

“Ceza takibat kurumlarının memurları veya onlardan görev alan kişiler adli işlemler olarak aldatma veya başka ahlaka aykırı usuller kullandığı hallerde veya bunu yapmayarak sadece böyle bir görüntünün nedeni olduğu hallerde, böyle bir davranış dürüst değildir ve ceza adliyesinin itibarı ile bağdaşmaz.”

Reichsgericht 1912*

Alman Hukuku’nda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri

Gottfried PLAGEMANN**

I. Gizli Soruşturma Usullerinin Yasal Dayanağı

Gizli soruşturmalar genelde iki devlet kurumu (polis ve istihbarat teşkilatları) tarafından ve üç hukuki alanda (istihbarat faaliyetleri, polis hukukuna¹ göre yürütülen faaliyetler ve kolluğun adli soruşturmalarında) uygulanır.² Bugün Almanya’da bütün bu farklı alanlar ve kurumlar için yasal düzenlemeler varsa da, düzenlemelerin kapsamı çok farklıdır. Gizli soruşturmacının en kapsamlı ve aynı zaman-

* Bu ifade Alman İmparatorluk Mahkemesi kararında, görünüşte kürtaj yaptırmak isteyen bir kadın gibi davranan polis hakkında kullanılmıştır. Bkz. *Kohlrausch*, *Tagesfragen*, I. Rundschau, *ZStW* 1912, 688, (695, 696).

** Yrd. Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. Yardımı için Araştırma Görevlisi Aykut Ersan’a teşekkür ederim.

¹ Almanya’da polis hukuku eyaletlerin hukuku olduğundan, her eyaletin ayrı bir polis kanunu vardır ve bunun yanında bazı federal kurumlar (Federal Kriminal Dairesi - BKA, Federal Polis - Bundespolizei) hakkında federal kanunlar vardır. Eyaletlerin polis kanunlarında benzer düzenlemeler olduğundan, sadece bir veya iki polis kanunundaki maddeleri göstereceğim.

² Sosyal güvenlik hukuku alanında denetim usulleri ve mali denetim gibi konulara bu makalede değinmeyeceğim. Sosyal edimler soruşturmacı (*Sozialdedektiv*) tarafından yapılan gizli soruşturmanın hukuka aykırılığı konusunda Weimar Yüksek Eyalet İdare Mahkemesi’nin (OVG) - 3 KO 527/08 - 25.11.2010 tarihli karara bakınız, *Landes- und Kommunalverwaltung* dergisi (LKV) 2011, s. 173 – 175.

da içtihatla en çok yorumlanan yasal düzenlemesi, 1992 yılında Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda³ (ACMK) yapılmıştır. Diğer gizlice soruşturmaya katılan veya yardım eden kişiler (güvenilir kişi vs.⁴) gibi gizli soruşturmacı, içtihatla genelde tanık konusunda (ifade alınması olanağı ve türü, kimliği saklamak, bilgisini sadece dolaylı tanık ile almak vs.) ve onun tarafından sağlanan delillerin kullanılması bağlamında değerlendirilmiştir. Çünkü ceza muhakemesinde gizli soruşturmacının faaliyetleri hakkında – sınırlı da olsa - ilgili kişilerin bilgisi vardır ve karar vermek için gizli soruşturma usulleriyle elde edilen delillerin değerlendirilmesi gerekir. İlgili kişilerin gizli soruşturma hakkında bilgisi olmadan veya uzun bir süre sonra bilgi aldıklarından dolayı, başka alanlarda istihbarat teşkilatları veya polis tarafından kullanılan gizli soruşturmacı hakkında nadiren karar verilir.

Soruşturmanın Açık bir Şekilde Yürütülmesi

Kural olarak soruşturmada görev alan kişiler, memurlar veya kamu görevlisidirler. Onlar, genelde bir önlem alırken açık bir şekilde, yani memur sıfatını ve önlemin nedenini (adli soruşturma, tehlikeyi önlemek için gerekli soruşturma) gösterecek bir şekilde davranırlar. Demokraside devleti halk tarafından denetleyebilmek için, kural olarak devletin faaliyetlerinin açık bir şekilde yürütülmesinin gerekliliği ve - böyle bir ilke geçerli ise - bunun kapsamı hakkında bir tartışma vardır.⁵ ACMK'nda soruşturmanın açık bir şekilde yürütülmesinin gerekliliği genel kural olarak düzenlenmemiştir.⁶ Genelde Türk CMK'nın 157'nci maddesinde gibi bir düzenleme (soruşturmanın gizliliği), ACMK'da mevcut değildir. Her ne kadar soruşturmanın kamuoyunda açık bir şekilde yürütülmesi ve sadece sınırlı bir şekilde bilgi verilmesi gerekliyse de, ilgili kişilere (sanık, aramanın ilgilisi vs.) karşı alınan tedbirler, açık bir şekilde alınır. kişisel deliller (tanık, sa-

³ Strafprozessordnung - StPO

⁴ Gizlice soruşturmaya katılan veya yardım eden çeşitli kişilerin tanımı ve statüsü için aşağıda 'Gizlice Soruşturmaya Katılan Kişiler' bölümüne bakınız.

⁵ Tartışma ve kaynaklar için, bunu savunan ve bu nedenle gizli soruşturma usulleri eleştiren Velten'in kitabına bakınız *P. Velten, Transparenz staatlichen Handelns und Demokratie, Zur Zulässigkeit verdeckter Polizeitätigkeit, Pfaffenweiler, 1996.*

⁶ Alman Federal Yargıtayı'nın Ceza Davaları Kararları (BGHSt) 42, 139 (150).

nık) ile ilgili önlemlerin veya bir kişinin haklarına müdahale söz konusu olduğu hallerde ceza muhakemesi hukukunda⁷ ve polis hukukunda⁸ önlemlerin açık bir şekilde alınması öngörülmüştür. Gizli soruşturma usullerinin bir istisna olduğu, ACMK'nda öngörülen ikincilik ilkelerinden de anlaşılır. Hemen hemen bütün gizli soruşturma usulleri için başka şartlar yanında şart olarak bir ikincilik ilkesi öngörülmüştür.⁹

Alınan önlemler bir kişinin haklarına bir müdahale oluşturursa, bu açıklık müdahaleye karşı hukuki koruma sağlayabilmek için bir şarttır. Bunun ötesinde belli önlemlerde ilgili kişilerin haklarını korumak için özel önlemler (tanığa tanıklıktan çekinme hakkı anlatma, şüpheliye sorguda isnat edilen suçu anlatma vs.) alınması gerekir. Soruşturmada ve kovuşturmada tanık da genelde açık bir şekilde davranmak zorundadır. Tanık, dinlenmesinde kimliği hakkında bilgi vermek zorundadır. Cevapları tutanağa geçirilir ve ilgili kişiler tarafından okunabilmesi için dosyada kalır. Tanık, kovuşturmada davanın ilgili kişileri tarafından sorulan soruları yanıtlamak zorundadır. Bu açıklık ilgili kişilerin haklarını korumak için bir şarttır. Bu nedenle soruşturmada gizlice soruşturma yürüten veya soruşturmaya gizli tanık olarak katılan kişilerin bir istisna olması ve yazdığım hakların korunma olanaklarının başka bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. Gizli soruşturma usullerinde bir hak koruma sistemi sağlamak için, tedbirlerin şartı olarak hâkim kararı veya polis tedbirlerinde savcının

⁷ F. Dencker, Über Heimlichkeit, Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverfahren, Anmerkungen aus Anlaß zweier Entscheidungen des BGH, StV 12/1994, 667, (674, 677 - 679).

⁸ W.-R. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. baskı, Heidelberg, 2011, 104 f.. Örneğin Berlin'de Kamu Güvenliği ve Düzeninin Korunması için Genel Kanun'un (ASOG) 18'inci maddesinin 2'nci fıkrasında polis kanuna göre yapılan soruşturmalar açıkça (*offen*) yapıldığını belirlenmiştir. Sadece kanunda özel belirtilen hallerde veya başka bir şekilde bir görev yerine getirilmezse veya ilgili kişinin çıkarlarının daha ağır bastığı (*überwiegend*) hallerde, soruşturma gizlice yapılabilir. Bavyera Polis Vazife Kanunu'nun (PAG) 30'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında kişisel verilerin toplanması için, daha geniş bir ikincilik ilkesi (kişisel verilerin toplanması başka surette önemli derecede daha zor olsa) ile aynı ilke düzenlenmiştir.

⁹ K. Bernsmann/K. Jansen, Heimliche Ermittlungsmaßnahmen und ihre Kontrolle - Ein systematischer Überblick, StV 4/1998, 217, (220, 221).

kararı öngörülmiştir. Bu şekilde tam anlamda hakların korunması ve uygun bir hukuk yolu yaratılmadığından, karar veya onay yanında tedbirin uygulanmasından sonra ilgili kişinin haber vermek ve kişinin bilgi almaktan sonra mahkemeye başvuru hakkı var. Bütün bu şartlar ve hak arama olanakları, gizlice bir kişinin haklarına müdahale etmenin istisna olmasının gerekli olduğunu gösterir.

Gizli Soruşturma Usullerinin Yasal Düzenlemesi

Gizli soruşturma usulleri uzun zamandan beri kullanılmasına rağmen uzun bir süre resmi ve yasal bir soruşturma usulü değildi. 1532 yılının İmparator Karl V.'nin Ceza ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (*constitutio criminalis carolina*) 64'üncü maddesinde 'ödenmiş tanıkların kullanılmasının hukuka aykırı olduğu ve bunların cezalandırılmasının gerekli olduğu' yazılmıştır. Her ne kadar gizli soruşturma usulleri kullanılmışsa da, bunun sonucu olarak bu usullerin kullanımı sınırlıydı ve bu usullerle elde edilen deliller bazen hukuka aykırı olarak değerlendirilmiş veya şüpheli olarak algılanmıştır. Gizli soruşturma usullerinin yasallaştırılması nedeni olarak 70'lerden beri organize suçlulukla (*Organisierte Kriminalität*) mücadelenin gerekliliği¹⁰ gösterilmiştir. Yasal düzenleme olmadan da içtihatla gizli soruşturmacı ile gizlice soruşturmaya katılan kişilerin arasında bir fark olmaksızın onların kullanılmasının belli suçlarda vazgeçilmez bir gereklilik olduğu ve ceza kovuşturma gerekliliğinden anayasa ve yasalara uygun olduğunu kabul edilmiştir.¹¹ Her ne kadar organize suçluluk ve gizli soruşturmacı veya güvenilir kişinin kullanılması ve faydası hakkında uygulama ve doktrinde tartışma varsa da, kararlarda ayrıntılara girmeden bu gereklilik bir gerçek olarak kullanılmıştır. Bu kararlarda, anayasaya uygunluğu tartışılmamıştır. Genelde gizli soruşturma usullerinin yasal dayanağının söz konusu olduğu haller-

¹⁰ Organize suçluluk ne olduğu, yeni olup olmadığı, ne kadar yaygın ve ne büyük bir tehlike olduğu hakkında uzun zamandan beri tartışmalar var. Ayrıntılar ve kaynaklar için bkz. G. Schäfer, in: Löwe-Rosenberg. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Peter Rieß ed., 25. baskı, Berlin, New York, 2004, m. 110b kn. 1, 2. Organize suçluluk kavramının yasal bir tanımı Baviera'nın Anayasa Koruma Kanunu'nun 1'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında var.

¹¹ Alman Anayasa Mahkemesi Kararları (BVerfGE) 57, 250 (283, 284); BGHSt 32, 115 (120 - 122); Alman Anayasa Mahkemesi (BVerfG) 2 BvR 196/91 t. 11.4.91 kn. 9.

de polisin genel soruşturma görevini düzenleyen Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (ACMK) 163'üncü maddesi gösterilmiştir.¹²

Bugünkü gizli soruşturmacının yasal dayanağı, yetkileri ve diğer konular ile ilgili tartışmalar ve özellikle içtihadta gösterilen tutum bu anlayışından da kaynaklanır. Sanki içtihadta eskiden tartışılmaz gereklilik olarak gösterilen nedenler ve tedbirler bugün de tartışılmak istenmemektedir. Her ne kadar yeni yasal düzenlemeler için Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin, kişisel verilerin ve kişiliğin korunma konusundaki kararı önemli idiyse de, gizli soruşturmacı ve benzeren kişilerin hukuki durumunu yasada düzenlemek için inisiyatif yargıdan gelmemiştir.¹³

Bütün bu zamanda özellikle 'organize suçlulukla mücadelede' söz konusu olan güvenilir kişilerin (V-Mann) kullanılması sadece polislerin yetkisini aşması ve devletin suçluları veya aldatıcı usulleri kullanması açısından değil,¹⁴ aynı zamanda polislerin suç ortağı olma tehlikesi açısından tartışılmıştır.¹⁵ Gizli soruşturma usullerinin kullanılması kamuoyunda özellikle bazı 'polis skandallarıyla' ortaya çıktı. İlk düzenlemeler yasalarda yapılmamıştır. Gizli olarak soruşturmaya katılan kişiler için ilk düzenleme 80'lerde eyaletlerde gizli yönetmelik-

¹² BGHSt 42, 139 (151). O zamanda bu maddelerde sadece savcılığın ve polisin görevlerinin düzenlendiği veya bir yetki verildiği tartışılmıştır. 1999 yılında yapılan kanun değişikliği ile bu maddelerde açıkça savcılığın ve polisin genel soruşturma yetkisi düzenlenmiştir. Yine de anayasada sağlanan haklara ve özellikle kişilik, özel hayatın gizliliği haklarına müdahale oluşturan her tedbir için somut müdahalenin gerekliliği esasında ve ayrıntıları düzenleyen yasal bir dayanak gerekir. Bu konudaki tartışmalar ve kaynaklar için bkz. *H.-H. Kühne, Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, 8. baskı, Heidelberg, 2010, 367–369.

¹³ Gizli soruşturmacının yasal düzenlenmesi yapıldıktan sonra sadece güvenilir kişinin konuta girme yetkisi konusunda Alman Federal Yargıtayı (BGH) bir kararında soruna ve tartışmalara değinerek bunu çözümenin gerekli olduğunu belirtmiştir. Ancak somut olayda bu konu hakkında bir karar vermek gerekli olmadığından, yasal düzenlemenin gerekliliğini hakkında bir karar vermemiştir. Bkz. BGH 1 StR 527/96 t. 6.2.97, StV 1997, 233, 234.

¹⁴ Örneğin bkz: *C. Roxin, Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg, NSTZ* 10/1995, 465.

¹⁵ Bu eleştiri ve tartışmalar için bkz. *K. Lüderssen (ed.), V-Leute, Die Falle im Rechtsstaat*, 1. baskı, Frankfurt am Main, 1985.

lerle yapılmıştır.¹⁶ Bu yönetmeliklerde polis olmayan ve para karşılığında veya para almadan polise bilgi veren kişilerle (güvenilir kişi ve bilgi veren) çalışma kuralları düzenlenmiştir. Yönetmeliklerde en önemli ve vurgulanan noktalar bu kişilerin kimliğinin saklı tutulması, onların özel nitelikli adli kolluk üyeleri tarafından yöneltmesi ve ödemelerdi. Güvenilir kişi, bilgi veren ve gizli soruşturmacı hakkında, 1986 yılında adalet bakanlarının ortak bir yönergesinde (Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren Anlage D – Ceza ve Kabahat Muhakemeleri için Yönerge, Ek D¹⁷) düzenleme yapılmıştır. Bu koruma tedbirlerinin sadece bir yönergede düzenlenmesi yeterli hukuki dayanak olmadığı şeklinde eleştirilmiştir.¹⁸ Bu eleştiriler ve yasal bir düzenleme olmadığından polis memurları için hukuki güvensizlik durumu, yasal düzenlemenin gerekliliğini göstermişse de, 1983 tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 'nüfus sayımı' kararında belirtilen yeni 'kendi kişisel verileri üzerine tasarruf hakkı (*informelles Selbstbestimmungsrecht*)' ile gizli soruşturmacının kullanılması için anayasa açısından da yasal bir düzenlemeyi mutlak bir zorunluluk haline getirmiştir. Kararda mahkeme Alman Anayasası'nın 1 (insan onuru) ve 2'nci (kişilik hakları) maddelerden kaynaklanan yeni bir hak yaratmıştır. Kişiliği geliştirmek ve insan onurunu korumak için kişisel verilerin kullanımı hakkında herkes kendisi bir karar verebilmek zorundadır. Özellikle elektronik bilgi işlemlerle o kadar olanaklar vardır ki, bugünlerde bir kişinin farklı durumlarda toplanan kişisel verilerinin kullanılması ile insanın hayatına ağır ve kapsamlı müdahale edilebilir. Bu nedenle verilerin ve bunun sonucunda kişiliğin korunması için kendi kişisel verileri üzerine tasarruf hakkı (*informelles*

¹⁶ 1982 yılında Hamburg eyaletinde, 1983 yılında Hessen ve Aşağı Saksonya eyaletlerinde ve bu yıllarda başka eyaletlerde gizli soruşturmalar ve güvenilir kişilerin kullanılması hakkında gizli yönergeler yapılmıştır. Hukuk devleti ilkesine aykırı olarak belli bir sürede bu yönergeler hakkında milletvekillerine bile bilgi verilmemiştir. Bkz. R. Gössner/U. Herzog, Im Schatten des Rechts, Methoden einer neuen Geheim-Polizei, Köln, 1984, 63 - 73.

¹⁷ Bilgi veren, Güvenilir Kişi ve Gizli Soruşturmacıların Kullanışı Hakkında Eyaletlerin Adalet ve İç İşleri Bakanlarının Ortak Yönergesi, bkz. T. Kleinknecht/K. Meyer/L. Meyer-Goßner (ed.), Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 40. baskı, München, 1991, 2062 - 2065.

¹⁸ Schäfer (dipnot 10), m. 110b kn. 4.

Selbstbestimmungsrecht) gerekmektedir. Bu hak ile, kişisel verilerin saklanması ya da birine veya devlete vermek hakkında kendi karar verme hakkı sağlanmaktadır. Anayasa açısından meşru bir neden ve bunu düzenleyen bir kanun yoksa, kişisel verilerin toplanması da bir anayasal hakkın ihlali oluşturur. Devletin bu hakka meşru müdahale etmesi için sadece ölçülülük ilkesini dikkate almak yeterli değildir. Kişisel verilerin toplanmasının ve kullanılmasının kapsamı ve bunların nedenlerinin ayrıntılarının bir yasada düzenlenmesi gerekir.¹⁹ Sonuç olarak 15.07.1992 tarihli Yasadışı Uyuşturucu Madde Ticareti ve Diğer Organize Suçlarla Mücadele Kanunu'nda (OrgKG) bu alan için yeni koruma tedbirleri düzenlendiği sırada ACMK'ndaki yeni 110a, b ve c maddelerde gizli soruşturmacının tanımı ve kullanılmasının şartları ve gizli soruşturmacının yetkileri düzenlenmiştir.

II. Gizli Soruşturmacı Kavramının Yasal Tanımı

Bugün Almanya'da gizli olarak soruşturmaya katılan kişilerden dört farklı grup anlaşılmaktadır. ACMK'nda sadece gizli soruşturmacının tanımı, kullanılabilmesinin şartları ve yetkileri düzenlenmiştir. Diğer gizlice soruşturmaya katılan kişilerle ilgili bazen eyaletlerin polis kanunlarında veya istihbarat servisleriyle ilgili kanunlarda düzenlemeler vardır.

Soruşturmaya Gizlice Katılan Kişiler

Gizli soruşturmacı yanında gizli olarak soruşturmaya katılan veya yardım eden kişiler şunlardır.

— Gizlice soruşturan polis memuru (*nicht offen ermittelnde Polizeibeamte - NoeP*): Gizli soruşturmacı olmayan, ama yine de kimliğini saklayarak soruşturma yürüten polis memurları. Kanunlarda bir düzenleme yoktur. Ceza ve Kabahat Muhakemeleri için Yönergenin D Ekinde bu kişilerin özel görevleri ve yetkileri düzenlenmemekle beraber sadece savcılığın izniyle ceza muhakemesi süresinde kimliklerinin saklanacağı kararı verilebildiği düzenlenmiştir (II 2.9). İçtiha-da göre sadece bir defa (özellikle bir şüpheliye temas ederek) veya ara sıra kimliğini saklayarak soruşturmaya katılan bir polis memuru,

¹⁹ BVerfGE 65, 1 (44).

gizli soruşturmacı olarak kabul edilemez. Bu nedenle özellikle uyuşturucu madde ticareti konusunda ‘görünüşte satıcı/alıcı’ olarak soruşturmada bulunan polis memurları genelde sadece gizlice soruşturan polis memuru olarak kabul edilir.

– Güvenilir kişi (*V-Mann/V- Person*): Kimliği saklanan, uzun bir süre adli soruşturmalarda gizlice polise destek veren ve herhangi bir ceza takibat kurumunda çalışmayan kişi²⁰. Bazen bu kişilerden Memur Olmayan Kişilerin Resmen Görevlendirme Kanunu’na (*Gesetz über die förmliche Verpflichtung nichtbeamteteter Personen*) göre yükümlülüklerini özenli bir şekilde yerine getireceklerine dair taahhütname alınır. Güvenilir kişilerin kullanılması hakkında savcılıkta bir başsavcı ve/veya poliste bir üst memuru karar vermek zorundadır.²¹ Güvenilir kişiler bir polis memuru tarafından sıkı bir şekilde yöneltmelidir. Yasal tanım sadece polis kanunlarının çoğunda bulunmaktadır: Buna göre güvenilir kişi, ‘başka insanların bilgisi olmadan polisle işbirliği yapan kişiler’ olarak tanımlanır.²² Bu kişilerin kullanılması, kişisel verilerin toplanmasında öngörülmüştür.²³ Gizli soruşturmacının kullanılması gibi güvenilir kişilerin kullanılması için polis kanunlarında ikincilik ilkesi geçerlidir. Güvenilir kişinin yetkileri hakkında yasal düzenleme yoktur. ACMK’na gizli soruşturmacının tanımını ve yetkilerini ekleyen kanunun gerekçesinde güvenilir kişi ve bilgi veren hakkında ACMK’nda bir yasal düzenleme yapılması reddedilmiştir. Bu kişilerin ceza muhakemesinde tanıklar olduğunu ve onlar üzerinde tanıklarla ilgili maddeler uygulanması gerektiği belirtilmiştir.²⁴ Güvenilir kişilerin yetkileri düzenlenmediğinden ve ACMK’nda güvenilir kişiler ile ilgili

²⁰ Ceza ve Kabahat Muhakemeleri için Yönergenin D Eki I 2.2.

²¹ Ceza ve Kabahat Muhakemeleri için Yönergenin D Eki I 5.

²² ASOG m. 26/1 bent 1; Nds. SOG m. 36/1. Maluga bunu bir yasal tanım olarak kabul etmiyor. Bkz. G. Maluga, V-Leute und Lockspitzel, in: Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit. ed. F. Roggan/M. Kutscha, Berlin, 2006, 388, (390, 391). Örneğin Baden-Württemberg Polis Kanunu’nda (PolG BaWü) güvenilir kişi hakkında bir düzenleme yoktur.

²³ Örneğin Aşağı Saksonya Kamu Güvenliği ve Düzeni Hakkında Kanun’un (Nds. SOG) 36’ıncı maddesinde kişisel verilerin toplanmasında, polisle işbirliklerini başka kişilerin bilmediği kişilerin kullanılması düzenlenmiştir. Benzeyen düzenleme ASOG m. 26.

²⁴ OrgKG’nin tasarısının gerekçesi t. 25.7.1991, BTDrucks. 12/989, s. 41.

hiçbir düzenleme yapılmadığından, içtihadta bu kişiler sadece bir tanık olarak kabul edilir.²⁵ Gizli soruşturmacı hakkında düzenlemeler kıyasen güvenilir kişi için uygulanmaz.²⁶ Güvenilir kişinin faaliyetleri, kişilerin haklarına müdahale oluşturduğundan ve devletin sorumluluğunda gerçekleştirildiğinden, yetkilerin yasa ile düzenlenmemesi anayasaya aykırıdır.²⁷ Polis, yöneltilen bir kişi olan güvenilir kişi dolayısıyla soruşturmaları yürütür. Bu nedenle güvenilir kişiye, hangi kişilerle hangi amaçla bağlantı kuracağı ve nasıl davranacağı ile soruşturma ve şüpheli kişiler hakkında - sınırlı bir şekilde da olsa - bilgi verilebilir. Güvenilir kişinin, onu yönelten polis memurunun bilgisi ile gerçekleştirdiği faaliyetleri devletin faaliyeti sayılır.²⁸ Güvenilir kişinin faaliyetleri bir soruşturmanın unsuru olduğundan, ilgili kişilerin haklarına bir müdahale oluşturur ve soruşturmada bir tanığın ifadesi veya bir şüphelinin sorgulanması da bu kişilerin haklarına bir müdahale oluşturur. Bu nedenle anayasa açısından güvenilir kişinin yetkileri ve görevleri hakkında yasal düzenleme gerekir.

– Bilgi veren (*Informant – haber kaynağı, bazen muhbir de kullanılır*): Kimliğinin saklanacağı garantisini karşılığında münferit olaylarda polise

²⁵ BGH'nın - 1 StR 83/94 - 21.07.1994 tarihli kararı, StV 1994, 521 (522). Kararda güvenilir kişi yasaya göre görevleriyle ilgili bir taahhütname verdiyse bile, kendisinin polis veya ceza takibat kurumlarının memuru veya kamu görevlisi olmadığı ve bu nedenle bu kişilerin yetkilerini kullanmadığı belirtilmiştir.

²⁶ Ayrıntılı bir tartışma ve farklı görüşlerin kaynakları için bkz. G. Maluga, Tatprovokation Unverdächtiger durch V-Leute, 1. baskı, Berlin, 2006, 145 - 147; H. Nitz, Einsatzbedingte Straftaten verdeckter Ermittler, Eine Untersuchung polizeitaktischer Ermittlungsmethoden bei der Strafverfolgung, Hamburg, 1997.

²⁷ Schenke (dipnot 8), 201. Karşı fikir için V. Krey, Rechtsprobleme des strafprozessualen Einsatzes Verdeckter Ermittler, einschließlich des "Lauschangriffs" zu seiner Sicherung und als Instrument der Verbrechensaufklärung, Wiesbaden, 1993, 75 - 77 Federal Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında güvenilir kişi tarafından gerçekleştirilen sorgulama, bir hakka müdahale olarak tanımlanmıştır ve bunun için yasal bir dayanağın gerekli olduğu belirtilmiştir. BVerfG - 2 BvR 2017/94 - t. 1.3.2000. Usul ile ilgili tuhaf bir gerekçe ile mahkeme somut olayda işlemin anayasaya aykırılığını belirtmemiştir ve hukuki sorunun çözümünden kaçmıştır. Bkz. H. Maul, Der Einsatz von verdeckten Ermittlern und V-Personen im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Verdeckte Ermittler und V-Personen im Strafverfahren. ed. C. Geisler, Wiesbaden, 2001, 29, (36, 37).

²⁸ BGHSt 45, 321 (336).

bilgi veren kişi. Bilgi veren nadiren polise bilgi verir ve polisin yönetiminde çalışmaz. İstihbarat teşkilatının çalışmalarında bilgi veren yanında güvenilir bilgi veren (*Gewährsmann*) de vardır. Bununla sadece istihbarat dairesinin bilgi veren ile ilgili güven derecesi ifade edilir.

Alman hukukunda ajan provokatör/kışkırtıcı ajan ayrı bir grup olarak tartışılmamaktadır. Kurumla beraber çalışan ve bir kişiyi suç işlemeye tahrik eden kişiler önceden sayılan gruplardan kişiler olabilir. Suça tahrik eden bir kişi bu davranıştan dolayı ayrı bir statü kazanmaz.

Sürekli bir uydurma kimlik ile yasa dışı gruplarda/alanda çalışan ama belli bir soruşturmanın çerçevesinde soruşturma yapmayan 'undercover agent/gizli ajan' Alman hukukunda yoktur. Yasa dışı faaliyetlere katılan, etrafındaki yaygın olan suçları işleyen ve genelde serbest davranan bir memur, yasalara ve hukuk devleti ilkesine aykırı olduğundan kabul edilmez.²⁹ ACMK'nun yeni düzenleme ile bu şekilde soruşturma usulü öngörülmemiştir.³⁰ Polis kanunlarında suçları önleme faaliyetlerinde alınan tedbirler için de, suç işleneceği ile ilgili fiili ipucu var olması gerekir.

Gizli soruşturmacı olmayan kişilerin statüsü, ceza muhakemesi hukukunda ya normal bir polis memuru veya normal bir tanıktır. Her ne kadar bir güvenilir kişi, Memur Olamayan Kişilerin Resmen Görevlendirme Kanunu'na göre yükümlülüklerini özenli bir şekilde yerine getirecekleri taahhütname verdiyse ve belki bu taahhütname ile bir susma yükümlülüğünü kabul etmişse de, ceza muhakemesinde herhangi özel hukuki durumda değildir ve ifade alma, kimliği saklama vs. konularda ACMK'nun olağan kurallarına göre davranmak zorundadır. Bu tanıkların kimliğini saklı tutmak veya tanıklar hakkında kurumlar tarafından hiç bilgi vermemek ve bu şekilde davada tanık olarak kullanılmasını engellemek, ceza muhakemesinde ACMK'nun 68'inci ve kıyasen 96'ıncı maddelerine göre değerlendirilir. ACMK'nun 68'inci maddesine göre tanığın yaşam, beden veya özgürlüğün tehlikeye düşürüldüğü hallerde, kimliği hakkında yanlış (eski kimlik) bilgi verebilir veya hiçbir bilgi vermeyebilir. 96'ncı

²⁹ Krey (dipnot 27), 33, 34.

³⁰ Nitz (dipnot 26), 12, 13.

maddeye göre resmi dairelere, Almanya'ya veya bir eyalete zarar verme tehlikesi nedeniyle resmi belgeleri teslim etmemesi hakkı verilmektedir. 98'nci madde kıyasen bir tanığın kimliği hakkında bilgi vermek konusunda uygulanır. Sadece bu kararın nedenleri ayrı bir dava üzerinde idare mahkemesi tarafından denetlenebilir. Güvenilir kişi veya bilgi veren yanlış bilgi vermezse veya güvenilir kişi polisle işbirliği faaliyetlerinde suç işlemezse, yönergeye göre polis ve savcılık kimliği saklı tutulma garantisine bağlıdır (I. 4). Sonuçta bu kişilerin statüsü ceza muhakemesinde fiilen özel bir statüdür.

Gizli Soruşturmacının Yasal Tanımı

Gizli soruşturmacının yasal tanımı çeşitli kanunlarda vardır. En geniş ve özellikle ceza davalarında içtihadın konusu olan tanım, ACMK m. 110a/2'de var. Polis kanunlarında buna hemen hemen tamamen benzeyen tanımlar³¹ veya daha muğlâk tanımlar³² vardır. Eyaletlerin anayasa koruma kanunlarında genelde gizli soruşturmacının tanımı yoktur, bazen de sadece çok genel kavramlar kullanılır.³³ ACMK'nun tanımının iki unsuru vardır: kolluk memuru olması ve uzun süre uydurma kimliğin kullanılması.

a) Kanunda 'polis memuru' deyiminden sadece eyaletlerin polisi ve federal polisin memurları değil, belli suçları araştıran gümrük ve vergi memurları, kanunla polis memurlarıyla eşit kılınan bazı özel dairelerin memurları (ekonomi suçları, madencilik ile ilgili suçları vs. araştıran memurlar) anlaşılır.³⁴ Gizli soruşturmacının sıkı ve doğrudan doğruya etkili bir şekilde yönetilmesi ve üst amir tarafından denetiminin sağlanması için,³⁵ bütün gizli soruşturmacıların Memur Hukuku Çerçeve Kanunu'na³⁶ göre memur olması gerekir. Memur sıfatı ulusal hukuka göre tanımlanmış olduğundan, Avrupa Birliği

³¹ Örneğin Saksonya'nın Polis Kanunu (SächsPolG) m. 38/1 bent 3.

³² Örneğin ASOG Berlin m. 26/1.

³³ Baviera'nın Anayasa Koruma Kanunu'nda (BayVSG) istihbarat dairesi 'gizli elemanları' kullanabilir, diye bir ifade var (m. 6/1).

³⁴ L. Meyer-Gofßner/B. Schmitt (ed.), Strafprozessordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 55. baskı, München, 2012, kn. 14. m. 163.

³⁵ OrgKG'nin tasarısının gerekçesi t. 25.7.1991, BTDrucks. 12/989, s. 42.

³⁶ Beamtenrechtsrahmengesetz m. 2, 35 vd.

üye devleti veya başka bir devletin polisiyle yürütülen müşterek operasyonlarda Almanya'da faaliyette bulunan yabancı gizli soruşturmacı Alman hukukuna göre gizli soruşturmacı olamaz. Bu durum en nihayetinde polis için gizli soruşturmacının çalışması için yasada öngörülen şartları by pas etmek için bir olanak yaratmaktadır.

b) Yasal tanımın ikinci unsuru uydurma kimliktir (*Legende*). Bir uydurma kimlik sadece isim ve adres gibi verileri kapsamamaktadır. Aile durumu, başka kişisel veriler, meslek, iş yeri vs. durumları kapsar.³⁷ Bunun için ACMK 110a maddenin 3'üncü fıkrasına göre gerekli belgeler yapılabilir, değiştirilebilir ve kullanılabilir. Gizli soruşturmacı uydurma kimliğini 110a maddesinin 2'nci fıkrasına göre hukuki ilişkilerde de kullanabilir.

ACMK'nun 110/a maddesine göre uydurma kimliğin 'uzun süreli' (*auf Dauer*) olarak verilmesi şartı ile sadece bazı olanaklarda sahte bir kimlik ile bağlantı kuran ve soruşturmada kişilerle konuşan bir polis memurundan fark ortaya konulur. Bu nedenle sadece bir iki defa bir şüpheli ile görüşen ve görünüşte uyuşturucu madde satmaya çalışan bir polis memuru bir gizli soruşturmacı değildir.³⁸ Rumuz ile değil, sadece gerçek kimliği ile kullanılacak internet alanlarında uydurma kimliği kullanan soruşturmacı da gizli soruşturmacı olabilir.³⁹

Yasadaki düzenleme içtihatla tam olarak kabul edilmemiştir. İçtihatla 110a maddesinin 2'nci fıkrasındaki 'uzun süreli uydurma kimlik' unsuru, 'bir soruşturmada uzun süreli kullanma' unsuru olmuştur. İçtihatla uzun süre, verilen uydurma kimlik ile ilgili değil, doğrudan doğruya soruşturmalar ile ilgili değerlendirilir. Gizli soruşturmacı olarak kabul etmek için, sadece polis memuruna verilen görev belirtilen birkaç somut soruşturma görevi olması yetmemektedir. Bunun ötesinde sayıları belli olmayan kişileri polis memurunun kimliği hakkında da yanıltmak gerekir. Gerekli olan soruşturma görevinden dolayı gele-

³⁷ H.-J. Rudolphi, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. ed. H.-J. Rudolphi, Neuwied, Oktober 2008, m. 110a kn. 14.

³⁸ OrgKG'nin tasarısının gerekçesi t. 25.7.1991, BTDrucks. 12/989, s. 42.

³⁹ Ayrıntılar için bakınız C. Rosengarten/S. Römer, Der „virtuelle verdeckte Ermittler“ in sozialen Netzwerken und Internetboards, NJW 2012, 1764.

cekteki ceza muhakemesinde kimliğin saklı tutulmasının gerekli olduğu ve bunun sonucunda genel hukuki ilişkilerde ve muhakemede şüphelinin haklarına müdahale edildiği hallerde, uzun süreli uydurma kimlikten bahsedilebilir.⁴⁰ Bu şekilde içtihadta gizli soruşturmacı tanımının asıl unsuru, başka kişilerin haklarına müdahalenin ağırlığı olmuştur.⁴¹ Sadece ara sıra bir satışta görünüşte satın alıcı olarak soruşturmada görev alan ve kimliğini saklayan veya sahte kimlik kullanan bir polis memuru buna göre gizli soruşturmacı değildir. 'Uzun süreden' belli bir asgari süre anlaşılabilir. Bunun sonucunda, uzun bir süre ama her soruşturmada sadece sınırlı bir şekilde aynı uydurma kimliği kullanan polis memuru, içtihadta gizli soruşturmacı olarak kabul edilmemiştir. Kanunda uzun sürenin böyle bir niteliği yazılmamıştır. Tekrar tekrar gerçek kimliğini saklayarak aynı uydurma kimliği ile farklı soruşturmalarda çalışan bir polis memuru, bu tanıma göre sadece gizlice soruşturan polis memurudur (*nicht offen ermittelnde Polizeibeamte - NoeP*). Bu içtihat ile ACMK'nun 110a vs. maddelerindeki düzenlemeleri bypass etmek için bir olanak yaratılmıştır.⁴²

III. Gizli Soruşturmacı Kullanılmasının Alanları

Ceza muhakemesinde gizli soruşturmacının kullanılması ACMK'nun 110a, b, c maddelerinde düzenlenmiştir. Gizli soruşturmacı sadece belli suçların aydınlatılmasında kullanılabilir. Ayrıntılar için sonraki bölüme bakınız. Bunun dışında gizli soruşturmacı polis kanunlarına göre ve istihbarat daireleri tarafından kullanılmaktadır.

Bir polis memurunun, gizli soruşturmacı olarak polis kanununa göre tehlikeyi veya suç işlenmesini önleme faaliyetlerinde ve ceza muhakemesi kanununa göre adli soruşturma faaliyetlerinde aynı anda kullanıldığı hallerde, hangi kanunun şartlarını yerine getirmenin gerekli olduğu hakkında yasal bir düzenleme yoktur. İchtihadta, alınan önlemlerin işlevine göre karar verilir. Tedbir, işlenmiş suçun aydınlatılması için alınmışsa, ceza muhakemesi alanında bir faaliyet söz konusudur. Örneğin gizli soruşturmacı bir suçun işlenmesini kış-

⁴⁰ BGH – 1 StR 685/94 t. 7.3.95, NStZ 1995, 516.

⁴¹ Aynı yerde.

⁴² *Krey* (dipnot 27), 31, 32

kırtmayı gerçekleştirirse, bu olayın sadece ceza muhakemesi hukukuna göre değerlendirilmesi gerekir, çünkü somut bir suçta kışkırtarak bir suçun kovuşturulması söz konusu olmuştur ve bu şekilde genelde daha kapsamlı olan ceza muhakemesinin şartlarının yerine getirilmesi gerekir.⁴³

Polisin Tehlikenin Önlenmesi Faaliyetleri - Polis Kanunları

Eyaletlerin polis kanunlarında adli soruşturma alanına girmeyen görevler düzenlenmiştir. Bu üç görev alanı tehlikeyi önleme, suç işlenmesini önleme ve gelecekteki suçların takibati ve gelecekteki tehlikeyi önleme için tedbirler alma⁴⁴ görevleridir.⁴⁵ Bütün bu alanlarda belli şartlarla kişisel verilerin toplanmasında gizli soruşturma usulleri uygulanabilir. Güvenilir kişi ve bilgi veren tanımı olarak, 'gizlice polisle işbirliğinde olan kişiler' verilmiştir.⁴⁶

İstihbarat Teşkilatlarının Gizli Soruşturmacı Kullanması

Gizli soruşturma usullerinin ceza muhakemesinde ve polisin tehlikeyi önleme faaliyetlerinde istisna olması ve halen tartışılan bir konu olmakla beraber istihbarat teşkilatlarının çalışmalarında klasik bir çalışma türü oldu. Bunun nedeni olarak özel ve ağır tehlikeler ve özellikle yurt dışında yürütülen faaliyetlerde başka surette soruşturma yapma imkânının bulunmaması gösterilmektedir.

İstihbarat teşkilatlarının çalışma alanları olarak özgürlükçü demokratik temel düzenine, federal devletin veya eyaletlerin mevcudiyetine ve güvenliğine karşı yönelen girişimler, casusluk, dış işleri ile ilgili Almanya'nın çıkarları şiddet ile tehlikeye düşüren girişimler ve halkların anlaşması düşüncesine karşı girişimler takip etmektedir⁴⁷. Bu tehlikeleri önlemek için istihbarat teşkilatları, gizli so-

⁴³ BGHSt 45, 321 (337).

⁴⁴ Tehlikeyi önleme ve adli soruşturma yanında Alman Polis Hukukuna yeni giren 'ön alan tasarımı' (*Vorfeldkonzept*) genel bir değerlendirme için bkz. C. Gusy, *Polizeiarbeit zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung*, StV 5/1993, 269-277.

⁴⁵ ASOG m. 1/1-3; Kuzey Ren Vestfalya Polis Kanunu (PolG NRW) m. 1/1.

⁴⁶ ASOG m. 26.

⁴⁷ Anayasa Koruma Konusunda Federal Devlet ile Eyaletler Arasında İşbirliği ve Federal Anayasa Koruma Dairesi Dair Kanun (Bundesverfassungsschutzgesetz - BVerfSchG) m. 3/1; Federal İstihbarat Servisi Dair Kanun (BND-Gesetz) m. 1/2; Berlin'de Anayasa Koruma Dair Kanun (VSG Berlin) m. 5/2.

ruştırma usulleri uygulayarak bilgi toplayabilip devlet kurumlarına ve kamuoyuna bu tehlikeler hakkında bilgi vermelidir. Federal düzeyde çalışan istihbarat teşkilatları (Federal Anayasa Koruma Dairesi - *Bundesamt für Verfassungsschutz* - iç işleri; Federal İstihbarat Servisi - *Bundesnachrichtendienst BND* - dış işleri; Askeri Koruma Servisi - *Militärischer Abschirmdienst MAD* - askeri işler) belli koşullarla güvenilir kişi, gizli kalan bilgi veren, teşkilata yardım eden kişi (*Gewährsmann*) kullanabilirler (BVerfSchG m. 8/2⁴⁸). Gizli soruşturmacı hakkında bir düzenleme yoktur. Ancak kanunda 'kamufraj belgeleri (*Tarnpapiere*) ve kamufraj plakalarının (*Tarnkennzeichen*)' kullanılabilmesi, yani kimliği ve arabanın sahibini saklamak için kullanılan sahte belgeleri ve plakaları kullanılabilmesi belirlenmiştir (m. 8/2). Bu düzenlemeden farklı olarak eyaletlerin anayasa koruma daireleri hakkındaki kanunların çoğunda doğrudan doğruya gizli soruşturmacı bir soruşturma aracı olarak düzenlenmiştir.⁴⁹ Gizli soruşturmacı bu kanunlarda genelde diğer gizlice soruşturmaya katılan kişilerle beraber düzenlenmiştir ve kullanılması için ölçülülük ilkesinden farklı olmayan bir ikincilik ilkesi şart olarak öngörülmüştür.

Gizli soruşturmacı, bazı eyaletlerin Anayasa Koruma Dairesi tarafından organize suçlulukla mücadelede de kullanılmıştır. On altı eyaletlerden dört eyalette Anayasa Koruma Dairesi'ne yukarıda saydığım görevler yanında organize suçluluk hakkında bilgi toplamak görevi de verilmiştir.⁵⁰ Aslında Saksonya'nın Anayasa Koruma Kanunu'nda böyle bir görev verilmiştir.⁵¹ Ancak Saksonya'nın Anayasa Mahkemesi'nin kararı⁵² üzerine, bu görevin ayrılık ilkesine aykırı olduğundan görev kaldırılmıştır.⁵³

⁴⁸ Diğer istihbarat teşkilatların kanunlarında gizli soruşturma yetkileri konusunda bu kanuna atıfta bulunur.

⁴⁹ Örneğin Schleswig Holstein Eyalet Anayasa Koruma Kanunu (LVerfSchG) m. 8/2 1./1. veya Bremen Anayasa Koruma Kanunu (BremVerfSchG) m. 8/1 bent 1, 2'de güvenilir kişi, bilgi veren ve gizli soruşturmacının kullanılması öngörülmüştür.

⁵⁰ Hessen, Thüringen, Saarland, Bavyera. Örneğin BayVSG m. 1 f. 1 cümle 2.

⁵¹ Eski Saksonya Anayasa Koruma Kanunu (SächsVSG) m. 1 f. 1 cümle 2.

⁵² Vf. 67-II-04 t. 21.7.05.

⁵³ Kanunda eskiden ve son değişikliklerden sonra da gizli soruşturmacı hakkında bir düzenleme yoktur. Ama kamufraj belgeleri ve kamufraj plakalarının kullanılması hakkında bir düzenleme vardır.

Almanya’da genel olarak istihbarat teşkilatı ile polis arasında ayrılık ilkesi (*Trennungsgesetz*) geçerlidir. Nasyonal sosyalist sistemdeki istihbarat teşkilatı GESTAPO ve Alman Demokratik Cumhuriyeti’ndeki (DDR) istihbarat teşkilatı Devlet Güvenlik Servisi’nin (*Staatssicherheitsdienst*) istihbarat, polis ve icra yetkilerini kullanarak kapsamlı ve hukuki denetim dışında bir kontrol ve baskı sistemi kurmuşlardır. Bu tecrübenin sonucunda ve hukuk devleti ilkesinin gereği olarak Alman istihbarat teşkilatı ile polis teşkilatı ayrı tutulmuştur. Bu şekilde farklı görev, yetki ve çalışma usulleri iki ayrı bağlantıda düzenlenmiştir. Anayasa Koruma Daireleri tarafından anayasal düzen ve Almanya’nın ve eyaletlerin mevcudiyetini koruma amacıyla toplanan bilgiler, sadece yasadışı faaliyetler ile ilgili bilgiler değildir. Bu kapsamlı bilgi toplama yetkisinin hem çok sınırlı bir alanda verilmesi gerekir, hem de sadece genel bilgilendirme görevi için veya sınırlı bir şekilde başka kurumların faaliyetleri için kullanılması gerekir.⁵⁴ Tehlikeyi önlemek, suçları aydınlatmak ve önlemek için polise verilen çok daha kapsamlı yetkiler ve özellikle infaz yetkileri, sadece somut ipuçlarına dayanan şüphe üzerinde kullanılmalıdır.⁵⁵ Bu nedenle istihbarat dairesine doğrudan ceza kovuşturma alanına giren bir görev vermek, hem ceza muhakemesi hukukunda ve polis hukukunda tedbirlerle ilgili sınırlamalar ve koşulları bypass edeceğinden hem de ayrılık ilkesinin ihlâli olduğundan eleştirilmektedir.⁵⁶

IV. Ceza Muhakemesinde Gizli Soruşturmacı Kullanılmasının Koşulları

Belli Suçlar

Gizli soruşturmacının kullanılması için belli suçların işlendiğine dair şüphe şarttır. ACMK’nun 110’uncu maddesinde üç suç grubu (organize suçluluk, cürümlerin tekrarlanması ve özel ağır cürümler) belirtilmiştir.

⁵⁴ Somut bir tehlikenin veya suçun söz konusu olduğu hallerde, işlenen ve işlenecek suça ilişkin bilgilerin polise verilmesi gerekir.

⁵⁵ Bkz. C. Gusy, *Polizei und Nachrichtendienste im Kampf gegen die Organisierte Kriminalität*, *KritV* 3/1994, 242, (243, 244).

⁵⁶ E. Denninger, *Verfassungsschutz, Polizei und die Bekämpfung der organisierten Kriminalität*, *KritV* 3/1994, 232.

Organize Suçluluk Alanındaki Suçlar

İlk suç grubu organize suçluluğun faaliyet alanlarında işlenen suçlar veya organize suçluluğun fiil işleme türü ile işlenen suçlardan oluşmaktadır. 110a maddenin 1'inci fıkrasının 1'inci ve 2'nci bentlerindeki genellenen suç kataloğuna göre uyuşturucu madde ve silahlar (Betäubungsmittel- und Waffenverkehr) ve parada veya kıymetli damgalarda sahtecilik ile ilgili veya devlet güvenliği alanında büyük önem taşıyan bir suç işlendiğine dair yeterli fiili ipuçları (*Anhaltspunkte*) mevcut olduğu hallerde gizli soruşturmacının kullanılması mümkündür. Devlet güvenlik suçları için kanun, Mahkeme Teşkilatı Kanunu'nun (Gerichtsverfassungsgesetz) 74a ve 120 maddelerine gönderme yapar. Bu maddelerde Alman Ceza Kanunu'nun⁵⁷ (ACK) ilk bölümlerinde düzenlenen devlet güvenlik suçları (barışa ihanet, vatana ihanet, casusluk, anayasal organlara karşı suçlar vb.), Devletler Ceza Kanunundaki suçlar (soykırım vb.) ve Suç İşlemek İçin Örgüt Kurma, Terör Örgütü Suçu ve Hazırlanmakta Olan Belli Ağır Suçların Bildirilmemesi Suçu gibi belli ağır suçlar için mahkemelerin yetkisi belirtilmiştir.

Belli suçların yanı sıra, belli suç işleme türü gizli soruşturmacının kullanılmasına neden olabilir. 110a maddenin 1'inci fıkrasının 3'üncü bendinde meslek haline getirilen⁵⁸ veya itiyadi olarak⁵⁹ işlenen suçların soruşturmalarda gizli soruşturmacının kullanılması mümkündür. 4'üncü bende göre suç bir çete mensubu⁶⁰ veya başka şekilde organize olarak işlenmesi şartı düzenlenmiştir. 'Organize bir şekilde' unsuru bir toplama suç unsurudur (*Auffangtatbestand*). Diğer unsurlara girmeyen, ama yine suçun işlenmesinde örgütlü bir bünyenin etkisinin ol-

⁵⁷ Strafgesetzbuch - StGB

⁵⁸ TCK'daki tanım gibi Alman hukukunda kısmen de olsa geçimini suçtan elde ettiği kazançla sağlayan bir kişi gerekir (m. 6/1 bent i), bkz. T. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 60. baskı, München, 2013, m. 52, kn. 62.

⁵⁹ Suçun en az iki defa işlenmesi ve bununla, bu suç işleme bir eğilim oluşturulması gerekir.

⁶⁰ Alman ceza hukukunda çete veya örgüt tarafından işlenen suçlar vardır. Çete örgütten daha muğlak bir örgütlenme türü. Bkz. F. Yenisey/G. Plagemann, Strafgesetzbuch (StGB)/Alman Ceza Kanunu, Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük, İstanbul, 2009, IX, X..

duğunu bu unsur ile tam anlamda bir çetenin veya örgütün suçları söz konusu olmadığı hallerde, ama örneğin hala çete olmadığı bir kaç kişi tarafından işlenen suçlar kataloga alınmak istendi.⁶¹ Aslında bununla 'organize suçluluk' kavramına bir gönderme yapıldı ve organize suçluluk kavramı gibi niteliği belli olmayan bir kavram kullanıldı.⁶²

Gizli soruşturmacının kullanılması için sadece bu maddelerde belirtilen bir suçun işlenmesinin söz konusu olması gerekmemektedir. Bunun ötesinde, bu suçun büyük önem taşıyan bir suç olması gerekir. Bu nitelik ile yasa koyucu belirsiz bir tanım unsuru eklemiştir, çünkü büyük önemin tanımlanması çok zordur ve somut suçun niteliği çok kez soruşturma süresince belirlenecektir.⁶³ Suçun büyük önem taşıması somut suçta belirlenmelidir. Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına göre bu tanım, yine hukuk devleti ilkesinden çıkan belirlilik ilkesine uygun bir tanımdır. Bu şekilde nitelendirilmiş bir suçun, suçluluğun orta dereceli kesiminde olması gerekir. Hukuk barışı etkin bir şekilde ihlal edilmek ve halkın hukuka güveni önemli derecede sarsılmak zorundadır.⁶⁴ Bu kategoriye giren suçlar olarak cürümler akla gelse de, suçun öneminin ceza çerçevesi dışında ayrı bir anlamı vardır. Maddede düzenlenen ikinci alandan anlaşılmaktadır ki, cürüm de olsa, belli bir önem gerekmektedir. Belli bir önem taşıyan cünhalar da bu kategoriye girebilir.

Cürümler⁶⁵

110a maddenin 1'nci fıkrasına göre, belli koşullarla cürümlerin soruşturulmasında gizli soruşturmacı kullanılabilir.

Bir cürüm işlenmesinin tekrarlanması tehlikesi olduğu hallerde (m. 110a/1 cümle 2) veya cürümün özel öneminden dolayı (m. 110a/1 cümle 4) gizli soruşturmacının kullanılması mümkündür. Tekrarlan-

⁶¹ H. Hilger, Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgKG - 1. Teil, NSTZ 1992, 457, 460 dipnot 51.

⁶² Bkz. Schäfer (dipnot 10), m. 110b kn.28. Schäfer 'organize bir şekilde' kavramın tanımı için organize suçluluk kavramı için kullanılan tanımlardan yararlanmak istiyor.

⁶³ Meyer-Göfner/Schmitt (dipnot 34), m. 98a kn. 5.

⁶⁴ Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararları (BVerfGE) 112, 304 (316).

⁶⁵ ACK'nun 12'üncü maddesine göre cezanın alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezası olan suçlar cürümler (*Verbrechen*), diğer suçlar cünhalardır (*Vergehen*).

ma tehlikesini belirtmek için bir veya birkaç şüpheli tarafından aynı veya benzer bir cürümün bir daha işlenmesinin belli olgulardan anlaşılması gerekir.⁶⁶

Cürümün özel önemi ile 1'inci fıkranın 1'inci cümlesindeki 'önemli suç' kavramı arasında bir fark olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır. Gercke'ye göre birinci derece mahkemesi olarak bölge mahkemesinde (*Landgericht*) yargılanan suçlar⁶⁷ bu kategoriye girer.⁶⁸ Başka yazarlara göre 4'üncü cümledeki 'özel önem' kavramı ile 1'inci cümledeki 'önemli suç' kavramı arasında bir fark yapılamaz ve farklı ifadenin anlamı yoktur.⁶⁹

Şüphe

Söz konusu olan suçların işlendiği ile ilgili basit bir şüphe gerekir (başlangıç şüphesi). Bu şüphe genel bir şüphe ötesinde fiili ipuçlarına (*tatsächliche Anhaltspunkte*), yani olgulara dayanmak zorundadır. Ceza muhakemesinde sadece suçların takibatı mümkün olduğundan, gelecek suçlar veya belli olgulara dayanmayan bir şüpheden dolayı bir soruşturma yapılmadığında gizli soruşturmacı da araştırma yapamaz. Bu konuda, polis kanunlarında verilen yetkiler özel bir önem taşırlar. Bir kişinin gelecekte suç işleyeceğine ilişkin şüphe yaratan fiili ipuçları varsa, polis, kanuna göre gizli soruşturmacı kullanılabilir. Bunun sonucunda gizli soruşturmacı bir soruşturma faaliyetini duruma göre farklı kanunlara göre yapabilir.

İkincilik İlkesi

Gizli soruşturmacı kullanılması için diğer gizlice yürütülen koruma tedbirlerindeki (Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi vs.) gibi bir şart ikincilik ilkesidir. İkincilik ilkesi, gizli soruşturmacının kullanılmasını sadece belli suçlarda yasaya uygun bir tedbir olarak öngören şart gibi somutlaştırılan ölçülülük ilkesidir. Kişi-

⁶⁶ *Schäfer* (dipnot 10), m. 110b kn. 33.

⁶⁷ Dört yıldan fazla bir hapis cezası verilecek suçlar; m. 74'teki suç kataloğu: sonucunda ölüm meydana gelen suçlar; m. 74a'daki suç kataloğu: devlet güvenlik suçlarının bazıları; bazı ekonomi suçları.

⁶⁸ *Gercke*, in: *Strafprozessordnung, Heidelberger Kommentar, Gercke etal ed.*, 4. baskı, Heidelberg, 2009, m. 110a kn.16.

⁶⁹ Başka kaynaklarla *Meyer-Gofßner/Schmitt* (dipnot 34), m. 110a kn. 13

lerin haklarına ağır bir müdahale oluşturan gizli soruşturmacı faaliyetleri, sadece diğer koruma tedbirlerinin suçu aydınlatılması için yeterli olmadığı hallerde yapılabilir. Koruma tedbirlerinde ikincilik ilkesinin Alman ceza muhakemesinde beş farklı derecesi vardır: Soruşturmanın

- Oransız derecede zorlaştığı veya imkânsız gibi görüldüğü hallerde (*unverhältnismäßig erschwert* veya *aussichtslos* – m. 100c/1 - Evde konuşmaların dinletilmesi: Bu koruma tedbiri en ağır tedbir olduğundan son çaredir ve sadece diğer koruma tedbirlerinin başaramadığı hallerde kullanılmalıdır.⁷⁰)

- İmkânsız gibi görüldüğü veya önemli derecede daha zorlaştığı hallerde (*aussichtslos* veya *wesentlich erschwert* – m. 110a - Gizli soruşturmacı; m. 100a/1 - Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi: Aydınlatılma imkânı sağlayan başka soruşturma usulleri yoktur veya başka soruşturma usullerinin kullanıldığı hallerde çok daha fazla zaman veya çalışma gereklidir. Bu değerlendirmede farklı soruşturma usullerinin maliyeti göz önüne alınmaz.⁷¹).

- Başarı şansının çok daha az olduğu veya önemli derecede daha zorlaştığı hallerde (*erheblich weniger erfolgversprechend* veya *wesentlich erschwert* – m. 98a - Bilgisayar destekli kişisel verilerin filtrelenmesi: Aydınlatma şansının önemli derecede daha az olması gereklidir. İkinci unsur için önceki paragrafa bkz.);

- Başarı şansının daha az olduğu veya daha zorlaştığı hallerde (*weniger erfolgversprechend* veya *erschwert* - m. 100h/1 - başka teknik araçların kullanılması: genel ölçülülük ilkesinden net bir fark oluşturmayan bu ikincilik ilkesi,⁷² sadece bu koruma tedbiri özel bir ikincilik ilkesi öngörülmeyen koruma tedbirlerden daha ağır bir tedbir olarak algılandığını ifade eder.);

İnce farklar, ilkelere ve yorumlardaki genel kavramlardan ve farklı aşamalarda aynı ilkeler (*wesentlich erschwert*) kullanıldığından,

⁷⁰ Meyer-Gofner/Schmitt (dipnot 34), m. 100c kn. 8.

⁷¹ Meyer-Gofner/Schmitt (dipnot 34), m. 100a kn. 134; Graf, başka soruşturmalar ihmal edilmesi gerektiyse, fazla çalışmalar veya maliyet neden olarak kabul eder; bkz- J. P. Graf, in: Graf (ed.) Strafprozessordnung, 14. baskı, München, 1 Haziran 2011 durumu, m. 110a kn. 40.

⁷² Bernsmann/Jansen (dipnot 9), 221, 222.

detaylı bir hak koruma sisteminin görünüşte yaratıldığı, ama uygulamada gerçekleşemeyeceği görülmektedir.⁷³ Gösterdiğim farklı ikincilik ilkeleri bir hiyerarşisi olarak algılanırsak, ACMK'nda iki hiyerarşi kurulmuştur:

- ikincilik ilkesi öngörülmeleyen ve ikincilik ilkesi öngörülen tedbirler arasında
- farklı ikincilik ilkesi öngörülen tedbirler arasında.

Aynı ikincilik ilkesi öngörülen tedbirler arasında hiyerarşi kanunda belirtilmemiştir. Bu hallerde somut durumu ve somut tedbirleri değerlendirerek genel ölçülülük ilkesine göre iki tedbirler arasında en az haklara müdahale eden tedbir alınması gerekir.⁷⁴

ACMK'nun 110a maddesinde gizli soruşturmacının kullanılması için iki farklı ikincilik ilkesi öngörülmüştür.

1'inci fıkranın 1'inci veya 2'nci cümlesinde belirtilen suçların (organize suçluluk alanlarında veya organize suçluluk için tipik olan suç işleme türüyle işlenen suçlar; cürümlerin tekrarlanması tehlikesi) aydınlatılması için bu suçların aydınlatılması imkânının bulunmaması veya çok daha zor olması durumlarında gizli soruşturmacının kullanılması mümkündür.

1'inci fıkranın 3'üncü cümlesinde belirtilen özel önem taşıyan cürümlerin soruşturulmasında gizli soruşturmacı kullanılması ise sadece başka bir imkânın bulunmaması hallerinde (aussichtslos) yasaldır. En ağır ikincilik ilkesi olduğundan dolayı cürümlerin soruşturulmasında gizli soruşturmacı sadece son çaredir ve diğer soruşturma usulleri denendiğinde veya net bir sebepten başarısız olunacağı belli olduğu hallerde kullanılabilir.

Usul Açısından

Evvla polisin bir tedbiri olduğundan gizli soruşturmacının kullanılması konusunda inisiyatif polisin elindedir. Her ne kadar savcı bunu teklif ederse de, suç ve soruşturmanın durumu açısından bu tedbirin uygulanması gerekli olarak görülürse de, bu tedbir polisin

⁷³ Bernsmann/Jansen (dipnot 9), 221, 222. Bernsmann kavramlarla cambazlık (Begriffsjongliererei) kavramını kullanıyor.

⁷⁴ Meyer-Göfner/Schmitt (dipnot 34), m. 100a kn. 14.

başvurusu üzerine alınır. Son karar bütün soruşturmadaki gibi savcının elinde kalır. Savcının onayı gerekir (m. 110b/1).

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde polis memurunun kararı yeterlidir, ama gecikmeksizin savcının onayının alınması gerekir. Savcının onayı en geç 3 çalışma günü sonrasında verilmelidir. Onay yazılı olarak ve bir süre için verilir. Tedbirin süresi hakkında yasada bir düzenleme yoktur. Tedbirin onayı uzatılabilir.

Tedbir belli bir kişi üzerinde uygulanırsa veya gizli soruşturmacı bir konuta girerse, hâkimin kararı gerekir (m. 110b/2). Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının kararı yeterlidir. Savcının onayı hemen alınamazsa, polis memurunun kararı yeterlidir. Bütün hallerde üç gün içinde hâkimin kararının alınması gerekir.

Gizli soruşturma usullerini kullandıktan sonra ilgili kişilere gizli tedbir ve kanun yolu hakkında bilgi vermesi gerekir (m. 101). Gizli soruşturmacının faaliyetleri hakkında hedef olan kişiye, önemli derecede ilgili olan kişilere ve gizli soruşturmacının girdiği konutun sahibine bilgi verilmesi gerekir. Haber, soruşturmanın, herhangi bir kişinin yaşam, beden veya özgürlüğünün ve gizli soruşturmacının gelecekte kullanılmasının tehlikeye düşürülmemesinden itibaren verilir. Tedbirin bitmesinden on iki ay sonra haber verilmemişse, bir mahkeme kararı gerekir. Haber vermemek için öngörülen nedenler gelecekte de mevcut olacaksa, mahkeme nihai haber vermemeye karar verebilir (m. 101/5 ve 6).

V. Gizli Soruşturmacının Yetkileri

Gizli soruşturmacının yetkileri olarak ACMK'nda uydurma kimliği kullanmak (110a/2), soruşturma dışında veya bittikten sonra da kimliği saklamak (110a/2 ve 110b/3) ve kimliği saklayarak konuta girmek (110c) düzenlenmiştir.⁷⁵ Bunun dışında gizli soruşturmacının yetkileri olağan bir polis memurunun yetkileri ile aynıdır. ACMK'nun 110c maddesinin 1'inci fıkrasının 3'üncü cümlesinde gizli soruşturmacının bu kanuna ve diğer mevzuata göre verilen yetkileri kullanabildiği belirtilmiştir. Polis memuru olarak soruşturmada özel-

⁷⁵ Polis kanunlarında gizli soruşturmacının yetkileri düzenlenmişse, aynı yetkileri düzenlenmiştir.

likle ACMK ve polis kanunlarında belli şartlarla düzenlenen yetkiler kullanılabilir. Bu yetkiler sadece mevzuatta belirtilen şartlar yerine getirilerek uygulanabilir. Bu nedenle koruma tedbirlerinin bütün şartları (hâkim kararı vs.) geçerlidir ve koruma tedbirlerinin uygulanmasında yasada öngörülen usulün de dikkate alınması gerekir. Açık uygulanan koruma tedbirlerini (arama, el koyma), gizli soruşturmacı da açık bir şekilde yapmak zorundadır. Bunun sonucunda gizli soruşturmacı 110c maddesine göre bir konuta girebilir ve orada gördüğü olaylar veya şeyler hakkında muhakemede delil olarak kullanılacak bilgi verebilir, ama evde gizlice arama yapamaz. Kanunda düzenlenen gizlice soruşturma usulü, özellikle uydurma kimliği kullanılması, ile açık bir şekilde yapılan koruma tedbirleri arasındaki sınırlar tartışılmaktadır. Yetkileri kullanma süresinde veya daha iyi kullanmak için diğer koruma tedbirleri için öngörülen şartları yerine getirmekten vazgeçebilir mi?

Uydurma kimliği kullanmak

Gizli soruşturmacı, soruşturmada ve genel olarak hukuki ilişkilerde uydurma kimliğini ve bununla bağlantılı olarak sahte belgeleri kullanabilir (m. 110a/2 ve 3). Yeni kimliğe göre kayıtlar da yapılabilir (örneğin naylon firmasının kaydı⁷⁶), ama resmi sicil ve defterlerde gerçek kayıtlarda bir değişiklik yapılamaz.⁷⁷ Bu düzenleme, ACK'nun 267'nci maddesine göre Belgede Sahtecilik suçunda ve 348'inci maddesine göre Görev Başında Resmi Belge Sahtecilik suçunda ve benzer suçlarda hukuka aykırılığı kaldıran neden sayılır.⁷⁸ Gizli soruşturmacının kimliği soruşturmada sonra da saklı tutulabilir (m. 110b/3). Kullanışı hakkında karar veren savcı veya hâkim kimliği öğrenebilirler. 110b maddede 96'ncı maddeye atıfta bulunularak ceza muhakemesinde gizli soruşturmacının kimliğinin saklı tutulması nedenleri olarak gizli soruşturmacının veya başka bir kişinin yaşam,

⁷⁶ OrgKG'nin tasarısının gerekçesi t. 25.7.1991, BTDrucks. 12/989, s. 42.

⁷⁷ H. Hilger, Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgKG - 2. Teil, *NSfZ* 1992, 523, 144 f. Gizli soruşturmacı düzenlenen kanunla nüfus kaydı ile ilgili kanundaki değişikliği yapma teklifini reddedilmiştir. Karşı fikir için bkz. R. Zaczyk, Prozeßsubjekte oder Störer? Die Strafprozeßordnung nach dem OrgKG - dargestellt an der Regelung des Verdeckten Ermittlers, *StV* 9/1993, 490 (493, 494).

⁷⁸ *Rudolphi* (dipnot 37), m. 110a kn. 15

beden veya özgürlüğünün tehlikeye düşürülmesi kaygısı veya gelecekte bu kişinin soruşturmalarda kullanılışı sayılmıştır.

Konuta Girmek

110c maddeye göre hâkim kararı almak şartıyla⁷⁹ gizli soruşturmacı uydurma kimliği kullanarak konutun sahibinin rızasıyla konuta girebilir m. 110c/1, 1'inci cümle). Uydurma kimliğin kullanılmasının ötesinde, konuta girme hakkı uydurarak sahibin rızasını sağlamak yasaktır (m. 110c/1, 2'nci cümle).

Bu düzenlemenin anayasa aykırı olup olmadığı tartışılmaktadır.⁸⁰ Aslında hukuka aykırı olarak bir vesilede söylenen, ama somut olayın hukuki çözümü için hiçbir önem taşımayan bir açıklama ile (*obiter dictum*) Alman Federal Yargıtayı sorunu çeşitli görüşlerle tartışıp açık bırakmıştır.⁸¹

Kanunun gerekçesinde anayasa hukuku sorunu açıkça ihmal edilerek 'korunan yüce hukuki değerlerden ve ölçülülük ilkesinin uygulanmasından' dolayı tedbirin anayasaya uygun olduğu açıklanmıştır.⁸² Bunun ötesinde, ACK'nun konut dokunulmazlığının ihlâli suçuna (m. 123) atıfta bulunarak konut sahibinin rızasıyla konuta girmenin bir hakka müdahale oluşturmadığı gerekçesiyle bu düzenlemenin anayasaya uygunluğu savunulmuştur.⁸³ Bu görüş 13'üncü madde ile korunan hukuki değeri yanlış anlamaktadır. ACK'nun 123'üncü maddesinde konut dokunulmazlığı herkese karşı korunur. Suçu oluşturan önemli bir unsur rıza olduğundan, suç ile korunan hukuki değer hareket özgürlüğünün bir parçasıdır.⁸⁴ 123'üncü maddede rıza, sadece fiili anlamda önem taşımaktadır. Doğrudan doğruya rızaya yönelik bir

⁷⁹ Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının kararı alınabilir. Savcının kararı zamanında alınmazsa, derhal alınması gerekir. Bu hallerde mahkemenin onayı alınması gerekir ve üç gün içinde alınmazsa, tedbirin bitirilmesi gerekir. Konuta zaten genel olarak herkes girebilirse, hâkimin kararı gerekmez.

⁸⁰ Çeşitli görüşlerin kaynakları için bkz. *Meyer-Göfner/Schmitt* (dipnot 35), m. 110c kn. 1.

⁸¹ BGH – 1 StR 527/96 t. 6.2.1997, StV 1997, 233 (233, 234).

⁸² BTDrucks. 12/989, s. 43. Her ne kadar bu gerekçenin yeterli olmadığı düşünülürse de, Krey benzer bir şekilde söz konusu düzenlemenin yasa koyucunun takdir yetkisinde olduğundan, anayasa aykırılık görüşünü reddeder. *Krey* (dipnot 27), 130 - 132.

⁸³ *Krey* (dipnot 27), 135, 136 - 138.

⁸⁴ *Fischer* (dipnot 58), m. 123 kn. 2.

aldatmanın söz konusu olduğu haller dışında, rıza yaratan neden önemli değildir.⁸⁵ Alman Anayasası'nın 13'üncü maddesi bireyin özel hayatını devletin müdahalesine karşı korumaktadır. Maddede devlete karşı bireye 'rahat bırakma hakkı' verilmektedir.⁸⁶ Birey bu haktan vazgeçebilir. Ancak devlet bu hakka müdahale girişimde bulunduğunu bilmezse, bu haktan da vazgeçmez. Zaten ilgili kişinin, bir devlet memurunun konutuna girilmesini istemediği bilindiğinde, memur olduğunu saklayarak konuta girmesi, maddenin hukuki değere ilişkin bir aldatmasıdır ve bu nedenle rızayı etkisiz hale getirir.⁸⁷

Bu nedenle Alman Anayasası'nın 13'üncü maddesinde konut dokunulmazlığını meşrulaştıran bir neden olup olmadığını belirtmek gerekir. Devlet maddedeki düzenlemeye göre konutun dokunulmazlığına üç nedenle müdahale edebilir:

1. Hâkim kararı ile yasada öngörülen usulde bir arama yapılabilir (m. 13/2).

2. Belli şartlarla gayet ağır suçu takip etmek için konutta konuşulan sözler teknik aletlerle dinlenebilir (m. 13/3). Konutta konuşmaların dinlenmesi yetkisi, ACMK'na eklenmesinden önce 13'üncü maddede değiştirilmişti.⁸⁸

3. Belli ağır tehlikeleri önlemek için hâkim kararı ile teknik araçlar kullanarak konut gözetlenebilir (m. 13/4, 5).

Anayasanın 13'üncü maddesinde devletin genel bir müdahale hakkı veya polise belli şartlarda genel bir konuta girme hakkı verilmemiştir. Tam tersine ceza takibatı için belli koşullarla belli yetkiler verilmiştir. Bu açıdan anayasadan doğan genel bir değerlendirme kullanılarak, bu çerçevede dışında yasa ile böyle bir hak/yetki verilemez.⁸⁹

⁸⁵ *Fischer* (dipnot 58), m. 123 kn.23.

⁸⁶ BVerfGE 109, 279 (309).

⁸⁷ *C. Roxin*, Zum Einschleichen polizeilicher Scheinaufkäufer in Privatwohnungen (BGH, StV 1997, 233 [455]), *StV* 1/1998, 43, 43 f.; *H. Frister*, Zur Frage der Vereinbarkeit verdeckter Ermittlungen in Privatwohnungen mit Art. 13 GG, *StV* 1993, 151 (153, 154).

⁸⁸ 26. 3. 1998 tarihli anayasada değişiklik yapılmasına dair kanun.

⁸⁹ *Roxin* (dipnot 87), 44, 45. Karşı görüş için bkz. *H. Hilger*, Verwertbarkeit der Aussage eines ohne richterliche Zustimmung als Scheinkäufer eingesetzten Polizeibeamten, Anmerkung zu BGH Urteil vom 06.02.1997 - 1 StR 527/96, *NStZ* 1997, 449, 450.

Anayasanın 19'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında bir temel hakkı bir yasa ile sınırlamak için şart olarak, maddenin numarasıyla sınırlanan hakkın yasada yazılması öngörülmüştür. OrgKG'ninde veya ACMK'nun 110a-c maddelerinde böyle bir açıklama yoktur. Bu nedenle de, OrgKG ile düzenlenen gizli soruşturmacının konuta girme hakkı anayasaya aykırıdır.⁹⁰

İfade Almak (Vernehmung)

Gizli soruşturmacı şüpheli ve şüpheli ile suçun çevresindeki kişilerle konuşarak bilgi almaya çalışır. Bu görüşmeler veya sohbetlerde, kanunlarda ifade almak için öngörülen şartları yerine getirmez (iddia ve şüphelinin hakları hakkında bilgilendirme vs.). Gizli soruşturmacı doğrudan şüpheliye suç ile ilgili soru sorarsa, bir polis memuru şüpheliyi sorgular. Bu hallerde hangi kurallar uygulanır? Meyer-Goßner'e göre gizli soruşturmacının uyduruk kimlik kullanma yetkisinden dolayı, kimliği ve memur sıfatı hakkında bilgi vermek zorunda değildir ve şüpheli ile yapılan konuşmalarda yasada öngörülen bilgilendirme yükümlüklerinden muaf tutulmuştur.⁹¹ Her ne kadar bu görüş tartışılmakta ise de,⁹² bu doğru olduğu halde, gizli soruşturmacı tarafından yapılan görüşmelerin, ifade alma olup olmadığı ve gizlice yapılan sorgulama için uygulanması gereken kurallar olup olmadığı bununla cevaplanmamıştır.

Polis tarafından şüphelinin ifadesinin alınması ACMK'nun 136 (bilgilendirme yükümlülükleri, şüphelinin hakları), 136a (yasak ifade alama usulleri) ve 163a (136 ve 136a maddelerin polis için de uygulanması) maddelerinde düzenlenmiştir. Maddede öngörülen bazı yükümlülükler (susma hakkı hakkında bilgilendirme, müdafî görev-

⁹⁰ Frister (dipnot 87), 153. 154.

⁹¹ Meyer-Goßner/Schmitt (dipnot 34), m. 110c, kn. 3. Bunun nedeni ACMK'nda düzenlenen gizli soruşturmacının uydurma kimliği kullanma yetkisi ise, diğer gizlice soruşturmaya katılan kişiler tarafından ve devletin kontrol veya yönetim altında yapılan sorgulama için kanundan bir muafiyet çıkmıyor. Bu nedenle Roxin'e göre bu hallerde 136'ncı madde kıyasen uygulanması gerekir. Roxin (dipnot 15), 466, 467 - 469.

⁹² Bkz. Roxin (dipnot 14), 468; A. Schumann, Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 31.3.2011 - 3 StR 400/10, JZ 5/2012, 265 (267).

lendirme hakkı) yerine getirilmemişse veya yasak usuller kullanılmışsa, alınan ifade delil olarak kullanılamaz.⁹³

Bundan bağımsız olarak kendini suçlamama hakkı (*Selbstbelastungsfreiheit – nemo tenetur se ipsum accusare*) Alman Anayasası'nın 1'inci maddesinde korunmakta olan insan onurundan ve 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlenen kişilik hakkından doğan anayasal hak olarak geçerlidir.⁹⁴

İfade Alma Kavramı

ACMK'nun 136. maddesine göre düzenlenen ifade alma açık ve resmi bir ifade alma olarak düzenlenmiştir. İfade alan kişi resmi niteliğiyle (polis memuru, savcı vs.) ifadeyi yürütür ve bu şekilde sorular sorar.⁹⁵ Bir sorgulamanın kanun anlamında ifade alma olması için sorgulanan kişinin bu resmi niteliği bilmesi gerekir mi? Doktrinde savunulan bir görüşe göre, ifade alma kavramı işlevsel bir kavramdır. Bir sorgulama ifade almanın işlevini yerine getirirse, ifade alma sayılır. Buna göre soruşturma kurumunun bir temsilcisi doğrudan suç ile ilgili şüpheliye soru sorarsa, bu olay ifade alma sayılır.⁹⁶ İçtihatta⁹⁷ ve doktrinde⁹⁸ hakim olan görüşe göre maddedeki net ifadeden dolayı sadece açık bir şekilde ve resmi niteliğiyle yapılan bir sorgulama ifade alma sayılır.

ACMK'ndaki İfade Alma Kurallarının Uygulanması

Bu nedenle gizli soruşturmacı tarafından uydurma kimliği kullanarak yürütülen sorgulama/görüşme 136'ncı maddeye göre bir ifade alma olmaz. 136. maddenin doğrudan kullanılması mümkün değildir.⁹⁹ 136. maddenin kıyasen uygulanması mümkün mü? Alman Federal Yargıtayı aynı nedenlerden kıyasen uygulamayı da reddeder. Bunun ötesinde 136'ncı maddede düzenlenen bilgilendirme yükümlülüğünün işlevi, şüpheliyi, resmi bir kuruma karşı bir ifade verme yükümlülüğü olmadığı hakkında bilgilendirmektir. Şüpheli karşısın-

⁹³ S. Gleß, in Löwe Rosenberg (dipnot 10), 26. baskı, m. 112 kn. 77-80, 95-98.

⁹⁴ BVerfGE 56, 37 (43), BGHSt 42, 139 (152).

⁹⁵ *Roxin* (dipnot 14), 465, 466.

⁹⁶ Gleß (dipnot 93), m. 136 kn. 12.

⁹⁷ BGH 5 StR 51/10 t. 18.05.2010, kn. 16.

⁹⁸ *Roxin* (dipnot 14), 465; *Meyer-Göfner/Schmitt* (dipnot 34), m. 136a kn. 4.

⁹⁹ BGHSt (Ceza Genel Kurulu) 42, 139 (145, 146).

da resmi bir kişi görmezse, zaten böyle bir ifade verme yükümlülüğünün olduğunu düşünemez.¹⁰⁰ Ancak 136'ncı madde kendini suçlamama hakkı ışığında yorumlanırsa, bilgilendirme yükümlülüğünün işlevi, devletin şüpheliyi kendini suçlamaya yönlendirmesini önlemektir. Bu yönlendirme hem resmi bir ifade almada hem de gizlice bir görüşmede gerçekleştirilebilir.¹⁰¹ İçtihadta kendini suçlamama hakkı, 136 ve 136a maddelerden bağımsız olarak da tartışılmakta olduğundan bu konuya sonra değineceğim.

Ancak 136a maddede düzenlenen yasak ifade alma usullerinin (zorlama, aldatma v.s.) resmi ifade almanın dışında uygulanması da yasaktır.¹⁰² Aksi takdirde bu yasakların işlevi yerine getirilemez. İfade almadan önce kullanılan zorlama dolayısıyla ifade alma süresinde de yasaklanan etki yaratılabilir. Bu nedenle 136a maddenin doğrudan veya kıyasen uygulanması savunulur.¹⁰³ Gizli soruşturmacının kimliği hakkında aldatma 110a madde ile meşrulaştırılmışsa da, kendini suçlama ile ilgili iradenin doğrudan etkileyen bir aldatma veya zorlama 136a maddede düzenlenen yasağın bir ihlâli olabilir.¹⁰⁴

Kendini Suçlamama Hakkı (Nemo Tenetur Se İpsum Accusare)

Bu anayasal hak şüpheli veya sanığın irade özgürlüğü korur. Kendini suçlama veya genel olarak soruşturmaya aktif katılma veya katılmamaya sanık veya şüpheli bizzat karar verebilir. 'Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır (TCK m. 148 cümle 1).' Kendini suçlamama hakkı şüpheliyi sadece zorla etkilendirmeye karşı¹⁰⁵ veya zorlama ve aldatmaya karşı¹⁰⁶ koruduğu hakkında tartışma-

¹⁰⁰ BGHSt (Ceza Genel Kurulu) 42, 139 (147).

¹⁰¹ *Roxin* (dipnot 14), 466.

¹⁰² *K. Rogall*, Selbstbelastungsfreiheit und vernehmungsfähnliche Befragung durch verdeckten Ermittler, Anmerkung zu BGH 3 StR 104/07 v. 26.7.2007, *NStZ* 2008, 110, (111, 112)

¹⁰³ İçtihadta aynı olaylar kendini suçlamama hakkı altında değerlendirilir.

¹⁰⁴ 136a maddedeki aldatma (*Täuschung*) kavramı dar yorumlanır. Ayrıntılar için bkz. *Meyer-Göfner/Schmitt* (dipnot 34), 14-17 m. 136a.

¹⁰⁵ *Rogall* (dipnot 102), 112, 113.

¹⁰⁶ Doktrinde hâkim olan görüş, bkz. *J. Kretschmer*, Schutz vor staatlich veranlasstem Zwang und inszenierter Täuschung, Anmerkung zu BGH v. 18.5.2010 - 5 StR 51/10, *HRRS (Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht 7/8/2010)*, 346 f.; *Roxin* (dipnot 14), 466 - 468.

lar vardır. Aldatmanın, kendini suçlama ile ilgi iradeye yönelik bir aldatma olması gerekir. Sadece kimlik hakkında bir aldatma bir yanlışlığı yaratabilir, ama sanığın konuşma kararına ilişkin herhangi bir baskı yaratmamıştır. İçtihadta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına atıfta bulunularak¹⁰⁷ bu anayasal hakkın ihlâli için şüpheli üzerine doğrudan suç ile ilgili açıklama yapmaya baskı yaratmanın gerekli olduğu belirtilmiştir. Bu baskı, zorlama, tehdit veya psikolojik bir baskı olabilir.¹⁰⁸ Buna göre gizli soruşturmacının gizlice yaptığı soruşturma süresinde duyduğu açıklamalar delil olarak kullanılabilir. Ancak gizli soruşturmacı şüpheliyi sıkıştırarak veya özel bir ilişki yaratarak açıklama yapmaya iterse veya yönlendirirse, bu görüşme ifade almaya benzeyen bir tedbir sayılır ve kendini suçlamama hakkının ihlâli sayılır.¹⁰⁹ İçtihadta bunun ötesinde bir şart daha konmuştur.¹¹⁰ Somut olayda şüphelinin susma hakkını kullanması gereklidir. Şüpheli suç hakkında açıklamada bulunmamak istediğini söylemişse ve buna karşın devlet tarafından doğrudan suç hakkında sorgulanırsa, bu tedbir ile susma hakkı ihlâl edilmiştir.¹¹¹ Bu şart polise ifade almadan gizli soruşturmacı kullanarak şüphelinin kendini suçlamama hakkını bypass etmek için bir olanak yaratır ve bu nedenle anlamlı değildir.¹¹²

Sonuç olarak gizli soruşturmacı uydurma kimliği kullanarak kanunun anlamında şüphelinin ifadesini alamaz. Şüpheliyi suç ile ilgili açıklamaya yönlendirirse veya doğrudan bu yöne baskı yaratırsa, şüphelinin haklarını ihlâl eder ve delil kullanma yasağı nedeni yaratır. Şüphelinin özgür açıklama ile yasak olan baskı veya yönlendirme arasındaki sınır tartışılmaktadır ve kendini suçlamama hakkı açısından hala Federal Anayasa Mahkemesi tarafından belirtilmemiştir.

¹⁰⁷ AİHM Allan/İngiltere ve Bykov/Rusya. Alman Federal Yargıtay'ın içtihadında AİHM'nin içtihadı ile uyumlu olup olmadığı tartışılmaktadır.

¹⁰⁸ BGH 5 StR 51/10 t. 18.5.2010; BGH 4 StR 296/08 t. 17.01.2009.

¹⁰⁹ BGH 3 StR 104/07 t. 26.07.2007. Sonuçta aynı kanadında olan Rogall ifade alma benzeyen durum şartı anlamsız ve gereksiz olarak eleştirir. Bkz. *Rogall* (dipnot 102), 113.

¹¹⁰ Bir kararda - 5 StR 51/10 t. 18.5.2010 - bu şart gerçekleştirilmemiştir.

¹¹¹ BGH 3 StR 400/10 t. 31.3.2011 (1. b cc)).

¹¹² A. *Schumann*, (dipnot 92) 266, 267.

Suç İşlemek

Kanunlarda belirtilen yetkilerden anlaşıldığı gibi, gizli soruşturmacının suç işleme yetkisi yoktur.¹¹³ 1993 yılında değiştirilen Eyaletlerin Adalet ve İç İşleri Bakanlarının Bilgi Veren, Güvenilir Kişi ve Gizli Soruşturmacıların Kullanılması Hakkında Ortak Yönergesi¹¹⁴ II. 2.2.'de

'Gizli soruşturmacılar suç işleyemez. Sadece yürürlükteki kanunlar çerçevesinde başka kişilerin haklarına müdahale edebilirler. ACK'nun 34'üncü maddesi [hukuka aykırılığı kaldıran neden olarak zorunluluk hali] genel bir yetkilendirme kuralı olarak kullanılamaz.'

diye belirtilmiştir.

Gizli soruşturmacı veya diğer gizlice soruşturmaya katılan kişilere suç işlemek hakkı vermek için gösterilen nedenler için, genelde hedef olan örgütlerde gizli bilgiler toplamak için bunun gerekli olduğu söylenmektedir. Bu anlayış Alman hukukunda çeşitli nedenlerle reddedilmektedir.¹¹⁵

- Devletin suç işlemesi hukuk devleti ilkesine aykırıdır.
- Hukuka aykırılığı kaldıran nedenler, devlete suç işleme yetkisi vermez.
- 'İhtiyaç duyulan suçlar' ağır suçlar değilse, özellikle önemli suç örgütleri içinde faaliyet gösteren bir gizli soruşturmacı için faydalı değildir.
- Ağır suçlar gizli soruşturmacı tarafından işlenirse, devletin kendisi organize suçluluğu düzenlemiş olur. Kişilerin haklarına suç işlenerek müdahale etmek için ne anayasada ne de kanunlarda herhangi bir düzenleme yoktur ve bu anayasadaki genel ilkelerle de meşrulaşmaz.

Yükümlülükleri Savaşmak

Polis memuru olarak gizli soruşturmacı için kovuşturma mecburiyeti ilkesi geçerlidir. Kanunlarda bu konuda ayrı bir düzenleme

¹¹³ Meyer-Göfner/Schmitt (dipnot 34), m. 110c kn. 4.

¹¹⁴ = Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren Anlage D – Ceza ve Kabahat Muhakemeleri için Yönerge, Ek D

¹¹⁵ Tartışmalar ve çeşitli görüşler için bkz. Nitz (dipnot 26).

yoktur. Bu nedenle gizli soruşturmacı sadece özel bir durumda ve soruşturma ve kovuşturmanın tehlikeye düşürülmemesi şartı ile bir suçun kovuşturması ertelenebilir. Kovuşturma mecburiyeti ilkesi, kovuşturmada anayasal eşitlik ilkesini gerçekleştirir ve keyfi işlem yasağı oluşturur. Aynı anda kovuşturma mecburiyeti ilkesi ile, bireyin hukuki değerleri (yaşam, beden dokunulmazlığı vs.) korunmaktadır. Genel bir kovuşturma görevi ve soruşturma amacı, bireyin korunmasından daha önemli olan bir anayasal ilke değildir. Bu açıdan eyaletlerin Adalet ve İç İşleri Bakanlarının ortak yönergesinde yapılan düzenlemenin çok dikkatli ve kovuşturma mecburiyeti ilkesinin anayasal anlamı göz önüne alınarak uygulanması gerekir.¹¹⁶

‘II. Gizli Soruşturmacı ve Gizlice Soruşturan Polis Memurunun Adli Kovuşturmada Kullanılması

...

2.6 Gizli soruşturmacı, ACMK'nun 163'üncü maddesi uyarınca ceza kovuşturma mecburiyetinden muaf tutulmamıştır.

2.6.1 Gizli soruşturmacının görev alanına giren soruşturma tedbirleri, adli kovuşturma taktiği nedeniyle ertelenebilir.

2.6.2 Soruşturma faaliyetlerinin tehlikeye düşürülmemesine kadar, gizli soruşturmacı cezalandırılacak fiillere ilişkin yeni ortaya çıkan yeterli ipuçlarını (*Anhaltspunkte*) araştırmak zorunda değildir; ancak yeni ortaya çıkan fiillerin ağırlığından dolayı derhal soruşturma tedbirlerinin alınmasının gerekli olduğu hallerde, bu kural geçerli değildir.

2.6.3 2.6.1 ve 2.6.2 numaralı hallerde savcılığın onayının alınması gerekir. Onayın zamanında alınmasının mümkün olmadığı hallerde, savcılığa gecikmeksizin bilgi verilmesi gerekir. 2.5 numarası kıyasen uygulanır [Savcılık polisle yakın ve güven esasındaki işbirliği içinde kararları verir.]

¹¹⁶ P. Schwarzburg, Einsatzbedingte Straftaten Verdeckter Ermittler, *NStZ*, 1995, 469 (471,472).