

Türk Hukuku'nda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluęu

Veli Özer ÖZBEK*

I. KAVRAM VE TANIM

Gizli soruşturmacı hukukumuzda bir koruma tedbiri olarak girmiştir. Tedbirin düzenlendiği CMK m.139'da gizli soruşturmacı tanımlanmış değildir. Bununla birlikte, **Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik** m.4'de "Gizli soruşturmacı: Gerektiğinde örgüt içine sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve örgütün işlediği suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisi" şeklinde tanımlanmıştır.

Tedbir mevzuatımızda ilk olarak 4422 sayılı ÇASÖMK'da yer almıştır. Yasakoyucunun bu dönemde konuyla ilgili daha ihtiyatlı olduğu söylenebilir. Nitekim 4422 s. ÇASÖMK bakımından gizli soruşturmacı belli bir süreyle sınırlı olmaksızın görevlendirilememektedir. Diğer bir deyişle görevlendirme bakımından bir süre sınırı getirilmişti. Yine yasada gizli soruşturmacının uydurma bir kimlik kullanmasından da söz edilmemektedir. 4422 sayılı ÇASÖMK'da gizli soruşturmacıya uydurma kimlik verileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Bu iki husus da bu dönemde eleştiri konusu yapılmış ve gizli soruşturmacının uydurma kimlik kullanması zorunluluğunun, yapılan işin bir gereği olduğu, aksi halde soruşturmacının örgüt içine girebilmesinin güçleşeceği, hatta mümkün olmayabileceği

* Prof. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

ifade edilmişti. Yine tedbirin özelliğinin bir sonucu olarak tedbir için bir süre sınırının getirilmesinin sakıncalı olacağı söylenmişti.

CMK'da yer alan yeni düzenleme bakımından, mehz niteliğini kaybetmeyen Alman CMK'daki "kendilerine sürekli olarak verilmiş bulunan uydurma bir kimlik altında soruşturma yapan polis memuru" tanımına yaklaşıldığını söylemek mümkündür. Gerçekten m.139'a göre artık gizli soruşturmacı görevlendirilmesi belli bir süre ile sınırlandırılmış olmadığı gibi, soruşturmacının kimlik değiştirmesi de mümkündür. Soruşturmacı bu kimlikle hukuki işlemler yapabilir (CMK m.139/2). Ancak yeni düzenleme bakımından da gizli görevlinin polis memuru olması zorunluluğu bulunmamaktadır.

Gerçekten gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirini diğer soruşturma tedbirlerinden ayırmada yararlanılabilecek iki ölçütün ön plana çıktığı söylenebilir. Bunlar gizli soruşturmacıya;

- yeni bir kimliğin verilmesi ve
- uzun süreli olarak görevlendirilebilmesidir.
- **Gizli soruşturmacıya yeni bir kimliğin verilmesi:**

Aksi halde, gizli soruşturmacının diğer (açık) soruşturmacılardan ve yasada yer alan diğer soruşturma tedbirlerinden bir farkı kalmayacak, işlevini yerine getirmesi de mümkün olmayabilecektir. Bu tedbirde doğrudan doğruya insan kullanıldığı için gizlilik bakımından söz konusu olan şeyin de insanın, yani soruşturmacının kendisi ve eylemlerinin olacağı açıktır. Bu gizlilik ise, ancak başka bir kimlikle sağlanabilir. Söz konusu kimlik, gerçek isim ve meslek, adres, vatandaşlık ve bunun gibi diğer kişisel hal ve şartlar yerine, benzer konularda uydurma bilgiler içerir. Böylece gizli soruşturmacı yanıltıcı bir statü elde etmek suretiyle, örgüt içine girmeye ve içine girdiği ortamda polis kimliğini gizleyerek organize suç örgütünün güvenini sağlamaya çalışmaktadır. Gizli soruşturmacı bu yeni kimliği ile hukuki işlemlere katılabilir; mesela, firmalar kurabilir, dava açabilir veya davalı olabilir.

- **Gizli soruşturmacının uzun süreli olarak görevlendirilmesi:**

Gizli soruşturmacının görev süresine ilişkin olarak 4422 s. Kanun m.8'de, m.5'te öngörülen gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbi-

rine ait kararların alınması ve uygulanmasında iletişimin dinlenmesi ve tespitini düzenleyen m.2'ye atıf yapılmaktaydı. Buna göre, gizli görevli kullanılmasına ilişkin kararlar “*en çok 3 ay için verilebilir, bu süre en çok iki defa üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılabilir*”. Yani *en fazla 9 ay* olabilirdi. Bu nedenle, gizli görevlinin herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın görevlendirilmesi mümkün değildi. Hukuk devleti ilkesine bağlılıktan kaynaklanan bir endişenin sonucu olabileceği düşünülen böyle bir düzenlemenin, tedbirin amacı da göz önüne alındığında pek gerçekçi olmadığı söylenmekteydi. Gerçekten bir kamu görevlisinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmesi zaman itibariyle belirlenmiş asgari sınırlara bağlanamaz. Görevlendirme süreden bağımsız olarak düşünülmelidir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi diğer gizli soruşturma tedbirlerinden farklı bir yapıya sahip olup, farklı bir amaca hizmet etmektedir. Bu nedenle telefon dinleme, gizli gözetleme gibi tedbirler için öngörülebilecek olan süre sınırı yerine bu konuda dikkate alınması gereken şey, soruşturma görevinin sınırlı, yani belirli soruşturma işlemlerini aşmış olup olmadığıdır. Buna göre örneğin polis memuru soruşturmanın durumuna göre, mesela, sadece uyuşturucu madde ticaretinde alıcı ya da satıcı olarak hareket etmiyor, bilakis bundan bağımsız olarak bulunduğu ortama göre soruşturma yapıyorsa ceza muhakemesi anlamında bir gizli soruşturmacı söz konusudur. Bir suç örgütü içine girmek, örgütün güvenini kazanmak, delil toplamak ve örgütü çökertmek gibi amaçların yerine getirilmesi kısa bir sürede sonuçlanabilecek faaliyetler değildir. Nitekim, Alman mevzuatında gizli görevlinin görev süresine ilişkin herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Gizli görevli kullanılması tedbirini düzenleyen Al. CMUK § 110a/2 “*sürekli olarak*” terimini kullanmaktadır.

CMK, bu konuda suskundur. Tedbiri düzenleyen m.139 süre bakımından herhangi bir düzenleme getirmemektedir. Dikkat çekici olan husus, Al. CMUK'taki gibi “*sürekli olarak*” teriminin de kullanılmamış olmasıdır. O halde herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın tedbire başvurmak mümkündür. Bununla birlikte temel haklara müdahale niteliği taşıyan her tedbirde olduğu gibi gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri bakımından da bu konuda dürüst işlem ve oranlılık ilkesine uygun olarak hareket edilmelidir kanısındayız.

Gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilecek kişiler:

CMK m.139'da gizli soruşturmacı olarak *"kamu görevlileri"*nin kullanılabilceğinden söz edilmektedir. Bu düzenlemeden ulaşılan sonuçlar şunlardır:

- Gizli soruşturmacı *bir polis memuru olmak zorunda değildir*; kamu görevlisi olan herkes, gizli görevli olarak görevlendirilebilir. Gizli görevli bir polis memuru olabileceği gibi, MİT mensubu, Jandarma mensubu ya da diğer herhangi bir kamu görevlisi de olabilir. Böylece gizli görevli olarak görevlendirilebilecek kişilerin kapsamı genişlemiş olmaktadır. Gerçekten TCK m.6 kamu görevlisini, *"kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette süreklili, süreli veya geçici olarak katılan kişi"* şeklinde tanımlamaktadır.

- Kamu görevlisi olmayan kişiler yasa anlamında gizli görevli olamaz. Bu durum karşısında söz konusu kişilerin muhbir statüsünde oldukları söylenebilir.

Yasanın tedbiri polis memuru dışındaki diğer kamu görevlilerini de içine alacak şekilde düzenlemiş olmasının sebebi, bu şekilde özellikle vergi veya gümrük memurlarının da gizli görevli olarak görevlendirilebilmesinin olanaklı kılınması şeklinde değerlendirilmektedir. Bununla birlikte, gizli görevlinin genel olarak kolluk teşkilatınca görevlendirilmesi nedeniyle güven ilişkisinin bir gereği olarak gizli görevlinin yine de polis (ya da güvenlik teşkilatları) içinden seçildiği/seçileceği söylenebilir.

Tüm bu anlatılanlar sonunda gizli görevli hakkındaki yukarıdaki tanım şu şekilde tamamlanabilir:

Gizli soruşturmacı gerektiğinde örgüt içine sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve örgütün işlediği suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen *uydurma bir kimlik altında belli olmayan bir süre içinde faaliyet gösteren bir kamu görevlisidir.*

II. BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A. Bilgi Veren

Kovuşturma makamlarınca belirli suçların işlendiği bilinen veya tahmin edilen yerlerde bulunup da, kural olarak belli bir menfaat

karşılığında, işlendiği ileri sürülen suçlarla ilgili olarak bazı bilgileri kovuşturma makamlarına aktaran kişilere *bilgi veren* denir. Bu kişiler genellikle seyyar satıcı, ayakkabı boyacısı, garson gibi kişilerdir. Bununla birlikte, bir meskeni bulunmayan, sokaklarda yaşayan kişiler de bilgi veren olabilir. Bu anlamda bilgi veren soruşturma makamlarına belli bir gizlilik güvencesi altında bilgi veren kişidir.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, gizli soruşturmacı aynı zamanda bir bilgi veren olamaz. Diğer bir deyişle, gizli soruşturmacı sıfatı bilgi veren sıfatı ile birleşemez. Gerçekten, gizli soruşturmacı kamu görevlisi (uygulamada genellikle polis memuru) iken, bilgi veren herhangi bir kişi, bir özel kişidir. Yine gizli soruşturmacının bir örgüt içine sızarak delil toplamak, mümkünse örgütün işleyeceği suçları önlemek görevi bulunmakta iken bilgi verenin böyle bir görevi yoktur. O halde, gizli soruşturmacı hakkındaki yasal kurallar bilgi veren bakımından kıyasen de olsa uygulanabilir değildir. Gerçekten burada kıyas yasağı kendini gösterir. Gizli görevliye ilişkin hükümler bir tedbir niteliğinde olmakla sınırlayıcıdır. Bilindiği üzere, sınırlayıcı hükümlerde kıyas yasaktır.

Nihayet bilgi verenin yasada açıkça düzenlenmemiş olmasının onun organize suçlulukla mücadelede kullanılmayacağı anlamına gelmeyeceği kabul edilmekle birlikte, kanımızca temel haklara müdahale öngören tüm tedbirlerde olduğu gibi diğer gizli soruşturma tedbirleri bakımından da yasal düzenleme anayasal bir zorunluluk olarak gözükmemektedir. Bu şekilde gizli soruşturma faaliyetinde kullanılan kişinin polis memuru ya da özel kişi olması arasında herhangi bir fark bulunmaz.

B. Güvenilir Adam

Güvenilir adam, bir örgüt içinde bulunup da kural olarak belli bir menfaat karşılığında örgüt içinde olup bitenleri, olabildiğince düzenli olarak kovuşturma makamlarına aktaran ve bu şekilde örgüt tarafından işlenecek suçların önlenmesine veya işlenmiş olan suçların aydınlatılmasına veya örgütün dağıtılmasına yardım eden kimse olarak tanımlanabilir. Ancak bizce güvenilir adam örgüt üyesi olabilir ise de, örgüt üyesi olması şart değildir. Güvenilir adam polis de değildir; ancak, bir suçun aydınlatılmasına duruma göre çeşitli şekiller-

de yardımcı olan, bilgiler veren ve kimliği polis tarafından gizli tutulan özel kişilerdir. Örneğin, taksi sürücüsü, işadamı ya da esnaf, lokanta ya da otel sahibi gibi. Hatta bazen tanınmış bir sabıkalı, bir fahişe, bir avukat ya da memur da güvenilir adam olabilir. Güvenilir adamın bu çerçevede bazen örgüt içine sızması da gerekebilir. Güvenilir adam polisle belirli bir süre birlikte çalışan kişidir. Bu işbirliği sadece bir konuda bilginin verilmesi ile sınırlı olmayıp süreklilik oluşturur ve **bu yönüyle bilgi verenden ayrılır**. Yine bu durum onu gizli soruşturmacıdan da nitelik ve zaman bakımından ayırır.

Öte yandan, güvenilir adam ceza kovuşturması organları tarafından müdahale (operatif) amaçlı olarak da kullanılmaktadır. Gerçekten güvenilir adam sadece izlemez; aynı zamanda polisiye bazı görevlerin icrasına, önleme ve ceza takibatına da katılır. Güvenilir adam, böyle bir görevlendirme veya kullanım sırasında kendi başına hareket edemez, güvenilir adam tecrübeli bir polis memuru olan bağlı olduğu kişi tarafından etkin bir şekilde yönlendirilir.

Bu noktada gizli soruşturmacıya ilişkin hükümlerin kıyasen bilgi veren ve güvenilir adama da uygulanabilip uygulanamayacağı tartışmalıdır. Alman Federal Mahkemesi gizli görevliye ilişkin hükümlerin kıyasen güvenilir adam için de uygulanabilmesini yerinde olarak kabul etmemiştir. Doktrinin büyük kısmı da aynı görüştedir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi bir soruşturma tedbiri iken, ceza muhakemesine ilişkin müdahale yetkisi bulunmayan güvenilir adam ilgili çevreye ait özel bilgi verenler olarak nitelenmelidir.

Gerçekten güvenilir adam ne devlete ait bir görevi ifa etmektedir, ne de bir koruma tedbirine başvurmaya yetkilidir; bu yönüyle sadece özel kişiler olarak kabul edilmelidir. Bu bakımdan tanıktan farklı değildir. Gerçekten bu, güvenilir adamın kendi inisiyatifiyle elde etmiş olduğu bilgilerin değerlendirilmesi bakımından savunulabilir bir görüştür. Bununla birlikte, çoğu kere uygulamada gizli görevli belli olay ve kişiler hakkında bilgi elde edilmesi için görevlendirilir ve gizli soruşturmacının görevi bu nedenle ilgili soruşturma makamlarına bilgi aktarılmasına dönüşür. Bu durumda ise güvenilir adam kullanmak ile gizli görevli kullanmak sadece görevlendirilmiş olan kişilerin statüleri bakımından ayrılabilir.

C. Gizli Soruşturma Yapan Polis

Burada gizli soruşturmacı olmamakla birlikte, gizli soruşturma yapan polis memurlarının gizli soruşturmacıdan farkı da ortaya konmalıdır. Alman hukukunda sürekli olmayan, zaman zaman yapılan gizli soruşturma görevini yerine getiren polis memurunun gizli soruşturmacı olmadığı kabul edilmektedir. Gerçekten bu tür polis memurlarını gizli soruşturmacıdan ayıran kriter, *bu polis memurlarının uydurma kimliğe sahip olmamaları ve sürekli olarak kullanılmamalarıdır*. Bu polis memurları yapmış oldukları soruşturma işlemleri sırasında kimliklerini gizlemekte iseler de, uydurma bir kimliğe sahip değildirler. O halde, bu polis memurları kendi kimlikleri ile hareket etmekle birlikte, faaliyet gösterecekleri çevreye uyum sağlamak ve korunmak amacıyla kimliklerini gizli tutmaktadırlar. Ancak bazen bu polis memurlarının da başka bir kimlik kullandıkları olmaktadır. Bu durumda gizli soruşturmacı ile arasındaki farkı ortaya koymak zorlaşmaktadır. Bu noktada ikisi arasındaki fark şu şekilde ortaya konmaya çalışılır: **Şayet polis bu kimliği sadece sanığa karşı kullanıyorsa gizli soruşturma yapan polis, buna karşılık başka kimlikle genel hukuki ilişkilere de katılıyorsa gizli soruşturmacı olduğu kabul edilir.**

Ancak buradaki asıl ayırıcı kriterin uydurma kimliğin “*sürekli olarak*” kullanılması ya da *görevlendirmenin sürekliliği* olduğu söylenmektedir. Yine gizli soruşturmacıdan farklı olarak hukuki işlemde bulunma yetkisi de dardır. Gizli soruşturma yapan polis memuru sadece günlük yaşamın gerektirdiği kısa süreli işlemler, örneğin, alış-veriş gibi, yapabilir. Öte yandan, bu polis memurlarının genellikle bir hazırlık soruşturması sırasında değil ve fakat tehlikenin önlenmesi amacıyla, yani idari anlamda görevlendirildikleri görülmektedir. Bu şekilde görevlendirilen kişinin polis olması, aynı zamanda onu güvenilir adamdan ayıran en önemli özelliklerden birisidir. Nihayet, gizli soruşturma yapan polis memuru gizli soruşturmacı kullanılmasını gerektiren durumlardan daha az ağırlıktaki haller için kullanılmakta ve yine nitelik olarak gizli soruşturmacıdan daha aşağı basamakta bulunmaktadır. Bu anlamda gizli soruşturma yapan polis memurunun hangi suçlar bakımından görevlendirileceği konusunda da belirsizlik vardır. Fakat uygulamada genellikle uyuşturucu madde suçları, uluslararası silah ticareti, kalpazanlık, organize suçluluk (terör ya da ekonomik

çıkar amacıyla işlenen suçlar) gibi alanlarda kullanıldığı görülmektedir. Nihayet gizli soruşturma yapan polis memuru daha sonra yapılacak olan ceza muhakemesinde tanık olarak da dinlenebilir.

Uygulamada “gizli soruşturma yapan polis memuru” tedbirine gizli soruşturmacı görevlendirilmesinden daha fazla başvurulduğu söylenebilir. Gerçekten gizli soruşturmacı görevlendirilmesi bir memur için olağanüstü tehlikelidir. Yine suçluluk ortamına girmek de bir başka tehlikeyi oluşturmaktadır. Nihayet yeterli niteliklere sahip gizli soruşturmacı bulmak kolay olmadığı gibi, bu niteliklere sahip bir kişi için de gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmek çekici olmayıp kariyeri bakımından gerekli de değildir. Dolayısıyla ortamdan hemen geriye çekilebilecek gizli soruşturma yapan polis memuru ya da güvenilir adam kullanmak daha anlamlı bulunmaktadır. Bununla birlikte, uygulamada sıkça başvuru ve muhakemede “tanık” olarak dinlenebilecek olan “gizli soruşturma yapan polis” tedbiri bakımından kapsam ve sınırlarının belirsizliği hukuk devleti bakımından ciddi sorunlar yaratmaktadır.

D. Ajan-Provokatör

Uygulamada yaygın olarak kullanıldığı bilinmekle birlikte, gizli görevli adı altında yeni bir tedbirin yasal olarak kabul edilmesiyle tekrar gündeme taşınan ajan-provokatör ya da kışkırtıcı ajan kurumu esas itibarıyla yüzlerce yıldan beri mevcuttur. Bu konuda Fransızca terimin kullanılıyor olmasından da anlaşılacağı üzere, ajan-provokatörlüğün bir kurum haline gelmesi özellikle Fransa’da karşı-devrimcilere yönelik olarak geniş ölçüde kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, Almanya’da da özellikle 19. yy’nin ortalarında bu tür kişilerin yaygın olarak kullanıldığı görülür. Ajan-provokatör, her zaman eleştirilen ancak hiçbir dönemde hiçbir devletin vazgeçemediği bir araç olarak günümüze kadar kullanıla gelmiştir. Hatta bugün ajan-provokatörün polisin son çare olarak başvurduğu bir araç değil, tersine polis taktiği açısından amaca uygun “rutin” bir uygulama olduğu kabul edilir. Bu çerçevede ajan-provokatör kavramı ve yine onun suç işleyebilip işleyemeyeceği de bu güne kadar taşınmış olan sorunlardır.

1980 yılında Birleşmiş Milletler tarafından düzenlenen uluslararası bir konferansta ajan-provokatör hakkında şu tanım üzerinde uz-

laşıldığı görülür: “Devlet organlarının himayesi ile ya da kontrolü altında diğer kişileri bir suç işlemeye teşvik eden kişi” dir.

Son zamanlara kadar ajan-provokatör terimi, güvenilir adam, gizli görevli, gizli soruşturma yapan polis memuru terimleri ile yan yana, iç içe zaman zaman da biri diğerinin yerine kullanılmıştır. Bununla birlikte, doktrinde ajan-provokatör kavramının çerçevesinin çizilmesi gayretleri de kendini göstermektedir. Buna göre, ajan-provokatör kavramı eksiksiz ve hukuk devletine yakışır bir şekilde nitelendirilmek istenirse şu asgari koşulları taşıması gerektiği ileri sürülür:

- Kovuşturma makamlarının emri ya da izni ile hareket etmelidir.
- Son derece tehlikeli ve zor aydınlatılabilir suçluluk hallerinin ortaya çıkarılması ile sınırlı olarak kullanılmalıdır.
- Suç şüphesi ve yenilemiş bir suç işleme hazırlığı bulunmalıdır.
- Provakasyona, ancak delillerin emniyet altına alınması için başvurulabilir; provokatörde fiilin tamamlanması kastı bulunmamalıdır.

Yine ikisi arasında bir fark olmasa da zabıta mensubu ise *ajan-provokatör*; zabıta mensubu olmayıp, özel nedenlerle hareket ediyorsa ise *kışkırtıcı* teriminin kullanılması gerektiği söylenmektedir. Bu anlamda kışkırtıcı değişik şekillerde tanımlanır: *Dönmezer/Erman'*a göre, “sırf kendisine bir çıkar sağlamak amacıyla bir kimseyi suç işlemeye sevkettikten sonra onu ele veren kişi” dir. Ancak, yazarlara göre, kışkırtıcının herhangi bir yarar sağlama düşüncesi olmadan, sırf suç işlemekte bulunan kişinin fiilinin ispatlanmasını sağlayacak deliller elde etmek amacıyla da hareket etmiş olması mümkündür. *Alacakaptan'*a göre ise, “suçun işlenmesini istemekte, bir kimseyi suç işlemeye sevketmekteyse de bunun nedeni suçtan doğacak zararlı veya tehlikeli sonucu istemesi olmayıp, bizzatihi suçun dışında kalan, suça yabancı olan diğer bazı menfaatleri istemesinden ibarettir”. O halde, **buradaki ortak noktanın kışkırtıcının suçun işlenmesinde doğrudan bir fayda beklememesi olduğu** söylenebilir.

Gerçekten ajan-provokatör; farz edilen, sözde failin kışkırtılan ya da teşvik edilen fiillerini ceza takibatına tâbi kılmak amacıyla suç işlemeye tahrik eden kişi olarak tasvir edilebilir. Böylece failin bu fiilden dolayı cezalandırılması amaçlanır. Ajan provokatörün klasik hali veya şeklinde ise bir kışkırtıcılık söz konusudur ki, ajan provokatör kışkırtıcılık rolünü üstlenmek suretiyle failin asıl suça teşebbüs

etmesine sebep olmakta ve fakat fiilin tamamlanmasını engellemek istemektedir. Buna karşılık, tamamlanmış suçlara sebep olunmasının da kapsam içine alınması konusunda oldukça geniş bir eğilim olduğu görülmektedir. Fakat, geniş anlamda ajan provokatör yardım eden ya da birlikte işleyen de olabilir.

Suçun diğer failinden/faillerinden farklı olarak kışkırtıcının amacı, faili yakalatmak, onun cezalandırılmasını sağlamaktır. Bu, faili yakalananlara ödül verilmesi, failin malları üzerinde hakimiyet kurulması gibi çeşitli nedenlere dayansa da tüm bu hallerde ortak özellik kışkırtıcının suçun işlenmesinde doğrudan bir fayda beklememesidir.

Uygulamamızda da polis memuru sık sık mesela, bir uyuşturucu satıcısının ya da rüşvet alanın suçüstü yapılması amacıyla gizli görevli olmamakla birlikte kimlik değiştirerek alıcı veya rüşvet veren gibi kimlikler altında, uygulamadaki niteliği ile ajan olarak faaliyet göstermektedir. Gerçekten, burada polisin faaliyeti sadece belli bir fiile özgü olup, sürekli bir uydurma kimliğe sahip olması söz konusu değildir. Kanımızca, bu şekilde faaliyet gösteren polis memuru ne gizli görevli, ne de ajan provokatördür. Hemen aşağıda üzerinde durulacağı üzere burada "*gizli soruşturma yapan polis*" söz konusudur.

Hukukumuzda bu şekilde ajan kullanılması hem doktrinde, hem de yargı kararlarında öteden beri kabul görmüştür. Ancak böyle bir ajan kullanımının hangi yasal gerekçelere dayandığı, hangi esas ve koşullar altında kullanıldığı konusu belirsizdir. Uygulamanın ortaya çıkardığı ve bir zorunluluk olarak kabul edilen böyle bir kurumun hukuki temelini oluşturulması şarttır. Nitekim suç işleme fikri ajandan kaynaklandığında, yani ajanın azmettiren olarak hareket ettiği hallerde ajan kullanılmasının hukuka aykırı olduğu kabul edilir. Bu yönüyle buradaki ajanın yukarıda sözü edilen ajan-provokatör olmadığı vurgulanmalıdır. Zira ajan provokatör suçu işletip yakalatmak üzere bir kimsede suç kararı oluşturan, yani azmettiren durumundadır ve bugün polisin ajan-provokatör olması veya ajan-provokatör kullanması hemen hiç kimse tarafından kabul görmemektedir. Nihayet ajan ile kışkırtıcı ajan aynı şeyler değildir. Bu şekilde kullanılan ajanın aşağıdaki gizli soruşturma yapan polis kavramına yakın olduğu söylenebilir. Ancak bu konuda Türk hukukunda herhangi bir yasal hüküm bulunmamaktadır.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere ajan-provokatör kavramı bağımsız ve kendine özgü bir kavram olmayıp, güvenilir adam ya da gizli soruşturma yapan polis zaman zaman ajan-provokatör olarak görev yapabilmektedir.

E. Yeraltı Ajanı

Çıkış yeri Kuzey Amerika hukuku olan yeraltı ajanı çoğu kere bir gümrük ya da polis memuru olup, organize suçlulukla mücadele amacıyla ve sıklıkla başka bir kimlik altında kriminal ortamlara faille-ri ve planlanmış olan suçları öğrenmek amacıyla giren ve bu ortamlarda uzun süre yaşayan kişidir.

Gizli soruşturmacı ABD`de kullanılan yeraltı ajanı kavramından da farklıdır. Gizli ajan da bir polis memurudur; ancak, gizli soruşturmacının aksine somut bir soruşturma emri olmaksızın uzun süreli olarak suç işlenen yaşama katılmak amacıyla suç ortamına sokulur ve orada özgürce hareket eder ve bunun sonucu olarak gerektiğinde suç işleyebilir. Bu niteliklere sahip bir görevli ne Alman CMUK §§ 110a-110c`de, ne de CMK`da öngörülmüş değildir; öngörülmesi de beklenemez. Gerçekten böyle bir kişinin görevlendirilmesini bir yandan kovuşturma mecburiyeti ilkesi ile bağdaştırmak zordur; diğer yandan görevin gerektirdiği suçların işlenmesine izin verilebilip verilemeyeceği konusu da problemlidir. İşte bu nedendir ki, CMK`da gizli görevlinin suç işleyemeyeceğinin açıkça düzenlenmesi ihtiyacı hissedilmiştir. Yine gizli görevliden farklı olarak yeraltı ajanı görevine başlayabilmesi için somut bir soruşturma emri almak zorunda da değildir.

III. TEDBİRİN AMACI

Soruşturmacı, faaliyetlerini **izlemekle** görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü **araştırmada bulunmak** ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili **delilleri toplamakla** yükümlüdür (CMK m.139/4).

Söz konusu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere gizli soruşturmacı örgütlü suçlarda başvurulabilecek bir tedbirdir. Zira amaç örgütü izlemek, örgütle ilgili her türlü araştırmada bulunmak ve delil toplamaktır. "Her türlü araştırma"dan söz edildiğine göre gizli soruşturmacı görevlendirmenin aslında iç içe geçmiş tedbirlerden oluştuğu

söylenmelidir. Dolayısıyla gizli soruşturmacı telefon dinleyebilir, teknik araçlarla izleme yapabilir vb.

Öte yandan “izlemek” teriminden de ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır. İzlemek sadece örgütün dışarıdan takip edilmesi değil, esas itibariyle örgüt içine sızılması şeklinde anlaşılmalıdır. Zira gizli soruşturmacı görevlendirilmesini diğer gizli soruşturma tedbirlerinden ayıran da budur.

Öte yandan, **tedbire ancak bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmalarda başvurulabilir. O halde önleyici nitelikli soruşturmalarda bu tedbire başvurulamazdır.** Nitekim 3.7.2005 tarih ve 5397 s. Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 2559 s. Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, 2803 s. Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ve 2937 s. Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu’na yapılan eklerde önleyici amaçla gizli görevli kullanılması öngörülmemiştir.

IV. KOŞULLARI

A. Şüpheli Bakımından

Suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüpheli sebeplerinin varlığı aranır. “Kuvvetli şüpheli sebebi” terimi izaha muhtaçtır. Kanımızca buradaki şüpheli derecesi basit bir başlangıç şüphesinden daha yoğun, ama yeterli ya da kuvvetli şüpheli derecesine ulaşması zorunluluğu bulunmayan şüpheli derecesidir. Zira daha yoğun bir şüpheli derecesinin aranması bu tedbire başvurulması için geç olabilir.

Ancak kanunda kuvvetli şüpheli sebebinin varlığı yeterli görülmemiştir. Bunun yanında, başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması da gerekir. O halde, başka bir tedbir ile delil elde edilebiliyorsa bu tedbire başvurulamaz. Böylece yasa oranlılık ilkesine yer vermiş ve tedbirin **ikincil niteliğini** vurgulamış bulunmaktadır.

B. Kişi Bakımından

1-) Kararı Verecek Kişi

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararı kural olarak **hâkim**, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısı tarafından verilir. Görüldüğü üzere kolluğa bu yönde bir yetki verilmiş değildir.

Öte yandan maddede “Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar yirmidört saat içinde hâkim onayına sunulur” formülüne de yer verilmemiştir. Kanımızca C. savcısı tarafından verilen kararın hakim onayına sunulmamış olması Anayasa’ya aykırıdır. Zira AY. m.20 ve 21 elkoyma ve arama koruma tedbirleri bakımından “Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar” düzenlemesini getirmiştir. Arama ve elkoyma için dahi hakim güvencesi getirildiğine göre söz konusu düzenlemeye ondan daha ağır bir müdahale niteliği taşıyan gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri için de yer verilmeliydi.

2-) *Tedbire Maruz Kalan Kişi*

“Soruşturmacı (nın), faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlü” olduğu ifade edildiğine göre tedbire ancak bir örgüt ve örgüt mensubu suçlu aleyhine başvurulabilir.

TCK m. 6’da örgüt mensubu suçlu deyimi tanımlanmıştır. Buna göre örgüt mensubu *suçlu bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişidir.*

C. Suç Bakımından

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararı ancak şu suçlar bakımından verilebilir:

- a. Türk Ceza Kanunu’nda yer alan;
 1. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
 2. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),
 3. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315).
- b. Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun’da tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.
- c. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’nun 68 ve 74’üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

CMK’nın bu konuda bir katalog getirmiş olması yerinde olmuştur.

Bu sayım sınırlıdır. Sınırlayıcı hükümlerde kıyas yasaktır. Bununla birlikte Yönetmelik m.26'da 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220'nci maddesinin iki, yedi ve sekizinci fıkralarında yer alan suçların bir terör örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesi hâlinde bu suçlar için de gizli soruşturmacı tedbirine başvurulabileceği ifade edilmektedir. Bu düzenleme yerinde olmamıştır. Zira Kanun'un vermediği bir yetkinin Yönetmelik ile verilmesi hukuka aykırıdır. Bu yönüyle Yönetmeliğin Kanun'a aykırı olduğu söylenmelidir. İptal edilmelidir.

Burada dikkat çekici olan husus, gizli soruşturmacı görevlendirilecek suçlarla ilgili katalogun diğer gizli soruşturma tedbirlerine ilişkin kataloğlardan daha dar bir katalog olmasıdır.

Öte yandan, gizli soruşturmacının görevlendirilmesi amacı da göz önünde tutulduğunda söz konusu suçların örgütlü suçlar olması gerekir. Diğer bir deyişle, bu suçlar örgüt faaliyeti çerçevesinde işleniyor olmalıdır. Bu yönüyle hükmün gözden geçirilmesi ve konuya açıklık getirilmesi uygun olacaktır.

D. Zaman Bakımından

Yasada tedbirin uygulanacağı süre bakımından herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. O halde bu tedbire herhangi bir süre sınırı olmaksızın başvurulabilir. Kanımızca bu, tedbirin özelliği ile uyumludur. Bununla birlikte, oranlılık ve dürüst işlem ilkeleri daima göz önünde tutulmalıdır.

Yasada Al. CMUK'ta olduğu gibi "sürekli olmak" ibaresine yer verilmiş değildir. Bununla birlikte Alman hukukunda sürekli olmak terimine verilen anlam Türk hukuku bakımından da önem taşıyabilir. Alman hukukunda "sürekli olmak" unsurunun tüm hal ve koşulların müştereken değerlendirilmesi suretiyle tespit edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Böyle bir değerlendirmede esas alınabilecek kriterler arasında soruşturma emri, sanığın menfaatlerine yapılan müdahalenin ağırlığı, genel hukuki işlemlerin tehlikeye düşmesi, bağlantı kişinin sınırlandırılabilirliği, dışarıya karşı davranış, bir konuta ayak basma, tekrar kullanılma sayılabilir.

E. İcrası

Gizli soruşturmacı; gerektiğinde örgüte sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili diğer delil, iz, eser ve emareleri toplamakla yükümlüdür (Yön. m.27/1).

Tedbirin icrası sırasında gizli soruşturmacının kimliği değiştirilebilir. Soruşturmacı bu kimlikle hukukî işlemler yapabilir. Kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belgeler hazırlanabilir, değiştirilebilir ve kullanılabilir (CMK m.139/2). Böylece yasa koyucunun belli suçlar için örneğin, belgede sahtecilik suçları gibi hukuka uygunluk sebepleri yarattığı söylenmelidir.

Söz konusu düzenleme sadece gizli görevli için değil, söz konusu belgeleri hazırlayan ilgili idari makamlar için de bir hukuka uygunluk sebebi yaratmış olmaktadır. Ancak bunun idarenin yasallığı ilkesi ile bağdaşmadığı söylenmelidir.

Soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'nda muhafaza edilir. Soruşturmacının kimliği, görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulur (CMK m.139/3).

Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür (CMK m.139/4).

Burada yabancı ülkeye ait bir polis memurunun ülke içinde gizli soruşturmacı olarak faaliyet gösterebilip gösteremeyeceği sorusu akla gelebilir. Bu, tamamen ülkemiz ve söz konusu ülke arasında yapılacak olan anlaşma hükümlerine bağlıdır. Gerçekten ülkeler "hukuki yardım" çerçevesinde yabancı ülke polis memurlarına bu şekilde bir imkan verebilir. Ancak buradaki asıl sorun bu şekilde yapılacak bir görevlendirmede CMK hükümlerinin geçerli olup olamayacağıdır. Bazı yazarlar bu durumda artık ülke hukukundaki gizli soruşturmacıya ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı, bu şekilde görevlendirilen bir gizli soruşturmacının artık güvenilir adam statüsünde sayılması gerektiğini ileri sürerler. Kanımızca bunun yeterli ve doyurucu bir gerekçesi bulunmamaktadır. Tam tersine gizli soruşturmacıya ilişkin hükümlerin uygulanması daha doğru olacaktır. Çünkü güvenilir adam hakkında yasal bir düzenleme bulunmadığı için söz konusu kişilerin faaliyetlerinin güvenilir adam kurumu içinde incelenmesi bu faaliyetlerin denetim dışına çıkması sonucunu doğuracağından değişik sakıncaları da beraberinde getirecektir. Öte yandan, yabancı bir

ülkede o ülke ile varılan anlaşma çerçevesinde görevlendirilen gizli soruşturmacının elde edeceği verilerin değerlendirilmesi ile yapacağı hareketlerin suç oluşturup oluşturmayacağı ülkemiz hukuku hükümlerine göre değerlendirilmelidir kanısındayız.

Öte yandan gizli soruşturmacının “*çalışma ilkeleri*” Yönetmelik m.28’de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

F. Gizli Soruşturmacının Suç İşleyebilip İşleyemeyeceği Sorunu

Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz (CMK m.139/5)¹. Görevine başlamadan önce gizli soruşturmacıya, örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulmayacağı; ancak, görevini yerine getirirken suç işleyemeyeceği ile diğer hak ve yükümlülükleri anlatılır ve bu hususta EK-4 sayılı Gizli Soruşturmacı Bilgilendirme Tutanağı düzenlenerek dosyasında saklanır (Yön.m.27/2).

“Örgütün işlemekte olduğu suç” ne demektir?

Burada akla gelen, söz konusu hükümle yasa koyucunun gizli soruşturmacı için bir izin normu yaratmak istediğidir. Bu çerçevede kanımızca bu düzenlemenin iki yönü bulunmaktadır: **Birincisi**, TCK’ya göre suç işlemek amacıyla örgüt kurma bir suçtur (TCK m.220). Bir an için gizli görevlinin görevi çerçevesinde terör/çıkar amaçlı bir suç örgütü oluşturacağı kabul edildiğinde, teşekkül vücuda getirmek “örgütün işlemekte olduğu bir suç” olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla hükmün açıklığı karşısında gizli görevli “suç işlemek amacıyla örgüt kurmak/yönetmek/üye olmak” suçundan cezalandırılmayacaktır. Çünkü yasanın bu hükmü bir hukuka uygunluk sebebi yaratmıştır. Gerçekten TCK m.24/1 kanun hükmünü icranın bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu söyler. Ancak yasa koyucunun burada asıl amacının gizli görevliyi teşekküle katılmış olmaktan cezalandırmamak yönünde bir hukuka uygunluk sebebi yaratmak olduğu söylenmelidir. Çünkü, gizli görevli çoğu zaman bir suç örgütü oluşturmaz; var olan suç örgütüne görevi gereği katılır. Böylece yasa koyucunun “görevin gerektirdiği bir suç” yaratmak istediği anlaşılmaktadır. Hukukumuzda böy-

¹ Konu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Veli Özer ÖZBEK, Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği, Ankara 2003.

le bir teşekküle katılmak da ayrıca suç olarak kabul edilmiştir. Gerçekten TCK m.220/2'ye göre *“suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olanlar”* cezalandırılır. Bu arada m.220/6 ve 7 hatırlanmalıdır. Ne var ki, teşekküle katılmak örgütün işlemekte olduğu bir suç değildir. Başka türlü faaliyet göstermesi etkisiz olacağı için gizli görevli örgüt içine girmek ve böylece de bu suçu işlemek durumundadır. Örgüt içine girmek örgütün işlemekte olduğu bir suç olarak kabul edilemeyeceğinden *“esasen mevcut olan kanun dışı bir kuruluşu meydana çıkarmak için gizli soruşturmacının söz konusu derneğe katılması halinde suça iştirak olmaz; zira suç esasen işlenmiş bitmiştir; memur suçu işlemekte değildir”* biçimindeki görüş isabetli değildir. Dolayısıyla CMK m.139'un ifade tarzı değiştirilmeli ve bir hukuka uygunluk sebebi yaratılmak isteniyorsa, örgüte üye olmayı da kapsayacak biçimde yeniden düzenlenmelidir. Mevcut ifade şekli karşısında CMK m.139'daki düzenlemeyi başka türlü yorumlamak mümkün değildir.

İkincisi, örgütün zaten işlemekte olduğu suçu somutlaştırmak nasıl mümkün olabilir? Örneğin, uyuşturucu madde ticareti amacıyla kurulmuş bir örgütün zaten işlemekte olduğu suç uyuşturucu madde ticaretidir. O halde bu örgüte katılan gizli soruşturmacı uyuşturucu madde ticareti ile uğraşabilecek midir? Bu amaç suç yanında, bu amacı gerçekleştirmek için mesela adam kaçırmak, yağma, müessir fiil, adam öldürme gibi başka araç suçların da işlenmesi örgütün zaten işlemekte olduğu suçlardan mı sayılacaktır? Eğer öyleyse gizli soruşturmacının bunları işlemesi durumunda yasanın bu düzenlemesi ile görevin gerektirdiği suç/suçların varlığı kabul edilebilecek ve bunun için bir hukuka uygunluk sebebi yaratıldığı söylenebilecek midir? Zira gerek amaç, gerekse araç suçlar örgütün işlemekte olduğu suçlardır. Örgüt tarafından işlenen suçların gizli görevli tarafından da işlenebileceğini kabul etmemek hükmü anlamsızlaştıracaktır. Diğer yandan, aksini kabul etmek de bu düzenlemenin hemen arkasından gelen gizli görevlinin görevi sırasında suç işleyemeyeceğine ilişkin düzenleme ile telif edilebilmesi imkanını ortadan kaldıracaktır. **Kanımızca**, örgütün zaten işlemekte olduğu suç kavramıyla yasa koyucu sadece örgüte üye olmayı görevin gerektirdiği bir suç olarak kabul etmek istemiş; ancak, ifade zaafiyeti nedeniyle bunu başaramamıştır. Ancak böyle bir kabul gizli soruşturmacının görevini yerine getirirken suç işleyemeyeceği hükmü ile bağdaştırılabilir.

Kanımızca görevin gerektirdiği suç kavramına ilişkin çözümü maddi ceza hukuku yerine CMK içinde aramak gerekir. Bu konuda maslahata uygunluk ilkesinden yararlanılarak savcıya gizli soruşturmacının görevinin gerektirdiği bir suç işlemesi durumunda kamu davası açmayabilmeye yetkisi verilmelidir. Nitekim MİT Kanununda yapılan değişiklik ile başbakana soruşturma izni verme yetkisi tanınması bu yönüyle yerinde olmuştur. Ancak bu yetkinin başbakana değil hukukçu kimliğe sahip savcıya verilmesi gerekir. Öte yandan bunun GÖREVİNİN GEREKTİRDİĞİ SUÇ ile sınırlı olduğu ve bu kavramın da muğlak olduğu düşünüldüğünde konunun hukuk devleti içinde sınırlarını çizmek son derece zordur.

G. Tedbirin Sona Ermesi ve Elde Edilen Verilerin Akıbeti-Yok Edilmesi

Tedbirin süresi belirsiz olduğu gibi ne zaman sona ereceği de belirsizdir. Kararın alınmasının koşulları ortadan kalktığında tedbir kendiliğinden sona ermelidir. Örneğin, şüphenin ortadan kalkması gibi.

Gizli soruşturmacının kimliği ile ilgili tüm bilgiler talep ve kararda gösterilemeyeceği gibi görevinin sona ermesinden sonra da tüm bilgi ve belgeler gizli tutulur. Ayrıca bütün bu işlemler sırasında gizliliğe uyulur (Yön.m.31).

Yine yasada elde edilen verilerle ilgili olarak söz konusu verilerin ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamayacağı dışında başka bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna göre soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz (CMK m.139/6). Görüldüğü üzere yasa yok etmekten söz etmemektedir. Kanımızca yapılan soruşturma ve kovuşturma ile ilgisi olmayan veriler yok edilmelidir. Buna ilişkin açık yasal düzenlemeler getirilmesi yerinde olacaktır.

Önceki basımızda bu noktada CMK'da getirilmiş olan düzenlemedeki eksikliklere ve söz konusu tedbirin uygulanmasına ilişkin bir Yönetmelik çıkarılması zorunluluğuna dikkat çekilmiş; düzenleme eksikliğinin tedbirin uygulanmasında ciddi aksamalar ortaya çıkarabileceği gibi İHAS'a aykırılığı sonucuna da yol açabileceği ifade edilmişti.

Konu daha sonra çıkarılan Yönetmelik'te ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre;

Gizli soruşturmacı tedbirinin kullanılması sonucunda suç işlendiğine ilişkin bilgi elde edilmemişse, elde edilen tüm veriler, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesinden sonra Cumhuriyet savcısı ve sorumlu kolluk görevlisi tarafından, toplam süre 10 günü geçmemek kaydı ile imha edilir. İmha işlemi Yönetmeliğin ekinde yer alan EK-2 sayılı İmha Tutanağı'na kaydedilmek suretiyle belirlenir (Yön.m.29).

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz. Yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, yukarıda belirtilen suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Başsavcılığı'na derhâl bildirilir (Yön.m.30).

Öte yandan acaba gizli görevli telefon dinleyebilir mi? Kayıt ve verileri inceleyebilir, teknik araçlarla izleme yapabilir mi? Tüm bu hususların belirsiz ve tartışmalı olduğu söylenmelidir. Kanımızca izleme ve araştırma terimleri gizli soruşturmacının söz konusu tedbirlere başvurabileceği şeklindedir.

Nihayet Bilgi Edinme Kanunu hükümlerine göre de herkes iletişiminin denetlenip denetlenmediği konusunda bilgi isteyebilir.

H. Hukuka Aykırı Denetim

Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat başlığını taşıyan m.141 vd. hükümlerinde bu şekildeki gizli soruşturma tedbirleri ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu büyük bir eksiklik. Çünkü asıl bireylerin gizli olması nedeniyle burada bir korumaya gereksinimleri bulunmaktadır.

Öte yandan m.217/2'ye göre yüklenen suç, **hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş** her türlü delille ispat edilebilir.

I. Kanun Yolu

Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı **İTİRAZ** yoluna gidilebilir (m.267/1).

J. AİHM Kararlarında Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi

• Lüdi/İsviçre, 12433/86, 15 Haziran 1992 kararı

... mevcut davada, gizli ajan kullanımı, başlı başına ya da telefon görüşmelerinin denetlenmesi ile birlikte, 8. madde bağlamındaki özel

yaşamı etkilememiştir... Toni'nin eylemleri, 5 kg.lık kokain satışı kapsamında. Alman polisince uyarılan kanton yetkilileri, İsviçre'deki uyuşturucuyu satmayı amaçlayan geniş kaçakçı ağına sızması için yeminli bir görevli seçmişlerdir. Operasyonun amacı, uyuşturucunun teslim edildiği sırada kaçakçıları yakalamaktır. Bu nedenle Toni, kendisine 200,000 İsveç frangı değerinde 2 kg. kokain satmaya hazır olduğunu söyleyen başvurana iletişim kurmuştur... Bay Lüdi, bu nedenle, o andan itibaren Uyuşturucu Kanunu'nun 19. maddesi bağlamında cezalandırılabilen bir suçta iştirak ettiğinin ve sonuç olarak, görevi kendisini yakalamak olan bir sivil polis memuruyla karşılaşma riski bulunduğunun farkındaydı.

• *Teixeira de Castro/Portekiz, 25829/94, 9 Haziran 1998 kararı*

AİHM öncelikle söz konusu davanın, Lüdi/İsviçre davasından farklı olduğunu belirtmektedir ... Lüdi/İsviçre davasında polis memuru içeri sızmıştır, soruşturma hâkimi görevinin bilincindedir ve Alman polisini bilgilendirilen İsviçre makamları, hazırlık soruşturması başlatmıştır. Polis memurlarının rolü, gizli ajan rolü yapmakla sınırlanmıştır. Mevcut davada ... Hükümet, polis memurlarının müdahalesinin, bir hâkim tarafından öngörülen ve denetlenen uyuşturucu satışına karşı düzenlenen operasyonun bir parçası olduğunu ileri sürmemiştir. Yetkili makamların, Teixeira de Castro'nun uyuşturucu satıcısı olduğundan şüphe etmek için iyi bir nedeni olmadığı anlaşılmaktadır. Aksine, sabıka kaydı bulunmamaktadır ve hakkında hazırlık soruşturması başlatılmamıştır. Kendisiyle yalnızca V. S. ve F. O.'nun aracılığını yaptıkları sırada karşılaşan polis memurları da kendisini tanımamaktaydı... Ayrıca, uyuşturucu başvuranın evinde değildi. Uyuşturucuları, kendisinin de başka bir kişiden elde ettiği üçüncü bir şahstan edinmiştir... Yüksek Mahkeme kararı da yakalandığı sırada başvuranın polis memurlarının aradığı miktardan fazla uyuşturucuya sahip olduğunu ve polisin kendisinden yapmasını istediğinden öteye geçtiğini ... göstermemektedir. Hükümet'in, başvuranın suçları işlemek durumunda kaldığına ilişkin iddiasını destekleyen deliller mevcut değildir. Bu koşullardan anlaşılması gereken, söz konusu iki polis memurunun, esasen pasif olarak Teixeira de Castro'nun suçunu soruşturmakla kalmayıp suçun işlenmesine teşvik edici bir etki yarattıklarıdır. Son olarak AİHM, yerel mahkemelerin kararlarında başvuranın, esasen söz konusu iki polis memuru-

runun ifadelerine dayanılarak mahkûm edildiğini belirttiklerini kaydetmektedir. Tüm bu değerlendirmeler ışığında AİHM, suça teşvik etmeleri ve müdahaleleri olmaksızın da suçun işleneceğini gösteren durumlar bulunmaması nedeniyle söz konusu iki polis memurunun eylemlerinin, gizli ajan eyleminden öteye geçtiği sonucuna varmıştır. Söz konusu müdahale ve ihtilafli ceza yargılamasındaki kullanımı, baştan beri başvuranın adil yargılanma hakkından mahrum bırakıldığını göstermiştir. Sonuç olarak, 6/1. madde ihlâl edilmiştir.

• **Calabro/İtalya (karar), 59895/00, 21 Mart 2002 kararı**

Ancak AİHM, mevcut davanın *Teixeira de Castro* davasından farklı olduğunu belirtmektedir... Mevcut davada ... gizli ajan yalnızca büyük miktarlarda uyuşturucu almaya ve satmaya hazırlanmış olduğunu belirtmiştir ... başvuran daha sonra kendi isteğiyle Jürgen'le iletişim kurmuş, ona belli miktarda para ödemiş ve 46 kg kokaini teslim almak için bir randevu ayarlamıştır. Böyle yaparak, uluslar arası bir uyuşturucu satış halkasına dahil olduğunu göstermiştir. Ayrıca, AİHM'nin belirttiği gibi, gizli ajanın ifadeleri başvuranın mahkûm edilmesinde belirleyici bir faktör olmamıştır ... Buna ek olarak, başvurana Milano Ağır Ceza Mahkemesi'ndeki yargılamada soruşturmada görev alan diğer polis memurlarını sorgulama, tutuklanmasına yol açan polis operasyonunun niteliğini ve kullanılan usulleri netleştirme fırsatı verilmiştir. Bu koşullar altında, Jürgen'in eylemleri ile suçun işlenmesini teşvik ettiği ya da aksi halde suçun işlenmemiş olacağı sonucuna varılamaz. AİHM, sonuç olarak, Jürgen'in gizli ajan olarak rolünün sınırları dışına çıkmadığı ve bu nedenle, adil yargılanma hakkından mahrum bırakılmadığı kanısına varmıştır.

• **Khudobin/Rusya, 59696/00, 26 Ekim 2006 kararı**

133. ... başvuran, davanın tuzağa düşürmeye ilişkin *prima facie* (aksi kanıtlanmadıkça doğru sayılan) deliller içermesi nedeniyle yargılayan mahkemenin gözden geçirmesini gerektiren bir "tuzağa düşürme savunması" sunmamıştır... söz konusu davada yerel mahkemenin, tuzağa düşürmenin varlığından şüphe etmek için nedeni olmasına rağmen, tuzağa düşürmeyi meşru bir soruşturma eyleminden ayırmasına yardımcı olacak fiili ve yasal unsurları incelememiştir. Bu nedenle, başvuranın mahkûmiyetine yol açan yargılama "adil" olmamıştır. Dolayısıyla, AİHM'nin 6/1. maddesi ihlâl edilmiştir.