

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA GİZLİ SORUŞTURMACININ TANIKLIĞI SORUNU

*The Problem of Witnessing of Undercover Investigator in the Light of
the Decisions of European Court of Human Rights*

Güneş OKUYUCU ERGÜN*

ÖZ

Karmaşık, çok boyutlu ve çok yönlü yapısı nedeniyle organize suçların önlenmesi ve ortaya çıkarılması oldukça güçtür. Bu nedenle bir takım gizli koruma tedbirlerinin benimsenmesi yoluna gidilmektedir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi de bunlardan biridir. Kişi hak ve özgürlüklerini sınırlayan bir tedbir olan gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin usul ve esasları oldukça tartışmalıdır. Ancak bu çalışmada gizli soruşturmacı görevlendirilmesi bütün yönleriyle değil, yalnızca tanık olarak dinlenmesi hususu ile sınırlı olarak ve konuyla ilgili AİHM kararları göz önünde bulundurulmak suretiyle ele alınacaktır. Gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenebileceği konusunda tereddüt bulunmasa da CMK'nın ilk halinde konuya ilişkin açık bir düzenleme yer almadığından bu dinlemenin hangi usul ve esaslar çerçevesinde yapılacağı; gizli soruşturmacının kimliğinin gizli tutulabilip tutulamayacağı ve tanıklara yönelik koruma tedbirlerinin uygulanabilip uygulanamayacağı tartışılmaktaydı. 2018 tarihli ve 7078 sayılı kanunla CMK m. 139/3'e eklenen hüküm ile gizli soruşturmacının tanık olarak dinleneceği her durumda duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan veya ses ya da görüntüsü değiştirilerek özel ortamda

Makalenin Geliş Tarihi: 12.04.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 23.05.2022.

* Doç Dr. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: okuyucu@law.ankara.edu.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5401-2312>.

dinlenmesi ve TKK m. 9 hükmünün kıyasen uygulanması esası benimsenmiştir. Ancak anılan hükmün yerindeliliğinin oldukça tartışmalı olduğunun belirtilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Organize suçlar, Gizli soruşturmacı, Gizli tanıklık, Tanıklık, Tanık koruma tedbirleri

ABSTRACT

Prevention and discovery of organised crimes are quite difficult because of their complex, multidimensional and multidirectional nature. Therefore, certain undercover protection measures are adopted. Appointment of an undercover investigator is one of such measures. The procedure and principles for the appointment of an undercover investigator is quite questionable as it is a measure that restricts human rights and freedoms. However, this paper does not intend to analyse all aspects of the appointment of an undercover investigator but only limited to the issue of hearing him as an anonymous witness and in light of the relevant ECHR decisions. Although it was certain that undercover investigator could be heard as witness, the method and bases of this examination, and whether the identity of the undercover investigator could be held confidential or the protection measures regarding witnesses were applicable remained controversial as the first version of the article 139/3 of Criminal Procedure Code did not contain any explicit provisions on these subjects. In 2018, a provision was added to the article 139/3 of the Criminal Procedure Code by the Law no 7078 regarding the witnessing of undercover investigator in the absence of those who have the right to attend hearings or in a special environment by changing voice or sight, and regarding the application of article 9 of the Witness Protection Law by analogy. However the appropriateness of the aforementioned provision is very controversial.

Keywords: Organised crimes, Undercover investigator, Anonymous testimony, Testimony, Witness protection measures.

GİRİŞ

Gelişen teknoloji, ulaşım ve iletişim imkanları, bir yandan suç işlenmesini kolaylaştırırken, diğer yandan, suçlulukla mücadeleyi bir o kadar zorlaştırmaktadır. Sadece ulusal düzeyde değil, küresel düzeyde de tehdit oluşturan ve önlenmemeleri halinde faillerinin büyük bir ekonomik ve sosyal

güç elde etmesi tehlikesini barındıran organize suçlar söz konusu olduğunda tablo daha da vahim bir hal almaktadır¹. Organize suç kavramının üzerinde uzlaşmaya varılmış bir tanımı bulunmamakla beraber, genel anlamda, birden fazla kişinin, hiyerarşik bir düzen ve disiplin içinde, süreklilik arz edecek biçimde, aynı amaca yönelik farklı türden suçları işlemek üzere oluşturdukları ve kamu düzenini bozduğu varsayılan bir örgütlenme çerçevesinde işlenen suçlar olduğu söylenebilir². Karmaşık, çok boyutlu ve çok yönlü yapısı nedeniyle organize suçların önlenmesi ve ortaya çıkarılması oldukça güçtür. Gerçekten de suç örgütlerinin ellerinde bulundurdukları güç, teknik ve teknolojik imkanlar, kullandıkları taktikler ve yöntemler, bu tür örgütlerin faaliyetlerinin ve suçlarının araştırılması ve gerekli bilgi, belge ve delillerin elde edilmesi olanaklarını kısıtlamakta; klasik ceza muhakemesi tedbirlerinin yetersiz kalmasına neden olmaktadır. Bu durumun sonuçlarından biri olarak bir takım gizli koruma tedbirlerinin benimsenmesi yoluna gidilmektedir³. İşte gizli soruşturmacı görevlendirilmesi de bunlardan biridir⁴. Ancak bu çalışmada gizli soruşturmacı bütün yönleriyle değil, gizli soruşturmacının tanıklığı sorunu ile sınırlı olarak ve AİHM'in konuya ilişkin kararları da göz önünde bulundurulmak suretiyle ele alınacaktır.

I. GENEL OLARAK GİZLİ SORUŞTURMACI

Mülga CMK döneminde 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nda düzenlenen gizli soruşturmacı (o zamanki adıyla gizli görevli) tedbiri, 5271 sayılı yürürlükteki CMK'nın "Gizli Soruşturmacı ve

¹ Michael Levi, "Organising Financial Crimes: Breaking the Economic Power of Organised Crime Groups?", içinde *Global Organized Crime* (Springer, 2003), 117. EUROPOL'un yeni tarihli raporu uyarınca organize suçlarla bağlantılı olarak şiddetin AB'de giderek arttığı ve bunun kamu güvenliğini tehdit ettiği hakkında bkz. Europol, "Organised Crime Groups Fuel a Rise in Violent Crime in the EU", erişim 12 Nisan 2022, <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/organised-crime-groups-fuel-rise-in-violent-crime-in-eu>.

² Çetin Özek, "Organize Suç", içinde *Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan* (İstanbul, 1998), 197. Bu konuda ayrıca bkz. Uğur Alacakaptan, "Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kurma Suçu", içinde *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı* (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2004), 45; Mustafa Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2001), 37.

³ Bkz. Veli Özer Özbek, *Organize Suçluluk ile Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), 15.

⁴ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 466.

Teknik Araçlarla İzleme” başlıklı Altıncı Bölümünün “Gizli Soruşturmacı Görevlendirme” başlıklı 139. maddesinde öngörülmüştür. Buna göre, “*Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi hâlinde, kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir.*” Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’te de gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin usul ve esaslarına ilişkin hükümler yer almaktaydı. Ne var ki gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, kişi hak ve özgürlüklerini sınırlayan bir tedbir olduğundan bu konunun yönetmelik ile düzenlenmesi yerinde değildi ve konuyla ilgili usul, esas ve ayrıntıların kanunla düzenlenmesi gerekirdi. Anayasa’nın temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğini öngören 13. maddesi hükmü de bunu gerektirmektedir. Nitekim söz konusu yönetmelik “*“Muhakeme” kavramı, yalnızca yargılama usulünü değil, yargı yerinin uyumsuzluğunun çözümü için yürüttüğü faaliyetten kaynaklanan hukuki ilişkilerin sujelerinin işlemlerini de içer*”diğinden; “*genel anlamda mahkemelerin yargılama faaliyeti içinde yer alan usul konusunun, idari alanın dışında kaldığının ve münhasıran Yasa konusu olduğunun kabulü gerek*”tiğinden ve “*telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi ve gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme konularında Adalet Bakanlığının düzenleme yetkisi bulunmadığından*” bahisle Danıştay tarafından iptal edilmiştir⁵. Belirtmek gerekir ki öteden beri başvurulmuş gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin usul ve esaslarının kanun ile düzenlenmesi, hukuk devleti ilkesi açısından zorunludur⁶.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri hem adli hem de önleyici nitelik taşır. Bununla beraber, Polis Vazife Salahiyet Kanunu’nda da benzer tedbirler yer almasına karşın, gizli soruşturmacının CMK’da ayrıca

⁵ Danıştay Onuncu Dairesi’nin 09/03/2017 tarihli ve Esas No:2012/1001; Karar No: 2017/1361 sayılı kararı ile bu Yönetmeliğin iptaline karar verilmiştir. Daha sonra Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 20/5/2019 tarihli ve Esas No: 2017/2123; Karar No: 2019/2471 kararı ile, Danıştay Onuncu Dairesi’nin 09/03/2017 tarihli ve Esas No: 2012/1001; Karar No: 2017/1361 sayılı iptal kararının onanmasına karar verilmiştir.

⁶ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Bası (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020), 517.

düzenlenmesi, söz konusu tedbirin adli niteliğine ağırlık verilmesi anlamına gelmektedir⁷. Nitekim CMK m. 139/4 uyarınca gizli soruşturmacı, faaliyetlerini izlemek üzere örgüte sızar, örgütün faaliyetlerine ilişkin her türlü araştırmada bulunur ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplar. Bu tedbir her türlü suç için değil, yalnızca CMK m. 139/7’de sayılan suçlar bakımından başvurulabilen gizli bir tedbirdir. Ancak söz konusu tedbirin öteden beri çok tartışmalı olduğu, niteliği, esasları ve usulüne ilişkin olarak öğretide görüş birliğinin bulunmadığı belirtilmelidir. Koruma tedbiri, esasen ceza muhakemesinin gecikmeksizin yapılabilmesini, doğru karar verilebilmesini ve verilen kararın uygulanabilmesini sağlamaya yönelik olarak daha çok tutucu veya önleyici amaçlarla başvuru edilen tedbirleri ifade ettiğinden, sadece soruşturma evresinde başvuru edilen ve araştırmaya yönelik olan gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, CMK’nın Koruma Tedbirleri başlıklı dördüncü kısmında düzenlenmiş olmasına rağmen, bir koruma tedbiri sayılmaz⁸. Ajan provakatörden farklı olarak, gizli soruşturmacının pasif kalması, failleri suç işlemeye tahrik etmeyip, sadece izlemesi, bıraktıkları delilleri ve mevcut bilgileri toplaması gerekir. Aksi takdirde, yani görevinin dışına çıkarak suç işlemesi ve/veya işletmesi halinde cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır⁹. Gizli soruşturmacının aynı zamanda telefon dinleme, teknik araçlarla izleme gibi tedbirleri de uygulayabilmesi için, bu diğer tedbirlerin koşullarının da somut olayda gerçekleşmesi ve dolayısıyla bu konuda ayrıca yetkilendirilmiş olması şarttır¹⁰.

II. GİZLİ SORUŞTURMACININ TANIKLIĞI SORUNU

Tanık, kendisine karşı yürütülmeyen bir ceza soruşturmasında veya kovuşturmasında ispat konusu olaylarla ilgili sahip olduğu bilgileri, algılamaları mahkeme, hakim veya savcı huzurunda sözlü olarak açıklayan

⁷ Centel ve Zafer, 516.

⁸ Bkz. Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2019), 217; Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Bası (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020), 516; Ayşe Nuhoğlu, “Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi”, içinde *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı*, c. II (Ankara, 2008), 1057-58. Koruma tedbirlerinin mahiyeti konusunda ayrıca bkz. Paolo Tonini, *Manuale di procedura penale* (Milano: Giuffrè, 2015), 413.

⁹ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 516-17.

¹⁰ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Bası (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020), 517. Aksi yönde bkz. Veli Özer Özbek, “Türk Hukuku’nda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu”, *CHKD 2*, sy 1-2 (2014): 145-46.

kimsedir¹¹. Tanıklık doğrudan olabileceği gibi, dolaylı da olabilir. Tanığın beş duyusu ile ispat konusu olayı bizzat algılaması ve bu algılamaları anlatması halinde doğrudan tanıklık; başka kaynakların aktarımı, örneğin olayı yaşayan kimsenin kendisine aktarımı yahut fotoğraf veya resim gibi araçlar vasıtasıyla edindiği algılamaları anlatması halinde ise dolaylı tanıklık söz konusudur¹². Çocuklar ve akıl hastaları da dahil olmak üzere, herkes tanık olarak dinlenebilir¹³. Her ne kadar tanığın uyumsuzluğun taraflarından olmaması gerekse de kanunda soruşturma ve kovuşturma konusu suçta iştirakten şüpheli, sanık ve hükümlü olanlar ile (CMK m. 50/1-a,b) mağdurun CMK m. 52/3; 236) da tanık olarak dinlenebileceği öngörülmüştür¹⁴. Anayasa Mahkemesi de tanık kavramını özerk biçimde yorumlamakta, bu bağlamda şerik, mağdur ve şikâyetçi de dahil olmak üzere, tanığın sanığa isnat edilen fiil hakkında bilgi veren herhangi bir kişi, olabileceğini ifade etmektedir¹⁵. Tanık beyanı, pek çok sakınca barındırmasına rağmen¹⁶, önemli ve ceza muhakemesinde vazgeçilemeyen bir delildir¹⁷.

Bu noktada gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenmesi üzerinde ayrıca durmakta fayda vardır. 2018 yılında CMK m. 139/3'te yapılan değişikliğe kadar bu konu öğretide çok tartışmalıydı. Belirtmek gerekir ki çocuklar ve akıl hastaları da dahil olmak üzere herkes tanık olabildiğine ve CMK'da mağdur

¹¹ Tonini, *Manuale di procedura penale*, 280; Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 179; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 283; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 511; Bahri Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 300.

¹² Tonini, *Manuale di procedura penale*, 284.

¹³ Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 180; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 283.

¹⁴ Bkz. Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2019), 179-81. Şüpheli ve sanık dışındaki herkesin tanık olarak dinlenebileceğine; savunma hakkı ve suçsuzluk karinesi gereği şüpheli ve sanığın ifadeye zorlanamayacağına dair bkz. Paolo Tonini, *Manuale di procedura penale* (Milano: Giuffrè, 2015), 281. "Sanıktan gayri tarafların beyanı" hakkında ayrıca bkz. Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 1989), 649-50.

¹⁵ AYM, Ulaş Bayraktaroğlu/Tuncay Yılmaz, Başvuru No: 2015/1521, T. 01.07.2020, § 47; AYM, Selçuk Demir, Başvuru No: 2014/9783, T. 22.01.2015, § 35.

¹⁶ İnsan hafızasının hatırlamak ve unutmakla ilgili açmazları hakkında bkz. Leonard Mlodinow, *Subliminal: How Your Unconscious Mind Rules Your Behavior* (London: Penguin Random House, 2014), 52-78.

¹⁷ Bkz. Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 181-82; Güneş Okuyucu Ergün, "Witness Anonymity in Turkish Criminal Law: Some Comparative Observations", *Journal of Comparative Law* 4, sy 1 (2009): 170.

ile soruşturma ve kovuşturma konusu suça iştirakten şüpheli, sanık ve hükümlünün dahi tanık olarak dinlenmesi kabul edildiğine göre, taraflardan olamayan gizli soruşturmacının da tanık olarak dinlenmesi doğaldır¹⁸. AYM ve AİHM içtihadı da bu yöndedir¹⁹.

Bununla beraber ilk halinde kanunda konuya ilişkin açık bir düzenleneme yer almadığından bu dinlemenin hangi usul ve esaslar çerçevesinde yapılacağı belli değildi. Söz konusu dinlemede gizli soruşturmacının kimliğinin gizli tutulabilip tutulamayacağı ve tanıklara yönelik koruma tedbirlerinin uygulanabilip uygulanamayacağı tartışılmaktaydı²⁰.

Ancak 2018 tarihli ve 7078 sayılı kanunla CMK m. 139/3'e bir cümle eklenerek konuya açıklık getirilmeye çalışılmıştır. Buna göre “*Soruşturmacı, kovuşturma evresinde dinlenmesinin zorunlu olması halinde, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan veya ses ya da görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlenir. Bu durumda 27/12/2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanununun 9 uncu maddesi hükmü kıyasen uygulanır.*”

Ne var ki gizli soruşturmacının tanıklığına ilişkin söz konusu değişikliğin pek de isabetli olduğu söylenemez. Zira tanık koruma hükümleri incelendiğinde, bunların uygulanabilmesinin kanunda aranan belirli

¹⁸ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Bası (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 434.

¹⁹ Bu bağlamda devletin görevlendirdiği gizli soruşturmacı veya gizli olmayan soruşturmacının da tanık olabileceğine dair bkz. AYM, Ulaş Bayraktaroğlu/Tuncay Yılmaz, Başvuru No: 2015/1521, T. 01.07.2020, § 47; AYM, Selçuk Demir, Başvuru No: 2014/9783, T. 22.1.2015, § 35. Ayrıca bkz. *Mechelen and Others v. the Netherlands*, ECHR, Applications nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93, 22056/93.

²⁰ Bu dönemde gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenmesini kabul eden bir görüşe göre, gizli soruşturmacının kimliğinin ortaya çıkmaması için tanık koruma hükümleri uygulanmalı, ancak beyanı tek ve ağırlıklı delil olarak kullanılmamalıdır. Bkz. Feriðun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 485. Bir başka görüşe göre gizli soruşturmacının elde ettiği delillerin muhakemede kullanılabilmesi için aleni duruşmada tanık olarak dinlenmesi şart değildir. Gizli soruşturmacının kendisini görevlendiren makamlara verdiği ifadenin tutanağı veya yazılı raporların okunması ya da dolaylı tanıklık yoluna gidilebileceği; burada ortadan kaldırılamayan bir engel nedeniyle tanığın belirsiz bir süre duruşmada hazır bulunmasının mümkün olmaması halini düzenleyen CMK m. 211/1-b hükmünün adeta kıyasen uygulanması gibi düşünmek gerektiği savunulmuştur. Bu görüşe göre gizli soruşturmacının bizzat dinlenmesinin zorunlu görüldüğü hallerde ise, duruşmada hazır bulunmaya hakkı olanlar olmaksızın yahut tanınmasını engelleyecek şekilde ses veya görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlenmelidir. Bkz. Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 10. Bası (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 397.

koşulların varlığına bağlandığı ve her somut olayda bu koşulların varlığının araştırılacağı görülmektedir. Ayrıca tanıkların korunmasına ilişkin olarak CMK ve Tanık Koruma Kanunu'ndaki (TKK) önlemlerden hangisinin ya da hangilerinin uygulanacağı da yine somut olayın koşullarına göre belirlenecektir. Halbuki CMK m. 139/3'e eklenen bu hüküm uyarınca, gizli soruşturmacının tanık olarak dinleneceği her durumda duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan veya ses ya da görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi ve TKK m. 9 hükmünün kıyasen uygulanması gerekmektedir. TKK m. 9'da haklarında koruma tedbiri kararı alınan tanıkların dinlenmelerinde uygulanacak usuller düzenlenmektedir. Buna göre, haklarında tedbir kararı alınan tanıkların duruşmada dinlenmesi sırasında CMK m. 58/2 ve 3 hükümleri uygulanacak ve CMK m. 58/3'ün uygulanmasına mahkemece karar verilmesi hâlinde, dinleme sırasında tanığın görüntü veya sesi değiştirilerek tanınması engellenebilecektir. CMK m. 58/2'de, tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması, kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa, kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemlerin alınacağı; kimliği saklı tutulan tanığın, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlü olduğu ve kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgilerin, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından muhafaza edileceği öngörülmektedir. CMK m. 58/3'te ise, hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkimin, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinlemesine imkan tanınmaktadır. Bu durumda tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılacaktır ve soru sorma hakkı saklıdır. TKK m. 9/4'e göre, tanığın duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar bulunmadan dinlenmesi hâlinde, tanık tarafından verilen beyanlar, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlara açıklanacaktır. Tanığın üçüncü fıkra hükmüne göre dinlenmesi hâlinde, CMK m. 201'in uygulanmasında, tanığa sorulacak soruların bu Kanun kapsamında tanık hakkında uygulanan tedbirlerle orantılı ve amaca uygun olması gerekir. Bu amaçla, hâkim, sorulan soruların tanığa sorulmamasına karar verebilir veya tanığı dinlerken dolaylı dahi olsa tanığın kimliğini ortaya çıkaracak soruların sorulmasına izin vermez (TKK m. 9/5). TKK m. 9/3 uyarınca tanığın, duruşma salonunda fiziksel görünümünü engelleyecek tarzda

mahkemece tayin ve tespit edilecek bir usule göre, dinlenmesine de karar verilebilir. TKK m. 9'a göre bu madde hükmüne göre alınan tanık ifadeleri, CMK hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmündedir ancak hakkında tedbir uygulanan tanığın beyanı tek başına hükme esas teşkil etmez ve bu madde hükümleri, savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamaz²¹.

Görüldüğü üzere tanığın korunmasına ilişkin bu hükümler, hakimin tanığı, savcı, sanık, müdafî ve hatta zabıt katibi dahi olmaksızın dinlenmesine imkan tanımaktadır. Ancak bu uygulamanın savunma hakkı ve AİHS m. 6'da ifadesini bulan adil yargılanma hakkı bakımından sakıncalar barındırdığı belirtilmelidir. Her ne kadar TKK m. 9'da bu madde hükümlerinin, savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamayacağı öngörülmüşse de bu, bir temenninin ötesine geçmeyen ve savunma hakkının ihlal edilmesi riskini ortadan kaldırmaya yetmeyecek bir hükümdür²².

III. AİHM'İN KONUYA İLİŞKİN İÇTİHADI

AİHM kararlarında, delillerin kabul edilebilirliğinin esasen ulusal hukukun düzenlemesiyle ilgili bir konu olduğunu ve kural olarak ulusal mahkemelerin önüne gelen uyuşmazlığa ait delillerin geçerliliğini değerlendirmesi gerektiğini; Mahkeme'nin Sözleşme kapsamındaki görevinin tanık beyanının kabul edilebilirliğini denetlemek değil, ancak bir bütün olarak yargılamanın ve bu bağlamda delillerin elde edilmiş yöntemlerinin de adil olup olmadığını değerlendirmek olduğunu vurgulamaktadır²³. Ayrıca, bütün deliller aleni duruşmada ve sanığın huzurunda, çelişmeli biçimde ortaya konulmalı, bu kurala istisna getirilmesi mümkün olsa da bu istisna savunma hakkını zedelememeli, AİHS m. 6/1 ve 3-d uyarınca savunmaya, beyanda bulunduğu esnada veya sonraki bir aşamada tanığa soru sormak ve inanılabilirliğini sorgulamak bakımından yeterli ve uygun imkan tanınmalıdır²⁴.

²¹ İngiliz hukukunda gizli tanıklıkla ilgili olarak bkz. John Sprack, *A Practical Approach to Criminal Procedure* (Oxford: Oxford University Press, 2015), 227-28.

²² Ergün, "Witness Anonymity in Turkish Criminal Law", 176.

²³ *Mechelen and Others v. the Netherlands*, § 50 ; *Doorson v. the Netherlands*, ECHR, Application no. 20524/92, § 67.

²⁴ *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, ECHR, Applications nos. 26766/05 and 22228/06, § 118; *Mechelen and Others v. the Netherlands*, § 51.

AİHM'in konuyla ilgili kararları incelendiğinde, gizli tanıklık uygulamasının adil yargılanma hakkını ihlal etmemesi için belirli koşulların bulunmasını aradığı görülmektedir²⁵. Her şeyden önce mahkûmiyet kararı sadece ya da ağırlıklı olarak (*decisive extent*) gizli tanık beyanına dayanmamalıdır. AİHM bu ilkeyi ilk kez *Unterpertinger v. Avusturya* kararında kullanmış, başka deliller bulunsa da esas itibarıyla yalnızca gizli tanık beyanına dayanan mahkûmiyet hükmünün adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir²⁶. Aynı şekilde *Kostovski v. Hollanda* kararında da ağırlıklı olarak gizli tanık beyanına dayanan mahkûmiyet hükmünde ihlal görmüştür²⁷. Bununla beraber, mahkûmiyet hükmü yalnızca veya ağırlıklı olarak gizli tanık beyanına dayanmadığı halde, tanığın gizli dinlenmesi için iyi bir sebep yok ise, AİHM yine de AİHS m. 6/1 ve 3-d'ye aykırılık görebilmektedir²⁸. Gizli tanık beyanına başvurulması korkudan ileri geliyor olabilir. Ancak bu durumda, sanığın ya da sanık adına hareket eden kimselerin tehditlerinden veya başkaca davranışlarından kaynaklanan korku ile tanığın duruşmada ifade vermesi halinde meydana gelebilecek olanlardan kaynaklanan genel korku arasında ayırım yapılmalı ve etkili bir araştırma ile sanığın yahut sanık adına hareket edenlerin gerçekten böyle bir korkunun ortaya çıkmasından sorumlu olup olmadığı, böyle bir korku için objektif temellerin bulunup bulunmadığı ve bu objektif temellerin deliller ile desteklenip desteklenmediği uygun ve etkin bir araştırma ile ortaya konmalıdır²⁹.

Gizli tanık beyanının adil yargılanma hakkını ihlal etmemesi için AİHM'in aradığı ikinci ölçüt, savunmanın menfaatlerinin tanığinki ile dengelenmesidir. Bunun için savunmanın faaliyetleri esnasında söz konusu olan dezavantajları yeterince telafi edecek usullerin benimsenmesi gerekir³⁰. AİHM'e göre, savunma hakkına riayet edilmiş olmak kaydıyla gizli tanık beyanının delil olarak kullanılması başlı başına adil yargılanma ilkesini ihlal

²⁵ Bkz. *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, § 119.

²⁶ *Unterpertinger v. Austria*, ECHR, Application no. 9120/80, § 32-33. Bkz. Ergün, "Witness Anonymity in Turkish Criminal Law", 177.

²⁷ *Kostovski v. the Netherlands*, ECHR, Application no. 11454/85, § 44.

²⁸ Bkz. *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, § 120.

²⁹ *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, § 122-124.

³⁰ *Doorson v. the Netherlands*, § 72; *Mechelen and Others v. the Netherlands*, § 53-54.

etmez³¹. Savunma hakkı, savunmaya, aleyhine beyanda bulunan tanığa soru sorma ve beyanın doğruluğunu sorgulamak için uygun ve yeterli imkanın, tanık beyanda bulunduğu esnada yahut yargılamanın sonraki bir aşamasında, tanınmasını gerektirir³². Savunmanın, kimliğini bilmediği tanığın önyargılı, hasmane veya güvenilmez olduğunu ortaya koyması da mümkün olmayacaktır. Beyanda bulunanın güvenilirliğini ve inanılabilirliğini sorgulamasına imkan verecek bilgilerden yoksun olan savunma, sanığı suçlayıcı beyanlar yalan ya da hatalı olsa bile bunu aydınlığa kavuşturamayacaktır³³. Giderek artan organize suçlarla mücadele edilebilmesi yeni ve uygun önlemlerin alınmasını gerektirse de demokratik bir toplumda adalet mekanizmasının adil bir biçimde işlemesi en önde gelen menfaatlere dendir ve bu nedenle pragmatik yaklaşımlara feda edilemez³⁴.

AİHM'in gizli tanık olarak dinlenen kolluk görevlilerine özgü kararlarında da bu görüşlerini sürdürdüğü görülmektedir. Hatta AİHM'e göre, tanığın gizliliğinin korunmasına ilişkin görüşler karşısında savunmanın menfaatlerinin dengelenmesi, söz konusu tanık devletin kolluk kuvvetlerine mensup bir kimse olduğunda ayrıca sorun teşkil etmektedir. Her ne kadar kolluk görevlilerinin ve ailelerinin menfaatleri de sözleşme kapsamında korunmaya değer olsa da onların durumlarının, ilgisiz bir tanık ya da mağdurunkinden farklı olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Kolluk görevlileri, devletin yürütme otoritelerine genel riayet yükümü altında oldukları gibi çoğunlukla soruşturma ile de bağlantılıdır. Dolayısıyla, ancak istisnai hallerde kolluk görevlilerinin gizli tanık olarak dinlenmesine başvurulmalıdır. Ayrıca eşyanın tabiatı gereği kolluk görevlilerinin, özellikle de gözaltına alma işlemi yapan kolluk görevlilerinin, açık duruşmada beyanda bulunması gerekebilir³⁵. Ne var ki savunmanın haklarına riayet edilmek kaydıyla, gizli soruşturmacı olarak görev yapan kolluk görevlisinin kimliğinin gizli tutulması hem kendisinin hem ailesinin korunması bakımından yahut

³¹ *Kostovski v. the Netherlands*, § 41. Bkz. Ergün, "Witness Anonymity in Turkish Criminal Law", 177.

³² *Kostovski v. the Netherlands*, § 41; *Windisch v. Austria*, ECHR, Application no. 12489/86, § 26; *Asch v. Austria*, ECHR, Application No 12398/86, § 27; *Lüdi v. Switzerland*, ECHR, Application no. 12433/86, § 47; *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, § 118.

³³ *Kostovski v. the Netherlands*, § 42; *Bricmont v. Belgium*, ECHR, Application no. 10857/84, § 81.

³⁴ *Kostovski v. the Netherlands*, § 44. Gizli tanıklığın kabul edilebilirliğinin koşulları için bkz. *Visser v. the Netherlands*, ECHR, Application no. 26668/95, § 32.

³⁵ *Mechelen and Others v. the Netherlands*, § 56.

sonraki gizli görevlerde yine kullanılabilmesi bakımından kabul edilebilir³⁶. Belirtmek gerekir ki adliye mekanizmasının adil biçimde işlemesi demokratik bir toplumun temelini teşkil ettiğinden savunmanın haklarını sınırlayacak herhangi bir uygulama muhakkak surette gerekli olmalı ve daha az sınırlayıcı bir önlem yeterli olacaksa o önleme başvurulmalıdır³⁷. Kolluk görevlilerinin ayrı bir odada sanık ve müdafii olmaksızın, yalnızca ses aktarımı yapılmak suretiyle dinlendiği olayda AİHM, savunmanın yalnızca beyanda bulunanın kimliğinden bihaber olmakla kalmadığını, aynı zamanda dinleme esnasındaki tutum ve davranışlarını da gözlemleyemediğini ve dolayısıyla güvenilirliğini test etme olanağından da yoksun olduğunu vurgulamıştır³⁸. AİHM niçin bu denli aşırı sınırlamalara başvurma gerekliliğinin ve daha az sınırlamanın neden yeterli olmayacağını ikna edici biçimde açıklanmasını beklemektedir. Operasyonel gereklilikler, bunun ötesinde bir gerekçe bulunmadıkça, ikna edici değildir³⁹. Ulusal mahkemeler kolluk görevlilerine veya ailelerine yönelik misilleme tehdidinin bulunup bulunmadığını yeterli derecede değerlendirmeli; sanığın bizzat ya da azmettireceği üçüncü kişiler aracılığı ile ilgili kolluk görevlisi bakımından böyle bir tehdit oluşturup oluşturmayacağını araştırmalıdır. Yalnızca yargılama konusu suçun ağırlığı bu bağlamda gerekçe sayılmaz⁴⁰. Hatta sanığın genel olarak korkutucu bir üne sahip olması ve yargılama konusu suçun bir intikam için gerçekleştirilen şiddeti barındırması, tanığın gizliliği için yeterli görülmemiş ve tanığın misillemeye ilişkin kişisel korkusunun ne derece makul olduğunun ulusal mahkemece değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴¹. Her ne kadar kolluk görevlilerini dinleyen hakim bunların kimliklerini doğrulayacağı, güvenilirliklerini ve inandırılıklarını denetleyeceği, beyanda bulunanın gizli kalmasının gerekçelerini değerlendireceği düşünülebilirse de bu, asla tanığın savunmanın huzurunda dinlenmesi, savunmanın kendi sorularını ve değerlendirmelerini ortaya koyması ile aynı olmayacak, savunmanın içinde bulunduğu dezavantajlı koşulları dengeleyecek önlemler sayılmayacaktır⁴².

³⁶ *Mechelen and Others v. the Netherlands*, § 57.

³⁷ *Mechelen and Others v. the Netherlands*, § 58.

³⁸ *Mechelen and Others v. the Netherlands*, § 59.

³⁹ *Mechelen and Others v. the Netherlands*, § 60.

⁴⁰ *Mechelen and Others v. the Netherlands*, § 61.

⁴¹ *Visser v. the Netherlands*, § 47.

⁴² *Mechelen and Others v. the Netherlands*, § 62.

SONUÇ

Organize suç örgütlerinin faaliyetlerinin ve suçlarının araştırılması ve gerekli bilgi, belge ve delillerin elde edilmesindeki zorluk, klasik ceza muhakemesi tedbirlerinin yetersiz kalmasına neden olmakta ve dolayısıyla bir takım gizli koruma tedbirleri benimsenmektedir. İşte bunlardan biri olan gizli soruşturmacı görevlendirilmesi CMK'nın Koruma Tedbirleri başlıklı dördüncü kısmında düzenlenmiş olmasına rağmen, bir koruma tedbiri sayılmaz ve kişi hak ve özgürlüklerini sınırlayan bir tedbir olduğundan bu konunun usul, esas ve ayrıntıların yönetmelik ile değil, kanunla düzenlenmesi gerekir.

Gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenebileceği konusunda tereddüt bulunmasa da CMK'nın ilk halinde konuya ilişkin açık bir düzenleme yer almadığından bu dinlemenin hangi usul ve esaslar çerçevesinde yapılacağı; gizli soruşturmacının kimliğinin gizli tutulabilip tutulamayacağı ve tanıklara yönelik koruma tedbirlerinin uygulanabilip uygulanamayacağı tartışılmaktaydı. Ancak 2018 tarihli ve 7078 sayılı kanunla CMK m. 139/3'e eklenen hüküm ile konuya açıklık getirilmiş ve gizli soruşturmacının tanık olarak dinleneceği her durumda duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan veya ses ya da görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi ve TKK m. 9 hükmünün kıyasen uygulanması esası benimsenmiştir. Ne var ki gizli soruşturmacının tanıklığına ilişkin söz konusu değişikliğin pek de isabetli olduğu söylenemez. Zira anılan düzenleme, gizli soruşturmacının her durumda gizli tanık olarak dinlenmesini öngörmekte ve tanık koruma tedbirlerinden hangilerine başvurulacağı ve bunun koşulları ile ilgili bir belirlemede bulunmamaktadır. Halbuki tanık koruma hükümleri incelendiğinde, bunların uygulanabilmesinin kanunda aranan belirli koşulların varlığına bağlandığı ve her somut olayda bu koşulların varlığının araştırılacağı görülmektedir. Ayrıca tanıkların korunmasına ilişkin olarak CMK ve Tanık Koruma Kanunu'ndaki (TKK) önlemlerden hangisinin ya da hangilerinin uygulanacağı da yine somut olayın koşullarına göre belirlenecektir.

Söz konusu hüküm ayrıca, AİHM'in genel olarak gizli tanıklığa ilişkin içtihadı ile uyumlu olmadığı gibi, özel olarak gizli soruşturmacının gizli tanık olarak dinlenmesini ele aldığı içtihadı ile de uyumlu değildir. Zira AİHM'e göre, ancak istisnai hallerde kolluk görevlilerinin gizli tanık olarak

dinlenmesine başvurulmalı; adliye mekanizmasının adil biçimde işlemesi demokratik bir toplumun temelini teşkil ettiğinden savunmanın haklarını sınırlayacak herhangi bir uygulama muhakkak surette gerekli olmalı ve daha az sınırlayıcı bir önlem yeterli olacaksa o önleme başvurulmalı; niçin bu denli aşırı sınırlamalara başvurma gerektiği ve daha az sınırlamanın neden yeterli olmayacağı ikna edici biçimde açıklanmalı; operasyonel gereklilik veya işlenen suçun ağırlığı gerekçesinin ötesinde bir gerekçe bulunmalı; ulusal mahkemeler kolluk görevlilerine veya ailelerine yönelik misilleme tehdidinin bulunup bulunmadığını yeterli derecede değerlendirmelidir. Her ne kadar kolluk görevlilerini dinleyen hakim bunların kimliklerini doğrulayacağı, güvenilirliklerini ve inanılırlıklarını denetleyeceği, beyanda bulunanın gizli kalmasının gerekçelerini değerlendireceği düşünülebilirse de bu, asla tanığın savunmanın huzurunda dinlenmesi, savunmanın kendi sorularını ve değerlendirmelerini ortaya koymasını ile aynı olmayacak, savunmanın içinde bulunduğu dezavantajlı koşulları dengeleyecek önlemler sayılmayacaktır.

KAYNAKÇA

- Alacakaptan, Uğur. “Çıkar Amaçlı Suç Örgütü Kurma Suçu”. İçinde *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, 45-60. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2004.
- Centel, Nur, ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 17. Bası. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Erdem, Mustafa Ruhan. *Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2001.
- Ergün, Güneş Okuyucu. “Witness Anonymity in Turkish Criminal Law: Some Comparative Observations”. *Journal of Comparative Law* 4, sy 1 (2009): 170-81.
- Europol. “Organised Crime Groups Fuel a Rise in Violent Crime in the EU”. Erişim 12 Nisan 2022. <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/organised-crime-groups-fuel-rise-in-violent-crime-in-eu>.
- Kunter, Nurullah. *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1989.
- Levi, Michael. “Organising Financial Crimes: Breaking the Economic Power of Organised Crime Groups?” İçinde *Global Organized Crime*, 117-26. Springer, 2003.
- Mlodinow, Leonard. *Subliminal: How Your Unconscious Mind Rules Your Behavior*. London: Penguin Random House, 2014.
- Nuhoğlu, Ayşe. “Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi”. İçinde *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı*, C. II. Ankara, 2008.
- Özbek, Veli Özer. *Organize Suçluluk ile Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.
- . “Türk Hukuku’nda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu”. *CHKD* 2, sy 1-2 (2014): 135-55.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, ve Pınar Bacaksız. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 13. Bası. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.

Özek, Çetin. “Organize Suç”. İçinde *Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan*, 195-297. İstanbul, 1998.

Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin Saygılar Kırıt, Özlem Özaydın, Esra Alan Akcan, ve Efser Erden Tütüncü. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.

Sprack, John. *A Practical Approach to Criminal Procedure*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

Tonini, Paolo. *Manuale di procedura penale*. Milano: Giuffrè, 2015.

Toroslu, Nevzat, ve Metin Feyzioğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.

Ünver, Yener, ve Hakan Hakeri. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

Yenisey, Feridun, ve Ayşe Nuhoğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.