



Tanığın Kendisini veya Yakınlarını Ceza Muhakemesi Tehlikesine Uğratabilecek Nitelikte Olan Olguları Açıklamaktan Çekinme Hakkı (CMK m. 48)^(*)



The Right of a Witness to Refuse Answering Questions Capable of Exposing Himself or His Relatives to Criminal Prosecution (CCP art. 48)

Reşit KARAASLAN



Doçent Doktor

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

Anahtar Kelimeler

Tanık,
Tanıklıktan Çekinme,
Nemo Tenetur İlkesi,
Delil,
Delil Yasakları,
Bilgilendirme
Yükümlülüğü.

Öz

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 48. maddesi, tanığın kendisini veya CMK m. 45/1'de sayılan yakınlarını ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikteki sorulara cevap vermekten çekinmesine olanak tanımaktadır. Anayasa m. 38/5'te "hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" şeklinde vücut bulan ve *nemo tenetur se ipsum accusare* olarak ifade edilen ilkenin tanıklık hukukundaki yansıması olan bu düzenleme, tanığı doğruyu söyleme yükümlülüğü altında kendisini veya yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya yahut yalan tanıklık yapmaya itmemek amacıyla ceza muhakemesi hukukuna kazandırılmıştır. Bu çalışmada CMK m. 48 hükmü; Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 55. paragrafı (§ 55 StPO) ile karşılaştırmalı bir perspektiften ele alınmakta, hükmün uygulanma koşulları ve kapsamı, çekinme hakkının kullanılması ile bu hakkın kullanılmasının muhakeme hukukuna yansımaları sistematik biçimde incelenmektedir. Keza bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali hâlinde elde edilen beyan delillerinin gerek şüpheli/sanık gerek bizzat tanık aleyhine kullanılıp kullanılamayacağı meselesi, Türk ve Alman hukuku karşılaştırmalı olarak değerlendirilmektedir.

Keywords

Witness,
Refusal to Testify,
Nemo Tenetur
Principle,
Evidence,
Exclusionary Rules,
Duty to Inform.

Abstract

Article 48 of the Code of Criminal Procedure No. 5271 (CCP) permits a witness to refrain from answering questions capable of exposing himself or his relatives enumerated under Article 45(1) of the CCP to criminal prosecution. This provision constitutes the reflection of the principle expressed as *nemo tenetur se ipsum accusare* -enshrined in Article 38(5) of the Constitution under the formulation that "no one may be compelled to make a statement that would incriminate himself or his relatives as indicated by law, or to present incriminating evidence"- within the law of testimony, and has been incorporated into criminal procedural law with a view to preventing a witness, under the obligation to tell the truth, from being driven either to make a self-incriminating or relative-incriminating declaration or to bear false testimony. In this study, Article 48 of the CCP is examined from a comparative perspective alongside § 55 of the German Code of Criminal Procedure (§ 55 StPO); the conditions and scope of application of the provision, the exercise of the right to refuse disclosure, and the ramifications of such exercise upon procedural law are systematically analysed. Furthermore, the question of whether testimonial evidence obtained in breach of the duty to inform may be used against the suspect/accused or against the witness himself is assessed through a comparative evaluation of Turkish and German law.

^(*) Araştırma Makalesi.
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 21.04.2026, Kabul Tarihi: 01.06.2026.



Extended Summary

The elucidation of material truth, which constitutes one of the fundamental objectives of criminal procedure, does not signify that truth must be pursued at any cost; rather, this objective is circumscribed by principles safeguarding human dignity and fundamental rights. It is precisely against this backdrop that Article 48 of the Code of Criminal Procedure, as the reflection of the *nemo tenetur se ipsum accusare* principle within the law of testimony, seeks to deliver the witness from an irresolvable dilemma: either incriminating himself or his relatives by telling the truth, or bearing false testimony.

With respect to Article 48(1) of the Code of Criminal Procedure, the first point that warrants emphasis is that the scope of application of the provision must not be confined solely to investigative and prosecutorial authorities in the classical sense. In our submission, Article 48 ought to be applied by analogy where the public authority posing questions to the witness is a disciplinary superior or an authority conducting administrative law enforcement activities; for restricting the protection afforded by the provision to classical investigative and prosecutorial authorities would, to a considerable extent, reduce the rights that the *nemo tenetur* principle seeks to safeguard to a mere empty formula.

Secondly, the term “question” employed in Article 48 of the Code of Criminal Procedure must be understood as “fact.” For a literal application of the provision would result in the witness being compelled to disclose, during the examination phase, facts capable of exposing himself or his relatives to the risk of criminal proceedings, which would constitute a manifest violation of the *nemo tenetur* principle. Furthermore, the expression “criminal prosecution” in Article 48(1) must, in order to achieve conformity with Article 38(5) of the Constitution, be interpreted as “criminal proceedings” so as to encompass the investigation phase as well. Indeed, a witness ought to be entitled to refuse disclosure whenever answering a question could give rise to even a rudimentary suspicion against himself or his relatives sufficient to initiate a preliminary investigation. Moreover, even where the answer to a given question would not in itself suffice to generate a criminal suspicion, the right to refuse must equally be recognised in cases where such answer could constitute a piece of an evidentiary mosaic operating to the detriment of the witness or his relatives.

Thirdly, it has been established that Article 48 of the Code of Criminal Procedure confers upon the witness, as a rule, a right of partial refusal; yet where it is not possible for the witness to make a statement without exposing himself or his relatives to the risk of criminal proceedings, this partial refusal may exceptionally transform into a comprehensive refusal.

Concerning the consequences of the exercise of the right to refuse disclosure, a twofold distinction has been drawn. Statements made by a witness who, despite having been duly informed, chose not to exercise his right to refuse cannot be transferred to the subsequent prosecution phase as documentary evidence, by virtue of the principle of immediacy; nor may they be indirectly substituted through the examination of the persons who took such statements as hearsay witnesses. As for the question of whether statements obtained in the absence of the requisite notification under Article 48(2) may be used against the suspect or accused, the position under Turkish law is unequivocal: pursuant to the absolute exclusionary rule adopted by Article 38(6) of the Constitution and Article 217(2) of the Code of Criminal Procedure, statements obtained in breach of Article 48(2) cannot under any circumstances be adduced in criminal proceedings. The prevailing position in German jurisprudence, which, within the framework of the legal sphere theory, permits such statements to be used against the accused, cannot be endorsed; for the provisions of criminal procedure law are designed to minimise, to the greatest extent possible, the inherent imbalance between the state and the suspect or accused, and to classify a norm safeguarding the *nemo tenetur* principle as one that does or does not affect the legal sphere of the accused is plainly incompatible with that objective.

Finally, a critical assessment has been offered of the objection requirement that has found acceptance in both Turkish and German judicial practice. Under Turkish law, which subscribes to the absolute exclusionary rule, the court is required to assess the illegality of its own motion and to exclude the evidence accordingly; under German law, which subscribes to the relative exclusionary rule, the balancing of interests must likewise be conducted by the court of its own motion. In both systems, leaving such review to the initiative of the accused or defence counsel is irreconcilable with the logic of criminal procedure.

GİRİŞ

Ceza muhakemesinin temel amaçlarından biri, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu amaca ulaşmak için başvurulmuş delil araçlarından en önemlilerinden biri hiç kuşkusuz tanık ve onun beyanıdır¹. Ne var ki ceza muhakemesi maddi gerçeği araştırırsa da her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşmak söz konusu değildir². Ceza yargılamasında kamusal makamlar ile karşı karşıya gelen kişinin yani kamusal makamların maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla uyguladığı zorlama/baskı ile karşı karşıya gelen kişinin elindeki en güçlü ve en temel haklardan biri *nemo tenetur* ilkesidir³. Bilindiği üzere gerek Türk Hukukunda (Anayasa m. 38/5)⁴ gerek uluslararası metinlerde⁵ kendine yer bulan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) kararlarında adil yargılanma ilkesinin⁶ vazgeçilmez bir unsuru olarak kabul edilen *nemo tenetur* ilkesi, özünde insan onurunun korunmasına hizmet etmektedir. Diğer bir ifadeyle ilke, kişinin ceza muhakemesinde salt bir “delil aracı” olarak değil, haklara sahip bir “süje” olarak muamele görmesini güvence altına almaktadır⁷.

CMK m. 48 ve hükmün Alman hukukundaki karşılığı olan Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 55. paragrafı (§ 55 StPO) bu arka plan ile okunmalıdır. Her ne kadar *nemo tenetur* ilkesi ilk etapta şüpheli/sanık ile özdeşleşen bir hak olarak düşünülse de, ilke tanık açıklamalarına da teşmil etmektedir. Mademki insan haklarını çıkış noktası kabul eden ceza muhakemesi hukukunda her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşmak söz konusu olmadığından şüphelinin/sanığın “kendi aleyhine” delil vermeme hakkının/açıklama yapmama hakkının olduğu hususunda herhangi bir şüphe bulunmaktaki; öyleyse tanıklık yükümlülüğünün de sınırsız olmadığı, belirli durumlarda tanığın bu yükümlülüğünden muaf tutulması gerektiği de bizzat ilkeden doğmaktadır⁸. Öyleyse CMK m. 48, Anayasa m. 38/5’te “hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” şeklinde vücut bulan ve *nemo tenetur* ilkesinin bir yansımasıdır.

¹ Tanık ve tanık beyanı hakkında detaylar için bakınız AYDIN, Semih Oğuz: *Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Anonim Tanık*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 29 vd.; CEBECİ BİNGÖL, Şeyma: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık Beyanının Güvenilirliği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 64 vd.; FEYZİOĞLU, Metin: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996, s. 28 vd.; ÖZAYDIN, Özdem: *Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 29 vd.; YILDIRIM, Akif: *Anayasal Düzeyde Bir Güvence Olarak Ceza Muhakemesinde Tanık Sorgulama Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 141 vd.

² Yargıtay, CGK, T. 09.10.2024, E. 2023/594, K. 2024/294; Yargıtay, CGK, T. 12.06.2024, E. 2023/576, K. 2024/192; Yargıtay, CGK, T. 23.10.2024, E. 2023/577, K. 2024/318 (Legalbank): “Çağdaş ceza muhakemesinin amacı maddi hakikati her ne pahasına olursa olsun değil, insan onuruna/sherefine yaraşır biçimde ortaya çıkarmaktır. Bu amaca da ancak hukuka uygun olarak elde edilmiş delillerle ulaşılabilecektir. Kamu güvenliği, suç işlenmesinin önlenmesi gibi meşru amaçlar için yapılan müdahalelerle kişi hak ve özgürlükleri arasında hakkaniyete uygun adil bir denge kurmak kamu otoriteleri için pozitif yükümlülüğün gereği iken yargı mercileri yönünden ayrıca kamu gücünü kullanan kurumların tüm eylem ve işlemlerinde hukuka uygun davranma zorunluluğunu netice veren hukuk devleti ilkesini, hak eksenli bir anlayışla yorumlayarak tahkim etme misyonunun yansımasıdır.”

³ İlke hakkında çok detaylı açıklamalar için bakınız YURTLU, Fatih: *Maddi ve Şekli Ceza Hukuku Boyutuyla Nemo Tenetur İlkesi - Kişinin Kendisini ve Kanuni Yakınlarını Suçlamaya Zorlanamaması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2025, s. 25 vd.

⁴ Anayasa m. 38/5: “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.”

⁵ BM Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi m. 14/3-(g): “Hakkındaki herhangi bir ceza davasının belirlenmesinde herkes, tam eşitlik esasına göre aşağıdaki asgari güvenceye sahip olacaktır: Kendi aleyhine ifade vermeye veya suçunu itiraf etmeye zorlanmama.”

⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 6.

⁷ Kıyaslayınız AİHM, *Saunders v. Birleşik Krallık*, B. No. 19187/91, T. 17.02.1996; AİHM, *Brian Roger v. Birleşik Krallık*, B. No. 76574/01, T. 10.09.2002; AİHM, *Wanner v. Almanya*, B. No. 26892/12, T. 23.10.2018 (HUDOC).

⁸ BADER, Markus: “§ 55”, BARTHE, Christoph / GERCKE Jan (Hrsg.): *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*, 9. Baskı, Verlag C.H. Beck, Münih, 2023 (KK-StPO), kn. 1; BERTHEAU, Camilla / IGNOR, Alexander: “§ 55”, BECKER, Jörg-Peter / ERB, Volker / ESSER, Robert / GRAALMANN-SCHNEIDER, Kirsten / HILGER, Hans / IGNOR, Alexander (Hrsg.): *Löwe-Rosenberg - Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz - Großkommentar*, Cilt 2, 27. Baskı, De Gruyter, Berlin, 2018 (LR-StPO), kn. 1; ESCHELBACH, Ralf: “§ 55”, SATZGER, Helmut / SCHLUCKBIER, Wilhelm / WIDMAIER, Gunter (Hrsg.): *Strafprozessordnung mit GVG und EMRK Kommentar*, 5. Baskı, Carl Heymanns Verlag, Hürth, 2023 (SSW-StPO), kn. 1 vd.; GERCKE, Björn: “§ 55”, GERCKE, Björn / TEMMING, Dieter / ZÖLLER, Mark A. (Hrsg.): *Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Baskı, C.F. Müller, Heidelberg, 2023 (HK-StPO), kn. 1; MAIER, Stefan: “§ 55”, KNAUER, Christoph / KUDLICH, Hans / SCHNEIDER, Hartmut (Hrsg.): *Münchener Kommentar zur StPO*, Cilt 1, 2. Baskı, Verlag C.H. Beck, Münih, 2023 (MüKo-StPO), kn. 1 vd.

Buradan hareketle CMK m. 48 ile ilkenin CMK'daki bir diğer karşılığı olan CMK m. 147/1-(e)'deki düzenleme ile bağlantısı, benzerliği ve farklılığı da açıklanabilir⁹. CMK m. 147/1-(e)'ye göre “*şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur: yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir*”. Hemen fark edileceği üzere CMK m. 147/1-(e) sadece ve sadece suç isnadı altında olan kişinin kendisi hakkında aleyhe açıklama yapmama hakkını garanti altına almaktadır¹⁰. Bu arka plan ile CMK m. 50 uyarınca yeminsiz olarak dinlenecek tanık olarak kabul edilen “soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştirakten veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar”, açıklama yapmama hakkını CMK m. 48 uyarınca değil, CMK m. 147 uyarınca kullanacaktır; zira bu kişiler tanıklıktan çekinme hakkını değil; susma hakkını kullanan suç isnadı altındaki kişidir¹¹.

Suç isnadı altında bulunan şüpheli/sanığın yakınlarının, suç isnadı altındaki kişi hakkında aleyhe açıklama yapmama hakkını garanti altına alan düzenleme ise CMK m. 45'tir¹². Nitekim düzenleme göre belli akrabalık ilişkisi altında bulunan kişiler, şüpheli/sanık aleyhine tanıklıktan çekinme hakkına sahiptir¹³. CMK m. 48'nin CMK m. 147/1-(e), CMK m. 45'ten farkı ise bu noktada ortaya çıkmaktadır. CMK m. 48'de *nemo tenetur* ilkesinden faydalanan kişi ne suç isnadı altındaki kişidir ne de suç isnadı altındaki kişi ile belli akrabalık ilişkisi altında bulunan kişidir. Öyleyse CMK m. 48, CMK m. 147/1-(e), CMK m. 45'in ortaya koyduğu sistemin tanık bakımından “karşılığı”, tanığın yakınları bakımından ise “hakkaniyetin ve tutarlılığın bir gereği” olarak kendisine yer bulmuştur. Gerçekten de tanığı, doğruyu söyleme yükümlülüğü altında, kendisini veya bir yakını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlamak, tanığı çözümsüz bir ikilemle karşı karşıya bırakacak; bu ikilem ise tanığı ya yalan beyanda bulunmaya ya da kendisini veya yakınlarını suçlamaya itecektir¹⁴. CMK m. 48, bu ikilemi çözmeye çalışmaktadır¹⁵.

Aşağıda CMK m. 48'in bu ikilemi ne şekilde çözmeye çalıştığı sistematik şekilde ele alınacaktır. Hükme göre “*tanık, kendisini veya 45 inci maddenin birinci fıkrasında gösterilen kişileri ceza kovuş-*

⁹ CMK m. 147: “(1) Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur: a) Şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür. b) Kendisine yüklenen suç anlatılır. c) Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir. d) 95 inci madde hükmü saklı kalmak üzere, yakalanan kişinin yakınlarından istediğine yakalandığı derhâl bildirilir. e) Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir. f) Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır. g) İfade verenin veya sorguya çekilenin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınır. h) İfade ve sorgu işlemlerinin kaydında, teknik imkânlardan yararlanılır. i) İfade veya sorgu bir tutanağa bağlanır. Bu tutanakta aşağıda belirtilen hususlar yer alır: 1. İfade alma veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarih. 2. İfade alma veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği. 3. İfade almanın veya sorgunun yapılmasında yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, bu işlemler yerine getirilmemiş ise nedenleri. 4. Tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafî tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı. 5. İmzadan çekinme hâlinde bunun nedenleri.”

¹⁰ ESCHELBACH, *SSW-StPO*, § 55, kn. 2.

¹¹ BERTHEAU / IGNOR, *LR-StPO*, § 55, kn. 2.

¹² CMK m. 45: “(1) Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilir: a) Şüpheli veya sanığın nişanlısı. b) Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi. c) Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy. d) Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları. e) Şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar. (2) Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanunî temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebilirler. Kanunî temsilci şüpheli veya sanık ise, bu kişilerin çekinmeleri konusunda karar veremez. (3) Tanıklıktan çekinebilecek olan kimselere, dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilir. Bu kimseler, dinlenirken de her zaman tanıklıktan çekinebilirler.”

¹³ CMK m. 45/1 hakkında ayrıntılı açıklamalar için bakınız TURHAN, Faruk: “Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Yakınlarının Tanıklıktan Çekinme Hakkı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 28, Sayı 3, s. 1383 vd.

¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 21.04.2010 - 2 BvR 504/08 (BeckRS 2010, 49081); BVerfG, Beschluss vom 06.02.2002 - 2 BvR 1249/01 (NJW 2002, 1411); BVerfG, Beschluss vom 16.11.1998 - 2 BvR 510 (NJW 1999, 779); BVerfG, Beschluss vom 08.10.1974 - 2 BvR 747/73 (NJW 1975, 103); BGH, Urteil vom 26.05.1992 - 5 StR 122/92 (NStZ 1992, 448); BGH, Beschluss vom 21.01.1958 - GSSt 4/57 (NJW 1958, 557).

¹⁵ DAHS, Hans / LANGKEIT, Jochen: “Das Schweigerecht des Beschuldigten und seine Auskunftsverweigerung als “verdächtiger Zeuge” - Zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.05.1992 - 5 StR 122/92, NStZ 1992, 448”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1993, Cilt 13, Sayı 5, s. 213.

turmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebilir. Tanığa cevap vermekten çekinebileceği önceden bildirilir.”

Hemen fark edileceği üzere CMK m. 48’in 1. cümlesi; kimin, kim için ve hangi durumlarda açıklama yapmaktan çekinebileceğini (*Auskunftsverweigerungsrecht*) ortaya koymaktadır. CMK m. 48’in 2. cümlesi ise 1. cümledeki haklardan yararlanabilecek kişinin bu hak hakkında bilgilendirilmesi gerektiğini (*Belehrungspflicht*) ortaya koymaktadır. Her iki cümlelerin uygulama alanının ve sonuçlarının farklı olması karşısında, CMK m. 48 cümle 1 ile CMK m. 48 cümle 2’nin ayrı ayrı ele alınması uygun olacaktır.

I. CMK m. 48 CÜMLE 1 HÜKMÜNÜN UYGULAMA KOŞULLARI VE KAPSAMI

CMK m. 48 cümle 1’e göre “*tanık, kendisini veya 45 inci maddenin birinci fıkrasında gösterilen kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebilir.*” İlgili düzenleme incelendiğinde cevaplanması gereken kimi soruların gündeme geldiği ortaya çıkmaktadır: Gerçekten de tanık, hangi kamusal makamların sorduğu sorulara cevap verirken açıklama yapmaktan çekinebilecektir? Tanık hem CMK m. 45 uyarınca tanıklıktan çekinme hakkına sahip hem de CMK m. 48 düzenlemesinden faydalanabilecek bir kişi ise, CMK m. 48 ile CMK m. 45 arasındaki ilişki ne şekilde ele alınmalıdır? Hükümde geçen “soru” kelimesi ne şekilde anlaşılmalıdır? Hükümde geçen “ceza kovuşturması” ifadesi gerek hükmün amacı gerek Anayasa m. 38/5 ile ne denli uyumludur?

A. Tanığa Soru Soran Kamusal Makam

CMK m. 48 cümle 1, tanığın kim tarafından sorulan sorular karşısında açıklama yapmaktan çekinebileceğini açıkça ortaya koymamaktadır. Hiç kuşkusuz tanık, sorgu esnasında¹⁶ sulh ceza hâkimi veya mahkeme tarafından sorulan sorularda bu haktan faydalanabilecektir. Keza aynı düşüncenin ifade alma esnasında¹⁷ tanığa soru soran kamusal makamın kolluk veya savcılık makamı olması hâlinde de geçerli olmasını engelleyen hiçbir neden bulunmamaktadır¹⁸.

Üzerinde düşünülmesi gereken mesele, tanığa soru soran kamusal makamın sayılanlar dışında bir makam olması ihtimalidir. Nitekim ceza muhakemesine hâkim olan ilkeler dolayısıyla *nemo tenetur* ilkesi sadece kişinin suç isnadı altında bulunduğu klasik anlamda ceza soruşturması/kovuşturmasında değil, örneğin disiplin soruşturmalarında da geçerlidir¹⁹. Bu noktadan hareketle tanığa soru soran kamusal makamın disiplin amiri keza Kabahatler Kanunu veya diğer kanunlar uyarınca idari kolluk faaliyeti yürüten bir makam olması da mümkündür²⁰. Dolayısıyla eğer bir tanık, kamusal makamın kendisine sorduğu soruya doğru yanıt vermesi hâlinde kendisini veya CMK m. 45’te sayılan yakınlarını ceza muhakemesi tehdidi altına sokacak ise ikili bir ayırım yapılmalıdır: Eğer ki tanığa soru soran kamusal makam, klasik anlamda soruşturma/kovuşturma makamı ise CMK m. 48 doğrudan; soru soran kamusal makamın bunlar dışında bir kamusal makam ise CMK m. 48 dolaylı bir şekilde (kıyasen) uygulama alanı bulmalıdır. Zira CMK m. 48’in uygulama alanı yalnızca ilk ihtimal ile sınırlanacak olursa; hükmün sağladığı koruma hakkı “büyük ölçüde boş bir formüle” dönüşecek ve Anayasa m. 38/5’in amaçladığı koruma sağlanamayacaktır²¹.

¹⁶ CMK m. 2/1-(h): “*Bu Kanunun uygulanmasında; Sorgu: Şüpheli veya sanığın hâkim veya mahkeme tarafından soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesini, ifade eder.*”

¹⁷ CMK m. 2/1-(g): “*Bu Kanunun uygulanmasında; İfade alma: Şüphelinin kolluk görevlileri veya Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesini, ifade eder.*”

¹⁸ BADER, *KK-StPO*, § 55, kn. 2; BERTHEAU / IGNOR, *LR-StPO*, § 55, kn. 2; ESCHELBACH, *SSW-StPO*, § 55, kn. 4; GERCKE, *HK-StPO*, § 55, kn. 5; MAIER, *MüKo-StPO*, § 55, kn. 5.

¹⁹ KAĞITCIOĞLU, Mutlu: “Kurgudan Gerçekliğe Uzanan Bir Tartışma Alanı: Susma Hakkının İdare Hukukunda Yeri Var mıdır?”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018, Sayı 134, s. 119 vd.

²⁰ Detaylar için bakınız KARAASLAN, Reşit: *Ceza Hukuku Boyutuyla Şirketlerde Compliance (Uyum) ve İç Soruşturma*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2025, s. 244 vd.

²¹ Kıyaslayınız BADER, *KK-StPO*, § 55, kn. 6 vd.; BERTHEAU / IGNOR, *LR-StPO*, § 55, kn. 2; ESCHELBACH, *SSW-StPO*, § 55, kn. 7; GERCKE, *HK-StPO*, § 55, kn. 6; MAIER, *MüKo-StPO*, § 55, kn. 7 vd.

B. CMK m. 48 ile CMK m. 45 Arasındaki İlişki

CMK m. 48, tanığın yalnızca kendisini değil, CMK m. 45'te sayılan yakınlarını da ceza muhakemesi tehlikesine uğratabilecek sorulara cevap vermekten çekinmesine olanak tanır. CMK m. 48'in tanıdığı çekinme hakkı, yakının aynı davada sanık olmadığı durumlarda da geçerlidir; zira yalnızca bu hâlde CMK m. 48'in "yakınlar" bakımından müstakil bir anlamı mevcuttur. Diğer bir ifadeyle tanığın lehine çekinme hakkını kullanacağı yakını, aynı/somut olaydaki şüpheli/sanık olmasa bile, yakınının başka bir dosyada ceza muhakemesi tehlikesiyle karşı karşıya kalması hâlinde de çekinme hakkından yararlanabilecektir. Buna karşın eğer ki tanığın lehine olmak üzere tanıklıktan çekindiği "yakın", aynı/somut olaydaki ceza muhakemesinde şüpheli/sanık ise, tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişinin hem CMK m. 48 hem CMK m. 45 uyarınca tanıklıktan çekinme hakkı mevcuttur²².

Tanığa hem CMK m. 45 kapsamında tanıklıktan çekinme hakkı hem de CMK m. 48 kapsamında bilgi vermekten çekinme hakkı tanıdığına, tanığın bu iki hak arasında seçim yapma hakkı (*Wahlrecht*) mevcuttur²³. Meselenin odağında -tanığın CMK m. 45/3 cümle 1 uyarınca mı yoksa CMK m. 48/1 cümle 2 uyarınca bilgilendirilmesi²⁴ gerektiğinin yanında- başka bazı hususlar bulunmaktadır. Gerçekten de detayları bir alt başlıkta açıklanacağı üzere CMK m. 48 tanığa sadece belli sorulara yanıt vermekten imtina hakkı tanırken CMK m. 45, tanığa bütün olarak susma hakkı tanımaktadır. Zaten tam da bu nedenle CMK m. 45'ten bahsedilirken tanıklıktan çekinme hakkından; CMK m. 48'den bahsedilirken ise bilgi vermekten çekinme hakkından söz edilir. Keza ve bu başlık altında incelenen ihtimal bağlamında CMK m. 48 ile CMK m. 45 arasındaki farklılık bir noktada daha gün yüzüne çıkar. Gerçekten de CMK m. 45 kapsamındaki çekinme hakkının kullanılması sanık aleyhine değerlendirilemezken, CMK m. 48 kapsamındaki çekinmeden hâkim görüşe göre sanığın lehine veya aleyhine sonuç aşağıda açıklanacağı üzere²⁵ kimi durumlarda çıkarılabilmektedir^{26,27}.

C. Hakkın Kapsamı

CMK m. 48, tanığa "kimi sorulara" cevap vermekten çekinme hakkı tanımaktadır; hak bu anlamda "tema odaklı"dır (*themenbezogen*). Diğer bir ifadeyle CMK m. 48 tanığa sadece belli sorulara yanıt vermekten imtina hakkı tanır. Gerçekten de tanık, kendisine sorulan soruya cevap vermesi hâlinde -kendisi veya yakını somut olayda şüpheli/sanık olmasa bile- kendisini veya yakını başka bir dosyada ceza muhakemesi tehlikesiyle karşı karşıya bırakabilecek soruya yanıt vermeme hakkına sahiptir. Görüldüğü üzere CMK m. 48 -CMK m. 147 ve CMK m. 45'ten farklı olarak- "bütüncül, toptan, kül hâlinde" bir çekinme hakkı tanımamaktadır. Bundan dolayı CMK m. 48'in tanığı yetkiyi "belli sorulara" teşmil eden "kısmi çekinme" olarak ifade etmek mümkündür. Üstüne üstlük söz konusu bu kısmi çekinmenin somut davadaki şüpheli/sanığın lehinde mi yoksa aleyhinde mi olduğu da önemsizdir²⁸.

- (1) Bu arka plan ile cevaplanması gereken ilk soru CMK m. 48'de geçen "soru" kelimesinin ne anlam ifade ettiğidir. Kanaatimizce "soru" kelimesi "olgu" olarak anlaşılmalıdır. Nitekim tanığın, CMK m. 48'in kendisine tanıdığı yetkiyi kullanabilmesi için kendisine "soru sorulması" şart değildir²⁹.

²² BERTHEAU / IGNOR, *LR-StPO*, § 55, kn. 3.

²³ BGH, Urteil vom 29.06.1983 - 2 StR 855/82 (NJW 1984, 136).

²⁴ Detaylar için bakınız aşağıda III.A. "Bilgilendirme Yükümlülüğü".

²⁵ Detaylar için bakınız aşağıda II.B.1. "Tanık Açıklamalarının Suç Şüphesi Altındaki Kişiye Karşı Kullanılması".

²⁶ BGH, Urteil vom 29.06.1983 - 2 StR 855/82 (NJW 1984, 136); BGH, Urteil vom 26.05.1992 - 5 StR 122/92 (NStZ 1992, 448); BGH, Urteil vom 23.01.2002 - 5 StR 130/01 (NJW 2002, 1508); BERTHEAU / IGNOR, *LR-StPO*, § 55, kn. 27; ESCHELBACH, *SSW-StPO*, § 55, kn. 23; MAIER, *MüKo-StPO*, § 55, kn. 84 vd.; RENGIER, Rudolf: "Anmerkung zu BGH, Beschluß vom 20.03.1997 - 5 StR 234/96 - Auskunftsverweigerung während Vernehmung", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1998, Cilt 18, Sayı 1, s. 48.

²⁷ Her ne kadar kendiliğinden anlaşılmaktaysa da şu hususun da vurgulanması uygun olacaktır: CMK m. 48, tıpkı CMK m. 45 (keza CMK m. 46) gibi tanığın hazır bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır.

²⁸ BERTHEAU / IGNOR, *LR-StPO*, § 55, kn. 5 vd.

²⁹ BADER, *KK-StPO*, § 55, kn. 3; MAIER, *MüKo-StPO*, § 55, kn. 12.

Bilindiği üzere “tanığın dinlenmesi” ile “tanığa soru sorulması” farklı kavramlardır. Gerçekten de CMK m. 59’ya göre “*tanık, dinlenmeden önce hakkında tanıklık yapacağı olayla ilgili olarak mahkeme başkanı veya hâkim tarafından, kendisine bilgi verilir; ... Tanıktan, tanıklık edeceği konulara ilişkin bildiklerini söylemesi istenir ve tanıklık ederken sözü kesilmez. Tanıklık edilen konuları aydınlatmak, tamamlamak ve bilgilerinin dayandığı durumları gereğince değerlendirebilmek için tanığa ayrıca soru yöneltilir.*”³⁰

Bu düzenlemeler ışığında CMK m. 48’de yer alan “soru” kelimesi bire bir okunduğunda ortaya şöyle bir tablo çıkmaktadır. Tanığın, CMK m. 48’in kendisine tanıdığı yetkiyi “tanığın dinlenmesi” aşamasında kullanması mümkün değildir. Tanık, “tanığın dinlenmesi aşamasında”, kendisi veya yakınlarını ceza muhakemesi tehdidi altına sokabilecek olguları dahi -tanığın doğruyu açıklama yükümlülüğü kapsamında- açıklamak zorunda kalacaktır. CMK m. 48’in tanıdığı yetki ancak ve ancak tanığa soru sorulması aşamasında geçerli olacaktır. Ancak bu bakış açısının *nemo tenetur* ilkesinin açık bir ihlali olduğu ortadadır. Tam da bu nedenle CMK m. 48 cümle 1’in “tanık, kendisini veya 45 inci maddenin birinci fıkrasında gösterilen kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan *olguları* açıklamaktan çekinebilir” şeklinde okunması uygun olacaktır³¹.

- (2) Cevaplanması gereken bir diğer soru ise CMK m. 48’in tanığı yetki olan “kısmi çekinme”nin belli durumlarda “bütüncül çekinme”ye dönüşmesinin mümkün olup olmadığıdır. Kanaatimizce bu, kimi zaman mümkündür. Gerçekten de tanığın, kendisini veya yakınlarını ceza muhakemesi tehdidi altında kalmayacak şekilde açıklama yapması mümkün olmayacaksa yani tanığın muhtemel beyanından, kendisini veya yakınlarını ceza muhakemesi tehdidi altına bırakacak bir eylem ile o denli sıkı bir bağ içinde olması sebebiyle tabiri caizse geriye “hiçbir şey kalmıyorsa” bütüncül çekinme mümkündür³².

D. Tanığın veya Yakınının Ceza Soruşturması/Kovuşturması Tehlikesi/Tehdidi Altında Bulunması

CMK m. 48 cümle 1’e göre tanık, ancak ve ancak kamusal makamın sorduğu soruya doğru yanıt vermesi hâlinde “kendisini veya yakınına ceza *kovuşturması*” tehdidinde maruz bırakacaksa, açıklama yapmaktan çekinebilecektir. Hükmün lafzına göre çekinme hakkının tek dayanağı suç nedeniyle kovuşturulma tehlikesidir/tehdididir. Bilindiği üzere CMK m. 2/1-(f)’ye göre kovuşturma, “*iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi*” ifade eder ve CMK m. 170’e göre “*soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler.*” Öyleyse CMK m. 48’e göre tanığın kendisine tanınan haktan faydalanabilmesi için sorulan soruya verdiği yanıtın kendisinin veya yakının işlediği bir suç bakımından “yeterli şüphe” oluşturması gerekmektedir. Bu arka plan ile rahatlıkla ifade edilebilir ki, CMK m. 48’in lafzı hatalıdır.

CMK m. 48 cümle 1’in karşılığı olan Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 55. paragrafının 1. fıkrasına göre “*her tanık, cevaplandığı takdirde kendisini veya 52. paragrafın 1. fıkrasında belirtilen yakınlarından birini*”³³, *bir suçtan veya kabahatten dolayı takip edilme (soruşturulma) tehlikesiyle karşılaştırılacak sorular üzerine, bilgi vermekten çekinebilir.*” Hemen fark edileceği üzere § 55 StPO’nun kapsamına suçların yanı sıra kabahatler (*Ordnungswidrigkeit*) de dâhildir. Üstüne üstlük §

³⁰ Keza CMK m. 201’e göre “*Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; ... tanıklara, ... duruşma disiplini-ne uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilir. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine, mahkeme başkanı karar verir. Gerekliğinde ilgililer yenden soru sorabilir.*”

³¹ Alman hukukunda da benzer görüşler dile getirilmektedir bakınız JUGL, Benedikt: *Fair trial als Grundlage der Beweiserhebung und Beweisverwertung im Strafverfahren - Ein Beitrag zu der Lehre von den Beweisverboten am Beispiel des Auskunftsverweigerungsrechts nach § 55 StPO*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2017, s. 92 vd.

³² BGH, Urteil vom 15.01.1957 - 5 StR 390/56 (NJW 1957, 551); BGH, Urteil vom 13.04.1962 - 3 StR 6/62 (NJW 1962, 1259); BGH, Urteil vom 16.10.1985 - 2 StR 563/84 (NStZ 1986, 181); BGH, Beschluss vom 04.03.2010 - StB 46/09 (NStZ-RR 2010, 246).

³³ Bu düzenleme CMK m. 45’e tekabül etmektedir.

55 StPO, tanığın sahip olduğu hakkın kendisinin veya yakınlarının soruşturma tehlikesi ile karşılaşması ihtimalinde de geçerli olduğunu açıkça ortaya koymuştur³⁴.

Kanaatimizce Anayasa m. 38/5'in suç-kabahat ayrımı yapmayan lafzı ve Kabahatler Kanunu'nun yapısı dikkate alındığında, CMK m. 48'in kabahatler bakımından da uygulanması gerektiği savunulmalıdır³⁵. Üstüne üstlük CMK m. 48 cümle 1'in uygulama alanı, tanığın kendisine sorulan soruya cevap vermesi hâlinde kendisinin veya yakınlarının "soruşturma tehlikesi/tehdidi" ile karşılaşmasının mümkün olduğu ihtimallere de teşmil etmelidir. Kısacası -CMK m. 48'in kabahatler hukukuna teşmil etmesi burada savunulan görüşün aksine kabul edilmese bile³⁶- CMK m. 48 cümle 1'de yer alan "ceza kovuşturması", soruşturma evresini de içine alacak şekilde "ceza muhakemesi" olarak anlaşılmalıdır³⁷. Diğer bir ifadeyle tanık, kendisini veya yakınlarını ceza muhakemesine uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebilir; yani tanık, cevaplandığı takdirde kendisi veya yakınları hakkında CMK m. 160 anlamında³⁸ *basit şüphe* (başlangıç şüphesi) oluşturabilecek sorular ile karşılaştığında dahi açıklama yapmaktan çekinebilmelidir; zira ancak bu sayede Anayasa m. 38/5'in amaçladığı koruma sağlanabilecektir. Tam da bu nedenle CMK m. 48 cümle 1'in "tanık, kendisini veya 45 inci maddenin birinci fıkrasında gösterilen kişileri *ceza muhakemesine* uğratabilecek nitelikte olan *olguları* açıklamaktan çekinebilir" şeklinde okunması uygun olacaktır.

Ne var ki tanığın açıklayacağı bir olgunun ne zaman kendisini veya yakınlarını ceza muhakemesi tehlikesi ile karşı karşıya bırakacağı, her zaman kolaylıkla yanıtlanabilecek bir soru değildir. Hükmün, *nemo tenetur* hakkını koruyan bir norm olması sebebiyle "ceza muhakemesi *tehlikesi*" kavramının geniş yorumlanması uygun olacaktır. Kanaatimizce soruşturma/kovuşturma makamının, tanığın beyanından soruşturma/kovuşturma başlatılmasına veya mevcut bir şüphenin sürdürülmesine ya da güçlendirilmesine yol açabilecek olgular çıkarabilmesinin mümkün olduğu *her durumda*³⁹, tanık CMK m. 48'in kendisine tanıdığı yetkiyi kullanabilmelidir. Diğer bir ifadeyle yeterli olan, tanığın beyanı hâlinde ceza muhakemesi ile karşılaşma ihtimalinin tamamen dışlanamamasıdır⁴⁰. Hatta ve hatta Alman hukukunda kabul gören görüşe göre tanığın belirli olguları beyan etmesi, *dolaylı* olarak bir suç şüphesini temellendiriyorsa da tehlike mevcuttur. Özellikle soruya verilecek doğru cevap tek başına ceza muhakemesi başlatmaya yeterli olmasa bile, "mizaik benzeri bir delil yapısında bir parça" teşkil ediyor ve tanığın veya yakınlarının aleyhine delil oluşturulmasına katkıda bulunabiliyorsa çekinme hakkı kabul edilmelidir (*Mosaiktheorie*)⁴¹.

³⁴ Keza hükmün yabancı ülkelerdeki ceza soruşturması tehlikesi bakımından da uygulanması, hâkim görüş tarafından kabul edilmektedir. Zira § 55 StPO'nun korumak istediği çatışma durumu, yabancı ülkede kovuşturma tehlikesi söz konusu olduğunda prensip olarak farklı değildir, ODENTHAL, Hans-Jörg: "Anmerkung zu LG Stuttgart, Beschluß vom 24.04.1992 - 11 ARs 1/92", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1993, Cilt 13, Sayı 1, s. 52.

³⁵ Hatta ve hatta Alman hukukunda savunulan görüşe göre § 55 StPO'nun -suç soruşturması dışında- yalnızca kabahatler hukukunu kapsam dâhiline alması eleştiriyeye açıktır. Öğretide savunulan görüşe göre disiplin veya mesleki kovuşturma tehlikesinin olası sonuçlarının (örneğin meslekten çıkarılma) bir kabahat soruşturmasından çok daha ağır olabilmesine rağmen çekinme hakkı doğurmaması eleştiriyeye açıktır. Bu arka plan ile hükmün zorunlu anayasal nedenlerle keza özellikle *nemo tenetur* ilkesine aykırılık teşkil eden hâllerin ayıklanması amacıyla gözden geçirilmesinde fayda bulunmaktadır, kıyaslayınız BERTHEAU / IGNOR, *LR-StPO*, § 55, kn. 9.

³⁶ Unutulmamalıdır ki AİHM, AİHS m. 6'nın yani adil yargılanma hakkının kabahatler için geçerli olduğunu uzun bir süredir kabul etmektedir, AİHM, *Öztürk v. Almanya*, B. No. 8544/79, T. 21.02.1984 (HUDOC).

³⁷ Haklı tespit için CEBECİ BİNGÖL, s. 153 vd.

³⁸ CMK m. 160/1: "*Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.*"

³⁹ Hâkim görüşe göre çekinme hakkı yalnızca beyan öncesinde işlenmiş bir suçla ilişkin ceza muhakemesi tehlikesi hâlinde mevcuttur (*Grundsatz der früheren Tat*). Bu ilkenin arka planında özellikle yalan tanıklık suçları bulunmaktadır; zira tanığın doğru söyleme yükümlülüğü, beyanının bu suçlar kapsamında denetlenmesi tehlikesi olmaksızın işlevini yitirecektir. Diğer bir ifadeyle baskın görüşe göre tanık, CMK m. 48'in kendisine tanıdığı yetkiyi yalnızca ve yalnızca yapacağı açıklamadan önceki tarihte işlenmiş suçlara dair kullanabilir. Buna karşın "açıklama esnasında işlediği suçlara" dair açıklama yapmama hakkına sahip değildir, BVerfG, Beschluss vom 26.11.1984 - 2 BvR 1409/84 (NStZ 1985, 277); BGH, Urteil vom 15.12.2005 - 3 StR 281/04 (NJW 2006, 785); BGH, Beschluss vom 22.03.2012 - 1 StR 359/11 (NStZ 2013, 238). Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir; zira CMK m. 48 böylesi bir sınırlama yerinde bir şekilde içermemektedir, benzer yönde JUGL, s. 100.

⁴⁰ BERTHEAU / IGNOR, *LR-StPO*, § 55, kn. 11.

⁴¹ Bu çerçevede örneğin kesinleşmiş mahkûmiyete veya kesinleşmiş beraate konu olan önceki suçlara ilişkin ayrıntılı beyanlar, henüz soruşturulmamış benzer suçlarla o denli sıkı bir bağ içinde olabilir ki bu beyanlar bile çekinme hakkı kapsamında değerlendirilebilir, BVerfG, Beschluss vom 06.02.2002 - 2 BvR 1249/01 (NJW 2002, 1411); BGH, Beschluss vom 28.04.2006 - StB 2/06 (NStZ 2006, 509); BGH, Beschluss vom 04.08.2009 - StB 37/09 (NStZ 2010, 463); BGH, Beschluss vom 18.12.2012 - StB 16/12 (NStZ 2013, 241).

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere tanık, CMK m. 48'in kendisine tanıdığı yetkiyi sadece ve sadece kendisine veya yakınlarına yönelik ceza muhakemesi tehlikesinin kesin bir şekilde ortadan kalktığı durumlarda kullanamayacaktır. Bu duruma örnek olarak zamanaşımının dolması, ceza ehliyetinin bulunmaması, şikâyet süresinin dolması, af, yakının ölümü, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı verilebilir⁴².

Buna karşın tanık, CMK m. 48'in kendisine tanıdığı yetkiyi kendisine veya yakınlarına yönelik ceza muhakemesi tehlikesinin kesin bir şekilde ortadan kalkmadığı durumlarda kullanabilecektir. Böylece bir durumun en klasik örneği pek tabii ki tanığın yaptığı açıklamalar ışığında kendisi veya yakınları aleyhine ceza soruşturması başlatılması ihtimalinin olması ya da var olan tanığın yaptığı açıklamaların kendisi veya yakınları aleyhine hâlihazırda yürütülmekte olan ceza soruşturmasında/kovuşturmasında kullanılabilme ihtimalidir. Ancak ihtimaller bunlarla sınırlı değildir. Gerçekten de tanık veya yakınları hakkında örneğin kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği bir örnekte eğer ki tanığın yaptığı açıklamaların, CMK m. 172/2 anlamında⁴³ “yeni delil” olarak değerlendirilmesi mümkünse; tanık, CMK m. 48'in kendisine tanıdığı yetkiyi kullanabilecektir. Benzer düşünceler şu örneğe de aktarılabilir. Farz edilsin ki mahkeme huzurunda dinlenen tanık, tanıklığına başvurulmuş konu hakkında yargılanmış, beraat etmiş ve bu hüküm kesinleşmiş olsun. İlk bakışta bu örnekte tanığın, *ne bis in idem* korumasından faydalanacak olması sebebiyle, CMK m. 48 anlamında tanıklıktan çekinme hakkının olmadığı kabul edilebilir. Bu düşünce doğru olmakla beraber, bu düşüncenin sadece ve sadece iddianamede gösterilen fiil ile sınırlı kaldığı unutulmamalıdır (CMK m. 225/1)⁴⁴. Dolayısıyla tanık, tanıklığına başvurulmuş konu hakkında kesinleşmiş hükümle beraat ettiği fiilin dışında bir fiil hakkında açıklama yapmaktan CMK m. 48 uyarınca pek tabii ki çekinebilecektir⁴⁵.

II. ÇEKİNME HAKKININ KULLANILMASI VE SONUÇLARI

A. Çekinme Hakkının Kullanılması

CMK m. 48'den yararlanmak isteyen tanık, çekinme iradesini açıkça beyan etmelidir. Diğer bir ifadeyle tanığın huzura gelmemesi, susması vs. cevap vermektan çekinme olarak değerlendirilemez⁴⁶. Kanaatimizce tanık, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda değilse, CMK m. 45/2 kıyasen uygulanmalı ve bu tanık, kanuni temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebilirler⁴⁷.

CMK m. 48 kapsamında tanınan çekinme hakkının kullanılması hususunda değerlendirilmesi gereken bir diğer mesele ise bu hakkın ne zaman kullanılabilirliği. Yukarıda ifade edildiği üzere söz konusu hak gerek soruşturma gerek kovuşturma aşamasında keza gerek ifade gerek sorgu esnasında kullanılabilir. Dolayısıyla hak, esasen ifadenin veya sorgunun sonuna kadar kullanılabilir. Diğer taraftan ise yine yukarıda açıklandığı üzere CMK m. 48 kural olarak “belli sorulara” teşmil eden “kısmi çekinme” hakkı tanımaktadır. Dolayısıyla tanık, CMK m. 48 uyarınca tanıklıktan en erken, yapacağı açıklamanın kendisini veya yakınlarını ceza muhakemesi tehdidi altında bırakacağı an çeki-

⁴² BERTHEAU / IGNOR, *LR-StPO*, § 55, kn. 14; ESCHELBACH, *SSW-StPO*, § 55, kn. 10; GERCKE, *HK-StPO*, § 55, kn. 9.

⁴³ CMK m. 172: “(1) Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verir. Bu karar, suçtan zarar gören ile önceden ifadesi alınmış veya sorguya çekilmiş şüpheliye bildirilir. Kararda itiraz hakkı, süresi ve mercii gösterilir. (2) Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmedikçe ve bu hususta sulh ceza hâkimliğince bir karar verilmedikçe, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz. (3) Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi veya bu karar aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılır.”

⁴⁴ CMK m. 225/1: “Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin fiil ve faili hakkında verilir.”

⁴⁵ Kıyaslayınız BADER, *KK-StPO*, § 55, kn. 4 vd.; BERTHEAU / IGNOR, *LR-StPO*, § 55, kn. 15 vd.; ESCHELBACH, *SSW-StPO*, § 55, kn. 11 vd.; GERCKE, *HK-StPO*, § 55, kn. 10 vd.; MAIER, *MüKo-StPO*, § 55, kn. 34 vd.

⁴⁶ BGH, Urteil vom 11.11.1954 - 3 StR 422/54 (NJW 1955, 230).

⁴⁷ Aynı yönde BERTHEAU / IGNOR, *LR-StPO*, § 55, kn. 18.

nebilecektir. Böylesi bir ihtimal doğmadığı sürece, tanığın CMK m. 48 anlamında tanıklıktan çekinme hakkı bulunmamaktadır. Bu arka plan ile tanığın yapacağı açıklamanın kendisini veya yakınlarını ceza muhakemesi tehdidi altında bırakacağı anın ne şekilde belirleneceği sorusu da yanıtlanabilir. Ceza muhakemesi tehdidinin doğabileceğini, sadece ve sadece tanığın kendisi bilebilecektir. Dolayısıyla bizzat tanığın kendisi, tanıklıktan çekinip çekinmeyeceğine, çekinecekse de ifade/sorgunun hangi aşamasında çekineceğine karar verebilecektir⁴⁸. Pek tabii ki tanığın tüm bu süreçte -varsa- avukat yardımından faydalanması mümkündür⁴⁹.

CMK m. 49 bu açıklamalar ışığında okunmalı ve yorumlanmalıdır. Hükme göre “mahkeme başkanı veya hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından gerekli görüldüğünde ... 48 inci maddelerde gösterilen hâllerde tanık, tanıklıktan çekinmesinin dayanağını oluşturan olguları bildirir ve bu hususta gerektiğinde kendisine yemin verdirilir.” Söz konusu düzenlemenin kelimesi kelimesine uygulanmasının mümkün olmadığı ortadadır; zira eğer ki tanığın, *tanıklıktan çekinmesinin dayanağını oluşturan olguları* bildirmesi zorunlu tutulacak olursa, CMK m. 48’in -keza tanıklıktan çekinme hakkını düzenleyen diğer düzenlemelerin- içi önemli ölçüde boşaltılmış olacaktır; zira tanık ya çekinme nedenini açıklamak için kendisini veya yakınlarını suçlamak zorunda kalacak ya da yalan tanıklık yapmak durumunda kalacaktır. Tam da bu nedenle gerek öğretide⁵⁰ gerek mahkeme kararlarında⁵¹ kabul edilen görüşe göre tanığın kendisini veya yakınlarını suçlamak zorunda kalacak olmasına dair en ufak bir kuşğunun bulunduğu her durumda, tanığın CMK m. 48’den faydalanabileceği kabul edilmelidir.

B. Çekinme Hakkının Sonuçları

Tanık, CMK m. 48 uyarınca çekinme hakkını kullandığı zaman kendisine ilgili konularda daha fazla soru sorulamaz, çekinme hakkı kapsamında sorular diğer sorular CMK m. 206/2-(a) uyarınca reddolunmalıdır; zira ilgili delil “kanuna aykırı olarak geçirilmiş delil” olacaktır.

1. Tanık Açıklamalarının Suç Şüphesi Altındaki Kişiye Karşı Kullanılması

Çekinme hakkının sonuçları başlığı altında incelenmesi gereken ilk mesele tanığın çekinme konusu dışında kalan yaptığı açıklamaların özellikle kovuşturma evresine ne şekilde aktarılacağıdır. Kanaatimizce ikili bir ayırım yapılması uygun olacaktır. Tanığın *aynı* ifade veya sorgu sırasında çekinme hakkını kullandığı sorular dışında kalan soruların veya yaptığı açıklamaların şüpheli/sanık leh veya aleyhine kullanılıp kullanılamayacağı ile tanığın *daha önceki* ifade veya sorgu sırasında çekinme hakkını kullandığı sorular dışında kalan soruların veya yaptığı açıklamaların şüpheli/sanık leh veya aleyhine kullanılıp kullanılamayacağı ayrı ayrı incelenmelidir⁵².

Baskın görüşe göre tanığın *aynı* ifade veya sorgu sırasında çekinme hakkını kullandığı sorular dışında kalan soruların veya yaptığı açıklamalar, şüpheli/sanığın leh ya da aleyhine kullanılabilir. Ne var ki hâkim, böyle bir beyan davranışını delil değerlendirmesinde eleştirel biçimde değerlendirmekle yükümlüdür. Zira tanığın çekinme motivasyonu, her zaman kesin olarak belirlenemeyecektir; dolayısıyla suç isnadı altındaki kişinin lehine veya aleyhine kesin sonuçlar çıkarmak nadiren mümkün olacaktır⁵³.

⁴⁸ BVerfG, Beschluss vom 26.11.1984 - 2 BvR 1409/84 (NSTz 1985, 277); BVerfG, Beschluss vom 06.02.2002 - 2 BvR 1249/01 (NJW 2002, 1411); BGH, Urteil vom 11.11.1954 - 3 StR 422/54 (NJW 1955, 230); BGH, Urteil vom 15.12.2005 - 3 StR 281/04 (NJW 2006, 785); BGH, Beschluss vom 28.04.2006 - StB 2/06 (NSTz 2006, 509); BGH, Beschluss vom 04.08.2009 - StB 37/09 (NSTz 2010, 463); BGH, Beschluss vom 22.03.2012 - 1 StR 359/11 (NSTz 2013, 238); BGH, Beschluss vom 18.12.2012 - StB 16/12 (NSTz 2013, 241).

⁴⁹ YAŞAR, Osman / OTACI, Cengiz: *Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu*, Cilt I, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 416: “Hukukçu olmayan tanığın, vereceği cevaplarla üçüncü kişi(ler) hakkında adli/idari soruşturma açılmasına neden olabileceğini bilmesi mümkün değildir. Bu açıdan Kanunun, talep olması hâlinde tanığa vereceği cevapların olası sonuçlarını değerlendirebilmesi için müdafî atanmasına dair bir düzenleme içermesi isabetli olurdu.”

⁵⁰ BERTHEAU / IGNOR, *LR-StPO*, § 55, kn. 20; ESCHELBACH, *SSW-StPO*, § 55, kn. 13 vd.; JUGL, s. 100 vd.

⁵¹ BGH, Urteil vom 10.11.1967 - 4 StR 512/66 (NJW 1968, 710).

⁵² BERTHEAU / IGNOR, *LR-StPO*, § 55, kn. 23 vd.

⁵³ BGH, Urteil vom 29.06.1983 - 2 StR 855/82 (NJW 1984, 136); BGH, Urteil vom 26.05.1992 - 5 StR 122/92 (NSTz 1992, 448); BGH, Urteil vom 23.01.2002 - 5 StR 130/01 (NJW 2002, 1508); BERTHEAU / IGNOR, *LR-StPO*, § 55, kn. 27; ESCHELBACH, *SSW-StPO*, § 55, kn. 23; MAIER, *MüKo-StPO*, § 55, kn. 84 vd.; RENGIER, s. 48.

Tartışmalı olan husus tanığın *daha önceki* ifade veya sorgu sırasında çekinme hakkını kullandığı sorular dışında kalan soruların veya yaptığı açıklamaların şüpheli/sanık leh veya aleyhine kullanılıp kullanılamayacağıdır. Bu durumu bir örnek ile açıklamak mümkündür: Tanık (T), CMK m. 48 cümle 2 uyarınca hukuka uygun bir şekilde bilgilendirilmiş olmasına rağmen, soruşturma evresinde verdiği ifadeyle çekinme hakkını kullanmamış ve tanıklık yaptığı konu hakkında şüpheli (S) hakkında açıklamalarda bulunmuştur. Ne var ki kovuşturma aşamasında (T), çekinme hakkını kullanmış; daha önce yaptığı açıklamaların kovuşturma evresinde kullanılmasına karşı gelmiştir. Acaba (T)'nin soruşturma evresinde yaptığı açıklamalar, (S)'nin leh ya da daha da önemlisi aleyhinde kullanılabilir mi?⁵⁴

Hemen fark edileceği üzere bu sorunun cevabı CMK m. 210/2 hükmünün ne şekilde yorumlanacağı ile ilgilidir. Hükme göre *“tanıklıktan çekinebilecek olan kişi, duruşmada tanıklıktan çekindiğinde, önceki ifadesine ilişkin tutanak okunamaz.”*

Alman hukukunda özellikle de yargı uygulamasında kendine yer bulan görüşe (T)'nin soruşturma evresinde yaptığı açıklamalar, (S)'nin leh ya da daha da önemlisi aleyhinde kullanılabilir. Bu görüşe göre CMK m. 210/2'de geçen *“tanıklıktan çekinebilecek olan kişi”* kapsamına CMK m. 48 uyarınca tanıklıktan çekinen kişi dâhil değildir. CMK m. 210/2'de geçen *“tanıklıktan çekinebilecek olan kişi”* kapsamına sadece ve sadece CMK m. 45 ve CMK m. 46 kapsamında tanıklıktan çekinen kişiler dâhildir. Bunun altında yatan düşünce şudur: CMK m. 48 uyarınca tanıklıktan çekinme ile CMK m. 45 ve CMK m. 46 kapsamında tanıklıktan çekinme aynı şekilde değerlendirilemez. Zira CMK m. 48 uyarınca tanıklıktan çekinme hakkı *“tanık lehine bir düzenlemedir”* ve tanık, kendisini veya yakınlarını ceza muhakemesi tehdidinde karşı korumaktadır. İlgili düzenlemenin, sanığı koruyucu bir etkisi söz konusu değildir. Buna karşın CMK m. 45 ve CMK m. 46 kapsamında tanıklıktan çekinme hakkı, bizzat şüphelinin haklarını korumak için öngörölmüş düzenlemelerdir. Dolayısıyla eğer tanık, CMK m. 45 ve CMK m. 46 kapsamında tanıklıktan çekinme hakkını kullanırsa CMK m. 210/2 istisnasız bir şekilde devreye girer. Buna karşın tanık, CMK m. 48 uyarınca tanıklıktan çekinme hakkını kullanırsa, daha önce yaptığı açıklamalar sanık bakımından muhakemede kullanılabilecektir⁵⁵.

Öğretide⁵⁶ de taraftar bulan bu görüşe katılmak mümkün değildir. Kanaatimizce mesele CMK m. 210/1 cümle 2 ile beraber yorumlanmalıdır. CMK m. 210/1 cümle 2'ye göre *“daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçemez.”* Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere delillerin ikamesi söz konusu olduğunda, delillerin doğrudan doğruluğu ilkesi sebebiyle, kanun koyucu belge deliline nazaran beyan deliline öncelik tanımış; yalnızca CMK m. 211⁵⁷ ile kimi istisnai hâllerde daha önceki beyanların belge delili suretiyle ikamesine izin vermiştir. Dolayısıyla somut olayda (T)'nin daha önceki ifadesinin belge delili olarak ikamesi mümkün değildir. Hatta ve hatta farz edilsin ki somut olayda (T), CMK m. 211/1 uyarınca örneğin ölmüş veya akıl hastalığına tutulmuş veya bulunduğu yer öğrenilemeyen bir kişi veya (T)'nin duruşmada hazır bulunması, hastalık, malûllük veya giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle belli olmayan bir süre için olanaklı olmasın ya da ifadesinin önem derecesi itibarıyla (T)'nin duruşmada

⁵⁴ Kıyaslayınız JUGL, s. 129.

⁵⁵ BGH, Urteil vom 30.06.1954 - 6 StR 172/54 (NJW 1954, 1415); BGH, Urteil vom 15.01.1957 - 5 StR 390/56 (NJW 1957, 551); BGH, Urteil vom 13.04.1962 - 3 StR 6/62 (NJW 1962, 1259); BGH, Urteil vom 26.05.1992 - 5 StR 122/92 (NSStZ 1992, 448); BGH, Beschluss vom 27.09.1995 - 4 StR 488/95 (NSStZ 1996, 96); BGH, Beschluss vom 20.03.1997 - 5 StR 234/96 (NSStZ 1998, 46); BGH, Beschluss vom 29.08.2001 - 2 StR 266/01 (NJW 2002, 309).

⁵⁶ DÖLLING, Dieter: “Verlesbarkeit schriftlicher Erklärungen und Auskunftsverweigerung nach § 55 StPO - Zugleich eine Besprechung des Urte. des BGH v. 23.12.1986 - 1 StR 514/86”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1988, Cilt 8, Sayı 1, s. 8; MITSCH, Wolfgang: “Protokollverlesung nach berechtigter Auskunftsverweigerung (§ 55 StPO) in der Hauptverhandlung”, *Juristen Zeitung*, 1992, Cilt 47, Sayı 4, s. 182.

⁵⁷ CMK m. 211: “(1) a) Tanık veya sanığın suç ortağı ölmüş veya akıl hastalığına tutulmuş olur veya bulunduğu yer öğrenilemezse, b) Tanık veya sanığın suç ortağının duruşmada hazır bulunması, hastalık, malûllük veya giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle belli olmayan bir süre için olanaklı değilse, c) Ifadesinin önem derecesi itibarıyla tanığın duruşmada hazır bulunması gerekli sayılıyorsa, Bu kişilerin dinlenmesi yerine, daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanaklar ile kendilerinin yazmış olduğu belgeler okunabilir. (2) Cumhuriyet savcısı, katılan veya vekili, sanık veya müdafii birinci fıkra da belirtilenlerin dışında kalan tutanakların okunmasına birlikte rıza gösterebilirler.”

hazır bulunması gerekli sayılmıyor olsun. Bu durumlarda dahi (T)'nin soruşturma evresinde yaptığı açıklamaların, (S)'nin leh ya da daha da önemlisi aleyhinde kullanılabilmesi mümkün değildir. Zira unutulmamalıdır ki, CMK m. 211 sadece ve sadece “daha önce yaptığı açıklamaların kovuşturmada kullanılmasına rıza gösteren tanığın ifadelerinin” okunmasına cevaz vermektedir. Oysaki somut olayda (T), CMK m. 48'in kendisine tanıdığı yetkiyi kullanan ve bu nedenle “daha önce yaptığı açıklamaların kovuşturmada kullanılmasına rıza göstermeyen tanık” konumundadır⁵⁸. Hâl böyle olunca CMK m. 210/1 cümle 2'yi görmezden gelerek, CMK m. 210/2 kapsamında “CMK m. 48 uyarınca tanıklıktan çekinen tanık” ve “CMK m. 45 ve CMK m. 46 uyarınca tanıklıktan çekinen tanık” ayrımı yapmak, adil yargılanma hakkının ihlali olacaktır. Böyle bir ayırım yapılamayacağına göre (T)'nin soruşturma evresinde yaptığı açıklamalar kovuşturmaya belge delili olarak *doğrudan* aktarılamayacağı gibi (T)'nin ifadesini alan kişilerin “duyduğunu anlatan tanık” sıfatıyla kovuşturmada dinlenmesi bu kişilerin açıklamalarının beyan delili olarak kovuşturmada *dolaylı* şekilde ikame edilmesi de mümkün değildir⁵⁹.

2. Tanık Açıklamalarının Bizzat Tanığa Karşı Kullanılması

Çekinme hakkının sonuçları başlığı altında incelenmesi gereken ikinci mesele tanığın *daha önceki* ifade veya sorgu sırasında çekinme hakkını kullandığı sorular dışında kalan soruların veya yaptığı açıklamaların, daha sonraki bir muhakemede tanık (şimdiki şüpheli/sanık) aleyhine kullanılıp kullanılamayacağıdır. Bu durumu bir örnek ile açıklamak mümkündür: Tanık (T), CMK m. 48 cümle 2 uyarınca hukuka uygun bir şekilde bilgilendirilmiş olmasına rağmen, soruşturma evresinde verdiği ifade çekinme hakkını kullanmamış ve tanıklık yaptığı konu hakkında şüpheli (S) hakkında açıklamalarda bulunmuştur. Tanık (T)'nin yaptığı açıklamalar karşısında (T) hakkında ceza muhakemesi süreci başlatılmıştır. Daha önce tanık olan şimdi ise suç şüphesi altında bulunan (T), tanık sıfatıyla yaptığı açıklamaların *kendisine*⁶⁰ karşı kullanılmasına itiraz etmektedir⁶¹.

Bu örnekte CMK m. 206/2-(a) devreye girmeyecektir; zira elde edilen delil “elde edildiği sırada” hukuka uygun surette elde edilmiştir. Denilebilir ki (T) artık “suç şüphesi altındaki kişi” olarak, CMK m. 147/1-(e) uyarınca kendisi hakkında aleyhe açıklama yapmama hakkına sahiptir. Bu doğru olmakla beraber, somut olayda bu, (T)'nin daha önceki beyanlarının kendisi hakkındaki ceza muhakemesine aktarılmasına engel değildir. Keza CMK m. 210/2 hükmü de doğrudan devreye girmeyecektir; zira (T), kendisi hakkında yürütülen muhakemede “tanık” sıfatını haiz değildir. Üstüne üstlük CMK m. 213⁶² de soruna çözüm olmayacaktır. Zira (T) açıklama yaptığı esnada suç isnadı altındaki kişi değildi; dolayısıyla (T)'nin “tanık” sıfatıyla yaptığı açıklamaların CMK m. 213 üzerinden bir yorumla muhakemede ikame edilip edilemeyeceği sorusu cevaplanamayacaktır.

⁵⁸ CMK m. 212'nin de uygulanması mümkün değildir; zira (T)'nin “bir hususu hatırlayamaması” söz konusu olmadığı gibi (T)'nin ifadeleri arasında “çelişki” de mevcut değildir. CMK m. 212: “(1) Tanık, bir hususu hatırlayamadığını söylerse önceki ifadesini içeren tutanağın ilgili kısmı okunarak hatırlamasına yardım edilir. (2) Tanığın duruşmadaki ifadesiyle önceki ifadesi arasında çelişki bulunduğu anda, evvelce alınmış ifadesi okunarak çelişkinin giderilmesine çalışılır.”

⁵⁹ BERTHEAU / IGNOR, *LR-StPO*, § 55, kn. 25; BUSCH, Reinhardt: “Anmerkung zu BayObLGSt 1953, 92”, *Juristen Zeitung*, 1953, Cilt 8, Sayı 22, s. 704.; HANACK, Ernst-Walter: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht”, *Juristen Zeitung*, 1972, Cilt 27, Sayı 8, s. 238; JUGL, s. 133 vd.

⁶⁰ Bunu noktada bir hususa dikkat çekmek gerekir: Dikkat edilecek olursa bu örnekte (T)'nin yaptığı açıklamalar bizzat (T)'nin aleyhine kullanılmak istenmektedir. Peki ama (T)'nin yaptığı açıklamalar (T)'nin “bir yakını” aleyhine kullanılmak istenseydi ne olacaktı? Farz edilsin ki Tanık (T), CMK m. 48 cümle 2 uyarınca hukuka uygun bir şekilde bilgilendirilmiş olmasına rağmen, soruşturma evresinde verdiği ifade çekinme hakkını kullanmamış ve tanıklık yaptığı konu hakkında açıklamalarda bulunmuştur. Tanık (T)'nin yaptığı açıklamalar karşısında (T)'nin CMK m. 45 kapsamında “yakını” olan (A) hakkında ceza muhakemesi süreci başlatılmıştır. (A) hakkında başlatılan ceza muhakemesinde (T), daha önce yaptığı açıklamaların (A)'ya karşı kullanılmasına itiraz etmektedir. Bu örnek esasen oldukça basit bir şekilde çözümlenebilecektir. Zira bu örnekte (T), CMK m. 45 uyarınca tanıklıktan çekinme hakkına sahiptir, dolayısıyla (T), CMK m. 45 kapsamında tanıklıktan çekinme hakkını kullanırsa CMK m. 210/2 şüphesiz ve istisnasız bir şekilde devreye girecektir, JUGL, s. 137.

⁶¹ JUGL, s. 137 vd.

⁶² CMK m. 213: “Aralarında çelişki bulunması halinde; sanığın, hâkim veya mahkeme huzurunda yaptığı açıklamalar ile Cumhuriyet savcısı tarafından alınan veya müdafinin hazır bulunduğu kolluk ifadesine ilişkin tutanaklar duruşmada okunabilir.”

Tam da bu arka plan ile öğretide (T)'nin tanık sıfatıyla yaptığı açıklamaların kendisine karşı kullanılmasına cevaz veren görüşler⁶³ mevcuttur. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Somut olayda (T) -hangi saikle olursa olsun- tanık sıfatıyla maddi gerçeğin ortaya çıkmasına katkı sağlamıştır. (T)'nin bu açıklamalarının kendisi hakkındaki ceza muhakemesine aktarılması -ne şekilde ifade edilirse edilsin- CMK m. 210/2 hükmünün dolaylı surette ihlali veya *nemo tenetur* ilkesinin dolaylı ihlali ya da adil yargılanma hakkının ihlali olacaktır. Hatta ve hatta tanık (T)'nin açıklamalarının kendisi hakkındaki ceza muhakemesine aktarılmasına imkân tanınması, “esasen tanığın suç şüphesi altındaki kişi ile aynı şekilde değerlendirilmesi” tehlikesini beraberinde getirmiş olacak; tanığın doğruyu söyleme yükümlülüğünü yerine getirmesi mümkün olmayacaktır⁶⁴.

III. CMK m. 48 CÜMLE 2 HÜKMÜ ve BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİNİN SONUÇLARI

CMK m. 48'in 1. cümlesi; kimin, kim için ve hangi durumlarda açıklama yapmaktan çekinebileceğini (*Auskunftsverweigerungsrecht*) ortaya koymaktadır. Bu arka plan ile çalışmanın şu ana kadar ki bölümünde CMK m. 48 cümle 1 ele alınmış keza tanığın CMK m. 48 cümle 2 uyarınca hukuka uygun bir şekilde bilgilendirilmiş olmasına rağmen yaptığı açıklamaların muhakemeye ne şekilde aktarılacağı üzerinde durulmuştur. CMK m. 48'in 2. cümlesi ise 1. cümledeki haklardan yararlanabilecek kişinin bu hak hakkında bilgilendirilmesi gerektiğini (*Belehrungspflicht*) ortaya koymaktadır. Aşağıda CMK m. 48 cümle 2'nin öngördüğü “bilgilendir(il)me”den ne anlaşılması gerektiği keza bu yükümlülüğün ihlalinin delil yasaklarına ne şekilde etki ettiği üzerinde durulacaktır.

A. Bilgilendirme Yükümlülüğü

Anayasa m. 38/5'in uzantısı olarak *nemo tenetur* ilkesini koruma altına alan CMK m. 48 cümle 2, “tanığa cevap vermekten çekinebileceği önceden bildirilir” şeklinde emredici bir düzenleme ile tanığın, kendisini veya CMK m. 45'te gösterilen kişileri ceza muhakemesi tehdidi altında bırakan olguları açıklamama hakkı bakımından bilgilendirilmesini zorunlu tutmuştur⁶⁵. Bu yükümlülüğün tanığa soru soran makamlarca yerine getirilmesi zorunludur; dolayısıyla kolluk, Cumhuriyet savcısı, sulh ceza hâkimi keza mahkeme, ifade alma ve sorgu esnasında (keza bunların her bir tekrarında) tanığı bu hak anlamında bilgilendirmekle yükümlüdür⁶⁶. Söz konusu bilgilendirme kanun yolu mahkemesinin gerekli denetimi yapabilmesi adına yazılı yapılmalı ya da en azından yazıya aktarılmalıdır⁶⁷.

CMK m. 48 cümle 2 söz konusu bilgilendirmenin *ne şekilde* yapılacağına dair bir düzenleme ön-görmemektedir. Diğer bir ifadeyle kamusal makamın tanığa ne söyleyerek, söz konusu yükümlülüğü yerine getireceği belli değildir. Kanaatimizce kamusal makam, yalnızca “tanıklıktan çekinme hakkınız vardır” diyerek söz konusu yükümlülüğü yerine getirmiş olmayacaktır. Tanığa, kendisini veya CMK m. 45'te gösterilen kişileri ceza muhakemesi tehdidi altında bırakan olguları açıklamama hakkı olduğu ve bunun sonuçları, tanığın anlayacağı şekilde belirtilmesi şarttır. Bu noktada dikkat çekilmesi gereken nokta, tanığın bilgilendirilmesi hususunda CMK m. 45/3 cümle 1 ile CMK m. 48 cümle 2'nin kapsamının farkı olması gerektiğidir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere CMK m. 45 kapsamında kişiye tanınan tanıklıktan çekinme hakkı şüphelinin temel hak ve hürriyetlerini garanti altına almayı amaçlamaktadır ve de bu hak kural olarak bütüncül bir şekilde hiçbir açıklama yapmama hakkını kapsamaktadır. Buna karşın CMK m. 48 kapsamında kişiye tanınan tanıklıktan çekinme hakkı ise ilk etapta ta-

⁶³ RENGIER, s. 48.

⁶⁴ BÄR, *HK-StPO*, § 254, kn. 5; DIEMER, *KK-StPO*, § 254, kn. 3; EISENBERG, Ulrich: *Beweisrecht der StPO - Spezialkommentar*, 10. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2017, kn. 863.; GRÜNWALD, Gerald: “Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 30.04.1968 - 1 StR 625/67”, *Juristen Zeitung*, 1968, Cilt 23, Sayı 22, s. 754.; JUGL, s. 141 vd.

⁶⁵ BERTHEAU / IGNOR, *LR-StPO*, § 55, kn. 32.

⁶⁶ GERCKE, *HK-StPO*, § 55, kn. 15.

⁶⁷ ESCHELBACH, *SSW-StPO*, § 55, kn. 28.

nığın kendisini ve yakınlarını korumayı amaçlamaktadır; keza sadece kendisini ve yakınlarını ceza muhakemesi tehdidi altında bırakabilecek sorulara yanıt vermeme hakkını garanti altına almaktadır. Dolayısıyla CMK m. 45/3 cümle 1 kapsamında tanık bilgilendirilirken “tanığın tamamen susma hakkı” olduğu ve bu hakkın şüpheli/sanık aleyhine yorumlanamayacağı belirtilmeliyken; CMK m. 48 cümle 2 kapsamında tanık bilgilendirilirken “tanığın sadece belirli olguları açıklamama hakkı olduğu, kendisini ve yakınlarını ceza muhakemesi tehdidi altında bırakmayacak olguları doğru bir şekilde açıklamak zorunda olduğu keza yaptığı açıklamaların şüpheli/sanık bakımından leh veya aleyhte değerlendirilebileceği” net bir şekilde belirtilmelidir.

CMK m. 48 cümle 2 söz konusu bilgilendirmenin *ne zaman* yapılacağına dair de bir düzenleme öngörmemektedir. Kanaatimizce bilgilendirme yükümlülüğü “ifade alan veya sorgulayan kişinin, tanığın kendisini veya bir yakınını ceza muhakemesi tehlikesine uğratabileceğini düşünmesi için haklı sebepleri olduğunda” doğar. Dolayısıyla koşulların mevcut olup olmadığı konusunda tereddüt olduğu an, bilgilendirme yapılmalıdır; nitekim bilgilendirmeme hukuka aykırı iken bilgilendirme hiçbir zaman hukuka aykırı olmayacaktır⁶⁸.

B. Bilgilendirme Yükümlülüğünün İhlali

CMK m. 48 cümle 2 uyarınca yapılması gereken bilgilendirme bilinçli veya bilinçsiz bir şekilde hiç yapılmamış ya da olması gerektiği gibi yapılmamış ise “tanığın bilgilendirilmiş olsaydı yapmamış olacağı açıklamaların” muhakemede kullanılıp kullanılamayacağı sorusu gündeme gelir.

1. Tanık Açıklamalarının Suç Şüphesi Altındaki Kişiye Karşı Kullanılması

Düşünülebilecek ilk ihtimal söz konusu açıklamaların suç şüphesi altındaki kişiye karşı kullanılmasıdır. Bunu bir örnek ile açıklamak uygun olacaktır: Tanık (T), CMK m. 48 cümle 2 uyarınca hukuka uygun bir şekilde bilgilendirilmemiş olması sebebiyle, soruşturma evresinde verdiği ifadede çekinme hakkını kullanmamış ve tanıklık yaptığı konu hakkında şüpheli (S) hakkında açıklamalarda bulunmuştur. Ne var ki kovuşturma aşamasında (T), çekinme hakkını kullanmış; daha önce yaptığı açıklamaların kovuşturma evresinde kullanılmasına karşı gelmiştir. Acaba (T)’nin soruşturma evresinde yaptığı açıklamalar, (S)’nin leh ya da daha da önemlisi aleyhinde kullanılabilir mi⁶⁹?

Bu ihtimal Türk ve Alman hukukuna göre ayrı ayrı cevaplanmalıdır. Bilindiği üzere kamusal organlarca elde edilen hukuka aykırı bir delil, kabul edilen bakış açısına göre ya hiçbir zaman kullanılamayacaktır (mutlak delil yasağı) ya da kimi durumlarda kullanılabilecek kimi durumlarda ise kullanılamayacaktır (nispi delil yasağı). Bu ayrımın temelinde yatan soru şudur: Acaba delil elde etme yasağının her ihlali, her durumda delil değerlendirme yasağına yol açar mı? Mutlak delil yasağı (mutlak değerlendirme yasağı) kabul edilirse bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir. Zira kurala/norma/düzenlemeye aykırılık, otomatikman delilin dışlanması yani muhakemede kullanıl(a)maması sonucu doğurur. Buna karşın nispi delil yasağı (nispi değerlendirme yasağı) kabul edilirse, bu soruya kimi durumlarda olumlu kimi durumlarda ise olumsuz yanıt verilmelidir. Zira önemli olan, elde edilen delilin muhakemede kullanılması durumunda, adil yargılanma hakkının zedelenmiş olup olmadığıdır. Yine bilindiği üzere Türk hukukunda yer alan Anayasa m. 38/6⁷⁰ ve CMK m. 217/2⁷¹ gibi düzenlemeler -söz konusu yaklaşımın yerinde olup olmadığı sorusundan bağımsız bir şekilde⁷²- hiçbir tartışmaya

⁶⁸ Pek tabii ki burada savunulan görüşün aksine bilgilendirmenin her zaman ifade alma veya sorgunun başında yapılması gerektiği de düşünülebilir, JUGL, s. 103. Bu görüş *nemo tenetur* ilkesini geniş bir şekilde koruma altına alacağı için yerinde olmakla beraber bu yaklaşımın ne denli gerçekçi olduğu ise şüphelidir.

⁶⁹ JUGL, s. 104.

⁷⁰ Anayasa m. 38/6: “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.”

⁷¹ CMK m. 217/2: “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.”

⁷² Yargıtay, 16. CD, T. 08.05.2017, E. 2016/2524, K. 2017/5338 (Legalbank): “5271 sayılı CMK’nın 217. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan; ‘Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir’ şeklindeki düzenleme ile ayrıca ceza muhakemesinde kullanılacak delillerin hukuka uygun şekilde elde edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Buna göre tüm deliller kanunda gösterilen

yer bırakmayacak şekilde tavrını mutlak delil yasağından yana koymuştur. Buna karşın Alman hukuku, delil yasaklarına nispi delil yasağı (nispi değerlendirme yasağı) çerçevesinde yaklaşmaktadır. Bu çerçevede menfaatler tartımı teorisine (*Abwägungslehre*) göre elde edilen delilin değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine karar verilirken, kamusal makamların ve haklarına müdahalede bulunulan bireyin çıkarları arasında kapsamlı bir tartım yapılarak sonuca varılmalıdır. Bu tartım yapılırken, devletin suçun aydınlatılmasına yönelik çıkarının belirlenmesinde ölçüt olarak işlenen suçun ağırlığı esas alınmalıdır. Yine ihlalin ağırlığının değerlendirilmesinde delili elde etmek için hakka yapılan müdahalenin niteliği ve ağırlığı önemlidir. Bu hususun tespitinde, müdahalenin kasıtlı veya bilinçli olup olmadığı, tedbirin maddi şartlarının oluşup oluşmadığı, gecikmesinde sakınca bulunup bulunmadığı, normun koruma amacı, söz konusu delilin soruşturmada hukuka uygun olarak elde edilip edilemeyeceği, ispat değeri gibi hususlar dikkate alınmaktadır. Keza haklar alanı teorisi (*Rechtskreistheorie*), muhakemede ihlal edilen normun sanığın hakları ile ilgili olup olmadığını sorgular; eğer ki ihlal edilen norm sanığın değil de üçüncü kişinin haklarını ihlal ediyorsa; delil, sanık bakımından hukuka uygun kalmaya devam eder⁷³.

Bu arka plan yukarıdaki örneğe dönülecek olursa ortaya çıkan tablo Türk hukuku bakımından oldukça net ve basittir: Mademki mutlak delil yasağı kurala/norma/düzenlemeye aykırılık, otomatikman delilin dışlanması yani muhakemede kullanı(l)a maması sonucu doğurmaktadır; öyleyse CMK m. 48 cümle 2 aykırılık söz konusu olduğundan (T)'nin soruşturma evresinde yaptığı açıklamalar, (S)'nin leh ya da daha da önemlisi aleyhinde kullanılamaz⁷⁴.

Buna karşın Alman hukukunda mesele çetrefillidir. Alman Federal Mahkemesi⁷⁵ (BGH) ve öğretinin⁷⁶ bir kısmı meseleye haklar alanı teorisi (*Rechtskreistheorie*) çerçevesinde yaklaşmakta ve (T)'nin soruşturma evresinde yaptığı açıklamaların, (S)'nin leh ya da daha da önemlisi aleyhinde kullanılabileceğini kabul etmektedir. Zira -CMK m. 45'ten farklı olarak- CMK m. 48 kapsamında kişiye tanınan tanıklıktan çekinme hakkı ilk etapta tanığın kendisini ve yakınlarını korumayı amaçlamaktadır dolayısıyla bu madde kapsamında meydana gelen usuli bir hata sanığın haklarını etkilememektedir. BGH'nın çeşitli kararlarında⁷⁷ ifade ettiği üzere,

yönteme uygun olarak elde edilmelidir. Ancak, delil elde etmeye ilişkin her hukuka aykırılığın o delilin yargılamada kullanılmasına engel oluşturup oluşturmayacağı hususu üzerinde de ayrıca durulmalıdır. Eğer ihlal edilen kural bir hak ihlaliye neden olmuyor ve yargılama faaliyetlerinin bütünü itibarıyla adil yargılama ilkesi zedelenmiyorsa, o delilin yargılamada değerlendirilemeyeceğinden bahsedilemeyecektir. 5271 sayılı CMK'nın 217. maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin Gerekçede 'maddenin son fıkrası, usul hukuku yönünden olağanüstü önem taşıyan ve adil yargılama ile bağlantılı bir ilkeyi belirtmektedir. İlke, delilin doğruluğunu, haklılığını hakkaniyete uygunluğunu sağlamak amacını gütmektedir. Böylece ister soruşturma ister kovuşturma evrelerinde olsun, hukuka aykırı olarak, örneğin; işkence narko analiz, hataya sürükleyici eylemler, sorgulamalar, baskılar, kişinin fizik ve moral bütünlüğüne saldırılar yolu ile elde edilmiş deliller hükme esas alınmayacaktır' denilerek, delilin hükme esas alınmasına engel oluşturan hukuka aykırılıkların 'sanığın temel haklarını' ihlal eden aykırılıklar olduğu belirtilmiştir. 'Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller' kavramındaki 'hukuka aykırılık', sanığın temel haklarını ihlal eden bir hukuka aykırılık olarak anlaşılmalıdır. Muhakemenin sonunda, yapılan işlemler bir bütün olarak değerlendirilmeli ve muhakeme neticesinde, hukuka uygun veya aykırı yöntemlerle elde edilen deliller kullanılarak verilen hüküm, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde gösterildiği biçimde 'adil' ise, bir delil hukuka aykırı bir yöntemle elde edilmiş olsa dahi kullanılabilir.

⁷³ Detaylı açıklamalar için DÜLGER, Murat Volkan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi - Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 75 vd.; KAYAER, Nebahat: Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilin Değeri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 195 vd.; ŞENOL, Cem: Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 175 vd.

⁷⁴ Kıyaslayınız Yargıtay, 13. CD, T. 04.03.2013, E. 2012/27020, K. 2013/4826 (Legalbank): "Mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle dosya incelenerek, gereği düşünüldü: 15.03.2012 tarihli Dairemiz ilamında sanığın, yüklenen suçu işlediğine ilişkin diğer sanık Yıldırım Bilener'in sonradan geri aldığı soruşturma aşamasındaki suç atma niteliğinde kalan anlatımı dışında, hükümlülüğüne yeterli hukuka uygun, kuşkuadan uzak, kesin, yeterli ve inandırıcı kanıt bulunmadığı gözetilmeden, beraati yerine yetersiz gerekçe ile mahkumiyet karar verilmesi gerektiğinden bahisle verilen kararın bozulması üzerine, bozma ilamına uyan mahkemenin beraat kararı vermesi gerekirken tekrar mahkumiyet kararı vererek yazılı şekilde hüküm kurması, Kabule göre, 5271 sayılı CMK'nın 48 ve 50/1-c maddeleri uyarınca tanık olarak duruşmada dinlenen ve hakkında yaşının küçüklüğü nedeniyle Bursa Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 28/12/2006 gün ve 2006/60930-39570 Esas ve Karar sayılı kararıyla kovuşturmayla yer olmadığına karar verilen tanık ...'a, cevap vermekten çekinme hakkı olduğu hatırlatılmadan, bu tanığa yemin verilmesinin mümkün olmadığı gözetilmeden, sanığın suç atma niteliğinde kalan anlatımı esas alınarak sanık ...'in cezalandırılmasına karar verilmesi, Bozmayı gerektirmiş, sanık ... müdafinin temyiz itirazı bu bakımdan yerinde görülmesi olduğundan, hükmün açıklanan nedenle isteme uygun olarak bozulmasına, 04.03.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

⁷⁵ BGH, Urteil vom 26.05.1992 - 5 StR 122/92 (NSSt 1992, 448).

⁷⁶ Kıyaslayınız BERTHEAU / IGNOR, LR-StPO, § 55, kn. 38.

⁷⁷ BGH, Urteil vom 27.02.1951 - 1 StR 14/51 (NJW 1951, 368); BGH, Beschluss vom 21.01.1958 - GSSSt 4/57 (NJW 1958, 557).

“§ 55 StPO’da [CMK m. 48] yer alan hak, hiç kimsenin aleyhine ifade vermeye zorlanamayacağına dair genel ilkedir. Bilgilendirme yükümlülüğü, bu korumayı daha etkili hâle getirmeyi amaçlamaktadır. Ancak bu durum, sanığın usul hukuki konumunda herhangi bir değişiklik yaratmamıştır. Tanığın kendi hatalarını gizli tutma hakkı, bir kişilik hakkıdır. Bu hak -§ 55 StPO’da (CMK m. 45) belirtilen aile üyelerinin tanıklığı ret hakkından farklı olarak- tanığın sanıkla olan ilişkilerine dayanmamaktadır ve bu nedenle, sanığın hakları ile zorunlu olarak bağlantılı değildir. Dolayısıyla, § 55 StPO kapsamında tanığa bilgi vermeyi reddetme hakkı konusunda kurallara aykırı bir şekilde bilgi verilmemesi durumunda, sanığın usul hakları etkilenmez. § 55 StPO’nun amacı tanığı doğruyu söyleme yükümlülüğü altında, kendisini veya bir yakını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanması ile yalan beyanda bulunmaya zorlanması arasındaki ikilemi çözmektir. Tanık, gerçeğe uygun bir ifadeyle kendisinin veya yakın bir akrabasının suça karıştığını açıklamak zorunda kalsa bile sanığın, tanığın karar verme özgürlüğünün korunmasında hukuken korunmaya değer bir menfaati olamaz.”

Kanaatimizce ceza muhakemesi hukuku hükümleri eşit konumda olmayan devlet ile şüpheli/sanık arasındaki dengesizliği mümkün mertebe en aza indirmeyi amaçlamaktadır, diğer bir ifadeyle şüpheli/sanığa hukuka uygun adli prosedür garanti etmek ve ceza verme yetkisini elinde bulunduran devletin, maddi gerçeğin açığa çıkarılabilmesi için muhakeme hükümlerine bağlılığını sağlamaktır. Dolayısıyla -özellikle *nemo tenetur* ilkesini garanti altına alan normlar söz konusu olduğunda- bir düzenlemeyi şüpheli/sanığın hukuk alanını etkileyen veya etkilemeyen şeklinde ayırma tabi tutmak mümkün değildir. Üstüne üstlük unutulmamalıdır ki BGH’nın bakış açısı absürt sonuçların da doğmasına neden olacaktır. Farz edilsin ki somut olayda ihlal edilen norm CMK m. 45/3 cümle 1’dir yani tanıklıktan çekinme hakkı bakımından bilgilendirilmeyen kişi örneğin sanığın eşi olsun. BGH’ya göre CMK m. 45 şüpheli/sanığın hukuk alanını etkileyen normlardan biridir. Bu durumda söz konusu norma aykırılık iddiasıyla kanun yoluna gidebilecek kişi sanığın kendisidir; buna karşın savcının bu norma aykırılık sebebiyle kanun yoluna gitmesi söz konusu olamayacaktır. Oysaki tanık beyanı ve onun -hangi normdan kaynaklanırsa kaynaklansın var olan- çekinme hakkı son tahlilde maddi gerçeğin bulunmasına hizmet etmektedir. Dolayısıyla CMK m. 48 cümle 2 aykırılık söz konusu olduğundan (T)’nin soruşturma evresinde yaptığı açıklamalar, (S)’nin leh ya da daha da önemlisi aleyhinde kullanılamaz⁷⁸.

2. Tanık Açıklamalarının Bizzat Tanığa veya Yakınlarına Karşı Kullanılması

Yukarıdaki açıklamalar ışığında rahat bir şekilde cevaplanabilecek ihtimal ise tanığın yaptığı açıklamaların daha sonraki bir muhakemede tanık (şimdiki şüpheli/sanık) veya yakını (şimdiki şüpheli/sanık) aleyhine kullanılıp kullanılamayacağıdır. Bu durumu bir örnek ile açıklamak mümkündür: Tanık (T), CMK m. 48 cümle 2 uyarınca hukuka uygun bir şekilde bilgilendirilmemiş olması sebebiyle, soruşturma evresinde verdiği ifadede çekinme hakkını kullanmamış ve tanıklık yaptığı konu hakkında şüpheli (S) hakkında açıklamalarda bulunmuştur. Tanık (T)’nin yaptığı açıklamalar karşısında (T) (veya bir yakını) hakkında ceza muhakemesi süreci başlatılmıştır. Daha önce tanık olan şimdi ise suç şüphesi altında bulunan (T) (veya yakını), tanık sıfatıyla yapılan açıklamaların muhakemede kullanılmasına itiraz etmektedir⁷⁹.

Bu örnekte hukuk sistemi ister mutlak delil yasağını ister nispi delil yasağını kabul etmiş olsun ulaşılabilecek sonuç aynıdır. Mademki tanık (T)’nin, CMK m. 48 cümle 2 uyarınca hukuka uygun bir şekilde bilgilendirilmiş olduğu olaylarda dahi söz konusu açıklamaların daha sonra tanığın kendisi veya yakını hakkında yürütülen muhakemede kullanılması mümkün değildir⁸⁰; o hâlde evleviyetle aynı

⁷⁸ EISENBERG, kn. 1131; JUGL, 113 vd.

⁷⁹ JUGL, s. 115.

⁸⁰ Bakınız yukarıda II.B.2. “Tanık Açıklamalarının Bizzat Tanığa Karşı Kullanılması”.

sonuca CMK m. 48 cümle 2'nin ihlal edildiği olaylarda da ulaşmak gereklidir. Zaten tam da bu nedenle aksi bir görüş görülebildiği kadarıyla ne yargı kararlarında ne de öğretide savunulmuştur.

Bu başlık değerlendirilmesi gereken tek husus kanaatimizce Alman hukukunda açıkça⁸¹ Türk hukukunda ise üstü kapalı⁸² bir şekilde kabul edilen bir yargı pratiğidir. Her iki ülkede yüksek mahkemeler hukuka aykırılığın sanık veya müdafii tarafından muhakeme aşamasında en geç delillerin ikamesinin sonuna kadar açıkça belirtilmesini talep etmektedir. Ne var ki itiraz usulü (*Widerspruchslösung*), ceza muhakemesi mantığına aykırıdır⁸³. Türk hukuku gibi mutlak delil yasağının kabul edildiği bir sistemde mahkeme hukuka aykırılığı re'sen değerlendirmeli ve elde edilen delili re'sen değerlendirme dışı tutmalıdır. Alman hukuku gibi nispi delil yasağının kabul edildiği bir sistemde ise elde edilen delilin değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine karar verilirken, kamusal makamların ve haklarına müdahalede bulunulan bireyin çıkarları arasında kapsamlı bir tartım mahkemece re'sen yapılmalıdır.

SONUÇ

Ceza muhakemesinin temel amaçlarından biri olan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, her ne pahasına olursa olsun gerçeğe ulaşılması anlamına gelmemekte; bu amaç, insan onurunu ve temel hakları güvence altına alan ilkelerle sınırlandırılmaktadır. İşte tam da bu arka plan ile *nemo tenetur se ipsum accusare* ilkesinin tanıklık hukukundaki yansıması olan CMK m. 48, tanığı çözümsüz bir ikilemden kurtarmayı amaçlamaktadır: doğruyu söyleyerek kendisini ya da yakınlarını suçlamak yahut yalan tanıklık yapmak.

CMK m. 48 cümle 1 bakımından ilk olarak vurgulanması gereken husus, hükmün uygulama alanının yalnızca klasik anlamda soruşturma/kovuşturma makamlarıyla sınırlı tutulmaması gerektiğidir. Kanaatimizce tanığa soru soran kamusal makamın disiplin amiri ya da idari kolluk faaliyeti yürüten bir makam olması hâlinde de CMK m. 48 kıyasen uygulanmalıdır; zira hükmün sağladığı korumanın yalnızca klasik soruşturma/kovuşturma makamlarıyla sınırlandırılması, *nemo tenetur* ilkesinin güvence altına almak istediği hakları büyük ölçüde boş bir formüle dönüştürecektir.

İkinci olarak, CMK m. 48'de yer alan “soru” kelimesinin “olgu” olarak anlaşılması gerekir. Zira hükmün lafzının bire bir uygulanması, tanığın “dinlenmesi” aşamasında kendisini veya yakınlarını ceza muhakemesi tehdidi altına sokabilecek olguları açıklamak zorunda kalması sonucunu doğuracak; bu ise *nemo tenetur* ilkesinin açık bir ihlali olacaktır. Üstüne üstlük CMK m. 48 cümle 1'de yer alan “ceza kovuşturması” ibaresinin de Anayasa m. 38/5 ile uyum sağlanabilmesi adına, soruşturma evresini de kapsayacak biçimde “ceza muhakemesi” olarak yorumlanması zorunludur. Nitekim tanık, cevaplandırdığı takdirde kendisi veya yakınları hakkında CMK m. 160 anlamında basit şüphe dahi oluşturabilecek sorularla karşılaştığında açıklama yapmaktan çekinebilmelidir. Keza soruya verilecek cevabın tek başına suç şüphesi doğurmaya yetmese bile, söz konusu cevabın tanığın veya yakınlarının aleyhine bir delil mozaığının parçasını oluşturabileceği hâllerde de çekinme hakkının tanınması gerekir.

⁸¹ § 55 StPO bağlamında açıkça BGH, Urteil vom 26.05.1992 - 5 StR 122/92 (NStZ 1992, 448).

⁸² Kıyaslayınız Yargıtay, 7. CD, T. 21.01.2025, E. 2023/11847, K. 2025/936 (Legalbank): “Yerel Mahkemece, arama yapıldığı sırada ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin hazır bulunması gerekirken, 5271 sayılı Kanun’un 119/4. maddesinde belirtilen bu düzenlemeye aykırı olarak yapılan, bu nedenle de usulsüz olan arama sonucu ele geçen delillere dayanılarak mahkûmiyet hükmü kurulamayacağı gerekçeyle sanık hakkında beraat kararı verilmiş ise de, usulüne göre alınmış bir arama kararı bulunan somut olayda bu karara ve kararın infazı sırasında yapılan işlemlere yönelik bir itirazın olmadığı, sanığın arama sonucunda ele geçen eşyaların kendi işyerinden ele geçirildiğine ilişkin soruşturma ve kovuşturma aşamalarında açık ikrarının mevcut olduğu, arama işlemine ve arama yapılırken bir takım hakların ihlal edildiğine yönelik olarak sanıktan gelen herhangi bir yakınmanın bulunmadığı, usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sırf arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle ‘hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil’ sayılmalarının ve mahkûmiyet hükmüne dayanak teşkil edememelerinin kabul edilemeyeceği gözetilerek; kaçak sigaralar yönüyle eylem sabit olmakla birlikte, mevcut bilirkişi raporu yetersiz olduğundan, kıyılmış tütün, boş makaronlar ve doldurulmuş makaronların menşeiine ilişkin bilirkişi incelemesi yaptırıldıktan sonra hüküm tesisi yerine, yerinde olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir.”

⁸³ EISENBERG, kn. 429.

Üçüncü olarak, CMK m. 48'in tanığa kural olarak "kısmi çekinme" hakkı tanıdığı; bununla birlikte tanığın kendisini veya yakınlarını ceza muhakemesi tehdidi altında bırakmayacak şekilde açıklama yapmasının mümkün olmadığı hâllerde bu kısmi çekinmenin istisnai olarak "bütüncül çekinme"ye dönüşebileceği ortaya konulmuştur.

CMK m. 48 cümle 2'de düzenlenen bilgilendirme yükümlülüğü bakımından ise şu tespitler ön plana çıkmaktadır. Her şeyden önce söz konusu yükümlülük; kolluk, Cumhuriyet savcısı, sulh ceza hâkimi ve mahkeme tarafından, ifade alma ile sorgunun her tekrarında yerine getirilmeli ve hukuki denetime imkân tanımak adına yazıya aktarılmalıdır. Bilgilendirmenin içeriği bakımından ise kamusal makamın yalnızca "tanıklıktan çekinme hakkınız vardır" demekle yetinmesi yeterli olmayıp; tanığa, kendisini veya yakınlarını ceza muhakemesi tehdidi altında bırakabilecek olguları açıklamama hakkı bulunduğu ve bu hakkın kullanılmasının sonuçlarının açıkça bildirilmesi zorunludur.

Çekinme hakkının sonuçları bakımından ise ikili bir ayrım yapılmıştır. Tanığın hukuka uygun biçimde *bilgilendirilmiş* olmasına karşın çekinme hakkını kullanmadan yaptığı açıklamaların, CMK m. 210/1 cümle 2'deki doğrudan doğruyalık ilkesi gereği, daha sonraki kovuşturma aşamasına belge delili olarak aktarılması mümkün değildir; keza bu açıklamaları alan kişilerin "duyduğunu anlatan tanık" sıfatıyla dinlenmesi yoluyla dolaylı ikamesi de kabul edilemez. Öte yandan tanığın hukuka uygun biçimde bilgilendirilmemesi hâlinde elde edilen beyanların suç şüphesi altındaki kişiye karşı kullanılıp kullanılamayacağı meselesinde, Türk hukuku bakımından sonuç açıktır: Anayasa m. 38/6 ve CMK m. 217/2'nin benimsediği mutlak delil yasağı çerçevesinde, CMK m. 48 cümle 2'ye aykırılık söz konusu olduğunda elde edilen beyanlar hiçbir koşulda muhakemede kullanılamaz. Alman hukukunda hâkim olan haklar alanı teorisi çerçevesinde bu beyanların sanık aleyhine kullanılabileceğini kabul eden BGH içtihadına ise katılmak mümkün değildir; zira ceza muhakemesi hükümleri, devlet ile şüpheli/sanık arasındaki dengesizliği mümkün mertebe azaltmayı amaçlamakta olup *nemo tenetur* ilkesini güvence altına alan bir normu sanığın hukuk alanını etkileyen ya da etkilemeyen şeklinde sınıflandırmak bu amaca açıkça aykırıdır.

Son olarak gerek Türk gerek Alman yargı uygulamasında kendine yer bulan itiraz usulüne ilişkin eleştirel bir değerlendirme yapılmıştır. Mutlak delil yasağını benimseyen Türk hukukunda mahkemenin hukuka aykırılığı re'sen değerlendirerek delili re'sen dışlaması; nispi delil yasağını benimseyen Alman hukukunda ise menfaatler tartımının mahkemece re'sen yapılması gerekmekte olup her iki sistemde de söz konusu denetimin sanık ya da müdafinin itirazına bırakılması ceza muhakemesinin mantığıyla bağdaşmamaktadır.

Tüm bu tespitler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, CMK m. 48'in lafzındaki eksikliklerin, özellikle "soru" ve "ceza kovuşturması" ibarelerinden kaynaklanan sorunların, yargısal yorum yoluyla giderilmesinin yetersiz kaldığı ve hükmün *nemo tenetur* ilkesinin gerektirdiği güvence düzeyine tam anlamıyla ulaşabilmesi için bir an önce kanun koyucu tarafından yeniden ele alınması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

KAYNAKÇA

- AYDIN, Semih Oğuz: *Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Anonim Tanık*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- BARTHE, Christoph / GERICKE Jan (Hrsg.): *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*, 9. Baskı, Verlag C.H. Beck, Münih, 2023 (KK-StPO).
- BECKER, Jörg-Peter / ERB, Volker / ESSER, Robert / GRAALMANN-SCHEERER, Kirsten / HILGER, Hans / IGNOR, Alexander (Hrsg.): *Löwe-Rosenberg - Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz - Großkommentar*, Cilt 2, 27. Baskı, De Gruyter, Berlin, 2018 (LR-StPO).
- BUSCH, Reinhardt: “Anmerkung zu BayObLGSt 1953, 92”, *Juristen Zeitung*, 1953, Cilt 8, Sayı 22, s. 703-704.
- CEBECİ BİNGÖL, Şeyma: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık Beyanının Güvenilirliği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- DAHS, Hans / LANGKEIT, Jochen: “Das Schweigerecht des Beschuldigten und seine Auskunftsverweigerung als verdächtiger Zeuge - Zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.05.1992 - 5 StR 122/92, NStZ 1992, 448”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1993, Cilt 13, Sayı 5, s. 213-216.
- DÖLLING, Dieter: “Verlesbarkeit schriftlicher Erklärungen und Auskunftsverweigerung nach § 55 StPO - Zugleich eine Besprechung des Urt. des BGH v. 23.12.1986 - 1 StR 514/86”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1988, Cilt 8, Sayı 1, s. 6-10.
- DÜLGER, Murat Volkan: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi - Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- EISENBERG, Ulrich: *Beweisrecht der StPO - Spezialkommentar*, 10. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2017.
- FEYZİOĞLU, Metin: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996.
- GERCKE, Björn / TEMMING, Dieter / ZÖLLER, Mark A. (Hrsg.): *Heidelberger Kommentar zur Strafprozesordnung*, 7. Baskı, C.F. Müller, Heidelberg, 2023 (HK-StPO).
- GRÜNWALD, Gerald: “Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 30.04.1968 - 1 StR 625/67”, *Juristen Zeitung*, 1968, Cilt 23, Sayı 22, s. 752-754.
- HANACK, Ernst-Walter: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht”, *Juristen Zeitung*, 1972, Cilt 27, Sayı 8, s. 236-238.
- JUGL, Benedikt: *Fair trial als Grundlage der Beweiserhebung und Beweisverwertung im Strafverfahren - Ein Beitrag zu der Lehre von den Beweisverboten am Beispiel des Auskunftsverweigerungsrechts nach § 55 StPO*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2017.
- KAĞITCIOĞLU, Mutlu: “Kurgudan Gerçekliğe Uzanan Bir Tartışma Alanı: Susma Hakkının İdare Hukukunda Yeri Var mıdır?”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018, Sayı 134, s. 115-152.
- KARAASLAN, Reşit: *Ceza Hukuku Boyutuyla Şirketlerde Compliance (Uyum) ve İç Soruşturma*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2025.
- KAYAER, Nebahat: *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilin Değeri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- KNAUER, Christoph / KUDLICH, Hans / SCHNEIDER, Hartmut (Hrsg.): *Münchener Kommentar zur StPO*, Cilt 1, 2. Baskı, Verlag C.H. Beck, Münih, 2023 (MüKo-StPO).
- MITSCH, Wolfgang: “Protokollverlesung nach berechtigter Auskunftsverweigerung (§ 55 StPO) in der Hauptverhandlung”, *Juristen Zeitung*, 1992, Cilt 47, Sayı 4, s. 174-183.
- ODENTHAL, Hans-Jörg: “Anmerkung zu LG Stuttgart, Beschluß vom 24.04.1992 - 11 ARs 1/92”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1993, Cilt 13, Sayı 1, s. 52-53.
- ÖZAYDIN, Özdem: *Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- RENGIER, Rudolf: “Anmerkung zu BGH, Beschluß vom 20.03.1997 - 5 StR 234/96 - Auskunftsverweigerung während Vernehmung”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1998, Cilt 18, Sayı 1, s. 47-49.
- SATZGER, Helmut / SCHLUCKBIER, Wilhelm / WIDMAIER, Gunter (Hrsg.): *Strafprozessordnung mit GVG und EMRK Kommentar*, 5. Baskı, Carl Heymanns Verlag, Hürth, 2023 (SSW-StPO).
- ŞENOL, Cem: *Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

- TURHAN, Faruk: “Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Yakınlarının Tanıklıktan Çekinme Hakkı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 28, Sayı 3, s. 1383-1427.
- YAŞAR, Osman / OTACI, Cengiz: *Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu*, Cilt I, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- YILDIRIM, Akif: *Anayasal Düzeyde Bir Güvence Olarak Ceza Muhakemesinde Tanık Sorgulama Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- YURTLU, Fatih: *Maddi ve Şekli Ceza Hukuku Boyutuyla Nemo Tenetur İlkesi - Kişinin Kendisini ve Kanuni Yakınlarını Suçlamaya Zorlanamaması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2025.