

Tahrikçi Ajan

Agent Provocateur

İbrahim AKAR*

ÖZ

Bu çalışma, ceza hukuku alanında çok tartışmalı bir yeri olan “tahrikçi ajan” konusunu ele almaktadır. Temel amacımız, tahrikçi ajan kurumunun ceza hukukundaki yerini tespit etmektir. Çalışmamızda, ilk olarak tahrikçi ajan kavramının ne olduğu ortaya konmuştur. Akabinde, kavramın tarihsel süreç içerisindeki gelişimine ve benzer bir takım kavramlarla olan ilişkisine ve bunlardan farklarına değinilmiştir. Bu konuda, özellikle “gizli soruşturmacı” ve “gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi” kavramları üzerinde durulmuştur. Bu genel çerçeveden sonra ise konunun en önemli kısmı olan “tahrikçi ajanın ceza sorumluluğu” konusu tartışılmış ve tahrikçi ajan kurumunun hukuk devleti bakımından değerlendirilmesi yapılmıştır. Çalışmanın son kısmı varılan sonuca ve önerimize ayrılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tahrikçi ajan, Gizli soruşturmacı, Hukuk devleti, Ceza hukuku, Delil elde etme.

ABSTRACT

This work handles the term “agent provocateur” which is a controversial issue in criminal law. Our primary purpose is to enlighten status of the concept. Firstly, meaning of the concept is introduced and progress of it in historical process is addressed. Subsequently, differences between the term and other relevant concepts and its relationship with them are tackled. In this respect, especially concepts “undercover investigator” and “judicial police performing undercover investigation” are discussed. After this general framework, “the criminal responsibility of agent provocateur” and evaluation of the concept in a state of law are embraced. Last part is devoted to conclusion and suggestion.

Keywords: Agent provocateur, Undercover investigator, State of law, Criminal law, Collecting the evidences.

1) Tahrikçi Ajan Kavramı ve Tarihsel Gelişimi

Tahrikçi ajan kurumuyla ilgili değerlendirmelere başlamadan önce “tahrikçi ajan” kavramının ne anlama geldiğini ve bu kavramın tarihsel gelişimini tespit etmek gerekmektedir. Şöyle ki tahrikçi

* Arş. Gör., İstanbul Şehir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı
ibrahimakar@sehir.edu.tr.

ajan kurumunun kavramsal çerçevesinin belirlenmesi, konu hakkında bundan sonra yapılacak değerlendirmelerin daha iyi anlaşılması açısından sağlıklı olacaktır.

1.1) Tahrikçi Ajan Kavramı

“Tahrikçi ajan” kavramı yerine kullanılmak üzere doktrinde başkaca kavramların kullanıldığına da rastlanmaktadır. Bu çerçevede “kışkırtıcı ajan¹” ve “ajan provokatör²” gibi kavramlaştırmalar da yapılmaktadır. Bu kavramlar içerik ve kapsam olarak aynı şeyleri ifade etseler de biz bu çalışmada doktrinde daha yoğun olarak kullanılması dolayısıyla “tahrikçi ajan³” ifadesini kullanacağız.

Tahrikçi ajan kavramını açıklamak üzere doktrinde çeşitli tanımların yapıldığına rastlamak mümkündür. Buna göre, tahrikçi ajanının yetkili devlet organlarının himayesi ve gözetimi altında diğer kişileri suç işlemeye teşvik eden kişi⁴ olduğunu söyleyenler olduğu gibi bir ikramiyeye hak kazanmak, terfi almak, göze girmek veya hasmının cezalandırılmasını istemek gibi maddi ve manevi çıkarları uğruna başkasını suç işlemeye yönelten kişi⁵ olduğu da söylenmiştir. Yargıtay ise tahrikçi ajani, “suçun işlenmesini isteyen ve bir kimseyi suç işlemeye sevk eden kimse” olarak tanımlamıştır⁶.

Esas itibariyle tahrikçi ajan, suç işleyen kişilerin ortaya çıkarılması ve cezalandırılması amacıyla onları suç işlemeye yönelten kişidir⁷. Tahrikçi ajanın söz konusu suçun işlenmesinden doğrudan doğruya bir çıkarı bulunmaz ve aslında o, suçtan dolayı meydana gelecek olan tehlikeli ve zararlı neticenin gerçekleşmesini de istememektedir⁸. Bu çerçevede onun amacı mağdura zarar vermek değildir⁹; asıl amaç suçlunun ortaya çıkarılıp cezalandırılmasıdır.

Bu amaç doğrultusunda hareket edecek olan tahrikçi ajanın kamu görevlisi olmasının gerekip gerekmediği konusunda da birbirinden farklı görüşler vardır; kimilerine göre tahrikçi ajanın kamu görevlisi olması gerekirken kimilerine göre ise bunun bir önemi yoktur¹⁰. Prof. Erem ise kamu görevlisi olup kışkırtıcı faaliyette bulunan kişilere “kışkırtıcı ajan”; kamu görevlisi olmayıp da kışkırtıcı faaliyette bulunana ise ‘kışkırtıcı’ denmesi gerektiğini savunmaktadır¹¹. Ancak

1 Faruk Erem, **Kışkırtıcı ajan**, AÜHFD, 1975, c. 32, S. 1-4, s. 5.

2 Ersan Şen /Yasemin Yurttaş. “Gizli Tanık, X Muhbir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provokatör”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 6, Nisan 2008, s.1.

3 Nur Centel,/ Hamide Zafer / Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta, 8. Baskı, İstanbul 2014, s. 487.

4 Veli Özer Özbek/ Nihat Kanbur,/ Pınar Bacaksız / Koray Doğan/İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 6. Baskı, Ankara 2015, s. 543.

5 Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, Faktörlere Matbaası, C. 2, 7. Bası, s. 608, İstanbul 1981.

6 YCGK, E. 1986/6-497, K. 1987/118, T. 16.03.1987.

7 Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, 20. Baskı, Ankara 2014, s. 316.

8 Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e., s. 487.

9 Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler 1**, Seçkin, 3. Baskı, Ankara 2002, s. 838.

10 Özcan Taşkın, **Kışkırtıcı Ajan**, Seçkin, 1. Baskı, Ankara 2011 s. 28 vd.

11 Erem, a.g.e., s. 5.

belirtelim ki bu ayrımın esasa ilişkin bir önemi bulunmamaktadır. Nitekim *Prof. Erem*'in kendisi de bu kanaattedir.

Burada tahrikçi ajanın kişide ilk defa suç işleme düşüncesini uyandırmasıyla zaten var olan suç işleme düşüncesini kuvvetlendirmesi bakımından da bir fark yoktur. Çünkü esas itibarıyla her iki durumda da yapılan faaliyetin amacı suçlu kişinin yakalanmasıdır. Yine tahrikçi faaliyet, icra hareketleri başlamadan söz konusu olabileceği gibi icra hareketlerinin başlamasının ardından da gündeme gelebilir¹². Son olarak tahrikçi ajanın tahriki manevi bir katkı şeklinde olabileceği gibi suça maddi bir katkı sunmak biçiminde de olabilecektir.

1.2) Tahrikçi Ajan Kavramının Tarihsel Gelişimi

Tahrikçi ajanlık kavramı, ilk olarak Fransa'da 17 ve 18. yüzyıldaki mutlakiyet dönemine ait bir takım uygulamalar için kullanılmıştır¹³. Ancak, kavrama o dönemde verilen anlam günümüzdekinden çok daha farklıydı. Tahrikçi ajan, krala yaranmak ve ondan menfaat elde etmek amacıyla krala karşı suç işlediğinden kuşku duyulan kişiler hakkında ihbarda bulunan kişi anlamında kullanılmıştır¹⁴.

Polisler, bu “işbirlikçiler” ile – *Prof. Erem*'in ifadesiyle “muhabiri sadık”larla – çalışıyor ve böylece krala karşı işlenen “suçların” daha kolay bir şekilde ortaya çıkarılması sağlanıyordu. Zamanla bu işle uğraşmak adına bu muhabirlik faaliyeti daha iyi organize edilerek “Gizli Polis” örgütü kuruldu. Bu örgütün de temel amacı devletin güttüğü temel siyasete aykırı hareket edenlerin tespit edilip cezalandırılmasıydı. Böylece tahrikçi ajanlık devlet memurluğu niteliğinde bir mesleğe dönüştü¹⁵.

Ancak bu tahrikçi polislerin görev alanı suç şüphesi altında olanları gizlice takip ve ihbar etmekle sınırlıydı; onları suç işlemek için tahrik etmiyorlardı. Ancak zamanla bu durum, kurumdan bekleneni vermemeye başladı ve artık ajanlar aktif olarak kişileri suça yönlendirmeye başladılar. Böylece iktidar karşıtları hakkında “kesin deliller” elde edilip muhaliflerin cezalandırılmaları mümkün hale geliyordu. Bu faaliyetler, daha sonraları politik olmayan suçlar hakkında da yürütülmeye başlandı ve tahrikçi ajanlık işi polisin tekelinden alındı; artık herkes tahrikçi ajanlık yapabilecek duruma geldi. Hatta o kadar ki İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yaşanan ekonomik sıkıntılar dolayısıyla ekonomi ile ilgili yasalara uyulup uyulmadığı hususunda bile tahrikçi ajanlık yapılırdı¹⁶.

Almanya'da da özellikle 19. Yüzyılın ortalarından itibaren tahrikçi ajanların suçla mücadelede kullanılmaya başladığına rastlanmaktadır¹⁷. Yine Rusya'da da Fransa'dan hemen sonra tahrikçi

12 Erem, a.g.e., s. 22.

13 Erem, a.g.e., s. 6.

14 Uğur Alacakaptan, “İşlenemez Suç”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından 223, (<http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/800.pdf>) (Tarihsiz) s. 99.

15 Erem, a.g.e., s. 6.

16 Tahrikçi ajan kavramının tarihsel gelişimi hakkında daha ayrıntılı bilgilere ulaşmak için bkz. Taşkın, a.g.e., s. 23 vd.

17 Veli Özer Özbek, “Türk Hukukunda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu”, *CHKD*, C. 2, S.1-2, s. 142, 2014.

ajanlar ortaya çıkmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki esas itibariyle Fransa dışındaki diğer ülkelerde tahrikçi ajan kurumunun gelişimi özellik arzetmemektedir¹⁸. Bu itibarla Fransa ile ilgili yukarıda belirtilen hususlar aşağı yukarı diğer ülkelerde de aynı şekilde gelişmiştir.

İngiliz hukukunda ise bu konuyla bağlantılı olarak dört farklı kuruma rastlamak mümkündür. Bunlardan ilki casus(*Spies*) denilen kişilerdir. Casusun, suçun işlenmesinde aktif herhangi bir rol üstlenmesi söz konusu değildir; o sadece suçun işlenmesini gözler ve ilgili birimleri durumdan haberdar eder. İkinci olarak işbirlikçi(*Collaborators*) denilen kişiler gelir. Bunlar ise suçun asıl failinin emirlerine uyarlar ve suçun işlenmesine yardımcı olurlar. Üçüncü kategoride teşvikçiler(*Tempters*) bulunur. Bunlar, kişide var olan suç düşüncesini güçlendirmek suretiyle onu suça teşvik eder. Son kategoride de tahrikçi ajanlar(*Agent provocateurs*) yer alır. Tahrikçi ajanlar kişiyi normalde işlemeyeceği suçları işlemeye tahrik eder. Bu dört kategoride yer alanların hepsinin de amacı suçlunun ortaya çıkarılıp yakalanmasıdır. İngiliz hukukundaki genel eğilim, ilk üç kategoride yer alan kişilerin faaliyetlerinin hukuka uygun olduğu yönündedir. Ancak tahrikçi ajanların suç işlenmesini sağladıkları gerekçesiyle iştiraktan sorumlu olacakları kabul edilmektedir¹⁹.

2) Tahrikçi Ajan Kavramının Benzer Kavramlardan Farkları

Tahrikçi ajan kurumuna benzer çeşitli muhakeme kurumlarının hukukumuzda bulunması, bunların tahrikçi ajan kavramıyla olan farklılıklarını ortaya koyma ihtiyacını doğurmaktadır. Bu çerçevede tahrikçi ajan ile “gizli soruşturmacı”, “gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi”, “bilgi veren” ve “örgüt içine sızan güvenilir kişi” arasındaki farklara değinmekte fayda görüyoruz.

2.1) Tahrikçi Ajan-Gizli Soruşturmacı(Gizli Görevli)

Gizli soruşturmacı konusunu düzenleyen CMK md. 139’da gizli soruşturmacı kavramının tanımı verilmemiştir. Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanması Hakkında Yönetmelik’te ise gizli soruşturmacı “*gerektiğinde örgüt içine sızarak gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisi*” şeklinde tanımlanmıştır. Doktrinde ise gizli soruşturmacı; örgütlü suçlarla mücadele etmek üzere özel olarak eğitim almış, yetki ve sorumluluklarının bilincinde olan ve organize suçlulukla mücadele çerçevesinde suç örgütünün içerisine kimlik değiştirmek suretiyle belli bir süre için giren ve burada delil toplamak ve mümkünse suç işlenmesinin önüne geçmek maksadıyla görev yapan kişi olarak tanımlanmıştır²⁰.

18 Taşkın, a.g.e., s. 23. Dipnot 15.

19 Michael Allen, *Criminal Law*, Oxford University Press, 9. Baskı, New York 2007, s. 241 vd. Aktaran: Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet, 10. Baskı, Ankara 2011 s. 513.

20 Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem / Veli Özer Özбек, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri*

Tahrikçi ajan kurumunun hukuk devleti ilkesi bakımından bir takım sorunlara yol açtığı ve dolayısıyla gizli soruşturmacının günümüzde bu ilkenin ihlal edilmemesi amacıyla adeta “tahrikçi ajandan bozma” bir müessese olarak düzenlendiği söylenmiştir²¹. Ancak şüphesiz ki tahrikçi ajan ile gizli soruşturmacı arasında çok önemli bir takım farklılıklar vardır.

Kamu görevlisi olmayan kişilerin tahrikçi ajan olup olamayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur²². “Herkes tahrikçi ajan olabilir yaklaşımı”na göre tahrikçi ajan olabilmek için kamu görevlisi olmak şart değildir. Oysaki CMK md. 139/1’de “...*kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir.*” denilmek suretiyle gizli soruşturmacının ancak bir kamu görevlisi olabileceği kabul edilmiştir. Buna göre gizli soruşturmacı ancak kamu görevlisi²³ olabileceken tahrikçi ajan hem kamu görevlisi hem de özel kişi olabilecektir.

Tahrikçi ajan kavramının tanımında da verdiğimiz üzere tahrikçi ajan, bir kimseyi suç işlemeye yönlendirir. Bu çerçevede daha önceden suç işleme kararı olmayan birinde suç işleme düşüncesi yaratılabileceği (azmettirme) gibi suç işleme kararının güçlendirilmesi (teşvik) şeklinde bir yönlendirme de söz konusu olabilir. CMK md. 139/5’te ise “*Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez*” denilerek gizli soruşturmacının hiçbir şekilde suça katılamayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla gizli soruşturmacı, tahrikçi ajandan farklı olarak suçun hazırlanmasına katılamayacağı gibi kişileri suça azmettirmek veya teşvik etmek suretiyle yönlendiremeyecektir²⁴.

Gizli Soruşturmacı, ancak hakimin kararıyla ve sadece CMK md. 139/7’de belirtilen suçlar hakkında delil elde etmek amacıyla görevlendirilebilir. Bu sebeple gizli soruşturmacı çok sınırlı bir alanda faaliyet yürütebilirken tahrikçi ajan için bu tarz bir sınırlama bulunmamaktadır. Teorik olarak herhangi bir suç bakımından tahrikçi faaliyette bulunulmasının önünde bir engel yoktur. Çünkü tahrikçi ajan faaliyetini sınırlandıracak herhangi bir pozitif düzenleme bulunmamaktadır.

2.2) Tahrikçi Ajan-Gizli Soruşturma Yapan Adli Kolluk Görevlisi

Yargıtay içtihadıyla CMK 160 ve devamı maddelerine dayanılarak geliştirilmiş olan “gizli soruşturma yapan kolluk görevlisi” kavramına da değinmek faydalı olacaktır. Burada, Cumhuriyet savcısının, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve delillerin toplanması amacıyla emrindeki kolluk görevlilerine emirler verebileceği düzenlenmiştir. Yargıtay, bu hükümlerden yola çıkarak Cumhuriyet Savcısının, kolluğun genel yetkileri ile görevleri kapsamında kalmak kaydıyla “gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi” görevlendirebileceğini ifade etmektedir²⁵. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin mümkün olmadığı hallerde Cumhuriyet savcısının talimatıyla

Hukuku, Seçkin, 6. Bası, Ankara 2002, s. 262.

21 Öztürk/Erдем, a.g.e. s. 261.

22 Taşkın, a.g.e., s. 29 vd.

23 Burada polis memuru değil de kamu görevlisi kavramının kullanılmasının sebebi olarak özellikle vergi ve gümrük memurlarının da gizli görevli olarak kullanılabilmesinin önünü açmaktır. Bkz. Özbek, a.g.m., s. 138.

24 Ahmet Hulusi Akkaş, “Suçlulukla Mücadele Yönetimi Olarak Gizli Görevli Kullanılması” (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2007, s. 53.

25 YCGK, T. 12.05.2015, E. 2014/10-454, K. 2015/156.

fuhuş, uyuşturucu madde ticareti, uluslararası silah ticareti gibi suçların ortaya çıkarılması amacıyla polisin gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi olarak görevlendirilmek suretiyle kimliğini gizleyebileceği ve müşteri veya alıcı rolüyle hareket edebileceği ifade edilmektedir²⁶. Ancak bu durumlarda belirtmek gerekir ki bu kolluk görevlilerinin kişiyi suça azmettirmemesi ve teşvik etmemesi gerekir²⁷. Aksi takdirde, polis, gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi olarak nitelendirilse dahi esasen tahrikçi ajan olacaktır.

Yargıtay önüne gelmiş bir olayda, kolluk görevlileri bazı kadınların fuhuş yaptığından şüphelenmektedir. Bunun üzerine bir kolluk görevlisi, üzerine seri numaraları kayıtlı para alıp kadının yanına gider ve anlaşarak otele giderler. Kadın parayı aldıktan sonra kolluk memuru kimliğini açıklar ve otel görevlileri ve diğer ilgililer hakkında polisin olayla ilgili tutanaklarına dayanılarak soruşturma açılır ve mahkumiyet kararı verilir²⁸. Yargıtay, bu olayda ilk derece mahkemesinin fuhuş suçundan verdiği mahkumiyet kararını, Cumhuriyet savcısının bir görevlendirmesi olmaksızın polis memurlarınca bu tarzda davranışlar neticesinde elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğu ve bunların hükme esas alınamayacağı gerekçesiyle bozmuştur.

Yargıtay'a göre gizli soruşturma yapan kolluk görevlisinin yukarıdaki olayda elde ettiği delillerin hukuka uygun olabilmesi için: a) adli kolluğun tahrikçi ajan gibi davranmaması b) Adli kolluğun Cumhuriyet savcısınca görevlendirilmesi, c) mahkeme kararında adli kolluğun tuttuğu delillere dayanılıyorsa bu kişilerin mutlaka mahkeme dinlenmesi gerekir²⁹.

Yargıtay, davaya konu olayda polisin müşteri olarak davranmasının tahrikçi ajanlık olmadığını kabul etmiş olmaktadır. Kanaatimizce de burada polisin müşteri olarak davranmış olması suça azmettirme ya da teşvik etme niteliğinde değildir. Ancak bu husus, kategorik olarak gizli soruşturma yapan polisin faaliyetlerinin tahrikçi ajanlık olmayacağı anlamına gelmez. AİHM, somut olayda kişinin polisin davranışları olmadan da suçu zaten işleyeceğinin ortaya konması, polis provokasyonu sonucu kişinin suça yöneltilmemesi, sadece polisin müşteri olarak davranarak elde ettiği delillere dayanılarak mahkumiyet kararı verilmemesi gerektiğini ifade etmektedir. AİHM, bu şartların sağlanmaması halinde, elde edilen delillerin kullanılmasının adil yargılanma hakkını ihlal edeceğini ifade etmektedir³⁰.

Yine başka bir olayda, uyuşturucu madde sattığı düşünülen kişilerin suçlarının ortaya çıkarılabilmesi için gizli soruşturma yapan kolluk görevlisi görevlendirilmiştir. Görevli, alıcı rolüne girip çeşitli tarihlerden birden fazla kez bu kişilerden uyuşturucu madde satın almıştır. YCGK, polisin ilk alımdan sonra kişinin satmak için uyuşturucu madde bulundurma suçunu işlediğinin ortaya konduğunun, bundan sonraki tarihlerdeki alımların hukuka uygun olmadığını

26 Veli Özer Özbek/Koray Doğan /Pınar Bacaksız / İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin, 8. Baskı, Ankara 2016, s. 496.

27 YCGK, E. 2016/9-994, K. 2016/340, T. 04.10.2016.

28 Yargıtay 18. Ceza Dairesi, T. 03.05.2017, E. 2015/23739, K. 2017/4993.

29 A.g.k.

30 Hun vs. Turkey, A: 17570/04, 15 December 2009.

ifade etmiştir³¹. YCGK, bu olayda da polisin kişiyi suça azmettirmemiş olması veya teşvik etmemiş olmasını aramıştır. Zira aksi takdirde tahrikçi ajanlık faaliyeti gündeme gelecektir.

2.3) Tahrikçi Ajan-Bilgi Veren

Bilgi veren(*informant*) kavramı, belirli suçların işlendiğine şahitlik eden veya suçun işlendiği yerde bulunup da kural olarak belli bir menfaat karşılığında, işlendiği ileri sürülen suçlarla ilgili bilgileri kovuşturma makamlarına aktaran kişileri³² ifade etmek için kullanılır. Bilgi veren, bu bilgileri ilgililerine belirli bir gizlilik içerisinde verir³³. Aslında bu tanımdan da anlaşılacağı üzere bilgi veren daha çok suçu ihbar eden yani muhbir kavramına benzemektedir³⁴. Ancak bilgi veren daha geniş bir içeriğe sahiptir. Şöyle ki ihbar edilmiş bir suç hakkında da bilgi verene başvurulabilir³⁵.

Tahrikçi ajan ve bilgi veren kavramlarının tanımlarından hareket edilerek bunların nitelik olarak birbirlerinden farklı olduğu kolaylıkla anlaşılabilir. Bilgi veren, suçun işlenmesi sürecinde aktif bir role sahip değildir. O, sadece olayı dışarıdan izlemekte ve dışarıdan edindiği bu bilgileri kovuşturma makamlarıyla paylaşmaktadır. Oysaki tahrikçi ajan, bizzat suçun işlenmesi sürecine katılmakta; aktif bir rol almaktadır. Tahrikçi ajan, suç işlediğinden şüphelenilen kişiyi suça yönlendirip daha sonrasında ise yargılanmasını sağlamaya çalışmaktadır. Neticede bilgi verenin cezai sorumluluğu gündeme dahi gelmeyecekken daha sonraki başlıklarda değineceğimiz üzere tahrikçi ajanın cezai sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

2.4) Tahrikçi Ajan-Örgüt İçine Sızan Güvenilir Kişi(Adam)

Polis olmamakla beraber kimliği polis tarafından gizli tutulan, sızdığı örgüt hakkındaki bilgileri muhakeme makamlarına bildiren ve bu yolla örgütün işleyeceği suçların önlenmesine veya işlenmiş suçların aydınlatılmasına, kural olarak bir menfaat karşılığında, yardım eden kişiye güvenilir kişi(adam) denmektedir³⁶.

Burada bir alt başlık olarak kısaca “muhbir” kavramından da bahsetmek faydalı olacaktır. Muhbir kavramı, Terörle Mücadele Kanunu’nun 6/3, 14, ve 20/1 maddeleri ve yürürlükten kaldırılan 4422 sayılı kanunun 7/3. maddelerinde geçmektedir. Ancak buralarda herhangi bir tanımlama yapılmadığı gibi kavramın hukuki çerçevesi de çizilmemiştir. Yine de ne eski ne yeni CMK’da bu konuda bir düzenleme yapılmıştır. Ancak bahsi geçen maddelerdeki sınırlı hükümlerden yola çıkılarak dotrinde muhbir, “*çıkar amaçlı suç örgütlerinin ortaya çıkarılmasına yardımcı olan, gizli görevli (soruşturmacı) niteliği taşımayan ve tanıklık sıfatını aşacak şekilde olayın içinde bulunan,*

31 YCGK, E. 2016/9-994, K. 2016/340, T. 04.10.2016.

32 Öztürk/Erdem / Özbek, a.g.e., s. 263.

33 Atacan Köksal, “Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi”, AÜHFD, 65 (4), Ankara 2016, s. 2142.

34 ‘Muhbir’ kavramı bir alt başlıkta ele alınacaktır.

35 Öztürk/Erdem / Özbek, a.g.e., s. 263.

36 Özbek/ Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 492.

*hatta suça iştirak eden, suça ilişkin deliller ile faillerin elde edilmesine katkı sağlayan kişi*³⁷” olarak tanımlanmıştır.

Uygulama da bu kişiler “X muhbir” olarak ifade edilmektedir. Bunlar suç örgütlerinin içine girip onlar hakkındaki bilgileri sızdıran ve örgütün ortaya çıkarılmasına yardımcı olan kişilerdir. X muhbirin kimliğine, görevlerine ve özel hayatına ilişkin bilgiler hiçbir şekilde açıklanmamaktadır. X muhbirin bilgi ve beyanları soruşturma dosyasında yer almakta, mahkumiyet kararlarına esas alınmakta, buna karşılık bu kişiler sanık veya müdafii önünde dinlenmemekte ve kimlik bilgilerine ulaşılamamaktadır. Ancak bu uygulama adil yargılanma hakkının ve çelişmeli yargılama ilkesinin ihlali anlamına gelir³⁸.

Esas itibariyle bilgi verene benzemekle beraber burada güvenilir kişi ile kolluk arasındaki ilişki belli bir konuyla sınırlı olmayıp süreklilik arzeder. Bu bakımdan güvenilir kişi bilgi verenden ayrılmaktadır³⁹. Güvenilir kişinin tahrikçi ajandan farkı ise bu kişinin örgütü suç işlemeye yönlendirmemesidir. Onun örgüt içindeki rolü aktif değildir⁴⁰. Oysa defaatle belirttiğimiz gibi tahrikçi ajanın ayırt edici vasfı onun kişide suç işleme düşüncesi yaratması veya var olan suç düşüncesini güçlendirmesidir. Ancak bu başlık altında ele aldığımız “muhbir” için ayrıca şunu da belirtelim ki şayet o suçun işlenmesine iştirak edecek olursa gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümler saklı kalmak şartıyla cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır. Esasen muhbir, suç örgütünün ortaya çıkarılması amacıyla onları suç işlemeye yönlendirecek olursa artık tahrikçi ajan olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Ancak hemen şunu da belirtelim ki ne bilgi veren ne güvenilir kişi ne muhbir ne de tahrikçi ajan CMK’da düzenlenmiştir. Bu sebeple bu kavramların kapsamını kesin hatlarla belirlemek güçtür. Dolayısıyla bu kavramlar arasında zaman zaman geçişkenlikler yaşanması veya bir kavramın diğerinin yerine kullanılması olasıdır⁴¹.

3) Tahrikçi Ajanın Cezai Sorumluluğu

Buraya kadar anlatılan hususlar tahrikçi ajandan ne anlaşılması gerektiği konusunda kanımızca bize yeterli bilgiler vermektedir. Bu başlık altında ise çalışmamızın en önemli kısmı olan cezai sorumluluk bahsini ele alacağız. Burada kabaca şu soruların yanıtı aranacaktır: Tahrikçi ajanlık faaliyeti yapan bir kimsenin cezai sorumluluğu var mıdır? Varsa hangi şartlar altında vardır? Hangi sıfatla sorumlu tutulacaktır? Şayet tahrikçi ajanın sorumluluğu yok ise bunun hukuki gerekçeleri nelerdir?

37 Ersan Şen, *Türk Hukuku’nda Telefonla Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir*, Seçkin, 6. Baskı, Ankara 2013, s. 240, 5. Dipnot

38 Şen, a.g.e., s. 240.

39 Şen, a.g.e., 493-494.

40 Taşkın, s. 38.

41 Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 497.

Şunu hemen belirtelim ki tahrikçi ajanın neden cezalandırılacağı veya neden cezalandırılmayacağı konusunda çok çeşitli görüşler bulunmaktadır. Burada, mümkün olduğunca bu görüşlere değinilecek ve bunlara getirilen eleştiriler açıklanacaktır.

3.1) Tahrikçi Ajan Faaliyetinin İşlenemez Suç Kapsamında Değerlendirilmesi

İşlenemez suç, suçun işlenmesinde kullanılan vasıtanın veya yapılan hareketin elverişli olmaması veya suçun maddi konusunun bulunmaması halinde söz konusu olur⁴². Suçun işlenmesinde kullanılan vasıtanın elverişliliğinin her somut olayda ayrı ayrı tespit edilmesi gerektiği, aynı vasıtanın kimi durumda elverişli kabul edilebilmesi mümkünken kimi durumda, örneğin; failin vasıtayı kullanma kabiliyeti dolayısıyla elverişsiz olduğu kabul edilebilecektir. Örneğin otomatik bir silah, kullanmayı bilmeyen bir kişi için insan öldürme suçuna vücut verebilecek elverişlilikte değildir. Dolayısıyla, bu kişinin kullanmayı bilmediği otomatik bir silahla başkasını öldürmeye çalışması durumunda işlenemez suç söz konusu olacaktır ve kişi teşebbüsten dahi sorumlu tutulmayacaktır. Yine daha önceden ölmüş bir insanın yaşadığını düşünerek ona ateş eden kişi bakımından da suçun konusunun yokluğundan dolayı işlenemez suç söz konusu olacaktır⁴³. Bu durumda da kişinin cezai sorumluluğu gündeme gelmeyecektir.

Tahrikçi ajanın işlenemez bir suça sevketmesi halinde cezalandırılmayacağını ileri süren bir anlayışa göre daha önceden kolluk tarafından alınan önlemler dolayısıyla esasen suçun işlenmesi imkanı yoktur; yani tahrikçi ajan bir kimseyi işlenemez bir suça azmettirmiş durumdadır⁴⁴. İşlenemez suç söz konusu olduğunda ise yukarıda da açıkladığımız üzere kişinin sorumlu tutulması söz konusu olmayacaktır.

Bu duruma, tahrikçi ajanlık yapan polisin bir kimseyi daha önceden gerekli tüm önlemlerin alınmış olduğu bir evde hırsızlık yapmaya yöneltmesi örnek olarak gösterilmektedir. Burada, kişinin bu suçu işlemesi mümkün olamayacağından, yani yapılacak hareketler suçun işlenmesine elverişli olmadığından, ortada işlenemez suç vardır. Bu durumda tahrikçi ajanlık yapan polisin cezalandırılması söz konusu olamayacaktır⁴⁵.

Buna benzer bir olay Yargıtay'ın önüne gelmiş ve karşı oy yazısı yazan başkan ve diğer bazı üyeler ortada bir işlenemez suç olduğu tespitinde bulunmuşlardır. Olayda, vize sorusu çalmak için çilingir arayan öğrencinin durumunu öğrenen polis kendisini sanığa çilingir olarak tanıtmış ve iki kapıyı açtıktan sonra üçüncü kapıyı açarken polis sanığı yakalamıştır. Yargıtay, eylemi, anahtar uydurmak suretiyle hırsızlığa karkışma olarak nitelendirmiştir. Ancak karşı oy yazısında, gerekli tüm önlemlerin alınmasından dolayı esasen suçun işlenemesinin mümkün olmadığı yani işlenemez suçun söz konusu olduğu, polisin müdahalesi olmasaydı sanığın suçu işlemeye

42 Zeki Hafizoğulları/ Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US.A Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 340.

43 Toroslu, a.g.e., s. 288.

44 Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 613.

45 A.g.e., s. 613.

kalkışmayacağı, polisin tahrikçi ajan konumunda olduğu belirtilmiştir⁴⁶. Biz de olayda bir işlenemez suç olduğu görüşündeyiz.

Tahrikçi ajanın bir kimseyi işlenemez bir suça yönlendirmesi durumunda tahrikçi ajanın ceza alamaması gerektiği görüşü doğru ve fakat eksiktir. Çünkü ortada işlenemez suç varsa bu sadece azmettiren konumunda bulunan tahrikçi ajan bakımından değil; aynı zamanda suçun asli faili olan kişi bakımından da söz konusudur. Şu halde suça yönlendirilen kişinin de ceza almaması gerekecektir. Bir “suçun asli fail bakımından işlenebilir, tahrikçi bakımından ise işlenemez suç olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁴⁷”.

Yine bu yönde olmak üzere, Prof. Erem'e göre zorunlu çok failli suçlar (zorunlu iştirak) bakımından tahrikçi ajanın fiili işlenemez suça vücut veriyor ve bu durumda fail sayısı zorunlu iştirak için kanunun aradığı minimum sayının altına düşüyorsa bu halde diğer taraf bakımından da suç oluşmayacaktır⁴⁸.

3.2) Tahrikçi Ajan Faaliyetinin Hukuka Uygunluk Nedenleri Bakımından Değerlendirilmesi

Hukuka uygunluk nedenleri, suçun hukuka aykırılık unsuruyla ilgilidir. Buna göre herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde artık hukuka aykırılıktan bahsetmek mümkün değildir; yani fiil hukuka uygundur. Fiil hukuka uygun ise bu durumda kişinin fiili suç oluşturmayacaktır⁴⁹. Burada esasen kanunun yasakladığı fiilin aynısı fail tarafından gerçekleştirilmiştir. Ancak bu fiil başka bir hukuk kuralıyla hukuka uygun hale getirilmiştir.

Tahrikçi ajanın cezai sorumluluğu konusunda bazı hallerde hukuka uygunluk nedenlerinin söz konusu olabileceği ve böyle bir durumda tahrikçi ajan faaliyetinin suç oluşturmayacağı ileri sürülmüştür. Burada daha çok kanun hükmünü ve amirin emrini yerine getirme hukuka uygunluk nedenlerine dayanılmaktadır⁵⁰.

Tahrikçi ajanın buradaki hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanabilmesi için kolluk mensubu olması gerektiği, şayet tahrikçi ajan kolluk mensubu değilse fiilinden dolayı sorumluluğunun bulunacağı kabul edilmektedir⁵¹. Öyle görünüyor ki tahrikçi ajanın kolluk mensubu olmaması halinde hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanabileceği konusunda bir tartışma dahi yoktur. Dolayısıyla, aşağıdaki değerlendirmelerimiz tahrikçi ajanın kolluk mensubu olması durumuna ilişkindir. Bu itibarla aşağıda, kolluk mensupları bakımından kanun hükmünü ve amirin emrini yerine getirme konularını ayrı ayrı ele alacağız.

46 YCGK, 21.12.1987-6-446/620, Savaş/Mollamahmutoğlu I, 1179-1181. Aktaran, Centel/Zafer/Çakmut , a.g.e. s. 506.

47 Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 613-614.

48 Erem, a.g.e., s. 10-11.

49 İzzet Özgenç, “Türk Ceza Hukuku genel Hükümler”, Seçkin, 11. Baskı, Ankara 2015, s. 295 vd.

50 Taşkın, a.g.e., s. 165 vd.

51 Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 610.

3.2.1) Kanun Hükümünü Yerine Getirme Bakımından

Kanun hükmünü yerine getirme konusu TCK md. 24/1'de düzenlenmiştir. Buna göre “*Kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*” Konumuz bağlamında ele aldığımızda acaba gerçekten tahrikçi ajan kanun hükmünü mü yerine getirmektedir sorusuna cevap bulmak gerekir. Eğer böyleyse tahrikçi ajan hukuka uygun hareket ediyor demektir ve cezai sorumluluğu gündeme gelmeyecektir.

Kanun hükmünü yerine getirmek bir hukuk kuralının bir kimseye belli bir durumda bazı davranışlarda bulunma yükümlülüğü getirmiş olması ve yetkisi vermiş olması halinde söz konusu olur⁵². Acaba kanun, kollağa tahrikçi ajanlık yapma yükümlülüğü ve yetkisi vermiş midir?

PVSK md. 2'ye göre polisin temelde iki görevi vardır: 1) Suç işlenmesini önlemek, 2) Suç işlendikten sonra CMK ve diğer kanunlarda gösterilen görevleri yapmak. Burada kanunun hükmü açıktır. Polisin suç işlenmesinden önce tek bir görevi vardır. O da suç işlenmesini önlemektir. Tahrikçi ajan olarak hareket edilmesi durumunda ise sonradan ortaya çıkarılma maksadıyla dahi olsa bir suç işlettirilmektedir⁵³. Burada kişinin suç işlenmesi önlenmemekte aksine kişi suç işlemeye yönlendirilmektedir. Bu durumun ise kanunun emrettiği anlamda suç işlenmesini önlemek olmadığı açıktır. Dolayısıyla, polisin burada kanun hükmünü yerine getirdiğinden sözedilemez.

3.2.2) Amirin Emrini Yerine Getirme Bakımından

Amirin emrini yerine getirme TCK md. 24'te ikinci ve üçüncü fıkralarda düzenlenmiştir. Buna göre “*Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur*” Konumuzla bağlantılı olarak, şayet tahrikçi ajan TCK md. 24/2 kapsamında bir faaliyet yürütüyor denebilirse bu takdirde onun sorumluluğundan bahsedilemez.

Yetkili bir merciden verilip yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan kişinin sorumlu olmaması için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Buna göre bir emir bulunması, emri verenin bu emri vermeye yetkili olması, emrin hukuka uygun olması ve emre uymanın zorunlu olması gerekir⁵⁴. Anayasa md. 137/1'e göre hukuka aykırı bir emir yerine getirilmez ve aykırılık, emri verene bildirilir. Ancak emri veren ısrar eder ve bu emri yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir, bu halde, emri veren sorumlu olur. Ayrıca Anayasa md. 137/2'de ise ayrıca TCK md. 24/3'teki gibi konusu suç oluşturan bir emrin hiçbir şekilde yerine getirilmeyeceği belirtilmiştir.

Bu bilgilerden yola çıktığımızda, tahrik ajanının sorumluluğunun doğmaması için ona verilen emrin konusunun suç teşkil etmemesi gerektiği açıkça anlaşılacaktır. Ancak, biz şunu artık çok net olarak biliyoruz ki tahrikçi ajan bir insanı suç işlemeye yönlendirmektedir. Buradan,

52 Taşkın, a.g.e., s. 168.

53 Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 612.

54 Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e., s. 301 vd.

tahrikçi ajanlık yapma emri verilen bir kolluk mensubunun bu emri yerine getirmesinin onu sorumluluktan kurtarmayacağı sonucu çıkar.

Sonuç olarak, kolluk mensubu olsun olmasın tahrikçi ajan faaliyetinin hukuka uygunluk nedenleri kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.

3.3) Tahrik Ajan Faaliyetinin Kast Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Tahrikçi ajanın cezai sorumluluğu konusunda doktrinde tartışılan bir diğer konu ise tahrikçi ajanın kastına ilişkindir. Burada, tahrikçi ajanın suçun işlenmesinden doğrudan doğruya bir çıkarının olmaması, failin yakalanıp cezalandırılması ve suçun dışında kalan terfi alma, ikramiye kazanma gibi bir takım menfaatler elde etme amacıyla hareket etmesinden yola çıkılarak tahrikçinin suç işleme kastının bulunmadığı ve dolayısıyla suçun kasıtlı biçiminden sorumlu tutulamayacağı ancak kanunda o suçun taksirli biçimi düzenlenmişse sadece taksirli sorumluluğunun bulunduğu ileri sürülmüştür⁵⁵.

Hemen belirtelim ki bu görüş kabul edilebilir nitelikte değildir. Çünkü burada, birbirinden tamamen farklı olan kast ve saik birbirine karıştırılmaktadır⁵⁶. Gerçekten de kast, TCK md 21/1'de şu şekilde tanımlanmıştır: “Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir”. Saik veya amaç ise “kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan bir düşüncedir⁵⁷” Kişinin hangi saikle hareket ettiği, niyetinin iyi olup olmadığı, yöneldiği amacın sosyal bir fayda sağlayıp sağlamadığı kural olarak önemli değildir. Önemli olan suç tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek fiilin gerçekleştirilmesidir. Bu itibarla her ne kadar tahrikçi ajan suçlu olduğu düşünülen bir kişinin yakalanıp cezalandırılması amacıyla hareket etse de o, suça yönlendirdiği kişinin işleyeceği suçun unsurlarını bilmekte ve bu kişinin suçu işlemesini veya en azından teşebbüs aşamasında kalmasını istemektedir. bu sebeple tahrikçi ajanın suç işleme kastı vardır; saikinin takdir edilir nitelikte olup olması ise bir öneme sahip değildir.

3.4) Tahrikçi Ajan Faaliyetinin Gönüllü Vazgeçme Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Gerek 765 sayılı eski TCK'da gerek de 5237 sayılı yeni TCK'da tahrikçi ajan bir kurum olarak düzenlenmiş değildir. Bundan dolayı tahrikçi ajanın cezai sorumluluğu konusunda doğrudan uygulanabilecek bir kanun hükmü mevcut değildir. Ancak TCK'nın gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen hükümlerinin bazı hallerde tahrikçi ajanın cezai sorumluluğu için kullanılması imkanından bahsedilmektedir⁵⁸.

55 Erem, a.g.m., s. 11.

56 Dönmezer/Erman, a.g.e., s. 612.

57 Özgenç, a.g.e., s. 292.

58 Toroslu, a.g.e., s. 316-317.

Gönüllü vazgeçme hükümleri TCK md. 36 ve 41'de düzenlenmiştir. Md. 41'de iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme düzenlemiştir. Tahrikçi ajan faaliyetinin söz konusu olduğu durumlarda doğal olarak suça iştirak konusu gündeme gelmektedir⁵⁹. Çünkü tahrikçi ajan bir başkasını suça yönlendirmek suretiyle suça katılmakta veya katkı sunmaktadır. Dolayısıyla, tahrikçi ajanın TCK md. 41'den yararlanması imkanının tartışılması yerinde olacaktır.

Gönüllü vazgeçme, failin kendi iradesiyle icra hareketlerinin tamamlanmasından vazgeçmesi veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini önlemesi olarak açıklanabilir. Failin bu şekilde gönüllü vazgeçmesi durumunda, teşebbüsten sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Ancak tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde fail sadece o kısımdan sorumlu tutulacaktır⁶⁰.

İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen TCK md. 41'e göre "İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Suçun a) Gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması b) Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır."

Bu hükümlerden yola çıkarak tahrikçi ajanın cezalandırılmaması için tahrikçi ajanın kendi iradesiyle suçun icra hareketlerinin tamamlanmasından vazgeçmesi veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini engellemesi gerekir. Aynı şekilde tahrik konusu suçun tahrikçi ajanın gösterdiği tüm çabaların dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması yahut tahrik konusu suçun tahrikçi ajanın bütün gayretlerine rağmen işlenmiş olması durumunda da tahrikçi ajana ceza verilmeyecektir. Ancak şunu da hemen ekleyelim ki tahrikçi ajanın hareketlerinin tamam olan kısmı esasen bir suç teşkil ediyorsa tahrikçi ajan bu kısım için cezalandırılacaktır. Bunların dışında kalan hallerde ise tahrikçi ajanın, TCK'nın mevcut hükümleri karşısında cezalandırılmaktan kurtulması söz konusu olamayacaktır.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer konu ise tahrikçi ajanın gönüllü vazgeçme çabalarının tahrik edilen kişi bakımından yaratacağı durumdur. Tahrik edilen kişinin hareketlerinin cezalandırılmaması teorik bakımdan, ancak cezalandırılabilen bir teşebbüsün şartlarının dahi gerçekleştirilmemesi halinde mümkündür. Çünkü iştirak halinde işlenen suçlar bakımından, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır. Şayet tahrik edilen kişinin hareketleri teşebbüs aşamasına ulaşmışsa veya suç tamamlanmışsa tahrik edilen kişinin cezalandırılması gerekecektir⁶¹.

59 İştirak, yasadaki suç tanımından böyle bir zorunluluk ortaya çıkmadığı halde, suçun birden çok suç kişinin katılmasıyla veya katkıda bulunmasıyla işlenmesi durumudur. Bkz. Centel/Zafer/Çakmut, a.g.e., s. 461.

60 Bkz. TCK md. 36.

61 Toroslu, a.g.e., s. 318.

4) Tahrikçi Ajan ve Hukuk Devleti İlkesi

Tahrikçi ajan faaliyetlerinin çok tartışmalı olan karakteri, bu kurumun hukuk devleti ilkesi bakımından da ayrıca ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Bu bakımdan, bir hukuk devletinde tahrikçi ajan kullanılabilir mi sorusuna cevap bulmak gerekmektedir.

Anayasamızın ikinci maddesinde “Cumhuriyet’in Nitelikleri” arasında hukuk devleti ilkesi de sayılmıştır. Hukuk devleti kavramı, “*vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistem*”⁶² ifade eder. Yine Anayasa Mahkemesi, hukuk devletini; “*eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.*”⁶³ şeklinde açıklamıştır.

Bu tanımlardan hareketle, hukuk devletinin iki temel karakterinden bahsedilebilir:

- 1) Devletin hukuk kurallarıyla bağlı olması
- 2) Bireylerin hukuki güvenliğinin bulunması.

Devletin yasalarla bağlı olmasından anlaşılan şey, öncelikle devletin organlarının ve kamu görevlilerinin yasaları ihlal edici davranışlarda bulunmamasıdır⁶⁴. Buna ceza hukuku ve ceza muhakemesi kuralları da pek doğal olarak girecektir. Dolayısıyla, bir hukuk devletinde devletin kendisi öncelikle ceza kurallarıyla bağlı olacaktır. Bu kuralların devlet organları veya kamu görevlilerince ihlal edilmesi durumunda ise bunlardan hesap sorulması gerekecektir. Bu söylenenlerden çıkan sonuç şudur: kamu görevlisi tahrikçi ajanın fiilleri, TCK md. 38/1 anlamında suça azmettirme veya 39/2-a anlamında suça teşvik etme niteliğindedir. Kamu görevlileri de yasalarla bağlı olduğundan tahrikçi ajanın cezalandırılması gerekir⁶⁵.

Tüm bu söylenenleri toparlayacak olursak; bizzat devletin kendisi organları aracılığıyla suç işlenmesinin önlenmesi maksadıyla da olsa bir başkasını suç işlemeye yönlendiremez; onun suç işleme eğilimini güçlendiremez. Araç amacı meşru hale getiremez. Bireyi manipüle edip suç işleme eğilimi şiddetlendirmek, hukuk devletinin gerekleriyle bağdaşmaz⁶⁶. Bu şekilde bir başkasını suç işlemeye yönlendiren bir kişinin cezalandırılması söz konusu olacaktır.

62 Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara 2013, s.123.

63 AYM, E: 2013/44, K: 2013/59, T: 2/5/2013.

64 Taşkın, a.g.e., s. 212.

65 Hukuk devletinin karşıt kavramı olan “polis devleti”nde ise devlet hukuk kurallarıyla bağlı değildir. Bunun neticesinde devletin görevlilerinin fiilleri suç oluşturmazlar. Şu halde, polis devletinde tahrikçi ajanın cezai sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.

66 Taşkın, a.g.e., s. 211.

5) Sonuç

Tahrikçi ajanlara, içinde bulunulan koşulların yarattığı bir “gereklilik ve zorunluluk” olarak tarihsel süreç içerisinde her zaman başvurulmuştur. Günümüzde de organize suçlulukla mücadelede etkili bir yöntem olduğu düşünüldüğü için hala tahrikçi ajanlara başvurma gereği duyulmaktadır. Gerçekten de tahrikçi ajan faaliyetleri kurumsal olarak, suçlulukla mücadelede etkinliği artırma potansiyeline sahiptirler. Ancak bu tarz pratik gerekçeler pek tabii olarak, bu kurumun hukuka uygun olduğunu göstermez.

AİHM de konuya adil yargılanma hakkı çerçevesinde yaklaşmış ve suçlulukla mücadeledeki toplumsal çıkarın polis kışkırtması neticesinde işlenen fiillerden elde edilen delillerin kullanılmasını meşrulaştırmayacağı sonucuna ulaşmıştır⁶⁷.

Tahrikçi ajan faaliyetlerinin hukuka aykırı olduğundan bahisle bu kuruma bir hukuk devletinde başvurulmaması gerektiği dile getirilmiştir. Çalışmamız boyunca belirtmeye çalıştığımız gibi tahrikçi ajan kullanılabilceği hususunda açık yasal dayanaklar mevcut değildir. Tahrikçi ajan faaliyetlerinin hukuka aykırı olduğu yolundaki itirazlar, doktrinde ancak bazı şartların yerine gelmesi halinde kurumun bir hukuk devletinde meşru kabul edilebileceği fikrinin doğmasına sebebiyet vermiştir. Buna göre;

- *Kovuşturma makamlarının emri ve izniyle hareket etmelidir -Son derece tehlikeli ve zor aydınlatılabilir suçluluk hallerinin ortaya çıkarılmasıyla sınırlı olarak kullanılmalıdır.*
- *Suç şüphesi ve yenilenmiş suç şüphesi bulunmalıdır.*
- *Provokasyona, ancak delillerin emniyet altına alınması için başvurulmalı; provokatörde suç işleme kastı bulunmamalıdır⁶⁸.*

Ancak, bu şartların sağlanması halinde dahi tahrikçi ajan faaliyeti hukuka uygun sayılamayacaktır. Bahsedilen bu şartların yerine getirilmesi halinde tahrikçi ajanların keyfi biçimde hareket etmelerinin sınırlandırılacağı doğrudur. Ancak bu şartlar, tahrikçi ajanın suça olan katkısının neden cezasız kalması gerektiği konusunda bir açıklama getirmemektedir. Dolayısıyla, kanımızca, bu dört şartın bir arada sağlanması durumunda dahi tahrikçi ajan cezadan kurtulamayacaktır.

Nitekim CMK md. 139’da tahrikçi ajan yerine kullanılmak amacıyla gizli soruşturmacı kurumu düzenlenmiştir. CMK’daki bu hüküm, tahrikçi ajanla karşılaştığımızda, şüphesiz hukuk devleti ilkesiyle daha fazla bağdaşır niteliktedir. Her şeyden önce maddenin beşinci fıkrasında da açıkça belirtildiği üzere gizli soruşturmacı suç işleyemez. Bu hükümle, aslında kanun koyucu da tahrikçi ajan kurumunun hukuka aykırı olduğunu zımni olarak kabul etmiş olmaktadır. Nitekim bu maddenin gerekçesi aynen şöyledir:

67 Teixeira de Castro vs Portugal, A: 25829/94, 09.06.1998.

68 Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 498.

“...kırkırtıcı ajan kullanılmasının hukuk devleti ilkesi bakımından büyük sorunlar yaratması karşısında, batı ülkelerinde giderek artan ve buna paralel olarak da toplum hayatında tamiri kabil olmayan yaralar açan organize suçlulukla mücadelede gizli soruşturma yapan bir görevliden yararlanma düşüncesi ortaya çıkmıştır. Gizli soruşturmacı, tahrikçi ajan değildir. Bunun kışkırtıcı ajandan en önemli farkı, gizli soruşturmacının hiçbir zaman azmettiren durumunda bulunamamasıdır. Gizli soruşturmacı, görevi sırasında suç işleyemeyecektir..”

Sonuç olarak, tahrikçi ajandan faydalanılması, suçlulukla mücadeledeki etkinliğine bakılmaksızın meşru bir hukuki temelden yoksundur. Kurumun hukuk devleti ilkesiyle bağdaşması mümkün değildir. Tahrikçi faaliyetlerde bulunan kişinin kamu görevlisi olsun olmasın – gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanamadığı durumlarda – cezalandırılması gerekir. Bu sebeple, suçlulukla mücadelede yasal çerçevesi açıklığa kavuşturulmuş olan gizli soruşturmacı kurumundan faydalanılması gerektiğini düşünüyoruz.

KAYNAKÇA

- Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler 1**, Seçkin, 3. Baskı, Ankara 2002
- Akkaş Ahmet Hulusi, **Suçlulukla Mücadele Yönetimi Olarak Gizli Görevli Kullanılması** (Yüksek Lisans Tezi) Ankara 2007
- Alacakaptan Uğur, **İşlenemez Suç**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından 223.
- Allen Michael, **Criminal Law**, 9. Baskı, s. 241. vd., Oxford University Press, New York 2007.
- Centel Nur/ Zafer Hamide/ Çakmut Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta, 8. Baskı, İstanbul 2014.
- Dönmezer Sulhi/ Erman Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, Fakülteler Matbaası, C. 2, 7. Bası, s. 608, İstanbul 1981.
- Erem Faruk, “Kışkırtıcı Ajan”, **AÜHF**, c. 32, S. 1-4, 1975.
- Hakeri Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet,10. Baskı, Ankara 2011.
- Köksal Atacan, “Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi”, **AÜHF**, 65 (4), 2016.
- Özbek Veli Özer/ Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin, 8. Baskı, Ankara 2016.
- Özbek Veli Özer/ Kanbur Nihat/Bacaksız Pınar/Doğan Koray/Tepe İlker, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 6. Baskı, Ankara 2015.
- Özbek Veli Özer “Türk Hukukunda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu”, **CHKD**, C. 2, S.1-2, 2014.
- Özbudun Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara 2013.
- Özgenç İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, 11. Baskı, Ankara 2015.
- Öztürk, Bahri/Erdem Mustafa Ruhan/ Özbek Veli Özer Özbek, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Seçkin, 6. Bası, Ankara 2002.
- Şen Ersan/Yurttaş Yasemin Yurttaş, “Gizli Tanık, X Muhbir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provokatör”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 6, Nisan 2008.
- Taşkın Özcan, **Kışkırtıcı Ajan**, Seçkin, 1. Baskı, Ankara 2011.
- Toroslu Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, 20. Baskı, Ankara 2014.