

# ŞÜPHELİ VE SANIĞIN CEZA MUHAKEMESİ İŞLEMLERİNE KATLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE GETİRİLEN SINIR-NEMO TENETUR SEIPSUM ACCUSARE İLKESİ\*

LIMITS OF SUFFERANCE OBLIGATION OF THE SUSPECT AND  
ACCUSED IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS –THE NEMO  
TENETUR SEIPSUM ACCUSARE PRINCIPLE

Ali Tanju SARIGÜL\*\*

**Özet:** Temel amacı maddi gerçeği ortaya çıkarmak olan ceza muhakemesi hukukunda, sanık bu amaca katkıda bulunmak istiyorsa bunu özgür iradesiyle gerçekleştirmelidir. Nemo tenetur seipsum accusare ilkesi uyarınca, hiç kimse kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya ve bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Bu evrensel ilkenin temelini kişinin kendisini suçlayıcı davranışlardan kaçınma hürriyeti oluşturmaktadır. Ceza muhakemesi işlemlerine aktif katılmaya zorlanma yasağının içeriğinde bir tereddüt olmamakla birlikte, pasif katlanma yükümlülüğünün kapsam ve mahiyeti bu ilke karşısında tartışmalıdır.

Sanığın susma hakkı ve kendisini suçlayıcı davranışlardan kaçınma hürriyetinin, devletin güç kullanması yoluyla ortadan kaldırılmasına karşı korunması gerektiği İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarında vurgulanmaktadır. Ceza yargılamasında bireysel savunma makamını temsil eden süje olan şüpheli/sanığın maddi bir obje gibi değerlendirilip rızası hilafına delil aracı olarak işlemlere tabi tutulması nemo tenetur seipsum accusare ilkesinin içeriğinin sadece susma hakkı kapsamına indirgenmesine neden olacaktır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin "kişinin iradesine bağlı bilgi/iradesi dışında bilgi" ayrımı da iradeden bağımsız ispat vasıtalarının (vücuttan örnek alınması gibi) adli mercilere her durumda verilmesi zorunluluğunu doğurması nedeniyle bizi nemo tenetur ilkesi ile uyumlu sonuçlara götürmemektedir. Ceza muhakemesi işlemlerine pasif katlanma yükümlülüğünün, ancak ölçülülük ve insan onurunun dokunulmazlığı ilkeleri çerçevesinde yorumlanması halinde modern bir ceza ve ceza muhakemesi hukuku ile bağdaşır sonuçlara ulaşılabileceği düşünülmektedir.

\* Bu çalışma, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 20-26 Kasım 2020'de gerçekleştirilen "Ben Masumum" konulu 10. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali'nde sunulan tebliğin gözden geçirilmiş ve genişletilmiş halidir, araştırma ve yayım etiğine uygundur.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, atanju.sarigul@hku.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4112-0311, Makalenin Gönderim Tarihi: 11.01.2021, Kabul Tarihi: 11.01.2021

**Anahtar Kelimeler:** Nemo Tenetur Seipsum Accusare İlkesi, Susma Hakkı, Katlanma Yükümlülüğü, Aktif Katılmaya Zorlama Yasası, Öçülülük İlkesi

**Abstract:** In the Criminal Procedure Law, whose main objective is to uncover the material fact the defendant wants to contribute to this objective, he/she must do so with her free will. According to the nemo tenetur seipsum accusare principle, no one can be compelled to make accusing statements or to offer evidence against him/herself or his/her relatives. The basis of this universal principle is the freedom to refrain from self-incriminating behavior. Although there is no uncertainty in the content of the prohibition of being compelled to participate actively in criminal proceedings, the scope and nature of the passive sufferance obligation is controversial before this principle.

The jurisprudence of the European Court of Human Rights emphasizes that the defendant's right to remain silent and the freedom to refrain from accusing him/herself must be protected against the abolition of the state through the use of force. Treating the suspect/defendant that represents the individual defense as the subject as a material object and processing him/her as a means of evidence without consent, would reduce the content of the nemo tenetur principle solely to the right to remain silent. The distinction made by the European Court of Human Rights regarding "knowledge obtained with the consent of the individual/knowledge obtained without consent" does not lead us to conclusions in line with the nemo tenetur seipsum accusare principle, since it creates the obligation of providing evidence means involuntarily (such as taking body samples) to the judicial authority in all cases. We are of the opinion that if the passive sufferance obligation in the criminal proceedings is interpreted within the framework of the principles of proportionality and immunity of human dignity, results compatible with a modern criminal and criminal procedure law can be achieved.

**Keywords:** Nemo Tenetur Seipsum Accusare Principle, Right to Remain Silent, Sufferance Obligation, Prohibition of Being Compelled to Participate Actively, Principle of Proportionality

## GİRİŞ

Ceza muhakemesinin birincil amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Ancak bu amaca ulaşmanın muhakeme hukuku kurallarına uygun olarak, şüpheli, sanık ve mağdurun muhakeme sürecindeki haklarını gözetmek suretiyle gerçekleştirilmesi gerektiği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ceza muhakemesince somut gerçeği her türlü şüpheden uzak bir şekilde ortaya çıkarma çabası gösterilirken hukuk devleti ilkesinin esaslarına bağlı kalınmalı, bozulan hukuk barışını yeniden sağlama amacı da dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda ceza muhakemesinin günümüzde ön plana çıkan amacının, hukuk devleti ilke-

sine uygun şekilde bireylerin hukuki güvenliklerini sağlamak olduğu ifade edilmektedir.

Uygulamada, maddi gerçeğe ulaşma amacı ile hareket eden soruşturma organlarının başvurdukları yöntemler ile susma hakkı ve nemo tenetur ilkesi<sup>1</sup>(kendini suçlamaya zorlanamama hakkı) arasında karşılık oluşabilmekte, şüphelinin/sanığın susma hakkı ya da aleyhe delil göstermeye zorlanamama yasağının ihlal edildiği konusunda tereddütler oluşabilmektedir. Örnek vermek gerekirse, şüphelinin soruşturma esnasında bir kısım belgeleri getirmesi kendisinden istenebilmekte, rızası bulunmaksızın teşhis ya da yer gösterme işlemlerine katılması sağlanabilmekte, muhakeme sürecinde alınan kararlar çerçevesinde vücudundan örnek alınması ya da beden muayenesi yapılması gibi tedbirlere de başvurulabilmektedir. Bir soruşturma sürecinde yapılan bu tür işlemlerin nemo tenetur ilkesi kapsamında ne derece hukuka uygun olduğu katlanma yükümlülüğünün sınırlarının ortaya konulması ile mümkündür.

Katlanma yükümlülüğü kapsamında aslında birçok ceza muhakemesi işleminin tartışılması gerektiği, şüpheli ve sanığın yanında üçüncü kişiler bakımından da tartışılmasında fayda olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak konunun kapsamının genişliği dikkate alınarak yapılan çalışma şüpheli/sanık bakımından yapılan inceleme ile sınırlı tutulmuştur. Şüpheli ya da sanığın belge delillerini ibraz etmeye zorlanması ve iradesinden bağımsız olarak kendisi üzerinden delil elde edilmesinin, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) tarafından “susma ve kendini suçlamaya zorlanamama” hakkı çerçevesindeki yorumu ve sınırları ortaya konulmaya çalışılmıştır.

## I. Katlanma Yükümlülüğü- Aktif Katılmaya Zorlama Yasağı Ayrımı

### A. Genel Olarak

Katlanma yükümlülüğünün sınırlarının belirlenirken hangi ölçütlerin dikkate alınması gerektiği konusunun öğretilerde tartışmalı olduğunu görmekteyiz. Katlanma yükümlülüğünün sınırlarına dair

<sup>1</sup> “Nemo tenetur seipsum accusare” ilkesi tebliğde kısaca “nemo tenetur” olarak belirtilecektir.

tartışmaya geçmeden kanaatimizce öncelikle katlanma yükümlülüğü kavramının içeriği üzerinde durmak gerekmektedir.

Soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin gereği gibi yapılabilmesi için şüpheli veya sanığın bu işlemlere karşı koymama yönünde bir yükümlülüğü bulunmaktadır.<sup>2</sup> Öğretide; “boyun eğme mecburiyeti”, “uyuma zorunluluğu” veya “yargılanmak ve cezalandırılmak yükümlülüğü” olarak da adlandırılmaktadır.<sup>3</sup> Bu yükümlülüklerin önemli bir kısmının koruma tedbirleriyle ilgili olduğunu<sup>4</sup> ve çoğunlukla soruşturma evresinde karşımıza çıktığını görmekteyiz. Bu nedenle katlanma yükümlülüğü, ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmada önemli bir fonksiyona sahip bulunmaktadır.

Katlanma yükümlülüğü yorumlanırken aktif katılmaya zorlayacak şekilde anlaşılması gerekmektedir. Şüpheli ya da sanık, kendisi aleyhine muhakemeye aktif olarak katılmaya zorlanamaz.<sup>5</sup> Şüphelinin muhakemeye aktif katılımı ancak kendi rızası ile olduğu takdirde hukuken geçerli olacaktır.<sup>6</sup> Ayrıca şüphelinin kendi aleyhine aktif olarak katılmaması, soruşturmaya aktif katkı sağlamaması ya da suskun kalması, vicdani kanaatin oluşumunda aleyhine olacak şekilde yorumlanamayacaktır.<sup>7</sup>

Katlanma yükümlülüğü; öğretide “aktif katılmaya zorlama yasağı”<sup>8</sup> kavramına karşıt olarak “pasif katlanma yükümlülüğü” ola-

<sup>2</sup> Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019. s.182, s.194.

<sup>3</sup> 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”, Hacettepe HFD, S.7/2, 2017, s.122.

Alman öğretisinde katlanma yükümlülüğü “Duldungspflicht” olarak isimlendirilmektedir (Christoph Knauer/Hans Kudlich/Hartmut Schneider, Münchener Kommentar zur StPO, 1. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2014, StPO § 81a, Rn.22-23).

<sup>4</sup> Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku-II, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s.151.

<sup>5</sup> Knauer/Kudlich/Schneider, StPO § 81a, Rn.22-23.

<sup>6</sup> Centel/Zafer, s.182.

<sup>7</sup> Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, C.1, 16. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 428.

<sup>8</sup> Mitwirkungsfreiheit- katılmaya zorlama yasağı, Alman hukuku öğretisinde “katılma özgürlüğü” olarak ifade edilmektedir.

rak da isimlendirilmektedir.<sup>9</sup> Şüpheli veya sanığın, iradesine bakılmaksızın bu işlemlere katılma yükümlülüğünün bulunduğu, sessiz ya da hareketsiz kalmak suretiyle katılması gerektiği belirtilmektedir.<sup>10</sup> Burada şu sorunun tartışılmasının katılma yükümlülüğünün sınırlarını ortaya koyabilmemiz bakımından gerekli olduğunu düşünmekteyiz.

### B. Aktif Katılmaya Zorlama Yasağı ile Pasif Katılma Yükümlülüğü Arasındaki Ayrım Kesin Bir Şekilde Yapılabilir mi?

Alman öğretisinde basit fiziksel bir hareketin aktif katılım olarak kabul edilmemesi gerektiği, aktif katılım için bedensel hareketlerin önemli ölçüde olması gerektiği görüşü savunulmaktadır. Ancak bu ayrımın yeterli bir çözüm sunmadığı gerekçesiyle Alman öğretisinde eleştirildiğini görmekteyiz. Burada belirleyici olması gerekenin hareketin aktif ya da pasif olarak sınıflandırılması olmadığı ifade edilmektedir. Belirleyici olan şey şüpheli/sanığın kendini suçlamaya zorlanamama hakkı ile eşdeğer olarak nitelendirilebilecek bağımsız delil değeri içeren bir harekete zorlanmaması gerektiğidir.<sup>11</sup>

Alman ceza hukuku uygulaması ve öğretisinde, beden muayenesi ve kan örneği alınmasına ilişkin basit nitelikteki muayene işlemlerinin (StPO m.81a) aktif zorlama kapsamında görülemeyeceği kabul edilmektedir. Çünkü kişi burada önlemin uygulanmasını sağlamak için şüpheli/sanık aktif bir hareket yapmak zorunda kalmamaktadır.<sup>12</sup> Bu çerçevede; şüpheli/sanığa test için bir şey içirilmesi, muayeneye tabi tutulması, idrar ve yürüyüş testine tabi tutulması, diz çökmesinin, kolunu uzatmasının ya da sorulara cevap vermesinin istenmesi gibi işlemler, ancak yapılmak istenen işlemle ilgili bilgilendirilmesi ve gönüllü olması kaydıyla hukuka uygun görülmektedir.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> İnci, s.136.

<sup>10</sup> Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, S.151; İnci, S.135; Rezzan İtişgen, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.49.

<sup>11</sup> Knauer/Kudlich/Schneider, StPO § 81a, Rn.22.

<sup>12</sup> BVerfG 14.2.1978 – 2 BvR 406/77, NJW 1978, 1149 (1150); OLG Hamm 10.1.1974 – 5 Ws 1/74, NJW 1974, 713; OLG Düsseldorf 26.5.1988 – 1 Ws 459/88, JZ 1988, 984; OLG Köln 9.3.2004 – 2 Ws 32/04, juris ( Rn. 6); BGH 9.4.1986 – 3 StR 551/85, BGHSt 34, 39 (45 f.); Knauer/Kudlich/Schneider, StPO § 81a, Rn.22.

<sup>13</sup> Knauer/Kudlich/Schneider, StPO § 81a, Rn.22.

Türk ceza hukuku öğretisinde de aktif-pasif katılma ayrımının suni olup, muhakemenin amacına aykırı uygulamalara neden olabileceği, hatta muhakeme stüjeleri ya da kolluk tarafından suiistimal edilebileceği gerekleriyle eleştiriler bulunduğunu görmekteyiz.<sup>14</sup> Örneğin; sahtecilik davasında şüpheliden imza örneği alınması pasif katılma yükümlülüğü kapsamında görülebilir mi? Şüpheli bu durumda kendi aleyhine bir delil vermeye zorlanmış olmuyor mu? Öğretide şüpheli/sanık kendi rızası ile imza örneği vermedikçe, alınan imza örneğinin delil olarak kullanılmasının hukuka aykırı olduğu görüşü savunulmaktadır.<sup>15</sup>

## II. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Nemo Tenetur İlkesi

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde "adil yargılanma hakkı" kapsamında "nemo tenetur" ilkesine açıkça yer verilmediğini görmekteyiz.<sup>16</sup> Ancak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında; Sözleşme'nin 6. maddesinde özellikle belirtilmemiş olsa da "sessiz kalma ve kendi aleyhine tanıklık etmeme" hakkının, 6. madde kapsamındaki adil yargılanma kavramının esasını oluşturan ve genel olarak kabul edilen uluslararası standartların özünde bulunan bir hak olduğu belirtilmektedir.<sup>17</sup> İHAM, *Gäfgen/Almanya* kararında; susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkının (imtiyazının),<sup>18</sup> adil yargılanma hakkının kalbinde yer aldığına, amacın sanığı yetkililerin haksız zorlamalarına karşı korumak olduğuna vurgu yapmıştır.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> Ünver/Hakeri, (2019), s.100; İnci, s.136; İtişgen, s.48.

<sup>15</sup> Ünver/Hakeri, (2019), s.100.

<sup>16</sup> Avrupa Konseyine üye devletler sanığın haklarını 7. Protokolde düzenlerken "kendini suçlamaya zorlanamama hakkını" da düzenlemeyi düşünmüşler fakat eklememişlerdir. Ancak Yüksek Mahkeme'nin içtihadı ile (Saunders/Birleşik Krallık Kararı) bu talihsiz boşluk doldurulmuştur. Kendini suçlamaya zorlanamama hakkı, Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 14(3)(e) maddesi ile açıkça güvence altına alınmıştır. (David Harris/Michael O'Boyle/Ed Bates/Carla Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi, 2013, s.263).

<sup>17</sup> John Jackson, "Responses to Salduz: Procedural Tradition, Change and the Need for Effective Defence", *The Modern Law Review*, 2016, s.837; Gilles Dutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007, s.243; İHAM, *Gäfgen/Almanya*, 01.06.2010, Başvuru No: 22978/05, pa.168.

<sup>18</sup> "The right to silence and the privilege against self-incrimination" İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında "kendini suçlamaya zorlanamama imtiyazı" olarak ifade edilmektedir.

<sup>19</sup> İHAM, *Gäfgen/Almanya*, 01.06.2010, Başvuru No: 22978/05, pa. 168.

Susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkı; bir ceza davasında iddia makamının, sanığın iradesine aykırı baskı ve zorlama yöntemleriyle elde edilmiş delillere başvurmadan iddiasını kanıtlaması gerektiğini ortaya koymaktadır. Yine bu hakkın gerekçeleri arasında, şüpheli/sanığın yetkililerce uygunsuz bir şekilde zorlamaya maruz kalmaya karşı korunması yoluyla adaletin tecellisindeki hatalı uygulamaları önlemek olduğu vurgulanmaktadır.<sup>20</sup>

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, “susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkının” çerçevesini oluşturan adil yargılanma hakkı yönünden değerlendirme yaparken, delillerin elde edilme yolu dâhil olmak üzere, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığı konusunda tespitte bulunmaktadır. Bir yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığına karar verirken ise savunma haklarına saygı gösterilmiş olup olmadığını dikkate almaktadır.<sup>21</sup> İHAM, adil yargılanma ilkesi kapsamında yapılan değerlendirmede, Sözleşme’de düzenlenen diğer haklarla birlikte bütüncül bir değerlendirme yapmaktadır.

“Susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkının” düzenlenmesindeki temel kaygının, şüphelinin iradesine saygı gösterilmesi fikri olduğu ifade edilmektedir.<sup>22</sup> Şüphelinin ceza muhakemesi sürecine herhangi bir aktif katılımının gönüllülük esasına dayanması gerekmektedir. Burada en zor konulardan birisini, ceza muhakemesi işlemine katılmanın gönüllü olup olmadığının tespiti oluşturmaktadır.<sup>23</sup> *Saunders/Birleşik Krallık* kararının karşı oy gerekçesinde kan ve idrar örneklerinin vermesi konusunda -şüphelinin iradesine saygı gösterilmediği için- kendini suçlamaya zorlanamama hakkının ihlal edildiğine işaret edilmiştir.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> İHAM, *Saunders/Birleşik Krallık*, 17.12.1996, Başvuru No: 19187/91, pa.68; İHAM, *Gäfgen/Almanya*, 01.06.2010, 22978/05, pa. 168; İHAM, *Jalloh/Almanya*, 11.7.2006, Başvuru No: 54810/00, pa.100. İHAM, ilk olarak *Saunders/Birleşik Krallık* ve daha sonra da bir dizi kararında “susma ve kendini suçlamaya zorlanamama” hakkına ne kadar çok önem verdiğini bu cümlelerle ortaya koymaktadır (John Jackson, “Re-Conceptualizing the Right of Silence as an Effective Fair Trial Standard”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, Ekim 2009, s.842).

<sup>21</sup> İHAM, *Khan/Birleşik Krallık*, 21.09.2016, Başvuru no: 38030/12, pa.34; P.G.& J.H./*Birleşik Krallık*, 25.9.2001, Başvuru No: 44787/98, pa.76; Osman Doğru/Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, Cilt 1, Avrupa Konseyi, 2012, s.774.

<sup>22</sup> Jackson, (2009), s.842; Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s.263.

<sup>23</sup> Jackson, (2009), s.842.

<sup>24</sup> Jackson, (2009), s.844.

İHAM, şüphelinin/sanın soruşturma sürecinde onur ve haysiyetini incitici bir biçimde muameleye tabi tutularak, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal eden kötü bir muamele ile suçlandırıcı bir delile ulaşılması durumunda (örneğin işkence ile), ispat değeri ne olursa olsun, hiçbir zaman failin suçluluğunu kanıtlamak üzere dayanılmayacağı kanaatindedir. Mahkemeye göre aksi bir düşünce, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında yasaklamak istenen, ahlâken kınanacak türden bir eylemi dolaylı olarak meşrulaştırmaya hizmet edecektir. İHAM, *Jalloh/Almanya* kararında 3. madde ihlalinin göz ardı edilmesini, dikkat çekici bir biçimde "*vahşiliğin üzerine hukuk örtüsü örter*" şeklinde ifade edilmiştir.<sup>25</sup> İHAM, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilebilecek bir eylemle elde edilen maddi delilin, ispat değerine, sanığın kabulüne ve yargılamada kullanılmasına itiraz hakkı tanınmadığına bakılmaksızın adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.<sup>26</sup>

Susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereken diğer bir tartışma konusu ise Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilerek elde edilen bir delilin kullanılmasının susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkı kapsamında adil yargılanma ilkesini ihlal edip etmediğidir.

İHAM'nin, Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkının ihlali suretiyle elde edilen deliller konusunda 3. maddenin ihlalinde olduğu gibi katı bir yaklaşım içinde olmadığını görmekteyiz. Mahkeme, bu konunun, başvurucunun savunma hakkına saygı gösterilmiş olması, söz konusu delilin kalitesi ve önemi ile içinde bulunulan koşullara bakılarak karara bağlanabileceği gözükmektedir.

İHAM, *Bykov/Rusya* davasında polislin yapmış olduğu gizli dinleme önleminin hukuka uygun olmadığı tespitinde bulunarak özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, buna rağmen özel hayatın gizliliğini ihlal suretiyle elde edilen delilin kullanılmasının Sözleşme'nin 6. maddesi ile çelişmediği sonucuna varmıştır.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> "Afford brutality the cloak of law" İHAM, *Jalloh/Almanya*, 11.7.2006, Başvuru No: 54810/00, pa.105. Bu çarpıcı ifade ilk olarak Amerikan Federal Mahkemesince 1952 tarihli *Rochin/Kaliforniya* davasında kullanılmıştır (*Rochin v. California*, 342 US 165 (1952)). Karar için bkz. <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/342/165.html> (erişim tarihi: 26.11.2020)

<sup>26</sup> İHAM, *Gäfgen/Almanya*, 01.06.2010, 22978/05, pa. 167; İHAM, *Jalloh/Almanya*, 11.7.2006, 54810/00, pa.107-108; *Doğru/Nalbant*, C.1, s.775.

<sup>27</sup> İHAM, *Bykov/Rusya*, 10.03.2009, Başvuru No: 4378/02, pa. 91.

*Bykov/Rusya* kararında; kendini suçlamaya zorlanamama hakkının, öncelikle sanığın sessiz kalma iradesine saygı duymakla ilgili olduğu vurgulanmaktadır. Bu imtiyaz ile bir ceza davasındaki kovuşturmada, sanığın iradesine aykırı olarak baskı ya da zorlama yöntemleriyle elde edilen kanıtlara başvurmadan sanık aleyhindeki davanın kanıtlanması amaçlanmaktadır. Mahkeme, bir işlemin kendini suçlamaya zorlanamama hakkının özünü ortadan kaldırıp kaldırmadığını incelerken, zorlamanın niteliğini ve derecesini, işlemle ilgili güvencelerin varlığını ve bu şekilde elde edilen herhangi bir delilin kullanım şeklini incelemektedir.

İHAM söz konusu kararda, yerel mahkemenin somut davada sanığın suçlu bulunmasında, hukuka aykırı dinleme yoluyla elde edilen delillere doğrudan dayanmadığını, dinleme kayıtlarındaki konuşmaları yorumlama çabasına girmediğini ve de sanığın suçlu bulunmasında açık bir ikrarı olarak da nitelendirmediğini belirtmiştir. Söz konusu dinleme kayıtlarının, karmaşık delil değerlendirme sürecinde sınırlı bir role sahip olduğunu değerlendirmiştir. Mahkeme, delillerin kabul edilebilirliği ve güvenilirliği, iddia edilen zorlamanın niteliği ve derecesi ve gizli dinleme yoluyla elde edilen delillerin kullanımının değerlendirilmesine ilişkin güvenceleri inceledikten sonra, yaptığı bütüncül değerlendirmede adil yargılanma ilkesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.<sup>28</sup>

#### A. Şüphelinin/Sanığın Belge Delilini İbraz Etme Zorunda Bırakılması

İHAM, *Funke/Fransa* kararında; susma hakkının, sadece ifade vermeyi reddetme hakkını değil, kendi aleyhine delil olabilecek belge ve ticari kayıtları vermeyi reddetme hakkını da kapsadığını ifade etmiştir. Söz konusu kararda, başvurusunun istenen belgeleri teslim etmesi nedeniyle para cezasına çarptırılmasının sanığın susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkını ihlal ettiği vurgulanmaktadır.<sup>29</sup>

Jean Gustave Funke, Fransa'da yaşayan bir Alman vatandaşıdır. Gümrük yetkilileri, Funke'nin yurtdışındaki varlıklarının ayrıntılarını belirlemek üzere evine gitmiştir. Evde yapılan aramada yabancı ban-

<sup>28</sup> İHAM, *Bykov/Rusya*, 10.03.2009, Başvuru No: 4378/02, pa. 103-105.

<sup>29</sup> İHAM, *Funke/Fransa*, 25.2.1993, Başvuru No: 10828/84, pa.41-44.

kalara ait defterler ve çek koçanları bulunmuştur. Yetkililer bunlara el koymuş, mal varlığına ilişkin geçmiş üç yıla ait başka ülkelerdeki banka hesap hareketleri, hisse portföyü bilgileri vs. bazı belgelerin kendilerine verilmesini talep etmişlerdir. Funke'nin talebi reddetmesi üzerine mahkemece toplam 1200 frank ve belgeleri ibraz etmekte gecikilen her gün için 20 frank para cezası ile cezalandırılması ve istenilen belgelerin gümrük yetkililerine verilmesine karar verilmiştir.

Özellikle mali konularda denetim, belge yoluyla olmaktadır. Üstelik Türkiye'nin taraf olduğu birçok uluslararası belge de örneğin 141 sayılı Suç Kaynaklı Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Zapt edilmesi ve Müsadere Edilmesine İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Strazburg Sözleşmesi), belirli alanlarda belge denetimi yapma yükümlülüğünü getirmektedir.<sup>30</sup> Dolayısıyla bir yandan suçla mücadele için bazı uluslararası yükümlülükler kabul edilirken, bir yandan şüpheliden bir kısım belgelerin istenmesinin susma ve kendini suçlamaya zorlanamama haklarının ihlali kapsamında görülmesi bir çelişki olarak görülebilir.

Kanaatimizce burada tartışılması gereken ilk sorun; susma ve kendini suçlandırıcı delil göstermeye zorlanamama hakkının başlangıç noktasının ne zaman olduğu ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin bir kararında; Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinin a bendinin 2 numaralı alt bendinin aykırılığının ileri sürüldüğü bir davada; Anayasa'nun 38/5. maddesinde düzenlenen susma hakkının suçlama ile başladığı, soruşturma ve kovuşturma aşamaları için geçerli olduğu tespitinde bulunmuştur.<sup>31</sup>

Anayasa Mahkemesi kararında ayrıca; yasalar ile yükümlülerin ve onlarla hukuki ilişkide bulunan üçüncü kişilerin vergi ile ilgili kayıtlarının denetlenmesi amacıyla kimi defter, kayıt ve belgeleri tutmak, saklamak ve istenildiğinde yetkililere ibraz etmek zorunluluğuna uyulmamasının suç olarak kabul edilmesi ile suçla itham edilme konularının birbirinden farklı durumlar olduğuna işaret edilmiştir. Herkesin geliri oranında vergiye katılımının sağlanması ve ödenmesi gereken vergi miktarının tespiti için, Vergi Kanunu'nda öngörülen defterlerin tutulmasının ve bu defterlerin istendiğinde ibraz edilmesinin zorunlu kılınmasının, mükellefin Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci

<sup>30</sup> İtişgen, s. 125.

<sup>31</sup> AYM, 31.7.2007, E.2004/31, K.2007/11.

fıkrasında öngörülen, kendisini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir.<sup>32</sup>

Ancak İHAM kararlarında suç isnadı kavramı geniş yorumlanmaktadır. Ayrıca vergi incelemeleri süreci, ceza verilmesinde en önemli aşamayı oluşturduğundan, bu süreçte de ilgililerin adil yargılanmanın güvencelerinden faydalanması gerekmektedir.<sup>33</sup> Diğer taraftan Anayasa'da 38. maddenin 5. fıkrasının uygulanması için bir suç isnadı yapılmış olması gerektiği yönünde bir daraltıcı hüküm de bulunmaktadır. Bu nedenlerle söz konusu maddenin, Anayasa'nın metnine ve İHAM içtihatlarına da uygun olan soruşturma öncesi süreçleri de kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiği düşüncesindeyiz.<sup>34</sup>

Sorunun çözümü için kanaatimizce burada sorulması gereken diğer soru ya da sorular da şunlar olmalıdır:

- Nemo tenetur ilkesi şüpheli bakımından beyan delilleri ile mi sınırlıdır?
- Yoksa belgeleri de kapsar şekilde yorumlanabilir mi?
- Yoksa somut olay çerçevesinde istenilen belgelerin mahiyetine göre mi hakkın kapsamı belirlenmelidir?

Söz konusu istenen belgelerin günlük yaşam gibi mahrem alana ilişkin olduğu tespit edildiği takdirde öncelikle özel hayatın gizliliği tartışma konusu olacaktır.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Anayasa Mahkemesi karşı oy gerekçesinde ise bu hakkın idari soruşturma aşamasında da geçerli olması gerektiği ifade edilmiştir. "...Esasen 38. maddedeki diğer hak ve güvenceler (lehe kanun uygulaması, masumluk karinesi, kanunsuz elde edilmiş delil, zamanaşımı gibi) ceza hukukundaki soruşturma ve kovuşturma işlemleri ile sınırlı olmayan, idari cezalar, disiplin cezaları ve kabahatler için de geçerli olan evrensel kurallardır. Susma ve kendisini veya yakınlarını suçlayıcı delil göstermeye mecbur edilememe hakkının farklı şekilde değerlendirilmesi mümkün değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, İngiltere aleyhine açılan bir davada, 19.9.2000 tarihli ve 29522/95 sayılı kararı ile ... şirket devrini sürdüren müfettişlere cezai yaptırım tehdidi ile verilen ifadedeki beyanların yargılama sırasında kullanılmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlalini oluşturduğuna hükmetmiştir. Bu karar, susma hakkının idari soruşturma aşamasında da geçerli olduğunu göstermektedir..." (Karşı oy gerekçesi).

<sup>33</sup> Geniş bilgi için bkz. Billur Yaltı, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s.109-110.

<sup>34</sup> Sibel İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018, s.163-164.

<sup>35</sup> İtişgen, s. 126.

Somut olayda, başvuru (Funke) belge vermeyi reddetmesi üzerine para cezası yaptırımına tabi tutulmasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Başvuru, kendisine karşı açılan davada, iş birliği yapmaya zorlamak için ceza davası başlatılması suretiyle kendi aleyhine delil vermeme hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Hükümet ise Fransız gümrük mevzuatı gereği, gelir ve varlıkları ilgilendiren belgeleri belirli bir süre muhafaza ve yetkililer talep ettiğinde ibraz etme yükümlülüğü bulunduğunu, Funke'den belirli bir suçlu itiraf etmesi ya da kendi aleyhine delil vermesinin istenmediğini, sadece yetkililer tarafından aramada bulunan ve kendisi tarafından da varlıkları kabul edilen banka belgeleri ve çek defterlerinin ayrıntılarının talep edildiğini belirtmiştir.

İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, hükümetin savunmaları yönünde düşünmüş, ticari ve mali konularda soruşturma usullerinin kendine özgü yönleri ve devletin yaşamsal ekonomik menfaatlerine dayanarak ihlal olmadığı görüşünde olduğunu belirtmiştir.

İHAM'ye göre ise başka yollarla delil elde etmekte yetersiz ya da isteksiz olan gümrük idaresi, başvuru, işlediği iddia edilen suçların delillerini tedarik etmeye zorlama girişiminde bulunmuştur. "Gümrük Kanunu'nun özellikleri, kişinin susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkının ihlalini haklı göstermez" gerekçesiyle Sözleşme'nin 6/1 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu karar, özellikle mali suçlarla ilgili konularda ceza baskısı ile şüpheli/sanık bakımından bilgi vermeye zorlayıcı hükümleri tartışmalı kılmaktadır.<sup>36</sup>

*Funke/Fransa* kararının öğretide belge delilinin beyan delili gibi değerlendirildiği duruma örnek olarak gösterildiğini görmekteyiz. Bu görüş çerçevesinde; yabancı ülkede bir hesabın bulunup bulunmadığını tespit etmek isteyen ve bu konuda tam olarak emin olmayan otoritelerin ilgiliden banka kayıtlarını istemesi durumunda, kişinin bu belgeleri teslimi, aslında "Yabancı ülkede hesabın var mı?" sorusunu "evet" olarak yanıtlamakla aynı anlama gelecektir. Geniş kapsamda sorulan sorulara cevap niteliğinde belge temini tanıklık gibi nitelendirilmektedir.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2002, s.264-265.

<sup>37</sup> İtişgen; s.126.

İHAM tarafından daha sonraki kararlarında atf yapılması dolayısıyla, Funke kararının şüphelinin belge delillerini ibraz etmeye zorlanmasına gösterilebilecek emsal karar nitelendirildiği anlaşılmaktadır. İHAM'nin *Funke/Fransa* kararı ile "şüphelinin/sanığın iradesine bağlı olan bilgiler" konusunda kendini suçlayıcı davranışlardan kaçınma hürriyeti bulunduğu konusunda net bir yaklaşım ortaya koyduğunu açıklıkla belirtebiliriz.<sup>38</sup>

### B. Şüpheli/Sanığın İradesinden Bağımsız Delillerin Elde Edilmesi

Şüpheli/sanığın katlanma yükümlülüğü konusunda asıl sorun alanının, şüpheli/sanığın iradesinden bağımsız bir şekilde var olan delillerin elde edilmesi durumunda olduğunu görmekteyiz.

İHAM tarafından *Saunders/Birleşik Krallık* kararında; zor kullanma yoluyla elde edilmiş bulunsu bile, şüphelinin iradesinden bağımsız olarak mevcut bulunan, arama emri sonucunda elde edilen evrak, tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan beden dokularının kullanılmasının mümkün olduğu, şüphelinin katlanma yükümlülüğünün bulunduğu vurgulanmıştır.<sup>39</sup> İHAM, söz konusu kararda sanığın kendini suçlamaya zorlanamama hakkının, susma iradesine saygı ile ilgili olduğu, iradesinden bağımsız olarak var olan idrar, kan örnekleri ya da müzekkereye bağlı olarak edinilen belge gibi delillerin kullanılmasının bu kapsamda değerlendirilemeyeceği görüşündedir. Kararda; kendini suçlamaya zorlanamama hakkının bu örnekleri kapsayacak şekilde geniş yorumlanamayacağı belirtilmektedir.<sup>40</sup>

İHAM, *P.G ve J.H/Birleşik Krallık* kararında da karşılaştırma için ses örneği alınmasını kan, saç ya da diğer fiziksel örnekler gibi değerlendirerek, benzer şekilde kendini suçlamaya zorlanamama hakkının ihlali olarak nitelendirmemiştir.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Aynı yönde Ümmügülüm Kılıç, "Sanığın Nemo Tenetur İlkesi Açısından Beden Muayenesine Katlanma Yükümlülüğü", *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S.17, s.268.

<sup>39</sup> İHAM, *Saunders/Birleşik Krallık*, 17.12.1996, Başvuru No: 19187/91, pa.69.

<sup>40</sup> Jackson, (2009), s. 837; Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s.263.

<sup>41</sup> P.G.& J.H/Birleşik Krallık, 25.9.2001, Başvuru No: 44787/98, pa.80.

*Cartledge/Birleşik Krallık* davasında ise polis, doktora kan örneğini vermemesi halinde kendisi hakkında dava açılacağı şeklinde şüpheli üzerinde baskı kurmuştur. Komisyon tarafından, *Saunders/Birleşik Krallık* kararna atıf yapılarak, başvurusunun kan örneğinin zorla alınması ve delil olarak kabul edilmesi adil yargılanma hakkının ihlali olarak nitelendirilmemiştir.<sup>42</sup>

İHAM, bu kararlarda delil niteliğindeki bu materyallerin toplanma biçimini dikkate almamıştır. Polis gücü ile alınan örnekler, Sözleşme'deki özel yaşamın gizliliği gibi başka hakları da ihlal edebilmektedir.<sup>43</sup>

Diğer taraftan, *Funke/Fransa* ile *Saunders/Birleşik Krallık* kararları dikkate alındığında, belgelerin verilmeye zorlanması imtiyaz kapsamında değerlendirilirken, kan testi vermeye zorlanmasının imtiyaz dışı olarak nitelendirilmesi de bir çelişki olarak görülmektedir. Her ikisinde de şüphelinin iradesine aykırı olarak özerkliğinin sınırlandırılması söz konusudur.<sup>44</sup>

Kanada Federal Yüksek Mahkemesi "kendini suçlamaya zorlanamama" ilkesinde zihin ürünü- vücut ürünü ayırımı uygulamaktadır. Kanada uygulamasında söz konusu ilkenin şüphelinin "fiziki delilden"<sup>45</sup> ziyade "ifadelere" ilişkin zorlanması durumunda uygulandığını görmekteyiz.<sup>46</sup> Devletin şüphelinin zihin alanına<sup>47</sup> müdahale etmesi kendini suçlamaya zorlanamama hakkı bakımından daha ağır bir müdahale olarak nitelendirilmektedir. Diğer taraftan fiziki delil, çoğunlukla daha objektif ve güvenilir olması ve soruşturmaya önemli bir katkı sağlaması nedeniyle farklılık göstermektedir.<sup>48</sup> Kanada Federal Yüksek Mahkemesi zorlama ile alınan ifadelerin yanlış olabileceğini, ancak DNA örneğinin önemli ve güvenilir bir delil olduğunu belirtmektedir. Diğer taraftan böyle bir delilin alınması durumunda şüpheli ile devletin karşı karşıya gelmeleri nedeniyle zor kullanmanın ihtimal dâhilinde olduğunu ifade etmektedir. Ancak usuli güvenceler sayesin-

<sup>42</sup> İHAM, *Cartledge/Birleşik Krallık*, 9.4.1997, Başvuru No.30551/96.

<sup>43</sup> İnceoğlu, (2002), S.268.

<sup>44</sup> Jackson, (2009), s.844.

<sup>45</sup> Real evidence

<sup>46</sup> Jackson, (2009), s.844-845.

<sup>47</sup> Sanctum of mind

<sup>48</sup> Jackson, (2009), s.845.

de devletin zorlamanın kötüye kullanılmasını engellenebileceği, şüphelinin “kendini suçlamaya zorlanamama hakkı” ile “maddi gerçeğin tespiti” arasında denge kurulabileceği görülmüştür.<sup>49</sup>

“Şüpheliye sağlanan usuli güvenceler”, İHAM tarafından da yukarıda da belirttiğimiz gibi incelemede önemli kriterlerden birisini teşkil etmektedir. İHAM, özellikle soruşturma evresinde şüphelinin daha zayıf bir konumda olduğunu, bu zayıflığın, soruşturmanın başından itibaren avukata erişebilme hakkı tanınması ile giderilebileceğini belirtmektedir.<sup>50</sup> *Salduz/Türkiye* kararında, avukata erişim hakkının şüphelinin kendinin suçlamaya zorlanamama hakkının teminine ilişkin usuli güvenceler kapsamında sağlanması gerektiği ifade edilmiştir.<sup>51</sup> İHAM, şüphelinin yanında müdafisi olmaksızın polise verdiği ifadede suçlamayı kabul ettiğine dair yaptığı açıklamalar konusunda; başvuranın polis nezareti süresince avukat desteği olmayışının yargılamada savunma hakkını kaçınılmaz bir şekilde etkilediği sonucuna varmıştır.<sup>52</sup>

İHAM, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 6. maddenin normalde sanığın polis sorgulamasının ilk safhasında avukat desteğinden yararlanmasına izin verilmesini şart koştuğunu, ancak İHAS'de açıkça ifade edilmeyen bu hakkın geçerli nedenlerle kısıtlanabileceğini, sonuç olarak her davada, kısıtlamanın dava sürecinin tamamı kapsamında sanığı adil yargılamadan mahrum edip etmediği çerçevesinde değerlendirme yapacağını vurgulamıştır.<sup>53</sup>

<sup>49</sup> R. v. S. (R.J.), 1995, Davası No: 23581, bkz. <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1226/index.do> (erişim tarihi: 03.12.2020); Jackson, (2009), s.845.

<sup>50</sup> Jackson, (2016), s. 1001.

<sup>51</sup> Jackson, (2016), s. 988.

<sup>52</sup> İHAM, *Salduz/Türkiye*, 26.04.2007, Başvuru no: 36391/02, pa.54-55; Söz konusu kararda İHAM tarafından, 6. maddenin normalde sanığın polis sorgulamasının ilk safhasında avukat desteğinden yararlanmasına izin verilmesini şart koştuğunu, İHAS'de açıkça ifade edilmeyen bu hakkın geçerli nedenlerle kısıtlanabileceğini belirtmektedir. Her davada sorun, kısıtlamanın dava sürecinin tamamı ışığında sanığı adil yargılamadan mahrum edip etmediği çerçevesinde çözülmektedir. *Salduz/Türkiye* kararında; gözetimdeki polis ifadesinin hükme esas alınması nedeniyle başvuranın polis nezareti süresince avukat desteği olmayışının yargılamada savunma hakkını kaçınılmaz bir şekilde etkilediği sonucuna varılmıştır (pa.56-62).

<sup>53</sup> İHAM, *Salduz/Türkiye*, 26.04.2007, Başvuru no: 36391/02, pa.54; Dimitrios Giannouloupolos, “Custodial Legal Assistance and Notification of the Right to Silence In France: Legal Cosmopolitanism and Local Resistance”, *Criminal Law Forum* 24, Eylül 2013, s.310.

İHAM, *Heaney&McGuinness/İrlanda* kararında ise; 1939 tarihli bir Kanun'a dayanan "Devlet aleyhine işlenen suçlarda bilgi vermemeyi" müeyyide altına alan düzenlemeye ilişkin kolluk işlemiyle ilgili değerlendirme yapıldığını görüyoruz. Başvurucular yasadışı örgüte üye olmak suçundan beraat ederken, polise sorgu sırasında bilgi vermeleri nedeniyle altı ay hapis cezasına mahkûm olmuşlardır. İHAM, isnat edilen suçlamaya ilişkin bilgi vermeye zorlanmalarının, susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkının özüne zarar verdiğini tespit etmiştir. İHAM, güvenlik ve kamu düzeninin söz konusu hakların özünü ortadan kaldıran bir hükmü haklı kılamayacağını belirtmiştir.<sup>54</sup> İHAM, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesindeki "adillik" ilkesinin, bu hakkın ayırım yapılmaksızın en basitinden en karmaşığın kadar tüm ceza muhakemesi süreçlerinde uygulanması gerektiği anlamına geldiği görüşündedir.<sup>55</sup>

Bu kararlardan şu sonuçlara varmamız mümkündür:

- Güvenlik ve kamu düzeni ile de olsa susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkının özüne zarar verilemez (*Heaney&McGuinness/İrlanda Kararı*).<sup>56</sup>
- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde "susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkı" geniş bir içeriğe sahiptir. Sadece ifade vermeyi reddetme hakkını değil, belge ve ticari kayıtları vermeyi reddetme hakkını da kapsar (*Funke/Fransa Kararı*).
- "Susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkının", hem soruşturma (*Funke/Fransa*) hem de kovuşturma evresinde (*Saunders/Birleşik Krallık*) uygulanması gerektiği sonucuna ulaşıyoruz.<sup>57</sup>

İHAM, *Jalloh/Almanya* kararında da; *Saunders/Birleşik Krallık* kararına atıf yapılarak, kan, saç örneği ya da vücut dokusu alınması işlemleri bedene yönelik pasif katlanma yükümlülüğü kapsamında hafif müdahaleler olarak nitelendirilmiştir.<sup>58</sup> Ancak somut olayda şüpheli-

<sup>54</sup> İHAM, *Heaney&McGuinness/İrlanda*, 21.03.2001, Başvuru No: 34720/97; Jackson, (2009), s. 837-838.

<sup>55</sup> Jackson, (2009), s. 837.

<sup>56</sup> İHAM, *Heaney&McGuinness/İrlanda*, 21.03.2001, Başvuru No: 34720/97.

<sup>57</sup> Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Avrupa Konseyi, 2013, s.246.

<sup>58</sup> İHAM, *Jalloh/Almanya*, 11.7.2006, Başvuru No: 54810/00, pa.114.

nin dört kolluk görevlisi tarafından tutularak, sağlık tehlikesi doğuran endoskopik bir işlemle (midesine sonda ile kusturucu madde verilmiştir) kusmasının sağlanmasının, hekim kontrolünde olsa bile, katlanma yükümlülüğünün kapsamını aşar nitelikte olduğuna karar verilmiştir.

İHAM, söz konusu kararda kendini suçlamaya zorlanamama hakkı kapsamında yaptığı değerlendirmede sırasıyla; yapılan müdahalenin mahiyet ve derecesi, yapılan soruşturmada kamu yararının ağırlığı, isnat edilen fiilin cezası, daha az riskli başka bir müdahale ile aynı sonuca ulaşıp ulaşılamayacağı yönlerinden inceleme yapmıştır.<sup>59</sup> Mahkeme, önceki kararlarından farklı olarak soruşturmada “kamu yararı” unsurunu da incelenecek faktörler arasına dahil etmiştir.<sup>60</sup>

İHAM, katlanma yükümlülüğü yönünden değerlendirme yaparken öncelikle delillerin toplanması için uygulanan müdahalenin mahiyet ve derecesini dikkate almıştır. Mahkeme, başvuruyu uyuşturucuyu kusmaya zorlamanın fiziksel ve zihinsel bütünlüğüne önemli ölçüde müdahale olduğu sonucuna varmıştır. İHAM, başvuranın dört polis memuru tarafından hareketsiz hale getirilerek, burnundan midesine bir boru ile kimyasal nitelikteki kusturucu madde verilmesi suretiyle vücudunun patolojik reaksiyon göstermesinin sağlanması şeklinde gerçekleşen tıbbi müdahalenin onur kırıcı ve insanlık dışı muamele niteliğinde olduğunu belirtmiştir. İHAM, delillerin İHAS'nin 3.maddesinin ihlal edilmesi suretiyle elde edildiğini, bu delillerin kullanılması suretiyle de kişinin kendisini suçlamama hürriyeti çerçevesinde adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.<sup>61</sup>

İHAM, şüphelinin önemli bir uyuşturucu satıcısı değil, sokak satıcısı olduğunu, fiilin en fazla altı ay hapis cezasını gerektirdiğini ve ertelenebildiğini vurgulamak suretiyle yapılacak müdahale ile kamusal yarar arasında ölçülülük bulunmadığı görüşündedir.<sup>62</sup> Ayrıca İHAM, kusturucu ilaç kullanılmasının riskli olup, daha önce iki kişinin ölümüne neden olduğunu, yutulan uyuşturucunun doğal yollardan vücudu terk etmesinin beklenmesi suretiyle daha güvenli bir müdahale ile aynı sonuca ulaşılmamasının mümkün olduğunu, söz konusu

<sup>59</sup> İHAM, Jalloh/Almanya, 11.7.2006, Başvuru No: 54810/00, pa.117.

<sup>60</sup> Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s.265.

<sup>61</sup> İHAM, Jalloh/Almanya, 11.7.2006, Başvuru No: 54810/00, pa.118.

<sup>62</sup> İHAM, Jalloh/Almanya, 11.7.2006, Başvuru No: 54810/00, pa.119.

müdahalenin Jalloh da (başvurucuda) korku doğurduğunu ve aşağılanmasına neden olduğunu belirtmiştir.

İHAM, iç hukuk kapsamında Alman Ceza Usul Kanunu'nun 81/a maddesine de atıf yaparak; şüphelinin vücuduna yönelik müdahalelerin, muhakeme için önemli olguların tespiti için, doktor tarafından hekimlik sanatının kurallarına uygun olarak, hastane ortamında ve "sadece sağlığı için bir tehlike oluşturmayacağı hallerde" uygulanabileceğine vurgu yapmaktadır.<sup>63</sup> İHAM tarafından, Alman Ceza Usul Kanunu'nun bu düzenleme kapsamında önlemin keyfi ve yanlış uygulanmasına yönelik yeterli güvenceyi içerdiği belirtilmekle birlikte, başvuruçunun İngilizcesinin zayıf olması nedeniyle yapılan işlemle ilgili yeterli bilgiye sahip olmadığı da belirtilmektedir.

*Jalloh/Almanya* kararı, şüpheli veya sanığın kendini suçlamaya zorlanamama hakkının tespiti için çok sayıda faktör bakımından inceleme yapılması nedeniyle yeni bir yaklaşım olarak nitelendirilmektedir. Mahkeme yukarıda da belirttiğimiz üzere müdahalenin mahiyet ve derecesi, yapılan soruşturmada kamu yararının ağırlığı, isnat edilen fiilin cezası, usule karşı yeterli güvencelerin öngörülmüş olması ve elde edilen delillerin kullanılması bakımından yaptığı inceleme sonucu ihlal olup olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, bu faktörlerin tamamını dikkate alarak kendini suçlamaya zorlanamama hakkının özünü ihlal edip etmediği konusunda bir karara varmıştır.<sup>64</sup> Eğer zorlama hakkın özüne zarar veriyorsa uygunsuzdur (hukuka aykırıdır).<sup>65</sup>

Alman hukuku uygulamasında; şüpheli/sanığın yapılacak işlemle ilgili bilgilendirilmesi suretiyle gönüllü olarak işlemlerin yapılmasının esas olduğu görülmektedir. Yapılacak müdahalenin nedenleri ve

<sup>63</sup> İHAM, Jalloh/Almanya, 11.7.2006, Başvuru No: 54810/00, pa.120. Alman Ceza Usul Kanunu'nun "Beden Muayenesi; Kan Örneği" başlıklı 81/a maddesinin 1. fıkrası; "Muhakeme için önemli olguların tespiti için, şüphelinin vücudunun muayene edilmesi kararı verilebilir. Şüphelinin rızası olmasa dahi, sağlığı için tehlike oluşturmayacağı hallerde, inceleme yapmak amacı ile kan örneği alınması ve bir doktor tarafından hekimlik sanatının kurallarına uygun olarak vücudunda yapılan diğer müdahalelerin gerçekleştirilmesi mümkündür" düzenlemesini içermektedir. Kanun metninin Türkçe tercümesi için bkz. Feridun Yenisey/Salih Oktar, Alman Ceza Usul Kanunu- Strafprozessordnung (StPO), 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.

<sup>64</sup> Jackson, (2009), s. 840.

<sup>65</sup> Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s.264.

sonuçlarının ölçülülük ilkesi<sup>66</sup> çerçevesinde tartışılması gerektiği belirtilmektedir.<sup>67</sup> Beyin-omurilik sıvısı alınması gibi tehlikeli müdahaleler, ölçülülük ilkesi çerçevesinde, ancak çok ciddi suçlarda ve kuvvetli suç şüphesi durumunda ve ancak uzman bir hekim tarafından yapılabilmektedir.<sup>68</sup>

İHAM, yapılan muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına girecek bir ağırlığa sahip olup olmadığını değerlendirirken, yapılan muamelenin süresi, başvuru üzerindeki fiziksel ve zihinsel etkileri, kasten yapılıp yapılmadığı, tasarlanmış, planlı bir eylem olup olmadığını göz önüne almaktadır. Somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendirilmesi neticesinde, yapılan muamelenin insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine karar vermektedir.<sup>69</sup>

### III. Anayasa ve Ceza Muhakemesi Hukukumuzda Nemo Tenetur İlkesi

Ulusal mevzuatımız çerçevesinde konuyu inceleyecek olursak; susma hakkı ve nemo tenetur ilkesi, Anayasa'nın m.38/5'te yer alan kişinin "*kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya veya delil göstermeye zorlanamaması*" ilkesinden çıkarılan bir sonuçtur. Anayasa hükmü sadece kendisini değil, yakınlarını da kapsayan geniş bir içeriğe sahiptir. Anayasa'nın açık hükmü gereği suçlayıcı nitelikteki her şey "*nemo tenetur*" ilkesi kapsamında değerlendirilecektir.

Bu nedenle "*nemo tenetur*" ilkesini beyan delili ile sınırlandırılmasına yorum yoluyla ulaşmak mümkün değildir.<sup>70</sup> Öğretide Anayasa hükmünden hareketle; sanığın, saç teli ve tükürük gibi rahat elde edilebilecek örnekleri bile vermeye zorlanamaması gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>71</sup>

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda "*şüpheli ve sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasına*" ilişkin düzenleme (m.75)

<sup>66</sup> Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

<sup>67</sup> Knauer/Kudlich/Schneider, StPO § 81a, Rn.19-21; 22-23.

<sup>68</sup> BVerfGE, 16; HANNICH, StPO § 81a, Rn.6a; GRAF, StPO § 81a, Rn.14-14.3

<sup>69</sup> İHAM, Gäfgen/Almanya, 01.06.2010, Başvuru No: 22978/05, pa. 101-108.

<sup>70</sup> Aynı yönde Inceoğlu, (2018), s.162.

<sup>71</sup> İtişgen, s.49.

incelendiğinde; Alman Ceza Usul Kanunu'nda olduğu gibi, hâkim ya da mahkeme kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararı ile yapılabildiği görülmektedir.

Aynı madde (m.75) uyarınca; yapılacak işlemin tabip veya sağlık mensubu bir kişi tarafından yerine getirilmesinin gerekmesi, üst sınırı iki yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda iç beden muayenesi ile vücuttan örnek ya da doku alınmamasının mümkün olmaması ve de en önemlisi yapılacak müdahalenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması koşulunun aranması, ölçülülük ilkesi ile uyumlu nitelikte bir düzenleme olduğunun göstergeleridir. Ayrıca şüpheli veya sanık bakımından rıza olsa bile hâkim kararına gereksinim vardır. Dolayısıyla kolluğun, şüpheli veya sanığın rızasını alarak beden muayenesi yapılmasının önüne geçilmiştir.<sup>72</sup>

Ancak Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenlemede, Alman Ceza Usul Kanunu'ndan farklı olarak, şüpheli veya sanığın rızasının olmaması durumuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Alman Ceza Usul Kanunu'nda (StPO m.81a) şüphelinin rızası olmasa dahi, sağlığı için bir tehlike oluşturmayacağı hallerde, inceleme yapmak amacıyla kan örneği alınması ve bir doktor tarafından hekimlik sanatının kurallarına uygun olarak vücuduna yapılan diğer müdahalelerin gerçekleştirilmesi mümkündür. Dolayısıyla Alman Ceza Usul Kanunu'nda "zorla muayene etme" yöntemi benimsenmiştir. Ancak bunun kişiye eza verir şekilde ve insan haysiyetini zedeler şekilde yapılması hukuka aykırıdır.<sup>73</sup>

Yukarıda da belirtildiği üzere, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in "İlgilinin Rızası" başlıklı 18. maddesi; "*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 mu-*

<sup>72</sup> Ünver/Hakeri, (2019, C.1), s.613.

<sup>73</sup> Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.636. Fransız Ceza Kanunu'nda ise muayene olmayana, ayrıca hâkim kararına uymama nedeniyle para cezası uygulanmakta, fakat zorla muayene yapılmamaktadır (Yenisey/Nuhoğlu, s.636).

*ayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır” düzenlemesini içermektedir.*

Bu düzenlemeden üstü kapalı şekilde “zorla muayene ve örnek alma işlemi” yapılabileceği yorumuna ulaşılmaktadır.<sup>74</sup> Ancak öğretilerde de sıklıkla vurgulandığı üzere; öncelikle bu düzenlemedeki “alınabilecek önlemlerin” neler olabileceği belirsizdir. Ayrıca temel hak ve hürriyetlere yapılacak müdahalenin idari düzenleme niteliğinde olan yönetmelikle yapılmış olması da ayrı bir sorundur.

Öğretilerde şüpheli ve sanığın beden muayenesine, bir başka deyişle bedeninin keşif konusu yapılması işlemine katlanmak zorunda olduğu belirtilmektedir. Şüpheli ve sanığın yapılacak işleme rızasının bulunmaması halinde Yönetmelik hükmü uyarınca işlem zorla gerçekleştirilebilecektir. Zorlamanın ölçüsünün de orantılılık ilkesi çerçevesinde belirlenebileceği ifade edilmektedir.<sup>75</sup>

Somut örnekler üzerinden tartışıldığı takdirde, kan örneği vermek istemeyen şüphelinin zorla yere yatırılması, üstüne çıkılması ya da Jalloh/Almanya davası örneğinde olduğu gibi dört kolluk görevlisi tarafından kollarından tutularak örnek alınması katlanma yükümlülüğünün kapsamında görülebilecek midir? Yönetmelikteki düzenlemeden hareketle bir sonuca varabilmek kanaatimizce mümkün değildir.

Diğer taraftan kişiye zorla tıbbi bir işlem yapılması, muayene edilmesi ya da vücudundan örnek alınmasının tıbbi deontoloji ve tıp etiği ilkeleriyle ne derece uyumlu olduğu da ayrı bir tartışma konusudur.<sup>76</sup> Beden muayenesi tıbbi bir müdahale niteliğindedir ve hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır.<sup>77</sup> Bu kapsamda tıbbi müdahale için gerekli koşullardan birisi de “ilgilinin rızası”dır.<sup>78</sup> Diğer taraftan zorla muayenenin hekimlik mesleğinin ge-

<sup>74</sup> İtişgen, S.49.

<sup>75</sup> Şahin/Göktürk, (2020), s.62-63.

<sup>76</sup> Hakan Kızılarşlan, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 217-218; Yenisey/Nuhoğlu, s. 636.

<sup>77</sup> Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m.6/2.

<sup>78</sup> Ünver/Hakeri, (2019, C.1), s.614. Ünver/Hakeri, sonuç olarak ilgilinin rızası olmaksızın yapılan tıbbi müdahalenin Anayasa'nın öngördüğü istisna çerçevesinde TCK'da düzenlenmesi nedeniyle hukuka aykırı olmadığı görüşündedir. Ayrıca ilgilinin rızası olmaksızın yapılan muayenenin Hasta Hakları Yönetmeliğinin “Rıza

rekleriyle bağdaşmadığı, kişinin sağlığını tehlikeye sokan, hatta yapılan işleme göre komplikasyona neden olabileceği öğretide haklı olarak savunulmaktadır.<sup>79</sup>

Sorunun çözümüne yönelik öğretide teklif niteliğinde bazı görüşlere yer verildiğini görmekteyiz. Bu konudaki bir görüşe göre, sanığın kendi bedenine ilişkin muamelelere rızası yoksa bir müdafiyeye müracaat imkânı tanınmalı, muameleyi durdurucu etkisi olan itiraz hakkı mümkün olmalı ve bir bilirkişinin mütalaası alınmalıdır. Fakat vahim olmayan tedbirlerin alınmasına sanık engel olamamalıdır.<sup>80</sup>

Diğer bir görüşe göre ise hâkim kararına rağmen kişi muayene yapılmasını kabul etmiyorsa, o işlemin mutlaka yapılmasının gerekip gerekmediğini somut olaydaki koşullara göre gösteren ikinci bir hâkim kararı alınmalıdır. Yapılacak muayene ile kişiye ağır bir zarar verilmesinin bu sayede önlenilebileceği ifade edilmektedir.<sup>81</sup>

Kanaatimizce “gözlem altına alma” sürecinde olduğu gibi bir düzenlemeye yer verilmesi düşünülebilir. Şüpheli veya sanığın ceza muhakemesi işlemine itiraz etmesi durumunda, aynı gözlem altına alma işleminde olduğu gibi, itirazın kararın yerine getirilmesini durdurması daha teminatlı bir yöntem olabilir. Yapılacak işlem öncesi itiraza konu kararın başka bir hâkim veya mahkeme heyetince incelenebilmesi ve itirazın sonucuna göre işlem yapılmasının tereddütleri ortadan kaldırmabileceği kanaatindeyiz.

---

Olmaksızın Tıbbi Ameliyeye Tabi Tutulmama” başlıklı 22. maddesi ile de çelişmediği belirtilmektedir (Ünver/Hakeri, (2019, C.1), s.614). Adı geçen Yönetmelik’in 22. maddesinde; “Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamayacağı belirtmekte(f.1), ancak suç işlediği şüphesi altında olan kişinin, muhtemel delillerin kendisinin ya da mağdurun vücudunda olduğu düşünülen hallerde, bu delillerin ortaya çıkarılması için hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararı ile sanığın ve mağdurun tıbbi ameliyeye (müdahaleye) tabi tutulabileceği (f.2-3)” ifade edilmektedir.

<sup>79</sup> Kızılarşlan, s. 217-218; Yenisey/Nuhoğlu ise rıza dışı muayene sonucu elde edilecek delillerin güvenilirliği yönünden tespitite bulunmuştur. Özellikle genital muayenelerde rızanın aranması gerektiğini, aksi takdirde bu muayenede %95 hatalı sonuçlara ulaşılacağını belirtmektedir (Yenisey/Nuhoğlu, s. 636).

<sup>80</sup> Faruk Erem, “Susma Hakkı”, *Bursa Barosu Dergisi*, 1980, s. 11 (naklen İtişgen, s.49).

<sup>81</sup> Yenisey/Nuhoğlu, S.636.

Fransa örneğinde olduğu gibi (Fransız Ceza Usul Kanunu m.55/son), muayeneye rızası olmayan şüpheli ya da sanığa hâkim kararına karşı geldiği için ceza yaptırımını uygulanması da düşünilir. Ancak bu durumda, söz konusu norm şüpheli/sanık bakımından itaat normuna dönüşecek, kolluğun delil toplama işini kolaylaştırmak için bir zorlama aracı olacaktır. Kural tam anlamıyla kişinin kendi aleyhine delil toplanmasında iş birliği yapmamasını cezalandırma niteliğinde olacaktır. Bu yönüyle böyle bir düzenlemenin “susma ve kendini suçlamaya zorlanamama” hakkının özüne zarar verebilecek nitelikte olduğunu düşünmekteyiz.<sup>82</sup>

### SONUÇ

İHAM kararları incelendiğinde, katlanma yükümlülüğü kapsamında delil elde etmek amacıyla zor kullanılabileceğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Ancak şüpheli/sanığın susma hakkı ve kendisini suçlayıcı davranışlardan kaçınma hürriyetinin, devletin güç kullanması yoluyla ortadan kaldırılmasına karşı korunması gerektiği İHAM içtihatlarında vurgulanmaktadır. Ceza yargılamasında bireysel savunma makamını temsil eden stije olan şüpheli/sanığın maddi bir obje gibi değerlendirilip rızası hilafına delil aracı olarak işlemlere tabi tutulması nemo tenetur ilkesinin içeriğinin sadece susma hakkı kapsamına indirgenmesine neden olacaktır.

Katlanma yükümlülüğünün sınırlarının hukuk devleti ilkesi, ölçülülük ilkesi ve insan onurunun dokunulmazlığı ilkeleri çerçevesinde somut olay kapsamında belirlenmesi gerekmektedir.

<sup>82</sup> Ünver/Hakeri tarafından 2918 sayılı Kanun’un 48/9. maddesinde düzenlenen “Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılıp kullanılmadığı ya da alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeyen sürücülere 2000 Türk Lirası idari para cezası verilir ve sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınır” düzenlemesi yönünden benzer görüşlere yer verilmiştir (Ünver/Hakeri, (2019, C.1), s.607).

2918 sayılı Kanun’un bu maddesinin yaptırım hükmü nemo tenetur ilkesine aykırılık gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine götürülmüş ise de Anayasaya aykırı bulunmamıştır. Karşı oy gerekçesinde ise söz konusu yaptırımın kişinin kendi aleyhine delil sunmaya zorlanmama hakkına aykırılık teşkil ettiği, Anayasanın 38/5. maddesine aykırı olduğu görüşüne yer verilmiştir (AYM, 24.11.2014, E.2014/178, K.2014/178 (RG: 04.03.2015)).

Yürütülen soruşturmanın önemi, kamusal yararın ve öngörülen cezanın ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi, alternatif ve daha hafif bir müdahale imkânı var ise mutlaka dikkate alınması önem arz etmektedir. Tabi ki, en önemli husus kişinin sağlığı yönünden herhangi bir risk oluşturmaması gerektiğinden emin olunmasıdır. Yapılacak müdahalenin şüpheli/sanıkta fiziksel ya da zihinsel olarak büyük bir ıstıraba neden olmaması gerekmektedir. Somut olay kapsamında asgari eşğin aşılması durumunda, yapılan işlemin insanlık dışı ve onu kırıci bir muamele olarak değerlendirilebileceğinin göz önüne alınması gerekmektedir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları çerçevesinde nemo tenetur ilkesi ve dolayısıyla adil yargılanma hakkı bakımından yapılan incelemede dikkate değer diğer husus ise şüpheli ve sanığa yeterli usuli güvencelerin sağlanmış olması gerektiğidir. Özellikle soruşturma evresinde zayıf bir konumda olan şüpheliye avukata erişim hakkı gibi temel hakların bu zayıflığın telafisi kapsamında mutlaka sağlanması önem arz etmektedir.

Sonuç olarak; susma ve kendini suçlamaya zorlanamama hakkı çerçevesinde katlanma yükümlülüğün, ancak kamu yararının ağırlığı gözetilmek suretiyle, ölçülülük ve insan onurunun dokunulmazlığı ilkeleri çerçevesinde yorumlanması halinde modern bir ceza ve ceza muhakemesi hukuku ile bağdaşır sonuçlara ulaşılabileceği düşünce-sindeyiz.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.
- Doğru Osman/Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Cilt 1, Avrupa Konseyi, 2012.
- Duterte Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, 2007.
- Graf Jürgen, Beck'sche Online Kommentare StPO mit RiStBV und MiStra, 37. Baskı, C.H. BECK Verlag, München, 2020.
- Hannich Rolf, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Baskı, C.H. BECK Verlag, München, 2019.

- Harris David/O'Boyle Michael/Bates Ed/Buckley Carla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyi, 2013.
- İnceoğlu Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2002.
- İnceoğlu Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013.
- İnceoğlu, Sibel, Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-4, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018.
- İtişgen Rezzan, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Kızırlan Hakan, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.
- Knauer Christoph/Kudlich Hans/Schneider Hartmut, Münchener Kommentar zur StPO, 1. Baskı, C.H. BECK Verlag, München, 2014.
- Şahin Cumhuriyet/Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Şahin Cumhuriyet/Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku-II, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Ünver Yener /Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C.1, 15. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019,
- Ünver Yener /Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Yaltı Billur, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Yenisey Feridun/Oktar Salih, Alman Ceza Usul Kanunu- Strafprozessordnung (StPO), 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.

### Makaleler

- Giannouloupolous Dimitrios, "Custodial Legal Assistance and Notification of the Right to Silence In France: Legal Cosmopolitanism and Local Resistance", *Criminal Law Forum* 24, Eylül 2013, s.291-329.
- İnci, Z. Özen, "Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler", *Hacettepe HFD*, S.7/2, 2017, s. 120-168.
- Jackson John, "Re-Conceptualizing the Right of Silence as an Effective Fair Trial Standard", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 58, Ekim 2009, s.835-861.
- Jackson John, "Responses to Salduz: Procedural Tradition, Change and the Need for Effective Defence", *The Modern Law Review*, 2016, s.987-1018.
- Kılıç Ümmügölsüm, "Sanığın Nemo Tenetur İlkesi Açısından Beden Muayenesine Katlanma Yükümlülüğü", *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.9, S.17, s. 247-278.

### **Mahkeme Kararları**

- İHAM, Bykov/Rusya, 10.03.2009, Başvuru No: 4378/02.  
İHAM, Cartledge/Birleşik Krallık, 9.4.1997, Başvuru No.30551/96 (Komisyon Kararı).  
İHAM, Funke/Fransa, 25.2.1993, Başvuru No: 10828/84.  
İHAM, Gäfgen/Almanya, 01.06.2010, Başvuru No: 22978/05.  
İHAM, Heaney&McGuinness/İrlanda, 21.03.2001, Başvuru No: 34720/97.  
İHAM, Jalloh/Almanya, 11.7.2006, Başvuru No: 54810/00.  
İHAM, Khan/Birleşik Krallık, 21.09.2016, Başvuru No: 38030/12.  
İHAM, P.G.& J.H/Birleşik Krallık, 25.9.2001, Başvuru No: 44787/98.  
İHAM, Salduz/Türkiye, 26.04.2007, Başvuru No: 36391/02.  
İHAM, Saunders/Birleşik Krallık, 17.12.1996, Başvuru No:19187/91.  
AYM, 31.7.2007, E.2004/31, K.2007/11.  
AYM, 24.11.2014, E.2014/178, K.2014/178.