

## AJAN VASITASIYLA İŞLETİLEN SUÇLARIN CEZALANDIRILMASI VE İLGİLİ YARGITAY KARARLARI ÜZERİNDE DÜŞÜNCELER

Prof. Dr. Turhan Tûfan YÜCE (\*)

### I. Ajan - Kışkırtıcı Ajan

Ajan ile kışkırtıcı ajanı birbirinden ayırmak gerektir. Ajan, suç işleme kararı ve hazır kimseyi yakalamak veya yakalatmak için suça iten kimsedir. Kışkırtıcı ajan (agent provocateur) ise suçu işletip yakalatmak üzere bir kimsede suç kararı uyandıran kışkırtıcıdır. Kışkırtma bir kimsede suç işleme kararı uyandıracak etkinlikte bir telkin ise azmettirme sayılır ve kışkırtıcı ajan azmettirici olarak cezalandırılır (TCK. 64/2). Polis suçluları yakalamak amacıyla ajan kullanabilir. Ancak polisin kışkırtıcı ajan kullanması veya kışkırtıcı ajan olması asla doğru değildir. İsveçli Prof. HAFTER diyor ki : "Gerçekte kışkırtıcı ajan bir kimseyi bileerek ve isteyerek suça sürüklüyor. Bir suçu meydana çıkarmak ve böylece belki devam edecek zararları önlemek bakımından esasında haklı sebep vasıtayı meşru kılmaz. Kışkırtıcı ajan için mâzeret ve beraat sebepleri yoktur. Polis, görevini yapmak için suç işlenmesine sebep olmak yoluyla hukuka aykırı vasitalardan yararlanamaz" (1).

Suç işlemeye hazır kimseyi yakalamak üzere hareket eden ve esasen suçu kalkışma (teşebbüs) aşamasında durdurmayı planlayan (ve durduran) ajan cezalandırılmaz. Bu konuda doktrinde ve içtihatlarda fikir birliği olduğu söylenebilir.

Burada asıl konumuz, ajanın etkisiyle suç işleyen failin durumudur.

### II. Ajan etkisiyle işlenen suçların cezalandırılması

Ajan etkisiyle işlenen suçların cezalandırılması, elverişsiz kalkışma (işlenemez suç) teorisini de ilgilendiren geniş kapsamlı ve tartışmalı bir konudur. Ajan kullanan polis failin eylemini bir aşamada durduracağına

(\*) Dokuz Eylül Hukuk Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

(1) Ernst HAFTER, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil 2. Bası Bern 1946 s. 230

göre sonucun gerçekleşme imkânı ve ihtimali tartışılabilir. Böyle bir eylem tamamlandıktan sonra, önceden önlem alınmış olduğundan hemen yakalanan fail nasıl cezalandırılmalıdır? Failin eylemi kalkışma mıdır, yoksa tamamlanmış suç mudur?

Bu konuda birbirine uyan veya uymayan bir çok yerli ve yabancı içtihat bulmak mümkündür. Yazımızın dar çerçevesi bu kararları toplayıp aktarmaya elvermez. Türk Yargıtayının konuya ilişkin yeni bir kaç kararı üzerinde sorunu, teorik açıklamalara çok yer vermeden, aydınlatmaya çalışalım.

1. Belediye zabıta memurları A ve B, ruhsatsız bir inşaata göz yummak için inşaat sahibinden rüşvet istiyorlar. İnşaatçı olayı polise bildiriyor ve zabıta memurları numaraları önceden tesbit edilmiş parayı inşaatçıdan alırken (veya alır almaz) polisce suçüstü yakalanıyorlar. Bu, Yargıtay 5. CD. sinin E. 1983/3682 K. 1983/4231 sayılı ve 8.12.1983 tarihli kararına göre rüşvet sözleşmesi ile oluşan tamamlanmış bir rüşvet suçudur (İzmir 3. Ağır Ceza Mahkemesinin E. 1983/72 sayılı dosyası).

2. Kendisinden tehditle para istenen A, polise başvurmuştur. Polis önlem almıştır. A parayı belirtilen yere koyduktan sonra fail bu parayı alır almaz yakalanmıştır. Suç, kalkışma değil, TCK.nun 498. Maddesinde yazılı tamamlanmış suçtur (2).

3. Ankara SSK. doktoru olan sanığın, hiç bir ahstalığı olmadığını bildiği sigortalı işçiye, para almadan rapor vermiyeceğini söylemesi üzerine işçi Kurum müfettişine başvuruyor. Kurum müfettişleri ve polis, rüşvet aldığı anlaşılan doktoru suçüstü yakalamak amacıyla başka bir kimseyi yine rapor almak üzere doktora gönderiyor. Rüşvet olarak verilecek paranın numarası önceden tesbit edilmiştir. Sanık doktor rüşvet olarak aldığı 1000 lira ile yakalanıyor.

Yargıtay CGK.na göre parayı veren ile doktor arasında karşılıklı anlaşmaya dayalı "rüşvet sözleşmesi" yoktur. Ajan N, kendi serbest iradesiyle değil, görevlilerin talimatı ile hareket etmiştir. Ajan N, Ceza Genel Kurulu'nun deyimi ile "gayri meşru bir zemin içinde" değildir. Sözleşmede ajanı serbest iradesi bulunmadığından rüşvet sözleşmesi oluşmamıştır. Buna göre doktorun eylemi rüşvet değil, görevi kötüye kullanma suçudur (3).

(2) CGK. E. 1983/6-443 K. 1984/154 sayılı ve 30.4.1984 tarihli karar (YKD. 1984 Sayı : 7 s. 1093 ve son).

(3) CGK. E. 1983/5-113, K. 1983/197 sayılı ve 25.4.1983 tarihli karar (YKD. 1983, Sayı : 9, s. 1373)

### III. Ajanlı suçlarda gerçek sonuç ve teatral sonuç

Bu kararlara konu olan olaylarda üzerinde durmak istediğim unsur sonuç (suç sonucu) ve bunun suç kalıbındaki (suç tipindeki) yeri ve anlamıdır.

1. Alman ceza hukuku bilgini BELİNG'in geliştirdiği TATBESTAND kavramı (Belling, Lehre vom Tatbestand 1906) Fransızcada "typicité" İtalyancada "tipicità" terimi ile anlatılmaktadır. Türkçede bunu en iyi anlatabilen terim, kanaatimce "suçkalıbı"dır. Suçkalıbı, fail (süje), hareket ve konu (obje)den oluşan değişmez bir biçim, belli bir çerçevedir.

Suçkalıbında yer alan hareket unsuru "sonuç"u da içerir. Sonuç hareketin bir uzantısı, bir müntehasıdır ve bu niteliği ile kalıptaki unsurlardan biridir. Bunu belirledikten sonra "sonuç"un anlamı üzerinde kısaca durulur.

Bir hareketin bir çok sonucu vardır. Bunlardan yalnız bir tanesi suçkalıbında yer alır ve "sonuç" olarak adlandırılır. İyi bir tanıma göre sonuç, "Somut (müşahhas) suçkalıbının gerçekleşmesidir" (4). Başka bir tanım şöyledir: "Suçun maddî unsuru bakımından nazara alınacak netice (sonuç), sadece kanunî tarifte (yani suçkalıbında) yer alan, hukukî bir değer taşıyan dış alemdeki değişikliktir" (5).

Suçun sonucu hareketin zararlı sonucudur, yâni bir ceza normu ile korunan menfaatin ihlâlidir (6). Bu, ya bir zarar ya da bir tehlike meydana getirir.

Suç konusunun (yâni hukukça korunan değerın veya menfaatin) zarar görmediği yerde artık sonuçtan daha doğrusu zarar sonucundan söz edilemez.

2. İmdi, yukarda geçen Yargıtay kararlarındaki olaylarda zarar biçiminde bir sonucun doğması, polisın aldığı önlem sâyesinde imkânsızdır. Ajan vasıtasıyla rüşvet alan memur suçkalıbını "görünüşte" gerçekleştirmiştir. Hukukçu korunan menfaat (para üzerindeki mülkiyet) bundan zarar görmemiştir. Doğan sonuç, gerçek sonuç değil "teatral" sonuçtur (7). Bu deyimle, tiyatrodaki görülen, gerçek olmayan, göz aldatici niteliği söylemek istiyorum. Buna "PSEUDO-SONUÇ" (8) da diyebiliriz. Teatral sonuç bir tehlike yaratabilir ve bu sonuçla biten eylem kalkışma sayılabilir, ama bu sonuç suçkalıbındaki sonuç değildir. Teatral so-

(4) R. von HIPPEL, Deutsches Strafrecht C. II, Berlin 1930, s. 131

(5) DÖNMEZER/ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I, 7. Baskı, s. 432

(6) İtalyan yazarlarının, özellikle DELIATALA'nın düşüncesi (KUNTER'den, Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi İstanbul 1955, s. 108-109)

(7) Turhan Tüfan YÜCE, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 1985, s. 83

(8) PSEUDO, yanıltıcı, sahte, zahiri anlamlarına gelen eski Yunanca bir sözdür.

nuçlu eylemlerin açıklanması için işlenemez suç teorisine başvurmak, kanaatimce gerekli değildir. Sonucun doğru anlamı teatral sonuçlu eylemlerin tamamlanmış suç olmadığını açıklayabilmektedir.

3. Burada bulabildiğim iki Alman mahkemesi kararını açıklamalıyım :

Pazar yerinin kalabalığından faydalanılarak yankesicilik yapan bir kimseyi yakalamak için polis bir bayan polisi görevlendiriyor. Bayan polis içinde para cüzdanı bulunan alış-veriş çantası ile pazarda dolaşırken yankesici çantadan cüzdanı alıyor ve polislerce yakalanıyor. Batı Almanya Federal Mahkemesi eylemi tamamlanmış suç değil, suça kalkışma saymıştır (9). Başka bir karar : Polis hırsızı yakalamak için bir malın mâliki (veya zilyedi) ile anlaşılıyor. Hırsızı tahrik ediyor. Hırsız çalıyor. Hessen üstmahkemesi (Oberlandesgericht) nin izahına göre malın bulunduğu yerden alınmış olmasına rağmen suçun tamamlanması mümkün değildir. Çünkü mal üzerindeki zilyedliğin kaldırılması, ancak görünüştedir, zahirîdir (10).

4. Yukardaki açıklamaların ışığında Yargıtay kararlarımıza dönelim :

a) **Birinci olayda** kendisinden rüşvet istenen inşaatçı durumu polise bildirmiştir. Polisin talimatı üzerine rüşvet vermek için zabıta memuruna giden inşaatçı bir ajandır. Önceden önlem alınmış bulunduğu sonucun gerçekleşmesi imkânsızdır. Rüşvet almak isteyen memur yapacağı yapmıştır ama elinde olmayan sebeplerle sonuç gerçekleşmemiştir. Eylem, kanaatimce tam kalkışmadır, tamamlanmış suç değildir. Esasen bu eylemi tamamlanmış suç saymak ve suçun tam cezası ile cezalandırmak adaletli de olmazdı. Ortada bir zarar yokken faili suçun tam cezası ile cezalandırmak gereksizdir. Failin kasdının tam ortaya çıkışı tam cezayı haklı göstermez. Haklı gösterseydi apaçık kasıtlı olan işlenemez suçun cezasız kalması açıklanamazdı. Gerçekten, gerçekleşen zarar suçun cezalandırılmasının belki en önemli âmilidir. Bazı suçlarda zararına azlığına veya çokluğuna göre artan veya eksilen cezanın mâkul izahı da bu düşünceyi destekler.

b) **İkinci olayda**, tehditle para isteyen ve ihbar üzerine polise önlem alındığından parayı konulduğu yerden alır almaz yakalanan failin eylemi de tam kalkışmadır. CGK. TCK.nun 498. Maddesindeki ifadeye bakarak "paranın bir yere bırakılması" ile suçun tamamlanmış olduğunu kararlaştırmıştır. Kanaatimce bu, suçkalıbının lafzına bağlı sathî bir anlayıştır. Burada sonuç bırakılmak değil, parayı failce alınmasıdır. Alma eylemi yoksa bırakmanın hiç bir önemi ve değeri yoktur. "Bırakma", "alma" ile anlam kazanır ve sonuç niteliğini alır. Şöyle bir oluş imkânı ve ihti-

(9) H. H. JESCHECK, Lehrbuch des Strafrechts 3. Bası Berlin 1978, s. 300

(10) R. MAURACH, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil Karlsruhe 1954, s. 551

mali düşüncemi destekler sanıyorum : Fail para belirlenen yere konulduktan sonra canlanan ahlak duygularının veya ceza korkusunun etkisiyle gidip parayı almaktan kesinlikle vaz geçseydi ve bunu isbat edebilseydi, yine 498. Maddeye göre suçun tam cezasına çarpılır mıydı? Bu oluş ihtimali de 498. Maddedeki suçkalıbının "bırakma" deyimini ile "alma" arasındaki zorunlu bağlantıyı gösterebilir.

CGK. teatral sonucu gerçek sonuç saymış ve böylece isabetsiz bir sonuca varmıştır.

c) **Üçüncü olayda** yâni doktorun rüşvet olayında CGK.nun kararındaki hukuka aykırılık çok daha belirgindir. Burada eylem sahih bir rüşvet sözleşmesine dayanan rüşvet suçunu oluşturmuştur. Belediye zabıta memuru olayında olduğu gibi burada da rüşvet sözleşmesi sahihtir. Orada zabıta memuruna gönderilen ajan ile burada doktora gönderilen ajan arasında hiç bir fark yoktur. Çünkü ikisi de sanıkla sözleşme yapmışlardır. Ama iki ajanın da rüşvet vermek niyeti yoktur. Birinci olayda inşaatçı rüşvet verecek olsa idi durumu polise bildirmezdi. Rüşvetçi ile anlaşmamıştır, anlaşmış görünmüştür. Üçüncü olayda da durum asla bundan farklı değildir. CGK. rüşvet vermek için doktora gönderilen ajanın "meşru bir zemin içinde" bulunduğunu açıklamaktadır. Birinci olayda da aynen böyledir. İnşaatçı rüşvet vermek istemediğinden dolayı "meşru bir zemin" içindedir. Her iki ajanın yaptığı rüşvet sözleşmesi de geçerlidir, sahihtir. Her borçlar hukuku kitabında yazılı olduğu gibi sözleşmede tek taraflı "zihni kayıt" sözleşmenin sıhhatini bozamaz. Her iki olayda da ajanın niyeti sadece "zihni kayıt"tan ibarettir. Sözleşmeci diğer taraf zihni kaydı bilmiyor idiye sahih bir sözleşme oluşmuştur. Şüphesiz buradaki sözleşme borçlar hukukundaki akit'den başka bir şey değildir ve akit hukuku ilkelerine bağlıdır. Ceza hukukunun kendine özgü bir akit kurumu yoktur. CGK.nun kararı oy birliği ile verilmiştir. Yapılan rüşvet sözleşmesinin geçersiz olduğu ve bu yüzden eylemin rüşvet teşkil etmediği kararlaştırılırken sayın üyelere hiç birinin sözleşme hukukunda "zihni kayıt" diye bir kavramın bulunduğunu hatırlamaması çok şaşırtıcı bir unutkanlıktır.

İmdi, bu unutkanlık (demiyeğim) sâyesinde Ankarada bir işçiden 1000 lira rüşvet aldığı ileri sürülen uzman doktor görevi kötüye kullanma suçunun cezası ile badireyi atlatmıştır. İzmirde sadece 20.000 lira aylık alan, kirada oturan 2 çocuklu bir zabıta memuru arkadaşı ile birlikte aldığı iddia edilen 10.000 (on bin) lira yüzünden rüşvet suçunun tam cezasına çarpılmıştır.

Gerçekte sanık doktorun eylemi de zabıta memurunun eylemi de rüşvete kalkışmadır. Rüşvet değildir. Çünkü, her iki eylemde de sonuç gerçek sonuç değil, teatral sonuçtur.