da CMK'nın 75. maddesinin hazırlık aşamasında göz önüne alındığı görülmektedir.<sup>56</sup>

Yukarıdaki açıklamalar ışığında; tükürük alınmasına katlanmanın Ay. m. 38 f. 5 anlamında delil 'gösterme' teşkil etmediği ve *bundan dolayı* tükürük alınmasına zorlanmanın Ay. m. 38 f. 5'in kural olarak koruma alanına müdahale olmadığı ortadadır. Nitekim AYM de isabetle tespit ettiği gibi şüphelinin tükürük örneğini verirken yardım etmesi, başka bir ifadeyle aktif bir şekilde tükürmesi yükümlülüğü yoktur, sadece tükürüğün alınmasına katlanmak zorundadır (§ 80). Gerçekten de mevzuatımızda böyle bir yükümlülük ne Anayasa ne de kanun düzeyinde mevcuttur.<sup>57</sup> CMK m. 75 f. 1'de şüphelinin vücudundan örnek 'alınmasından' bahsedilmektedir, şüphelinin bunu vermesinden değil. Şüphelinin tükürük örneği vermesi yükümlülüğünün yasal olarak öngörülmesi, kanaatimizce m. 38 f. 5 anlamında hukuki bir zorlama teşkil ederdi. Başka bir ifadeyle, şüphelinin tükürük örneği

<sup>55</sup> Aynı şekilde İtişgen (n 10) 45.

<sup>56</sup> Tasarı Gerekçesi (m. 78), TBMM Tutanak Dergisi, Dönem:22, Cilt:66, s. 39; aynı görüş doktrinde de savunulmaktadır. Bkz. Yenisey ve Nuhoğlu (n 18) 645 vd.; Öztürk ve diğerleri (n 17) 217

<sup>57</sup> Bunun istisnasını m. 81 f. 1'de öngörülen şüpheli ve sanığın ses örneğinin alınması teşkil edebilir. Söz konusu hüküm ses örneğinin *verilmesi* konusunda bu kişilerin yardım etme yükümlülüğünün olduğu şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Bu şekilde anlaşılması ve uygulanması halinde; CMK m. 81 f. 1 hükmü ses örneğinin alınması bakımından Ay. m. 38 f. 5'e aykırı olacaktır; neticede aynı görüş için bkz. Özdemir (n 7) 10 vd.

vermesi için yardım etme yükümlülüğünün olmaması; aksinin kabulü halinde bunun Ay. m. 38 f. 5 anlamında zorlama teşkil edecek olmasından kaynaklanmaktadır.<sup>58</sup>

### C. Somut Olayın Değerlendirilmesi

Bizâtihi tükürmenin Ay. m. 38 f. 5 anlamında delil gösterme (veya Anayasa Mahkemesi'nin tabiriyle yardım etme) ve tükürüğün alınmasının ise Ay. m. 38 f. 5 anlamında delil göstermeye zorlanmama olarak kabul edilmesi gerektiği ortaya konulduktan sonra; başvurunun somut olaydaki iddiasının adil yargılanma hakkı kapsamında ele alınması hususunun ayrıca ele alınması gerekir. İlk bakışta başvurunun kendini suçlamaya zorlanma yasağının ihlaline dair iddiasının kolayca reddedilebileceği düşünülebilir. Çünkü tükürük vermeye zorlanmamış, kendisinden tükürük örneği sadece alınmış olduğu için; Ay. m. 38 f. 5'teki zorlama yasağının korumasından faydalanamayacak denilebilir.<sup>59</sup> Fakat somut olayın koşullarına daha dikkatlice bakıldığında başvurunun tükürük alınmasına katlanmasını gerektirici bir normun mevzuatta bulunmadığının hatırlanması gerekir. Gerçekten bir şüphelinin tükürük örneği gibi vücudundan maddi bir delilin alınmasına 'katlanma yükümlülüğü'; suç soruşturması amacıyla söz konusu delilin alınmasına izin veren yetki normundan (CMK m. 75 f. 1) kaynaklanmaktadır.<sup>60</sup> Bu normun öngördüğü müdahaleler Ay. m. 17 f. 1 ve AİHS 8 f. 1 anlamında kural olarak yasal dayanağı olan, meşru ve ölçülü bir müdahalelerdir. Fakat somut olayda başvurucuya şüpheli sıfatının tükürük örneği bakımından mesnetsiz verildiğini düşündüğümüz için; CMK m. 75 f. 1'in adı geçen 'katlanma yükümlülüğünün' dayanağı teşkil ettiğini düşünmemekteyiz. Keza akla gelebilecek bir diğer hüküm olan CMK m. 76 f. 1'deki 'katlanma yükümlülüğü', başvurunun üçüncü kişi olarak mağdur sıfatının olmamasından dolayı, dayanak teşkil edemeyecektir. Böylece bir taraftan başvurucuya karşı tükürük örneğinin *alınmasında* kullanılan zorlama (PVSK m. 16) Ay. m. 38 f. 5 anlamında kendini suçlamaya zorlama teşkil

<sup>58</sup> Bu doğrultuda bkz. Saunders v Birleşik Krallık Başvuru No: 19187/91 (AİHM, 17 Ekim 1996) § 70; ayrıca bkz. Harris ve diğerleri (n 14) 263 vd.; öğretilerdeki zorlama tanımlarından bazıları için bkz. Özdemir (n 7) 14 ve 94; Ertemel (n 48) 46; İtişgen (n 10) 119; İnci, (n 1) 129; Arslan (n 48) s. 805 vd.

<sup>59</sup> Kanaatimizce şayet mevzuatta bir yasal dayanak olsaydı; üçüncü kişi olarak başvuru aktif bir şekilde dahi tükürmesinin dahi talep edilmesi Ay. m. 38 f. 5'e aykırı olmayacaktı. Çünkü şüpheli bir kişiden farklı olarak üçüncü kişinin CMK m. 76 f. 4'e dayanarak tükürük örneği vermekten kaçınabilmesi için; kendisinden alınacak örneğin kendisini suçlayıcı nitelikte olabileceğinin 'dayanağını oluşturan olguları' ayrıca bildirmesi gerekecektir (bkz. CMK m. 49). Bu durum karşısında somut olay bakımından şöyle bir durumla karşı karşıyayız: Şayet CMK m. 76 f. 1 diğer kişilerden vücut örneği alınmasını kural olarak mağdurla sınırlandırmamış olsaydı, başvuru şüpheli sıfatı verilmesine gerek olmayacak ve başvuru CMK m. 76 f. 4 ve m. 49 gereği kendini suçlama tehlikesi ihtimalini inandırıcı bir şekilde ortaya koyması gerekecekti. Somut olayın koşullarından anladığımız kadarıyla, böyle bir tehlike mevcut değildi. Neticede başvuru kendini suçlama tehlikesinin yokluğundan dolayı aktif bir şekilde dahi tükürmekle yükümlü olacak (Ay. m. 17 f. 1, m. 38 f. 5 ile bağlantılı CMK m. 76 f. 1, 4 ve m. 49) ve bu yükümlülüğü yerine getirmeyen başvuru karşı zor kullanılabilir (PVSK m. 16 f. 1). Görüldüğü gibi mevzuattaki boşluk ve uygulamadaki dikkatsiz verilmiş şüphelik sıfatı olayı hak ihlali içerecek duruma getirmiştir.

<sup>60</sup> Aynı doğrultuda Özgenç (n 18) 242 vd.; Kılıç (n 7) 139; krş. Şahin ve Göktürk (n 6) 65 vd.; Öztürk ve diğerleri (n 17) 216.



etmemiş;<sup>61</sup> diğer taraftan ise başvurucudan tükürük örneğinin alınması tedbiri ve 'katlanma yükümlülüğünün' gerekçesi olabilecek yasal dayanak bulunmamıştır. Başka bir ifadeyle başvurucudan doğrudan Ay. m. 38 f. 5'teki delil gösterilmeye zorlama yasağına değil, *kanuni dayanağı olmayan bir zorlamaya tabi tutulmuştur*. Yasal dayanağı olmayan, esasında kendini suçlamaya zorlama da teşkil etmeyen bir tedbire başvurulmuş olmasının adil yargılanma hakkını ihlal edip etmeyeceği ise ayrıca hakkında karar verilmesi gereken bir husustur. Kanaatimizce kullanılan zorlamanın Ay. m. 38 f. 5 anlamında 'delil göstermeye' yol açmamış olması, başvurucu hakkında daha sonra yasal dayanaktan yoksun alınmış tükürük örneği kullanılarak bir iddianame düzenlenmemiş olması ve başvurucunun adı geçen izin normunun olmadığına ilişkin iddiasını Ay. m. 17 f. 1 ve AİHS m. 8 f. 1 anlamında ileri sürebilecek olması göz önüne alındığında; kendini suçlamaya zorlama yasağı<sup>62</sup> ve adil yargılanma hakkı bakımından bir ihlalin tespitini gerektirecek derece bir mağduriyetin olmadığını kabul etmek gerekir.<sup>63</sup> Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi başvurucunun iddiasını adil yargılama hakkı bağlamında ele alsaydı ve kendini suçlamaya zorlama yasağı bakımından Ay. m. 38 f. 5'in koruma alanını göz önünde bulundursaydı, ihlal kararı vermek zorunda değildi. Bu çıkarımımızda, zor kullanmanın işkence ve kötü muamele teşkil etmiş olması ihtimali önünde bulundurulmamıştır.

## SONUÇ

Anayasa Mahkemesi'nin Sıtkı Güngör başvurusu hakkında verdiği karar değerlendirildiğinde; somut olayın çözümlenmesi bakımından yukarıda şu ana çıkarımlarda bulunulmuştur:

- Başvuru yapılırken ve ele alınırken derdest olan ilk derece yargılaması tükürük örneğinin kanuna ve Anayasa'daki temel insan haklarına uyulmasının incelenmesi bakımından tüketilebilecek bir kanun yolu değildi. Tükürük örneği adı geçen yargılamanın konusu teşkil eden bir fiille bağlantılı olarak alınmamıştı.

<sup>61</sup> PVSK m. 16'ya uygun bir şekilde tükürük örneği alınması hususunda direnci kırılmak istenen başvurucuya ayrıca göz yaşartıcı gaz sıkılmış olması ve başvurucunun 'polislerin elleriyle yüzüne bastırdıkları sırada doktorun ağzının içinden örnek aldığı' iddiasının; Anayasa Mahkemesi tarafından ölçülülük ilkesi incelemesinde ayrıca irdelenmesi gerektiğini ve bu hususun aydınlatılmadığını daha önce dile getirmiştik. PVSK m. 16 bağlamında kullanılan zorlamanın ölçülü olmadığı tespit edilseydi; bunun Ay. m. 38 f. 5'te güvence altına alınan kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağının ihlaline yol açıp açmayacağına ayrıca belirlenmesi gerekecekti. Kanaatimizce, tükürük örneğinin alınmasında kullanılan zorlamanın işkence veya kötü muamele teşkil ettiğinin tespiti halinde, Ay. m. 38 f. 5'in ihlal gündeme gelebilecekti; bkz. Jalloh v Almanya Başvuru No: 54810/00 (AİHM, 11 Temmuz 2006) § 111 vd.; ayrıca bkz. Özdemir (n 7) 18; Kılıç (n 7) 88.

<sup>62</sup> Bu yasağın tespiti için AİHM'in kullandığı ölçütler için bakınız Jalloh v Almanya Başvuru No: 54810/00 (AİHM, 11 Temmuz 2006 § 111; İtişgen (n 10) 10 vd.

<sup>63</sup> Adil yargılanma hakkının ihlalinin tespiti için göz önüne alınması gereken hususların ayrıntıları için bkz. Niculescu v Romanya Başvuru No: 25333/03 (AİHM, 25 Haziran 2013) § 109; ayrıca bkz. Trechsel Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings* (1. Bası, Oxford University Press 2006) 86 vd.; adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine dair tespitin yargılamanın bütününe göz önüne alınmasını gerektirdiğine dair içtihat için ayrıca bkz. Fahri Taner Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği* (1. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019) 53.



Bundan dolayı ilk derece mahkemesince tükürük örneği hakkında bir karar vermesi mümkün değildir. Esasında tükürük örneğinin delil teşkil edebileceği fiillerle ilgili soruşturmada; başvurucuya şüpheli sıfatının isabetli bir şekilde verildiğini de mevcut veriler karşısında göremiyoruz. Buna rağmen başvurucu Anayasa Mahkemesi önünde kural olarak Ay. m. 38 f. 5'te güvence altına alınan kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağına dayanarak adil yargılanma iddiasında bulunabilirdi. AYM maalesef tüketilmemiş kanun yoluna işaret ederek bu iddiayı incelememiştir. Başvurucunun iddiasının esasen gerekçeli/haklı olup olmadığı ise başka bir husustur.

- AYM başvurucunun tükürük örneğinin alınmasına dair hak ihlali iddiasını, vücut bütünlüğüne yapılan bir müdahale olmasından dolayı Ay. m. 17 f. 1 ve AİHS m. 8 f. 1 bağlamında incelemiştir. AYM'nin aksine başvurucudan şüpheli olarak alınan tükürük örneğinin yasal gerekçesi olarak CMK m. 75 f. 1'e dayanılamayacağını düşünmekteyiz. Çünkü başvurucunun hakkında tükürük örneğinin alındığı suçlar bakımından şüpheli sıfatına haiz olduğu konusunda ikna edici veriye rastlamadık. CMK m. 76 f. 1'de üçüncü kişilerden tükürük örneğinin alınması kural olarak mağdura hasredildiği için; mevzuatımızda diğer üçüncü kişiler bakımından boşluk olduğunu düşünmekteyiz. Neticede, Anayasa Mahkemesinin yasal dayanak yoksunluğundan Ay. m. 17 f. 1 ve AİHS m. 8 f. 1 bakımından ihlal kararı vermesi gerekirdi.
- Başvurucunun tükürük örneği alınmasına dair hakimlik kararına karşı etkili bir kanun yolu korumasından (Ay. m. 40 f. 1 ve AİHS m. 13 f. 1) faydalanmadığına dair iddiası bakımından; AYM'nin, başvurucunun savunulabilir iddiasının zaten olmadığı hususundaki tespitine katılmıyoruz. Başvurucunun şüpheli sıfatı konusundaki belirsizlikler ve adı geçen kanun boşluğu göz önüne alındığında; ilk bakışta savunulabilir hak ihlali iddiasında bulunabileceğini kabul etmek gerekirdi. Ancak AYM'nin avukatın pasif kalarak etkili kanun yolu korumasından feragat ettiği hususundaki tespitine katılıyoruz. Neticede Ay. m. 40 f. 1 ve AİHS m. 13 f. 1 bakımından ihlal kararının verilmemiş olması isabetlidir.

Bu çalışmanın somut olayın çözümlenmesinin değerlendirilmesinden başka, önem verdiği kişinin kendini suçlamaya zorlanması yasağının kapsamının belirlenmesi konusunda ise şu çıkarımlarda bulunuldu:

Ay. m. 38 f. 5'te geçen 'delil göstermeye' zorlanamama ibaresinin hukuki bir terim olarak görülmesi gereği karşısında; göstermenin AYM'nin içtihadın da benimsediği gibi yardım etmeme/katkıda bulunma olarak anlaşılması gerekir. Böylece Ay. m. 38 f. 5 gereği hiç kimse kendi aleyhine delil elde edilmesi için katkıda bulunmaya zorlanamayacaktır. Somut olaya bakıldığında başvurucunun katkısının tükürük olarak cereyan edebileceği görülmektedir. Ancak kendisi aktif olarak tükürümeye zorlanmamış, tersine kendisinden tükürük örneği alınmıştır. Özellikle bu husus da göz önüne alındığında; başvuru adil yargılanma kapsamında ele alınsaydı dahi, başvurucunun Ay. m. 38 f. 5'te güvence altına alınan

zorlanma yasağının ve bununla adil yargılanma hakkının ihlal edildiği hususundaki iddiasının esaslan reddedilmesi gerekirdi. Yukarıda da belirtildiği gibi AYM böyle bir incelemeyi maalesef yapmamıştır.

## Kaynakça

- Akbulut B, 'Dış Beden Muayenesi' (2016) 27 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 83–123
- Akgül A, 'İşkence Nedeniyle Açılan Tam Yargı Davalarında Danıştay Ölçütleri' (2014) 145 Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 189–236
- Aksoy İpekçioğlu P, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma' (2012) LXX/2012(1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 19–38
- Apış Ö, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Saniğin Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması' (2012) 18(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 267–297
- Arslan M, 'Şüphelinin İfade Verme ve İrade Özgürlüğü' in Yenisey Feridun ve diğerleri (Editör) *Silvia Tellenbach'a Armağan* (Seçkin Yayınları 2018) 787–816
- Aydın ÇK, 'Adil Bir Yargılanmanın Bir Unsuru Olarak Susma Hakkı' (2019) 91 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 146–180
- Aygörmez Uğurlubay GA, 'Güncel Tartışmalar ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz' (2014) 16(Özel) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3999–4044
- Aygün A, 'Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma' (2016) 8 Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 49–73
- Aytekin İnceoğlu A, *Suçsuzluk Karinesi ve Susma Hakkı* (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2000)
- Bağlar YE, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması' (2021) 45 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 121–154
- Demir E, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemeler* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2020)
- Doğan R, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma' (2019) 142 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 93–132
- Ertemel Y, 'Vergi Hukukunda Belge İbraz Yükümlülüğü ve Nemo Tenetur İlkesi' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi 2018)
- Evik VS, 'Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçu' (2013) 19(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 667–697
- Gökçen A, Balcı M, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2020)
- Gözler K, *İnsan Hakları Hukuku* (3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2020)

- Hafizoğulları Z ve Kurşun G, 'Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk' (2007) 71 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 25–80
- Harris D, O'Boyle M, Bates E ve Buckley C, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Türkçe çeviri (çevirmenler; Mehveş Kılıcı Bingöllü ve Ulaş Karan) (1. Baskı, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi 2013)
- İnceoğlu S, *Adil Yargılanma Hakkı* (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru 2018) <[https://www.anayasa.gov.tr/media/3547/04\\_adil\\_yargilanma\\_hakki\\_son.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/3547/04_adil_yargilanma_hakki_son.pdf)> 06.05.2021 tarihinde erişildi
- İnci ZÖ, 'Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler' (2017) 7(2) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 119–168
- İtişgen R, *Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2013)
- Kılıç Ü, 'Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2010)
- Kızılarlan H 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma' (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi 2007) 251 vd. <<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/42321.pdf>> 08 Mayıs 2021 tarihinde erişildi
- Matulewicz P, 'Die Problematik der Freiwilligkeit der DNA-Reihenuntersuchungen und der Verwertbarkeit der Daten' in Yener Ünver (Editör), *Ceza Hukuku ve Modern Teknolojiler* (Seçkin Yayıncılık 2018) 141–156
- Öncü Arslan G, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı* (Anayasa Mahkemesi 2019) <[https://www.anayasa.gov.tr/media/5604/ozel\\_yasam\\_hakki.pdf](https://www.anayasa.gov.tr/media/5604/ozel_yasam_hakki.pdf)> 06 Mayıs 2021 tarihinde erişildi
- Özalp N, 'Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK m. 141-144)' (2019) 145 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 81–158
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (12. Baskı, Seçkin Yayınları 2019)
- Özdemir ÇA, 'Nemo Tenetur İlkesi Bağlamında Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2019)
- Özgenç İ, 'Beden Muayenesi, Vücuttan Biyolojik Örnek Alma, Moleküler Genetik İnceleme ve DNA Verilerinin Muhafazası İşlemleriyle İlgili Rıza ve Yetki Sorunları Üzerine Hukuki Değerlendirmeler' (2020) 24(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 233–264

- Öztürk B, Eker Kazancı B ve Soyer Güleç S, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (3. Baskı, Seçkin Yayınları 2019)
- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku I* (11. Bası, Seçkin Yayınları 2020)
- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku II* (11. Bası, Seçkin Yayınları 2021)
- Taner GF, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği* (1. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Trechsel S, *Human Rights in Criminal Proceedings* (1. Bası, Oxford University Press 2006)
- Tulay ME, 'Suç Örgütü Liderinin Cezai Sorumluluğuna İlişkin hukuki Analiz ve Öneriler' (2019) 38 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 89–106
- Tunçer İnce A, 'Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi' (2018) 4(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 355–379
- Uçaryılmaz TŞ, 'Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Dek Bona Fides İlkesi' (Doktora Tezi, Bilkent Üniversitesi 2018) <<http://repository.bilkent.edu.tr/bitstream/handle/11693/47574/10193407.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> 06 Mayıs 2021 tarihinde erişildi
- Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Baskı, Adalet Yayınevi 2019)
- Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Baskı, Seçkin Yayınları 2019)
- Yıldırım A, 'Saniğin Susma Hakkı' (1998) 5-6 Ankara Barosu Dergisi 682–701
- Yurtcan E, *Ceza Mahkemesi Kanunu Şerhi* (9. Bası, Seçkin Yayıncılık 2019)