

GİZLİ SORUŞTURMACI GÖREVLENDİRİLMESİ

SECRET ENQUIRER APPOINTMENT

Mehmet IŞIK*

Özet: Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirini ceza muhakemesine ilk olarak 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ile girmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesi ile de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Bu tedbir hukukumuzda ikincil nitelikte bir tedbirdir ve başka suretle delil elde edilememesi durumunda ve ancak kanunda sayılan suçlar açısından uygulanabilir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kanun, yönetmelik ve yargı kararları doğrultusunda açıklanmaya çalışılarak, bu tedbirin uygulamada uygulanabilirliği ve geçerliliği değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Örgütlü suçlar, ikincil nitelik, kamu görevlisi, gizli kimlik, Ceza Muhakemesi Kanunu.

Abstract: The precaution for the secret enquirer appointment was firstly included in the Criminal court by the 4422 struggle code against the known benefit purposefully criminal organizations. It was arranged in detailed by the The article number 139 of the Criminal Procedure Law.

This precaution is the ancillary precaution in our legal system and it can be applied to the crimes which is said only in the law in the case of non finding proof in other case.

The secret enquirer appointment is to be tried to make known according to law, regulations and jurisprudence and also how applicable this precaution is and how validity it has.

Keywords: The organized crimes, The secondary quality, The public official, The secret identification, The Criminal Procedure Law

GİRİŞ

Gizli Soruşturmacı, 5271 sayılı 04. 12. 2004 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) koruma tedbirleri başlıklı 4. kısmın gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme başlıklı 6. bölümünde 139. maddesinde düzenlenmiştir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri özel olarak düzenlenen olağanüstü tedbirlerden biridir. CMK'nın 139. maddesinin başlığı "gizli soruşturmacı görevlendirilmesi" olup, maddede gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, görevlendirilmenin koşulları ve usulü, gizli soruşturmacının kimliği ve suç örgütüne üyeliği durumunda korunması, elde ettiği delillerin muhafazası ile gizli soruşturmacının suç işlemesi durumunda sorumluluğu ve son olarak hangi suçlar için görevlendirileceği belirtilmiştir.

Çalışmamızda gizli soruşturmacının tanımı yapılarak, gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin koşulları üzerinde durularak, gizli soruşturmacı ile tartışmalı konulara değinilmiş, yargı kararları ile ve diğer yazarların görüşleri ile tartışmalı noktalara ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine ışık tutulmaya çalışılmıştır.

GİZLİ SORUŞTURMACI GÖREVLENDİRME

I. GENEL OLARAK

Suçları aydınlatmak ve failleri ele geçirmek amacıyla gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ceza muhakemesine ilk olarak 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ile girmiştir. Bu tedbir 4422 sayılı Kanun'un 5. maddesinde "Gizli görevli kullanılması" başlığıyla düzenlenmiştir¹. Bu kanunun "gizli görevli" terimini kabul etmesine karşılık, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu "gizli soruşturmacı" terimini tercih etmiş ve görevlendirilmesinin koşullarını 139. maddede ve Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik²'in 23 - 28. maddelerinde ayrıntılı olarak

¹ Göksel Yüksel, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi", Ankara Barosu Dergisi, 2011/3, s. 289.

² RG. 14. 02. 2007/26434.

düzenlemiştir. 1412 Sayılı CMUK' nunda gizli soruşturmacı tedbiri düzenlenmemiştir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi örgütlü suçlarda başvuru-bilecek bir soruşturma faaliyetidir³. Hangi suçlarda mümkün olabileceği CMK m. 139/7 'de düzenlenmiştir. Hükûmet Tasarısının maddeyle ilgili gerekçesinde; kısırtıcı ajan kullanılmasının hukuk devleti ilkesi bakımından büyük sorunlar ortaya çıkarması karşısında, Batı ülkelerinde giderek artan ve buna paralel olarak da toplum hayatında tamiri kabil olmayan yaralar açan organize suçlulukla mücadelede gizli soruşturma yapan görevliden yararlanma düşüncesinin ortaya çıktığı açıklanmıştır⁴.

Ne 4422 Sayılı kanun da ne de 5271 sayılı CMK'da gizli soruşturmacının tanımı yapılmamıştır.

Gizli soruşturmacı: Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin tanımlar başlığı altında 4/1-ç maddesinde "Gerktiğinde örgüt içine sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve örgütün işlediği suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisi" şeklinde tanımlamıştır. Bu tanımdan yola çıkarak gizli soruşturmacıyı tanımlayacak olursak; gizli soruşturmacı, örgütlü suçlarla mücadele amacıyla kimliği değiştirilerek örgütün içine sızan, o örgütte ve örgütün işlediği suçlarla ilgili her türlü araştırmada bulunup delilleri toplayıp soruşturmayı yürüten ve bu görevini yerine getirirken herhangi bir süre ile sınırlı olmayan kamu görevlisidir.

Başka bir tanıma göre; gizli soruşturmacı, değiştirilmiş bir kimlik altında, belli bir olay ve süreyle sınırlı olmadan soruşturma faaliyeti yürüten bir kamu görevlisidir⁵.

Örgütlü suçlarla etkin mücadele amacıyla, çeşitli ülkelerde, örgüt içerisine elaman sokma, örgüt içindekilerden yararlanma ve benzeri

³ Faruk Turhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayınevi, 1. Baskı, 2006, s. 274.

⁴ Erdal Noyan, Ceza Davası - İddia, Duruşma, Hüküm, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 589.

⁵ Turhan, s. 274.

değişik yöntemler uygulanmaktadır. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi de bu yöntemlerden biridir⁶.

II. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesinin Şartları

A. Soruşturma Konusu Suçun İşlendiği Konusunda Kuvvetli Şüphe

Kanun, gizli soruşturmacı görevlendirilmesinde soruşturma konusu suçun işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığını aramıştır(CMK m. 139/1). Kuvvetli şüphe sebepleri katalogda yer alan suçlar bakımından olmalıdır. Bu şart, katalogda yer alan suçlar da bile her zaman bu yola kolaylıkla başvurulmasını engelleyici bir şarttır. Bu tedbire ancak, delil elde etmek için halen işlenmekte olan bir suçun soruşturulması için başvurulabilir. Kuvvetli şüphe sebepleri, gizli soruşturmacı görevlendirilecek örgütün yasa dışı eylemlerde bulunduğu ve suç işlediğine dair bulguların var olması halinde yetkililerin elinde buna ilişkin somut ve yeterli neden olmasını ifade eder. Suçun işlendiği veya buna katılmanın gerçekleştiği konusunda yaşanmış somut olaylara dayanan olguların varlığı ile dinlenecek kişinin yasayı ihlal eden suçlarla ilişkilerini ortaya koyabilecek nitelikteki belirtilerin bulunması halinde kuvvetli şüphe var sayılmalıdır⁷.

Bunu takdir edecek olan hakimdir. Bazı yazarlara göre suçun işlendiğinin bildirilmesi, somut olay gösterilmesi ve faillerden söz edilmesi durumunda gizli soruşturmacı görevlendirilmesine karar verilebilecektir⁸. Bana göre de, suçun işlendiğinin bildirilmesinden sonra, faillerin belli olması ve faillerin suçu işlediği konusunda yeterli ve kuvvetli şüphe bulunmalıdır. Kanaatimce, bu yola başvurmak kolay olmamalıdır.

B. Başka Surette Delil Elde Edilememesi

Bu tedbire başvurulabilmesi için, katalogda yer alan suçların işlendiği hususunda “ kuvvetli şüphe sebepleri ” bulunması yeterli de-

⁶ Yüksel, s. 290.

⁷ İsmail Malkoç/Mert Yüksektepe, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu I. Cilt, Malkoç Kitapevi, Ankara 2008, s. 650.

⁸ Malkoç/ Yüksektepe, s. 650.

ğildir. Bunun yanı sıra başka suretle delil elde edilmesi imkanında bulunmaması gerekir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbir i ikincil niteliktedir. Diğer tedbirlerle sonuç elde edilemeyecekse yani son çare olarak bu yola başvurulmalıdır. Delillere, faillere, suç konusuna başka surette ulaşılabilirse bu yola başvurulamaz. Yani başka bir tedbirle delillere ulaşılabilir, tanıklar, mağdurlar, failler belirle nebiliyorsa bu tedbire başvurulamaz. Ancak elde edilen deliller o suç u çözmek için yeterli gelmiyorsa bu yola başvurulabilecektir⁹.

İkincilik koşulu, aynı amaca hizmet eden iki tedbir arasında öncelik-sonralık ilişkisini ifade eder. Bu durumda söz konusu suç açısından uygulanabilecek tedbirler arasında bir karşılaştırma yapılmalı ve bunlardan en ılımlısı hangisi ise o seçilmelidir. Yani arama, el koyma ve tutuklama gibi koruma tedbirleri gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri arasındaki öncelik-sonralık ilişkisi göz önüne alındığında diğer tedbirler gizli soruşturmacı tedbirine göre önceliğe sahip olacaktır. Ancak “gizli soruşturmacı görevlendirme” ile “iletişimin denetlenmesi tedbiri” (CMK 139) ve “teknik araçlarla izleme” (CMK 140) tedbirleri arasında öncelik-sonralık ilişkisi olup olmadığını tespit etmek daha güçtür. Kanundaki düzenlemeye göre bu tedbirlerin her biri için “başka suretle delil elde edilmesi olanağının bulunmaması” koşulu öngörülmüştür. Bu durumda orantılılık ilkesine göre bir değerlendirme yapılmalıdır ve somut olayda söz konusu tedbirlerden hangisi temel hak ve özgürlüklere daha az müdahale oluşturacaksa, o tedbire başvurulmalıdır. Bunun yanı sıra, gerektiğinde aynı olayda birden fazla tedbire başvurmak da mümkün olacaktır¹⁰.

Malkoç/Yüksektepe; Bir örgütlü suç işlenmesi durumunda büyük ihtimalle ifade alarak, beyanlara başvurarak delil elde edilemez. Mad denin sözel yorumundan hareketle, delil elde edilmeye çalışılması, elde edilemediğinin anlaşılması üzerine bu yola gidilmesi pek pratik değildir. Failler bu durumda çok dikkatli olacak adımlarını daha dikkatli atacak, tanımadığı kişilere daha temkinli davranacaklardır. Bir ön tahmin ve değerlendirme ile diğer yollardan yeterli delil elde edile-

⁹ Halil Polat/Aynur Arslan Polat, Ceza Hakiminin Başvuru Kitabı, Cilt II, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 2493.

¹⁰ FatihS. Mahmutoglu, “TelekomünikasyonYoluyla İletişimin Denetlenmesi”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm> E. T: 11. 12. 2013.

meyeceğinin anlaşılması durumunda ve bu değerlendirme ile bu yola gidilebileceğini düşünmektedirler¹¹. Bana göre de bu tespit ve değerlendirme doğru olmakla beraber, bu sefer de hakimler tahminlerine ve yaptıkları değerlendirmeye göre diğer yollar yetersiz kalacağından bu yola başvurdıklarını söyleyerek, bu tedbirin son çare olma özelliğini bertaraf etme riskleri ile karşı karşıya kalma tehlikeleri vardır. Burada hakimlerimiz tarafından bir denge ve orantı kurulması gerekmektedir.

C. Hakim veya Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde Cumhuriyet Savcısının Kararı Bulunmalı

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin kararı kural olarak hakim verecektir. Fakat gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısı kararı ile de gizli soruşturmacı görevlendirilebilir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi sadece soruşturma evresinde başvurulmuş bir koruma tedbiridir, kovuşturma evresinde mahkeme tarafında bu tedbire karar verilemez¹².

Soruşturma işlemlerinde “yazılılık” ilkesi geçerli olduğundan, bu kararın mutlaka yazılı olması gerekir. Yazılı olması gerektiği Kanunda açıkça belirtilse daha iyi olurdu, ancak belirtilmese bile bu karar mutlaka yazılı olmalıdır. Çünkü Kanunda sayılan suçlardan birisine ilişkin olduğu, başka türlü aydınlatılmasına hangi nedenle imkan olmadığına gerekçesi ve tedbire Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verilmişse gecikmesinde sakınca bulunan hallerin neler olduğu yazılı olarak

Gizli soruşturmacı görevlendirme kararını sulh ceza hakimi veya özel görevli ağır ceza mahkemesi üyesi verir.

Kolluğun gizli soruşturmacı görevlendirmesi kabul edilmemiştir. C. Savcısının gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin verdiği kararın hakim onayına sunulmaması gerekmemektedir¹³. Kanun koyucu böyle bir düzenleme yapmasının sebebi, gizli soruşturma faali-

¹¹ Malkoç/ Yüksektepe, s. 650, Turhan, s. 268.

¹² Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu ve İlgili Mevzuat, Cilt I (madde 1218), Ankara. 2008, s. 609.

¹³ Mustafa Albayrak, Ceza Muhakemesi Kanunu-Öz Kitap, Adalet Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2012, s. 230.

yetlerinin kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale teşkil etmeyeceği düşüncesi olabilir. Ancak, her zaman bu sonuca varmak doğru değildir. Bu nedenle gizli soruşturmacı görevlendirme kararının hakim onayına tabi tutulması gerektiği düşüncesindeyim¹⁴.

Bazı yazarlara göre, C. Savcısının gizli soruşturmacı görevlendirmesinde hakim onayı aranmamasının sebebi, CMK'nın 139/3. maddesinde gizli görevliyle ilgili karar ve belgeler C. Başsavcılığınca saklı tutulur hükmünün olmasıdır. Bu hüküm Kanunda yer aldığından gizli soruşturmacı yargıçtan gizli olarak görevlendirilebilirken, C. Savcısından gizli olarak görevlendirilemez¹⁵.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin kararlar kolluğa yazılı olarak bildirilir. Gizli görevli tedbirinin uygulanması sırasında, Kanunda öngörülen suçların işlendiğine ilişkin şüphe ortadan kalkarsa, tedbir C. Savcısının yazılı emri ile kaldırılır¹⁶.

D. Görevlendirilecek Gizli Soruşturmacı Kamu Görevlisi Olmalı

Gizli soruşturmacı olarak ancak kamu görevlileri görevlendirilebilir (CMK m. 139/1). Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılır (TCK m. 6/c).

Gizli soruşturmacı, maddede sayılan suçlarla ilgili özel yetiştirilmiş ve eğitilmiş olan görev, yetki ve sorumluluklarını bilen bir kamu görevlisi olabilir. Gizli soruşturmacı olarak görevlendirilecek kişilerin başında polis memurları gelmekle birlikte, bu kamu görevlisinin mutlaka bir polis memuru olma zorunluluğu yoktur¹⁷. Ancak, emekli polis memurunun gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmesi söz konusu olamaz¹⁸.

Aynı soruşturma konusu suçun delillerinin elde edilmesi amacıyla gerektiğinde birden fazla gizli soruşturmacı görevlendirilebilir. Gizli

¹⁴ Turhan, s. 275.

¹⁵ Malkoç/ Yüksektepe, s. 700.

¹⁶ Malkoç/ Yüksektepe, s. 700.

¹⁷ Turhan, s. 276, Malkoç/ Yüksektepe, s. 700.

¹⁸ Turhan, s. 276.

soruşturmacı olarak seçilecek olan kamu görevlisinin, maddi ve kişisel ve psikolojik açıdan bu görevi gereği gibi yerine getirecek özellikleri taşıması gerekir¹⁹.

Gizli soruşturmacı soruşturma faaliyetlerinde görev yapan diğer benzer kişilerden farklıdır.

Gizli soruşturmacı belli bir olayla ilgili olarak soruşturma faaliyeti yapmaz, soruşturmacının faaliyeti belli bir olayla sınırlı değildir, sürekli olarak soruşturma faaliyetini yürüterek örgüt hakkında bilgi edinmeye çalışır²⁰. Kışkırtıcı ajandan çok farklıdır. Kışkırtıcı ajan, devletin himayesi ve kontrolü altında kişileri suç işlemeye teşvik eden kişidir. Bu kişiler gizli soruşturmacı gibi suçu aydınlatmak için soruşturma yapmazlar, kişileri suç işletip yakalatmak için onları azmettiren kişilerdir. Uyuşturucu satıcılarını suçüstü yakalamak için alıcı kılığına giren polis memuru, kışkırtıcı ajan değildir²¹. Çünkü bu kişileri kışkırtmaz, teşvik etmez, bu kişilerde suç işleme kararı zaten vardır sadece suçüstü yapmak için alıcı kılığına girmektedir. Bu polis memurları gizli soruşturma yapan polis memurudur. Gizli soruşturmacı değildir. Çünkü bunlar sahte isim kullansa bile kimlikleri değiştirilmeden soruşturma yaparlar ve soruşturma faaliyetleri belli bir olayla ilgilidir, sınırlıdır²².

CMK'nın 139. maddesine aykırı olarak kamu görevlisi olmayan veya maddede belirtilen diğer şartların gerçekleşmeden bir kamu görevlisinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmesi sonucunda elde edilen deliller hukuka aykırı delil kapsamında kalır ve CMK m. 217/2 uyarınca hükme esas alınamaz²³.

E. Suç, CMK m. 139/7'de Sayılan Suçlardan Olmalı

Kanun koyucu gizli soruşturmacı görevlendirilmesini, diğer gizli soruşturma tedbirlerinden farklı olarak, sınırlı sayıda suçlar için kabul etmiştir. Gizli soruşturmacı görevlendirilebilecek suçlar şunlardır;

¹⁹ Parlar, s. 610.

²⁰ Turhan, s. 276.

²¹ Turhan, s. 277.

²² Turhan, s. 276.

²³ Malkoç/ Yüksektepe, s. 703.

1) Türk Ceza Kanununda Yer Alan Suçlar

- a) Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m. 188).
- b) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (2, 7 ve 8. fıkralar hariç, m. 220)
- c) Silahlı örgüt (m. 314) veya bu örgütlere silah sağlama (m. 315).

2. Özel Kanunlarda Yer Alan Suçlar

- a) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan silah kaçakçılığı suçları (m. 12).
- b) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

Gizli soruşturmacı örgütlü suçların soruşturmasında görevlendirilmektedir. Kanunda sayılan bu suçlar da örgütlü olarak işlenen veya örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardandır²⁴.

Koruma tedbirlerinin temel özelliklerinden olan geçicilik niteliği, gizli soruşturmacı görevlendirilmesinde uygulama bulmamıştır²⁵. İletişimin denetlenmesinden²⁶ farklı olarak gizli soruşturmacının görevlendirilmesinde kanunda herhangi bir süre sınırlaması öngörülmemiştir. Görevin niteliğine göre tedbirin süresi belirlenebilir ve gerektiğinde uzatılabilir. Örgütsel suçun aydınlatılması amacıyla oldukça amaca uygun bir düzenlemedir. Gizli görevli ne kadar çalışması gerekiyorsa o kadar çalışmalıdır²⁷. Tedbire ilişkin olarak getirilecek sürenin, gizli soruşturmacının amacına hizmet etmesine engelleyecek kadar az olmaması gerekirken, oranlılık ilkesinin gereklerini aşacak kadar da fazla olmaması gerekir²⁸. Uygulamada bu tedbire gereksinim kalmadığı hallerde, derhal son verilmelidir²⁹.

²⁴ Turhan, s. 278.

²⁵ Yüksel, s. 293.

²⁶ CMK m. 135/3'e göre, iletişimi denetleme süresi en çok üç aydır. Ancak örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda hakim, gerekli gördüğü takdirde, her defasında bir aydan fazla olmamak üzere süreyi uzatabilir. Bu uzatma bir defadan fazla olabilir.

²⁷ Osman Şirin, "Gizli Ceza Muhakemesi Tedbirleri (Gizli Koruma Tedbirleri)", <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm> E. T: 11. 12. 2013.

²⁸ Parlar, s. 609.

²⁹ Yüksel, 293.

Alman hukukunda da bu konuda bir süre sınırlaması getirilmemiştir³⁰. Kanaatimce örgütlü suçların yapısı gereği süre sınırlaması öngörülmemesi isabetli bir düzenlemedir.

IV. Gizli Soruşturmacının Görev ve Yetkileri

CMK'nın 139/4 maddesine göre " Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür". Gizli soruşturmacının görevini ifa ederken yapması gereken yükümlülükler maddeye göre iki tanedir:

- 1) Faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak.
- 2) Bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delil toplamak.

Gizli soruşturmacının bu görevini yapabilmesi için örgütün içine sızması bir örgüt üyesi gibi davranması ve örgüt içinde belirli bir güvenilirlik sağlaması gerekmektedir³¹. Gizli soruşturmacı içine girdiği suç örgütünden gerçek kimliğini gizlemeli ve bu örgüt üyelerinin güvenini kazanmalıdır. Aksi takdirde örgüt içine sızabilmesi mümkün olamayacaktır³².

Gizli soruşturmacının, soruşturma faaliyetlerini yürütürken, gerçek kimliğini gizlemek suretiyle elde ettiği rızaya dayanarak başkasının konutuna girebilmesine yönelik bir düzenlemeye kanunda yer verilmemiştir³³. Rıza ile eve girilmesi gizli soruşturmacıya evde delil toplama yetkisini verir, ancak gizli izleme gibi tedbirlere başvuramaz, eve dinleme aleti veya kamera yerleştiremez.

Çünkü evde dinleme yapılması yasal olarak yasaktır³⁴. Gizli soruşturmacının konuta girmesi söz konusu ise, gizli soruşturmacı görevlendirilmesinde hakimın onayı da gerekmektedir. Türk hukukunda

³⁰ Turhan, 278.

³¹ Parlar, s. 610.

³² Kubilay Taşdemir/ Ramazan Özkepir, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi Cilt I, 3. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2007, s. 532.

³³ Turhan, 278.

³⁴ Yüksel, 294.

açık bir düzenleme olmadığı için gizli soruşturmacının konuta giremeyeceği sonucu çıkmaktadır³⁵. Aynı şekilde gizli soruşturmacının kayda alması, dinleme vs. yapması içinde hakim kararı gereklidir. Ancak Yargıtay’a göre, birden fazla sanık varsa ve iletişimin tespiti kararı bunlardan sadece birisi için alınmışsa, suç faili olan ve hakkındaki iletişimin tespiti kararıyla dinleme, kayıt vs. yapılan kişiye ilişkin elde edilen delillerin hakkında herhangi bir nedenle iletişim tespiti kararı alınmayan/alınamayan sanık açısından hukuka aykırı hale getireceği söylenemez³⁶.

Gizli soruşturmacı CMK m. 139/4’deki görevlerini yerine getirirken bir takım hususlara dikkat etmesi gerekmektedir. Bu hususlar CMK m. 139/5’de düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre; “Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz”. Mevcut hukuk düzeni gizli soruşturmacı açısından işlenen fiilin tipikliğini, hukuka aykırılığını veya kusurluluğunu ortadan kaldıran herhangi bir neden öngörmemektedir. AİHM Teixeira de Castro/Portekiz Kararında da polis memurlarının rolünün gizli ajan rolü yapmakla sınırlı olduğunu vurgulamıştır³⁸³⁹. Gizli soruşturmacı, içine sızdığı örgütün işlemekte olduğu suçlara katılmışsa, CMK gizli soruşturmacı açısından bir hukuka uygunluk nedeni öngörmediğinden gizli soruşturmacı, işlediği bu suçlardan sorumlu tutulacaktır³⁷. Gizli görevli, sızdığı ortam içinde gerçek kimliğinin ortaya çıkmasını engelleyecek olsa bile, zorunluluk bulunduğu gerekçesiyle bir suçu işleyemez. Bazı durumlarda gizli soruşturmacının suça bulaşmaması çok zor olabilir. Deşifre olma tehlikesi ile karşı karşıya kalabilir. Bu durumda Malkoç/Yüksektepe’ye göre;

³⁵ Turhan, 278.

³⁶ Y. 10. CD. ‘nin 28. 05. 2013 tarih ve 2013/7825-2013/4810 E-K sayılı kararı. “hukukun ve ceza muhakemesinin genel ilkeleri ile CMK’nın 135 ve 138. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde suç faili olan ve hakkındaki iletişimin tespiti kararıyla dinleme, kayıt vs. yapılan kişiye ilişkin elde edilen delillerin, hakkında herhangi bir nedenle iletişim tespiti kararı alınmayan/alınamayan sanık açısından hukuka aykırı hale getireceği söylenemez. Olması gereken hukuk açısından en doğru olan yöntemin her bir fail/şerik hakkında ayrı ayrı iletişimin denetlenmesi kararıyla dinleme ve kayıt yapılmasının olduğu söylenebilirse de, muhalefet şerhinde de isabetle belirtildiği üzere- hukuka kesin aykırılığın söz konusu olmadığı hallerde korunan hukuki değerler arasında bir denge kurulmak suretiyle, hukuka aykırı olmayan delillerin değerlendirilmesi ve böylece maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılmasının bireylerin ve toplumun yararına olacağı açıktır”.

³⁷ Parlar, s. 610.

soruşturmacı kimliği anlaşıldığında öldürülme veya çok ağır yaralanma veya başkaca mali bir zarara uğrama tehlikesi ile karşı karşıya kalabilir. Bu durumda TCK m. 25/2 kapsamında ve koşullarında hareket edebilmelidir³⁸.

Gizli soruşturmacı zorunluluk doğduğu hallerde mümkün olabilecek en hafif şekilde suça katılabilir. Kanaatimce gizli soruşturmacının örgüt içinde tutunabilmesi için bazı hafif ve basit ve az zararlı suçları işleyebilmesi kanunda düzenlenmeliydi³⁹. Aksi takdirde gizli soruşturmacının örgüt içinde deşifre olmadan kalabilmesi çok zor bir durumdur.

Gizli soruşturmacının güvenilirliğini test etmek için kendisine suç işlettirmek istendiği takdirde, bu suçu işlemeyen örgüt içinde tutunması mümkün olmayacaksa, soruşturma faaliyetlerine son verip örgütten çıkması gerekecektir⁴⁰.

Soruşturmacı örgütün faaliyeti dışında kalan kendi şahsi suç teşkil eden eylemleri için sorumluluğu mutlak olup bunlar nedeniyle kendisi sorumlu tutulacaktır⁴¹.

V. Elde Edilen Bilgilerin Kullanılması

CMK'nın 139. maddesinin 6. fıkrasına göre "Soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz" hükmü yer almaktadır. Görüldüğü gibi gizli soruşturmacının görevlendirildiği suç dışında elde ettiği kişisel bilgiler delil olarak kullanılamaz. Ancak kanunda kişisel bilgiler dediği için, lafzının tersi yani, elde edilen bilgilerin kişisel bilgi olmaması halinde ve katalog suçlardan olmak koşuluyla diğer suçlarda da kullanılabilir⁴². Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 30/2 maddesinde de bu husus

³⁸ Malkoç/Yüksektepe, s. 705.

³⁹ Aynı yönde; Yüksel, s. 294, Malkoç/Yüksektepe, s. 705.

⁴⁰ Turhan, s. 278-279, Taşdemir/Özkepir, s. 533.

⁴¹ Malkoç/Yüksektepe, s. 705, Taşdemir/Özkepir, s. 533.

⁴² Parlar, s. 611.

açıklanmıştır. Anılan maddeye göre; “yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, bu Yönetmeliğin 26. maddesinde belirtilen suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Başsavcılığına derhala bildirilir”. Ancak savcı bu delilleri kullanmaz. Çünkü soruşturmacı başka bir suç nedeniyle görevlendirilmiştir. Savcı söz konusu delilleri yeterli şüphe sebebi sayarak yeni koruma tedbirleri alınmasını ister. Bu yolla elde edilen delillere dayanarak dava açabilir, yargılama yapabilir⁴³. CMK, gizli soruşturmacının elde ettiği tesadüfi deliller konusundaki düzenleme diğer tedbirler yoluyla elde edilen tesadüfi delillerden farklıdır. Örneğin, iletişimin denetlenmesi veya teknik araçlarla izleme tedbiri uygulanırken elde edilen tesadüfi deliller, katalog suçlardan olmak koşuluyla diğer bir suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmada kullanılabilir⁴⁴. Kanun bu maddelerde elde edilen delilin kişisel bilgi olup olmaması ayrımı yapmamıştır. Gizli soruşturmacının örgüte ve örgüt üyelerine diğer tedbirlerden daha yakın olmasından kaynaklanmış olabilir.

VI. Gizli Soruşturmacının Tanık Olarak Dinlenmesi

Soruşturmacının kimliğinin duruşma sırasında tanıklık yapması gerektiği takdirde de gizli tutulup tutulmaması hususu tartışmalıdır.

Gizli soruşturmacının bizzat olayı gören tanık olması mahkemede tanıklık yapmasını gerektirmektedir. Ancak gizli soruşturmacı için tanık olarak huzurda dinlenmesi tehlike arz edebilir.

Bazı yazarlara göre gizli soruşturmacı tanık olarak dinlenmemelidir. Bu iki sebepten dolayı olmalıdır. Şöyleki; başka soruşturmalarda da görevlendirebilmek ve gizli soruşturmacıyı korumak için gereklidir. Eğer dinlenmesi zorunlu olursa m. 58’de yer alan tanıkların korunmasına ilişkin hükümlere göre dinlenmelidir⁴⁵. Kanaatimce doğrudan doğruyalık ilkesi gereği olayın en önemli tanığı olan gizli soruşturmacının duruşmada dinlenmesi gerekir ve tanık için tehlike teşkil ede-

⁴³ Yüksel, s. 294-295.

⁴⁴ Mustafa Ruhan Erdem, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, <http://www.ceza-bb.adal.et.gov.tr/makale2.htm> E. T; 30. 11. 2013.

⁴⁵ Turhan, s. 279.

cekse bu tanıklık CMK m. 58'e göre yapılabilir. Söz konusu maddeye göre, "(2) Tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır. Kimliği saklı tutulan tanık, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından muhafaza edilir.

(3) Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır. "

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gizli tanığa, duruşmaya çıkarılmayan bir kişiye dayanarak hüküm verilmesini, sanığın doğrudan doğruya soru sorma hakkını ihlal ettiği için kabul etmemektedir. Ancak destekleyici başka deliller varsa ve tek delil gizli soruşturmacının duruşma dışında verdiği beyandan ibaret değilse istisnai durumlarda kimliğin duruşmada gizli tutulması kabul edilebilir⁴⁶.

Bazı yazarlara göre "gizli soruşturmacının tanıklık yapmasında, dolaylı tanıklıktan yararlanabilir ya da gizli soruşturmacının kendini görevlendiren makamlara verdiği ifadenin tutanağı veya yaptığı yazılı açıklamalar duruşmada okunabilir. Bu durumda, tutanakların veya yazılı açıklamaların okunmasını, ortadan kaldırılmayan bir engel nedeniyle belirsiz bir süre tanığın duruşmada hazır bulunmasının mümkün olmaması (CMK m. 211/1-b) şeklindeki hükmün uygulanması olarak nitelendirmek gerekir. Aksi takdirde, hem gizli soruşturmacıdan bir daha yararlanılması engellenmiş hem de soruşturmacının ve yakınlarının hayatı tehlikeye atılmış olur. Gizli soruşturmacının bizzat dinlenmesinin zorunlu görüldüğü hallerde ise, CMK'nın 125. maddesi hükmü kıyasen uygulanarak, gizli soruşturmacı sadece mahkeme başkanı veya heyeti tarafından dinlenebilir"⁴⁷.

⁴⁶ Taşdemir/Özkeper, s. 534.

⁴⁷ Parlar, s. 611.

VII.Gizli Soruşturmacının Korunması

Gizli soruşturmacı örgüt içerisindeki faaliyetlerini kendi kimliğinden başka uydurma bir kimlik altında gerçekleştirir. Zaten örgüt içerisinde tutunabilmesi için bu husus şarttır. Gerçek kimliğinin deşifre olmaması gerekir. Kimliğin oluşturulması ve devam ettirilebilmesi için gerekli belgeler hazırlanabilir ve değiştirilebilir (CMK m. 139/2).

Gizli soruşturmacıya değiştirilmiş, sahte kimlik verilmesi için gerçek dışı resmi belgelerin düzenlenmesi ve kullanılması, kanun hükmünün yerine getirilmesi olduğu için belgede sahtecilik suçu açısından hukuka uygunluk nedenidir⁴⁸. Örneğin; gizli soruşturmacıya sahte bir kimlik belgesi, ehliyet belgesi keza pasaport düzenlenebilir, bunların geçerli olabilmesi için tüm resmi işlemler yapılabilir, resmi belgeler düzenlenebilir.

Uydurma kimlik oluşturmak, hem uzun zaman almakta hem de bunun maliyeti yüksek olmaktadır. İşte bu yüzden CMK gizli soruşturmacının görevinin sona ermesinden sonra da kimliğinin gizli tutulmasını düzenlemiştir⁴⁹.

Gizli soruşturmacının korunması amacıyla, gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler savcılıkta muhafaza edilir. Soruşturmacının kimliği gizli tutulur. Ancak bu gizlilik, savcı ve hakime karşı söz konusu değildir⁵⁰.

SONUÇ

Ceza yargılamasında amaç maddi gerçeğe ulaşılmasıdır. Günümüzde suç ve suçluluk ile mücadele her geçen gün zorlaşmaktadır. Özellikle örgütlü suçlarla mücadelede diğer suçlara nazaran bir takım özel tedbirlerin alınması ve uygulanması gerekmektedir. Gizli soruşturmacı tedbiri de bu tedbirlerden yani, olağanüstü tedbirlerden biridir. Çünkü bu tedbir ikincil nitelikte bir tedbirdir ve suçun işlendiği konusunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi durumunda başvurulabilecek bir yöntemdir. Çalışmamızda gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri CMK ve 14. 02. 2007 tarihli yönetmelik çerçevesinde incelenmeye çalışılmıştır.

⁴⁸ Turhan, s. 279.

⁴⁹ Yüksel, s. 296.

⁵⁰ Turhan, s. 279.

KAYNAKLAR

- Malkoç İsmail/ YüksektepeMert, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu I. Cilt, Malkoç Kitapevi, Ankara 2008.
- Polat Halil/ PolatAynur Arslan, Ceza Hakiminin Başvuru Kitabı, Cilt II, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- Parlar Ali/ HatipoğluMuzaffer, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu ve İlgili Mevzuat, Cilt I (madde 1-218), Ankara 2008.
- Albayrak Mustafa, Ceza Muhakemesi Kanunu-Öz Kitap, Adalet Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2012.
- Taşdemir Kubilay/ Özkepir Ramazan, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi Cilt I, 3. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2007.
- Erdem Mustafa Ruhan, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Telekominikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm> E. T: 30. 11. 2013.
- Yüksel Göksel, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/3.
- Turhan Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Asil Yayınevi, 1. Baskı, 2006.
- Noyan Erdal, Ceza Davası - İddia, Duruşma, Hüküm, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- Karabeyoğlu Hamdi Ünal, “1 Açıklamalarla Ceza Muhakemesi Kanunu”, Yalova 2007, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm> E. T: 11. 12. 2013.
- Şirin Osman, “Gizli Ceza Muhakemesi Tedbirleri (Gizli Koruma Tedbirleri)”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm> E. T: 11. 12. 2013.
- Cengiz Serkan/ DemirağFahrettin/ ErgülTeoman/ McBrideJeremy/ TercanDurmuş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları”, Ankara2008, ŞenMatbaa, http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/aihm_cezayargilamasi.pdf E. T: 11. 12. 2013.
- Mahmutoğlu Fatih S., “Telekominikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm> E. T: 11. 12. 2013.
- Hamdi Ünal Karabeyoğlu, “Açıklamalarla Ceza Muhakemesi Kanunu”, Yalova 2007, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm> E. T: 11. 12. 2013. s. 104.
- AİHM’nin Teixeira de Castro/Portekiz 25829/94, 9 Haziran 1998 tarihli kararı, “AİHM öncelikle söz konusu davanın, Lüdi / İsviçre davasından farklı olduğunu belirtmektedir... Lüdi / İsviçre davasında polis memuru içeri sızmıştır, soruşturma hâkimi görevinin bilincindedir ve Alman polisini bilgilendirilen İsviçre makamları, hazırlık soruşturması başlatmıştır. Polis memurlarının rolü, gizli ajan rolü yapmakla sınırlanmıştır.
- Serkan Cengiz/Fahrettin Demirağ/Teoman Ergül/Jeremy McBride/Durmuş Tercan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları” Kasım 2008, Ankara, Şen Matbaa, http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/aihm_cezayargilamasi.pdf E. T: 11. 12. 2013. s. 85.