

GİZLİ SORUŞTURMACI

Undercover Investigations

Dr. Sacit YILMAZ *

ÖZET

Örgütlü suç ve suçluyla mücadelede Avrupa ve ABD’de sıkça uygulanan gizli soruşturmacı kavramı ve yöntemi, ceza soruşturma ve yargılamamız için yeni bir kavram olup, halen tam olarak uygulama alanı bulmuş değildir. Kimliği değiştirilerek, suç örgütüne sızan ve örgüt içerisinde somut kanıtlar elde etmek için faaliyette bulunan gizli soruşturmacı, özellikle devasa büyüklüklere ulaşmış suç örgütleriyle mücadelede büyük avantajlar sağlamaktadır.

5271 sayılı CMK’nın içerdiği yeniliklerden biri olan gizli soruşturmacı kavramı, bu makalede etraflıca incelenecek olup, gizli soruşturmacı kavramı, tarihsel gelişimi, gizli soruşturmacı atama süreci ve koşulları, gizli soruşturmacının korunması, tanık olarak dinlenmesi, elde ettiği kanıtların değerlendirilmesi ve gizli soruşturmacının cezai sorumluluğu gibi konular detaylandırılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Gizli soruşturmacı, örgüt, kamu görevlisi, tanık, şüpheli, susma hakkı.

ABSTRACT

The conception and the method of undercover investigations that is been practised commonly for the warfare of organized crime and criminal in Europe and USA, is a new Notion for crime investigation and trial in our country and is not been practise dentirely at present.

The identity changed undercover investigator infiltration to the criminal organization to obtain concrete evidences, provides advantages for the conception of especially huge criminal organizations.

The undercover investigator conception, that is a new theme in 5271 numbered CMK, will be fully examined in this article and undercover investigator conception, historical development, the process and condition of assigning, the protection of confidential investigator as a witness, the evaluation of the evidence obtained by the investigator and criminal liability will be detailed.

Keywords: Undercover inverstigator, organization, public servant, witness, suspicion, right to silence.



GİRİŞ

Günümüzde devletler suçla mücadelede, insan haklarını ihlal etmeden sonuca ulaşmaya çalışmak amacıyla bazı tedbirlere başvurmaktadır. Buna paralel olarak globalleşen dünyada suçlular da kendilerini geliştirmektedirler. Bu kapsamda gizli soruşturmacı, suçlarla mücadele kapsamında sıkça kullanılan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Gizli soruşturmacı, örgütleri izleyerek delil toplayıp, her türlü araştırma yapan kamu görevlisi olarak tanımlanabilir. Kolluk kuvvetlerinin bu yöntemle özellikle organize suçlulukta, suç örgütü içine kendi elemanlarını yerleştirerek, örgütün faaliyetlerini yakından izlemeleri ve suç delillerini toplamaları uygulamada önemli bir koruma tedbiri olarak kendini göstermektedir¹. Gizli soruşturmacı tedbiri hukukumuzda ilk kez 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununda düzenlenmiştir. Bir süre bu yasa uygulandıktan sonra kanun yürürlükten kaldırılmış ve gizli soruşturmacı görevlendirme tedbiri 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu içerisinde düzenlenmiştir.

Gizli soruşturmacı, hukukumuz için yeni bir kavram olsa da, Avrupa ülkelerinde ve ABD’de eskiden beri uygulanan bir yöntemdir. Paris polis şefi François Vidocq’in (1775–1857), “hırsız yakalamak için hırsız olmak lazım” dediği tarihsel bir gerçekliktir. ABD’de ilk olarak Posta Servisi Kurumu gizli görevli kullanmıştır. Alan Pinkerton (1819–1884) adlı gizli görevli, müşteri kılığında posta servisinde postalardaki siparişleri kontrol etmekle görevlendirilmiştir².

Amerikan Federal Araştırma Bürosu (FBI), bu yöntemi 1936’dan sonra faşist ve komünist gruplarla mücadele etmek amacıyla sıkça kullanmış; 1970’lerin ortasında ise, mali suçları araştırmak amacıyla yönelmiş, Sting adı verilen mali operasyonun başarıya ulaşmasıyla FBI cesaretlenmiş ve bu yöntem tüm ülkede yaygın olarak kullanılmaya başlamıştır. ABD’de sadece FBI çalışanları değil, vahşi hayat servisi, çevreyi koruma ajansı, göçmen ve gümrük büroları ile yerel polis gücü de gizli görevli kullanabilmektedir ve bu kurumların yaptıkları operasyon giderleri hazine tarafından karşılanmaktadır³. Avrupa’da ise gizli soruşturmacı yönteminin uygulanması, 1960’lardan sonra yaygınlaşmıştır.

* Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

1 ÜNVER, Yener/HAKERİ,Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yay, Ankara, 2012, s.494

2 WAGNER, Georg, United States’ policy analysis on undercover operations, International Journal of Police Science and Management, Vol. 9, No. 4, 2007, s.372

3 WAGNER, Georg, agm, s.373

Uyuşturucu ticaretinin giderek büyümesi ve bildik soruşturma metotlarının yetersiz kalması bu gelişimde önemli bir etken olmuştur⁴.

Somut örnek vermek gerekirse, Kanada’da 1987–2011 yılları arasında gizli soruşturma yoluyla 153 tane büyük operasyon yapılmış, bu operasyonlardan sadece 13’ünde uygun kanıt elde edilmediği için mahkemelerce kabul görmemiş, bunun dışındaki %91,5’luk oranda kanıtlar geçerli sayılmış ve operasyonlar başarıyla sonuçlandırılmıştır⁵. Ülkemizde de, gizli soruşturmacı yönteminin katalog suçlarda yaygın bir yöntem olarak uygulanması yönünde bir anlayış gelişmektedir. Örneğin, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 18/10/2011 günlü ve B.03.1.HSK.0.70.12.04-010.06.02-138-2011 sayılı 13 nolu genelgesiyle, suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerinin aklanmasının önlenmesi suçunda, olağan soruşturma yöntemlerine ek olarak CMK 139. maddedeki gizli soruşturmacı yönteminin uygulanmasını gerekliliğini tüm adli yargı teşkilatlarına duyurmuştur⁶.

Gizli Soruşturmacı, 5271 sayılı 04.12.2004 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK), “koruma tedbirleri” başlıklı 4. Kısımın, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme başlıklı 6. bölümünde, 139. maddede düzenlenmiştir. Koruma tedbirleri, özel soruşturma tedbirleridir ve uygulanabilecekleri suçlar sınırlanmıştır. Bu tedbirler içinde en sınırlı suç katalogu, gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanacağı suçlar katalogudur. Ayrıca gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanmasındaki zorluk, uzmanlık ve tehlikeleri dikkate alındığında en son başvurulabilecek bir tedbir olduğu ortadadır.

Gizli soruşturmacı tedbirini düzenleyen CMK madde 139’da bu kavram tanımlanmamıştır. Yine öncesinde benzer nitelikte bir düzenleme içermiş olan 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununda (ÇASÖMK), gizli görevli kullanılması başlıklı 5. maddede de gizli görevli tanımlanmamıştı. CMK md.139 ile aynı nitelikte olan bu düzenlemede gizli görevli her ne kadar madde metninde tanımlanmamış olmasa bile, Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanununun Uygulanmasına İlişkin yönetmeliğin 4.maddesinde gizli görevli “gerektiğinde örgüt içine sızarak gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili iz, eser,

⁴ KRUIßBERGEN, Edwin / DE JONG, Deborah/ KLEEMANS, Edward R, Undercover Policing, Brit. J. Criminol. (2011) 51, s.395

⁵ PUDDİSTER, Kate / RİDDELL, Troy, A Case Study in Police Independence, Accountability And Oversight, Canadian Public Administration, Volume 55, no. 3 (September/ 2012), s.392

⁶ <http://www.hsyk.gov.tr/Mevzuat/Genelgeler/GENELGELER/13.pdf> Erişim Tarihi: 03/08/2013

emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisi olarak” tanımlanmıştır.

Gizli soruşturmacı kurumu Alman CMUK m.110’da da düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında gizli ajan, kendilerine belirli bir süre için verilmiş bulunan değiştirilmiş bir kimlik altında araştırma yapan polis memurları olarak tanımlanmıştır⁷. Doktrinde ise gizli soruşturmacı, kendisine sürekli olarak verilen ve değiştirilmiş bir kimlik altında soruşturma faaliyeti yürüten bir kamu görevlisi olarak tanımlanmaktadır⁸.

26434 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 4/ç maddesinde gizli soruşturmacı tanımı yapılmıştır. Buna göre, “Gizli soruşturmacı, gerektiğinde örgüt içine sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve örgütün işlediği suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisini” ifade eder. Biz de makalemizde bu tanıma dayalı açıklamalar yapacağız.

562

Olağan polis soruşturmasıyla, gizli soruşturmacının yürüttüğü soruşturma arasındaki temel fark, “aldatma” ile özetlenebilir. Gizli soruşturmacı, gerçekleri ortaya çıkarabilmek için şüphelilerle sahte ilişkilere girer, kendi kimliği hakkında yalan söyler ve şüpheliler, gizli soruşturmacının amacını bilemez, aldanırlar⁹.

Yukarıda belirtildiği üzere, 5271 sayılı CMK’nın gizli soruşturmacı görevlendirilmesini düzenleyen 139. maddesi, Kanun’un 1. kitabının “koruma tedbirleri” başlığını taşıyan dördüncü kısmında, “Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme” başlıklı altıncı bölümünde yer almıştır. Burada kısaca koruma tedbiri kavramı üzerinde durmakta yarar var. Şöyle ki, genel anlamda koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin yürüyüşünü veya verilmiş hükmün yerine getirilmesini sağlamak amacıyla hukuken öngörülmüş tedbirlerdir¹⁰. Koruma

⁷ ÜNVER, Yener, Federal Almanya’da Terör ve Organize Suçluluk ile ilgili Düzenlemeler, Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998, s.447

⁸ ÖZTÜRK, Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, M. Ruhan/ SIRMA, Özge/ SAYGILAR, Yasemin/ ALAN, Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yay, 2010, s. 478

⁹ JOH, Elizabeth E., Breaking the Law to Enforce it: Undercover Police Participation in Crime, Stanford Law Review, vol. 62:155, s.161

¹⁰ DÜLGER, Murat Volkan “AHM Kararlarında Organize Suçla Mücadelede Özel Koruma Tedbirleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, İstanbul, 2002, s. 275.

tedbirleri terimi, daha çok amacı hedefleyen ve tedbire başvurulduktan sonraki faaliyeti esas alan bir anlama sahiptir. Diğer bir deyişle koruma terimi, tedbirinin konusunu oluşturan delili ve elde edilmek istenen bu delilin kaybolmaması amacını ifade eder¹¹.

Koruma tedbirleri hüküm verilirken kullanılan vasıtalarından biridir ve delilleri koruyarak iyi bir hüküm verilmesini sağlarlar. Delillerin kaybolmasını önleyerek, mahkemenin doğru karar vermesinin ve sonuçta vereceği hükmün yerine getirilebilmesinin vasıtası olurlar. Koruma tedbirlerinin vasıta oluş özelliğinden çıkan sonuca göre, bu tedbirler tek başlarına varlık sahibi olmamalı ancak belirli bir olaya bağlı olarak varlık kazanabilmelidirler.

Koruma tedbirleri geçici olup, zamanla sınırlıdır. Koruma tedbirlerinin uygulanabilmeleri için dört ön şart söz konusudur. Bunlar, gecikmede tehlike hali, haklı görünüş, orantılılık ve kanunla düzenlenmiş olmak olarak sıralanır¹². Aşağıda görüleceği üzere, bir koruma tedbiri olan gizli soruşturmacı atanmasında da bu şartlar göz önünde bulundurulmalıdır.

I. GİZLİ SORUŞTURMACI VE BENZER KAVRAMLAR

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, suç araştırmasında “bir suçun işlendiği izlenimini veren hal” varsa (CMK md.160/1), Cumhuriyet Savcısının kamu davası açmaya yer olup olmadığına karar vermek amacıyla, delilleri toplamak ve işin gerçeğini araştırma yolunda kullandığı koruma tedbirlerinden biridir. Gizli soruşturmacı kavramını tam olarak anlayabilmek için benzer kavramlarla arasındaki farkı ortaya koymak yararlı olacaktır.

A. Bilgi Veren (İnformant)

Belirli suçlar işlendiği bilinen veya tahmin edilen yerlerde bulunup da kural olarak menfaat karşılığında işlendiği veya işlenmekte olduğu ileri sürülen suçlarla ilgili bazı bilgileri kovuşturma makamlarına aktaran kişilere bilgi veren denir¹³. Bu kişiler daha çok suçlu çevrede bulunup suçlu kimselerle diyalogda bulunan kişiler olabilir¹⁴. İnformant kullanmanın amacı delil elde etmektir¹⁵.

¹¹ ÖZBEK, Veli Özer, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı CMK İzmir Şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s.509

¹² YENİSEY, Feridun, Uygulanan Ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Hazırlık Soruşturması ve Polis, Beta Yay, İstanbul, 1987, s.131

¹³ ÖZBEK, Veli Özer, age, s.592

¹⁴ŞAHİN, Cumhur, “Organize Suçlulukla Mücadele ve Tanığın Korunması”,YTD, Yargı Reformu Özel Sayısı (Temmuz-Ağustos 1996), s.693

¹⁵ ERDEM, M.Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara, Seçkin Yay, 2001, s.82

Gizli soruşturmacı, bilgi verenden farklıdır; gizli soruşturmacı kamu görevlisiyken, bilgi veren özel kişidir. Yine gizli soruşturmacı bir örgüt içine sızarak delil toplamak, örgütün işleyeceği suçları önlemekle görevliyken, bilgi verenin böyle bir görevi yoktur¹⁶.

B. Kışkırtıcı Ajan (Ajan Provokatör)

Uygulamada yaygın olarak kullanılan kışkırtıcı ajan (ajan provokatör), kovuşturma organlarının talimatı üzerine, üçüncü kişilerin bir suç işlemesine neden olan veya onlara etki ederek suç işlemeye yönelten kişidir¹⁷. Kışkırtıcının amacı, suçun diğer fail veya faillerinin amacından farklıdır. Kışkırtıcının amacı, faili yakalatmak ve cezalandırılmasını sağlamaktır. Bunun nedenleri, suçluyu yakalatana ikramiye verilmesinde olduğu gibi, maddi veya manevi olabilir. Burada ortak özellik, kışkırtıcının suçun işlenmesinden doğrudan doğruya bir fayda beklememesidir¹⁸. Bazı suçların olağan yöntemlerle ortaya çıkarılması mümkün değildir. Kışkırtıcı ajan hukuki kriterlere göre, objektif açıdan önerilemez yöntemler kullanmaktadır; fakat bu yoldan yerine getirmeye çalıştığı amacı doğru ve hukuka uygundur¹⁹. Gizli soruşturmacı ile kışkırtıcı ajan arasında en önemli fark, gizli soruşturmacı hiçbir zaman azmettiren durumunda olmamaktadır, ayrıca kışkırtıcı ajanın kamu görevlisi veya özel bir kişi olabilmesine karşılık, gizli soruşturmacı sadece kamu görevlisi olabilir.

C. Gizli Soruşturma Yapan Polis Memuru

Gizli soruşturmacı ile gizli soruşturma yapan polis memurlarının icra ettikleri faaliyetleri bakımından bir fark bulunmamakla birlikte, bu iki kurum arasındaki en temel fark, bu polis memurlarının uydurma bir kimliğe sahip olmamaları ve sürekli olarak kullanılmamalarıdır²⁰.

II. GİZLİ SORUŞTURMACI İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

Gizli soruşturmacının hangi koşullarda görevlendirilebileceği CMK 139. maddenin ilk fıkrasında belirtilmiştir: “Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde

¹⁶ ÖZTÜRK, Bahri/ Tezcan, Durmuş/ Erdem, M. Ruhan/ Sırma, Özge/ Saygılar, Yasemin/ Alan, Esra, age, s. 478

¹⁷ ERDEM, M. Ruhan, age. s.85

¹⁸ EREM, Faruk, İdarenin Kışkırtıcı Ajan Kullanması , Onar Armağanı, İÜHF Fakülteler Matbaası, 1977, s.274

¹⁹ AKINCI, Füsün Sokullu, Polis Toplumsal Kurum Olarak Gelişmesi Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları, İstanbul, Gümüş Basımevi, 1990, s.129

²⁰ ERDEM, M. Ruhan, age. s.80

Cumhuriyet Savcısı kararı ile kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir”.

Madde metninde belirtilen gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin koşulları başlık halinde sıralamak gerekirse; 1-Belirli suçlar için uygulanmalı, 2-Gizli soruşturmacı kamu görevlisi olmalı, 3-Başka delillerle amaca ulaşılmalı, 4-Kuvvetli suç şüphesi bulunmalı. Şimdi bu koşulları detaylandıralım;

A. Belirli Suçlar İçin Uygulanma;

Maddenin 7. fıkrası, gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanabileceği soruşturma konusu suçları sınırlı olarak belirlemiştir. 7. fıkarda “bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir” diyerek kesin bir ifade kullanmış ve gizli görevli görevlendirilebilecek suçları sınırlayarak sayım yöntemini benimsemiştir. Bu tedbir, sadece belirtilmiş olan katalog suçlar için uygulanabilecektir. Bu suçlar şunlardır;

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu(madde 188),
 2. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),
 3. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama suçu (madde 315),
- b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı suçu(madde 12),
- c) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

5532 sayılı Terörle Mücadele Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 9. Maddesinde, bu tedbirin uygulanabileceği suçlar arasında sayılmış olan Türk Ceza Kanunu md.220 de düzenlenmiş olan suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda gizli görevli tedbirinin uygulanmasına getirilen istisnalar uygulanmaz denilmiştir. Bu kapsamda TCK 220. maddenin iki, yedi ve sekizinci fıkralarında (örgüte üyelik, örgüte yardım ve örgüt ve amacının propagandası) belirtilen suçları işleyenler ile ilgili getirilen istisnalar TMK’nda uygulanmayacaktır. Yani terör örgütü suçlarında örgüte üyelik, örgüte yardım, örgüt ve amacının propagandası gibi ilgili fıkralarda belirtilen suçları işleyenleri tespit için de gizli soruşturmacı tedbiri uygulanabilecektir.

Madde kapsamında incelediğimizde, gizli soruşturmacı tedbirine başvurabilecek suçlar, örneğin iletişim tespiti ve dinlenmesini düzenleyen maddede belirtilen suçlardan daha sınırlı olarak katalog halinde düzenlenmiştir. Maddedeki suçların ortak özelliği dikkate alındığında, acaba bu tedbire sadece örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak mı görevlendirme yapılabilecektir?

Doktrinde gizli soruşturmacının görevlendirilmesi için, izlenecek suçun örgütlü suç olup olmadığı tartışmalıdır. Maddenin 4. fıkrasında "... faaliyetlerini izlemekte görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada..." ifadesi yer almaktadır. Bu düzenlemeden soruşturmacının örgütlü suç için görevlendirilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Buna karşılık bu görevlendirilmenin sınırlarını belirleyen 1. fıkrada örgütten söz etmemsi ve bu görevlendirmenin yapabileceği suçları tahdidi olarak sayan 7. ve son fıkrada yer alan suçların bazılarının örgütlü olarak işlenmelerinin düzenlenmemiş olması, bu konuda örgütün gerekli olmadığı görüşlerin ileri sürülmesine neden olabilir²¹. Örneğin Kültür ve Tabiat Varlıklarınının Korunmasına İlişkin Yasanın 68. Maddesi, bu tür eserlerin yurt dışına çıkarılmasını; 74. madde ise, ruhsatsız kazı ve sondaj yapmayı cezalandırmaktadır. Bu suçlar örgütlü işlenebileceği gibi, bireysel olarak da işlenebilir.

566

Bir görüşe göre, gizli soruşturmacının görevlendirilme amacı göz önünde tutulduğunda söz konusu suçların örgütlü suçlar olması gerekir. Diğer bir deyişle bu suçlar örgüt faaliyeti çerçevesinde işleniyor olmalıdır²². Katalogda yer alan bazı suçlar bakımından, suçun örgütlü olmasının aranmadığı gibi bir izlenim doğabilirse de bu doğru değildir. Çünkü dördüncü ve beşinci fıkralarda, gizli soruşturmacının örgütün faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiğinden söz edilmektedir. Dolayısıyla katalogda yer alan suçları bu hükümlerle birlikte değerlendirdiğimizde, ancak bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla sınırlı olarak gizli soruşturmacı görevlendirilebileceği sonucu çıkmaktadır²³.

Yargıtay İlgili Ceza Dairesi verdiği bir kararında, iki sanığın 6136 sayılı yasaya aykırı davranması suçundan, başkaca tedbirlerle delil elde etme olanağı bulunmadığı için, gizli soruşturmacı atanması kararının isabetli olduğuna karar vermiştir. Bir örgüt çatısı altında işlenmeyen bu suç için, gizli soruşturmacı atanmasının isabetli olduğunun belirtilmesi, Yargıtay'ın hakim doktrin

²¹ DONAY, Süheyl, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Beta Yay, İstanbul, 2009, s.230

²² ÖZBEK, V. Özer, İzmir Şerhi age, s.607

²³ ŞAHİN, Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara, Seçkin Yay, 2007, s.274

görüşünden ayrıldığını göstermektedir²⁴. Kanaatimizce, gerek yasanın 4. ve 5. fıkralarında örgütten bahsetmesi ve gerekse en son uygulanması gereken bir tedbir olması nedeniyle, gizli soruşturmacı tedbiri sadece örgüt çatısı altında işlenebilen suçlar için uygulanmalıdır.

Disiplin cezasını gerektiren eylemler için gizli soruşturmacı atanamaz. Örneğin, 2007 yılında Singapur'da emlak işleriyle de uğraşan avukat Phllis adlı kişinin, haksız olarak havale parası aldığı tespitini amacıyla gizli bir çalışma başlatılır; kendisini emlakçi olarak tanıtan gizli görevli, Phllis ile yaptığı tüm görüşmeleri kayıt altına alır ve bu görüşmelerden birinde avukat Phllis, gizli görevliden danışmanlık yaptığı bir emlak işi için haksız olarak havale parası ister ve alır. Durum baro disiplin komitesine yansıtılır ve avukat baro tarafından cezalandırılır. Dosyayı inceleyen Singapur Yüksek Mahkemesi, disiplin soruşturması ve yaptırımını gerektirecek bir hususta gizli görevli atanamayacağını ve bu nedenle elde edilen kanıtların geçersiz olduğunu belirterek, baro disiplin komitesinin yaptırım kararını kaldırır²⁵.

B. Gizli Soruşturmacı Kamu Görevlisi Olmalı

Gizli Soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin 139 maddenin 1. fıkrası gereği ancak kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. Kamu görevlisi, Türk Ceza Kanununun tanımlar başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasının "c" bendinde tanımlanmıştır. TCK madde 6/1-c; "kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir

²⁴ Yrg. 8.CD.19/07/2011 gün, 2008/17238 esas, 2011/6557 sayılı karar: Suçun işlendiğine yönelik kuvvetli suç şüphesi bulunması, başka tedbirlerle delil elde etme imkanının bulunmaması ve sanıkların (Dosyada 2 sanık var) gizlilik kuralları içinde faaliyetlerini sürdürdükleri özel dahil diğer koruma tedbirlerinin yetersiz kalacağı gibi netice alınma olanağı da sağlayamayacağına anlaşılması karşısında, suç ve faillerinin ortaya çıkarılması amacıyla CMK.nun 139. maddesine göre gizli soruşturmacı görevlendirilmesi isabetli görülmekle; yapılan duruşmaya, toplanıp karar yerinde gösterilen kanıtlara, mahkemenin yargılama sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine göre yerinde görülme sair itirazların reddine, ancak:

Hükümden sonra 08.02.2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 5728 sayılı Yasanın 155. maddesi ile müsadereye ilişkin 6136 sayılı Yasanın 12. maddesinin son fıkrasının yürürlükten kaldırılmış bulunması karşısında, suça konu silahlar ve eklerinin zorunluluğunun 5237 sayılı TCK.nun 54. maddesi gereğince yapılması zorunluluğu Yasaya aykırı ise de, yeniden yargılama yapılmasını gerektirmeyen bu hususun, 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi uyarınca uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK.nun 322. maddesi gereğince düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, hükümden "6136 sayılı Yasanın 12/son madde ve fıkrasının" çıkarılarak yerine "5237 sayılı TCK.nun 54. maddesinin" ifadesinin eklenmesi suretiyle sair yönleri usul ve yasaya uygun olan hükmün istem gibi DÜZELTİLEREK ONANMASI.Benzer karara, Yrg. 8.CD.02/06/2011 gün, 2009/5503 esas, 2011/4264 sayılı kararda da rastlanmaktadır.

²⁵ Noticeboard, The International Journal of Evidence & Proof, (2008) 12 e&p, s.246

surette sürekli süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılır". Buna göre bir kişinin kamu personeli sıfatını taşıyabilmesi üç şart aranmaktadır; kişinin bir kamu tüzel kişisine bağlı bulunması, istihdam edilmesi ve kamu tüzel kişisine bir kamu hukuku bağı ile bağlı olması²⁶.

Gizli soruşturmacı, görevlendirildiği sırada kamusal faaliyetin yürütülmesine yasadaki tanımda belirtilen herhangi bir şekilde katılan kişi olmalıdır. Özel kişiler, gizli görevli statüsünde kullanılamazlar.

Gizli soruşturmacı kurumunun doğduğu hukuk sistemi olan Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda, gizli soruşturmacının polis memuru olacağı düzenlenmiştir. Ülkemizde ise gizli soruşturmacının mutlaka polis memuru olması aranmamış; buna karşılık suç örgütlerinin gerçekleştirdikleri suçların niteliği sebebiyle gizli soruşturmacı olabilmek için kamu görevlisi olmak şart koşulmuştur²⁷.

C. Başka Delillerle Amaca Ulaşılamamalı

Koruma tedbirleri, orantılılık ilkesine aykırı olamazlar. Bu durum, kanun koyucu tarafından da 5271 sayılı CMK' nun 139. maddesinde belirtilmiştir. Gerçekten de madde metnine bakıldığında gizli soruşturmacı tedbirine başvurulabilmesi için kuvvetli suç şüphesinin varlığı yeterli görülmeyle, buna ilave olarak, başka surette delil elde edilememesi şart koşulmuştur. Kanun koyucunun bu düzenlemeyi, gizli soruşturmacı tedbirinin, diğer koruma tedbirlerinden daha ağır bir şekilde kişilerin temel hak ve hürriyetlerine müdahale etmesi sebebiyle kabul ettiğini söyleyebiliriz. Uygulamada, delil elde etme konusunda diğer tedbirlerin yetersiz kalıp kalmadığı konusunda karar verme yetkisi, hâkime aittir.

Gizli soruşturmacı tedbirine başvurabilmek için, diğer tedbirlerle delil elde etme imkânı olmamalıdır. Eğer başka tedbirlerle delil elde edilebiliyorsa, bu tedbire başvurulamayacaktır. Hukukumuzdaki düzenlemeye göre en son çare olarak gizli soruşturmacı tedbirine başvurulabilir. Yasa oranlılık ilkesine yer vermiş ve tedbirin ikincil niteliğini vurgulamış bulunmaktadır²⁸. Somut olay

²⁶ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku C.II, 2.bası, Bursa, Ekin Kitapevi, 2009, s.637

²⁷ YENİSEY, Feridun, Mukayeseli Hukukta Çıkar Amaçlı Örgütlerle Mücadele, Yeni Türkiye Dergisi Özel Sayı, Ocak Şubat, Yıl 3, Sayı 19, 1997, s. 533.

²⁸ KUNTER, Nurullah/ Yenisey, Feridun/ Nuhoglu, Ayşe, Muhakeme Hukuk Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yay, 16.Baskı, İstanbul, 2008, s. 750

incelendiğinde temel hak ve özgürlüklere daha az yoğun müdahale oluşturan tedbir hangisi ise, ona öncelik tanınmalıdır²⁹.

Yönetmeliğin tanımlar başlıklı 4. maddesinde, başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması, “soruşturma ve kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak bu yönetmelikle düzenlenen tedbirlerle ulaşılabilecek olması” şeklinde tanımlanmıştır. Bu açıklamadan, başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması halinin, başka suretle delil elde edilememesi haline nazaran daha geniş bir ifade olduğu sonucu çıkarılabilir³⁰.

Eğer somut olayda suç örgütü hakkında diğer koruma tedbirleri kullanılarak delil elde edilebiliyorsa, bu durumda gizli soruşturmacı görevlendirilerek örgüt içerisine sızması tercih edilmemelidir. Çünkü örgüt içerisine sızan bir gizli soruşturmacının kimliğinin deşifre edilmesi ve hayatının tehlikeye girmesi, pek de göz ardı edilecek bir ihtimal değildir.

Gizli soruşturmacı tedbirine başvurulabilmesi için olmazsa olmaz bu koşul, 5271 sayılı CMK’ nun 134. maddesinde düzenlenen “Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama, el koyma”, 135. maddesinde düzenlenen “İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” ve 140. maddesinde düzenlenen “Teknik araçlarla izleme” koruma tedbirleri için de kabul edilmiştir.

Gizli soruşturmacı yönteminin “en son çare” olması özelliği dikkate alındığında, bu yöntem, katalog suçları işleyen örgütün yönetim kademesini ele geçirebilmek için uygulanmalıdır. Örneğin, uyuşturucu satan sokak satıcıları yerine, uyuşturucuyu üreten ve ticaretini yapan toptancılar hedef alınmalı veya terör örgütlerinde organizasyonun yönetim kademesi hedef alınmalıdır³¹. Ancak uygulamada bu kritere uyulmadığı görülmektedir.

D. Kuvvetli Suç Şüphesi Bulunmalı

Ceza Muhakemesi Hukuku’nda şüphe, soruşturmanın başında yetkililerin delillere dayanan bir tahmininden ibaret iken, soruşturmanın daha sonraki evrelerinde ve kovuşturma evresinde iddiayı destekleyen delillerle savunmayı

²⁹ ERDEM, M.Ruhan, agm, s.386

³⁰ NUHOĞLU, Ayşe, Gizli soruşturmacı Görevlendirilmesi, Prof.Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Ankara, 2008, s.1061

³¹ MİLLER, Laurence, Undercover Policing:A Psychological and Operational Guide, Journal of Police and Criminal Psychology, Vol:21, No:2, s.2

destekleyen delillerin yetkililere eşit değerde görünmesinden ve bu sebeple yetkililerin savunma veya iddia lehinde veya aleyhinde net bir kanıya varamamaları anlamına gelmektedir³². Kısacası şüphenin varlığı, delilin varlığına tabidir. Şüphe, basit şüphe (başlangıç şüphesi) ve yoğun şüphe olarak ikiye ayrılmaktadır.

Basit şüphe, dayanağı olan delillerin basit, yetersiz veya az olan delillerin oluşturduğu şüphedir. Soruşturmaya başlanabilmesi için, belirli ve yaşanmış somut olayların en azından belirti şeklinde ortada bulunan delillere dayanarak, belli bir suçun işlendiğine dair şüpheyi yaratması gerekmektedir³³. Zira 5271 sayılı CMK'nun 160. maddesinin 1. fıkrasında, Cumhuriyet Savcısının suç işlenip işlenmediği hakkında soruşturma başlatabilmesi için gerekli olan şüphenin, basit şüphe olduğu belirtilmiştir. Bu sebeple de soruşturmanın başlatılabilmesi için, suç şüphesinin belirli bir kişiye yönelmiş olması aranmamakla birlikte, çoğu kez savcıyı harekete geçirip soruşturma başlatan olay, suç failinin öğrenilmesinden daha çok suç teşkil eden fiilin öğrenilmesidir³⁴.

570

Yoğun şüphe, eldeki delillerin sayıca çok olması, delil kuvveti yeterli veya kuvvetli delillerin bulunması halinde var olan şüpheye denilmektedir. Yoğun şüphe, kendi içinde yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Eldeki delillere nazaran yapılacak olan duruşmada, sanığın mahkûm olma ihtimali, beraat etme ihtimalinden daha kuvvetli ise yeterli şüpheden; sanığın mahkûm olması kuvvetle muhtemel ise kuvvetli şüpheden bahsedilir³⁵. Kuvvetli şüphe, suçun işlendiği hususunda %70- 80'e varan bir şüphedir³⁶.

Suç işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunup bulunmadığı, Cumhuriyet Savcısı tarafından değerlendirilecektir. Bu konuda Cumhuriyet Savcısı kolluktan yararlanarak onların elde ettiği kanıtları değerlendirecektir. Bu açıdan kuvvetli şüphe kavramının pek de belirgin olduğunu söylemek mümkün

³² ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, M. Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yay, 2006, s.484

³³ ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, M. Ruhan, age, s.485

³⁴ ERDEM, M. Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, s.317

³⁵ ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, M. Ruhan, age, s.486

³⁶ BODUR, Harun, "Şüphe, Makul Şüphe ve Arama Hukuku", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006/1, s.27

değildir. Gerçekten bu saptama sübjektif bazı değerlendirmeleri gerektirdiği için, yanıltıcı olması olasıdır³⁷.

Yeterli şüphe ya da basit şüphenin olması halinde bu gizli soruşturmacı tedbirine başvurulamayacaktır³⁸. Ağır müdahale oluşturan bu tedbirin tam olarak ortaya konulamayan ve sınırı çizilemeyen basit şüpheye dayanarak kötüye kullanılmasını önlemek kaygısıyla böyle bir düzenlemeye yer verilmiş ise de, bu tür kaygılar söz konusu tedbiri uygulanmaz duruma da getirmemelidir. Tedbire başvurulabilmesi için “kuvvetli şüphe” zorunluluğu aranması, tedbire ancak “başka yolla delil elde edilmesi olanağının bulunmaması” durumunda başvurulması gerekliliği ile de (CMK md.139/1) bağdaşmamaktadır. Çünkü kuvvetli şüphe bulunması, çoğu durumda “başka yolla elde edilmiş” delillerin de zaten mevcut olduğu anlamına gelmektedir³⁹.

Yargıtay ilgili ceza dairesi, gizli soruşturmacı kullanılarak yapılan bir operasyon sonucu verilen mahkûmiyet kararını onamış ise de, bu karara muhalif olan bir Yargıtay Üyesinin bizimde katıldığımız karşı oy gerekçesi, bu konuyu çok net bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu nedenle bu karşı oyun ilgili kısımlarını dipnot olarak çalışmaya koymanın yararlı olacağı düşünülmüştür⁴⁰.

³⁷ DONAY, Süheyl, age, s.230

³⁸ ÇOLAK, Haluk/ TAŞKIN, Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 2.Baskı, Ankara, Seçkin Yay, 2007, s.664

³⁹ ERDEM, M. Ruhan, Telekomünikasyonun Dinlenmesi, HPD, Nisan, 2005, s.100

⁴⁰ Yrg.10.CD, 11/02/2013 gün, 2012/17806 Esas, 2013/1225 Karar sayılı karar karşı oy gerekçesi: “Olayımızda; Soruşturma başlatılırken fail/failler veya fiiller somut olarak belirtilmediği için başlangıçta suçun işlendiği belirsizdir. Oysaki gizli soruşturmacı görevlendirilmesi için olay somutlaştırılmalı, soruşturma konusu suçun işlenmiş ya da işlenmekte olması gereklidir. Somut olayda ise bir nevi önleme amaçlı Gizli Soruşturmacı görevlendirilmiştir. Mersin Cumhuriyet Başsavcılığının tarih ve sayılı yazılarından Gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin kararlara bağlı olarak içerinde dosyamızın sanıklarının da bulunduğu toplam 59 kişinin gözaltına alındığı, aslında belli bir olay veya failin izlenmediği, fiil işlenmeden önce karar alındığı anlaşılmaktadır. Yine Mersin Cumhuriyet Başsavcılığının tarih ve sayılı yazılarından Gizli Soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin kararlara bağlı olarak 62 kişinin gözaltına alındığı anlaşılmaktadır. Suç işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunup bulunmadığı ve başka surette delil elde etme imkânı olup olmadığı konusunda bir araştırma yapıp yapılmadığı da bilinmediği için bu koşulların varlığı da bilinmemektedir.

14.02.2007 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 4. maddesindeki tanımlara göre: “Başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması hâli: Soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak bu Yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle ulaşılabilecek olmasını,” ifade etmektedir.

Mersin Emniyet Müdürlüğü'nün tarihli ve Mersin Cumhuriyet Savcılığı yazılarında Gizli Soruşturmacı görevlendirilmesi için talebin kabulünü gerektirir bilgiler bulunmadığı gibi, Gizli

III. GİZLİ SORUŞTURMACI GÖREVLENDİRİLMESİ USULÜ

A. Gizli Soruşturmacının Seçilmesi

5271 sayılı CMK' nun 139. maddesinin 1. fıkrasında, gizli soruşturmacının hangi koşullarda görevlendirilebileceği düzenlenmiştir. Anılan fıkraya göre: “ Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı kararı ile kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir.” Burada hiçbir şekilde kolluğa bu yönde bir yetki verilmemiştir.

Gizli soruşturmacı tedbirinde, gecikmesinde sakınca bulunması nedeniyle savcı tarafından karar verildiği durumlarda, bu kararın sonradan hâkim onayına sunulması zorunluluğu aranmamıştır. Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesi 1.fıkrasında iletişimin tespitine savcının karar verdiği durumlarda, daha sonra bu kararın hâkim onayına sunulması gerektiği düzenlendiği halde, gizli soruşturmacı tedbirinde böyle bir düzenlemeye gidilmemiştir⁴¹. Kanaatimizce bu eksiklik, anayasaya aykırıdır. Anayasa m.20 ve 21.'de arama ve el koyma için dahi hâkim güvencesi getirildiği halde, onlardan daha ağır bir müdahale niteliği taşıyan, gizli soruşturmacı görevlendirilme tedbiri için hakim onayının getirilmemesi hatalı bir düzenlemedir.

Soruşturmacı görevlendirilmesine karar veren Mersin .. Sulh Ceza Mahkemesinin kararında kanun hükmünü tekrarlamaktan başka herhangi bir gerekçe de bulunmamaktadır. Sözü edilen karar Anayasanın 141. ve CMK'nın 34. maddelerine aykırı bir karardır.

Sözü edilen Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 4. maddesindeki tanımlara göre: Gizli soruşturmacı: “Gerektiğinde örgüt içine sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve örgütün işlediği suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisi,”dir.

Kışkırtıcı ajan ise, “insanları bazı suçları işlemeye sürüklemekle görevli kişi”dir. Kışkırtıcı ajan ile gizli soruşturmacının yaptığı eylemler farklılık arz etmektedir. Gizli soruşturmacı, hiçbir zaman azmettiren konumunda olmayıp, bulunduğu örgütün içerisinde iken delilleri toplamakta, kışkırtıcı ajan ise suç işleyen kişinin ortaya çıkarılması için suç işlemeye azmettirmektedir.

Mersin 6. Sulh Ceza Mahkemesinin gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin kararı hukuka aykırı olduğu gibi, Gizli soruşturmacıların somut olaydaki çalışmaları sanıkları suç işlemeye sürükleyen kışkırtıcı ajan tarzında oluşu nedeniyle de hukuka aykırıdır.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin “Dürüst Yargılama Hakkı” başlıklı 6/3,d maddesi hükmüne göre bir suç isnadına maruz kalan herkes, “aleyhine olan tanıklara soru sordurmak hakkına sahiptir. Dava sırasında sanık tanık konumundaki Gizli Soruşturmacıya soru sordurma hakkını da kullanamamıştır. Karar bu yönü ile de hukuka aykırıdır.”

⁴¹ KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, age, s. 752

B. Gizli Soruşturmacının Görev Süresi

Gizli soruşturmacının ne kadar süre için görevlendirileceğine dair ifadeye kanunda yer verilmemiştir. Yani kanun gizli soruşturmacı görevlendirilmesinde herhangi bir süre kısıtlaması getirmemiştir. Ancak kural olarak gizli soruşturmacının görevi, gizlilik ilkesinin geçerli olduğu soruşturma evresinde devam edebilir⁴². 2007 tarihinde yürürlüğe giren Yönetmelikte de görevlendirilmeye ilişkin herhangi bir süre belirtilmemiştir. Tedbirin özelliği dikkate alındığında, yasa koyucunun gizli soruşturmacının görev süresine ilişkin bir sınırlama getirmemesi yerindedir⁴³. Örgütsel suçun aydınlatılması amacıyla, gizli soruşturmacı ne kadar çalışması gerekiyorsa o kadar çalışmalıdır. Bu süre günlerle de sınırlı olabilir, yıllarca da sürebilir.

Gizli soruşturmacının görev süresi uygulamada ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir. Belçika'da bu süre üç ila beş yıl arasında değişirken⁴⁴, ABD'de federal büronun yürüttüğü çalışmalarda bu süre altı ay olarak sınırlandırılmış,

C. Gizli Soruşturmacının Korunması

CMK 139. maddenin (2). fıkrasında, gizli soruşturmacının kimliğinin değiştirilebileceği, bu kimlikle hukuki işlemler yapılabileceği ve kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belgelerin hazırlanabileceği, değiştirilebileceği ve kullanılabilmesi belirtilmiştir. Banka hesabı, kredi kartı, nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, pasaport, plaka, diploma ve bunlara benzer her türlü kimlik belirlemeye yarayan belgelerde değişiklikler yapılabilir. Bu belgelerin elde edilmesi için de sahte belgeler düzenlenebilir⁴⁵.

Maddenin 3. fıkrasında da, gizli soruşturmacının güvenliği için kimliğinin görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulacağı ve soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgelerin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığında muhafaza edileceği düzenlenmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik' in 28. maddesinde gizli soruşturmacıya, ilgili kolluk birimi tarafından bir aidiyet numarası verileceği, ilgili kolluk birimince yürütülecek işlemler ile suçun soruşturulması ve

⁴² CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yay, İstanbul, 2010, s.418

⁴³ NUHOĞU, Ayşe, agm, s.1063

⁴⁴ ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, age, s.496

⁴⁵ ÇOLAK, Haluk/ TAŞKIN, Mustafa, a.g.e, s. 472

kovuşturulması sırasında bu aidiyet numarasının kullanılacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin 5. fıkrasında da “Bir suç soruşturması nedeniyle görevlendirilen gizli soruşturmacının takibi, can güvenliğinin sağlanması ve hayatının tehlikeye düştüğü durumlarda, bu kişinin operasyondan çekilmesi ile kollukla irtibatını sağlamak üzere, ilgili kolluk birimi tarafından sorumlu kolluk görevlisi belirlenir” şeklinde bir düzenleme yapılarak, gizli soruşturmacının tedbirin uygulanması sırasında can güvenliğinin sağlanması amaçlanmıştır.

Gizli soruşturmacının korunması konusunda açıklanması gereken bir husus, gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenip dinlenmeyeceği hususudur. Şimdi bu konuyu açalım;

D. Gizli Soruşturmacının Tanık Olarak Dinlenmesi

Bu konuda CMK m. 139/3'ün lafzı dikkate alındığında, gizli soruşturmacının kimliğinin görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulması öngörülmüş olması nedeniyle ve 'Yönetmelik' in 31. maddesinde gizli soruşturmacının kimliği ile ilgili hiçbir bilginin talep ve kararda gösterilemeyeceği hükmüne yer verilmesi nedeniyle, gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenemeyeceği görüşü savunulmaktadır⁴⁶. Çünkü gizli soruşturmacı kullanma tedbiri, özünde gizli çalışma ve delil toplamayı gerektirmektedir. Tanık olarak dinleme, gizli soruşturmacının güvenliği bakımından uygulanması kolay, güvenli bir yöntem değildir. Çünkü örgütün genişlik ve niteliğine göre, tüm birimlerinin aynı anda ve süreçte çökertilmesi mümkün olmayabilir. Ayrıca tanık sıfatıyla kimliği gizlenerek veya yukarıda belirtilen yöntemler kullanılarak dinlenen tanığın vereceği bilgilere hangi seviye ve kademede bir mensubun ulaşabileceği tahmin edilebilir. İşte bu nedenlerle, gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenmesi güvenliğini tehlikeye sokacağı gibi, bir başka soruşturmada görevlendirilmesine de engel olabilecektir⁴⁷.

Ancak aksi düşüncede olan yazarlara göre, kimliğinin açıklanmaması için duruşma salonuna getirilmemek, maske takmak, sesini teknik araçlarla değiştirmek ya da ifadesinin özel odalarda alınması gibi uygulamalarla gizli soruşturmacıyı tanık olarak dinleme mümkün olmalıdır⁴⁸. Bunun aksi durumunda sanık veya müdafii, sanık hakkında uygulanan yöntemlerden haberdar olamayacak ve itirazda da bulunamayacaktır. Aynı şekilde hakim, gizli

⁴⁶ MERAN, Necati, Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Gizli soruşturmacı, Teknik Takip, Ankara, Adalet Yay, 2009, s.320

⁴⁷ MERAN, Necati, age, s.321

⁴⁸ ŞEN, Ersan, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli soruşturmacı, X Muhbir, Ankara, Seçkin Yay, 2008, s.158

soruşturmacının bilgisine doğrudan başvuramadığı takdirde, maddi anlamda doğrudan doğrualık ilkesine de aykırılık söz konusu olacaktır. Bunların yanında dayanak olarak CMK 206, 210/1, 215, 216 ve 217/2 maddeleri gösterilebilecektir.

Tanıkların korunmasına ilişkin düzenleme CMK m.58 f.2'de belirtilmiştir. Buna göre, kişiyi tanık olarak dinleme durumunda, kimliğinin ortaya çıkması kendisi veya yakınları için ağır bir tehlike oluşturacaksa kimliği saklı tutulacaktır. Ayrıca 3. fıkraya göre, hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi tanık için ağır bir tehlike oluşturacaksa ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından tehlike oluşturacaksa, hâkim bulunma hakkına sahip olanlar olmadan da bu tanığı dinleyebilecektir. Ses ve görüntü aktarması yapılabilecektir. Ayrıca tanıkların korunması ancak bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak uygulanabilecektir.

Gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenmesi gerektiğinde, CMK m.58'de yer verilen tanıkların korunmasına ilişkin düzenlemeler uygulanabilmelidir⁴⁹.

CMK madde 58'de tanık koruma ile ilgili yasal düzenleme yapılacağı belirtilmiş ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu bu hususta düzenlemelere gitmiştir. Şöyle ki, Tanık Koruma Kanunu m.3'de hangi suçlarda tanık koruma tedbirleri uygulanacağı, m.4'de kimlere bu tedbirin uygulanacağı, m.5'de hangi koruma tedbirleri olacağı gösterilmiştir. Tanık koruma tedbirleri arasında, ses veya görüntünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi, kimlik bilgilerinin kaydının gizliliği, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenebileceği gibi tedbirler yer almıştır. Tanık Koruma Kanunu m.3'e göre, bu kanun belirli suçlarla ilgili olarak uygulanabilir. Bunlar, Türk Ceza Kanununda ve ceza hükmü içeren özel kanunlarda yer alan ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen alt sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardır. Yine bu kanununun 22. maddesinde, "... bu suçlarda kullanılan gizli soruşturmacı ... hakkında bu Kanun hükümleri uygulanır." hükmüne de yer verilmiştir. Dolayısıyla Tanık Koruma kanununu kapsamında işlenen suçları soruşturan gizli soruşturmacı, bu kanunun verdiği haklardan

⁴⁹ ÖZTÜRK, Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, M. Ruhan/ SIRMA, Özge/ SAYGILAR, Yasemin/ ALAN, Esra, age, s.479

faizlanabilecektir. Böylece yasa koyucu, gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenebilmesinin önünü açmıştır.

Tanığın kimliğinin saklı tutulmasının savunma açısından önemli sakıncaları vardır. Tanığın kişisel önyargı, düşmanlık gibi duygularla hareket edip etmediği, yalan söyleyip söylemediği, sanıkla arasındaki ilişki başka bir deyimle tanığın güvenilir olup olmadığı ancak duruşmada sanıkla yüzleşmesi ve sanığın soru sorması sonucu ortaya çıkabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tanığın kimliğinin açıklanmasının kendisi ya da ailesi bakımından ciddi tehlikeler doğurması durumunda kimliğin gizli tutulmasını kabul etmektedir. Ancak, tanığa yönelik bu tehdidin ciddi, nesnel verilere dayanan bir tehdit olması gereklidir. Tanığın korktuğunu söylemesi yeterli değildir. Örneğin, Visser/Hollanda davasında (2002), AİHM, yerel mahkeme tanığa yönelik tehdidin ciddiliğini araştırmadığı için Sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Tanığın kimliğinin saklı tutulmasının haklı bir gerekçeye dayandığı durumlarda da AİHM, bu durumun savunma açısından doğurduğu sakıncaları giderecek önlemlerin alınmasını beklemektedir. Örneğin, Doorson/Hollanda (1996) davasında AİHM, davalı hükümetin aldığı şu önlemleri yeterli görmüştür: gizli tanığın kimliğini yargıç görmüş ve yargıç tanığın güvenilir olduğunu belirten bir rapor yazmıştır; sanığın avukatı duruşmada hazır bulunarak tanığa soru sormuştur; tanık, sanığı fotoğraftan teşhis etmiştir; ayrıca sanık aleyhine tek kanıt tanığın ifadesi değildir. Buna karşılık, Van Mechelen/Hollanda (1997) davasında, sanık ve avukatı ile tanık aralarında ses bağlantısı olan iki ayrı odaya konulmuş olup, sanık ve avukatı tanığa onu görmeden soru sorabilmişlerdi. AİHM bu önlemi yeterli bulmadı. AİHM'ye göre bu önlem, sorulan soru karşılığında tanığın tepkisinin, davranışının sanık tarafından görülmesine olanak vermiyordu⁵⁰.

Kanaatimizce yürütölen bir gizli operasyon sonucunda gerek duyuluyorsa, gizli soruşturmacı tanık olarak dinlenmelidir. Tanık olarak dinlemede, soruşturmacının kimliğinin saklı tutulması gerekliliği ile sanığın savunma hakkının kutsallığı arasında bir denge kurulmalı, CMK 58. maddedeki dinleme usulleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kriterleri bir arada düşünölerek gerekli düzenlemeler yapılmalıdır.

⁵⁰ TÜRMEK, Rıza, 3.Gizli Tanık, Milliyet Gazetesi, 06/10/2008

E. Gizli Soruşturmacıda Aranması Gereken Özellikler

Yukarıda gizli soruşturmacıya ilişkin yasal mevzuat incelenirken, esas önemli konu üzerinde bir düzenleme yapılmadığı görülecektir. Bu da operasyonun tüm sorumluluğunu taşıyan, kimliği ve tüm hayatı değiştirilen, risk altında bulunan gizli soruşturmacıya ilişkindir. Sadece Yönetmeliğin 28/2. maddesinde “Gizli soruşturmacı olarak kullanılacak kişi, soruşturmayı yürüten kolluk kuvvetinin talebi üzerine bu konuya ilişkin görevlendirilen birimi tarafından saptanır. Ancak, görevlendirilecek kişinin bu hususta rızasının alınması şarttır.” hükmüne yer verilmiştir.

Oysa gizli soruşturmacı görevini yaparken üç temel risk altında kalmaktadır. Bunlardan birincisi, gizli görevi yaparken istenmeyen durumlarla karşılaşabilir, amirlerini arama fırsatı yakalayamadan inisiyatif kullanması gerekebilir. Diğer risk, gizli faaliyeti sonrası ceza soruşturmasına maruz kalabilir. Üçüncü risk, meslektaşları tarafından ihanete uğrayabilir ve hayatı tehlikeyle karşı karşıya kalabilir⁵¹.

Böyle önemli bir görevi yürüten gizli soruşturmacının, diğer meslektaşlarından ayrılan özelliklere sahip olması gerekir. Öncelikle görevinin gerektirdiği özgüvene sahip olmalıdır. Çünkü görevde yapılacak bir hata tüm operasyonun başarısız olmasını sağlar. Gizli soruşturmacı, mümkünse diğer meslektaşlarından izole olmalıdır. ABD’de gizli görevli seçiminde, akademiden yeni mezun veya mesleğinin başındaki gençlere ağırlık verilir. Çünkü yeni polislerin veya dedektiflerin, hedefteki şüpheliler tarafından tanınması daha düşük bir ihtimaldir⁵². Yine bu seçim yapılırken seçilmeye aday görevlinin mesleki performansı, ekip arkadaşının görüşleri, kurum amirlerinin sicilleri, karşılıklı yapılan mülakatlar ve psikolojik testler dikkate alınır⁵³.

Operasyonda görev alacak görevlinin operasyon öncesi kendisini psikolojik olarak hazırlaması çok önemlidir. Gizli soruşturmacı, operasyon süresince suçlu kişilerle ilişkiye gireceğini, daha sonra bu kişilere ihanet edeceğini bilmelidir. Özellikle uyuşturucu suçlarında sürekli olarak ayak takımı ile birlikte olacağını hesaplamalıdır. Gizli soruşturmacı, yapacağı işi istemeli, sabırlı olmalı, değişen

⁵¹ KRUISBERGEN, Edwin / de JONG, Deborah / KLEEMANS, Edward R. agm, s.405

⁵² JOH, Elisabeth, agm, s.189

⁵³ FARMERT, Suzanne J. / BEEHR, Terry A. / Kevin G.L., Becoming an Undercover Police Officer: a Note on Fairness Perceptions, Behavior and Attitudes, Journal of Organizational Behavior, Vol:24, s.376

şartlara adapte olabilme becerisine sahip olmalı, kurallara uymalı, ekip ile hareket edebilmeli, büründüğü rol için gerekli esnekliği gösterebilmelidir⁵⁴.

Yapılan araştırmalar sonrası gözlemlenmiştir ki, gizli soruşturmacı görevi sona erdikten sonra farklı tepkiler verebilmektedir. Bu tamamen kişiye bağlıdır. Şöyle ki, kimi görevliler operasyon sonrası sakince işine dönerken, bazıları Hollywood starlarına özenerek kendini kahraman görme eğilimine girmekte, kimisi ise içine kapanmaktadır. Operasyonun başarısızlığı halinde ise, olumsuz psikolojik pek çok etki görülmektedir. ABD’de gizli görevli olarak görev yapan personel üzerine yapılan bir çalışmada, uzun süre gizli soruşturmacı olarak görev yapan bir kısım görevlilerde, rüşvet, disiplinsizlik, alkol ve uyuşturucu bağımlılığı, güven kaybı, paranoya gibi rahatsızlıkların olduğu belirlenmiştir. Bu nedenle gizli görevli, kendisini sahte kimlikle suç dünyası içerisinde yaşamaya hazır hale getirmeli ve görev sonrası psikolojik destek almalıdır⁵⁵.

Bu bölümde son olarak Stockholm sendromu üzerinde durmakta yarar var. Şöyle ki, gizli operasyonların hedefi olan şüpheliler sonuçta insandır ve bu şüphelilerin de aileleri, çocukları vardır. Şüpheliler kişilik olarak çok seviyeli, eğitilmiş, arkadaşlığından zevk alınacak kişiler de olabilirler. Bu durum pek çok gizli görevli için sorun teşkil etmese de, bazı gizli görevliler sadakatlerini sorgulayabilir ve hedefe sempatiyle yaklaşabilirler. Bu durum Stockholm sendromu olarak kabul edilir ve operasyonu tümüyle başarısızlığa uğratabilir⁵⁶.

IV. GİZLİ SORUŞTURMACININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE ELDE ETTİĞİ BİLGİLERİN KULLANILMASI

A. Gizli soruşturmacının Yükümlülükleri

Madde 139/4’te gizli soruşturmacının görevi “Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür” şeklinde izah edilmiştir. Ancak gizli soruşturmacının faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin araştırmada bulunurken ve bu örgütün işlemekte olduğu suçlar ile ilgili delilleri toplarken nasıl bir yol izleyeceği izah edilmemiştir.

Soruşturmacı örgütün faaliyetlerini izlemekle görevlendirilmektedir. Bu açıdan faaliyetini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada

⁵⁴ MİLLER, Laurence, agm, s.4

⁵⁵ GİRODO, Michel, Undercover Agent Assessment Centers, Journal of Social Behavior and Personality, Vol. 12. No.5, s.260

⁵⁶ MİLLER, Laurence, agm, s.12

bulunabilecek ve delil toplayacaktır. “Her türlü araştırma”dan söz edildiğine göre, gizli soruşturmacı görevlendirmenin aslında iç içe geçmiş tedbirlerden oluştuğu söylenebilir. Dolayısı ile gizli soruşturmacı telefon dinleyebilir, teknik araçlarla izleme de yapabilir⁵⁷.

Gizli soruşturmacı içine girdiği suç örgütünden gerçek kimliğini gizlemeli ve bu örgüt üyelerinin güvenini kazanarak örgüt içine girip sızabilmelidir. Gizli soruşturmacı bu şekilde içine girdiği örgütte resmi kimliğini gizleyerek kendisinden beklenen görevleri yerine getirmeye çalışmalıdır⁵⁸.

Yönetmelik'in 28. maddesi gizli soruşturmacının nasıl çalışacağına ilişkin ilkeleri belirlemiştir. Buna göre gizli soruşturmacının operasyonla ilgili işlemleri soruşturmayı yürüten kolluk kuvvetlerince, diğer işlemleri ise ilgili kolluk kuvvetinin bu konuya ilişkin görevlendireceği birimce yürütülecektir. Gizli soruşturmacı görevi sırasında ilgili kolluk birimine gerektiğçe rapor verecektir. Bu raporların ne şekilde verileceği gizli soruşturmacı ve sorumlu kolluk görevlisi tarafından belirlenecektir. Düzenlenen bu rapor da kolluk tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına sunulacaktır.

Gizli soruşturmacının çalışma ilkeleri ilgili yönetmelik maddesinde belirlenmişse de, bu madde yeterince açık ve detaylı değildir. Benzer durum ABD için de geçerlidir ve kamuoyunda gizli görevlilerin çalışmalarının şeffaf olmadığı ve belirli ilkelerle sınırlandırılmadığı ileri sürülmektedir. Gizli soruşturma usullerinin aldatici ve şeffaf olmayan yönleri nedeniyle toplum için zararlı olabileceği iddia edilmektedir. Çünkü bu operasyonlar mahiyeti gereği şeffaf değildir ve şeffaf olmayıp toplumdan saklanan bilgi ne kadar yasal olursa olsun sağlıklı değildir⁵⁹. ABD'li senatör Charles Mathias, ABD Senatosu Adalet Komisyonunda yaptığı konuşmada, gizli görevlilerin denetimlerinin eksik olduğunu ve gizli soruşturma standartlarının belirlenmesi gerektiğini bildirmiştir⁶⁰.

Klasik polis operasyonlarından farklı olarak, bu operasyonlar anayasal ve yasal sınırlamalardan oldukça uzaktır. Normal polis operasyonları belirli parametrelerle sınırlandırılmıştır. Gizli operasyonlarda bu sınırlamalar

⁵⁷ ÖZBEK, V. Özer, CMK Şerhi, s.605.

⁵⁸ TAŞDEMİR, Kubilay/ ÖZKEPİR, Ramazan, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi C.1 (3.bası), Ankara, Turhan Yay, s.532

⁵⁹ JOH, Elizabeth E, agm, s.181

⁶⁰ HAMILTON, Henry / SMYKLA, John O, Guidelines for Police Undercover Work: New Questions about Accreditation and the Emphasis of Procedure Over Authorization, Justice Quarterly, Vol. 11 no. 1, March 1994, s.137

görülmez. Bazı ülkelerde belirli kurallar getirilmeye çalışılmakta ise de, gizli soruşturmacılar bu tür kısıtlamaların operasyonları sıkıntıya sokacağını belirterek karşı çıkmakta ve kuralların daha esnek olması gerektiğini savunmaktadırlar⁶¹. Bu kapsamda örneğin ABD’de, 2002 yılında FBI operasyonlarında standardizasyona gidilmiştir. Buna göre, gizli operasyonlarda kendini korumak hali dışında şiddet kullanılması, yasadışı araştırma teknikleri (tele kulak gibi) yasaklanmıştır. Operasyonlar 6 ay ile sınırlandırılmış, süre yetmediğinde 6 ay daha uzatılabileceği öngörülmüş; operasyonların maliyetleri 100.000 dolar ile sınırlandırılmış; basit operasyonlara FBI yetkililerinin onayı yeterli iken, terör operasyonu gibi ciddi operasyonlara Adalet Bakanlığı ve FBI yetkililerinden oluşan bir komisyonun izin vermesi şart koşulmuştur. Ayrıca politik figürler, dinsel organizasyonlar, tıp kuruluşları, hukuk büroları ve basın bürolarına yapılacak operasyonlara sınırlama getirilmiş ve buralarda iletişim ayrıcalıklarının korunması amaçlanmıştır.

Şu bilinmelidir ki, bu kriterler 2002 yılında sadece FBI için getirilmiş olup, bağlayıcı da değildir. Dolayısıyla halen ABD’de polis güçleri için düzenlenmiş bağlayıcı bir rehber bulunmamaktadır. Ülke çapında 770.000 polis, 12.242 FBI görevlisinin bulunduğu göz önünde bulundurulduğunda, ABD’deki ceza siyaseti konusunda fikir edinilebilir⁶².

B. Elde Edilen Kanıtların Kullanılması

Ceza Muhakemesi Hukukunda delil serbestliği ilkesi geçerlidir. Bu ilkeye göre hâkim, suçun ispatı için her türlü delilden yararlanma imkânına sahiptir. Ceza Muhakemesi Hukukunda ispat için kullanılmak istenilen bir vasıtanın delil olarak nitelendirilebilmesi için olayı temsil etmesi ve bu olayı temsil eden vasıtanın akla, maddi gerçeğe ve hukuka uygun olması gerekmektedir⁶³.

5271 sayılı CMK’ nun 217. maddesinin 2. fıkrasına göre “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.” Bu sebeple hâkimin, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan delillere dayanarak hüküm kurması yasaklanmıştır. Bu sebeple gizli soruşturmacının elde ettiği delillerin de 5271 sayılı CMK’ nun 217. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen “hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delil” olması gerekmektedir. Aksi takdirde gizli soruşturmacının elde ettiği deliller, ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır.

⁶¹ WAGNER, Georg agm, s.373

⁶² JOH, Elisabeth agm, s.177

⁶³ ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, M. Ruhan, age, s.347

Gizli soruşturmacının elde ettiği delillerin değerlendirilmesi açısından CMK 139/4-6. fıkralarında düzenleme getirilmiştir. Buna göre, CMK m.139 f.4'te soruşturmacının faaliyetlerini izlemekle görevlendirdiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunacağı ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplayacağı ifade edilmiştir. CMK m.139 f.6'da ise, soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgilerin, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamayacağı düzenlenmiştir.

Gizli soruşturmacının yaptığı görüşmeler ve konuşmalar, ifade alma olarak kabul edilemez. Zira ifade almadan önce, şüphelinin ya da sanığın yasal hakları hatırlatılmalıdır. Şüpheli ya da sanığın kendi aleyhine ifade vermek zorunda olmadıkları ilkesi de göz önünde alındığında, bu bilgilerin hukuka aykırı delil teşkil etmesi söz konusu olacaktır⁶⁴.

CMK 139. maddede gizli soruşturmacının her türlü araştırmada bulunacağı belirtilmiştir. Bu kapsamda gizli soruşturmacı iletişimin denetlenmesi, gizli izleme gibi tedbirlere başvurabilir ancak bunlar için yasa da aranan usul kurallarının yerine getirilmesi gereklidir.

Gizli soruşturmacının elde ettiği kanıtların değerlendirilmesinde, yerel mahkemeler ve yüksek mahkemelerin yaklaşımı belirleyicidir. ABD'de mahkemelerin esnek yaklaşımı nedeniyle gizli soruşturma yöntemi yaygın olarak kullanılabilir. Örneğin, ABD&Murphy davasında, Murphy bir yargıçtır ve bir dava nedeniyle sanık kılığındaki gizli soruşturmacı ile rüşvet anlaşması yapmıştır. Bu olay nedeniyle yapılan yargılamada, Murphy kanıtların yasal olarak toplanmadığını iddia etmişse de, Amerikan Yüksek Mahkemesi, rüşvet suçunun iki taraf arasındaki gizli bir sözleşme olduğunu, tanık ve başkaca kanıtın olmamasının doğal olduğunu, "suç peşindeki hükümetin, belirli ve uygun davranışlarla sınırlı olamayacağını" vurgulayarak, kanıtları geçerli saymıştır⁶⁵.

Gizli soruşturmacının elde ettiği kanıtların değerlendirilmesi konusunda üzerinde tartışılması gereken bir başka husus, gizli soruşturmacının faaliyetlerinin, şüphelinin susma hakkını ihlal edip etmediğine ilişkindir. Bu konuda birkaç örnek önemlidir ve Avustralya Yüksek Mahkemesinin iki ayrı olayla ilgili verdiği kararlar değerlendirmeye değerdir. İlk olay Swaffield adlı kişi ile ilgilidir. Bu kişi 1993 yılında hırsızlık, kundaklama, yaralama gibi suçlar nedeniyle gözaltına alınmış, poliste susma hakkını kullanmış ve yapılan

⁶⁴ ÇOLAK, Haluk/ TAŞKIN, Mustafa, a.g.e, s. 467

⁶⁵ JOH, Elisabeth, agm, s.187

yargılama sonrası beraat etmiştir. Yaklaşık bir yıl sonra, bu kişi uyuşturucu kaçakçılığı suçundan takip edilmeye başlanmış, gizli görevliler bu kişiyle sahte kimlikleriyle tanışmışlar, aralarındaki tüm konuşmaları kayıt altına almışlar ve daha önce beraat ettiği suçlar hakkında, gizli kayıtları kaynak göstererek yeniden suçlamada bulunmuşlardır. Yüksek Mahkeme, bu olayla ilgili olarak elde edilen kanıtları geçersiz saymış ve suçlamaları düşürmüştür. Buna gerekçe olarak da, susma hakkının anayasal bir hak olduğunu, polisin hileli taktiklerle şüpheliyi konuşturmasının susma hakkının ihlali olacağını belirtmiştir⁶⁶.

Bir başka olayda, Paviç adlı kişi adam öldürmek şüphelisi olarak gözaltına alınır, gözaltında susma hakkını kullanan şüpheli bir süre sonra serbest bırakılır. Yaklaşık 6 ay sonra Paviç'in bir arkadaşı olayla ilgili olarak Paviç ile görüşebileceğini söyler, üzerine kayıt cihazı takılır ve Paviç arkadaşıyla konuşurken suçunu itiraf eder ve bu kayıt üzerine mahkûm olur. Avustralya Yüksek Mahkemesi bu kanıtı geçerli saymış ve cezayı onamıştır. Yüksek Mahkeme gerekçesinde, polisiye taktikler olmadan, bilgi alma amacı gütmeyen, şüphelinin özgür iradesiyle alınan ifadenin geçerli olduğunu, arkadaşıyla sohbet ederken suçunu ikrar eden sanığın bu riski göze alması gerektiğini belirtmiştir⁶⁷.

582

Kanaatimizce suç örgütünün içine sızan, örgütsel bağlantılarla yakın temasta olan gizli soruşturmacı, şüphelilerin ikrarlarını içeren beyanlarından daha fazlasını elde etmeli, daha somut kanıtlarla operasyonu sonuçlandırabilmelidir. İkrar içeren gizli ses kayıtlarının hangi ortamda alındığı, şüphelinin baskı altında olup olmadığı, ses kayıtlarının dış ortamda montajlanıp montajlanmadığı gibi hususlar nedeniyle, tek başına ses kayıtlarına dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulamaz. Gizli soruşturmacının tanıklığı da, davanın bir tarafı olduğu için, bu ses kayıtlarını geçerli kılmaz. Ancak başka somut kanıtlar varsa, bu ses kayıtları suç ve suçlular hakkında fikir edinilmesine katkı sağlar.

C. Tesadüfen Elde Edilen Bilgiler

Tesadüfen elde edilen delillerden anlaşılması gereken, hukuka uygun olarak yürütülen bir soruşturma sırasında elde edilmiş olup, soruşturma konusu olan suç ile ilgisi bulunmayan ve soruşturma yapılırken başka bir suçun işlendiğine dair elde edilen delillerdir⁶⁸.

⁶⁶ CRAIG, David R., The Right to Silence and Undercover Police Operations, International Journal of Police Science and Management, Vol. 5 No. 2, 2003, s.113

⁶⁷ CRAIG, David R., agm, s.116

⁶⁸ ERDEM, M.Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, s. 361.

Tesadüfen elde edilen delillerin akıbetini belirten bir düzenleme 5271 sayılı CMK' nun 138. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasına göre “Arama veya el koyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.” ve yine aynı maddenin 2. fıkrasına göre “ Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135. Maddenin 6. fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.”

Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin “Tesadüfen elde edilen deliller ve kişisel bilgiler” başlıklı 30. maddesinde, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgilerin, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılmayacağı ve aynı maddenin 2. fıkrasında da, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, bu yönetmeliğin 26. maddesinde belirtilen suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delilin elde edilmesi halinde, bu delilin muhafaza altına alınacağı ve durumun Cumhuriyet Başsavcılığına derhâl bildirileceği belirtilmiştir.

CMK'nın 139/6 fıkrasının getirdiği düzenleme yalnızca gizli soruşturmacının soruşturma faaliyeti sırasında elde ettiği kişisel bilgilerle sınırlıdır. Bu düzenlemenin aksi yorumundan, bu yolla edilen bilgi, eğer kişisel değil ise, bu bilginin başka bir suçun soruşturma ve kovuşturmasına kullanılacağı sonucu çıkmaktadır. Ancak böyle bir yorum, gizli soruşturmacının yalnızca CMK m.139/7'de öngörülen katalog suçların aydınlatılması amacıyla görevlendirilebileceği yönünde getirilen sınırlamanın amacı ile bağdaşmaz. Kanunumuzda tesadüfen elde edilen delillerin hangi koşullar altında değerlendirilebileceğine ilişkin ayrı bir düzenlemeye yer vermemiş olmasından kaynaklanan bir sorun bulunmaktadır.

Karşılaştırılmalı hukukta örneğin Almanya'da Ceza Muhakemeleri Usul Kanununda 1992 yılında yapılan değişikliklerle, bu konu yasal olarak düzenlenmiştir. Buna göre, herhangi bir gizli bilgi toplama tekniğiyle yürütülen bir soruşturmada, soruşturmaya konu suç dışında bir başka suç ile ilgili bilgiler

elde edilmiş ise, bu bilgiler uygulanmakta olan tekniğin kullanılmasını gerektiren bir başka suça ilişkin olduğu takdirde değerlendirilebilecektir. Eğer bilgi usul kanununda katalog şeklinde sayılan suçlardan biriyle ilgili değilse, hukuka uygun bir şekilde kazanılmış sayılmayacağından, delil olarak değerlendirilememektedir⁶⁹.

İsviçre'deki uygulamaya göre ise gizli görevli, görevini hukuka uygun bir biçimde yerine getirirken, kararda yer verilen suç dışında bir başka suç hakkında bilgi elde ederse, bu bilgiler bilgi kaynağı kullanılmasını gerektiren bir başka suça ilişkin olduğu takdirde değerlendirilebilmektedir⁷⁰.

V. GİZLİ SORUŞTURMACININ CEZAİ SORUMLULUĞU

Kanun koyucu CMK 139.maddenin 5. fıkrasında gizli soruşturmacının görevini yerine getirirken suç işleyemeyeceğini ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir. Esasen her ne kadar yasada açıkça gizli soruşturmacının suç işleyemeyeceği yazılmışsa da; gizli soruşturmacının bir taraftan örgüt içerisine sızmayı başararak kamu görevlisi olduğunu belli etmemesi ve bu kapsamda örgütün güvenini kazanarak örgüt hakkında bilgi toplaması beklenip, diğer taraftan suç işlememesini ve suç işlediği takdirde cezalandırılacağını söylemek, bu tedbirin amacına ulaşması bakımından gerçeklik teşkil etmez⁷¹.

Doktrinde, suç ile korunan yararın niteliksel üstünlüğü ile yararları korunanların sayısının dikkate alınarak, bazı suçların gizli soruşturmacı tarafından işlenebileceği ileri sürülmüştür. Örneğin adam öldürme suçunun işlenmesine engel olacaksa ve kaçınma halinde suç örgütünün üyelerinin gizli soruşturmacı hakkında şüphelenmelerine sebebiyet verecekse, bu durumda gizli soruşturmacı 5237 sayılı TCK' nun 88. maddesinde yer alan “ daha az cezayı gerektiren” kasten yaralama suçunu işleyebilmelidir.

Öte yandan gizli soruşturmacıya suç işleme yetkisi verilmesinin, vatandaşların devlet organlarının dürüstlüğüne olan güveninin sarsılmasına ve vatandaşın gözünde devletin inandırıcılığını yitirmesine yol açacağı gözden uzak tutulmamalıdır⁷².

⁶⁹ İÇEL, Kayıhan/ YENİSEY, Feridun: Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 4.Baskı, İstanbul, Beta Basım Yay, 1994, s.1274–1275

⁷⁰ ERDEM, M.Ruhan, age, s. 365

⁷¹ GELERİ, Aytekin/ İLERİ, Hakan, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, Seçkin Yay, Ankara, 2003, s.187

⁷² ÖZTÜRK, Bahri/ TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, M. Ruhan/ SİRMA, Özge/ SAYGILAR, Yasemin/ ALAN, Esra, age, s.480

5271 sayılı CMK' nun 139. maddesinin 5. fıkrasında gizli soruşturmacının görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamayacağı düzenlenmiştir. Bu madde ile kanun koyucunun gizli soruşturmacı için bir izin normu yaratmak istediği anlaşılmaktadır⁷³. Gizli soruşturmacının bir suç örgütünün içerisine sızması için, suç örgütüne üye olması gerekmekte, bu ise 5237 sayılı TCK' nun 220. maddesinde düzenlenmiş bulunan “örgüte üye olmak” suçunu oluşturmaktadır. Bununla birlikte gizli soruşturmacının bu fiili, 5237 sayılı TCK' nun 24. maddesinde düzenlenen “ kanun hükmünü icra” hukuka uygunluk sebebinden ötürü suç sayılmamaktadır.

Karşılaştırmalı hukukta kural olarak gizli görevlinin suç işleyebilmesi kabul edilmemekte ancak buna bazı istisnalar öngörülmektedir. Örneğin, Belçika'da gizli görevlinin kışkırtması, ağır suçlara iştirak etmesi yasaktır. İngiltere'de gizli görevlinin kışkırtması yasak buna karşılık alıcı kılığına girip uyuşturucu madde satın alması, başka suçlara defansiv iştiraki yasak değildir. Fransa'da gizli görevli bakımından yine kışkırtma yasak, uyuşturucu karteli içinde uyuşturucu satın almak, bulundurmak, ihraç etmek, taşımak, banka hesabı açmak, paravan firmalar kurmak ise yasaldır⁷⁴.

SONUÇ

Günümüz dünyasında suç ve suçlular artık ülkeler arasında faaliyet göstermekte, bir örgütsel yapı içerisinde, hiyerarşik bir yapılanmayla, büyük ekonomik kazançlar elde edebilmekte, kamuda yer alan suç ortakları sayesinde çoğu kez adli takiplerden kurtulmakta ve toplumda hakim güç olarak kabul edilmeye başlanmaktadır. Uyuşturucu madde ticareti, silah kaçakçılığı, beyaz kadın ticareti ve terörizm gibi suçlar, bu örgütlerin güçlerine güç katmaktadır. Bu örgütlerin çalışmalarında teknoloji çok iyi kullanmaları, hatta örgütlerinde teknolojiden çok iyi anlayan uzmanlar ihdas etmeleri, elde edilen kazançların fark edilmeden aklanmasını da sağlamaktadır. İşte bu seviyeye gelmiş suç örgütleriyle mücadelede gizli soruşturmacı büyük önem arz etmektedir. Fransız polis şefinin yüz yıl önce söylediği gibi “hırsız yakalamak için hırsız olmalı”.

Gizli soruşturmacının yapacağı işin önemi, operasyon ekibi ve kendi hayatının tehlike altında olması nedeniyle, bu iş için özenle seçilmeli, kişilik, mesleki deneyim, görevin gerektirdiği esneklik, özgüven, disiplin, eğitilmiş olmak gibi üstün özelliklere sahip olmalıdır. Ayrıca seçimle yetinilmemeli, görev öncesi gerekli istihbarat çalışmaları yapılarak soruşturmacı bilgilendirilmeli; operasyon

⁷³ ÖZBEK,V. Özer, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, CMK İzmir Şerhi, s. 625.

⁷⁴ GELERİ, Aytekin/ İLERİ, Hakan, age, s.188

öncesi tüm planlamalar yapılarak görev dağılımı yapılmalı; operasyon bitiminde gizli soruşturmacı kendi haline bırakılmayarak gerekli psikolojik destek verilmeli; görev süresince soruşturmacının ailesi koruma altına alınmalıdır.

Gizli soruşturmacının görevi süresince suç işlememesi gerektiği mevzuatımızda yer alıyorsa da, gerçek bir operasyon başarısı isteniyorsa, gizli soruşturmacının küçük suçlar işleyebileceği kabul edilmelidir. Aksi takdirde gizli soruşturmacının, suç organizasyonunun en tepe noktasına ulaşabilme şansı çok azalır. Burada önemli olan, gizli soruşturmacının şeffaf olmayan faaliyetleri ile kamusal yarar arasındaki dengedir. Operasyon sonrası elde edilecek yarar ile gizli soruşturmacının işleyeceği suç arasındaki kar/zarar dengesi belirleyici olmalıdır.



KAYNAKÇA

Akıncı, Füsun Sokullu: Polis Toplumsal Kurum Olarak Gelişmesi Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları, İstanbul, Gümüş Basımevi, 1990

Bodur, Harun: “Şüphe, Makul Şüphe ve Arama Hukuku” , Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006/1

Centel, Nur/ Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yay, İstanbul, 2010

Çolak, Haluk/ Taşkın, Mustafa: Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (2.Baskı), Ankara, 2007, Seçkin Yay.

David R. Craig: The Right to Silence and Undercover Police Operations, International Journal of Police Science and Management, Vol. 5 No. 2, 2003

Donay, Süheyl: Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Beta Yay, İstanbul, 2009

Dülger, Murat Volkan: “AHM Kararlarında Organize Suçla Mücadelede Özel Koruma Tedbirleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul, 2002

Elizabeth E. Joh: Breaking the Law to Enforce it: Undercover Police Participation in Crime, Stanford Law Review, vol. 62:155

Edwin w. Kruisbergen/ Deborah de Jong/ Edward R. Kleemans: Undercover Policing, Brit. J. Criminol. (2011) 51

Erdem, M.Ruhan: Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara, Seçkin Yay, 2001

Erdem, Mustafa Ruhan: Telekomünikasyonun Dinlenmesi, HPD, Nisan, 2005

Erem, Faruk: “İdarenin Kışkırtıcı Ajan Kullanması” , Onar Armağani, İÜHF Fakülteler Matbaası, 1977

Geleri, Aytekin/İleri, Hakan: Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, Seçkin Yay, Ankara, 2003

Gözler, Kemal: İdare Hukuku C.II, 2.bası, Bursa, Ekin Kitapevi, 2009

Henry Hamilton/ John O.Smykla: Guidelines for Police Undercover Work: New Questions about Accreditation and the Emphasis of Procedure Over Authorization, Justice Quarterly, Vol. 11 no. 1, March 1994

İçel, Kayıhan/Yenisey, Feridun: Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 4.Baskı, İstanbul, Beta Basım Yay, 1994

Kate Puddister/Troy Riddell: A Case Study in Police Independence, Accountability And Oversight, Canadian Public Administration, Volume 55, no. 3 (September/ 2012)

Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun/ Nuhoglu, Ayşe: Muhakeme Hukuk Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yay, 16.Baskı, İstanbul, 2008

Laurence Miller, Undercover Policing: A Psychological and Operational Guide, Journal of Police and Criminal Psychology, Vol:21, No:2

Meran, Necati: Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Gizli soruşturmacı, Teknik Takip, Ankara, Adalet Yay, 2009

Michel Girodo: Undercover Agent Assessment Centers, Journal of Social Behavior and Personality, Vol. 12. No.5

Noticeboard, The International Journal of Evidence & Proof, (2008) 12 e&p

Nuhoglu, Ayşe: “Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi”, Prof.Dr. Sulhi Dönmezer Armağani, Ankara, 2008

Özbek, Veli Özer: Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı CMK İzmir Şerhi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005

Öztürk, Bahri/ Tezcan, Durmuş/ Erdem, M. Ruhan/ Sırma, Özge/ Saygılar, Yasemin/ Alan,Esra: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yay, 2010

Öztürk, Bahri/ Erdem, M. Ruhan: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yay, 2006

Suzanne J. Farmert/ Terry A. Beehr/ Kevin G.L.: Becoming an Undercover Police Officer: a Note on Fairness Perceptions, Behavior and Attitudes, Journal of Organizational Behavior, Vol:24

şahin, Cumhuri: Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara, Seçkin Yay, 2007

şahin, Cumhuri: “Organize Suçlulukla Mücadele ve Tanığın Korunması”, YTD, Yargı Reformu Özel Sayısı (Temmuz-Ağustos 1996)

şen, Ersan: Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli soruşturmacı, X Muhbir, Ankara, Seçkin Yay, 2008

Taşdemir, Kubilay/Özkepir, Ramazan: Ceza Muhakemesi Kanunu şerhi C.1 (3.bası), Ankara, Turhan Yay.

Türmen, Rıza: 3.Gizli Tanık, Milliyet Gazetesi, 06/10/2008

Ünver, Yener/Hakeri,Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yay, Ankara, 2012

Ünver, Yener: Federal Almanya’da Terör ve Organize Suçluluk ile ilgili Düzenlemeler, Nurullah Kunter’e Armağın, İstanbul 1998

Wagner, Georg: United States’ policy analysis on undercover operations, International Journal of Police Science and Management, Vol. 9, No. 4, 2007

Yenisey, Feridun: Uygulanan Ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Hazırlık Soruşturması ve Polis, Beta Yay, İstanbul, 1987

Yenisey, Feridun: Mukayeseli Hukukta Çıkar Amaçlı Örgütlerle Mücadele, Yeni Türkiye Dergisi Özel Sayı, Ocak şubat, Yıl 3, Sayı 19, 1997

<http://www.hsyk.gov.tr/Mevzuat/Genelgeler/GENELGELER/13.pdf> Erişim Tarihi: 03/08/2013