

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU
(CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU)
ANABİLİM DALI

**CEZA MUHAKEMESİNDE
GİZLİ SORUŞTURMACI VE AJAN PROVOKATÖR**

Doktora Tezi

Fatih Halil KAPLAN

Ankara-2014

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU
(CEZA VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKU)
ANABİLİM DALI

**CEZA MUHALEMESİNDE
GİZLİ SORUŞTURMACI VE AJAN PROVOKATÖR**

Doktora Tezi

Fatih Halil KAPLAN

Tez Danışmanı
Prof.Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara-2014

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU
(CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU)
ANABİLİM DALI

CEZA MUHAKEMESİNDE GİZLİ SORUŞTURMACI VE AJAN PROVOKATÖR

Doktora Tezi

Tez Danışmanı : Prof.Dr. Muharrem ÖZEN

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof.Dr. Muharrem ÖZEN.....

Prof.Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI.....

Prof.Dr. Vahit BIÇAK.....

Prof.Dr. Cumhur ŞAHİN.....

Doç.Dr.Devrim GÜNGÖR.....

Tez Sınavı Tarihi

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE**

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...../...../200...)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin
Adı ve Soyadı

Fatih Halil KAPLAN
İmzası

.....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	<i>i</i>
KISALTMALAR CETVELİ	<i>v</i>
ÖZET	<i>vi</i>
ABSTRACT	<i>vii</i>
GİRİŞ	<i>1</i>

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER ÇERÇEVESİNDE GİZLİ SORUŞTURMA USULLERİ

1. GİZLİ SORUŞTURMA USULLERİNİN İHLALCI YAPISI, SINIRLI UYGULAMA ALANI VE SUÇLA MÜCADELE BAKIMINDAN GEREKLİLİĞİ	6
1.1. Gizli Soruşturma Usullerinin Suçla Mücadele Bakımından Gerekliliği	6
1.2. Yargısal Denetimin Önemi.....	9
1.3. Özgürlük-Güvenlik Dengesi Ve Gizli Soruşturma Usulleri.....	15
2. GİZLİ SORUŞTURMA USULLERİ VE MÜDAHALEYE KONU TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER	23
2.1. Adil Yargılanma Hakkı ve Özel Hayatın Gizliliği ile ilgili Normatif Düzenlemeler	23
2.1.1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi	24
2.1.2. İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)	25
2.1.3. Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi	28
2.1.4. 1982 Anayasası	29
2.1.5. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu	30
2.2. Adil Yargılanma Hakkı	33
2.2.1. Kavram	33
2.2.2. Adil Yargılanma Hakkının Temel Unsurları.....	35
2.2.2.1. Medeni Haklar ve Yükümlülükler Kavramı	36
2.2.2.2. Suçsuzluk (Masumiyet) Karinesi	39
2.2.2.3. Silahların Eşitliği.....	40
2.2.2.4. Tanıkları Sorgulama/Sorgulatma Hakkı	41
2.2.2.5. Hukuki Yardım Alabilme Hakkı.....	42
2.2.2.6. Mahkemeye Başvurabilme Hakkı	43
2.2.3. Değerlendirme	44
2.3. Özel Hayatın Gizliliği.....	47
2.3.1. Kavram	47
2.3.2. Gizlilik Hakkının Nispiyeti	51
2.3.3. Özel Hayatın Gizliliği'nin Unsurları	52
2.3.3.1. Kişisel Veriler.....	52
2.3.3.2. Aile Hayatı ve Konut Dokunulmazlığı	58
2.3.3.3. Haberleşme.....	60
2.3.3.4. Vücut Bütünlüğü	62
2.3.4. Yüksek Yargı Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği Hakkı.....	63
2.3.5. AİHM Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği Hakkı	64
2.3.6. Gizlilik Hakkının Korunması	65
2.3.7. Değerlendirme	66

3. MÜDAHALENİN DAYANMASI GEREKEN TEMEL İLKELER ÇERÇEVESİNDE HUKUK DEVLETİ İLKESİ VE USULÜN KÖTÜYE KULLANILMASI DOKTRİNİ İLE İFADE VE SORGU USULÜ

3.1. Hukuk Devleti İlkesi.....	69
3.1.1. Hukuk Devleti İlkesinin Temel Unsurları	70
3.1.1.1. Temel Hak ve Hürriyetlerin Güvence Altına Alınmış Olması.....	71
3.1.1.2. Erkekler Ayrılığı.....	72
3.1.1.3. Kanuni İdare(Yasal Yönetim) İlkesi	72
3.1.1.4. İdarenin Yargısal Denetimi.....	73
3.1.1.5. Devlet Faaliyetlerinin Belirliliği İlkesi.....	73
3.1.1.6. Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakim Güvencesi	74
3.1.1.7. Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi	76
3.1.1.8. Değerlendirme.....	76
3.2. Usulün Kötüye Kullanılması Doktrini ve Gizli Soruşturma Usulleri	77
3.3. İfade Ve Sorğu Usulü (CMK m. 147)	82

4. HUKUK SİSTEMİMİZDE MUHBİR, AJAN PROVOKATÖR ve GİZLİ SORUŞTURMACI.....

4.1. AJAN, AJAN PROVOKATÖR VE MUHBİR KAVRAMLARI	86
4.1.1 Genel Olarak	86
4.1.2. Ajan.....	87
4.1.3. Ajan provokatör(Kısıktıcı Ajan-Tahrikçi Ajan)	91
4.1.3.1.Kavram.....	91
4.1.3.2. Ajan provokatör Uygulamasının Kanuni Dayanağı	94
4.1.3.3. Ajan provokatörün Suça İştirak Şekli.....	96
4.1.3.4.Ajan provokatör Kullanımının Gerekliliği	99
4.1.3.5.Ajan provokatörün Cezalandırılması Problemi	100
4.1.3.6. Failin Cezalandırılıp Cezalandırılmayacağı Problemi.....	104
4.1.3.7. Yüksek Yargı Kararlarında Ajan provokatör	107
4.1.3.8. Ajan provokatör-5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu-Etkin Pişmanlık	109
4.1.3.9.Değerlendirme.....	110
4.1.4. Muhbir	112
4.1.5. Gizli Soruşturmacı	119

İKİNCİ BÖLÜM

GİZLİ SORUŞTURMA USULLERİNİN ORTAK ÖZELLİKLERİ VE GİZLİ SORUŞTURMACI GÖREVLENDİRİLMESİ

1. SORUŞTURMA EVRESİ, SORUŞTURMANIN GİZLİLİĞİ VE GİZLİ SORUŞTURMACININ KAVRAMSAL AÇIDAN DEĞERLENDİRMESİ

1.1. Soruşturma Evresi.....	120
1.1.1. Kavram	120
1.1.2. Soruşturma Evresinin Amacı	121
1.1.3. Soruşturma Evresinin Başlangıcı	122
1.1.4. Soruşturma Evresinin Organları.....	125
1.1.4.1. C.Savcısı ve C.Savcılığı Teşkilatı	125
1.1.4.1.1. Soruşturma Evresi Süjesi Olarak C.Savcısı.....	125
1.1.4.1.2. Savcılık Teşkilatı	126
1.1.4.1.3. C.Savcısının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Sorunu	127
1.1.4.1.4. Soruşturma Evresinde C.Savcısının Görev ve Yetkileri	130
1.1.5. Kolluk Teşkilatı ve Adli Kolluğun Görevleri	134
1.1.5.1. Kavram.....	134
1.1.5.2. Adli Kolluğun Görevleri	135
1.1.6. Sulh Ceza Hakimi	137
1.1.7. Soruşturma Evresinin Özellikleri.....	137
1.1.7.1. Soruşturmanın Mecburiliği	138
1.1.7.2. Soruşturmanın Kamusalılığı.....	139
1.1.7.3. Soruşturmanın Yazıllığı.....	139
1.1.7.4. Soruşturmanın Dağınlığı	140

1.1.7.5. Soruşturmanın Kuralsızlığı	141
1.1.7.6. Soruşturmanın Gizliliği	141
1.1.8. Soruşturma Evresinin Sona Ermesi	145
1.1.9. Soruşturma Evresi ve Gizli Soruşturmacının Kavramsal Açıdan Değerlendirmesi	146
2. GİZLİ SORUŞTURMA USULLERİ.....	148
2.1. Kavram	148
2.2. Ortak Özellikler	149
2.2.1. İhlalci Yapı	149
2.2.2. Şüphenin Belli Bir Yoğunlukta Olması Şartı	151
2.2.2.1. Şüphe Kavramı ve Şüphenin Dereceleri	152
2.2.2.2. Basit Şüphe	152
2.2.2.3. Makul Şüphe	155
2.2.2.4. Yeterli Şüphe	155
2.2.2.5. Kuvvetli Şüphe	156
2.2.3. Usulün Uygulanmasına Belli Bir Mercî Tarafından Karar Verilmesi	157
2.2.4. Orantılılık	160
2.2.5. İstisnai Uygulama	164
2.2.6. Anayasal ve Yasal Temele Dayanma	165
2.2.7. Belli Süre İle Uygulanabilme	167
2.2.8. Belli Suçlar Bakımından Uygulanma	168
2.3. Gizli Soruşturma Usullerinin Türleri	169
2.3.1. İletişimin Denetlenmesi	169
2.3.1.1. Denetlemenin Amaç ve Kapsamı	169
2.3.1.2. Denetlenen İletişimin İçeriği	170
2.3.1.3. Denetleme Kararını Vermeye Yetkili Merciler	171
2.3.1.4. Kararın Şekli	173
2.3.1.5. Denetleme Süresinin Sınırı ve Usulün Uygulanabildiği Suç Türleri	174
2.3.1.6. Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumu	175
2.3.1.7. Tesadüfen Elde Edilen Deliller	177
2.3.2. Teknik Araçlarla İzleme	177
2.3.2.1. İzlemenin Amaç ve Kapsamı	178
2.3.2.2. İzleme Faaliyetinin İçeriği	180
2.3.2.3. İzleme Kararını Vermeye Yetkili Merciler	181
2.3.2.4. Kararın Şekli	182
2.3.2.5. İzleme Süresinin Sınırı ve Usulün Uygulanabileceği Suç Türleri	182
2.3.2.6. Tesadüfen Elde Edilen Deliller	184
2.3.3. Uzun Süreli Gözlem	185
2.3.4. Kişisel Verilerin Karşılaştırılması	185
3. GİZLİ SORUŞTURMACI GÖREVLENDİRİLMESİ.....	187
3.1. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesinin Amaç ve Kapsamı	189
3.2. Görevlendirme Kararını Vermeye Yetkili Merciler	192
3.3. Kararın Şekli	194
3.4. Görevlendirmenin Süresi ve Usulün uygulanabildiği Suç Türleri	194
3.5. Üçüncü Kişilerin Durumu	196
3.6. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Usulünün İçeriği: Gizli Soruşturmacının Yetki ve Sorumlulukları	196
3.6.1. Kamu Görevlisi olma Şartı	197
3.6.2. Değiştirilmiş Kimlik Kullanabilme, Hukuki İşlemler Yapabilme	198
3.6.3. Gizli Soruşturmacının Delil Toplama Görevi ve Diğer Gizli Soruşturma Usullerinin Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Usulü İle Birleşmesi	200
3.6.4. Gizli Soruşturmacının Suç İşleyememesi	204
3.6.5. Gizli Soruşturmacı, Diğer Usuller ve Tanık Koruma Kanunu	206

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GİZLİ SORUŞTURMACI GÖREVLENDİRİLMESİNİN

HÜKÜM VE SONUÇLARI

1. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ VE GİZLİ SORUŞTURMA USULLERİ	210
--	------------

1.1. Genel Olarak.....	210
1.2. Hukuka Aykırılık	212
1.2.1. Genel Olarak	212
1.2.2. Hukuka Aykırılık Kavramı ve Hukuka Aykırılığın Kapsamı	214
1.3. Genel ve Özel Hukuka Uygunluk Nedenleri	214
1.3.1. Genel Hukuka Uygunluk Nedenleri.....	216
1.3.1.1. Kanunun Emrinin Yerine Getirilmesi.....	216
1.3.1.2. Yetkili Mercinin Emrinin Yerine Getirilmesi	217
1.3.1.2.1. Geçerli Bir Emir Bulunması	218
1.3.1.2.2. Emrin Yetkili Merciden Kaynaklanması	219
1.3.1.3.3. Emrin Yerine Getirilmesinin Görev Gereği Olması.....	219
1.3.1.3.4. Hukuka Aykırı Emir	220
1.4. Ceza Kanununda Yer Almayan Hukuka Uygunluk Nedeni: Yükümlülüklerin Çatışması	222
1.4. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması	223
1.5. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata.....	224
1.6. “Gizli Soruşturma Usulleri, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provokatör, Muhbir”in Hukuka Uygunluk Nedenleri Bakımından Değerlendirilmesi	225
1.6.1. Gizli Soruşturma Usulleri Bakımından Genel Değerlendirme	225
1.6.2. Gizli Soruşturmacı ve Hukuka Uygunluk Nedenleri	227
1.6.3. Ajan provokatör ve Hukuka Uygunluk Nedenleri.....	230
1.6.4. Muhbir ve Hukuka Uygunluk Nedenleri.....	230
1.7. Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu	231
2. GİZLİ SORUŞTURMA YÖNTEMLERİ VASITASI İLE ELDE EDİLEN DELİLLERİN CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDAKİ YERİ VE HUKUKA AYKIRI DELİLLER	232
2.1. Genel Olarak.....	232
2.2. Delil Kavramı	233
2.3. Delillerin Özellikleri.....	234
2.3.1. Deliller Gerçekçi Olmalıdır	235
2.3.2. Deliller Akılcı Olmalıdır	236
2.3.3. Deliller Olayı Temsil Edici Olmalıdır	236
2.3.4. Deliller Müşterek Olmalıdır.....	236
2.3.5. Deliller Hukuka Aykırı Olmamalıdır	237
2.4. İsbatın Nisbiliği ve Şüpheden Sanığın Yararlanması	237
2.5. Delillerin Türleri.....	238
2.5.1. Tanık Beyanı	240
2.5.2. Tanık Koruma Kanunu ve Gizli Tanıklık	242
2.6. Hukuka Aykırı Deliller.....	244
3.6.1. Hukuka Aykırılık Kavramı.....	244
3.6.2. Hukuka Aykırı Delil Kavramı	245
3.6.2.1. Tarihsel Gelişim Hukuka Aykırı Delillerin Dışlanması ve Yöneldiği Amaç	245
3.6.2.2. Kavram.....	247
3.6.2.3. Ceza Muhakemesi Hukukumuz Kapsamında Hukuka Aykırı Deliller	248
3.6.2.4. Gizli Soruşturmacı, Ajan provokatör ile Muhbir Vasıtasıyla Elde Edilen Deliller ve Bu Kişilerin Gizli Tanık Olarak Dinlenmeleri	249
3.6.2.5. Gizli Soruşturmacı, Ajan provokatör ile Muhbir Vasıtasıyla Elde Edilen Deliller ve Bu Kişilerin Gizli Tanık Olarak Dinlenmeleri Halinde Beyanlarının Değeri	253
SONUÇ	257
KAYNAKÇA.....	265

KISALTMALAR CETVELİ

E.	:Esas numarası
K.	: Karar numarası
m.	: Madde
Y.	: Yargıtay
Age.	: Adı geçen eser
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
TMK	: Türk Medeni Kanun
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
Tüz.	: Tüzük
vd.	: Ve devamı
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
m	: Madde
TCK	: Türk Ceza Kanunu
AHT	: Ankara Hukuk Toplantıları

DOKTORA TEZİ ÖZETİ

CEZA MUHAKEMESİNDE GİZLİ SORUŞTURMACI VE AJAN PROVOKATÖR

Fatih Halil Kaplan
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014

Danışman: Prof. Dr. Muharrem Özen

“Ceza Muhakemesinde Gizli Soruşturmacı ve Ajan Provokatör” başlıklı doktora tezimizin, tez konusu olarak seçilmesinin nedeni, temel insan hakları çerçevesinde gizli soruşturmacı, ajan provokatör ve bu kavramlarla ilişkili diğer kavramların incelenmesi, hukuk devletinde bu müesseselerin hangi şartlar altında uygulanabileceğine ilişkin kuralların değerlendirilmesidir.

Tezimiz üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde gizli soruşturma usulleri ve temel insan hakları ilişkisi, müdahale konusu temel hak ve hürriyetler, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ile yakın ilişki içerisinde bulunan ajan provokatör ve muhbir kavramları incelenmiştir. İkinci bölümde gizli soruşturma usullerinin ortak özellikleri, kısaca gizli soruşturma usulleri ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi incelenmiştir. Üçüncü bölümde gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin hüküm ve sonuçları, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi elde edilen delillerin hukuk sistemimiz bakımından değeri incelenmiş, gizli soruşturma usullerinin temel insan hakları ve hukuk devleti ilkesi çerçevesinde uygulanabilme kabiliyeti bakımından sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır.

ABSTRACT

UNDERCOVER INVESTIGATOR AND AGENT PROVOCATEUR in CRIMINAL PROCEDURE

**Fatih Halil Kaplan
Department of Public Law**

Ankara University Social Sciences Institute, 2014

Supervisor: Prof. Dr. Muharrem Özen

“Undercover investigator and agent provocateur in criminal procedure” is chosen as the subject of this doctorate thesis in order to examine the concepts of undercover investigator, agent provocateur and other related concepts in the context of fundamental human rights and evaluate the rules of the applicability of these methods in the state of law.

The thesis consists of three chapters. In the first chapter, the relation between undercover investigation methods and the fundamental rights which are subject to interference, and the concepts which are in close connection with the commission of undercover agent and agent provocateur is examined. In the second chapter, the common features of undercover investigation methods, briefly undercover investigation methods and the commission of undercover investigator is examined. In the third chapter the effect and consequences of the commission of undercover investigator, the evidence which is gathered by the commission of undercover investigator is examined and tried to make out conclusion about the applicability of undercover investigation methods in the state of law.

GİRİŞ

Ceza muhakemesinin amacı suç işlendiği şüphesi ile başlayan süreçte iddia edilen suçun işlenip işlenmediğini, işlenmiş ise soruşturma konusu suçun kim tarafından işlendiğini tespit etmek yani maddi gerçeğe ulaşmaktır. Günümüz dünyasında ülkeler arasındaki sınırların pek çok açıdan klasik özelliklerini kaybettikleri gözlemlenmektedir. Ülkeler arasındaki ekonomik, sosyal ve siyasal ilişkilerin gelişmesi, çeşitli alanlarda işbirliği yapılması, iletişim ve bilgi teknolojilerinin gelişmesi bahsedilen klasik özelliklerin kaybedilmesi ya da zayıflaması sebepleri arasındadır. Esas itibarı ile insanlığa pozitif yönde hizmet etmesi amacı güden gelişmeler diğer yandan kötü niyetli bir şekilde kullanılabilen suçlular ve suç örgütleri arasındaki işbirliğine ya da teknolojik gelişmelerin suç işlemek amacı ile bu kişi ya da gruplar tarafından kullanılmasına dönüşebilmektedir. Çağdaş dünyanın bir sorunu da devletlerle birlikte toplumları da tehdit eden ve örgütlü suçların en yoğun şekli olan terör suçlarıdır.

Suç işlenmesinin önlenmesi, suç işleyen kişilerin ortaya çıkarılması ve cezalandırılması devletin görevidir. Toplumunu oluşturan bireyler huzurlu bir ortam içerisinde yaşayabilme, endişe ve korkularının devlet tarafından giderilmesini talep etme hakkına sahiptirler. Devlet kamu düzeninin sağlanması ve vatandaşlarına huzurlu bir ortam sunulabilmesi için suçla mücadele ederken hukukun sınırları içinde hareket edecektir. Devletin maruz kaldığı saldırının ağırlığı ya da mücadele ettiği suçun ortaya çıkarılmasında karşılaşılan güçlükler hukuk dışı usullere başvurulmasının gerekçesi olamaz. Hukuk devleti temel hak ve hürriyetlere saygılı bir devlet yönetimini benimseyen, aynı zamanda hangi şartlar altında temel hak ve hürriyetlerin sınırlanacağını ya da askıya alınacağını

önceden belirlemiş olan devlettir. Bu kapsamda kaynağını kanundan almayan bir suçla mücadele usulü de ortaya konulamaz. . CMK'nun 160. maddesine göre suç işlendiği şüphesi üzerine harekete geçen Cumhuriyet Savcısı maddi gerçeğe ulaşmak için şüphelinin lehine ve aleyhine olan tüm delilleri toplamakla yükümlüdür. Bu çerçevede soruşturma konusu suçun ortaya çıkarılabilmesi için şüphelinin haklarını gözetmekle yükümlü olan soruşturma makamları gizli soruşturma usullerine başvururken temel hak ve hürriyetlere müdahale niteliği taşıyan en hafif usulü tercih etmeli ve gizli soruşturma usullerine son çare olarak başvurmalıdırlar.

Suçla mücadele bakımından uygulanan klasik yöntemler yukarıda izah edilen gelişmeler kapsamında yetersiz kalmıştır. Bu nedenle devletler suçla mücadele açısından işbirliği yapmakta yargı yetkilerinin dışında kalan işlemleri yapılan anlaşmalar çerçevesinde diğer bir devletten istemektedirler. Suçla mücadelede klasik yöntemlerin yetersiz kalması devletleri yeni delil elde etme usulleri arayışına yöneltmiştir. Uygulamaya konulan yeni usuller, temel hak ve hürriyetlere vaki müdahalelerinin ağırlıkları ve soruşturma organlarının gizli ya da aldatmaya yönelik davranışlar ortaya koydukları oranda tartışma konusu olmuştur. Aldatmaya yönelik davranışlar ortaya konulmasının tipik örneği ajan provokatörün suç işleyip işleyemeyeceği, iştirak ettiği suç bakımından cezalandırılıp cezalandırılmayacağı demokratik, insan haklarına saygılı bir hukuk devletinde devletin kişilere suç işletmek için eylemde bulunmasının ne kadar doğru olduğu meseleleri ülkemizde olduğu gibi başka ülkelerde de¹ oldukça tartışmalı konulardır. Tartışma kapsamında ortaya konan değerler bir tarafta temel

¹ Maguire, M.– John, T., “Covert and Deceptive Policing In England And Wales: Issues In Regulation And Practice”, **European Journal Of Crime Criminal Law And Criminal Justice**, 1996, s. 332.

hak ve özgürlüklerin korunması ve hukuk devleti ilkelerine sahip çıkılması diğer tarafta ise suçla mücadele ve sonucunda toplumun huzur içerisinde yaşamasıdır.

Doktrinde “gizli soruşturma tedbirleri” olarak adlandırılan², 04.04.1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda düzenlenmeyen “Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi(CMK m. 139)”; “İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması(CMK m. 135, 136,137,138)”; “Teknik Araçlarla İzleme(CMK m. 140)” müesseselerine 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer verilmiştir. Kanuni düzenleme ile birlikte ülkemiz açısından da gerek teorik gerekse uygulamada karşılaşılan problemler kapsamındaki tartışmalar önem kazanmıştır. Bu çalışmada “gizli soruşturma usulleri” üst başlığını kullanılacaktır. Ayrıca CMK'nda düzenlenmeyen ancak aynı başlık altında incelenmesi mümkün bulunan “verilerin karşılaştırılması(Computer Screening)³”, ve “uzun süreli gözlem(long term observation)⁴” usulleri de çalışmamız çerçevesinde değerlendirilecektir.

Tezimizin amacı temel hak ve hürriyetler ile hukuk devleti ilkesi bakımından yapılacak değerlendirme ile gizli soruşturma usulleri ve bu usullerle ilişkili olduğu düşünülen muhbir ve ajan provokatör kullanılması gibi usullerin hukuk devletinde

² Mustafa Ruhan Erdem, **Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Ankara, 2001. Gizlilik sözkonusu soruşturma usullerinin baskın özelliğidir. Bu nedenle bu özel soruşturma usullerinin baskın olan bu özelliği ile adlandırılması düşüncesi bizce de doğrudur. Ancak “gizli soruşturma tedbirleri” şeklinde bir adlandırma yerine “gizli soruşturma usulleri(yöntemleri)” şeklindeki bir adlandırmanın daha yerinde olacağını düşünmekteyiz. Çünkü “Tedbir” kelimesinin karşılığı “önlem; hazırlık”tır, izlenecek yol, yöntem, usul manası bulunmamaktadır:Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük(<http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=tedbir&ayn=tam>). Bununla birlikte “özel soruşturma usulleri” kavramını kullanan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Eran Şen, **Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, İstanbul, 2008, s. 127.; W. Gropp, “Special Methods Of Investigation For Combating Organized Crime”, **European Journal Of Criminal Law and Criminal Justice**, 20, 1993, s. . 28.

³ Gropp, W., **a.g.m.**, s. 23. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 98a ve devamı maddelerinde konu düzenlenmiştir.

⁴ Gropp, W., **a.g.m.**, s. 28.

uygulanabilirliği üzerinde bir sonuca ulaşmaktır. Bu nedenle özel hayatın gizliliği, adil yargılanma hakkı, hukuk devleti ilkesi ve hukukun üstünlüğü, usulün kötüye kullanılması doktrini, ifade ve sorgu usulü varmak istediğimiz sonuca ışık tutması bakımından inceleme konusu yapılacaktır.

Gizli soruşturma usullerinin genel özellikleri, soruşturma aşaması ve gizli soruşturmacının soruşturma evresindeki fonksiyonu, yetki ve sorumlulukları, gizli soruşturmacı, ajan provokatör, muhbir kavramları ve bu kapsamda görevlendirilen kişilerin fiilleri bakımından hukuka uygunluk nedenleri bulunup bulunmadığı, elde edilen delillerin hukuk düzeni bakımından değeri de çalışmamız kapsamında değerlendirilecektir. Bu çerçevede 5271 sayılı kanunda düzenlenmiş bulunan gizli soruşturma usullerinin genel olarak, daha spesifik bir şekilde gizli soruşturmacı görevlendirilmesi usulünün ve bununla ilişkili ajan provokatör kavramının ve ilgili diğer kavramların açıklanması, müessese ile ilişkili olarak ortaya çıkması muhtemel sorunların tespiti ve uygulanabilir çözüm önerilerinin getirilmesine çalışılacaktır. Bu amaca ulaşabilmek için öncelikle Türk doktrini ve Türk Mahkeme kararları değerlendirileceği gibi mümkün olduğu ölçüde yabancı kaynaklar ve mahkeme kararları karşılaştırma yapma imkanı olduğu ölçüde değerlendirilecektir.

Gizli soruşturma usullerinin hukuk devleti ilkesi ile temel hak ve hürriyetlerden bağımsız değerlendirilemeyeceği düşüncesi ile tezimizin birinci bölümü gizli soruşturma usullerinin ihlal ettiği temel hak ve hürriyetler ile bu konudaki değerlendirmelere ayrılmıştır. Bu bölümde gizli soruşturma usulleri uygulandığında ihlal edilen temel hak ve hürriyetler, hukuk devleti ilkesini

benimseyen bir yapıda gizli soruşturma usullerinin uygulanabilmesinin hangi çerçevede mümkün olduğu incelenecektir. Tezimizin birinci bölümünde ayrıca gizli soruşturmacı kavramı ile yakın ilişki içerisinde bulunan muhbir, ajan ve ajan provokatör kavramları farkları belirtilmek sureti ile incelenecektir. Tezimizin ikinci bölümü soruşturma evresi, soruşturmanın gizliliği, gizli soruşturmacının soruşturma evresindeki görevi ve yetkileri esas alınarak değerlendirilecektir. Bu bölümde gizli soruşturma usullerinin ortak özellikleri ve türleri ile gizli soruşturmacı görevlendirilmesi incelenecektir. Tezimizin üçüncü bölümü ise gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin hüküm ve sonuçlarına, gizli soruşturmacının fiilerinin hukuka uygunluk nedenleri bakımından değerlendirilmesi ile elde edilen delillerin hangi ölçüde kabul edilebilir olduğu hususuna ayrılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER ÇERÇEVESİNDE GİZLİ SORUŞTURMA USULLERİ

1. GİZLİ SORUŞTURMA USULLERİNİN İHLALCI YAPISI, SINIRLI UYGULAMA ALANI VE SUÇLA MÜCADELE BAKIMINDAN GEREKLİLİĞİ

1.1. Gizli Soruşturma Usullerinin Suçla Mücadele Bakımından Gerekliliği

Günümüzde, liberal ekonomik sistemler ve küreselleşmeye bağlı olarak sınırların ortadan kaldırılması, kişilerin ve malların hareketliliği, bilgi ve iletişim teknolojisindeki gelişmeler toplumların refah seviyesini artırmış, birçok imkanı daha kolay ulaşılabilir hale getirmiştir. Bireylerin ve toplumların refahını artırması yanında, sağlanan kolaylıklar ve teknolojik gelişmeler suç işleyen kişiler, suç örgütleri ve terör örgütlerinin suç işlemek ve suçun ortaya çıkmasını engellemek şeklindeki eylemlerini de basitleştirmiştir. Her türlü gelişmeyi değerlendiren, haksız menfaat sağlamak ya da terör amaçlı örgütlenmelerin, ulusal ya da uluslar arası düzeyde faaliyet gösterdikleri, ellerinde bulundurdukları maddi imkanlar sayesinde suç işleme becerilerini her geçen gün geliştirdikleri ve günümüz demokratik toplumlarına karşı önemli bir tehdit oluşturdukları gözlemlenmektedir.⁵ Terör örgütleri ve çıkar amaçlı suç örgütlerinin faaliyetleri kapsamında işlenen suçlar ve failerin takibi, bu örgüt ve örgüt üyeleriyle yapılacak mücadele, bireysel olarak işlenen suçlara oranla doğal olarak daha zor ve daha masraflı olmaktadır. Profesyonel suçlular suç işlerken kendilerini kamufle etmelerinin yanı sıra mensubu buldukları örgütün faaliyetlerinin ortaya

⁵ Emniyet Genel Müdürlüğü, **AB Sürecinde Organize Suçlarla Mücadele**, Ankara, 2006, s. 3; Veli Özer Özbek, **Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği**, Ankara, 2003, s. 15.

çıkmasının engellenmesi bakımından karşı tedbirler almaktadırlar. Organize suç örgütlerinin işledikleri suçlarla mücadele zorlukları ve organize suç örgütlerinin kendilerini korumak amacıyla aldıkları karşı tedbirlere örnek olarak adam öldürtmeye varan üyeliğe kabul törenleri gösterilebilir.⁶

Bireysel ya da organize suçlulukla mücadelede yaşanan zorluklar ya da sansasyonel olaylar, güvenlik gereksiniminin arttığına ilişkin gerçekler ya da buna ilişkin iddialar temel hak ve hürriyetler üzerinde kısıtlayıcı düzenlemeler ve uygulamalar yapılmasına neden olmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde 11 Eylül 2001'de meydana gelen olaydan sonra ABD, Avustralya, Kanada, Almanya gibi devletler güvenlik gereksinimi gerekçesiyle kişi özgürlüğü aleyhine düzenlemeler yapmak yoluna gitmişlerdir.⁷ Bunun yanında organize suç örgütlerinin en önemli gelir kaynaklarından olan uyuşturucu ticareti ve fuhuşla mücadelede daha sert usullere başvurulmasının gerekçesi olabilmektedir. Almanya'da uyuşturucu kullanımının artışı, uyuşturucu ile ilişkili suçlardaki artış ve uyuşturucu kullanımı ile ilişkili ölümler Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'na Gizli Soruşturma Usulleri'nin dahil edilmesinin altındaki temel düşünce olarak gösterilmiştir.⁸ Kanada Yüksek Mahkemesi, R. v. Timar davasında, karşılıklı rızaya dayanan ya da mağduru bulunmayan suçların ortaya çıkarılması bakımından ajan provokatör kullanılmasının gerekli olduğunu belirtmiştir.⁹

Organize suç örgütleri ve sınır ötesi suçların ortaya çıkması, bunlarla mücadele

⁶ Emniyet Genel Müdürlüğü, **a.g.e.**, s. 33.

⁷ EPIC and Privacy International, **Privacy And Human Rights 2002:An International Survey of Privacy Laws and Developments**, Washington, USA, 2002, s. 20 vd.

⁸ Gropp, W, "Special Methods Of Investigation For Combatting Organized Crime", **European Journal Of Criminal Law and Criminal Justice**, 1993, s. 20-21.

⁹ Sneiderman, M. Barnett, "A Judicial Test For Entrapment: The Glimmerings Of A Canadian Policy On Police-Instigated Crime", **Criminal Law Quarterly**, 1973-1974. s. 81.

etme ihtiyacı gizli soruşturma usullerinin benimsenmesinin yanısıra merkezi ve uzman birimlerin kurulmasına, farklı devletlerin polis güçlerinin işbirliği yapmasına, suça yönelik istihbarat birimlerinin kurulmasına, gizli servislerin suçun önlenmesi faaliyetine katılmalarına ilişkin yasal düzenleme yapılmasına sebep olmuştur. Bütün bu gelişmelerin nedeni kolluk güçlerinin geleneksel yöntemlerle suçla mücadelede yetersiz kalması, suç oranlarının artması, suçun organize şeklinin özellikle uyuşturucu kaçakçılığı alanında uluslararası bir boyut kazanması olmuştur.¹⁰

Gizli soruşturma yöntemleri sadece örgüt suçlarında uygulanmamaktadır. Örgüt suçlarının yanısıra bireysel olarak işlenen suçlarda da uygulanabilmektedir(5237 sk. m. 135, 139, 140). 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda gizli soruşturma usulleri bakımından özel bir düzenleme bulunmamaktadır. TMK'nun 10. maddesinin 1. fıkrasının f bendinde Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (8) numaralı alt bendindeki, 139 uncu maddesinin yedinci fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendindeki ve 140 ıncı maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendindeki istisnaların uygulanmayacağı belirtilmiştir. Belirtilen maddelerin her üçünde mevcut olan ifade şu şekildedir: “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, Madde 220).” İfade edilmek istenen husus her üç gizli soruşturma usulünün TCK'nun 220. maddesinde düzenlenen “suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçu bakımından 220. maddenin ikinci, yedinci ve sekizinci fıkraları hariç tutulmak suretiyle uygulanabileceğidir. TCK'nun 220. maddesinin ikinci fıkrasında örgüte üye olanların, yedinci fıkrasında örgüt içindeki hiyerarşik yapıya

¹⁰ Maguire, M.– John, T., **a.g.m.**, 1996, s. 318.

dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişilerin, sekizinci fıkrasında örgütün propagandasını yapan kişilerin cezalandırılacaklarını hükme bağlamıştır. TEMÜK kapsamı dışındaki örgütler bakımından TCK'nun 220 maddesinin ikinci, yedinci ve sekizinci maddesi kapsamına giren suçlar bakımından gizli soruşturma usulleri uygulanamayacak, bu kapsamdaki örgütler bakımından ise istisnalar göz ardı edilecektir.

Örgütlü ya da bireysel olsun işlenen suçun ağırlığı, işleniş şekli ve suçun ortaya çıkarılmasındaki güçlük nazara alınarak diğer delil elde etme yöntemleri yetersiz kaldığında gizli soruşturma usullerine başvurarak işlendiğinden şüphelenilen suçların ortaya çıkarılması amaçlanmaktadır. Gizli soruşturma usulleri toplumsal, ekonomik, teknolojik gelişmeler bu gelişmelere bağlı olarak suçun ortaya çıkarılmasındaki diğer yöntemler yetersiz kaldığında gereklidir. Önemli olan uygulanması öngörülen gizli soruşturma usullerinin hukuk devletinde temel hak ve hürriyetlerin özünü yok etmeyecek düzenlemelere bağlı olarak hayata geçirilebilmesi ve öngörülen müesseselerin uygulanabilir olmasıdır.

1.2. Yargısal Denetimin Önemi

Gizli soruşturma usulleri temel hak ve hürriyetler bakımından ihlalci bir yapıya sahip olup uygulanan usulün türüne göre bireye sağlanan bir takım temel hak ve hürriyetlere müdahale edilmekte, olağan soruşturma usulleri uygulandığında sağlanan bir takım güvencelerin sağlanmasından vaz geçilmektedir. Bu kapsamda ceza hukuku sistemine yön veren prensipler ile gizli soruşturma usulleri kavramının bağdaştırılması gerekmektedir.¹¹ 5271 sayılı kanununun 135, 139 ve

¹¹ V. Ö. Özbek, **a.g.e.**, 2003, s. 16.

140. maddeleri incelendiğinde gizli soruşturma usullerinin uygulanabilmesi için soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka suretle delil elde edilememiş olma şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa tarafından güvence altına alınmış bulunan temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanabilmesi için anayasal ve kanuni dayanağın bulunması şartının yanısıra ölçülülük ilkesinin de gözetilmesi gerekir. Aynı şekilde Alman Ceza Kanunu'nda düzenlenen “verilerin karşılaştırılması”¹², “teknik cihazlar kullanılması”¹³, gizli ajan görevlendirilmesi¹⁴ usullerinin uygulanması için soruşturma konusu suçun kanunda belirtilmiş vasıfta bir suç olması, kuvvetli suç şüphesi, ayrıca başka şekilde delil elde edilememe şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir.¹⁵ Ölçülülük ilkesi de nazara alındığında, gizli soruşturma usullerinin uygulanmasının daha sıkı şartlara bağlanması, belli ağırlıktaki suçlar ve bu suçların işlendiği zaman ve başka suretle delil elde etme imkanının bulunmaması hallerinde bu yöntemlerin uygulanması, temel hak ve hürriyetleri güvence altına almak ve müesseselerin amacı dışında kullanılmamasını temin etmek için gereklidir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun dördüncü kısmının beşinci bölümünde 135-138. maddelerinde Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi; altıncı bölümünde 139-140. maddelerinde gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme müesseseleri düzenlenmiştir. 135. maddenin 7. fıkrasına göre¹⁶: “Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin

¹² Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 98a maddesi.

¹³ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100c maddesi.

¹⁴ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 110a maddesi.

¹⁵ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 98a/1; 100c/1-2; 110a/1 maddeleri.

¹⁶ Daha önce 6. fıkra düzenlen katalog suçlar 21.02.2014 tarihli ve 6526 sayılı kanunla yapılan değişiklikle 7. fıkraya kaydırılmıştır. Bu değişiklik ile katalog suçlar arasına hırsızlık ve yağma suçları da eklenmiştir.

değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak CMK'nun ilgili maddelerinde belirtilen suçlar söz konusu olduğunda uygulanabilir.

Özellikle kişi güvenliği, temel hak ve hürriyetlerin korunması amacıyla belli bazı kararların sadece belli bir merci tarafından verilebilmesi öngörülmüştür. Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre bazı işlemler sadece Cumhuriyet Savcısı ve Hakim kararına bağlı olarak yapılabilir. Gözaltı kararını Cumhuriyet Savcısının(CMK m. 91), tutuklama kararını hakimin(CMK m. 100), arama ve elkoyma kararını Hakimin, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise istisnai olarak Cumhuriyet Savcısının verebilmesi(CMK m. 119, 127) bu hallerin başlıca örnekleridir.

Gizli soruşturma usulleri bakımından da benzer bir yol izlenmiştir 6526 sayılı kanunla CMK.'nunda değişiklik yapılmadan önceki düzenlemeye göre: iletişimin tespitine ilişkin karar kural olarak hakim gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından verilebilmektedir. Cumhuriyet Savcısı kararını derhal¹⁷ hakim onayına sunmak zorundadır. Hakim aksine karar verdiğinde ya da yirmidört saatlik zaman dilimi içerisinde karar vermediğinde tedbir derhal kaldırılır(CMK m. 135). Gizli soruşturma görevlendirilmesi bakımından yetkili merci hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısıdır. Şüphelinin veya sanığın teknik araçlarla izlenebilmesi yine kural olarak hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının kararı ile mümkün

¹⁷ Diğer tedbirler bakımından örneğin gecikmesinde sakınca bulunan bir durumda arama ve elkoyma kararı veren Cumhuriyet Savcısı elde edilen suç delilleri hakkında vermiş olduğu elkoyma kararını 24 saatlik zaman dilimi içerisinde(CMK m. 127) hakim onayına sunmak zorundadır. Hakime karar verebilmesi için tanınan süre ise 48 saattir. CMK.'nun 135. maddesinde Cumhuriyet Savcısının vermiş olduğu kararını *derhal* hakim onayına sunması hükme bağlanmış, hakimin karar verme süresi de diğer koruma tedbirlerine kıyasla kısa tutulmuştur.

olabilecektir. Cumhuriyet Savcısı vermiş olduğu kararı 24 saat içerisinde hakim onayına sunar.

Diğer tedbirler bakımından Cumhuriyet Savcısına 24 saatlik süreler tanınırken iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması usulünde gecikmesinde sakınca bulunan halde vermiş olduğu **derhal** onaya sunma yükümlülüğu getirilmiştir. Yani karar verildikten sonra mümkün olan en kısa zamanda verilen karar hakimin onayına sunulacaktır.

21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı kanunla CMK.'nunda yapılan değişiklikten sonra iletişimin tespiti bakımından kural olarak mahkeme gecikmesinde sakında bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı karar verebilecektir. Madde metninde belirtildiği üzere kastedilen mahkeme Ağır Ceza Mahkemesi'dir. Mahkeme tarafından iletişimin tespitine yönelik karar oybirliği ile verilmek zorundadır. Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen karar derhal mahkemenin onayına sunulacak yirmi dört saat içerisinde mahkeme tarafından verilecek karara göre işlem tesis edilecektir. Şöyle ki mahkeme Cumhuriyet Savcısının kararını onaylar ise işleme devam edilecek, onaylamadığı ya da karar ile ilgili olarak yirmi dört saat içerisinde herhangi bir karar vermemesi halinde iletişimin tespitine derhal son verilecektir.

6526 sayılı kanun ile 135. madde bakımından getirilen değişikliklerden diğeri katalog suçlar arasına hırsızlık ve nitelikli yağma suçlarının dahil edilmesi olmuştur (CMK. m. 135/7-a-6).

6526 sayılı kanun ile yapılan diğerk bir değişiklik ise süre bakımından gerçekleşmiştir. Yeni düzenlemeye göre tedbir kararı en çok iki ay için verilebilir, bu süre bir ay daha uzatılabilir. Ancak örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, mahkeme her defasında bir aydan fazla olmamak ve toplam üç ayı geçmemek üzere sürenin uzatılmasına karar verebilir.¹⁸

Anayasa Mahkemesi'nin 12.10.2005 tarihli kararında belirtildiğı üzere, mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nda koruma tedbiri olarak öngörölmüş olan arama işleminin yapılmasına karar verme mercii olarak öncelikle hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı ve onun yardımcıları sıfatıyla kolluk memurları da arama kararı vermeye yetkili idiler. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen kararların yazılı olacağı yönünde CMUK'ta bir düzenleme olmaması kuralı istisna, istisnayı kural haline getirmekteydi.¹⁹ Bu örnekten de anlaşılacağı üzere uygulanan ceza muhakemesi işleminin kişi hak ve hürriyetlerini yakından ilgilendirdiğı durumlarda, işlemin tamamlandıktan sonra değil başından sonuna kadar hakimler ve Cumhuriyet Savcıları vasıtasıyla yargısal denetime tabi olması, kişi hak ve hürriyetlerinin korunması, hukuk devleti ilkesinin uygulanabilmesi açısından gerekli ve zorunludur. Gizli soruşturma yargısal denetime tabi tutularak uygulanması, polis in hukuka uygun davranmasını, kişi özgürlüklerinin korunmasını, hukuka, uygulayıcılara ve uygulamalara duyulan saygıyı artıracaktır.²⁰

¹⁸ Maddenin değiştirilmeden önceki haline göre tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir. Bu süre bir defa daha uzatılabilir. Ancak örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hakim, bir aydan fazla olmamak üzere müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

¹⁹ AYM., 2003/38 E., 2005/63 K., 2005.

²⁰ Bohler, Narnia, "Lead us not into temptation: The Criminal liability of the trapee revisited",

Gizli soruşturma usulleri bir yönüyle temel hak ve hürriyetlerin kişi hak ve hürriyetlerinin korunmasının, kamu düzeninin sağlanmasının aracıdır. Kötüye kullanıldığında ise kişi hak ve hürriyetlerini yok edici bir baskı aracına dönüşebilir. Gizli soruşturma usullerinin kötüye kullanılması toplumda bulunması gereken güven ve özgürlük ortamını yok edici bir etkiye sahiptir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 29.11.2005 tarihli arama ve elkoyma ile ilgili kararında²¹ belirtildiği üzere *“hukuk devleti bütün faaliyetlerinde hukukun egemen olduğu devlettir. Bu bağlamda devleti vatandaşına her an gözaltına alınabileceği, sorgulanabileceği, evinde arama yapılabileceği endişesi yaşatmamalıdır. Aksine, güvenlik içerisinde özgür ve onurlu bir yaşam sunmayı amaçlamalıdır.”* Bunun gibi hukuk devletinde bireyler, haklarında gelişigüzel bir şekilde gizli soruşturma usullerinin uygulanmayacağını bilmeli bunun endişesini duymamalıdır. Gizli soruşturma usullerinin gelişigüzel bir şekilde uygulandığı inancına sahip olan bir toplumun sağlıklı ve kişilikli bir toplum olması düşünülemez. Zaman zaman güvenlik ya da benzer korku sebepleri gösterilerek temel hak ve hürriyetlere müdahalede bulunulması ceza muhakemesi müesseselerinin baskı aracı olarak kullanılması mümkündür. Böyle bir neticenin ortaya çıkmaması gizli soruşturma usulleri ile ilgili düzenlemelerin Anayasa, AİHS ve hukukun genel ilkelerine uygun olması, usulleri uygulayan makamların bağımsız, tarafsız ve hakkaniyete uygun davranması, hukuk sisteminin bağımsızlık ve tarafsızlığı sağlayıcı vasıfta inşa edilmesi ve gizli soruşturma usullerinin kötüye kullanılmaması ile mümkündür.

Afr. J. Crim. Just., 1999, s. 322.

²¹ YCGK., 2005/7-144 E. 2005/150 K., 2005.

1.3. Özgürlük-Güvenlik Dengesi Ve Gizli Soruşturma Usulleri

Gerek bireysel suçlarda gerekse örgütlü suçlar ve terör suçlarında uygulama imkanı bulan gizli soruşturma usulleri, suçla mücadelenin yanında geniş anlamda iç ve dış güvenliğin sağlanmasına da hizmet etmektedir. Suç ile bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmekle ya da suç ile kamu düzeninin bozulmasını önlemekle devlet, vatandaşlarını güvenli ve huzurlu bir şekilde yaşatmak amacını gütmektedir. Yakın tarihte ABD başta olmak üzere yaşanan terör olayları dikkatleri yoğun bir şekilde terörizm, terörizmle mücadele ve temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması meselelerine çekmiştir. 11 Eylül saldırılarından sonra uluslararası terörizmle mücadelede temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının gerekip gerekmediği, daha doğrusu hangi ölçüde sınırlandırılması gerektiği göze çarpan bir araştırma ve tartışma konusu olmuştur.²² Bu başlık altında gizli soruşturma usullerinin özgürlük-güvenlik dengesi ile ilişkisini ve gizli soruşturma usullerinin bu kavramlar çerçevesinde uygulanabilirliğinin sınırlarını çizmeye çalışacağız.

Ülkemiz gibi terörü her zaman en yakın bir biçimde hisseden ülkelerde sansasyonel terör olaylarının ardından kamuoyunda en yüksek devlet görevlisinden sıradan vatandaşa kadar, “her ne pahasına olursa olsun suçla mücadele” yönünde bir beklenti ortaya çıkabilmektedir.²³ 11 Eylül'de Amerika Birleşik Devletleri'nde, 11 Mart'ta İspanya'da, 7 Temmuz'da Londra'da meydana gelen saldırılar sonrasında A.B.D., Avusturalya, Birleşik Krallık, Kanada ve bir çok ülke hem yasal düzeyde hem de fiilen güvenlik merkezli tedbirleri artırmak

²² Michaelsen, Christopher, “Balancing Civil Liberties Against National Security? A Critique Of Counterterrorism Rhetoric”, *U. N. S. W. L. J.*, 2006, s. 1.

²³ V.Ö. Özbek, *a.g.e.*, 2003, s. 19.

yoluna gitmişlerdir.²⁴ Avrupa Birliği üyesi devletler de suçla mücadele, ırkçılık, yabancı düşmanlığı, göç, iltica, dış sınırların korunması konularında ortak politikalar ve düzenlemeler benimseyerek vatandaşlarının güvenliğini sağlamaya çalışmışlardır.²⁵

Temel hak ve hürriyetleri güvence altına almak, korumak ve bu haklara saygı göstermek zorunda olan devlet aynı zamanda toplumu ve toplumu oluşturan bireylerin güvenliğini de sağlamak zorundadır.²⁶ Devlet ağır suçlarla ve terörizmle mücadele noktasında bir ikileme karşı karşıya kalmaktadır. Bir tarafta kamu düzenini bozan eylemlerin bertaraf edilmesinden doğan yarar diğer tarafta temel hak ve hürriyetlere müdahaleden doğan zarar bulunmaktadır. Başka bir anlatımla bir tarafta güvenlikten, toplumun huzur içerisinde yaşamasından doğan yarar diğer tarafta özgürlüklerin korunmasından doğan yarar bulunmaktadır.²⁷

Güvenlik gerekçesi ile devlet tarafından temel hak ve hürriyetlere çeşitli şekillerde müdahale edilebilmektedir. Yeni araştırma ve soruşturma yöntemleri, teknolojik gelişmeler bireylerin özel alanlarını daraltmaktadır.²⁸ Biyometrik ve yüz tanıma sistemleri gibi yeni teknolojilerin de kullanılması ile birlikte kişilerin sürekli takip edilebilmesi mümkün hale gelmekte toplum içerisinde kaybolmaları

²⁴ Hert, Paul De, "Balancing security and liberty within the European human rights framework. A critical reading of the Court's case law in the light of surveillance and criminal law enforcement strategies after 9/11", **Utrecht Law Review**, 2005, s. 68. Bunun gibi Birleşik Krallık tarafından çıkarılan Anti-Terörizm, Suç ve Güvenlik Yasası(2001) ile terörist olduğundan şüphelenilen bir yabancı mahkeme önüne çıkarılmadan süresiz göz altında tutulabiliyordu. 2006 yılında kabul edilen Terörizm Yasası ile ise terörist olduğundan şüphelenilen kişilerin 28 güne kadar gözaltında tutulabilmesi öngörülmüştür.; Miller, Russell A., "Balancing Security and Liberty in Germany", **J. Nat'l Sec. L. & Pol'y**, 2010, s. 382.

²⁵ Romanowska, Dagmara Kornobis, "Developments in the Area of Freedom, Security and Justice Brought About by the Constitutional Treaty", **German Law Journal**, 2005, s. 1631.

²⁶ Hert, P. De, **a.g.m.**, s. 86.

²⁷ Dbe, Arden "Balancing Human Rights And National Security", **South African Law Journal**, 2007, s. 74 Miller, R. A., **a.g.m.**, s. 375.

²⁸ Hert, P. De, **a.g.m.**, 2005, s.89.

ve anonim şekilde yaşamaları imkansız hale gelmektedir.²⁹ Temel hak ve hürriyetlere vaki müdahaleler çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Başlıca örnekler arama ve elkoyma, gözaltına alma, tutuklama gibi tedbirlerin uygulanma şartlarındaki genişlemeler, ifade hürriyetine getirilen kısıtlamalar³⁰ şeklinde ortaya çıkmakta, bu işlemlerle alakalı kişi hürriyeti ve güvenliği, konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği gibi haklar müdahale konusu olabilmektedir.

Özgürlük ve güvenlik dengesinin doğru, ölçülü bir şekilde kurulması hayati önem taşımaktadır, çünkü birinde gösterilen başarı diğerini de olumlu yönde etkilemektedir.³¹ Toplumunu oluşturan bireylerin özgürlüklerinin korunması ve güvence altına alınması güvenliğin sağlanması için yapılmış bir yatırımdır.³² Demokratik bir toplumda devletin vatandaşlarını her türlü zarardan koruması gerektiği kuşkusuz olmakla birlikte, güvenliğin temini devletin birden çok, karşılıklı ve bölünemez görevlerinden sadece bir tanesidir ve temel hak ve hürriyetlere saygı gösterilmesini de içerir.³³ Özgürlük ve güvenlik arasında denge kurulurken güvenliğin, birbiri ile yarışan insan onuru, özel hayatın gizliliği, bir insanın kendi kaderini kendisinin tayin etmesi gibi anayasal değer ve amaçlardan sadece bir tanesi olması gözden uzak tutulmamalıdır.³⁴ Bir temel hak ve hürriyete vaki müdahalenin ağırlık derecesi arttıkça bunun denetiminde gösterilen hassasiyet ve titizlik de müdahalenin derecesi ile orantılı olacaktır.³⁵ Güvenlik gerekçesi ile yoldan geçen kişilerin durdurularak kimliklerinin sorulmasının

²⁹ Hert, P. De, **a.g.m.**, 2005, s.70

³⁰ Sutherland, Arthur E., "Freedom and Internal Security", **Harv. L. Rev.**, 1951, s. 383.

³¹ Ramirez, Deborah-Woldenberg, Stephanie, "Balancing Security and Liberty In a Post-September 11th World: The Search For Common Sense In Domestic Counterterrorism Policy", **Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev. 2004-2005**, s. 514.

³² Ramirez, D.-Woldenberg, S, **a.g.m.**, s. 514.

³³ Michaelsen, C., **a.g.m.**, 2006., s. 6.

³⁴ Miller, R. A., **a.g.m.**, 2010, s. 371.

³⁵ Dbe, A., **a.g.m.**, 2007, s. 70.

gerekliliği ile bu kişilerin gözaltına alınmalarının gerekliliği açılarından yapılacak denetim ikincisinde daha sıkı olacaktır.

Tarihsel süreç içerisinde temel hak ve hürriyetlerin güvenlik gerekçesi ile aşırı şekilde sınırlandırılmasına dair çarpıcı örnekler bulunmaktadır. 1798'de ABD'de çıkarılan isyana tahrik yasası ile hükümet aleyhine yapılan eleştiriler suç olarak öngörölmüş John Adams yönetimi bu yasayı muhalifleri aleyhine soruşturma açılması ve ceza almaları amacı ile kullanmıştır.³⁶ 11 Eylül sonrasında ABD tarafından düşman savaşçısı olarak görölen kişiler yakalandıkları yerden Guantanamo'da bulunan hapisaneyeye götürölerek, yıllarca hakim önüne çıkarılmadan ve haklarında yargılama yapılmadan burada tutulmuşlardır.³⁷ 11 Eylül saldırılarından sonra ABD'de ırksal, dinsel, etnik kökene dayalı insan profillerinin çıkarılarak, teröristlerin profilini çizmek ve bu yöntemle teröristleri tespit etmenin terörlle mücadelede bir yöntem olarak benimsendiği, hatta terörlle mücadele stratejisinin bu yöntemle dayandığı iddia edilmiştir.³⁸ Birbirine bağılı geniş veri tabanlarının kullanılması ve karşılaştırılması suretiyle teröristlerin ve terörist faaliyetlerin tespitine yönelik istihbarat elde edilmesi amaçlanmıştır.³⁹ Irksal, dinsel, etnik kökene dayalı insan profillerinin çizilmesi, bu çerçevede alınan tedbirlerin uygulanması, ulaşılacak istenen amaç ile orantılı bir araç olmadığı gibi muhataplarını yabancılaştırmaktan(ötekileştirmekten) başka bir işe yaramamaktadır.⁴⁰ Bu tür bir yaklaşım belli bir etnik, ırksal, dinsel kökene sahip kişilerin potansiyel terörist olarak görölmeleri manasına gelmekte olup, orantısız

³⁶ Chemerinsky, Erwin "Post 9/11 Civil Rights: Are Americans Sacrificing Freedom For Security", **Denv. U. L. Rev.**, 2003-2004, s. 759.

³⁷ Dbe, A., **a.g.m.**, s. 73.

³⁸ Ramirez, D.-Woldenberg, S, **a.g.m.**, s. 2004-2005, 495.

³⁹ Hert, P. De, **a.g.m.**, 2005, s.68.

⁴⁰ Ramirez, D.-Woldenberg, S, **a.g.m.**, s. 495.

olduğu gibi din ve vicdan özgürlüğü, ayrımcılık yasağı gibi hak ve özgürlüklere tecavüz vasfındadır. Çünkü böyle bir ortamda belli etnik, dinsel, ırksal kökene sahip kişiler kendilerini rahat hissedemeyecekleri gibi kendilerini özgürce ifade etme imkanı da bulamazlar. Bunun yanında sahip olduğu etnik, dinsel ve ırksal temele göre muameleye tabi tutulan insanlarda bu durum irritasyona ve idareye karşı olumsuz duygular beslemesine neden olmaktadır.⁴¹ Böyle bir uygulama idarenin istihbari bilgi toplama anlamında elini kuvvetlendirmekle birlikte idarenin ve bu işle görevlendirilen personelin, kişisel verilere kolaylıkla ulaşabilmesini, bir başka açıdan da idarenin ve bu işle görevli personelin topladığı ve işlediği verilerin asıl amacı dışında kullanılması imkanını kolaylaştırmıştır.⁴² Yukarıda güvenlik temini maksadıyla özgürlüğün orantısız şekilde sınırlandırılmasına verilen örnekler özlerinde ayrımcılığı körükleyen anlayışların ürünü olup, bu tür yaklaşımlar yerine toplumu oluşturan tüm bireylerin desteğinin alınması, istihbari bilgiye bu kişilerin de katkı sağlamanın temini, etnik, dinsel ya da ırksal bir temele dayalı bir terörist profili çizmek yerine istihbari bilgi ile desteklenen ve şüphelenilen kişinin davranışlarını esas alan yöntemler benimsenmelidir.⁴³

Özgürlük ve güvenlik arasındaki dengenin kurulması bakımından iki ana görüş bulunmaktadır. Bir tarafta idarenin terörle mücadele edebilmesi için temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını savunan görüş, diğer tarafta ise idarenin her şart altında demokratik toplumun merkezinde bulunan prensiplere sıkı sıkıya bağlı kalmasını savunan görüş bulunmaktadır.⁴⁴ Birinci görüş taraftarlarına göre temel hak ve hürriyetlerin olağanüstü zamanlarda askıya alınması demokrasiyi

⁴¹ Ramirez, D.-Woldenberg, S, **a.g.m.**, s. 2004-2005, 501.

⁴² Hert, P. De, **a.g.m.**, 2005, s.69.

⁴³ Ramirez, D.-Woldenberg, S, **a.g.m.**, s. 501.

⁴⁴ Michaelsen, C., **a.g.m.**, 2006., s. 2.

güçlendirir ve güvenlik olmadan özgürlük olmaz.⁴⁵ İkinci görüşe göre haklar olağanüstü hallerde ya da kriz zamanlarında kolaylıkla sınırlandırılabilir ya da askıya alındığı takdirde tüm etkilerini kaybederler ve güvenlik gerekçesi ile kişileri temel hak ve hürriyetlerinden mahrum bırakmak, amacın aracı meşru kıldığı düşüncesi ile hareket eden teröristlerle aynı zihniyetle hareket etmek manasına gelmektedir.⁴⁶ Amaç ne olursa olsun denetime tabi olmayan, ölçsüz yöntemler, bu çeşit bir yöntemin kullanılmasına imkan veren düzenleme ve uygulamalar hukuka aykırı olacaktır.⁴⁷ AİHM toplum açısından ağır ve tehlikeli suçlar ile terörle mücadele bakımından temel hak ve hürriyetlere vaki daha ağır müdahaleleri kabul edebilmektedir ancak bu hiçbir zaman idarenin kayıtsız ve şartsız hareket edebileceği manasına gelmez.⁴⁸

Güvenlik gerekçesi ile kabul edilen düzenlemeler uygulayıcılara daha fazla takdir yetkisi ve geniş uygulama alanı sağlanabilmesi adına muğlak ifadeler içerebilmektedir.⁴⁹ Böyle bir yaklaşım, hukukun üstünlüğü ilkesi ile tamamen çelişmektedir. Demokratik düzeni koruma ya da güvenlik gerekçesi ile yapılan bir kısım düzenlemeler bazen görünüşteki amaçları yerine rejim muhaliflerinin faaliyetlerini kontrol altına almak ya da esasında demokratik ve hukuka uygun bir eylemi bastırmak için de kullanılabilir.⁵⁰ Temel hak ve hürriyetlere yönelik müdahaleler güvenliğe yönelik tehditleri önlemek ve ortadan kaldırmak amacına hizmet ettiği ölçüde kabul edilebilir. Güvenlik için alınan tedbirler güvenliği belli bir dereceye kadar artırabilmekte bu noktadan sonra yetersiz

⁴⁵ Michaelsen, C., **a.g.m.**, s. 3.

⁴⁶ Michaelsen, C., **a.g.m.**, 2006., s. 2. “Geçici (anlık) güvenlik gereksiniminin temini için temel bir hak ve hürriyetten vazgeçmek ne güvenliği ne de özgürlüğü hak eder.(Benjamin Franklin)”.

⁴⁷ Hert, P. De, **a.g.m.**, 2005, s. 70.

⁴⁸ Hert, P. De, **a.g.m.**, s.72.

⁴⁹ Sutherland, A. E., **a.g.m.**, 1951, s. 404.

⁵⁰ Dbe, A., **a.g.m.**, 2007, s. 60.

kalmaktadır.⁵¹ Devlet idaresi savaş zamanları dahil milli güvenliğe yönelik gerçek bir tehditin varlığı halinde bile hukuka sıkı sıkıya bağlı hareket etmeli aşırılıktan kaçınmalıdır.⁵² İdareye geniş yetkiler verilmesi bunun kullanılacağı manasına gelmekte, idarenin kendi kendini sınırlayacağı ya da verilen geniş yetkileri tamamen amacına uygun biçimde kullanacağı varsayımı, idarenin istisnaları kural haline getirmesi ile çelişmektedir.⁵³

Güvenlik mutlak ve her şart altında korunması gereken bir unsur olarak görülmemelidir.⁵⁴ Somut olayda idare uygulanacak işlemde doğacak toplumsal yarar ile temel hak ve hürriyete vaki müdahaleden doğacak bireysel ve toplumsal zarar arasında dengeyi kurmak bakımından bir muhakemede bulunacaktır.⁵⁵ Bununla birlikte terörle mücadele gibi çok zor şartlarda bile işkence yasağı, insani olmayan ve aşağılayıcı davranma ya da ceza verme yasağı gibi mutlak koruma altındaki müesseseler muhakeme konusu olamaz.⁵⁶ Güvenlik bahanesi ile özgürlükler üzerinde yapılan kısıtlamalar bir süre sonra devlet terörünü de ortaya çıkarabilir.⁵⁷

Özgürlük alanında yapılan bir kısıtlama özgürlüğü artırdığı oranda kabul edilebilir.⁵⁸ Özgürlüğü kısıtlayan baskıcı yöntemler kısa vadede güvenliği temin eder görünse de uzun vadedeki etkileri bakımından zarar vericidir.⁵⁹ Şöyle ki

⁵¹ Dbe, A., **a.g.m.**, s. 61. "Örneğin 2005 Temmuz ayında Londara'da meydana gelen patlamalar yabancılara karşı uygulanan muhtemel tedbirlerle önlenmezdi. Çünkü bombalama eylemini gerçekleştirenler İngiliz vatandaşı idiler." (Naklen)

⁵² Dbe, A., **a.g.m.**, s. 67.

⁵³ Chemerinsky, E. **a.g.m.**, 2003-2004, s. 768.

⁵⁴ Miller, R. A., **a.g.m.**, 2010, s. 371.

⁵⁵ Hert, P. De, **a.g.m.**, 2005, s. 73.

⁵⁶ Hert, P. De, **a.g.m.**, s. 81.

⁵⁷ Miller, R. A., **a.g.m.**, s. 372.

⁵⁸ Michaelsen, C., **a.g.m.**, 2006, s. 9.

⁵⁹ Michaelsen, C., **a.g.m.**, s. 15.

kişisel ve kültürel aşağılanma, kişilere kendilerini ifade etmek için başka yol tanınmaması terörün ortaya çıkış sebeplerindendir. Bu nedenle güvenliği artırıcı baskıcı tedbirler kısa vadede güvenliği temin eder görünse de uzun vadede genel güvenliğe zarar verici etkiye sahiptir. Güvenlik gerekçesi ile özgürlük aleyhine düzenlemeler yapılmasının gerçekten güvenliği artırıp artırmadığına, sadece özgürlüğü azaltıp azaltmadığına, kamuoyunu rahatlatmak ve misilleme amaçlı düzenlemeler olup olmadıklarına dikkat etmek gerekir.⁶⁰ Devlet vatandaşları için güvenliği temin etmek zorundadır. Ancak gerçekleşmesi hiç bir zaman mümkün olmayan mutlak bir güvenlik olarak anlaşılabilir.⁶¹ Güvenliğin mutlak olarak sağlanabileceği düşünülebilse bile bu özgürlüğü yok edecekse kabul edilemez.⁶² Hukukun üstünlüğü temel hak ve hürriyetlere vaki ölçüsüz müdahaleleri yasak eder. Devletten kaynaklanacak hukuka aykırı işlemlerden korunmak da haktır.⁶³

Hiçbir yöntem bizi terörist faaliyetlerden tam olarak koruyamaz ve güvenliği temin umuduyla özgürlüğün sınırlanması, eğer sonuçta bir toplumun özgür ve demokratik toplum olma vasfını ortadan kaldırırsa anlamsız olacaktır.⁶⁴ Terörist olduklarından şüphelenilen kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin güvenlik gerekçesi ile sınırlandırılması ve daha sert tedbirlere başvurulması masum kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılması riskini de bünyesinde barındırdığından özgürlük ve güvenlik dengesi kurulurken bu ihtimali de gözönünde bulundurmak gerekir.⁶⁵

Gizli soruşturma usulleri uygulandığında, usulün niteliğine göre çeşitli temel

⁶⁰ Michaelsen, C., 2006., **a.g.m.**, s. 18.

⁶¹ Miller, R. A., **a.g.m.**, 2010, s. 387.

⁶² Miller, R. A., **a.g.m.**, s. 387.

⁶³ Miller, R. A., **a.g.m.**, s. 387.

⁶⁴ Dbe, A., **a.g.m.**, 2007, s. 74.

⁶⁵ Dbe, A., **a.g.m.**, s. 74.

hak ve özgürlüklere müdahale edilebilmektedir. Böyle bir durumda gizli soruşturma usullerinin uygulanması suretiyle suçla mücadele ve güvenliğin korunması ve artırılmasından doğan yarar ile, temel hak ve hürriyetlere yönelik müdahaleden doğan zarar karşı karşıya gelmektedir. Ölçülülük ilkesi yapılacak muhakemede yol gösterici olacaktır. Gizli soruşturma usulleri ile ulaşılmak istenen amaç, suçla mücadele ve güvenliğin temini olduğuna göre somut olayın niteliklerine göre hareket edilerek başka bir şekilde suçun ortaya çıkarılması mümkün ise gizli soruşturma yöntemlerine başvurulmamalıdır. Gizli soruşturma usulleri, kanunda yer alan sebepler gösterilerek başka amaçlara ulaşmak için de kullanılmamalıdır. Bu tür bir yaklaşım kısa vadede uygulayanlarına yarar getirici görünse de hukuk devletine ve demokrasi geleneğine çok ağır zararlar verebilecek niteliktedir. Gizli soruşturma usulleri, özgürlük ve güvenlik dengesini izaha çalıştığımız yukarıdaki bilgiler ışığında kullanıldığında güvenliği ve hukukun üstünlüğüne olan inancı artırıcı etkiye, aksi takdirde vatandaşlar arasında güvensizliğe ve ayrışmaya neden olabilecek niteliktedir.

2. GİZLİ SORUŞTUMA USULLERİ VE MÜDAHALEYE KONU TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER

2.1. Adil Yargılanma Hakkı ve Özel Hayatın Gizliliği ile ilgili Normatif Düzenlemeler

Adil yargılanma hakkı ve özel hayatın gizliliği hakkı ile ilgili normatif düzenlemeler 1982 Anayasası'nda, uluslararası sözleşmelerde ve yasalarımızda mevcuttur. Konumuzla ilişkisi bakımından inceleyeceğimiz normatif düzenlemeler: Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme(Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi), Avrupa Birliği Temel Haklar

Bildirgesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen düzenlemelerdir. BM tarafından ilan edilen İnsan Hakları Bildirgesi'nin hukuki bağlayıcılığı olmamasına karşın diğer düzenlemeler pozitif hukuk bakımından bağlayıcıdır.

2.1.1. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi⁶⁶

BM Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A(III) sayılı kararıyla ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin çeşitli maddelerinde adil yargılanma hakkı ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. İHEB'nin metninde adil yargılanma hakkı kavram olarak kullanılmış olmasa da adil yargılanma hakkının gerekleri maddelere serpiştirilmiştir. İHEB'nin 5. maddesine göre: “Hiç kimseye işkence yapılamaz, zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz ve ceza verilemez”; 7. maddesine göre: “herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasanın korumasından eşit olarak yararlanma hakkında sahiptir”; 8. maddesine göre herkesin anayasa ya da yasayla tanınmış temel haklarını çiğneyen eylemlere karşı yetkili ulusal mahkemeler eliyle etkin bir yargı yoluna başvurma hakkı vardır”; 9. maddesine göre: “hiç kimse keyfi olarak yakalanamaz, tutuklanamaz ve sürgün edilemez”; 10. maddesine göre: “Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır”; 11. maddesine göre: “Kendisine bir suç yüklenen herkes, savunması için gerekli olan tüm güvencelerin tanındığı açık bir yargılama sonunda, yasaya göre suçlu olduğu saptanmadıkça masum sayılır. Hiç kimse işlendiği sırada ulusal ya da uluslararası hukuka göre bir suç oluşturmayan herhangi bir eylem ve ihmalden dolayı suçlu sayılamaz. Kimseye

⁶⁶ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, www.belgenet.com.

suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.” İHEB’in 12. maddesine göre “kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışamaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.”

İHEB'nde adil yargılanma hakkı ve özel hayatın gizliliği hakkı kavram olarak kullanılmış olmasa da adil yargılanma ve özel hayatın gizliliği hakkının temel sayılabilecek unsurlarına çeşitli maddelerde yer verilmiştir. İHEB Türkiye Cumhuriyeti tarafından 10 Mart 1954 tarihinde imzalanmıştır. Türkiye Cumhuriyeti bu sözleşmeyi imzalamış olmakla sözleşmede öngörülen düzenlemelerin gereklerini de yerine getirme yükümlülüğü altına girmiştir. Pozitif hukukumuz tarafından bağlayıcılığı olmamasına rağmen uluslararası hukuk bakımından müeyyideleri ve bağlayıcılığı konumuzun sınırlarını aşacağından ineleme konusu yapılmayacaktır. Ancak adil yargılanma ve özel hayatın gizliliği hakkına ilişkin içerdiği düzenlemeler bakımından önem taşımaktadır.

2.1.2. İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme⁶⁷ (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 20 Mart 1950'de Roma'da imzalanmış olup, 3 Eylül 1952'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Sözleşmeyi 18 Mayıs 1954 yılında onaylamıştır. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası hükmüne göre:“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 07/05/2004 - 5170 S.K./7.mad) Usulüne

⁶⁷<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Basic+Texts/The+Convention+and+additional+protocols/The+European+Convention+on+Human+Rights/>

göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” AİHS'nin 46. maddesine göre: “Yüksek Sözleşmeciler Tarafından: “taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler. Mahkemenin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesine gönderilir.” CMK'nun 311. maddesinde hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedenleri gösterilmiştir. 311. maddenin 1. fıkrasının (f) bendinde, ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması, yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında gösterilmiştir.

Yukarıdaki düzenlemeler ışığında AİHS hükümlerinin hukuken bağlayıcılık derecesi kolaylıkla anlaşılabilir. AİHS sözleşmesi ile adil yargılanma hakkı bakımından getirilen düzenlemelere uygun anayasal ve yasal düzenlemeler yapılmalı, normlar çatışması söz konusu olduğunda AİHS hükümlerine öncelik verilmelidir. Soruşturma evresinden hükmün verildiği ve itiraz ya da temyiz mercii tarafından da hükmün incelendiği aşamalar dahil adil yargılanma hakkının gerekleri gözetilmelidir.

AİHS'nin 6. maddesine göre: “herkes, medeni hak ve borçlarıyla ilgili uyuşmazlıklarının ya da kendisine yöneltilmiş cezai müeyyide gerektiren suçlamaların, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından,

makul bir sürede, hakkaniyete uygun ve aleni yargılama sonucunda çözümünü isteyebilme hakkına sahiptir. Hüküm aleni olarak verilir, ancak demokratik bir toplumda genel ahlakın, kamu düzeninin ya da milli güvenliğin; yargılaması yapılan küçüklerin yararlarının ya da tarafların özel hayatlarının korunmasının gerektirdiği ölçüde ya da içinde bulunulan özel durumlar nedeniyle aleniyetin, adaletin etki altında kalmasına yol açmasının engellenmesi amacıyla ve mahkemenin aleniyetin kaldırılmasını mutlak surette zorunlu görmesi halinde yargılama kısmen ya da tamamen basına ve kamuya kapalı olarak yapılabilir(1). Bir suç işlediği iddia edilen kişi, suçluluğu ispat edilinceye kadar *masum* sayılır(2). Bir suç işlediği iddia olunan kişi asgari şu haklara sahiptir(3): a) anladığı bir dilde, derhal ve ayrıntılı bir şekilde kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinin bildirilmesi, b) savunmasını hazırlayabilmesi için yeterli zaman ve kolaylıkların sağlanması, c) bizatihi kendisi ya da kendi seçtiği bir avukat vasıtası ile kendini savunmak, ya da mali imkanları bir avukattan yararlanmasına yetmiyorsa adalet gerektirdiği takdirde ücretsiz atanacak bir avukatın hukuki yardımından yararlanmak, d) aleyhine olan tanıkları sorguya çekmek ya da çektirmek, kendi lehine olan tanıkların mahkemeye celp edilmesini isteyebilmek, lehine olan tanıkların aleyhine olan tanıklarla aynı şartlarda sorguya çekilmesini isteyebilmek, e) mahkemede kullanılan dili anlamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz biçimde yararlanabilmek.”⁶⁸ AHİS'nin 8. maddesine göre “herkes özel hayatı, ev ve aile hayatı ile, haberleşmesine saygı gösterilmesini talep etme hakkına sahiptir.”

⁶⁸<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Basic+Texts/The+Convention+and+additional+protocols/The+European+Convention+on+Human+Rights/>

2.1.3. Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi

Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi(ABTHB), AB vatandaşlarının temel haklarını ve AB'nin vatandaşlarına karşı sorumluluklarını düzenlemekte olup, belge 13-14 ekim 2000 tarihinde Fransa'nın Biarritz kentinde gerçekleşen AB zirvesinde devlet ve hükümet başkanlarının bilgisine sunulduktan sonra, 7-8 Aralıktaki “Nice Zirvesi”nde onaylanmıştır.⁶⁹

ABTHB'nin dördüncü bölümünün Adalet başlığının altında 47. maddesinde “etkili hukuki bir yola başvurma ve adil yargılanma hakkı” düzenlenmiştir. Buna göre: “birlik hukuku tarafından teminat altına alınmış olan hakları ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak bir mahkemede etkili bir hukuki yola başvurma hakkına sahiptir. Herkes, daha önceden yasa ile tesis edilmiş bağımsız ve tarafsız bir mahkemede makul bir süre içinde yapılacak adil ve kamuya açık bir duruşma yapılması hakkına sahiptir. Herkes, kendisine bilgi verilmesi, savunulması ve temsil edilmesi fırsatına sahip olmalıdır. Gerekli imkanlara sahip olmayan herkese, bu yardımın adalete etkin bir şekilde ulaştırılmasının sağlanması için gerekli olması koşulu ile hukuki yardım sağlanacaktır.” 48. maddenin başlığı masumiyet karinesi ve savunma hakkıdır. Bu maddeye göre: “kendisine karşı ithamda bulunulan bir kişinin, yasaya göre suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum olduğu kabul edilecektir. Kendisine karşı ithamda bulunmuş olan bir kişinin savunma haklarına saygı gösterilmesi teminat altına alınmalıdır.” 49. Maddenin başlığı “Cezayı gerektiren suçların ve cezaların orantılı olması ve yasada tanımlanması ilkeleri”dir. Bu maddeye göre: hiç kimse, işlediği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir fiil veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Hiç kimseye, suçu işlediği zaman

⁶⁹ Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi, www.belgenet.com.

verilebilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez, cezayı gerektiren bir suçun işlenmesinden sonra yasanın daha hafif bir ceza öngörmesi durumunda bu ceza uygulanır. Bu madde, işlendiği zaman uluslar topluluğu tarafından tanınmış genel ilkelere göre suç sayılan bir eylem veya ihmal nedeniyle bir kimsenin yargılanmasına veya cezalandırılmasına engel değildir. Cezaların şiddeti, cezayı gerektiren suçla orantısız olmamalıdır.” ABTBHB’nin özgürlükler başlığı altında düzenlenen 7. maddesine göre “herkes özel hayatı, ev ve aile hayatı ile, iletişimine saygı gösterilmesini talep etme hakkına sahiptir.”

2.1.4. 1982 Anayasası

1982 Anayasası'nın “Hak Arama Hürriyeti” başlıklı 36. maddesine göre: “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz”, 37. maddesine göre: “Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz”, 38. maddesine göre: “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz. Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.([Ek fıkra: 03/10/2001 -](#)

4709 S.K./15. md.) Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez. Ceza sorumluluğu şahsidir. (Ek fıkra: 03/10/2001 - 4709 S.K./15. md.) Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.(Değişik fıkra:07/05/2004 - 5170 S.K./5.mad) Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez. İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir.(Değişik fıkra:07/05/2004 - 5170 S.K./5.mad) Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.” AY’nın 20. maddesine göre, “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” AY’nın 21. maddesine göre, “Kimsenin konutuna dokunulamaz.” AY’nın 22. maddesine göre, Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.”

1982 Anayasası'nda AİHS ve İHEB ile getirilen düzenlemelere paralel düzenlemeler mevcuttur. İç hukuk bakımından üst norm niteliğindeki Anayasa'da adil yargılanma ve özel hayatın gizliliği hakkına yer verilmek suretiyle bu hak anayasal güvence altına alınmıştır.

2.1.5. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu

5271 sayılı CMK'nda adil yargılanma hakkı ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. Aslında Ceza Muhakemesi Kanunu'nun soruşturma evresinden hükmün kesinleşme aşamasına kadar uygulanması gereken usul kurallarını düzenlediği düşünüldüğünde ve Ceza Muhakemesi'nde amacın adil bir biçimde maddi

gerçeğin ortaya çıkarılarak suç işlemiş bir kişinin cezalandırılması suretiyle bozulmuş olan kamu düzeninin hukuk düzeni çerçevesinde sağlanması olduğundan, usul kurallarının tamamının adil yargılanma hakkı ile ilişkili olduğu söylenebilir. Ancak gerek İHEB, gerekse AİHS ve 1982 Anayasasında adil bir yargılamanın yapılabilmesi için gerekli bir bakıma asgari şartlar belirtilmiştir. Yani adil yargılanma hakkının asgari unsurları sayılmıştır. CMK'nda da benzer ve paralel şekilde adil yargılanma hakkının gerçekleştirilebilmesi için açık düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin CMK'nun 160. maddesinin 2. fıkrasına göre: “Cumhuriyet Savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve *adil bir yargılamanın* yapılabilmesi için, emrindeki adlî kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.” Bunun gibi ifade ve sorgunun tarzını düzenleyen CMK'nun 147. maddesine göre: “Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur:

a) Şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür.

b) Kendisine yüklenen suç anlatılır.

c) Müdafî seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafîin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafî seçecek durumda olmadığı ve bir müdafî yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafî görevlendirilir.

d) 95 inci Madde hükmü saklı kalmak üzere, yakalanan kişinin yakınlarından istediğine yakalandığı derhâl bildirilir.

e) Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu

söylenir.

f) Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır.

g) İfade verenin veya sorguya çekilenin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınır.

h) İfade ve sorgu işlemlerinin kaydında, teknik imkânlardan yararlanılır.

i) İfade veya sorgu bir tutanağa bağlanır. Bu tutanakta aşağıda belirtilen hususlar yer alır:

1. İfade alma veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarih.

2. İfade alma veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği.

3. İfade almanın veya sorgunun yapılmasında yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, bu işlemler yerine getirilmemiş ise nedenleri.

4. Tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafî tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı.

5. İmzadan çekinme hâlinde bunun nedenleri.

CMK'nun ifade alma ve sorguda yasak usulleri düzenleyen 148. maddesine göre: “Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.

(2) Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez.

(3) Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.

(4) Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz.

(5) Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılabilir.” Yukarıda verdiğimiz örnekler adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi ve gerçekleştirilebilmesi için öngörölmüş düzenlemeler olup adil yargılanma hakkının sağlanmasından öte ihlal edilmesini engellemek için getirilmiş düzenlemelerdir. Bu manada asgari sınırı çizmektedirler. Bunun dışında kanuni hakim güvencesi ile ilişkili olarak görev ve yetkiyi düzenleyen(CMK m. 3 vd.), hakimin tarafsızlığını sağlamaya yönelik(CMK m. 22 vd.), müdafinin seçimini, görev ve yetkilerini düzenleyen(CMK m.149 vd.) hükümler de adil bir yargılamanın yapılması için öngörölmüş düzenlemelerdir.

Sonuç olarak CMK'nda İHEB, ABTHB, AİHS ve 1982 Anayasası'na paralel olarak hem adil yargılanma hakkının asgari sınırlarını çizen, hem de aynı zamanda yargılamanın usulünü belirlemekle birlikte asgari sınır tarafından çizilen alanı tamamlayan hükümler CMK'nda düzenlenmiş bulunmaktadır.

2.2. Adil Yargılanma Hakkı

2.2.1. Kavram

Adil yargılanma hakkı olarak özetlenen hak, birden fazla hakkı bünyesinde barındıran, çok yönlü, ağırlıklı olarak ceza yargılamalarında, devletin keyfi uygulamalarını ve aşırı güç kullanımını engellemek ve sanığın hakkaniyete uygun bir davada yargılanması amacıyla geliştirilmiş, hukukun üstünlüğüne dayanan bir devletin temelinde yer alan, şemsiye bir hak olarak tarif edilebilir.⁷⁰ AİHS'nin 6.

⁷⁰ Blake, Celia Brown, “Fair Trial, Language and the Right to Interpretation”, **Int'l. J. on**

maddesinin ilk fıkrası hem ceza yargılamasını hem de medeni yargılamaları ilgilendirmektedir. Diğer fıkralar sadece ceza yargılamaları bakımından geçerlidir.⁷¹ Adil yargılanma hakkı bakımından temel sayılabilecek madde metninde sayılan hakların yanısıra, usul hukukuna bir bütün olarak uyulup uyulmadığı da değerlendirme kapsamındadır. Ancak hukuka aykırı delil elde edilmiş olması tek başına 6. maddenin ihlali olarak değerlendirilemez.⁷²

Adil yargılanma hakkı AİHS'ni imzalayan devletlerin değil bu devletlerde yaşayan bireylerin yararlarını korumak için öngörülmüş olup; adil yargılanma hakkının gereklerine devlet aleyhine aykırı davranıldığında AİHM'nin bu tür bir başvuruyu değerlendirmeyeceği manasına gelmektedir.⁷³

Adil yargılama hakkının AİHM tarafından denetimi bu hakkın gereklerine yerel mahkeme tarafından uyulup uyulmaması ile sınırlıdır. Yani AİHM yerel mahkeme tarafından kabul edilen maddi gerçek ve uygulanan hukuk kurallarına karışmaz. Ancak bu durumda verilen kararın sözleşmede öngörülen haklardan birini ihlal etmemesi gerekir. AİHM'nin görevi, taraf devletlerin sözleşmede öngörülen hakları uygulayıp uygulamadıklarının denetimi ile sınırlıdır. Yani Mahkemenin görevi yerel mahkemenin maddi gerçek ve uygulanan kurallar bakımından yaptığı hataları tespit etmek değildir.⁷⁴ Ancak Mahkemenin maddi gerçeğe ilişkin kabulün ya da kararın açıkça hukuka aykırı olduğuna ilişkin olarak adil yargılanma

Minority & Group Rts., 391, 2006, s. 391; Brems, Eva, “Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of The Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, **Human Rights Quarterly**, 2005, s. 294, 298.

⁷¹ Brems, E., **a.g.m.**, s. 295.

⁷² Brems, E., **a.g.m.**, s. 296.

⁷³ Loucaides, Loukis G. “Questions of Fair Trial Under The European Convention On Human Rights”, **Human Rights Law Review**, 3, 2003. s. 27.

⁷⁴ Loucaides, L. G. **a.g.m.**, s. 30.; AİHM., Garcia Ruiz v. Spain, 1999.

hakkının ihlal edildiğine karar verdiği de olmuştur. Bu durumlarda da Mahkeme temyiz ya da istinaf mahkemesi gibi davranmamıştır. Bu durumlarda mesele mahkemenin maddi gerçek ya da uygulanacak kurallar bakımından takdirine karışmak değil, sözleşme ile korunan hakların ihlalinin önüne geçmektir.⁷⁵ Adil yargılanma hakkının etkin bir biçimde sağlanamadığı bir toplumda kişilere sağlanan haklar değerlerini önemli ölçüde yitirirler.⁷⁶

2.2.2. Adil Yargılanma Hakkının Temel Unsurları

AİHS'nin iç hukuktaki ve normlar hiyerarşisi bakımından değerine yukarıda değinmiştik. Anayasa ve diğer hükümler ile AİHS hükümlerinin çatışması halinde AİHS esas alınacağından ve AİHS'ni yorumlama ve uygulama görevi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM)'ne ait olduğundan, Anayasa'da ve AİHS'nde mevcut olan düzenlemelerin AİHS hükümleri ve AİHM kararları çerçevesinde yorumlanması gerekmektedir. AİHS'nin 6. maddesine göre: “herkes, medeni hak ve borçlarıyla ilgili uyuşmazlıklarının ya da kendisine yöneltilmiş cezai müeyyide gerektiren suçlamaların, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir sürede, hakkaniyete uygun ve aleni yargılama sonucunda çözümünü isteyebilme hakkına sahiptir. Hüküm aleni olarak verilir, ancak demokratik bir toplumda genel ahlakın, kamu düzeninin ya da milli güvenliğin; yargılanması yapılan küçüklerin yararlarının ya da tarafların özel hayatlarının korunmasının gerektirdiği ölçüde ya da içinde bulunulan özel durumlar nedeniyle aleniyetin, adaletin etki altında kalmasına yol açmasının engellenmesi amacıyla ve

⁷⁵ Loucaides, L. G. **a.g.m.**, s. 32.; Dulaurans v. France, 2002; AİHM., Ribitch v. Austria, 1995.

⁷⁶ Brems, E., **a.g.m.**, s. 2005, 298.

mahkemenin aleniyetin kaldırılmasını mutlak surette zorunlu görmesi halinde yargılama kısmen ya da tamamen basına ve kamuya kapalı olarak yapılabilir(1). Bir suç işlediği iddia edilen kişi, suçluluğu ispat edilinceye kadar *masum* sayılır(2). Bir suç işlediği iddia olunan kişi asgari şu haklara sahiptir(3): a) anladığı bir dilde, derhal ve ayrıntılı bir şekilde kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinin bildirilmesi, b) savunmasını hazırlayabilmesi için yeterli zaman ve kolaylıkların sağlanması, c) bizzat kendisi ya da kendi seçtiği bir avukat vasıtası ile kendini savunmak, ya da mali imkanları bir avukattan yararlanmasına yetmiyorsa adalet gerektirdiği takdirde ücretsiz atanacak bir avukatın hukuki yardımından yararlanmak, d) aleyhine olan tanıkları sorguya çekmek ya da çektirmek, kendi lehine olan tanıkların mahkemeye celpedilmesini isteyebilmek, lehine olan tanıkların aleyhine olan tanıklarla aynı şartlarda sorguya çekilmesini isteyebilmek, e) mahkemede kullanılan dili anlamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz biçimde yararlanabilmek.”⁷⁷

Adil yargılanma hakkının gizli soruşturma usullerini ilgilendiren unsurlarını öncelikle AİHS hükümlerini esas alarak açıklamaya çalışacağız. Bu kapsamda medeni haklar ve yükümlülükler kavram, suçsuzlu(masumiyet) karinesi, silahların eşitliği ilkesi, tanıkları sorgulama ya da sorgulatma hakkı, hukuki yardım alabilme hakkı ve mahkemeye başvurabilme hakkı incelenecektir.

2.2.2.1.Medeni Haklar ve Yükümlülükler Kavramı

Adil yargılanma hakkından söz edilebilmesi için yapılan yargılamanın bu kişinin medeni hak ve borçlarının ya da kendisine yöneltilmiş bir suçlamanın

⁷⁷<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Basic+Texts/The+Convention+and+additional+protocols/The+European+Convention+on+Human+Rights/>

çözümüne ilişkin olması gerekir. Bu nedenle medeni haklar ve yükümlülükler kavramının açıklanması gerekir.

Medeni haklar ve yükümlülükler kavramı AİHM tarafından bugüne kadar net bir tanıma kavuşturulmuş olmayıp Mahkeme medeni haklar kavramını açıklama ihtiyacı doğduğunda uyuşmazlığın özel hukuk karakteri taşımasını kriter olarak kullanmıştır.⁷⁸

*“Taraflar arasında bir uyuşmazlık meydana gelip bunun çözümü talep edildiğinde, tarafların kim olduğu önem taşımaksızın, devletin bu uyuşmazlığı çözmek yükümlülüğü ortaya çıkar. Yapılan yargılama sonucunda, özel kişilerin, özel hak ve borçlarına ilişkin uyuşmazlıklar çözüme kavuşturulmuş ise, yapılan bu yargılama medeni haklar ve yükümlülüklerle ilişkin yapılmış bir yargılama olarak kabul edilebilir.”⁷⁹ Bir yargılamanın medeni haklar ve yükümlülükler alanına dahil olup olmadığının belirlenmesinde iç hukukta bunun nasıl sınıflandırıldığı değil taraflar bakımından doğurduğu etki temel alınmalıdır. Bu çerçevede medeni haklar ve yükümlülüklerin tespitinde özel hukuka ilişkin davalar, zarar hesapları ve hükmün icrasını da kapsamaktadır. 6. maddenin uygulanabilmesi için hakkın iç hukuk tarafından tanınmış olması gerekir. Olmayan bir hakkın devlet tarafından verilmemiş olması devleti tazminat yükümlülüğü altına sokmaz. İç hukuk tarafından bir kısıtlama, bağışıklık ya da muafiyet uygulaması öngörülüş olduğunda, 6. madde uygulama alanı bulamaz”.*⁸⁰

⁷⁸ Loucaides, L. G. **a.g.m.**, 2003, s. 28.

⁷⁹ Cooper, Jonathan, “Procedural Due Process, Human Rights and the Added Value of the Right to a Fair Trial”, **Jud. Rev.**, 78, 2006, s. 79.; AİHM, Ringeisen v. Austria, 1972.

⁸⁰ Cooper, J., **a.g.m.**, s. 80.; AİHM., Powell & Rayner v. United Kingdom, 1990.

Şahsın hukukuna, eşya hukukuna, aile hukukuna, ticaret hukukuna, tazminat hukukuna, bir mesleğin yürütülmesine ya da bir mesleğin yürütülmesine ilişkin verilen lisanslara ilişkin uyuşmazlıklar medeni haklar alanına ilişkin uyuşmazlıklara örnek gösterilebilir⁸¹. Buna karşılık disiplin hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar ilgisinin mesleğine devam etmesine engel teşkil etmedikçe 6. maddenin uygulaması dışında olup, örneğin verilen cezanın ağırlığı dikkate alındığında uyarı ya da kınama cezası 6. madde uygulaması dışındadır.⁸² Bu noktada verilen cezanın ağırlığı da dikkate alınması gereken bir unsurdur. Ayrıca memurların terfilerine ilişkin uyuşmazlıklar, vergi uyuşmazlıkları, eğitim hakkına ilişkin, göçmenlerin statülerine ilişkin haklar özünde kamusal karakter taşıyan uyuşmazlıklar 6. maddenin uygulama alanı dışında kalır.⁸³ Ancak uyuşmazlığa ilişkin hak ya da borcun sırf kamu hukuku kuralları tarafından yürütülüyor olması bu hak ya da borcu medeni hak kavramı dışında bırakmayıp bu durumda hak ya da borcun ekonomik ve maddi yapısı da medeni haklar kavramı içine girip girmediği hususunda fikir verebilir.⁸⁴ Sonuçta medeni haklar kavramının sınırları somut olayın özellikleri ve yapılan yargılama bazında çözüme kavuşturulmalıdır.⁸⁵ Sosyal haklara, hakim maaşına ilişkin talep medeni haklar kavramı içerisinde, buna karşılık vergi indirimi ve hukuka aykırı vergilendirmeye talepler medeni haklar kavramı dışında değerlendirilmiştir.⁸⁶

⁸¹ Cooper, J., **a.g.m.**, s. 80.

⁸² Cooper, J., **a.g.m.**, s. 80. AİHM., H v. Belgium, 1987; AİHM, Stefan v. United Kingdom, 1998.; AİHM., Guchez v. Belgium, 1984.

⁸³ Cooper, J., **a.g.m.**, 2006, s. 81.

⁸⁴ Loucaides, L. G. **a.g.m.**, 2003, s. 28.

⁸⁵ Loucaides, L. G. **a.g.m.**, s. 29.; Brems, E., **a.g.m.**, 2005, s. 294.; AİHM, Engel a.o. v. Netherlands, 1975.

⁸⁶ Loucaides, L. G. **a.g.m.**, s. 27.; AİHM., Feldbrugge v. Netherlands, 1986.; AİHM., Lombardo v. Italy, 1992.; AİHM., Ferrazzini v. Italy, 2001.

2.2.2.2. Suçsuzluk (Masumiyet) ⁸⁷Karinesi

AİHS' nin 6. maddesine göre: “Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır”. Anayasanın 38. maddesinin 4. fıkrasına göre: “suçluluğu sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz”. Suçsuzluk karinesi zaman içerisinde bütün medeni devletlerin ortak değeri haline gelmiştir.⁸⁸ AİHM *Allenet de Ribemont v. France* davasında, başvurucu hakkında, işlenmiş bir cinayetin önde gelen tahrikçisi olduğu yönünde içişleri bakanı ve yüksek rütbeli polis şefleri tarafından yapılan açıklamaların başvurucunun adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu davada AİHM kişilerin ifade, haber alma ve verme özgürlüğünün varlığına işaret ettikten sonra bu özgürlüğün kişinin masumiyet karinesine zarar verecek şekilde kullanılmayacağını belirtmiştir.⁸⁹ AİHM, *News Verlas GmbH and Co.KG v. Austria* davasında, bir kişi hakkında yapılan ve bu kişiyi nazi, Hitler'in teröristi ve daha önce meydana gelmiş bombalı mektup olaylarının sorumlusu olarak gösteren yayınların durdurulmasına dair verilen kararın, başvurucu medya kuruluşu tarafından, basın ve ifade hürriyetinin ihlal edildiği iddia edilmiştir. AİHM tedbirin orantılı olduğunu belirttikten sonra, basının ceza yargılaması ile ilgili de olsa mahkeme işlemleri hakkında haber verebileceğini bunlar hakkında yorum yapabileceğini bu sayede aleni yargılama ilkesinin gerçekleşeceğini söyledikten sonra, yapılan yayınların bir kişi hakkında toplumda ön yargı oluşmasına neden olmaması gerektiğine işaret etmiştir.⁹⁰

⁸⁷ Terim sorunu hakkında bkz. Feyzioğlu, Metin “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, **AÜHFD**, 1999, s. 137.

⁸⁸ Feyzioğlu, M., **a.g.m.**, s. 135.

⁸⁹ Brems, E., **a.g.m.**, 2005, s. 305.; AİHM, *Allenet de Ribemont v. France*, 1995.

⁹⁰ Brems, E., **a.g.m.**, s. 314.; AİHM, *Verlag GmbH and Co.KG v. Austria*, 2000.

2.2.2.3.Silahların Eşitliği

Ceza davalarında olduğu gibi medeni haklarla ilişkili davalarda da silahların eşitliği adil yargılanma hakkının içinde düşünülmüş olup, silahların eşitliği ilkesi bakımından gereklilikler; ceza yargılamaları ve medeni yargılamalar bakımından farklılık gösterse de medeni yargılamalar bakımından tarafların en azından delillerini içerecek şekilde kendi davasını hazırlayabilmesi, diğer tarafla karşılaştırıldığında dezavantajlı bir durumda olmamasıdır⁹¹ Silahların eşitliği taraflar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin kurulmasını ve bütün yargısal faaliyet boyunca tarafların iddialarını, taleplerini, itirazlarını, delillerini mahkemeye sunabilmelerine imkan veren bir sistemi gerektirir(Adversarial Trial).⁹² Silahların eşitliği, yapılan işlemlerin ne manaya geldiğini anlayabilmeyi, makul bir zaman çerçevesinde dava için hazırlık yapabilmeyi, gerektiğinde hukuki yardım alabilmeyi, tanıkları sorgulamayı ya da sorgulatabilmeyi, gerekiyorsa bir tercümanın yardımından yararlanabilmeyi de içermektedir.⁹³ Ayrıca tarafların mahkemeye sunulan delillerin varlığı, içeriği ve güvenilirliği konusunda makul zaman içerisinde, uygun bir usule bağlı olarak, gerekiyorsa yazılı biçimde önceden düşüncelerini ve taleplerini mahkemeye iletebilme imkanına sahip olmaları gerekir.⁹⁴ Silahların eşitliği ilkesi sanığa, iddia makamı ile arasındaki dengenin kurulması bakımından kendi tayin ve tespit ettiği uzmanlardan/bilirkişilerden yararlanma imkanı vermez⁹⁵ Silahların eşitliği ilkesi şüpheli/sanık ile Savcı arasında bir eşitliğin değil bir dengenin sağlanması

⁹¹ Cooper, J., **a.g.m.**, 2003, s. 82.; Brems, E., **a.g.m.**, s. 296.; AİHM, *Dombo Beheer B. V. v. Netherlands*, 1993.

⁹² Cooper, J., **a.g.m.**, 2003, s. 86.;

⁹³ Cooper, J., **a.g.m.**, s. 87.

⁹⁴ Loucaides, L. G. **a.g.m.**, 2003, s. 38.

⁹⁵ Loucaides, L. G. **a.g.m.**, s. 38.; AİHM, *Korellis v. Cyprus*, 2003, s. 38.

anlamına gelmektedir.⁹⁶ AİHM, Wynen v. Belgium davasında, yerel mahkemede görülen ceza davasında bir tarafa belli bir zaman geçtikten sonra cevap layihası verme imkanını ortadan kaldırırken, diğer tarafa bu tür bir zaman sınırlaması getirmeyen düzenlemeyi silahların eşitliği ilkesine aykırı bularak 6. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.⁹⁷

2.2.2.4.Tanıkları Sorgulama/Sorgulatma Hakkı

AİHS'nin 6. maddesine göre: sanık “İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek” hakkına sahiptir. AİHM, Luca v. Italy davasında yerel mahkeme tarafından verilen hükmün, sanık tarafından sorgulanma imkanı verilmeyen tanıkların beyanlarına dayandırılmasını 6. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.⁹⁸ Bu hak gizli tanık kullanılması durumunda gizli tanık kullanılmasına imkan veren düzenleme ile çatışma içerisine girmektedir. Gizli tanık kullanılması örneğin kolluk tarafından muhbirlerin kullanılabilmesi, tanığın kendisinin ve ailesinin güvenliği bakımından gerekli olabilmektedir. AİHM Doorson v. Netherlands davasında, hükmün sadece gizli tanığın beyanlarına dayandırılmış olmasının kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre bireylerin hayatları, özgürlükleri ve kişisel güvenlikleri tehlike altında olabilir. Bu durumda bu kişiler bakımından örneğin AİHS'in 8. maddesinde öngörülmüş olan güvencelerin işletilmesi gündeme gelebilir. Bu durumda haklar arasında dengenin kurulması gerekmektedir. Ancak böyle bir durum olsa dahi hükmün sadece gizli tanığın beyanlarına ya da gizli tanığın toplamış olduğu

⁹⁶ Veli Özer Özbek-Pınar Bacaksız-Koray Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2007. s. 25.

⁹⁷ Brems, E., **a.g.m.**, 2005, s. 305.; AİHM, Wynen v. Belgium, 2002.

⁹⁸ Brems, E., **a.g.m.**, 2005, s. 309.

delillere dayandırılmış olması 6. maddenin ihlali anlamına gelmektedir.⁹⁹ AİHM tarafından daha sonra görülen Van Mechelen v. Netherlands davasında mahkeme böyle bir sınırlamanın uygulanmasının gerçekten gerekli olmasını aramıştır. Başka bir tür yöntemle problemi aşmanın mümkün olduğu durumlarda gizli tanık kullanılması yoluna başvurulmamalıdır. Gizli tanıkların polis olmalarına ise çok istisnai durumlarda imkan verilmelidir.¹⁰⁰

2.2.2.5. Hukuki Yardım Alabilme Hakkı

AİHS'nin 6. maddesinde gösterilen haklar, sözleşmenin diğer maddelerinde gösterilen haklar bakımından olduğu gibi, teorik düzeyde, sadece yazıda kalmamalı fonksiyonel ve etkili olmalıdır. Ceza yargılamasında olduğu gibi medeni yargılama da da gerektiğinde kişilerin hukuki yardımdan yararlanabilmesi gerekir. Örneğin AİHM McLibel davasında, başvuruçuların, çok karışık olan uyuşmazlığın çözüldüğü yerel mahkemede, hukuki yardımdan yoksun kalmalarını 6. maddenin ihlali olarak görmüştür. Bu davada başvuruçular McDonald's firması tarafından dava edilmişlerdir. Yerel mahkemede McDonald's firmasının hukuk ekibi karşısında, avukat tutmak için yeterli maddi imkanları bulunmayan başvuruçuların kendilerini savunmak durumunda kalmaları hukuka uygun bulunmamıştır.¹⁰¹ Buna karşılık McVicar v. United Kingdom davasında çok kompleks bulunmayan yerel mahkemede davada başvuruçunun hukuki yardımdan yoksun olması 6. maddenin ihlali olarak görülmemiştir.¹⁰² Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nde hukuki yardımın alınabilmesi bakımından uyuşmazlığın ceza yargılaması ya da medeni yargılamaya ilişkin olması

⁹⁹ Brems, E., **a.g.m.**, s. 317.; AİHM, Eorson v. Netherlands, 1996.

¹⁰⁰ Brems, E., **a.g.m.**, s. 318.; AİHM, Van Mechelen v. Netherlands, 2002.; AİHM, P.S. v. Germany, 2001.

¹⁰¹ Cooper, J., **a.g.m.**, 2006, s. 87.

¹⁰² Cooper, J., **a.g.m.**, s. 87. McVicar v. United Kingdom., 2002.

bakımından bir ayırım gözetilmemiştir. Ceza yargılamasındaki hukuki yardımın gerekleri ile medeni yargılamadaki hukuki yardımın gerekleri arasında farklılık bulunabilir. Yargılama medeni yargılamaya ilişkin olsa da uyuşmazlığın özellikleri, karışıklığı, kişinin kendisini yeterli şekilde temsil edemeyeceğinin, kendisini yeterli düzeyde savunamayacağını anlaşılmaması durumunda kişinin hukuki yardımdan yararlanması gerekmektedir.¹⁰³

2.2.2.6.Mahkemeye Başvurabilme Hakkı

Mahkemeye başvurabilme hakkı, adil yargılanma hakkı kavramının içerisinde düşünülmüştür. Bu hak mutlak bir hak değildir. Meşru bir amacı gerçekleştirmek ve orantılı olmak ve özüne dokunulmamak şartıyla sınırlandırılabilir. Zamanaşımı süreleri kabul edilebileceği gibi, sırf zarar vermek amacı ile hareket etmek isteyen davacıların önüne geçilmek için çeşitli düzenlemeler öngörülebilir. Bir kısım masrafların güvenceye bağlanması da mahkemeye başvurmayı engelleyici bir rol oynayabilir bu nedenle bu konuda dikkatli ve özenli davranılması gereklidir. Taraflar mahkemeye başvurmak yerine bu haklarından çözümün tahkim yolu ile çözülmesi yönünde vazgeçebilirler. Bu durumda vermiş oldukları bu kararın özgür iradelerinin ürünü olması gereklidir. Muafiyet ve bağışıklıklar sınırlı durumlar için hukuka uygun kabul edilebilir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri Konsololuğunda cinsel ayrımcılığa uğradığını iddia eden başvurucunun başvurusu, diplomatik bağışıklık bulunması durumunda 6. maddenin ihlal edilmiş sayılmayacağı gerekçesi ile reddedilmiştir.¹⁰⁴ Buna karşılık bir parlamenterin kamusal görevi dışındaki söz ve beyanlarının yasama dokunulmazlığından

¹⁰³ Cooper, J., **a.g.m.**, s. 91.

¹⁰⁴ Cooper, J., **a.g.m.**, 2006, s. 82.; Fogarty v. United Kingdom, 2001.; AİHM., Al Adsani v. United Kingdom, 2002; Loucaides, L. G. **a.g.m.**, 2003, s. 38.; AİHM, Korellis v. Cyprus, 2003.; AİHM, Ashingdane v. UK, 1985.

yararlanması orantısız ve 6. maddenin ihlali olarak görülmüştür.¹⁰⁵ Yargısal işlemlerin hakkaniyete uygun, aleni ve hızlı karakteri, ortada yargısal işlem bulunmadığı yani mahkemeye başvurma olanağı bulunmadığı takdirde hiçbir değer taşımamaktadır.¹⁰⁶ Osman v. UK davasında soruşturma evresinde kolluk görevlisine bağışıklık tanınması, başvuru hakkının orantısız bir biçimde kısıtlanması olarak nitelendirilmiştir.¹⁰⁷ Mahkemeye göre bu tür bir sınırlandırmanın gerekçesi sınırlandırmanın zorunlu olduğunu haklı çıkarabilecek nitelikte olmalıdır. Yani hakka müdahale genişledikçe bunun zorunlu olduğuna dair gerekçe de o ölçüde sağlam olmalıdır.¹⁰⁸ Yasama organının görülmekte olan davanın sonucunu etkileyecek ve geçmişe etkili olacak şekilde yasama faaliyetinde bulunması 6. maddenin ihlali manasına gelmektedir.¹⁰⁹

2.2.3. Değerlendirme

Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinin ya da bu hakka müdahale edildiğinin iddia edilebilmesi için gerekli olan öncelikli şart, yapılan yargılamanın kişinin kendisine yöneltilmiş bir suçlamanın çözümüne ilişkin olmasıdır. Bir başka anlatımla gizli soruşturma usullerine başvurulabilmesi için yapılan soruşturmanın bir suç soruşturmasına ilişkin olması gerekir. Suç soruşturması dışında gizli soruşturma usullerine başvurulamayacağından gizli soruşturma usulleri kapsamında yapılan işlemlerin adil yargılanma hakkı bakımından denetimi mümkün ve gereklidir. Suç soruşturması dışında gizli soruşturma usullerinin uygulanmış olması adil yargılanma hakkının ihlali kapsamında değil ve fakat özel hayatın gizliliği hakkının ihlali kapsamında değerlendirilmelidir.

¹⁰⁵ Cooper, J., **a.g.m.**, s. 86.; AİHM., De Jorio v. Italy, 2005,

¹⁰⁶ Cooper, J., **a.g.m.**, s. 83.; AİHM., Golder v. United Kingdom, 1975.; Loucaides, L. G. **a.g.m.**, s. 38.; AİHM, Korellis v. Cyprus, 2003.

¹⁰⁷ Loucaides, L. G. **a.g.m.**, s. 38.; AİHM, Korellis v. Cyprus, 2003. s. 41.; AİHM, Osman v. UK, 1998.

¹⁰⁸ Brems, E., **a.g.m.**, 2005, s. 322.; AİHM, A. v. United Kingdom, 2002.

¹⁰⁹ Brems, E., **a.g.m.**, s. 84.; AİHM., Kastelic v. Croatia, 2003.

Disiplin soruşturmaları kapsamında gizli soruşturma usullerine başvurulması ilgilinin meslekten çıkarılması ile sonuçlandığı taktirde adil yargılanma hakkının ihlali kapsamında değerlendirilmektedir. Diğer disiplin cezaları bakımından ise özel hayatın gizliliği hakkının ihlali söz konusu olacaktır.

Suçsuzluk karinesi esas olmakla birlikte kuvvetli şüphelerinin mevcut olması halinde gizli soruşturma usulleri uygulanabilmekte, şüpheli sıfatını haiz bir kişi hakkında Anayasa ve diğer kanunlar ile AİHS'nde sağlanan güvencelerin etkisini azaltan ya da ortadan kaldıran bir kısım tasarruflarda bulunulabilmektedir. şüpheliye hukuki yardımdan yararlanma hakkı tanınmaması ya da hakkındaki sulamının bildirilmesi bu duruma örnek gösterilebilir. Susuz bir kişinin haklarının kısıtlanması ya da ortadan kaldırılması dşnlemiyorsa suçsuz sayılan bir kişinin haklarının da kısıtlanması ya da ortadan kaldırılması düşünülemez. Bu haliyle hukuken tanınan bir hakkın kısıtlanması ya da ortadan kaldırılması suçsuzluk karinesi ile çelişmektedir.

Hakkında herhangi bir gizli soruşturma usulü uygulanan şüpheli hakkındaki suçlamayı, mevcut delillerin neler olduğunu bilmemekte, hukuki yardım alamadığı gibi yapılan işlemden tamamen habersiz bir şekilde hareket etmektedir. Silahların eşitliği ilkesi kapsamında denge şüpheli aleyhine bozulmaktadır.

Tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek hakkına sahip olan şüpheli, yürütülen soruşturma kapsamında gizli

soruşturmacının kimliğinin gizlenerek tanık sıfatı ile dinlenmesi ya da gizli soruşturmacı hakkında gizli tanıklık hükümlerinin uygulanması durumunda olağan şartlarda sahip olduğu hakların sınırlandırıldığı bir ortam içerisinde bulunmaktadır. Kimliklerinin ya da kimlikleri ile birlikte yüzleri gizlenen kişilerin beyanlarının doğruluğu hususundaki şüphe derecesinin arttığını ifade etmek haksız değildir. Gizli soruşturma usulleri izah edilen örnekte olduğu gibi adil yargılanma hakkının bu unsuru ile de çelişebilmektedir.

Olağan şartlarda şüpheli sıfatı ile ifadesi alınan kişiye talebi üzerine ya da re'sen hukuki yardım sağlanmaktadır. Şüphelinin müdafii isnat edilen suç hakkında şüpheli ile görüşebilmekte, onu aydınlatmakta ve savunmasına yardımcı olmaktadır. Gizli soruşturma usulleri uygulandığında ise ortada yapılan işlemlerden habersiz ve fakat beyanda bulunan ya da görüntüleri kaydedilen kişiler mevcuttur.

Şüpheli hakkında uygulanan bir kısım soruşturma işlemlerinin hukuka uygun olup olmadığı hususunda mahkemeye başvurma hakkına sahiptir. Örneğin gözaltına alınan kişi gözaltı işlemine karşı Sulh Ceza Hakimi'ne başvurabilir. Buna karşılık gizli soruşturma usulleri kapsamında yapılan işlemlere karşı şüphelinin mahkemeye başvurma imkanı bulunmamaktadır.

Gizli soruşturma usullerinin uygulanması halinde izah edilen hak ve ilkelere bağlanan bir takım sonuçlardan vazgeçilmesi suçun ortaya çıkarılabilmesinden doğan yararın somut durumda üstün tutulması ile izah edilmektedir. Hukuki güvenlik içerisinde yaşamak demokratik bir hukuk

devletinde her birey için tanınmış bir hak olduğu gibi, toplumun barış ve huzur içerisinde yaşamasının ve ilerlemesinin de bir koşuludur. Adil yargılanma hakkının hukuka aykırı bir şekilde sınırlandırılması toplumun adaletle olan güvenini ve saygısını azaltacak süreklilik arzemesi halinde yok edecektir. Bu sebeple gizli soruşturma usullerine hukuken öngörülen şartlar dahilinde ve son çare olarak başvurulması, adil yargılanma hakkının ölçsüz şekilde sınırlandırılmasına yol açmayacak şekilde uygulanması gerekmektedir. Diğer yandan amacı dışında uygulanan gizli soruşturma usullerinin toplumda adil bir yargılamanın yapıldığına dair inancı yok edici etkiye sahip olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

2.3. Özel Hayatın Gizliliği

2.3.1. Kavram

Tarihsel süreç içerisinde gelişerek evrensel düzeyde kabul gören ve modern çağın en önemli haklarından olan gizlilik hakkı, insan onuru, toplanma özgürlüğü, ifade özgürlüğü gibi diğer temel hak ve değerlerin dayanağını oluşturmakta gizlilik hakkı ile alakalı olarak hemen hemen bütün ülkelerin anayasalarında düzenlemeler bulunmaktadır.¹¹⁰ Avrupa Komisyonunun 1976 yılında yaptığı tanımlamaya göre özel hayatın gizliliğine saygı hakkı, bir kişinin arzu ettiği ve aleniyetten uzak bir şekilde yaşama hakkı olup, aynı zamanda kişinin belli derecede diğer kişilerle, kişiliğini geliştirme ve tamamlama amacıyla, özellikle duygusal boyutta, ilişki kurma ve geliştirme hakkını da kapsar.¹¹¹ “Bir görüşe göre: kişinin hayatında üç çerçeve çizilmelidir: bunlar “gizli hayat”, “özel hayat” ve “kamusal hayat”tır. İnsanların üç maskesi, üç hayatı vardır. Sokağa

¹¹⁰ EPIC and Privacy International, **a.g.e.**, s. 1

¹¹¹ EPIC and Privacy International, **a.g.e.**, s. 7.

çıktıklarında kamusal hayatları, evlerine gittiklerinde özel hayatları, yatağa girdiklerinde gizli hayatları söz konusu olur."¹¹² Gizlilik hakkı ile ilişkili olarak yapılan bir diğer değerlendirmeye göre mahremiyet, anonimlik ve yalnızlık unsurlarını içeren gizlilik hakkı, bireyin kutsal olan kişiliğini, bağımsızlığını, onurunu ve bütünlüğünü korumakta, özgür ve demokratik bir toplumda bireyin özerkliğinin sağlanmasına bu çerçevede kişinin özel hayatına, aile hayatına ve işlerine fiziksel ya da bu alanlara ait bilgilerin açıklanması şeklindeki, kamusal ya da özel kişi ya da kuruluşlardan gelecek müdahalelerin engellenmesine hizmet etmektedir.¹¹³

Özel hayatın gizliliği hakkı ile kişinin suç ya da kabahat teşkil etmeyen ve yasal olarak herhangi bir usulle cezalandırılması mümkün olmayan kişisel tercihlerinden ötürü de kınanamaması, şöhretine, itibarına, bir zarar verilememesi koruma altına alınır. Kişinin davranışı hukuk düzeni bakımında suç, kabahat, ya da disiplin cezası gerektirmeyen bir eylem olarak değerlendirilmesine rağmen kişinin söz konusu kabul edilmiş güncel değerler ölçeğinde kişiye utanç verebilir. Söz konusu eylemin ifşası kişiyi şöhretine, itibarına zarar verebilir, toplumun diğer üyeleri nezdindeki değerini düşürebilir. Kişinin hukuk bakımından çizilmiş olan bu serbest alanda yapmış olduğu kişisel tercihlerine ait bilgi toplumun diğer üyelerine karşı gizlidir ve bu bilgilerin akıbetinin ne olacağına kararını kişinin kendisi verme hakkına sahiptir.

Toplumun bir parçası olarak birey sosyal yönü nedeniyle grup tarafından kabul görmek ister buna karşılık alay konusu olmak, dışlanmak ve saldırıya maruz

¹¹² Hafizoğulları, Zeki "İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması", **AÜHFD**, 1997, s. 32.

¹¹³ EPIC and Privacy International, **a.g.e.**, s. 2.

kalmaktan korkar.¹¹⁴ Bu ve benzeri sebeplerle kişinin özel hayatına ilişkin bilgilerinin kendi terciğine bağlı olarak gizli kalması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Şu an itibarıyla kişilerin aklından geçenleri okuyabilmek mümkün değildir ancak bunları anlayabilmek için başka yöntemler vardır. Şöyle ki; belirli bir kişinin günlüklerini, belgelerini incelemek, bu kişiye ait bilgileri toplamak, bu kişinin görüşmelerini, ilişki kurduğu kişileri tespit etmek, bu kişiyi izlemek, görüntülerini kayda almak bu kişinin profilini, tercihlerini, yaşam tarzını gösterebilir.¹¹⁵ Kişisel verilerin elde edilmesi ve saklanmasıyla ilgili olarak kötüye kullanımının önüne geçilebilmesi amacıyla, değişik yargı sınırları içerisinde bulunan çeşitli hukukçular, aşağıda sayılan unsurların kişinin özel hayatı kapsamında olduğunu ve korunması gerektiğini ortaya koymuş olup bu unsurlar: doğum kontrol ilaçlarının satışı ve kullanımı, kürtaj, eşcinsellik, aynı cinsiyete ait kişilerin evliliği, pornografik yayınlara erişim, bir kişinin kendi evinde uyuşturucu kullanması, kişinin kendi kendisini suçlamasını reddetmesi, ötenazi, yüksek sesten ve eve giren kötü kokulardan korunma, bir kişinin onurunun korunması, babanın çocuğun doğumunda etki/yetki sahibi olmasıdır.¹¹⁶ Özel hayatın gizliliği kapsamında bulunduğu iddia edilen unsurlar sınırlı sayıda değildir ve toplumdan topluma değişebilir. Özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilmesinde tartışma bulunmayan haberleşme ya da konut dokunulmazlığının yanında eşcinselliğin özel hayatın gizliliği kapsamında bulunup bulunmadığı tartışmalıdır.

İnsanın ruhsal yapısının tanınmasıyla, acının, mutluluğun sadece fiziksel varlıklardan değil, fiziksel olmayan varlıklardan da kaynaklanacağı kabul edilerek, duyguların, hislerin ve aklın da korunma ihtiyacı doğduğu kabul edilmiş,

¹¹⁴ Griffin, James, "The Human Right To Privacy", **San Diego L. Rev.**, 44, 2007, s. 700.

¹¹⁵ Griffin, J., **a.g.m.**, s. 701.

¹¹⁶ Griffin, J., **a.g.m.**, s. 703.

zamanla hakların kapsamı ve boyutları genişlemiştir.¹¹⁷ Kişi hak ve hürriyetlerine çeşitli sebeplerle sınırlandırma getirilebilmektedir. Özel hayatın gizliliği hakkı bakımından müdahalede kamu yararının bulunmadığı alan gizli kalması gereken alandır. İnsanın acılarının, mutluluğunun, yaşamdan duyduğu tatminin sadece bir kısmının maddi şeylerle ölçülebilir olduğu nazara alındığında kişinin inançlarının, düşüncelerinin, ruh halinin, hassasiyetlerinin, mutluluğu ve yaşamdan duyduğu tatmin bakımından ölçü olduğunu kabul etmek gerekir.¹¹⁸ Ansızın çekilen fotoğraflar, yazılı ve görsel basın, görüntü ve ses kaydeden cihazlar kişilerin özel hayatlarını tehdit eder bir boyut almış, özel hayata vaki tecavüzler bazen fiziksel müdahalenin doğurabileceğinden fazla duygusal rahatsızlık ve acı duyulmasına neden olmuştur.¹¹⁹ Özel hayatını ilgilendiren hususlarda kişinin kendisinin karar vermesi kişinin kendisini gerçekleştirmesine ve topluma faydalı olmasına, aksi bir durum ise kişinin topluma yabancılaşmasında, huzursuzluk ve mutsuzluk yaşamasına neden olmaktadır.¹²⁰ Gizlilik hakkı, kişinin kendisine ait yüzün kamusal tarafını kontrol edebilme hakkıdır.¹²¹

Diğer bir görüşe göre: toplum insan haklarını sadece kapsayıcı tek bir değere(örneğin özgürlük) dayanarak başarılı bir şekilde koruyamayacağından insan haklarını oluşturan unsurlar hakkında düzenlemelere ve açıklamalara ihtiyaç olup bunlar: kişinin verisel gizlilik hakkı, haberleşmesinin gizliliği, günlüklerinin, belgelerinin gizliliği, inançları, ilişkileri vs. olabilir.¹²²

¹¹⁷ Warren, Samuel- Brandeis, Lous D.,“The Right To Privacy”, **Harvard Law Review**, 1890, s. 2

¹¹⁸ Goldman, L., **a.g.m.**, s. 618.

¹¹⁹ Warren, S.- Brandeis, L. D. **a.g.m.**, s. 3.

¹²⁰ Goldman, L., **a.g.m.**, s. 619.

¹²¹ Whitman, James Q., “The Two Western Cultures of Privacy”, **113 Yale Law Journal**, 2003-2004. s. 1168.

¹²² Griffin, J., **a.g.m.**, 2007, s. 717. Bu yazara göre şu an gizlilik kavramı altında incelenen kürtaj, doğum kontrol ilaçlarının kullanılması, homoseksüel ilişki, pornografi, cinsiyeti aynı olan kişilerin evlenmesi, ötenazi özgürlük kavramı altında incelenmelidir. s. 717.

Bir kişinin yazmış olduğu bir eserin çoğaltılması, hukuka aykırı bir şekilde yayınlanması durumunda fikri mülkiyet haklarının korunması gündeme gelebilecektir. Fakat özel hayatın gizliliğinin korunması söz konusu olduğunda korunan kişinin şerefi, itibarı ya da fikri mülkiyet hakkı değildir. Bu yüzden korumanın konusu değersiz bir mektup, acemice meydana getirilmiş eser, ya da eşi ile olan kavgası olabilir.¹²³ İhlalin konusunun değerli ya da değersiz olması önem taşımadığı gibi, ihlal edenin iyi niyetli ya da kötü niyetli olması ayrıca örneğin anlatılan meselenin doğru olması da sonucu değiştirmez. Hukuka uygun bir şekilde ele geçirilmiş bir bilgi, görüntü vs.'ye aleniyet kazandırılması da ihlaldir. Kişinin özel hayatında başkaları tarafından bilinmesini istemediği, diğerleri tarafından öğrenildiğinde utanç, üzüntü, aşağılanmışlık, değersizlik, suçluluk hisleri duyabileceği, toplumun geneli tarafından kabul görmeyecek cinsten suç teşkil etmeyen ancak ahlaki de kabul edilemeyen, görgü kurallarına uygun olmayan, eylemleri, düşünceleri, ya da alışkanlıkları olabilir.¹²⁴ Kişinin bu tür yönleri özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında olduğu gibi ahlaki, toplumun geneli tarafından kabul görecektir ve takdirle karşılanabilecek, görgü kurallarına tamamen uygun eylem, düşünce ve alışkanlıkları da özel hayatın gizliliği kapsamındadır. Özel hayatın gizliliği ile kişinin kendi dünyasında kimsenin müdahalesiyle karşılaşmaksızın güven ve huzur içinde yaşayabilmesi korunmaktadır.

2.3.2. Gizlilik Hakkının Nispiliği

Kişinin gizli kalmasını istediği şeyler, kural olarak, diğer kişilerin bildiği

¹²³ Warren, S.- Brandeis, L. D., **a.g.m.**, 1890, s. 4.

¹²⁴ E. Şen, **a.g.e.**, s. 31.

taktirde, bilgisi ifşa olunan kişinin zarar göreceğini düşündüğü, toplum nezdindeki itibarının, değerinin, saygınlığının azalacağını düşünüldüğü şeylerdir. Gizliliğin ne olduğu kişi tarafından değil toplumun geneli tarafından belirlenir. Kişinin yararı, ifşa halinde görme ihtimali bulunan zarara maruz kalmamaktan doğan yararadır. Gizlilik hakkı açıklanması zor bir kavram olmakla birlikte nispi özellik göstermektedir. Aleni şekilde tuvalet ihtiyaçlarını gideren; az da olsa cinsel ilişkiye giren toplumlardan bahsedilmiştir.¹²⁵ Gizlilik kavramının içerisinde ne şekilde doldurulacağı hususu toplumdaki topluma değişiklik göstermektedir. Örneğin Amerikalılar gizliliği ikametın kutsallığı merkezinden düşünürken, Arupalılar kişinin toplumdaki görüntüsünü merkeze almaktadırlar.¹²⁶

2.3.3. Özel Hayatın Gizliliği'nin Unsurları

Gizlilik hakkı, kişisel verilerin gizliliği(kredi, banka, tıbbi kayıtlar ve kamusal kayıtlar), vücut bütünlüğü(kişilerin fiziksel olarak genetik, uyuşturucu testlerine ya da genital muayeneye tabi tutulması), haberleşmenin gizliliği(telefon, posta, e-posta ya da diğer haberleşme yöntemlerinin müdahaleden korunmasını), mülki gizlilik olmak üzere birbiriyle yakından ilişkili dört başlık altında incelenebilir.¹²⁷

2.3.3.1. Kişisel Veriler

Çağımızda bilgi teknolojilerinin gelişmesi ile edinilen ve saklanan bilgi ekonomik, sosyal, kültürel ve politik açıdan çok büyük önem arz etmektedir. Fransız filozof Michel Foucault'un ifade ettiği gibi bilginin istihbarı¹²⁸ amaçlı ve

¹²⁵ Whitman, J. Q. **a.g.m.**, 2003-2004, s. 1153.

¹²⁶ Whitman, J. Q. **a.g.m.**, s. 1162.

¹²⁷ EPIC and Privacy International, **a.g.e.**, s. 3.; Dirk(Ed.) Ehlers, **European Fundamental Rights and Freedoms**, Berlin, 2007, s. 406.

¹²⁸ Bilginin sistematik ve maksatlı olarak toplanması, sınıflandırılması, düzeltilmesi, analiz

stratejik olarak kullanımı toplumu kontrol etmenin araçlarından¹²⁹ Günümüz devletleri istihbarat faaliyeti açısından sıradan bir insanın gündelik hayatını kolaylıkla gözler önüne serebilecek düzeydeki gelişmişlikleri ile geçmişteki totaliter devletleri açık ara geride bırakmışlardır.¹³⁰ Böyle bir ortamda kişilerin kendi hayatlarını yaşayabilecekleri çok dar bir alan kalmaktadır.¹³¹ Data bilginin dijital ortama aktarılarak saklanabilir, ulaşılabilir ve aktarılabilir şekilde getirilmesi, dataveillance (dataveillance) bir kişi hakkındaki tüm elektronik kayıtların bu kişinin aktivitelerini takip etmek için sistematik olarak kullanılmasıdır.¹³² Kişisel veri ise bir kişi ile ilgili o kişiye ait olduğu belirli ya da belirlenebilir her türlü veridir.¹³³ Avrupa Birliği Kişisel Verileri Koruma Direktifindeki ana prensipler: kişisel verinin nerede saklandığını bilme hakkı, yanlış veriyi değiştirme hakkı, hukuka aykırı işleme tabi tutma durumunda başvuru hakkı, belli durumlarda verinin kullanılmasına izin vermeme hakkı olup, direktif, kişisel verilerin korunmasına ilişkin özellikle, sağlık, cinsel hayat, dini ve felsefi inançlar alanlarında güçlendirilmiş düzenlemeler ihtiva etmektedir.¹³⁴

Günümüzde uzaya yerleştirilen uydular sayesinde 30 cm lik bir alandaki ayrıntıları yakalayacak kalitede fotoğraflar çekilebilmekte, termal ve kızılötesi teknolojisi ile gece görüş sağlanabilmekte, ısı değişikliklerine bağlı yer tespiti yapılabilmekte, çekilen fotoğraflardaki işe yarayan kısımdan fazlası çıkartılıp işe yarayan kısmın dijital teknoloji ile ayrıntılarına inilebilmekte, deniz altlarında

edilmesi, yorumlanması ve korunması faaliyeti. Reg. Whitaker, **The End Of Privacy**, New York, 1999., s. 5.

¹²⁹ R. Whitaker, **a.g.e.**, s. 1.

¹³⁰ R. Whitaker, **a.g.e.**, s. 2.

¹³¹ Eberle, Edward J., “The Right to Informational Self-Determination”, **Utah Law Review**, 2001, s. 795.

¹³² R. Whitaker, **a.g.e.**, s. 2.

¹³³ Hert, P. De **a.g.m.**, s., 75.

¹³⁴ EPIC and Privacy International, **a.g.e.**, s. 10.

sessizce dolaşan denizaltılar takip edilebilmekte, gürültünün arasından seçilen hedefin yaptığı bir konuşma gürültünün içerisinde çekip çıkarılabilmekte ve kaydedilebilmektedir.¹³⁵ İnternet üzerinden yapılan gizli denetim sadece e-mailerin, görüşmelerin dinlenmesi, açılıp okunması düzeyinde kalmamakta, black box adı verilen yazılımlar sayesinde kişilerin internette yaptığı her işlem ve girdiği her site takip edilebilmekte, key logger programları ile bu nitelikteki bir programın o bilgisayar kullanılmak suretiyle ya da internet üzerinden yüklenmesi vasıtasıyla bilgisayar kullanıcısının bastığı her tuş kayıt edilebilmektedir.¹³⁶

Kişisel verilerin toplanmasının arkasında yatan nedenin toplumun kontrol altında tutulması düşüncesi olduğunu savunulmuştur. Bu yaklaşım şu şekilde özetlenebilir: “*Panopticon daha sonra Fransız düşünür Michel Foucault'un da ilgilendiği, Jeremy Bentham'ın önermiş olduğu hapisanenin mimari şekline verilen isimdir. Buna göre en içte dairesel bir konumda denetleyen kişinin bulunduğu bir kule vardır, bunun dış kısmında her bir mahkumun kaldığı hücreler yer almaktadır, denetleyen kişi mahkumları görür ancak mahkumlar onu göremezler, her bir mahkuma yapması gereken talimatlar diğerlerinin duymayacağı şekilde kurulmuş sistem ile verilir, mahkumlar baktıklarında kulede kendilerini gözetleyen belli belirsiz bir silüet görebilirler, yani denetleyen kişi mahkumları görür ancak mahkumlar denetleyen kişiyi göremezler, denetleyen kişi, gündüz gece herhangi bir zamanda talimat verdiği için, mahkumlar her an gözetlendiklerini ya da gözetlenebileceklerini düşünürler, sürekli gözetlendiğini düşünmek sürekli gözetlenmekten daha kontrol edici bir işleve sahiptir. Sürekli gözetlendiğini düşünen mahkumlar kurallara kendiliğinden uymaya başlar ve*

¹³⁵ R., Whitaker, a.g.e., s. 15.

¹³⁶ EPIC and Privacy International, a.g.e., s. 37 vd.

*daha sonra bu kuralları içselleştirirler. Bu Şekilde oluşturulan sistemle kişilerin zorlama olmadan itaat edeceği fikri ortaya atılmıştır.*¹³⁷

Gizli dinleme faaliyetleri güvenlik ve istihbarat faaliyetlerinin başlıca öğeleri olmuşlardır. Hiçkimse bir diğerinin zihninden geçenleri okuyamamakta ancak kişilerin amaçları, niyetleri ve ne yapacakları hakkında önemli ölçüde bilgi, özellikle bu haberleşmenin özel(gizli) olduğuna tarafların inandığı durumlarda, gizli dinlemeler sayesinde elde edilebilmektedir.¹³⁸ Çağımızda yaygın olarak kullanılan kredi kartları, bankamatik kartları gibi kartlar sayesinde bir kişinin nerede bulunduğu, nereden alışveriş yaptığı ve neleri aldığı gibi, alışkanlıkları, tercihleri, seyahat rotası ve bilgileri, nerede konakladığı gibi bilgiler de tespit edilebilmektedir. Bunun gibi internet üzerinden yapılan yazılı, sesli ve görüntülü görüşmeler tespit edilebilmekte, herhangi bir kişinin hangi sitelere girdiği, hangi reklamları kliklediği, hangi ürünleri sipariş verdiği, hangi haber sitelerine abone olduğu, kimlerle görüştüğü gibi bilgiler de elde edilebilmektedir.

Bu ve burada sayılmayan kişisel verileri yan yana getirerek topladığımız zaman sanal kişiliği karşımızda görebiliriz. Sanal kişiliğe ait bilgilere bir bilgisayar ekranından ulaşan kişinin bu kişinin ne yapacağını ya da ne yapmayacağını tahmin etmesi bu kişinin kendisinden daha kolay olduğunu söylemek çok da abartılmış bir düşünce değildir. Bu şekilde oluşturulan veritabanında yer alan bir kişinin özel hayatı kalmamıştır.

Kişisel veriler kişinin özel hayatının bir parçasıdır. Bu nedenle özel hayatın

¹³⁷ R., Whitaker, **a.g.e.**, s. 32-33.

¹³⁸ Eberle, E., J. **a.g.m.**, s. 965.

gizliliği hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Kişisel verilerin korunması bakımından çeşitli yasal düzenlemelerdeki farklılıklar bir yana tamamında ortak olan şartlar şunlardır: kişisel veriler, hakkaniyete ve hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş olmalı, sadece belirlenmiş amaç için kullanılmalı ve bu amaç dışında kullanılmamalı, belirlenen amacı aşmamalı, bu amaç ile ilgili ve amaç için yeterli olmalı, veriler doğru ve güncel olmalı, sujeye açık olmalı, güvenli şekilde muhafaza edilmeli ve amacı gerçekleştirdikten sonra imha edilmelidir.¹³⁹ Kişisel veriler Anayasa ve AİHS'nin 8. maddesinin koruması altındadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının dokuzuncu bölümünde “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” başlığı altında 132. maddesinde “haberleşmenin gizliliğini ihlal”, 133. maddesinde “kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması”, 134. maddesinde “özel hayatın gizliliğini ihlal”, 135. maddesinde “verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme”, 138. maddesinde “verileri yok etme” suçları düzenlenmiştir. Özel ya da kamusal kişi ya da kuruluşlardan kaynaklanabilecek hukuka aykırı müdahale ve tecavüzlere karşı koruma sağlaması öngörülen ceza hükümlerinin özel hayatın gizliliği hakkının gerçekleştirilmesi açısından yeterli değildir. Telekomünikasyonun denetlenmesi ya da teknik araçlarla takip usulünün uygulanması için nasıl kural olarak hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahkeme kararı gerekiyorsa, herhangi bir kişinin kişisel verilerine ulaşan bir kişinin hakim ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının kararı olmadan bu bilgilere ulaşabilmesi mümkün olmamalı ya da kişisel verilere ulaşan kişinin kanun tarafından yetkilendirilmiş olması gereklidir. Kanunla kendisine kişisel verilere ulaşma yetkisi verilen kişiye verilen bu yetkinin dayanağını oluşturan kanun Anayasa ve

¹³⁹ EPIC and Privacy International, **a.g.e.**, s. 9.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun olmak zorundadır. 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanunu'nun ikinci maddesine göre: “Otel, motel, han, pansiyon, bekar odaları, kamp, kamping, tatil köyü ve benzeri her türlü, özel veya resmi konaklama yerleri ile özel sağlık müesseseleri, dinlenme ve huzur evleri, dini ve hayır kurumlarının sosyal tesislerinin sorumlu işleticileri, bu yerlerde ücretli veya ücretsiz, gündüz veya gece, yatacak yer gösterdikleri yerli veya yabancı herkesin kimlik ve geliş - ayrılış kayıtlarını, örneğine ve usulüne uygun şekilde günü gününe tutmak, genel kolluk örgütlerinin her an incelemelerine hazır bulundurmak, Devlet İstatistik Enstitüsüne, talebi halinde vermek zorundadırlar.” 1774 sayılı kanunun bu maddesinin amacı hakkında yakalama emri bulunan kişilerin yakalanması, genel güvenliğin temini bakımından belirtilen yerlerde kalan kişilerin kayıt altına alınması, herhangi bir suç işlenmesi durumunda suçluların tespiti, ilgili istatistiğin tutulması sebepleri ile ilişkilidir. Bunun dışındaki bir uygulama hukuka aykırı olacaktır. Bunun gibi bir kişinin T.C. Kimlik numarası ile herhangi bir hastanede bulunan entegrasyon sistemine bağlı bilgisayardan daha önce görmüş olduğu tedavilere ilişkin bilgilere bu kişinin rızası olmadan ulaşılması da hukuka aykırıdır.

Ayrıca kişilerin kendilerine ait, idare tarafından tutulan kayıtlara ulaşamamaları; idarenin yanı sıra özel kişilerin gizliliği ihlal eden eylemlerini engelleyici nitelikte yasal düzenleme bulunmaması ihlal kapsamında görülmektedir.¹⁴⁰ Kişilere ait bilgiler belli şekil ve usullerle kayıt altına alınabilmektedir. Özel bir mağazadan alışveriş yapan bir kişinin bilgilerinin bu mağazanın veri tabanına kayıt edilmesinden, suçlulara ait bilgilerin

¹⁴⁰ EPIC and Privacy International, **a.g.e.**, s. 7.;AİHM., Leander v. Sweden, 1987.

kaydedilmesine kadar bir çok çeşitli ihtimal söz konusu olabilmektedir. Bu kayıtların bir kısmı haliyle kişinin rızası dahilinde bir kısmı ise kanuni mecburiyet şeklinde olabilmektedir.

Leander Davasında kişinin hakkında polis kayıtlarında gizli bilgilerin bulunması, bu bilgilere istinaden bu kişinin sürekli bir işe kabul edilememesi ve geçici işinden de bu bilgilere istinaden çıkarılması, bilgileri talep eden Leander'e bu bilgilerin verilmemesi ile ilgili davada mahkeme kayıtların tutulmasını(tartışmasız) ve talep edene verilmemesini başvuranın özel hayatı kapsamında görmüştür.¹⁴¹ Gaskin davasında, annesi öldükten sonra koruma altına alınan Gaskin'in çocukluğundan ergenlik dönemine kadar olan dosyaların başvuran tarafından istenmesine rağmen verilmemesinin 8. maddeyi ihlal ettiğine karar verilmiştir.¹⁴² Avrupa Komisyonu nüfus sayımına ilişkin zorunlu olarak doldurulması gereken formun 8. maddeyi ihlal vasfında olmadığı ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu yönünde görüş belirtmiştir.¹⁴³

2.3.3.2. Aile Hayatı ve Konut Dokunulmazlığı

Devletlerin milli hukukları göz önünde tutularak değerlendirilmesi gereken ve kanunun kabul ettiği aile kavramı yanında, AİHM aile hayatından; fiili birliktelikleri, evlilik dışı da olsa anne ile çocuk arasındaki bağı, poligamik aileyi de anlamaktadır.¹⁴⁴ Bunun gibi hukuken geçerli bir evlilik içerisinde doğan bir çocuk ile anne ve babası arasında anne ve babası birlikte yaşamasa dahi aile bağı

¹⁴¹ P. van Dijk-G. J. H. Hoof, **a.g.e.**, s. 490; Leander v. Sweden, 1987. Bu davada AİHM. milli güvenlik nedeniyle yapılan müdahalenin ulaşılmak istenen meşru amaç gözönüne alındığında orantısız olmadığına ve 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

¹⁴² P. van Dijk-G. J. H. Hoof, **a.g.e.**, s. 493; AİHM., Gaskin v. United Kingdom, 1989.

¹⁴³ P. van Dijk-G. J. H. Hoof, **a.g.e.**, s. 493.

¹⁴⁴ P. van Dijk-G. J. H. Hoof, **a.g.e.**, s. 504.; AİHM., Jonston and the others v. Ireland, 1986.

kurulmuştur. Mahkeme önüne gelen davada birlikte yaşamayı aile kavramının oluşması için vazgeçilmez bir unsur saymamıştır.¹⁴⁵ Aile hayatından bahsedilebilmesi için aile bireyleri arasında gerçek bir bağın bulunması gereklidir. Bu bağın bulunmadığı durumlarda 8. maddenin ihlalinden söz edilemez. Hukuken geçerli bir evliliğe dayanan bir ailede bu bağ var sayılır. Diğer tür ilişkilerde gerçek bir bağın bulunup bulunmadığının tespitinde ilgili kişilerin aynı çatı altında yaşayıp yaşamadıkları, birbirlerine duydukları(yaş vb. sebeplerden ötürü), ihtiyaç gibi fiili durumlar göz önüne alınabilir.¹⁴⁶ Gayrimeşru çocuğun annesi ile arasındaki ilişkiyi tanımayan ve çocuğun kimlik belgesini düzenlemeye imkan vermeyen Belçika kanunları¹⁴⁷; boşanmaya imkan vermeyen İrlanda kanunları¹⁴⁸; boşanma durumunda annenin sadece dini inançları(yehova şahidi) nedeniyle çocuğun babaya verilmesine ilişkin milli mahkeme kararı¹⁴⁹; koruyucu aileye verilen çocuk ile anne arasındaki telefon ve mektup görüşmelerinin bir buçuk yıl gibi bir süre ile engellenmesi¹⁵⁰ hallerinde 8. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Kişilerin konut dokunulmazlığı hakkı Anayasanın 21. ve AİHS. 8. maddesi kapsamında koruma altındadır. 8. madde kapsamında kişi kendisine ve aile hayatına saygı gösterilmesini, ev hayatına ve haberleşmesine saygı gösterilmesini talep etme hakkına sahiptir. Bu hak kişinin kişiliğini geliştirebilmesine imkan verilebilmesine hizmet eder. Konut dokunulmazlığı kişilerin ikametlerini kapsamaktadır. Şirketler ve işyerleri bakımından bu koruma geçerli değildir. Bununla birlikte AİHM Chappell davasında aynı zamanda ev

¹⁴⁵ P. van Dijk-G. J. H. Hoof, **a.g.e.**, s. 504.; AİHM., Berrehab v. The Netherlands, 1988.

¹⁴⁶ P. van Dijk-G. J. H. Hoof, **a.g.e.**, s. 507.; AİHM., X v. Federal Republic of Germany.; AİHM., X and Y v. Switzerland, 1977; AİHM. X v. Denmark, 1965.

¹⁴⁷ AİHM., Markx v. Belgium, 1979

¹⁴⁸ AİHM., Johnston and the Others v. Ireland, 1986.

¹⁴⁹ AİHM., Hoffman v. Germany, 2001.

¹⁵⁰ AİHM., Margareta and Roger Andersson v. Sweden, 1992.

olarak kullanılan işyerinin 8. madde kapsamında olduğuna karar verilmiştir.¹⁵¹ Bunun gibi Avukatın ofisinin de 8. madde kapsamında olduğuna karar verilmiştir.¹⁵² Sonuç olarak işyerleri kural olarak madde kapsamında değilse de belli şartlar gerçekleştiğinde koruma kapsamına girmektedir.” Mahkeme, kişinin özel hayatını sürdürdüğü yerin yanı sıra meslek ve ticaretini yaptığı yeri ve bürosunu(Niemietz, Almanya 1992) da konut saymaktadır.¹⁵³ Ayrıca şunu da eklemek gerekir: kişinin özel ve aile hayatına saygı duyulması hakkı bu kişinin evinin gürültü ve rahatsızlık veren müdahalelerden korunabilmesini de kapsar.¹⁵⁴

2.3.3.3. Haberleşme

Haberleşmenin gizlice dinlenmesi ve denetlenmesinin ağır derecede mütecaviz bir soruşturma şekli olduğu, bu yöntemin sınırlı ve özel durumlarda kullanılması gerektiği tüm dünya tarafından kabul edilmiş bir durumdur. İnsan haklarına ilişkin temel uluslararası antlaşmaların tamamına yakını bireyi hukuka aykırı gizli dinlemeden korumakta, bir çok demokratik ülkede kanunla belirlenmiş olmak kaydıyla haberleşmenin denetlenmesi nispeten ağır suçlar için ayrı bir kurum tarafından ve hakim ya da bağımsız bir yetkilinin vermiş olduğu karardan sonra mümkün olabilmektedir.¹⁵⁵ Haberleşme araçları günümüzde gelişmiş ve çeşitlenmiştir. Posta ile yapılan haberleşmenin yanısıra, sabit telefonlarla, mobil telefonlarla, e-posta yoluyla, internet üzerinden, sesli ve görüntülü haberleşmeye yarayan programlarla kişiler birbirleriyle haberleşebilmektedirler. Kişilerin haberleşmelerinin denetlenmesi, posta içeriğinin açılması, okunması, telefon

¹⁵¹ AİHM., Chappell v. United Kingdom, 1989.

¹⁵² D.(Ed.) Ehlers, **a.g.e.**, 2007, s. 406-407.

¹⁵³ AİHM Roemen ve Schmit v. Luxemburg, 25.02.2003 tarihli kararına yorum, UYAP Mevzuat ve İçtihat programı, 2010.

¹⁵⁴ P. van Dijk-G. J. H. Hoof, **a.g.e.**, s. 527; AİHM., Powell and Rayner v. The United Kingdom, 1990.; AİHM., Lopez Ostra v. Spain, 1994.

¹⁵⁵ EPIC and Privacy International, **a.g.e.**, s. 31.

görüşmelerinin dinlenmesi ve kaydedilmesi, e-postaların teknolojik imkanlarla açılması okunması, yine teknolojik imkanlarla internet üzerinden yapılan sesli ve görüntülü görüşmelerin tespiti, kaydedilmesi ve denetimi mümkün olabilmektedir. Haberleşmeye yapılan müdahaleler kişinin özel hayatına yapılan ağır bir müdahale niteliğindedir. AİHM kararlarına konu olaylarda, mahkumun gönderdiği mektubun engellenmesi¹⁵⁶, bir mahkumun gönderdiği mektuptaki belli bölümlerin silinmesi¹⁵⁷; mahkumun avukatından gelen mektubun cezaevi görevlileri tarafından açılıp okunması¹⁵⁸ 8. maddenin ihlali kapsamında görülmüştür. 5 kg. kokainin alım satımı ile ilgili soruşturmada gizli soruşturmacı kullanılması, bu soruşturmacının yapmış olduğu ses kayıtları 8. maddenin ihlali kapsamında değerlendirilmemiştir.¹⁵⁹

Bir kişinin gerçekleştirdiği iletişim sayesinde yerinin tespit edilmesi, internette yaptığı gezintilerin ve işlemlerinin tespiti sayesinde ilgi alanları, sağlığıyla ilgili ve diğer yüksek derecede kişisel bilgilerin ve görüştüğü kişilerin de tespit edilmesi sonucunda hem bu kişinin bir profili elde edilmekte hem de özel hayatının gizliliği ile birlikte ifade ve toplanma hürriyetleri de ihlal edilmektedir.¹⁶⁰ Haberleşmenin gizliliğine yönelik devlet tarafından yapılan müdahalelerin yanısıra özel kişiler tarafından yapılabilecek müdahaleler de koruma altındadır. AİHM birçok ülkeyi idare tarafından ve *özel kişiler* tarafından yapılan dinlemelere ilişkin yasal düzenleme yapmadığı için tazminata mahkum etmiştir.¹⁶¹

¹⁵⁶ P. van Dijk-G. J. H. Hoof, **a.g.e.**, s. 529.; AİHM., Boyle and Rice v. United Kingdom, 1988.

¹⁵⁷ P. van Dijk-G. J. H. Hoof, **a.g.e.**, s. 530.; AİHM., Pfeifer and Plankl v. Austria, 1992.

¹⁵⁸ P. van Dijk-G. J. H. Hoof, **a.g.e.**, s. 530.; AİHM., Campbell v. United Kingdom, 1992.

¹⁵⁹ AİHM., Ludi v. Switzerland, 1992.

¹⁶⁰ EPIC and Privacy International, **a.g.e.**, s. 41.

¹⁶¹ EPIC and Privacy International, **a.g.e.**, s. 7.; AİHM., Malone v. Commissioner of Police, 1979;

2.3.3.4. Vücut Bütünlüğü

Kişinin vücut bütünlüğü de özel hayatının bir parçasıdır. Örneğin kişinin genital muayeneye tabi tutulması, vücudunun herhangi bir yerine dövme yaptırması kişinin özel hayatı kapsamında olup kendi başına verebileceği bir karar ile mümkündür. Özel hayata müdahalenin bir başka şekli zorunlu tıbbi ya da psikolojik muayeneye tabi tutulmaktır. Avrupa Komisyonunun belirttiği üzere zorunlu tıbbi muayene çok küçük çapta olsa dahi bu hak kapsamında mütalaa edilmelidir.¹⁶² AHİM, tedaviyi kabul etmeyen psikiyatrik hasta kişiye uygulanan zorunlu tedavinin 8. maddenin ihlali olmayacağını kabul etmiştir.¹⁶³ Zorunlu tıbbi muayene ile ilgili başvurular genelde AHİS'in 8. maddesine değil, 3, 5 ve 6. maddelerine dayandırılmaktadır. Kişilerin üzerlerinin, eşyalarının, araçlarının aranması; fotoğraflarının çekilmesi, parmak izlerinin ve kan örneklerinin alınması, ses kayıtlarının alınması kişiler şüpheli olsalar dahi hukuka uygun olmadıkları hallerde AHİS'in 8. maddesinin koruması altındadır. Avrupa Komisyonu'nun verdiği karara göre hamile kalmak ve hamileliği sona erdirmek bu bağlamda kişinin kürtaj yaptırmasını yasaklayan kanuni bir düzenleme AHİS'in 8. maddesinin ihlali niteliğindedir.¹⁶⁴ X v. United Kingdom davasında babanın rızası olmadan anneye kürtaj hakkı tanınmasına imkan veren yasal düzenlemenin AHİS'in 8. maddesi kapsamında babanın özel hayatına haksız müdahale vasfında olduğu iddiasıyla yapılan başvuruda, komisyon yapılan müdahalenin “başkalarının haklarının korunması” kapsamında hukuka aykırı olmadığına karar

Klass and others, 1978.

¹⁶² P. van Dijk-G. J. H. Hoof, **a.g.e.**, s. 494; AHİM., X v. Austria, 1980.

¹⁶³ P. van Dijk-G. J. H. Hoof, **a.g.e.**, s. 495.; AHİM., Herczegfalvy v. Austria, 1993.

¹⁶⁴ P. van Dijk-G. J. H. Hoof, **a.g.e.**, s. 498; AHİM., Bruggemann and Scheuten v. Federal Republic of Germany, 1976.

vermiştir.¹⁶⁵ In open Door ve Dublin Well Women v. Ireland davasında iki başvuruçunun yaşadıkları ülkenin dışında kürtaj yaptırabilme imkanlarına ilişkin bilgidan mahrum edilmeleri, iki danışma şirketinin de bilgi vermektan engellenmelerine ilişkin başvuruyu 10. madde kapsamında değerlendiren mahkeme 8. madde kapsamında değerlendirme yapmamıştır.¹⁶⁶

2.3.4. Yüksek Yargı Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği

Hakkı

Özel hayatın gizliliğine ilişkin somut uyuşmazlıklar Yüksek Yargı kararlarına da konu olmuştur. Boşanan eşlerin boşandıktan sonra birbirlerinin genel hayatlarını, yaşam biçimlerini, eylemlerini takip etmeleri¹⁶⁷, 5429 sayılı kanunun 2, 8 ve 54. maddeleri ile getirilen ilgilileri hakkında istatistiki bilgi verme yükümlülüğü, anket formlarında yer alan bazı soruların özel yaşamın gizliliği ile düşünce ve kanaatin açıklanması sonucunu doğurma ihtimali bulunması¹⁶⁸, hakim kararı olmaksızın kanunla belirlenmiş yetkili merciin sözlü emri ile arama icrasına imkan veren mülga 1412 sayılı CMUK'un 97. maddesi¹⁶⁹, bir kişinin evinde ziyaret ettiği kişi tarafından ses ve görüntüsünün gizlice kaydedilmesi¹⁷⁰, bir kişinin telefonlarının haberi ve rızası olmaksızın dinlenmesi,¹⁷¹ devletin yetkili temsilcileri tarafından ilgililer hakkında rızası olmaksızın bilgi toplaması¹⁷², arama¹⁷³, özel hayatın gizliliğinin ihlali niteliğinde görülmüştür. Buna karşılık

¹⁶⁵ P. van Dijk-G. J. H. Hoof, **a.g.e.**, s. 499.;

¹⁶⁶ P. van Dijk-G. J. H. Hoof, **a.g.e.**, s. 500.; In open Door ve Dublin Well Women v. Ireland, 1992.

¹⁶⁷ AYM. 2008/30 E.; 2009/96 K., 2009.

¹⁶⁸ AYM. 2006/167 E.; 2008/86 K., 2008.

¹⁶⁹ AYM. 2003/38 E.; 2005/63 K., 2005.

¹⁷⁰ Y. 4. HD. 2006/13723 E.; 2007/13089 K., 2007.

¹⁷¹ Y. 4. CD. 2008/8558 E.; 2008/15780 K., 2008 .

¹⁷² AYM. 2006/167 E.; 2008/86 K., 2008; AİHM. Roemen ve Schmit v. Luxemburg, 2003.

¹⁷³ YCGK. 2005/7-144 E., 2005/150 K., 2005.

evliliğin sona ermesi halinde velayet kendisinde kalan eşe, hakime çocuğun malvarlığının dökümünü gösterir bir defteri vermek ve malvarlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri bildirme zorunluluğunu, veli ile çocuk arasındaki ilişkinin sorgulanması suretiyle özel hayat kapsamında aile hayatının gizliliğinin ihlali iddiasını reddetmiştir.¹⁷⁴ Kocanın eşinin meşru olmayan bir amaç için eve davet ettiği kişileri tespit etmek amacıyla kurduğu sistemle eşinin ses ve görüntülerini kaydetmesinin¹⁷⁵ özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği iddiası reddedilmiştir.

2.3.5. AİHM Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği Hakkı

AİHM'ne göre özel hayat, kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü ve cinsel hayatını kapsamakta¹⁷⁶, AHİS'in 8. maddesi bireyin, kişilik ve kişisel gelişim hakkını, hemcinsleriyle ve dış dünyayla ilişkiler kurması ve geliştirmesi hakkını güvence altına almakta, bireyin kişisel varlığıyla ilgili gerekli bilgi ve detayları öğrenmesini, bireyin doğumu, doğum sırasında içinde bulunulan koşullar, çocuğun gerçek ailesine ilişkin bilgileri talep edebilmesini ve öğrenebilmesini gerektirmektedir.¹⁷⁷ Homoseksüelliğin tamamen genel ahlakın korunması amacıyla yasaklanması yönünde bir fikir benimsenebilir.¹⁷⁸ AHİM Norris ve Dudgeon ve Modionos davalarında karşılıklı rızaya dayanan homoseksüel ilişkinin yasaklanmasının demokratik bir toplumda gerekli olmadığına ve bu yasaklamayla 8. maddenin ihlali edildiğine karar vermiştir.¹⁷⁹ Çocuğun soybağının kurulması ile ilgili 9 yıl süren dava sonunda hükme varan mahkemenin yargılama

¹⁷⁴ AYM. 2005/60 E., 2008/162 K., 2008.

¹⁷⁵ Y. 2. HD. 2007/17220 E., 2008/13614 K., 2008.

¹⁷⁶ X ve Y v. Hollanda, 26 mart 1985.

¹⁷⁷ AİHM, Odievre v. France, 2003.

¹⁷⁸ P. van Dijk-G. J. H. Hoof, **a.g.e.**, s. 496.; AİHM., X v. Federal Republic of Germany, 1976.

¹⁷⁹ P. van Dijk-G. J. H. Hoof, **a.g.e.**, s. 497.; AİHM., Dudgeon v. United Kingdom, 1981; AİHM., Norris v. Ireland, 1988; AİHM., Modinos v. Cyprus, 1993.

sürecinde mahkemenin babalık sorununu ivedilikle çözüme kavuşturamamış olması, çocuğun kimliği hususunda uzun süren bir belirsizlik içinde bırakması özel hayata saygı ilkesinin uygulanmaması niteliğinde görülmüştür.¹⁸⁰

2.3.6. Gizlilik Hakkının Korunması

Dünyanın pek çok ülkesinde gizlilik hakkının korunması için kapsamlı ve genel yasaların yanı sıra uygulamadaki etkinliği sağlamak amacıyla bir denetim kuruluşu da kurulmaktadır.¹⁸¹ Avrupa Birliği'ne üye devletlerin tamamında kişisel verileri korumakla görevlendirilmiş bir komiser ya da bu amaçla kurulmuş bir birim kişisel verilere ilişkin uygulamayı etkinliği sağlamak amacıyla denetlemektedir.¹⁸² Avrupa Birliği Kişisel Verilerin Korunması Direktifinin 28. maddesine göre Avrupa Birliğine üye devletlerin herbirinde uygulamayı denetleyen bağımsız bir kuruluş bulunmalıdır.¹⁸³

Anayasanın ikinci kısmında düzenlenen “Kişinin Hakları ve Ödevleri” hakkındaki ikinci kısmının dört numaralı başlığı altında “özel hayatın gizliliği ve korunması” düzenlenmiştir. Özel hayatın gizliliği üç alt başlığa ayrılmış 20. maddede “özel hayatın gizliliği”, 21. maddede “konut dokunulmazlığı”, 22. maddede “haberleşme hürriyeti” düzenlenmiştir. AHİS'in 8. maddesinin başlığı “gizliliğe saygı duyulması hakkı”dır. Maddenin birinci paragrafında “herkesin özel ve aile hayatına, evine ve haberleşmesine saygı duyulmasını isteme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

¹⁸⁰ AIHM, Ebru ve Tayfun Çolak v. Türkiye, 2006.

¹⁸¹ EPIC and Privacy International, **a.g.e.**, s. 4.

¹⁸² EPIC and Privacy International, **a.g.e.**, s. 10.

¹⁸³ EPIC and Privacy International, **a.g.e.**, s. 13.

Bu hakların tam ve kesin bir tanımı her zaman eksik kalacağından bu hakları birbirinden kesin hatlarla ayırmak da mümkün değildir. Konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyeti ve aile hayatı özel hayatın kapsamındadır ve bu haklar iç içedir. Açık bir sınırlama gereksiz olduğu gibi AHİS'in 8. maddesinin ihlalinin değerlendirilmesi bakımından da bu haklardan hangisinin ihlal edildiğinin önemi yoktur, AHİM'e hakkının ihlal edildiği iddiası ile başvuran kişi("başvurucu") maddeye bir bütün olarak dayanabilir.¹⁸⁴

2.3.7. Değerlendirme

Özel hayatın gizliliğinin korunması bireyin kendisini geliştirmesi, birey olarak toplumda var olabilmesi için hayati önem taşımakta demokratik ve özgürlükçü bir yaşam biçiminin vazgeçilmez unsurları arasında yer almaktadır. Gizli soruşturma usulleri, şüphelinin farkında olmadığı, günlük hayatını yaşadığı, günlük hayat koşullarının imkan verdiği ölçüde maske takmadığı ve kendini gizlemediği herhangi bir ortamda suç delillerinin elde edilmesini amaçlar. Şüpheli, olağan koşullarda sahip olduğu hukuki güvenceler sayesinde eylemlerinin izlenmediği ve takip edilmediği düşüncesi ile hareket ederken diğer tarafta şüphelinin her hareketini ve her konuşmasını dinleyen, izleyen ya da kayda alan bir görevli bulunmaktadır. Gizli soruşturma usulleri bakımından ulaşılmak istenen amaç şüphelinin olağan hayatının ya da olağan iletişiminin herhangi bir noktasından suç delilini elde etmek olduğundan uygulanan gizli soruşturma usulü işlemi şüphelinin hayatının her noktasına sirayet edebilir.

Gizli soruşturma usulünün türüne bağlı olarak dinleme ve izleme işlemi ya da şüpheli ile temas kurma eylemini gerçekleştiren kişi sadece işlenen suç noktasında

¹⁸⁴ P. van Dijk-G. J. H. Hoof, **a.g.e.**, s. 489.; X v. Switzerland, 1979, s. 489.

bilgi sahibi olmamakta, bunun yanında bu kişinin aile hayatına, kişisel ilişkilerine, kişisel özelliklerine ya da kişisel verileri vasfındaki bilgilerine de ulaşabilmekte, aslında soruşturulan suç ile ilgili olmayan bilgileri öğrenebilmektedir. Bireylerin itibarını yakından ilgilendiren özel hayatları bazen soruşturulan suçun önüne geçebilmekte, özel hayatlarının ifşasının sonuçları belki de soruşturulan suç sonucunda verilecek cezadan daha ağır olabilmektedir. Kişinin kendi itibarına zarar verebilecek bir davranış içerisinde olması bu kişinin toplum tarafından hukuk kuralları dışında yargılanması sonucunu doğuramaz. Çünkü kişinin bu davranışı kendisini, ailesini ya da bu davranışı ile doğrudan ilişkili olan kişileri ilgilendirmektedir.

Şüphelinin haberleşmesinin denetlenmesine karar verildiğinde bu kişinin haberleşmenin gizliliği hakkına müdahale edilmektedir. Bunun yanında yapmış olduğu konuşmalar çerçevesinde kişisel verileri kapsamındaki, aile hayatına ilişkin ya da sosyal hayatına ilişkin bilgileri elde edilmiş olabilir. Teknik araçlarla izleme usulü uygulandığında şüphelinin yirmi dört saat ne yaptığı izlenmekte ve kayda alınmaktadır. Haberleşmenin denetlenmesi usulü kapsamında kişinin özel hayatı ile ilgili bilgilerin elde edilmesi ile ilgili söylenenler bu usul bakımından da geçerlidir. Gizli soruşturma görevlendirilmesi halinde görevlendirilen kişi şüpheliler ile aynı mekanı paylaşmakta özel hayatlarına doğrudan müdahalede bulunmaktadır.

Bireylerin birey olarak var olabilmelerini ve kişiliklerini geliştirebilmelerini amaç edinen bir toplumda özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesi hayati önem arz etmektedir. Özel hayata gelişigüzel müdahale edilebileceği şeklindeki bir inanç

tedirgin bir toplum yaratacağı için kişilerin sürekli kendilerini maskelemelerini ve oldukları gibi yaşayamamaları neticesini doğurur. Bu ise demokratik ve özgürlükçü bir hukuk sisteminde arzu edilen bir sonuç değildir.

Gizli soruşturma usulleri kötü niyetle uygulayıcılar tarafından baskı aracı olarak kullanılmaya müsaittir. Uzun vadede özel hayatın gizliliğini yok eden bu tür bir yaklaşım kabul edilemez niteliktedir. Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğe ulaşmak olup bu kapsamda gizli soruşturma usullerinin amacı suç delillerini elde etmektir. Soruşturma kapsamında elde edilen ve özel hayata ait olan bilgiler öncelikle soruşturma dosyasına alınmamalı, alınmış ise ilgilinin talebi ve Cumhuriyet Savcısının onayı ile imha edilmeli, imha işlemine ilişkin tutanak ise dosyasında saklanmalıdır. İlgilinin talebi olmaksızın dosyaya girmiş bir bilginin Cumhuriyet Savcısının tek taraflı kararına istinaden imha edilmesi şeklindeki bir çözümün, sonraki aşamada delillerin yok edildiğine ya da değiştirildiğine dair iddialara neden olabileceği göz önünde tutularak benimsenmemesi gerekmektedir.

Gizli soruşturma usullerinin adil yargılanma hakkına olduğu gibi özel hayatın gizliliği hakkına müdahale vasfı göz önünde tutularak, özel hayatın gizliliği hakkının sağlamış olduğu güvencelerin ölçüsüz bir biçimde sınırlandırılmasından, hakkın özüne dokunacak işlem ve uygulamalardan kaçınılması, gizli soruşturma usullerinin öngörüldükleri amaç dışında bir baskı aracı olarak kullanılmasından kaçınılmalıdır.

3. MÜDAHALENİN DAYANMASI GEREKEN TEMEL İLKELER ÇERÇEVESİNDE HUKUK DEVLETİ İLKESİ VE USULÜN

KÖTÜYE KULLANILMASI DOKTRİNİ İLE İFADE VE SORGU USULÜ

3.1. Hukuk Devleti İlkesi

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti ilkesi bütün uygar demokratik rejimlerin temel özelliklerinden biridir.¹⁸⁵ Hukukun üstünlüğü prensibine uygun hareket edilmesi, toplumda özgürlüğün, ekonomik gelişmenin, insan haklarının korunmasının, suçların ve yozlaşmanın önlenmesinin temelinde yer alır.¹⁸⁶ İdaresi hukuka bağlı devletler için hukuk devleti, idaresi hukuka bağlı olmayan devletler için de polis devleti kavramları kullanılmaktadır.¹⁸⁷ Hukuk Devletinde devletin faaliyetleri hukuk tarafından çevrelenmiştir. Devletin farklı organları, ancak hukukun öngördüğü alanlarda (ve ölçüde) hareket edebilirler ve ancak hukukun izin verdiği araçları kullanabilirler.¹⁸⁸ Farklı tanımlar yapılan hukuk devletinin¹⁸⁹ gereklerinin ne olduğu sorusunu yanıtlamadan önce hukuk devletinin aksi yönündeki bir yönetim biçimine sahip polis devleti anlayışına değinmek gerekir.¹⁹⁰

¹⁸⁵ Ergun Özbudun, **Anayasa Hukuku**, Ankara, s. 113; Cengiz R. Derdiman, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni**, 2006. s. 97;

¹⁸⁶ Bufford, Samuel L., "Defining the Rule of Law", **Judges Journal**, 2007. s. 16.

¹⁸⁷ Şeref Gözübüyük-Turgut Tan, **İdare Hukuku (Genel Esaslar-Cilt 1)**, Ankara, 2010. s. 37.

¹⁸⁸ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri**, İstanbul, s., 384.

¹⁸⁹ Bir tanıma göre: hukuk üstün olandır ve idareyi ve tüm idarecileri bağlar. Hukuk tüm kişilerin insan onuruna ve eşitliğe saygı göstermeli, insan haklarını korumalıdır. Bu amaçlara ulaşabilmek için hukuk anayasal yapıyı kurmalı ve korumalıdır ki böylece tüm yönetilenlerin kendilerini idare eden kanunlara şekil verilmesinde ve bu kanunların kabulünde rol oynadıkları özgür bir toplum oluşturulabilsin. Hukuk kişilerin haklarını bildirmelidir ve kişilerin herhangi bir ceza ya da misilleme korkusu duymadan haklarını arayabildikleri bir sistem kurmalıdır. Amerikan Barolar Birliği tarafından yapılan diğer bir tanıma göre hukukun üstünlüğü dört temel prensip üzerine oturur. Bunlar: 1- İdarenin kendisi dahil tüm kişilerin hukuk önünde hesap verebilir olması, 2- Hakkaniyete uygun, yayımlanmış, geniş anlamda muhatapları tarafından anlaşılabilir ve algılanmış istikrarlı kanunların bulunduğu bir sistem, 3- Hakların ve yükümlülüklerin yerine getirilmesine elverişli hakkaniyete uygun, ulaşılabilir, sıhhatli bir usuli sistem, 4- Toplumdaki tüm farklılıkların yansıtıldığı, ehil ve bağımsız hukukçular ve hakimlerden oluşan yargı sistemi. Buffor, Samuel L., *Defining..* s. 16.

¹⁹⁰ Metin Günday, **İdare Hukuku**, Ankara, 2008, s. 36.

Polis devleti kavramı ilk kez Almanya'da ortaya çıkmış olup 17. ve 18. yüzyıllarda Kara Avrupası ülkelerindeki mutlakiyetçi rejimleri ifade etmek için kullanılmıştır.¹⁹¹ Polis devletinde idare kamusal yararı amaçlayarak ya da amaçladığını iddia ederek her türlü önlemi alabilmekte, öngördüğü amacı gerçekleştirebilmek için kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahale edebilmekte, onlara külfetler yükleyebilmektedir.¹⁹² Polis devletinde de idarenin işleyişine ilişkin kurallar mevcuttur ancak idare kurallara uyup uymadığı konusunda hesap verme konumunda değildir. Yani yönetenler yönetilenlere karşı hukuk kuralları ile bağlı değildir ve idarenin hukuka uygun davranıp davranmadığının denetimi de mümkün değildir.¹⁹³

“Hazine teorisi de polis devleti kavramı gibi 18. yüzyıl sonlarında 19. yüzyılda Almanya'da ortaya çıkmış olup bu teoriye göre, hukuka aykırılığı ileri sürülemeyen idarenin faaliyetleri dolayısıyla hakları ihlal edilen kişilere yargısal yoldan maddi tazminat elde etme imkanı tanınmaktadır.¹⁹⁴

3.1.1. Hukuk Devleti İlkesinin Temel Unsurları

Hukuk devletinin hangi özelliklere sahip olması, hukuk devleti ilkesinin hangi unsurları taşıması gerektiği hususlarında görüş birliği bulunmamakla birlikte herkes tarafından ortak biçimde kabul edilen unsurlarının *erklerin ayrılığı, temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınmış olması, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, kanuni idare(yasal yönetim) ilkesi, devlet*

¹⁹¹ M. Günday, **a.g.e.**, s. 36; Ş. Gözübüyük-T. Tan, **a.g.e.**, s. 37; Kemal Gözler, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Bursa, 2008., s., 208.

¹⁹² M. Günday, **a.g.e.**, s. 36;Ş. Gözübüyük-T. Tan, **a.g.e.**, s. 37;K.Gözler, **a.g.e.**,s. 208.

¹⁹³ M.Günday, **a.g.e.**, s. 37; s. 36;Ş. Gözübüyük-T. Tan, **a.g.e.**, s. 38; K. Gözler, **a.g.e.**, s. 208.

¹⁹⁴ M. Günday, **a.g.e.**, s. 37; K. Gözler, **a.g.e.**, s. 209.

faaliyetlerinin belirliliği ilkesi, idarenin yargısal denetimi, mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ve idarenin mali sorumluluğu olduğu söylenebilir.¹⁹⁵

3.1.1.1.Temel Hak ve Hürriyetlerin Güvence Altına Alınmış Olması

Temel hak ve hürriyetlerin kolayca değiştirilemeyen Anayasalarda sayılmış olması(AY m. 19 vd.), temel hak ve hürriyetlerin sadece kanunla sınırlanabilmesi(AY m. 13), hakkın özüne dokunma yasağı ve ölçülülük ilkeleri(AY m. 13), kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi(AY m.11, 148) temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması için öngörölmüş tedbirlerdir.¹⁹⁶ Temel hak ve hürriyetlerin anayasalarda düzenlenmiş olması korunmaları bakımından önemli bir güvence olmakla birlikte hukuk devletinin ve hukukun üstünlüğü ilkesinin gerçekleştirilebilmesi için Anayasaların sadece kamu kurum ve kuruluşları tarafından desteklenmesi yetmemekte toplum tarafından da kabul görmesi ve desteklenmesi gerekmektedir.¹⁹⁷ Olağanüstü hallerde, savaş zamanlarında ya da terörizm tehlikesi nedeniyle Anayasada ve AİHS'nde daha önce açıklanan şartlar çerçevesinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması mümkündür. Bu durumlarda öngörölen düzenlemelere uygun biçimde davranılmalı hakkın özüne dokunan ya da aşırı ve ölçüsüz müdahalelerde bulunulmamalıdır. Terörist faaliyetlerin önlenmesi amacıyla Birleşik Krallık'ta çıkarılan yasanın hukuka aykırılığı iddiası ile görölen davada belirtildiği üzere, devletin geleceği ve selametini tehlikeye düşüren terörizm ya da terörizm tehlikesi

¹⁹⁵ M. Günday, **a.g.e.**, s. 38.;Ş. Gözübüyük-T. Tan, **a.g.e.**, s. 39; K. Gözler, **a.g.e.**, s. 209; C. R. Derdiman, **a.g.e.**, s. 98; E. Özbudun, **a.g.e.**, s. 114;

¹⁹⁶M. Günday, **a.g.e.**, s. 38;

¹⁹⁷ Karpen, Ulrich “Good Governance Through Transparent Application of the Rule of Law”, **Eur. J. L. Reform**, 213, 2009, s. 215.

değil, bu ya da benzer gerekçelerle terörizmin amaçladığı şekilde ortaya çıkan aşırı ve ölçüsüz yasalar ile uygulamalardır.¹⁹⁸

3.1.1.2. Erkler Ayrılığı

Hukuk devletinde normları hazırlayan ve koyan makam olan yasama, yürürlükteki normları uygulayan idare ve ilk iki organı denetleyen yargı birbirinden ayrılmış ve bağımsız olmalıdır.¹⁹⁹

3.1.1.3. Kanuni İdare(Yasal Yönetim) İlkesi

Anayasanın 8. maddesine göre: "yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.", 123 maddesine göre ise: "idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir." Kanuni idare ilkesine göre idarenin girişmiş olduğu bütün faaliyetlerine kanunun egemen olması gerekmektedir.²⁰⁰ Anayasa'da belirtildiği üzere hiçbir kamu kuruluşu kendiliğinden ortaya çıkmaz ve kamu görevlerini yürütemez, idarenin kuruluş ve teşkilatlanmasında asli yetki yasama organına ait olup, herhangi bir kamu kuruluşunun kurulabilmesi ve belli bir alanda faaliyet gösterebilmesi için kanuni dayanağının bulunması gereklidir.²⁰¹ Hukuk devletinde idarenin şeklen kanunlara uyması yeterli değildir. İdarenin kanunlara şeklen uyuyor görünürken başka amaçlara yönelmesi hukuka aykırı yönetimin bir örneği olup hukuk devletinde idare kanuna gerçekten saygı duymalı ve ona göre işlem tesis etmelidir.²⁰² İdare uygulamaları ile güven tesis etmelidir.

¹⁹⁸ Philips, Hon, "Impact of Terrorism on the Rule of Law", **Bracton Law Journal**, 2008. s. 50.

¹⁹⁹ İ. Ö. Kaboğlu, **a.g.e.**, s. 385.; Karpen, U. **a.g.m.**, 2009, s. 213.

²⁰⁰ M. Günday, **a.g.e.**, s. 41; Ş. Gözübüyük-T. Tan, **a.g.e.**, s. 41.

²⁰¹ M. Günday, **a.g.e.**, s. 41; Ş. Gözübüyük-T. Tan, **a.g.e.**, s. 41.

²⁰² M. Günday, **a.g.e.**, s. 41; Ş. Gözübüyük-T. Tan, **a.g.e.**, s. 42.

Yönetilenlerin güven duymamaları, idarenin ve işlemleri uygulayan kişilerin rollerini kabullenmemeleri ve idarenin faaliyetlerini gerçekleştirebilmek için ihtiyaç duyduğu otoritenin yok olması sonucunu doğurur.²⁰³

3.1.1.4. İdarenin Yargısal Denetimi

Anayasanın 125. maddesi uyarınca: "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. " Hukuk devletinde idarenin eylem ve işlemleri bağımsız yargı organları tarafından denetlenmektedir. İdarenin hukuka aykırı bir eylem ya da işlem yaptığını iddia eden işlemin muhatabı yargıya başvurmak ve idarenin eylem ya da işleminin denetlenmesini istemek hakkına sahiptir. Görevli ve yetkili idari yargı merci işlemi denetleyerek iptal edebilir ya da eylem nedeniyle uğranılan zararın giderilmesine hükmedebilir. İdarenin eylem ve işlemlerinin yargısal yönden denetimi ile idarenin keyfi ve hukuka uygun olmayan eylemlerinin önüne geçmek mümkün olur.²⁰⁴ İdarenin yargısal yönden denetimi bakımından Anglo-Sakson ülkelerinde uygulanan adli idare ve yargı birliği sistemi ile Kara Avrupası ülkelerinde ve ülkemizde uygulanan iki farklı sistem bulunmaktadır.²⁰⁵

3.1.1.5. Devlet Faaliyetlerinin Belirliliği İlkesi

Devlet faaliyetlerinin belirliliği ilkesi, devlet faaliyetlerinin idare edilenlerce öngörülebilir, bilinebilir olmasını ifade etmektedir.²⁰⁶ Yani idare edilenlerde, belli şartlar gerçekleştiği takdirde nasıl bir sonucun meydana gelebileceği ve nasıl bir işlem tesis edilebileceği konusunda genel bir kanı bulunmalıdır. Kanunların geriye

²⁰³ Karpen, U., **a.g.m.**, s. 215.

²⁰⁴ M. Günday, **a.g.e.**, s. 45.

²⁰⁵ E. Özbudun, **a.g.e.**, s. 114.

²⁰⁶ M. Günday, **a.g.e.**, s. 44; K. Gözler, **a.g.e.**, s. 211.; Bufford, S. L. **a.g.m.**, 2007, s. 19.

yürümezliği, kazanılmış haklara saygı, suç ve cezaların kanuniliği, kanuni hakim güvencesi de devlet faaliyetlerinin belirliliği ilkesi kavramı çerçevesinde mütalaa edilmektedir.²⁰⁷ İdarenin takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda düzenli idare ilkesinin icabı olarak, idare belli prensipler çerçevesinde hareket etmelidir. İdarenin takdir yetkisine sahip olduğu durumlarda önceden tesis edilmiş düzenlemelere ve teamüllere uygun işlem tesis etmesi düzenli idare ilkesinin gereğidir.²⁰⁸

3.1.1.6. Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Hakim Güvencesi

Anayasanın 9. Maddesine göre: "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır." 138. maddesine göre ise: "hakimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dava hakkında yasama meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." 139. maddesine göre: "hakimler ve Savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz. Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği

²⁰⁷ M. Günday, **a.g.e.**, s. 44.

²⁰⁸ M. Günday, **a.g.e.**, s. 44.

kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkındaki istisnalar saklıdır." 5237 sayılı TCK'nun 277. maddesine göre: "bir davanın taraflarından birinin veya bir kaçının veya sanıkların veya davaya katılanların, mağdurların leh veya aleyhinde, yargı görevi yapanlara emir veren veya baskı yapan veya nüfuz icra eden veya her ne suretle olursa olsun adı geçenleri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kimseye iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır." Görüldüğü üzere Anayasa'da ve TCK'nunda mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç güvencesini sağlamak amacı ile öngörölmüş düzenlemeler bulunmaktadır. Bağımsızlığına ve tarafsızlığına inanılan ve güvenilen bir yargı teşkilatı hukuk devletinin vazgeçilmez koşuludur.²⁰⁹ Mahkemeler verdikleri kararlarla tüm toplumu eğitici ve geliştirici bir fonksiyonu da ifa etmektedirler. Demokratik geleneğin yerleşmesi hukuka ve uygulandığına dair inançla ilişkilidir. Bu inancın sarsılması ve yargıya olan güvenin yitirilmesi halinde sağlıklı bir toplumdan bahsetmek de zorlaşacaktır. Bu nedenle hukuk devletinde yönetenlerin ve yönetilenlerin hukuka uygun hareket edip etmediklerinin denetimi bağımsız ve tarafsız yargı organları tarafından gerçekleştirilmelidir. Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından Hamdan v. Rumsfeld kararında belirtildiği üzere, mahkeme önüne çıkarılan kişi fırsat tanındığında masum kişilere zarar vereceği hatta onların ölümlerine neden olabileceği bilinen bir terörist olsa dahi hakkaniyete uygun biçimde ve hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde yapılacak yargılama sonucunda verilecek cezanın sujesi olabilir, bunun dışında bir uygulama hukuka aykırıdır.²¹⁰

²⁰⁹ Bufford, S. L. **a.g.m.**, 2007, s. 20.

²¹⁰ Amerikan Yüksek Mahkemesi, Hamdanv. Rumsfeld, 2006; Hon, P., **a.g.m.**, s. 56.

3.1.1.7. Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal

Denetimi

Anayasanın 11. maddesine göre:"Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır." Anayasanın 148. maddesine göre:"Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler." Hukuk devletinde temel hak ve hürriyetlerin aşırı ve keyfi biçimde yasama organı tarafından sınırlanmasının önlenmesi amacıyla kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi gerekmektedir.²¹¹ Yürütme organının işlem ve eylemlerinin yargısal denetime tabi olması hukukun üstünlüğü ilkesinin gerçekleştirilmesi ve vatandaşların hukuki güvenliğinin sağlanması bakımından tek başına yeterli değildir.²¹² Kanunların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi ile kişiler yasama organına karşı da korunmuş olmaktadır.

3.1.1.8. Değerlendirme

Hukuk devletinin gerçekleştirilebilmesi için yukarıda sayılan şartlarla birlikte katılımın sağlandığı demokratik bir yönetim biçimi, bunun yanında kurumsal yapısı oluşturulmuş düzgün işleyen bir idari sistem de gereklidir.²¹³ Hukukun üstünlüğünün devlet erkini temsil eden organların yanısıra yönetilenler tarafından da özümsemiş ve gerçekleştirilmek istenen bir amaç olması gerekir. Bunun için kanunların doğrudan ya da dolaylı olarak muhataplarının katılımı ile

²¹¹ M. Günday, **a.g.e.**, s. 40

²¹² E. Özbudun, **a.g.e.**, s. 117; Ş. Gözübüyük-T. Tan, **a.g.e.**, s. 43.

²¹³ Karpen, U. **a.g.m.**, 2009, s. 213.; Bufford, S. L. **a.g.m.**, 2007, s.19

oluşturulmuş, mümkün olduğunca muhatapları tarafından anlaşılabilen metinler olması ve muhatapları tarafından ulaşılabilir olması gereklidir.²¹⁴ Yönetenler dahil yönetilenlerin hukuka olan inanç ve saygısı, hukukun üstünlüğünün gerçekleştirilmesi bakımından hayati önem taşımaktadır. Bu inanç ve saygı, kanunların iyi yapılması ile birlikte eşit, objektif, tarafsız ve iyi niyetli bir anlayış egemenliğinde uygulanması ile mümkün olabilmektedir. Soyut vasfı nedeniyle, hukuk kuralları ne kadar kaliteli olursa olsun kötü niyetli uygulayıcıların elinde amacıyla hiç de bağdaşmayan bir ensturman haline dönüştürülebilirler. Bu nedenle hukuk devletinde hukukun üstünlüğünün gerçekleştirilmesi için yönetenler kadar yönetilenlere, aynı zamanda sivil toplum örgütleri, avukatlar ile diğer hukuçular²¹⁵ ve diğer baskı gruplarına da büyük iş düşmektedir. Birleşmiş milletler tarafından yapılan tanıma göre: "Hukukun üstünlüğü prensibi, kamusal ya da özel tüm kişilerin, kurumların, kuruluşların ve devletin kendisinin resmen ilan edilen, eşit bir şekilde uygulanan ve mahkemeler tarafından hükme esas alınan, uluslararası standartlara ve insan haklarına uygun olan hukuk kuralları çerçevesinde hesap verebilir olmasını, ayrıca hukukun üstünlüğüne saygı ve itaatin, kanun önünde eşitliğin, kanunun uygulanmasında hakkaniyete uygunluğun, erkler ayrılığının, karar verme mekanizmasına katılımın, hukuki belirliliğin, keyfiliğin önlenmesi ve devlet faaliyetlerinde şeffaflığın sağlanması için gerekli tedbirlerin alınmasını gerektirir."²¹⁶ İdare kişilerin birleşmiş iradeleri temeli üzerine oturmalıdır.²¹⁷

3.2. Usulün Kötüye Kullanılması Doktrini ve Gizli

²¹⁴ Karpen, U. **a.g.m.**, s.. 213.

²¹⁵ Bufford, S. L. **a.g.m.**, 2007, s.17.

²¹⁶ Karpen, U. **a.g.m.**, 2009, s. 215.

²¹⁷ Bufford, S. L. **a.g.m.**, s. 20.

Soruşturma Usulleri

Yukarıda gizli soruşturma usullerinin uygulanması ile müdahaleye konu insan haklarına konumuz çerçevesinde ve kısaca değinmiştik. Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde iyiniyet kuralı ve aynı maddenin 2. fıkrasında hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlenmiştir. İyiniyet prensibi ve hakkın kötüye kullanılması yasağının Ceza Muhakemesi Hukuku'ndaki görünümü olarak algılayabileceğimiz "usulün kötüye kullanılması doktrini" anglo-sakson hukuku kaynaklıdır. Bu kısımda konumuzla ilgili olduğu ölçüde ve kısaca bu müesseseyi açıklamaya çalışacağız.

Ceza muhakemesinin amacının sanığın suçlu olup olmadığını araştırmak, suçlu ise cezalandırmak, masum ise beraat ettirmek olduğu söylenebilir.²¹⁸ Soruşturma makamları bu amacı gerçekleştirirken suç ve suçluyu ortaya çıkarmak istek ve şevkiyle ya da kötü niyetle zaman zaman aşırıya kaçabilirler ve kendilerine tanınmış olan yetkileri hukukun üstünlüğü ile bağdaşmayacak şekilde ve şüpheliye ya da sanığa zararlı olacak biçimde kötüye kullanabilirler.²¹⁹

Usulün kötüye kullanılması kavramının ilk kez Connelly v. DPP²²⁰ davasında ortaya atıldığı söylenmiştir. Daha sonra görülen davalara ilişkin mahkeme kararlarında soruşturma organlarının çeşitli işlemlerinin usulün kötüye kullanılması şeklinde değerlendirilmesi gerektiği, bunun mahkemelerin denetim ve gözetim görevinden kaynaklandığı, usulün kötüye kullanılmasının

²¹⁸ Nevzat Toroslu-Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2012, s. 7.

²¹⁹ Nsereko, D.D.N., "The Abuse of Process Doctrine in the Administration of Criminal Justice Before National Courts and International Tribunals", **U. Botswana L. J.**, 2008. s. 29.

²²⁰ Connelly v. DPP, UK, House of Lords, 1964; Davies, F. G. "Abuse of Process-An Expanding Doctrine", **Journal of Criminal Law**, 1991 s. 374; Pattenden, R. "Abuse of Process In Criminal Litigation", **Journal of Criminal Law**, 1989.s. 341.; Richard BRAY, Beckford and Beyond, Some Developments in the Doctrine of Abuse of Process, **Denning Law Journal**, 2007.s. 70.

müeyyidesinin de soruşturmanın ya da kovuşturmanın durması(sona erdirilmesi) ile sonuçlandırılması gerektiği belirtilmiştir.²²¹ İstisnai olarak uygulanması gerektiği fikri öne sürülen usulün kötüye kullanılması müessesesinin hangi hallerde gerçekleşeceği R v. Derby Magistrates Court davasında²²² sayılmış olup buna göre usulün kötüye kullanılması şu hallerde gerçekleşir:

a) Soruşturma organının şüpheli ya da sanığı hukuken tanınan bir hakkından mahrum bırakmak amacıyla hukuk tekniğinden hakkaniyete aykırı biçimde yararlanması, usulü yetkiyi kendi çıkarına ya da kötü niyetle kullanması,

b) Şüpheli ya da sanığın, soruşturmanın soruşturma makamına atfi kabil bir gecikme nedeniyle zarar gördüğü ya da görebileceği durumlarında.

Özetle, bu kararda belirtildiği üzere usulün kötüye kullanılması ceza muhakemesi usulünün manipule edilmesi ve soruşturmadaki makul görülemeyen gecikmelerde ortaya çıkar.²²³

Usulün kötüye kullanılmasını üç başlık altında inceleyen bir diğer görüşe göre:

a)Hukuka aykırı suçlu iadesi, b) Hukuka aykırı biçimde delil elde edilmesi, c) Mevcut delilin yok edilmesi hallerinde soruşturmanın ya da kovuşturmanın durması gerekir.²²⁴

Diğer bir görüşe göre usulün kötüye kullanılması, üç halde ortaya çıkar. Bunlar,

a) İddia makamının dava açıp açmamadaki takdir yetkisini kötüye kullanması, b) Soruşturmanın gecikmesi, c) Şüphelinin ya da sanığın hukuka aykırı biçimde

²²¹ R. v. Campbell, Liverpool Crown Court, 1959; Mills v. Cooper, 1967; R v. Liverpool Stipendiary Magistrate, 1990; Davies, F. G., **a.g.m.**, s. 375.; Richard Bray, **a.g.m.**, s. 69.

²²² R. v. Derby Magistrates Court, 1984; Davies, F. G., **a.g.m.**, s. 376; Richard Bray, **a.g.m.**, s. 69.

²²³ Davies, F. G., **a.g.m.**, s. 376.

²²⁴ Patenden, R., **a.g.m.** 1989, s. 342.

mahkeme önüne getirilmesidir.²²⁵

Bir diğer görüşe göre sanığa soruşturmanın gecikmesi nedeni ile adil bir yargılama imkanının sağlanamaması ve belli şartların sanığın yargılanmasının ölçüsüz ve adalet duygularını rencide eder vasıfta olması hallerinde usulün kötüye kullanılması söz konusu olmaktadır.²²⁶

Usulün kötüye kullanılmasının müeyyidelendirilmesi ile soruşturma makamları tarafından yapılan hukuka aykırı işlemlerin telafi edilmesi amaçlanmaktadır.²²⁷ Usulün kötüye kullanılmasının müeyyidelendirilmesinde şüpheli ya da sanığın cezalandırılmasından doğan yarar ile şüphelinin haklarının korunmasından, hukuk sisteminin bütünlüğünün sağlanmasından doğan yarar karşı karşıya gelir.²²⁸ Soruşturmanın sona ermesi ile müeyyidelendirilen ve istisnai olarak uygulanması gereken usulün kötüye kullanılması müessesesinin uygulanmasında işlenen suçun ağırlığı, usuli ihlalin ağırlığı, belli zaman ve mekandaki sosyal ve ekonomik şartlar da nazara alınmalıdır.²²⁹ Sonuç olarak bu müessese başka bir müessesenin yetersiz kaldığı ve soruşturmanın durmasını (sona erdirilmesini) haklı kılacak bir durumda kullanılmalıdır. R v. Sang davasında mahkemelerin soruşturma organlarını delillerin ne şekilde toplandığı hususunda disipline etme görevi olduğunu vurgulanmıştır.²³⁰ Bir görüşe göre usulün kötüye kullanılması doktrini üç temele dayanmaktadır. Bunlar: mahkemelerin idareyi denetleme, ikincisi usulü düzenleme ve usulün saptırılmasını engelleme, üçüncüsü ise anayasalarda ve

²²⁵ Nsereko, D.D.N. **a.g.m.**, 2008, s. 33.

²²⁶ R. v. Horsefery Magistrates', UK House of Lords, 1994; Nsereko, D.D.N., **a.g.m.**, s. 32.

²²⁷ Patenden, R., **a.g.m.**, s.342.

²²⁸ Nsereko, D.D.N., **a.g.m.**, s. 29.; Richard Bray, **a.g.m.**, s. 71.

²²⁹ Nsereko, D.D.N., **a.g.m.**, 2008, s. 29.

²³⁰ Patenden, R., **a.g.m.**, 1989, s. 343.

uluslararası insan haklarına ilişkin metinlerdeki insan haklarına ilişkin kuralları uygulama yükümlülükleridir.²³¹ R. v. Horsefery Magistrates' Court davasında söylendiği gibi mahkemeler hukukun üstünlüğünün sağlanması hususunda kendilerini sorumlu hissetmeli idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerine göz yummamalıdır.²³² Yani mahkemeler şeklen hukuka uygun görünen işlem ve eylemleri hukukun genel ilkeleri, anayasa ve insan haklarına ilişkin uluslararası kurallar çerçevesinde denetlemelidir.

Yukarıda ortaya konulan görüşlerin değerlendirilmesinden çıkan sonuç şudur. Mahkemeler sanığın haklarının korunması, adil bir yargılamanın yapılması, hukuka olan güvenin tesisi ve yargı sistemine kuşkuyla bakılmasını engellemek amacı ile, soruşturma makamlarının işlemlerini denetlemeli ve hukuka uygun araçlarla hukuka aykırı amaçlara ulaşmak türünden işlem ve eylemler dahil, her türlü eylemi denetlemeli, soruşturma makamlarının kendilerine tanınan yetkileri amacı dışında kullanarak usulün kötüye kullanılması söz konusu olduğu takdirde ağır bir müeyyide olan soruşturmanın durmasına karar vermelidirler. Burada durma kararı soruşturmanın sonlandırılmasını yani şüpheli ya da sanık hakkında yapılan soruşturma ya da kovuşturma işlemlerine son verilmesini anlatmakta olup bu yönüyle beraat kararından farklıdır.

Usulün kötüye kullanılması müessesesi hukuka aykırı delilin dışlanması müessesesinden de farklıdır. Şöyle ki; usulün kötüye kullanılması müessesesinde soruşturmanın diğer unsurları hukuka uygun olsa da usulün kötüye kullanıldığına hükmeden mahkeme durma kararı verir. Oysa hukuka aykırı delilin mevcudiyetine

²³¹ Nsereko, D.D.N., **a.g.m.**, s. 31.

²³² Nsereko, D.D.N., **a.g.m.**, s. 32.

hükmeden mahkeme başka delillerle mahkumiyet hükmü verebilir.²³³

Ceza Muhakemesi Hukuku sistemimizde usulün kötüye kullanılması ve buna bağlı olarak soruşturmanın durması müessesesi mevcut değildir. Buna mukabil CMK m. 148'de belirtildiği hukuka aykırı delillerin hükme esas alınamayacağı öngörülmüştür. Yukarıda kısaca açıklamaya çalıştığımız çerçevede, suçun ağırlığı, sanığın haklarına vaki ihlalin ağırlığı gibi faktörler değerlendirildikten sonra, hukukun üstünlüğüne olan inancın tesisi, hukuk sisteminin bütünlüğünün korunması, soruşturma organlarının denetlenmesi ve hukuka bağlı hareketlerinin temini amacı ile, mahkemece yapılacak değerlendirme sonucunda ihlalin ağırlığına bağlı olarak soruşturmanın durmasına karar verilmesi şeklindeki bir uygulamanın yararlı olacağı düşünce ve kanaatindeyiz. Mahkeme önüne gelen kişilerin “temiz eller”le gelmesi gerektiği fikri bizce de tamamen isabetlidir.²³⁴

3.3. İfade Ve Sorgu Usulü (CMK m. 147)

CMK'nun 147. maddesinde konumuzla doğrudan ilişkisi bulunan ifade ve sorgu usulü düzenlenmiştir. Beyan, suçun ispatına yarayan bir delil türüdür. Beyan şüphelinin, sanığın, tanığın, şikayetçinin beyanı olabilir.²³⁵ Şüphelenilen kimseden ikrar elde etmeye yönelik zor kullanılması ya da hukuka aykırı başka yöntemlere başvurulması hemen her ülkede görüldüğünden bunu önlemek amacı ile ayrıntılı düzenlemelere gidilmiştir.²³⁶ Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğin araştırılması olmakla birlikte, maddi gerçeğin her ne pahasına olursa olsun

²³³ Nsereko, D.D.N., **a.g.m.**, 2008, s.30.

²³⁴ Nsereko, D.D.N., **a.g.m.**, s. 61.

²³⁵ N. Toroslu-M. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 178.

²³⁶ Nurullah Kunter-Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, 2010, C. 2, s., 147.

araştırılması şeklinde bir ilke tanınmamaktadır.²³⁷ CMK'nun 147. maddesinde şüpheli ya da sanığın ifadesi alınırken uyulacak usul kuralları ve şüpheli ya da sanığın hakları, 148. maddede de ifade alma ve sorguda yasak usuller gösterilmiştir. İfade ve sorgu usulünün, söylediği sözlerin aleyhine delil olarak kullanılma ihtimali bulunan şüpheli ya da sanığın hangi haklardan mahrum kaldığını göstermesi açısından konumuzla doğrudan ilişkisi vardır. Örneğin kendisinin güvenini kazanan, gizli soruşturmacıyla sohbet ettiği zannı ile hareket eden kişi tamamen savunmasız bir şekilde aleyhine tutulacak tutanağın içeriğini dolduruyor olabilir.

Ceza Muhakemesi Hukuku doktrininde ifade alma ve sorgu farklı kavramlar olarak mütalaa edilmekte olup ifade alma şüphelenilen kimsenin kolluk ya da Cumhuriyet Savcısına sözlü olarak beyanda bulunması, sorulan soruları cevaplandırması, işlediği iddia olunan suç ile ilgili olarak yetkili makama bilgi vermesidir; buna karşılık sorgu ise hakim tarafından şüpheli ya da sanığın işlediği iddia olunan suçla ilgili olarak beyanının alınmasıdır.²³⁸ Henüz şüphelenilen kimse yoksa örneğin olay yerinde bulunan, olay yerine yakın çevrede oturan kişilere ya da işyeri sahiplerine sorulan sorular bilgi toplama olarak adlandırılmaktadır.²³⁹

CMK'nun 147. maddesi uyarınca şüpheli ya da sanığın ifadesinin alınmasında ya da sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur:

²³⁷ Cumhur Şahin, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Ankara, 1994, s.174.

²³⁸ N. Kunter-F. Yenisey-A. Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 147; Bahri Öztürk, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2007. s. 441; Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2010. s. 338; Cumhur Şahin, **a.g.e.**, 1994, s. 63.

²³⁹ Nurullah Kunter-Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoğlu, **a.g.e.**, , s. 824.

a) Şüpheli veya sanığın kimliği saptanır. Şüpheli veya sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmakla yükümlüdür.

b) Kendisine yüklenen suç anlatılır.

c) Müdafii seçme hakkının bulunduğu ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği, müdafinin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafii seçecek durumda olmadığı ve bir müdafii yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafii görevlendirilir.

d) 95. madde hükmü saklı kalmak üzere, yakalanan kişinin yakınlarından istediğine yakalandığı derhal bildirilir.

e) Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir.

f) Şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını isteyebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe nedenlerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek olanağı tanınır.

g) İfade verenin veya sorguya çekilenin kişisel ve ekonomik durumu hakkında bilgi alınır.

h) İfade ve sorgu işlemlerinin kaydında teknik imkanlardan yararlanılır.

ı) İfade veya sorgu bir tutanağa bağlanır. Bu tutanakta aşağıda belirtilen hususlar yer alır:

1. İfade alma veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarih.
2. İfade alma veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği.

3. İfade almanın veya sorgunun yapılmasında yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, bu işlemler yerine getirilmemiş ise nedenleri.
4. Tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafî tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı.
5. İmzadan çekinme halinde bunun nedenleri.

Yukarıda sayılan haklar şüpheli ya da sanığın beyanda bulunurken özgür iradesi ile hareket etmesini ve beyanının özgür iradesine dayanmasını sağlamak için konulmuştur. CMK'nun 148. maddesine göre: “Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz. Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez. Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez. Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmaz. Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılabilir.”

Görüldüğü gibi öngörülen teminatlarla şüpheli ya da sanığın beyanının tamamen özgür iradesine dayanması hedeflenmiştir. Bir zamanlar ikrar için işkenceyi makul gören anlayış, çağımızda yerini beyanın şüpheli ya da sanığın tamamen özgür iradesine dayanması gerektiği anlayışına bırakmış olup, şüpheli ya da sanığın iradesine yönelik tecavüzün en küçüğünden işkenceye kadar her türlü hukuka aykırı delil kavramı dahilindedir. Kısaca sanık avukat yardımından istifade, susma ve savunma hakları ile isnad konularında aydınlatılır.²⁴⁰

²⁴⁰ Bahri Öztürk, **a.g.e.**, s. 478; Victoria Newnham Matthews, “Miranda Rule is a Constitutional

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi usulü uygulandığında şüpheli ya da sanık CMK'nun 147. ve 148. maddesinde öngörülen güvencelerden mahrum kalmaktadır.

4. HUKUK SİSTEMİMİZDE MUHBİR, AJAN PROVOKATÖR ve GİZLİ SORUŞTURMACI

4.1. AJAN, AJAN PROVOKATÖR VE MUHBİR KAVRAMLARI

4.1.1 Genel Olarak

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesi uyarınca, belli suçların soruşturulmasında, soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde Ağır Ceza Mahkemesi tarafından kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir.²⁴¹ Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi müessesesi 05.06.2005 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile hukuk sistemimize girmiştir. Daha önce yürürlükte olan mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun 5. maddesinde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesinde öngörülen düzenleme ile benzer özellikler taşıyan “gizli görevli” kullanılması usulü

Rule”, **Am. J. Crim. L.**, 1999-2000. s. 421.

²⁴¹Maddenin 6526 sayılı kanun ile değiştirilmeden önceki haline göre gizli soruşturmacı görevlendirmesi kural olarak hakim tarafından, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından verilecek bir karar ile mümkündür.

düzenlenmiştir.²⁴²

Gizli Soruşturmacı müessesesinin açıklanabilmesi için ajan-ajan provokatör-tahrikçi ajan, muhbir, kavramlarının da açıklanması gerekmektedir. Bu çerçevede öncelikle bu kavramların açıklanması ile başlamak gerektiğini düşünüyoruz.

4.1.2. Ajan

Ajan bir anlamıyla casus kelimesi ile eş anlamlı olup bir devlet veya kuruluşun gizli amaçları için çalışan kimseyi, diğer anlamıyla bir kimsenin, bir ortaklığın veya bir devletin bazı işlerini yapan kimseyi, temsilciyi ifade etmektedir.²⁴³ Devletin istihbarat amaçlı gizli amaçları için çalışan kimseler 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'na tabidir. 2937 sayılı kanunda MİT'in kuruluşu, görevleri, yetkileri ve sorumluluğu düzenlenmiştir. MİT mensupları kanunda öngörülen şartlar dahilinde, Başbakan'a bağlı MİT müsteşarlığı bünyesinde faaliyet gösterirler. 2937 sayılı kanunun 4. maddesine göre MİT'in görevleri şunlardır:

²⁴² 4422 sayılı kanunun 5. maddesine göre: “Bu Kanunun kapsamına giren suçların soruşturulmasında, diğer tedbirlerin yeterli olmadığına anlaşıldığında, kamu görevlileri gizli görevli olarak kullanılabilir.

Gizli görevli gerektiğinde örgüt içine de sızarak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili diğer delil, iz, eser ve emareleri toplamakla yükümlüdür.

Gizli görevli, 1 inci maddede yazılı suçları işlediğinden şüphe edilen bir veya birden çok kişinin gözetlenmesi ile görevlendirildiğinde, bu kişilerin evvelce suç işlemiş olması veya bu Kanunda öngörülen suçları işlemesi tehlikesinin varlığını gösteren somut belirtilerin bulunması veya suç işlemeyi meslek veya alışkanlık haline getirmiş olmaları gereklidir.

Gizli görevli, görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz. Gizli görevli görevini yerine getirirken suç işleyemez.

Gizli görevlinin kimliği saklı tutulur.

Bu maddenin uygulanması, gizli görevlinin kendisinin ve aile bireylerinin güvenlikleri yönünden benzeri bir göreve atanması için gerekli hususlar, İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.”

²⁴³ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

“a) Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında milli güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak.

b) Devletin milli güvenlik siyasetiyle ilgili planların hazırlanması ve yürütülmesinde; Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile ilgili bakanlıkların istihbarat istek ve ihtiyaçlarını karşılamak.

c) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat faaliyetlerinin yönlendirilmesi için Milli Güvenlik Kurulu ve Başbakana tekliflerde bulunmak.

d) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat ve istihbarata karşı koyma faaliyetlerine teknik konularda müşavirlik yapmak ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcı olmak.

e) Genelkurmay Başkanlığınca Silahlı Kuvvetler için lüzum görülecek haber ve istihbaratı, yapılacak protokole göre Genelkurmay Başkanlığına ulaştırmak.

f) Milli Güvenlik Kurulunda belirlenecek diğer görevleri yapmak.

g) İstihbarata karşı koymak.

Milli İstihbarat Teşkilatına bu görevler dışında görev verilemez ve bu teşkilat Devletin güvenliği ile ilgili istihbarat hizmetlerinden başka hizmet istikametlerine yöneltilemez. Milli İstihbarat Teşkilatı birimlerinin görev, yetki ve sorumlulukları Başbakanca onaylanacak bir yönetmelikte belirtilir.”

2937 sayılı kanunun 4. maddesinin a bendinde yapılacak istihbarat faaliyetinin

kapsamı, hangi amaçla yapılacağı ve yapılan istihbarat faaliyetinin hangi makamlara ulaştırılacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında milli güvenlik istihbaratının bir ceza soruşturmasında, örneğin bir terör örgütünün faaliyetlerinin ortaya çıkarılması noktasında kullanılması mümkündür. Şöyle ki, terörist faaliyetlerde bulunan kişilerin yapılan istihbarat çalışmaları sonucunda tespit edildikten sonra bu kişilerin faaliyetlerinin ilgili makamlara bildirilmesi gerekmektedir. İlgili makamlar da bu bilgileri nihai olarak emirlerindeki aynı zamanda adli kolluk görevlisi olarak hizmet veren kamu görevlilerine ulaştıracaklardır ya da işlenen suç hakkında ihbarda bulunacaklardır. Bu aşamadan sonra Cumhuriyet Savcısının yapacağı soruşturma gündeme gelecektir. Bu çerçevede MİT'nin yaptığı istihbarat faaliyetinin kötüye kullanılması, soruşturma makamlarının yerine geçmesi söz konusu olmaz. Buna karşılık 4. maddede sayılan çerçevenin dışında kalan suçlar bakımından elde edilen bilgiler kullanılamaz ve bu çerçevede dışta kalan suçlar bakımından delil elde etmek için istihbarat faaliyetinde bulunulamaz. 4. madde kapsamı dışında kalan suç ne olursa olsun istihbarat faaliyeti çerçevesinde elde edilen delil ceza soruşturmasında kullanıldığında hukuka aykırı delildir.

03.11.1983 tarihli Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin "suçların jandarma tarafından öğrenilmesi" başlıklı 84. maddesinin (f) bendinde, "İstihbarat teknikleri çerçevesinde yapılan çalışmalar ve ajan, muhbir ve mutemet olarak nitelenen kimselerden gizli haber elde edilmesiyle" şeklindeki düzenleme ile istihbarat faaliyetleri çerçevesinde ya da ajan, muhbir ve mutemet olarak

nitelenen kimselerden gizli haber elde edilmesini suçun öğrenilme şekilleri arasında saymıştır. Soruşturma aşamasının tabii olduğu ilkeler ve soruşturma evresinde suçun öğrenilme şekillerine yukarıda değinmiştik.²⁴⁴ Soruşturma evresinin amacı suç, suçla ilgili delilleri, suçun kim tarafından işlendiğini araştırmaktır. Soruşturma faaliyeti, soruşturma makamları tarafından, hukuk sisteminin bütününe ışık tutması ve yön vermesi gereken ilkeler çerçevesinde yerine getirilmek zorundadır. Bu kapsamda suçun öğrenilme şekilleri de CMK.'nunda, AY.'da, AİHS.'nde öngörülen normlara ve hukuk mantığına da uygun olmak zorundadır. Temel hak ve hürriyetlere müdahale vasfındaki her düzenlemenin kanun seviyesinde olması, müdahalenin demokratik bir hukuk devletinde gerekli olması, müdahale ve amaç arasında kabul edilebilir sebep sonuç ilişkisinin bulunması, bir başka anlatımla ölçülülük ilkesine uygun davranılmış olması gereklidir. Söz konusu yönetmeliğin 84. maddesi, kanunda yeri olmayan bir müesseseye yer vermiş olduğundan kanuna aykırıdır. Kanunla düzenlenmesi gereken bir müessesenin yönetmelikle düzenlenmesi de 84. maddeyi aynı zamanda AY.'ya ve AİHS.'ne aykırı hale getirmektedir.²⁴⁵ Bir an için yönetmeliğin 84. maddesinin hukuka uygun ve geçerli olduğu kabul edilirse CMK.'nunda düzenlenmiş olan gizli soruşturmacı müessesesine pek gerek kaldığı iddia edilemeyecektir. Sonuç olarak ve özetle şunu söylemek gerekir ki, 84. madde kapsamında elde edilen bilgi ve deliller hukuka uygun değildir ve mahkumiyet kararına esas olamaz.

²⁴⁴ Birinci bölüm, dördüncü başlık vd.

²⁴⁵ V. Ö. Özbek, **a.g.e.**, 2003, s. 18.

4.1.3. Ajan provokatör(Kışkırtıcı Ajan-Tahrikçi Ajan)

4.1.3.1.Kavram

Ajan provokatör, kışkırtıcı ajan ve tahrikçi ajan kavramları aynı şeyi ifade etmektedir.²⁴⁶ Bir görüşe göre ajan provokatör tarihsel bakımdan ceza hukukunun var olduğu her yerde var olmuştur ancak kavrama ilişkin ilk izleri Roma Hukukunda bulmak olanaklıdır.²⁴⁷ Diğer bir görüşe göre ise ajan provokatörlük kurumu Fransa da ortaya çıkmış olup iktidar karşıtı muhalifleri ortaya çıkarmak için kullanılmışlardır.²⁴⁸ Ajan provokatör, hukuk sistemlerinin vazgeçemediği bir polis taktiği işlevi görerek; otoriter düzenlerde muhalifleri bastırmak, demokratik düzenlerde suçla mücadele aracı olarak sürekli bir şekilde kullanıla gelmiştir.²⁴⁹ 5271 sayılı kanununun 139. maddesi ile hukuk sistemimize giren gizli soruşturmacı ile ajan provokatör farklı kavramlardır.²⁵⁰ Gizli soruşturmacı CMK'nun 139. maddesinde düzenlenmiş olmasına karşılık ajan provokatörün kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır. "Gizli soruşturmacı" yasal şartlar çerçevesinde görevlendirilen kamu görevlisi olup, izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin araştırmalarda bulunan, bu örgütün faaliyetleri kapsamında işlenen suçlarla ilgili delil toplayan kişiye denir.²⁵¹ Bu nedenle gizli soruşturmacının ajan provokatör olarak hareket etmesi hukuka uygun değildir.

²⁴⁶ E. Şen, **a.g.e.**, s. 148.; M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 85; Timur Demirbaş, **a.g.e.**, s. 496.

²⁴⁷ Ozan Ercan Taşkın, **Kışkırtıcı Ajan**, (Doktora Tezi), Eskişehir, 2008, s. 7. (<http://www.belge.com>).

²⁴⁸ V. Ö. Özbek, **a.g.e.**, s. 447.

²⁴⁹ O. E. Taşkın, **a.g.e.**, s. 1.

²⁵⁰ E. Şen, **a.g.e.**, s. 148.;Necati Meran, **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Takip**, Ankara, 2009. s. 306.; N. Centel-H. Zafer, **a.g.e.**, s. 420. Buna karşılık Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 2006/13047 E., 2007/547 K. sayılı kararında "sanık Erkan Çiftçi suça konu uyuşturucu maddeleri alıcı rolündeki gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen jandarma görevlilerine satarken yakanlanmasından sonra..." ifadesiyle aslında ajan provokataör olarak hareket eden bir gizli soruşturmacı bulunduğu anlaşılmaktadır.

²⁵¹ E. Şen, **a.g.e.**, s. 85.

Toroslu'ya göre: “ajan provokatör, suçluları ortaya çıkarmak ve cezalandırılmalarını sağlamak için onları suça iten kimsedir.”²⁵² Erdem'e göre: “ajan provokatör, kovuşturma organlarının talimatı üzerine, üçüncü kişilerin suç işlemesine neden olan veya onlara etki ederek suç işlemeye yönelten kişidir.”²⁵³ Şen'e göre: “ajan provokatör, devlet organlarının himayesiyle ve/veya kontrolü altında bulundurduğu kişileri bir suç işlemeye teşvik eden, yönlendiren kişidir.”²⁵⁴ Dönmezer-Erman'a göre: “Ajan provokatör suçtan doğan zararların gerçekleşmesini istemeyen buna karşılık suça yabancı olan diğer bazı çıkarları elde etmek isteyen(ödül kazanmak, terfi etmek, göze girmek, suçun sübuta ermesini sağlayacak sağlam deliller elde etmek, suç işleyenlerin cezalandırılmasını sağlamak, suçüstü halinde yakalamak) ve bu nedenle bir kişiyi suç işlemeye sevkeden kişidir.” Hakeri'ye göre: “Bir kimseyi suç işlemeye sevk edip de, suçun gerçekten işlenmesini ve suçtan doğacak zararlı ve tehlikeli sonucu istemeyen kimselere Ajan provokatör adı verilmektedir.”²⁵⁵ Soyaslan'a göre: “Bir kişinin aslında hemfikir olmadığı halde başkalarıyla hemfikir görünerek faili veya failleri güvenlik güçlerine yakalatmak için onları suç işlemeye tahrik etmesi halinde tahrikçi ajanlık sözkonusu olur.”²⁵⁶ Demirbaş'a göre: “tahrikçi ajan, kovuşturma organlarının talimatı üzerine üçüncü kişilerin bir suç işlemesine neden olan veya onlara etki yaparak suç işlemeye yönelten kişidir.”²⁵⁷ Centel-Zafer-Çakmut'a göre: “tahrikçi ajan, kişiyi suça yönelten, ancak suçun işlenmesinden doğrudan doğruya bir çıkarı bulunmayan ve suçtan doğacak tehlikeli veya zararlı

²⁵² Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s. 316.

²⁵³ M. R. Erdem, **a.g.e.**, s.85.

²⁵⁴ E. Şen, **a.g.e.**, s. 148.

²⁵⁵ Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, Ankara, 2005, s. 317.

²⁵⁶ Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, Ankara, 2012, s. 504.

²⁵⁷ T. Demirbaş, **a.g.e.**, s. 496.

neticenin gerçekleşmesini de aslında istemeyen kişidir.²⁵⁸ Yüce'ye göre: “ajan provokatör, suçu işletip yakalatmak üzere bir kimsede suç kararı uyandıran kışkırtıcıdır.”²⁵⁹ Taşkın'a göre: “ajan provokatör, bir yandan başkalarını suça iterek onların cezalandırılmasını isterken diğer yandan suçun gerçekleşmemesini isteyen kişidir.”

Yukarıdaki görüşler ışığında ajan provokatörden bahsedebilmek için şu özelliklerin bulunması gerekmektedir:

1- Ajan provokatör kendisini görevlendiren soruşturma makamlarının emir ve talimatları doğrultusunda hareket eder.

2- Ajan provokatör olarak görevlendirilen kişi suçun sonucunun gerçekleşmesini ve suçtan doğan yararı(fail bakımından) aslında istememektedir, istiyor görünmektedir.

3- Ajan provokatörün amacı suçun gerçekleşmesinden doğan yararın dışındaki başka bir yararadır. Bu yarar ödül, terfi, suçun ve suçlunun ortaya çıkarılması vb. bir yarar olabilir.

4- Ajan provokatör suçun işlenişine azmettirme(m. 38) ya da yardım etme(m. 39) şeklinde iştirak etmektedir.

Ajan provokatörün suça iştiraki faili suça itme, yöneltme, sevk etme kelimeleri ile ifade edilmiştir. Ajan provokatörün bu şekildeki iştiraki esasen manevi iştirak kalıplarına uysa da ajan provokatör örneğın suça ittiğı kişi ya da kişilerin güvenlerini kazanmak maksadı ile maddi iştirak kalıplarına uyan davranışlarda da

²⁵⁸ Nur Centel-Hamide Zafer-Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul, 2011, s. 497.

²⁵⁹ Yüce, TuranTufan “Ajan Vasıtasıyla İşletilen Suçların Cezalandırılması ve İlgili Yargıtay Kararları Üzerinde Düşünceler”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1988. s. 13.

bulunabilir. Kışkırtıcı davranış, işlenmekte olan bir suça katılmak, işlenecek bir suça katılmak veya fiili bir durum yaratmak şeklinde söz konusu olabilir.²⁶⁰

Sonuç olarak ajan provokatörü, suçun işlenişine azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak etmek suretiyle, suçların ve suçluların ortaya çıkarılması amacı ile hareket eden, suçun işlenmesini ve suçtan doğacak zararı istemeyen, görevlendirildiği soruşturma organlarının emir ve talimatları doğrultusunda hareket eden kişi olarak tarif etmek mümkündür. Ajan provokatör olarak görevlendirilen kişi kamu görevlisi olabileceği gibi herhangi bir kişi de olabilir.²⁶¹ Ajan provokatörün kamu görevlisi olması uygulanan yöntemin eğitimli kişiler tarafından hukuk dışına taşırılmadan yürütülmesi, başıboşluğun engellenmesi, usulün kötüye kullanılmaması bakımından gereklidir. Korunan hak veya menfaatin zarara uğrama olasılığını en aza indirme olanak ve bilgisine sahip kamu görevlisi ajan provokatör yanında, özel kişi ajan provokatörün bu donanım ve güce yasal olarak sahip olması düşünülemez.²⁶² İnsan haklarına saygılı bir hukuk devletinde suçların ve suçluların ortaya çıkarılması dışındaki bir amacı temel olarak ajan provokatörü tanımlamanın kabul edilebilir olmadığını düşünmekteyiz. Ayrıca suç işlemeye kararlı ve hazır kişiyi yakalamak veya yakalatmak amacıyla suça iten kimsenin de ajan provokatör olduğu görüşü bizce de isabetlidir.²⁶³

4.1.3.2. Ajan provokatör Uygulamasının Kanuni Dayanağı

Günümüzde bireysel suçluluk bir yana suç örgütleri tarafından işlenen ve kamu düzenini ve toplumun tamamını ilgilendiren suç türleriyle mücadelede ortaya

²⁶⁰ O. E. Taşkın, **a.g.e.**, s. 9.

²⁶¹ O. E. Taşkın, **a.g.e.**, s. 16.

²⁶² O. E. Taşkın, **a.g.e.**, s. 31.

²⁶³ O. E. Taşkın, **a.g.e.**, s. 8.

çıkan zorlukların soruşturma organlarını yeni yöntemlere yönlendirdiği bir gerçektir. Almanya'da yapılan bir araştırmaya göre: “*Uyuşturucu madde ticareti ve kaçakçılığı, silah ticareti ve kaçakçılığı, zorla koruma parası alma(haraç), izinsiz iş sağlamaya aracılık etme ve bununla meşguliyet, yabancılara yasa dışı yollarla ülkeye sokulması, markalarda sahtecilik, altın kaçakçılığı, yatırım dolandırıcılığı, peşin olmayan ödeme araçlarında sahtecilik ve bunların kötüye kullanılması, kalpazanlık, yüksek değerli motorlu taşıt araçlarının , kamyon, konteyner ve gemi yüklerinin el altından satılması, sigorta kurumları aleyhine dolandırıcılık, sonradan suç konusunun belli merkezli olarak dağıtıldığı hırsızlık, zehirli atıkların yasa dışı yoldan etkisiz hale getirilmesi, yasa dışı teknoloji transferi suçları*²⁶⁴ organize suçluluk bakımından tipik suçlardan sayılmıştır.

Ajan provokatör günümüzde uyuşturucu maddelerin ticareti, silah ve tarihi eser kaçakçılığı, fuhuş gibi suçların ortaya çıkarılmasında kullanılmaktadır.²⁶⁵ Yukarıda örgüt faaliyetleri çerçevesinde tipik sayılan suçlar ve ajan provokatör kullanıldığı belirtilen suçların ortak özelliği, suçların belli ağırlıkta olması ve nispeten bu suçlarla mücadelenin daha zor olmasıdır. Görevlendirilen kolluk görevlisi iştirak eden ya da suç mağduru rolünde hareket etmektedir. Böyle bir kurgu ile hareket eden kolluk görevlisi işin doğası gereği, şüphelilerle görüşmekte, bu kişilerle ilişki içerisine girmekte ve bu kişiler hakkında bilgi toplamaktadır. Yani temel hak ve hürriyetlere müdahale vasfında bir eylem söz konusudur. CMK’nda daha önemsiz ya da ayrıntı sayılabilecek düzenlemeler mevcuttur. CMK’nda öngörülen müesseseleri ve usul işlemlerinin ne şekilde yapılacağına dair usul kurallarını önem sırasına koymak ya da koymaya çalışmak

²⁶⁴ M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 47(naklen).

²⁶⁵ Jerold H Israel, **Criminal Procedure and The Constitution**, St. Paul, Minn., 1997, s. 231.

belki anlamsız olacaktır ancak temel hak ve hürriyetleri güvence altına alan, kanuni idare ve devlet faaliyetlerinin belirliliği ilkelerini benimsemiş, usulün kötüyeye kullanılmasının ağır sonuçlarını kavramış bir hukuk devletinde ajan provokatör görevlendirilmesinin ya kanuni bir dayanağı bulunmalı ya da yasal dayanağı bulunmayan bu müessese kesinlikle uygulanmamalıdır.

4.1.3.3. Ajan provokatörün Suça İştirak Şekli

Kanunen tek kişi tarafından işlenebilmesi mümkün olan bir suçun, birden fazla kişinin birlikte işlemesine iştirak ya da suça katılma denir.²⁶⁶ Türk Ceza Kanunu'nda iştirak 37 ve 38. maddelerinde faillik, 39. maddesinde yardım etme olmak üzere iki başlık altında düzenlenmiştir. İştirak maddi iştirak ve manevi iştirak olmak üzere ikiye ayrılabilir.²⁶⁷ Asli iştirak, asli maddi iştirak “fiili gerçekleştiren ve bir başkasını araç olarak kullanan” ile asli manevi iştirak “azmettirme” olarak ikiye ayrılır.²⁶⁸ Feri maddi iştirak “araçları sağlamak ya da suçun icrasını kolaylaştırmak”, feri manevi iştirak “teşvik etmek, suç işleme kararını kuvvetlendirmek, vaade bulunmak, suçun işlenmesinde yol göstermek” başlıkları altında incelenebilir.²⁶⁹

Ajan provokatör asli fail ya da ferî fail olabilir. “*Çağdaş öğretisi, ceza normunda korunan değer ihlali bakımından, aynı kişiden kaynaklı olabilecek davranışı, manevi veya maddi olarak ayırmayı yanlış bulmuştur. Günümüz dünyasında ajan provokatör bir yandan klasik figürü(ajan provokatörü sadece manevi katılan*

²⁶⁶ Zeki Hafizoğulları-Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, Ankara, 2010. s. 346; Timur Demirbaş, **a.g.e.**, s. 463; H. Hakeri, **a.g.e.**, s. 288.; N. Centel-H. Zafer-Ö. Çakmut, **a.g.e.**, s. 472. D. Soyaslan, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s., 489; N. Toroslu, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s. 295; Devrim, Aydın, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Ankara, 2009. s. 24.

²⁶⁷ Z. Hafizoğulları-M. Özen, **a.g.e.**, s. 350,367.; T. Demirbaş, **a.g.e.**,s. 466.; N. Toroslu, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s. 308; D. Soyaslan, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, 489; N. Centel-H. Zafer-Ö. Çakmut, **a.g.e.**, s. 484; D., Aydın, **a.g.e.**, s. 94.

²⁶⁸ Z. Hafizoğulları-M. Özen, **a.g.e.**, s. 367.; T. Demirbaş, **a.g.e.**, s. 467.

²⁶⁹ Z. Hafizoğulları-M. Özen, **a.g.e.**, s. 367.; T. Demirbaş, **a.g.e.**,s. 467.

olarak ele alan dar yaklaşım) içerisine alırken diğer taraftan bir güncellemeyi içine almak daha doğru bir tanımlamayla oluşturmak zorundadır. Suça manevi katılma noktasında sınırlandırılmış bir kavramlaştırmanın bugünün gereksinimlerine yanıt verme olanağı yoktur. Manevi katılmayla kışkırtmayı sınırlayan dogmatik yaklaşımın aşılması ve ajan provokatörün geniş anlamda tarif edilmesi gerekir. Yani ajan provokatör figürü maddi katılma biçimlerini de kapsar biçimde tasvir edilmek zorundadır.”²⁷⁰ Ajan provokatörün fiili, iştirakin varlığı için gerekli tüm maddi ve manevi unsurları taşımaktadır.²⁷¹ Fiili birlikte gerçekleştiren, suç tipinde belirtilen hareketi yapandır.²⁷² Başkasını araç olarak kullanan dolaylı fail, özgür iradesi ile hareket edemeyen bir başkasını suça yöneltmektedir ve burada dolaylı faillik söz konusudur.²⁷³ Suça azmettirme, başlangıçta suç işleme kararı bulunmayan, aklında hiçbir şekilde suç işleme fikri bulunmayan kişiye bu kararı vermesini temin ederek suç işlemesini sağlamaktır.²⁷⁴ Suç işlemeye teşvik suç işleme düşüncesi olan fakat bu konuda karar almamış olan kişiye, suç işleme kararı aldırarak suretiyle, onu suç işlemeye yöneltmektir.²⁷⁵ Suç işleme kararını kuvvetlendirme şeklindeki ferî manevi iştirak türünde iştirak eden daha önce suç işleme kararını vermiş olan bir diğerinin icra aşamasına geçmesi için onu takviye etmektir.²⁷⁶ Diğer ferî iştirak türleri ise fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunmayı vaat etme, suçun nasıl işleneceği

²⁷⁰ O. E. Taşkın, **a.g.e.**, s., 38.

²⁷¹ D. Aydın, **a.g.e.**, s. 243.

²⁷² Z. Hafizoğulları-M. Özen, **a.g.e.**, s. 368.; T. Demirbaş, **a.g.e.**, s. 471.; Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s. 325; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s. 494; N. Centel-H. Zafer-Ö. Çakmut, **a.g.e.**, s. 485;D., Aydın, **a.g.e.**, s. 132.

²⁷³ Z. Hafizoğulları-M. Özen, **a.g.e.**, s. 371.; N. Centel-H. Zafer-Ö. Çakmut, **a.g.e.**, 485.

²⁷⁴ Z. Hafizoğulları-M. Özen, **a.g.e.**, s. 371.; N. Centel-H. Zafer-Ö. Çakmut, **a.g.e.**, s. 488.; T. Demirbaş, **a.g.e.**, s. 471.; N.Toroslu, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s. 326;Devrim, Aydın, **a.g.e.**,s. 165.

²⁷⁵ Z. Hafizoğulları-M. Özen, **a.g.e.**, s. 373.; T. Demirbaş, **a.g.e.**,s. 490.; N. Toroslu, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s. 327; N. Centel-H. Zafer-Ö. Çakmut, **a.g.e.**, s. 491;D. Aydın, **a.g.e.**, s. 185.

²⁷⁶Z. Hafizoğulları-M. Özen, **a.g.e.**, s. 373.; T. Demirbaş, **a.g.e.**, s. 490; N. Toroslu, , **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s. 327; N. Centel-H. Zafer-Ö. Çakmut, **a.g.e.**,s. 492;Devrim, Aydın, **a.g.e.**, s. 186.

konusunda yol gösterme, fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlama ve suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunmadır(TCK m. 39/2).

Örnek olarak, ajan provokatör, uyuşturucu tacirleri ile birlikte uyuşturucu maddeyi bir yerden bir yere naklettiğinde fiili birlikte gerçekleştiren(37/1), maddi imkansızlık içerisinde olduğunu bildiği eski bir uyuşturucu satıcısının suç işleme düşüncesi yokken bu kişinin uyuşturucu ticareti yapmaya yönelttiğinde azmettiren(38/1), daha iyi bir hayat yaşamak için uyuşturucu satmanın elverişli olacağını, tanışmış olduğu bu işi yapan kişilerle irtibata geçip geçmemek konusunda kararsız olan ancak bunu yapmayı düşünen üniversite öğrencisini uyuşturucu ticaretine yönlendirdiğinde teşvik eden(39/2), artık düşünce aşamasını geçmiş uyuşturucu ticareti yapmaya karar vermiş üniversite öğrencisine, daha iyi bir hayat yaşamak için bunun gerekli olduğunu aşılıyarak onu suça yönelttiğinde suç işleme kararını kuvvetlendiren(39/2), suç işlendikten sonra bir problem çıkması durumunda yardım vaadinde bulunduğu vaatte bulunan(39/2), uyuşturucu ticaretinde nelere dikkat etmesi gerektiği, nasıl kendisini kamufle etmesi gerektiği hususunda bilgiler verdiği yol gösteren(39/2), bir taksi temin ettiğinde araç sağlayan, suçun işlenmesi sırasında ya da işlendikten sonra önemsiz ve ikincil nitelikte bir yardımda bulunduğu yardım eden(39/2) sıfatları ile suça iştirak etmiş olmaktadır.

Aleni bir şekilde yasadışı piyango düzenleyen kişiden bilet alması durumunda örneklendiği gibi, ajan provokatörün yeni bir suçun işlenmesine katkısı bulunmayan, daha önce işlenmiş suçun delillerinin toplanması vasfındaki

davranışları suça kışkırtma sayılmaz.²⁷⁷

Örneklerimizde ifade etmeye çalıştığımız gibi ajan provokatör suçun ve suçluların ortaya çıkarılabilmesi için bütün iştirak türleri çerçevesinde suça iştirak edebilir. Yani ajan provokatör suça yönelttiği kişilerin şüphelerini yok etmek daha inandırıcı olmak adına sadece asli ya da ferî manevî iştirak tarzında değil asli ya da ferî maddî iştirak şekillerinde de suça iştirak edebilir. Tamamlanmış suça iştirak ettiğinde tamamlanmış suçun şeriki, teşebbüs aşamasında kalmış bir suça iştirak ettiğinde teşebbüs aşamasında kalmış suçun şerikidir. Tamamlanmış ya da teşebbüs aşamasında kalmış suça iştirak eden ajan provokatörün cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ise ayrıca incelenecektir.

4.1.3.4. Ajan provokatör kullanımının Gerekliliği

Teknolojik gelişme ve globalleşme sonucunda suç ve suçluların çeşitlenmesi, örgütlü şekilde işlenen suçların ortaya çıkarılması ve bu suçlara karşı verilen mücadeledeki güçlükler, terörist faaliyetlerin önüne geçme çabası, devletleri daha sert önlemler almaya, yukarıda izah edilen suçlarla mücadelede müdahaleci yöntemlere başvurma zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Ajan provokatör kullanımı özellikle örgütlü suçların ortaya çıkarılmasında, uyuşturucu kaçakçılığı gibi toplumun tümünü ilgilendiren ve toplumun tümü bakımından zararlı sonuçlar doğuran suçlar bakımından gerekli olabilmektedir. Alman uygulamasına göre; özellikle ortaya çıkarılması zor olan uyuşturucu madde ticareti gibi suçlarla mücadelede ajan provokatörün kullanılması bir zorunluluktur.²⁷⁸ Kanuni dayanağa sahip olmak ve belli suçlar bakımından yargısal makamların denetimi altında

²⁷⁷ O. E. Taşkın, **a.g.e.**, s. 40.

²⁷⁸ O. E. Taşkın, **a.g.e.**, s., 170

uygulanmak şartıyla ajan provokatör kullanımının gerekli olduğunu düşünmekteyiz.

4.1.3.5.Ajan provokatörün Cezalandırılması Problemi

Yukarıda izah edildiği üzere ajan provokatör suça azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak edebilir. Yardım eden olarak suça iştirak ettiğinde örneğin suçun işlenmesinde kullanılan araçları sağladığında ve bu araçlar suçun işlenmesi için kullanıldığında suçun icra hareketlerine başlanmış olabilir, icra hareketlerine başlanan suç tamamlanmış olabilir. Azmettiren olarak iştirak ettiğinde suçun icra hareketlerine başlanmış olabilir ya da suç tamamlanmış olabilir. Sonuç olarak ajan provokatör tarafından iştirak edilen suç teşebbüs aşamasında kalabilir ya da tamamlanır. Bu durumda aslında suçun ortaya çıkarılması için hareket eden ve suçtan doğması umulan sonucu istemeyen ajan provokatörün cezalandırılıp cezalandırılmayacağı problemi gündeme gelir. Yani tamamlanmış ya da teşebbüs aşamasında kalmış bir suça iştirak eden ve iştirak hükümleri çerçevesinde cezalandırılması gereken suç failinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı meselesi ortaya çıkar.

Ajan provokatörün cezalandırılıp cezalandırılmayacağı meselesi ülkemizde olduğu gibi başka ülkelerde de oldukça tartışmalıdır. Dönmezer-Erman, ajan provokatörün cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusundaki teorileri dört başlık altında toplamıştır. Bunlar: “1-Suçun sadece şekli olarak tamamlanmasını isteyen tahrikçinin cezalandırılmayacağı teorisi, 2- Suçun sadece teşebbüs derecesinde kalmasını isteyen tahrikçinin cezalandırılmayacağı teorisi, 3- Tahrikçinin bir zabıta memuru olması halinde cezalandırılmayacağı teorisi, 4-

Tahrikçinin işlenemez bir suça sevketmesi halinde cezalandırılmayacağı teorileridir.²⁷⁹

Suçun sadece şekli olarak tamamlanmasını isteyen tahrikçinin cezalandırılmayacağı teorisine göre, suçun maddi tamamlanması ile şekli tamamlanması birbirinden ayrıldığı, maddi tamamlanmanın suç tarafından korunan hak ve yararın ihlal edilmesi halinde ortaya çıkacağı, şekli tamamlanmanın suç tarafında korunan hak ve yararın ihlal edilmemiş olması halinde ortaya çıkacağı, ajan provokatörün maddi tamamlanmayı istemediği sadece şekli tamamlanmayı istediği, şekli tamamlanma halinde cezalandırılmaması, maddi tamamlanma halinde azmettiren olarak cezalandırılması gerektiği ifade edilmiştir.²⁸⁰

Suçun sadece teşebbüs derecesinde kalmasını isteyen tahrikçinin cezalandırılmayacağı teorisine göre, ajan provokatör suça yönelttiği kimsenin işlemeyi kastettiği suçu teşebbüs aşamasına kadar işlemesini, icra hareketlerini tamamlayamadan fiilin sona ermesini istemişse cezalandırılmamalı, aksi takdirde azmettiren olarak cezalandırılmalıdır.²⁸¹ Bu teoriye göre, ajan provokatörün suçun tamamlanması için zamanında müdahale etmeyi tasarlamış olmasına rağmen bunu yapmayıp da suçun tamamlanmasının önüne geçemediği durumlarda taksirli bir suçtan dolayı cezalandırılması gerekir.²⁸²

Tahrikçinin bir zabıta memuru olması halinde cezalandırılmayacağı teorisine

²⁷⁹ Sulhi Dönmezer-Sair Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, İstanbul, 1997, s. 498-501.

²⁸⁰ S. Dönmezer-S. Erman, **a.g.e.**, s. 498.

²⁸¹ S. Dönmezer-S. Erman, **a.g.e.**, s. 498.; D. Soyaslan, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s. 495; Devrim, Aydın, **a.g.e.**, s. 244.

²⁸² S. Dönmezer-S. Erman, **a.g.e.**, s. 499.

göre, ajan provokatörün bir kolluk görevlisi olup işlendiğinden şüphe duyduğu bir suçu ortaya çıkarmak amacı ile hareket etmesi durumunda kanunun hükmünü veya etkili merciin emrini yerine getirmesi ve bu çerçevede hukuka uygunluk sebebi bulunması nedeniyle davranışının hukuka uygun olduğu ve bu nedenle cezalandırılmaması gerekir.²⁸³

Tahrikçinin işlenemez bir suça sevketmesi halinde cezalandırılmayacağı teorisine göre: ajan provokatörün yönelttiği suçla ilgili konunun bulunmaması ya da alınan tedbirler dolayısıyla suçun işlenmesine imkan yok ise bu durumda ajan provokatör cezalandırılmaz.²⁸⁴

Ajan provokatörün cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunda kasıt unsurunu esas alan görüşlere göre, eğer provokatör sonucun gerçekleşmesini istiyorsa veya bunun gerçekleşmesi tehlikesini kabul ediyorsa iştirak eden olarak cezalandırılmalı, buna karşılık sonucun gerçekleşmesi tehlikesini dahi kabul etmemesi ve sonucun gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmesi durumunda kastın yokluğu nedeniyle cezalandırılmamalıdır.²⁸⁵ İtalyan uygulamasının bunun tersine olmasına rağmen, İtalya'da hakim görüşe göre: suç ve suçluların ortaya çıkarılması için ajan provokatör kullanılması hukuka aykırılığı ve kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olmadığı için provokatör sorumlu olacaktır.²⁸⁶

Ajan provokatör, hangi saikle ya da kasıtle hareket ederse etsin suça iştirak

²⁸³ S. Dönmezer-S. Erman, **a.g.e.**, s. 499.; D. Soyaslan, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s. 505; Devrim, Aydın, **a.g.e.**, s. 243.

²⁸⁴ S. Dönmezer-S. Erman, **a.g.e.**, s. 500.; D. Soyaslan, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s. 505.; D. Aydın, **a.g.e.**, s. 245.

²⁸⁵ Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s. 316. ; D. Soyaslan, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s. 505.

²⁸⁶ N. Toroslu, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s. 317.; D.,Soyaslan, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler** s. 505.

etmektedir. Kanuni dayanak bulunmadığı takdirde ajan provokatörün iştirak eden olarak cezalandırılması gerekir. Yukarıda da ifade edildiği gibi insan haklarına saygılı, kanuni idare ilkesine bağlı, bir hukuk devletinde, kanuni dayanak bulunmadığı takdirde bu müessese kesinlikle uygulanmamalıdır. Demokratik geleneğin tam olarak yerleşmemesi ile birlikte düşünüldüğünde kötüye kullanılmaya oldukça müsait olduğu görülecektir. Ayrıca resmi işlem dürüstlüğü ile de bağdaşmamaktadır.²⁸⁷ Kanuni dayanak bulunduğu takdirde yargı makamlarının denetimi altında çok sıkı kurallara bağlı bir mekanizma kurulmalıdır. Böyle bir mekanizma kurulduğunda bile bu müessesenin uygulanabileceği suçlar bakımından bir kategori oluşturulmalı, öngörülen suçlar bakımından ajan provokatör kullanılması kabul edilmelidir. Ajan provokatör kullanılmasının hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesine bağlı demokrasilerde kabulünün mümkün olmadığı savunulabilirse²⁸⁸ de günümüzde yukarıda izah edildiği şekliyle suçla mücadelede ajan provokatör kullanılması gereklidir.²⁸⁹ Ajan provokatörün kanuna bağlı olarak, yargı makamlarının denetimi altında, katalogda belirtilen belli ağırlıktaki suçların ortaya çıkarılması bakımından uygulanmasının hukuk devleti ilkesi ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile çelişmediğini düşünmekteyiz. Hukuk devleti ilkesi ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile çelişen bu müessesenin kanuni dayanağa sahip olmamasına rağmen başıboş şekilde uygulayıcıların takdirine bağlı olarak uygulanmasıdır. Yargısal içtihatlarla uygulama alanı bulunan müessesenin kanuni çerçeveye oturtulmaması hukuk devleti ilkesi ile çelişen temel noktadır. İyiniyetli müesseseler kötünietli uygulayıcıların ellerinde kötünietli müesseselere dönüşebilirler. Belli ağırlıktaki

²⁸⁷ Erem, Faruk, “Kışkırtıcı Ajan'ın Sorumluluğu”, **Günümüzde Yargı**, İstanbul, 1977, s. 7.; Ajan provokatörün kirli fakat gerekli bir faaliyette bulunduğu hakkında bkz. Bohler, N., **a.g.m.**, 1999, s. 317.

²⁸⁸ Faruk Erem, **a.g.m.**, s. 7.

²⁸⁹ Bohler, N., **a.g.m.**, s. 317.

suçların ortaya çıkarılması amacına hizmet ettiği takdirde ajan provokatör kullanımının kötünietli bir müessesese olarak algılanmaması gerekmektedir.

Belli şartlar altında yakalanan kişi C.Savcılığı tarafından serbest bırakılmazsa CMK'nun 90 vd. maddeleri uyarınca gözaltına alınabilir. Gözaltına alınan aynı kişinin CMK'nun 100 vd. maddeleri uyarınca tutuklanması gündeme gelebilir. Gözaltına alma işleminin yıldırma, baskı kurma vb. hukuka aykırı amaçlar için uygulandığı ya da uygulamaya müsait olduğu iddia edilebilir. Aynı şekilde tutuklama işleminin tutuklanan kişi bakımından “peşin ceza” amacıyla uygulandığı ya da uygulanmaya müsait olduğu iddia edilebilir. Verilen örneklerde görüldüğü gibi müessesenin kötüye kullanımının elverişliliği müesseseyi gereksiz hale getirmediği gibi uygulamama mecburiyeti de getirmez. Uygulayıcılarının ellerinde vücut bulan, şekli bakımdan iyiniyetli, maddi bakımdan kötünietli müesseseler, hem şekli hem maddi bakımdan kötünietli müesseselerden daha tehlikelidir. Bu nedenle kötüye kullanılmaya elverişli müesseselerden değil kötünietli uygulayıcılardan korkmak gerekir. Mekanizma, kötüye kullanılmaya elverişli ama yararlı müesseselerden kurtulmak değil kötünietli uygulayıcılardan kurtulmak üzerine inşa edilmelidir.

4.1.3.6. Failin Cezalandırılıp Cezalandırılmayacağı Problemi

Anglo-sakson hukukunda geliştirilen “tuzağa düşürme savunması teorisi(the defense of entrapment doctrine), soruşturma makamları tarafından suç işletilen kişinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı problemini çözmeye çalışan tartışmalar etrafında şekillenmiştir. Teorinin temelinde soruşturma makamlarının hangi fiillerinin “tuzağa düşürme” teorisi kapsamında kalacağı ve bu nedenle suç

işleyen kişinin cezalandırılmayacağına açıklanması yatmaktadır. Yani “tuzağa düşürme teorisi” kapsamında kalan bir soruşturma makamı davranışı sonucunda suç işleyen kişi cezalandırılmaz.

Yukarıda ajan provokatörün farklı yazarlar tarafından yapılan tanımlarına yer verilmiş olup bu tanımlarda ajan provokatörün fiili bir diğer kişiyi suça itmek, suça yöneltmek, suça sevk etmek olarak tarif edilmiştir. Bu tanımlar provokatörü manevi iştiraki bakımından temel alarak tanımlamıştır. Provokatörün davranışı asli manevi ya da ferî manevi iştirak olabilir. Provokatör tarafından suç işlenen kişinin suç işleme düşüncesi olabileceği gibi hiç suç işleme düşüncesi de olmayabilir.

“Tuzağa düşürme” soruşturma makamları tarafından yapılan kurgu üzerine, soruşturma konusu suçu işlediği iddia edilen masum bir kişinin yani kendisinde suç işleme düşüncesi bulunmayan bir kişinin aklına, bu kişinin suçlanması, yargılanması amacıyla suç işleme düşüncesinin sokulması suretiyle suç işlettirilmesidir.²⁹⁰ Yani soruşturma makamının davranışı olmasaydı suç işlenen kişi suç işlemeyecekti diyebiliyor isek bu durumda “tuzağa düşürme teorisi” kapsamında değerlendirilmesi gereken bir soruşturma makamı davranışı vardır.²⁹¹

Kendisinde suç işleme düşüncesi ya da kararı bulunan ve suç işleyeceğinden şüphelenilen bir kişiye *sadece fırsat sağlanması ya da bu kişinin sadece cesaretlendirilmesi* tuzağa düşürme teorisi kapsamında değerlendirilemez.²⁹² R. v.

²⁹⁰ Sneidman, B. M., a.g.m., 1973-1974, s. 82.; Amerikan Yüksek Mahkemesi, Sorrells v. U.S., 1932. s. 82.

²⁹¹ Maguire, M.– John, T., a.g.m., 1996, s. 328.

²⁹² Sneidman, B. M., a.g.m., s. 82.; Amerikan Yüksek Mahkemesi, Sorrells v. U.S., 1932. s. 82.;

MacDonald ve R. v. Chernecki davalarında aklında suç işleme düşüncesi bulunmayan ve fakat ısrarla suç işlemesi için teşvik edilen kişinin “tuzağa düşürme teorisi” çerçevesinde cezalandırılmayacağı hükme bağlanmıştır.²⁹³ Macdonald²⁹⁴ davasına konu olay şu şekilde gerçekleşmiştir. “Suç işletilen kişi tarafından uyuşturucu bağımlısı olarak bilinen ve muhbir olarak davranan kişi ile bayan polis görevlisi ajan provokatör suç işletilen kişinin evine giderek çok zor durumda bulduklarını, eroine ihtiyaçları olduğunu, kendilerine eroin gerekli olduğunu, hasta ve umutsuz durumda olduklarını söylemişlerdir. İlk etapta elinde bulunan eroinin sadece kendisine yetecek kadar olduğunu söyleyen ve isteksiz davranan suç işletilen kişi, uyuşturucu bağımlısı olarak bildiği kişinin ağlamaya başlaması üzerine eroin satmayı kabul etmiştir. Bir gün sonra eroin almak için aynı kişiye yalnız giden polis memuruna eroin satmayı reddetmiştir. Bu davada önceden kurgulanmış, hesaplanmış aldatma ve sürekli ısrar bulunduğu durumlarda davranışın “tuzağa düşürme” kapsamında değerlendirileceği vurgulanmıştır.” Polisin ölçsüz davranışları bir tarafa, suç işlemeye hazır ve istekli kişilere suç işletilmesi “tuzağa düşürme teorisi” kapsamında değerlendirilemez.²⁹⁵ Suç işletilen kişiye yöneltilen soruşturma makamlarının davranışı kişinin geçmişte benzer suçları işlemiş olması gerekçesine dayandırılabilir.²⁹⁶ Yani bu durumda soruşturma makamının suç işletilen kişiye yönelik davranışı meşruiyeti ve haklılığı iddia edilebilecek, soruşturma makamının davranışının “tuzağa düşürme teorisi” kapsamında kalmadığı hususunu ispata hizmet edecektir.

Jerold H Israel, **a.g.e.**, s. 231.

²⁹³ Sneidman, B. M., **a.g.m.**, 1973-1974, s. 82; Amerikan Yüksek Mahkemesi, Sorrells v. U.S., 1932. s. 91.

²⁹⁴ Sneidman, B. M., **a.g.m.**, s. 91.

²⁹⁵ Sneidman, B. M., **a.g.m.**, s. 103.

²⁹⁶ Sneidman, B. M., **a.g.m.**, s. 102.

4.1.3.7. Yüksek Yargı Kararlarında Ajan provokatör

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2003 tarihli kararında “kolluk tarafından sanığın uyuşturucu madde ticareti ile uğraştığına ilişkin bir duyum alınması üzerine (X) eleman aracılığı ile sanıktan her biri 5'er milyon liradan ibaret iki adet meşe olarak adlandırılan hazırlanmış esrarın satın alındığı....yapılan üst aramasında (x) ajan aracılığı ile yapılan alışverişte kullanılan 10.000.000 liralık banknotun sanığın cebinden çıktığı...” şeklinde ifadeler yer verilmiştir.²⁹⁷ Bu kararlarda bahsedilen x eleman ve x ajanın kolluk görevlisi olup olmadığı, belli değildir. Ancak x eleman ve x ajan fiilen ajan provokatör olarak hareket etmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2004 tarihli kararında²⁹⁸ “ihbarcı Orhan'ın kolluğun bilgisi dahilinde sahte Amerikan doları istemesi”nden bahsedilmektedir. Bu kararda geçen olayda ihbarcı aynı zamanda ajan provokatör olarak hareket etmektedir. Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 1999 tarihli kararında²⁹⁹ “...suç konusu kokainin muhbir tarafından alınarak görevlilere teslim edildiği olay...” ifadelerine yer verilmiştir. Bu olayda da muhbir ve ajan provokatör olarak hareket eden bir kişiden bahsedildiği görülmektedir. Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 1998 tarihli kararında³⁰⁰ “...toplu silah ticareti yapmaktan sanıkların ajan N.'nin zorlamasıyla ellerinde bulunan ya da araştırarak temin ettikleri tabancaları kendi adlarına satıp ya da sattırıp...” ifadelerine yer verilmiştir. Anlaşılacağı üzere bu olayda ajan olarak adlandırılan kişi sanıklardan silah temin etmelerini istemiş ve temin edilen silahların satışını sağlamış bu şekilde suça iştirak etmiştir. Yargıtay 8.

²⁹⁷ YCGK., 2003/10-260 E., 2003/284 K., 2003.

²⁹⁸ YCGK., 2004/8-43 E., 2004/67 K., 2003.

²⁹⁹Y. 10. C.D., 1999/997E., 1999/4293 K., 1999.

³⁰⁰Y. 8. C.D., 1997/17316 E., 1997/965 K., 1997.

Ceza Dairesinin 1997 tarihli kararında³⁰¹ “Sanığın, evvelce tanıdığı ve olayda (x) ajan olarak kullanılan kişinin, sivil jandarma ekipleriyle birlikte kendisine gelerek, silah temin etmesini istemeleri sonucu, bunları akrabası olan diğer sanığa götürerek bu isteklerinin onun tarafından karşılanmasını sağlaması eylemi 6136 sayılı Yasanın 13. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir.” ifadelerine yer verilmek suretiyle kamu görevlisi olmayan bir kişinin ajan provokatör olarak kullanılması örneklendirilmiştir. Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin bir diğer kararında³⁰² “Oluşa ve dosya içindeki kanıtlara göre sanıklardan H.B.'nin silah ticaretiyle uğraştığının haber alınması üzerine mahalli emniyetçe polis memuru Ç.D.'nin S. adıyla ajan olarak devreye sokulup olayın tahkikine girişildiği, vaki irtibat sonucu H.'nin bir kaç gün sonra diğer sanık Y.'den temin ettiği bir adet tabancayı ajana sattığı...” ifadelerine yer verilmek suretiyle bu kez kamu görevlisi olan bir kişinin ajan provokatör olarak kullanılmasından bahsedilmektedir.

Yukarıda yer verilen Yargıtay kararları incelendiğinde:

1- X eleman, ajan, X muhbir ve muhbir kavramlarının aynı anlamda kullanıldığı gözlemlenmektedir.

2- X muhbirin kolluk kuvvetlerine bilgi aktarması şeklinde bir fiili olabileceği gibi, ajan provokatör olarak suça iştirak etmesi de mümkündür.

3- Ajan provokatör olarak kullanılan kişi kamu görevlisi olabileceği gibi kamu görevlisi olmayan bir kişi de olabilir.

4- Türk Ceza Hukuku uygulamasında kanuni dayanağı olmamasına rağmen Yüksek yargı kararları ile ajan provokatörlük müessesesi çeşitli adlar altında

³⁰¹Y. 8. C.D., 1997/1238 E., 1997/965 K., 1997.

³⁰²Y. 8. C.D., 1989/7448 E., 1989/9772 K., 1989.

(muhabir, x eleman, x ajan, x muhabir) tanınmak suretiyle hukukileştirilmiştir.³⁰³

4.1.3.8. Ajan provokatör-5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu-Etkin Pişmanlık

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 1 Haziran 2005 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda “Ajan provokatör” ya da da benzer bir başlık altında özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak 5237 sayılı kanuna göre iştirak halinde işlenen suçlarda işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 41. maddesine göre “iştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Suçun; a) Gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması, b) Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır. Gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 36. maddesine göre “fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.” Bu hükümler değerlendirildiğinde bir kişiye ajan provokatör olarak suç işleten ya da diğer bir kişinin suç teşkil eden bir eylemine iştirak eden kişinin gönüllü vazgeçen olarak hareket ettiği takdirde cezalandırılmaması gündeme gelecektir. Örneğin Gizli Soruşturmacı olarak görevlendirilen kişinin kanuni düzenlemeye aykırı olarak ajan provokatör ve gönüllü vazgeçen olarak hareket etmesi durumunda ne bu kişiyi görevlendiren kişi ne de kişinin kendisi cezalandırılacaktır.

³⁰³ Yüce'nin “Ajan Vasıtasıyla İşletilen Suçların Cezalandırılması ve İlgili Yargıtay Kararları Üzerinde Düşünceler” başlıklı makalesinde incelenen Yargıtay kararlarına konu olayların ilkinde inşaat sahibinden rüşvet isteyen ve alırken yakalanan, ikincisinde hastasından rüşvet isteyen ve alırken yakalanan doktorun eylemlerinin birincisinde tamamlanmış rüşvet suçu olarak ikincisinde görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi eleştirilmiş, her ikisinin de rüşvete teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur.

Bir eylemin cezalandırılmaması farklı, suç olmaması farklı anlam taşımaktadır. Etkin pişmanlık hükümleri uygulandığı takdirde esasen suç teşkil eden bir fiilin cezalandırılmaması gündeme gelmektedir. Bu nedenle yukarıda örneklendirilen şekilde hareket eden bir kamu görevlisinin ya da kamu görevlisi olmayan bir kişiyi ajan provokatör olarak görevlendiren kamu görevlisinin fiili hukuki değildir.

Etkin pişmanlık hükümlerinden hareketle Türk Ceza Hukuku'nda ajan provokatör kullanılması müessesesinin var olduğu sonucuna varılamaz. Bu sadece kanunu dolanmaktır. Kanunun öngörmediği bir amaca kanunun öngördüğü araçlar kullanılarak ulaşılması usulün kötüye kullanılması vasfındadır. Kanun koyucunun amacının ajan provokatörlük müessesesinin uygulanmasının önünü açmaka olduğu sonucuna varılamaz. Eğer ajan provokatör kullanılmasının önü açılmak isteniyorsa kanuni düzenleme yapılması gerekmektedir.

4.1.3.9.Değerlendirme

Günümüzde özellikle örgütlü suçlar ve terör suçları bakımından suçla mücadele zorlaşmıştır. Bu ise suçla mücadelede teknolojik imkanlardan yararlanmayı zorunlu kılmakla birlikte belli ağırlıktaki suçlar bakımından daha mücadelecı ve sert yöntemlerin kullanılmasını gerektirmektedir. Suçu ve suçluları ortaya çıkarmak devletin görevidir. Bunun yanında devletin görevinin suç ve suçlu yaratmak olmadığını da unutmamak gerekir. Bu çerçevede hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü, kanuni idare ve kanuna saygı, insan haklarına saygı, usulün kötüye kullanılmamasının önlenmesi ilkelerini akılda tutarak ve kanuni dayanağa

sahip olmak şartıyla belli ağırlıktaki suçlar bakımından ajan provokatör görevlendirilmesi kabul edilmelidir. Öncelikle Ajan provokatörün hangi suçlarda kullanılabileceği hususunun açıklanması gerekir. Daha hafif kabul edilen suçlar için ajan provokatör kullanılması ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Ajan provokatör kullanılmasının uygulaması idari makamlara bırakılmamalıdır. Bu müessese adli makamların denetimi altında uygulandığı takdirde kötüye kullanılmasının önüne geçilebilir. Ajan provokatör vasıtası ile suç işletilen kişinin her somut olayda değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. Suç işletilen kişinin azmettirilmesi durumunda cezalandırılmaması gerekir. Eğer suç işletilen kişinin aklında suç işleme düşüncesi yok ise ve fakat münhasıran soruşturma makamlarının bu kişiye suç işletmesi sözkonusu ise bu davranış hukuka uygun kabul edilemez. Hukukun üstünlüğü ilkesini benimsemiş bir devlette imkan bulamaz. Buna karşılık suç işletilen kişinin aklında soruşturma konusu suçu işlemek zaten varsa, soruşturma makamları tarafından bu kişiye sadece fırsat tanınmış ve bu çerçevede bu kişi suç işlemiş ise bu durumda suç işletilen kişi cezalandırılmalıdır. Ajan provokatörün davranışını inandırıcı olmak adına maddi iştirak biçimleri çerçevesinde desteklemesi de imkan dahilindedir ve sonucu değiştirmez. Burada soruşturma makamının davranışı bulunsun ya da bulunmasın zaten suç işleyecek bir kişi bulunmaktadır. Soruşturma makamının davranışı yalnızca suçu ortaya çıkarmaktadır. Soruşturma makamının davranışı suçu ve suçluyu ortaya çıkarmıştır diyebiliyor isek cezalandırılması gereken bir kişi, buna karşılık soruşturma makamının davranışı suç ve suçlu yaratmıştır sonucuna ulaşıyorsak cezalandırılmaması gereken ve fakat suç işletilen bir kişi söz konusudur. Yani soruşturma makamı tarafından görevlendirilen ajan provokatör azmettiren(38) olarak fiile iştirak etmiş ise davranışı hukuka aykırı; teşvik

eden(39/2), suç işleme kararını kuvvetlendiren (39/2), vaatte bulunan(39/2), yol gösteren(39/2), sıfatları ile suça iştirak etmişse davranışı hukuka uygundur. Ortada cezalandırılması gereken bir failin bulunup bulunmadığı konusunun değerlendirilmesi ve takdiri her somut olayda farklı neticeye varması mümkün olan yargılamayı yapan mahkemeye aittir.

Aslında suç işlemeyeceği düşünülen failin cezalandırılmaması soruşturma makamlarının hukuka aykırı eylem ve işlemlerle kendilerine tanınan yetkileri kötüye kullanmalarını ve aşırıya kaçmalarını önleyecektir.³⁰⁴ Aldatma ve hile yolu ile suçu ortaya çıkarmaya çalışan soruşturma makamlarının bu davranışı dürüst işlem ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Hal böyle iken istisnai durumlarda uygulanması gereken müessesenin uygulanması sırasında aşırıya kaçılması hukuka ve idareye duyulan güveni azaltacağı gibi idare edilenlerde güvensizlik hissinin ortaya çıkmasına da neden olabilecek mahiyettedir.

4.1.4. Muhbir

Muhbir kavramı ile ilişkili olarak “bilgi veren” ve “güvenilir kişi” kavramlarına değinmek gerekir. Bir görüşe göre: “*bilgi veren(informant), belirli suçların işlendiği bilinen ya da tahmin edilen yerlerde bulunup da kural olarak menfaat karşılığında, işlendiği iddia edilen suçlar hakkında kovuşturma makamlarına bilgi veren kişiye denir.*”³⁰⁵ *Güvenilir kişi(adam) ise bir örgüt içinde olup bitenleri, olabildiğince düzenli olarak kovuşturma makamlarına aktaran ve bu şekilde örgüt tarafından işlenmiş olan suçların aydınlatılmasına veya örgütün*

³⁰⁴ J. H Israel, **a.g.e.**, s. 231.

³⁰⁵ E. Şen, **a.g.e.**, s. 131.; V. Ö. Özbek, **a.g.e.**, s. 439; V. Ö. Özbek, **a.g.e.**, 2003, s. 30.

*dağıtılmasına yardım eden kimse olarak tanımlanmaktadır.*³⁰⁶ Bilgi veren ve güvenilir kişi olarak adlandırılan ve uygulamada kullanılan kişilerle alakalı kanuni bir düzenleme ve fiili durumun hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle güvenilir kişi, bilgi veren, muhbir gibi kavramların birbirinden hangi anlamda farklı olduklarının kabul edilebilir bir ölçüsü de bulunmamaktadır. Ancak her üç kavramın ortak yönü uygulama tarafından üretilmiş, kanuni dayanağı bulunmayan, benzer müesseselerle kıyaslandığında anayasal ve yasal temele dayanması gereken müesseseler olduklarıdır.

Diğer bir görüşe göre: “*bilgi veren(informant) genellikle suçlu ortamdan gelen ve belirli bir olayda güvenlik vaat etmesi karşılığında bilgi veren kişidir. Güvenilir kişi ise: kovuşturma organlarına dahil olmayan, kollukla uzun süreli güvenilirlik vaat etmesi karşılığı sıkı bir ilişki içinde bulunan ve değişik motivasyonlarla kovuşturma organlarını suçların aydınlatılmasında destekleyen ve esas itibariyle kimliği gizli tutulan kişidir.*”³⁰⁷ İlgili kaynakta yukarıdaki tanımlar verilmekte aynı zamanda benzer tanımlar üzerinde öğretilerde görüş birliği bulunmadığı, güvenilir kişi ve bilgi veren biçiminde iki farklı kategorinin yaratılmasının haklı olmadığı isabetli şekilde ifade edilmiştir.³⁰⁸

4422 sayılı kanun temel alınarak yapılan tanıma göre “x muhbir suça konu fiil ve/veya fail ile bilgi ve görgüsü olan, “kamu görevlisi” sıfatı taşıması gerekli bulunmayan, lüzumu gereği kimliği gizli tutulan, delil toplama yükümlülüğü olmayan, ihbarcı niteliği taşıyan, soruşturma ve kovuşturma evresinde yer alması, bilgi ve görgüsüne başvurulması gerektiği durumda “tanıklık” müessesesi içinde

³⁰⁶ E. Şen, **a.g.e.**, s. 131.;V.Ö. Özbek, **a.g.e.**, s. 441.

³⁰⁷ M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 83.

³⁰⁸ M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 82,83.

değerlendirilmesi gereken kişilerdir.”³⁰⁹ 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 4. maddesinde bazı tanımlar yapılmıştır. Buna göre: Muhbir: Suçlar veya suçların failleri, iz, eser, emare ve delilleri hakkında yardım sağlayan, geçici olarak istihbarat işlerinde kullanılan veya yardımlarından, verdikleri bilgilerden yararlanan kişileri ifade etmektedir. Muhbirin ayırıcı temel unsuru kolluk kuvvetleri ile iradi, sürekli, bilinçli, menfaate dayalı bir ilişki içerisinde bulunmasıdır.³¹⁰ Muhbir sürekli uyuşturucu alış verişinin yaşandığı bir barda çalışan bir kişi gibi suça karışmadan suç yerinde bulunan bir kişi olabileceği gibi, uyuşturucu kullanan ve uyuşturucuyu nereden temin edeceğini, kimlerin uyuşturucu sattığını bilen bir kişi de olabilir. Yani suçun tanığı, şeriki ya da mağduru olabilir. Muhbir kolluk kuvvetlerine bilgi aktarmakta bunun karşılığında kendisine genellikle menfaat temini yoluna gidilmektedir. Menfaatin mutlaka maddi menfaat olarak algılanması gerekmemektedir. İntikam alma saiki de bir kişinin muhbir olarak davranmasına neden olabilir. Muhbir olarak adlandırılan kişi tanık olarak dinlenmek istendiğinde bu kişinin kimliği korunması, kimliğinin ifşasının önüne geçilmesi, bilgi kaynağının kurutulmaması gibi sebeplerle bu istenmemektedir. 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu'nun 7. maddesine “Tanığın kimliğinin veya meskeninin veya ikametgahının veya işyerinin bilinmesi, kendisi veya başkaları için ciddi bir tehlike ihtimalini ortaya çıkarırsa; a) Tanık için her türlü tebligatın yapılacağı ayrı bir adres tespit edilebilir ve tanığın kimliği gizli

³⁰⁹ E. Şen, **a.g.e.**, s. 148.

³¹⁰ Polisin suç ve suçluları ortaya çıkarabilmek için muhbir kullanması hali diğer ülkelerde de mevcuttur. Bkz. Lawlert, Lilia E. “Police Informar Privilage; A Study For The Law Reform Commission of Canada”, **Crim. L. Q.**, 1985-1986, s. 91.; Maguire, M.– John, T., **a.g.m.**, 1996, s. 329.; Rockwell, Brad “Domestic Covert Actions and the Need for National Security Qui Tam Prosecutions”, **Am. J. Crim. L.**, 1988-1989, s. 217.; Sneiderman, B. M., **a.g.m.**, 1973-1974, s. 90-91.; adı geçen makalelerde (informant, informer) kelimeleri ile kolluk güçleri ile iradi ve sürekli ilişki içerisinde bulunan, belli bir menfaat karşılığında kolluk güçlerine bilgi aktaran kişilerden bahsedilmektedir.

tutulabilir.b)Tanığın verdiği bilgilerden hareketle diğer delillerin tespitinin mümkün olması halinde, kimliği soruşturmanın hiç bir aşamasında açıklanamaz. Tanığın dinlenmek suretiyle kimliğinin açıklanması gerektiğinde, tanık hakkında 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 20 nci maddesindeki hükümlerin uygulanmasına karar verilebilir. Yukarıdaki fıkralarda yer alan hükümler, muhbirler ve bu Kanunun kapsamına giren suçlara ait istihbaratta veya soruşturulmasında görev alan kolluk amir ve memurları hakkında da uygulanır, kimlik bilgileri ile görevine ve özel hayatına ilişkin bilgiler hiçbir şekilde açıklanamaz. Kimlik, görev ve özel hayata ilişkin bilgileri açıklayanlara veya açıklanmasına yardımcı olanlara bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir.” 4422 sayılı kanun, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 18. maddesi ile 1/6/2005 tarihi itibarı ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu tarihten sonra muhbir olarak kullanılan kişiler hakkında kimlik bilgilerinin açıklanmayacağı hususundaki istisnanın uygulanması mümkün değildir. 4422 sayılı kanunun yürürlükte olduğu tarih bakımından x muhbirin tanımı yapılırken kimlik bilgilerinin gizli tutulması ifadesi doğru kabul edilebilir ancak bu tarihten sonra kanuni dayanağı kalmayan bu tanım geçerli ve doğru bir tanım değildir.

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 23. maddesinde, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 371. maddesinde, muhbirden bahsedilmektedir ancak herhangi bir tanım yapılmamıştır. Kaçakçılık kanunu açısından ihbar eden konumunda olmanın önemi dağıtılacak ikramiyeye ortak olma noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu durumda muhbir suçu ihbar eden bir kişiden başka bir şey değildir. Kimliğinin gizli tutulması zorunluluğu bulunmadığı gibi tanık olarak

çağrıldığında da ifade vermek zorundadır.

Muhbirin suç soruşturmasında aktif rol alarak suç soruşturmasında görevlendirilmesi hukuka uygun değildir. Aksi durumun kabulü Ceza Muhakemesi Kanunu'nda soruşturmanın Cumhuriyet Savcısı tarafından yürütülmesi ve Cumhuriyet Savcısının soruşturmanın patronu olması ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Kolluk amir ya da memurları tespit ettikleri kişileri x muhbir olarak görevlendirildikleri taktirde delil toplama yükümlülükleri ya da yetkileri olmasa da, en basit suçlarda dahi kişiler hakkında bilgi toplayabilirler. Böyle bir davranış kişilerin özel hayatlarına saygı hakkını, adil yargılanma hakkını, hukuk devleti ilkesini, devlet faaliyetlerinin belirliliği ilkesini ve dürüst işlem ilkesini ihlal etmektedir. Kişilerin özel hayatlarına vaki müdahalenin anayasal ve kanuni dayanağa sahip olması ölçülülük ilkesi ile çelişmemesi gerekmektedir. X muhbir görevlendirilmesinin kanunda yeri ve dayanağı yoktur. Kanuni idare ilkesi uyarınca idarenin eyleminin kanuna dayanması gerekir. İdare kanundan almadığı bir yetkiyi kullanamaz. X muhbir görevlendirilmesi görevin kötüye kullanılması suçuna vücut verir. Bu tür bir uygulama Cumhuriyet Savcısından habersiz soruşturmaların yapılmasının, kimliği gizli tutulan ama neye göre kimliklerinin gizli tutulduğu belli olmayan kişilerin bulunduğu uygulamaların önünü açar.

X muhbir'in ne olduğu konusunda kanuni bir dayanak bulunmadığına göre x muhbirin ya da muhbirin tanımlanabilmesi için uygulamanın ne olduğuna bakmak yararlı olabilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında eroin ticaretini ortaya çıkarmak için kullanılan alıcı kılığındaki bir görevliden ve x muhbirden

bahsedilmiştir.³¹¹ Ceza Genel Kurulunun önüne gelen olayda x muhbir kolluk kuvvetlerine ellerinde satmak için uyuşturucu madde bulunduran kişilerin isimlerini veren, bu kişiler ile kolluk kuvvetleri arasındaki iletişimi sağlayan kişidir. Aynı olayda alıcı kılığındaki kolluk görevlisinden de bahsedilmiştir. Bu durumda x muhbir ve ajan provokatör konumundaki alıcı kılığındaki kolluk görevlisi birbirinden ayrılmıştır. Ceza Genel Kurulu'nun aynı tarihli kararında tanık olarak dinlenmesi gereken diğer kişilerin yanında muvafakati bulunması durumunda x muhbirin de beyanının alınması gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2003 tarihli kararında “kolluk tarafından sanığın uyuşturucu madde ticareti ile uğraştığına ilişkin bir duyum alınması üzerine (X) eleman aracılığı ile sanıktan her biri 5'er milyon liradan ibaret iki adet meşe olarak adlandırılan hazırlanmış esrarın satın alındığı...yapılan üst aramasında (x) ajan aracılığı ile yapılan alışverişte kullanılan 10.000.000 liralık banknotun sanığın cebinden çıktığı...” şeklinde ifadelere yer verilmiştir.³¹² Bu kararlarda bahsedilen x eleman ve x ajanın kolluk görevlisi olup olmadığı, belli değildir. Ancak x eleman ve x ajan fiilen ajan provokatör olarak hareket etmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2004 tarihli kararında³¹³ “ihbarcı Orhan'ın kolluğun bilgisi dahilinde sahte Amerikan doları istemesi”nden bahsedilmektedir. Bu kararda geçen olayda ihbarcı aynı zamanda ajan provokatör olarak hareket etmektedir. Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 1999 tarihli kararında³¹⁴ “...suç konusu kokainin muhbir tarafından alınarak görevlilere teslim edildiği olay...” ifadelerine yer verilmiştir. Bu olayda da muhbir ve ajan provokatör olarak hareket eden bir kişiden bahsedildiği görülmektedir. Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 1999 tarihli bir başka

³¹¹ YCGK, 2004/10-145 E., 2004/196 K., 2004.

³¹² YCGK., 2003/10-260 E., 2003/284 K., 2003.

³¹³ YCGK., 2004/8-43 E., 2004/67 K., 2004.

³¹⁴ Y. 10. C.D., 1999/997E., 1999/4293 K., 1999.

kararında³¹⁵ “...(X) mubir tarafından adları kolluk kuvvetlerine bildirilmeyen ve kendilerinde esrar ele geçirilmeyen sanıkların kolluktaki ikrarları ile suçun ortaya çıkmasını sağladıkları” ifadelerine yer verilmiştir. Bu olayda x muhbirin ajan provokatör olarak suça iştirak ettiğine dair bir bilgi yoktur. X muhbirin bilgi aktarma yönünden bahsedilmiştir. Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 1975 sayılı kararında³¹⁶ “teşekkül halinde uyuşturucu madde satmak suçu nedeniyle yapılan soruşturma nedeniyle uyuşturucu satan kişileri ihbar eden muhbir”den bahsedilmiştir. Bu olayda muhbir sanıkların yakalandıkları evdedir. Uyuşturucu alacak ve satacak kişileri ihbar etmiştir. Satışın gerçekleşeceği anda da olay mahallindedir. Ancak suça iştirak edip etmediği hususunda bilgi yoktur. Muhbirin bu olaydaki yeri kolluk görevlilerine bilgi aktarmak şeklinde olmuştur.

Yargıtay kararlarından bahsettiğimiz ilki dışında X muhbirle ajan provokatör arasında bir ayırım yapılmadığı gözlemlenmektedir. Muhbir olarak adlandırılan kişiye kararlara konu olan olaylarda bilgi aktarmanın yanısıra ajan provokatör olarak da görev yüklenmiş ve bu kişi ajan provokatör olarak kullanılmıştır. Bu da göstermektedir ki Türk Ceza Hukuku uygulamasında hem muhbir hem hem ajan provokatör kanuni bir dayanağı bulunmamasına rağmen kullanılmaktadır.

Sonuçta hangi isimle adlandırılırlarsa adlandırılınsınlar konumuz ile ilgili bulunan kişileri üç başlık altında incelemek gerekir. Bunlardan birincisi gizli soruşturmacı, diğeri bilgi aktaran kişi, diğeri de ajan provokatördür. Bunun dışındaki kavramlar da kavramların gereksiz yere çoğaltılmasından ya da yeni kavramlar yaratılarak yasak savmak gayesiyle yapılan işlemlerdir.

³¹⁵ Y. 10. C.D., 1998/11773 E., 1999/1788 K., 1999.

³¹⁶ Y. 1. C.D. 1975/2365 E., 1975/2357 K., 1975.

4.1.5. Gizli Soruşturmacı

Gizli soruşturmacının soruşturma evresindeki görev ve yetkileri, kavramsal açıdan değerlendirilmesi, toplamaya yetkili olduğu delil türleri, elde ettiği delillerin değeri hususlarına tezimizin ikinci bölümü ve devamında ayrıntılı olarak değinilecektir. Bu bölümde gizli soruşturmacı kavramının kısaca tanımına ve muhbir ile ajan provokatör kavramlarından farklarına yer vermekle yetinilecektir.

Gizli soruşturmacı” yasal şartlar çerçevesinde görevlendirilen kamu görevlisi olup, izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin araştırmalarda bulunan, bu örgütün faaliyetleri kapsamında işlenen suçlarla ilgili delil toplayan kişiye denir. Gizli soruşturmacıyı muhbir ve ajan provokatörden farklılaştıran özellikleri şu şekilde sıralayabiliriz:

- a- Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi usulü kanuni düzenlemeye dayanmaktadır.
- b- Gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen kişi kamu görevlisi olmalıdır. Muhbir ve ajan provokatör ise herhangi bir kişi olabilir.
- c- Gizli soruşturmacı delil toplamakla görevlidir. Suç işleyemez, hiç kimseyi suç işlemeye tahrik edemez ya da suça iştirak edemez.
- d- Gizli soruşturmacı, soruşturmakla görevli olduğu suçlara iştirak etmesi ya da suç işlemesi halinde hukuken sorumludur.

İKİNCİ BÖLÜM

GİZLİ SORUŞTURMA USULLERİNİN ORTAK ÖZELLİKLERİ VE GİZLİ SORUŞTURMACI GÖREVLENDİRİLMESİ

1. SORUŞTURMA EVRESİ, SORUŞTURMANIN GİZLİLİĞİ VE GİZLİ SORUŞTURMACININ KAVRAMSAL AÇIDAN DEĞERLENDİRMESİ

1.1. Soruşturma Evresi

1.1.1. Kavram

Soruşturma ve kovuşturma evrelerinden oluşan ceza muhakemesi faaliyeti, suç işlendiği şüphesinin yetkili makamlara ulaşması ve bu suretle ilgili makamların harekete geçmesi ile başlar.³¹⁷ Ceza muhakemesi faaliyetinin ilk aşamasını oluşturan soruşturma evresi, kanun tarafından yetkili yetkili kılınan mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi(5271 sk. m. 2/1-e), ikinci aşamasını oluşturan kovuşturma evresi ise, iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi(5271 sk. m. 2/1-f) ifade eder. Soruşturma evresi, belli bir şüpheliye isnat edilen bir fiil bulunup bulunmadığının, fiil ve fiilin isnat edilebildiği bir kişi var ise, isnat edilen fiilin suç teşkil edip etmediğinin araştırıldığı, isnat edilen fiil suç teşkil ediyor ise sübuta ilişkin lehe ve aleyhe delillerin toplanıp muhafaza altına alındığı, kovuşturma evresine geçilip geçilmeyeceğine dair kararın verildiği aşamadır. Soruşturma evresinin sonunda kural olarak iki ihtimal bulunur. Bunlardan birincisi kovuşturmaya yer olmaması kararı ile soruşturma evresinin sona erdirilmesi, ikincisi ise iddianame düzenlenerek yetkili ve görevli mahkemesine gönderilmesi,

³¹⁷ Bahri ÖZTÜRK, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2010, s. 486; N. Toroslu-M. Feyzioğlu, *a.g.e.*, s., s. 261; E. Yurtcan, *a.g.e.*, s.383; V. Bıçak, *a.g.e.*, s., 327.

iddianamenin kabulü ile kamu davasının açılması ve kovuşturma evresine geçilmesidir. Bu çerçevede soruşturma evresi, yargılama ile ilgili delillerin toplandığı, işlendiği, kovuşturma evresi bakımından esaslı bir hazırlığın yapıldığı aşama olup, benzetmek yerinde ise yargılamanın mutfağıdır. CMK'nun 190. maddesinin 1. fıkrasına göre: “duruşmaya, ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilir. Ancak, zorunlu hâllerde davanın makul sürede sonuçlandırılmasını olanaklı kılacak surette duruşmaya ara verilebilir”. CMK'nun 174. maddesinde ise hangi sebeplerle iddianamenin iade edileceği öngörülmüştür. C.Savcısının delil toplamasını(CMK m. 160,161,164,165, 332), emrindeki kolluk görevlileri üzerindeki hakimiyet sağlamasını temine yönelik(CMK m. 166, 161/4,5,6) hükümler etkin bir soruşturma yapılarak yargılama makamı önüne eksiksiz bir soruşturma dosyasının gönderilmesini ve yargılamanın en kısa sürede tamamlanmasını temine yöneliktir. Soruşturma evresinin titizlik içerisinde yürütülerek mümkün olduğu oranda eksiksiz bir dosyanın hazırlanması, yargılamanın kısa sürede bitirilmesi ve hak ihlallerinin önüne geçilmesi için hayati önem taşımaktadır.

1.1.2. Soruşturma Evresinin Amacı

Soruşturma evresinde maddi hakikatin ortaya çıkarılması, suç şüphesinin yerinde olup olmadığının belirlenmesi amacıyla, işlendiğinden şüphelenilen suç ile ilgili deliller toplanarak muhafaza altına alınır ve kovuşturma evresi için gerekli hazırlıklar yapılır.³¹⁸ Buna soruşturmanın hazırlayıcı fonksiyonu adı verilmektedir.³¹⁹ Soruşturma evresi maddi gerçeğin nihai olarak tespiti amacını

³¹⁸ N. Centel-H. Zafer, **a.g.e.**, s. 79.

³¹⁹ E. Yurtcan, **a.g.e.**, s. 384.

taşınamaktadır.³²⁰ Soruşturma evresi sonucunda verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar(CMK m. 172.) ile soruşturmanın sonlandırılması durumunda, şikayet konusu olayın mahkeme önüne taşınmasının ve kişilerin gereksiz yere sanık sıfatı almalarının önüne geçilmiş olmaktadır. Buna da soruşturmanın ayıklayıcı fonksiyonu adı verilmektedir.³²¹ CMK'nun 172. maddesine göre: "Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde kovuşturmayaya yer olmadığına karar verir." Bu çerçevede soruşturma evresinin amacı, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil bulunması durumunda uyuşmazlığın yargılama makamı önüne taşınması, yeterli şüphe oluşturacak delilin ya da kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde soruşturmanın kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar ile sonuçlandırılmasıdır. Soruşturma işlemlerinin bütünü yukarıda bahsedilen ihtimallerden hangisinin var olduğunun tespitine yöneliktir. Bir başka anlatımla soruşturmanın amacı, işlendiği iddia olunan eylem ve bu eylemi gerçekleştirdiği ileri sürülen fail hakkında delil araştırmaktır.³²²

1.1.3. Soruşturma Evresinin Başlangıcı

Suç işlendiği şüphesi çeşitli şekillerde yetkili mercilere intikal edebilir ya da intikal ettirilebilir. CMK'na göre suç işlendiği şüphesinin intikal ettirileceği yetkili mercilerin başında C.Savcılığı gelmektedir(CMK m. 158/1), buna paralel olarak bir suç işlendiğine ilişkin ihbar ya da şikayetler kolluk makamlarına da

³²⁰ V. Bıçak, **a.g.e.**, s. 327.

³²¹ E. Yurtcan, **a.g.e.**, s. 384; YCGK, 1992/5-260 E., 1992/283 K., 19.10.1992 tarihli kararında soruşturmanın amacı şu şekilde ifade edilmiştir: "soruşturmanın amacı son soruşturmanın gerekli olup olmadığını ortaya çıkarmak ve kısa sürede bitirilmesi için gerekli her türlü kanıt ve bulguları saptayıp hazırlamaktır."

³²² YCGK, 2011/93 E., 2011/95 K., 2011.

yapılabilir(CMK m. 158/1). İhbar ya da şikayet valilik, kaymakamlık ya da mahkemeye yapılmış ise şikayet ilgili C.Başsavcılığı'na gönderilir(CMK m. 158/2). Yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da ihbar veya şikâyette bulunulabilir(CMK m. 158/3). Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir(CMK m. 158/4). İhbar veya şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir(CMK m. 158/5).

CKK.'nun 159. maddesine göre: “Bir ölümün doğal nedenlerden meydana gelmediği kuşkusunu doğuracak bir durumun varlığı veya ölünün kimliğinin belirlenememesi halinde; kolluk görevlisi, köy muhtarı ya da sağlık veya cenaze işleriyle görevli kişiler, durumu derhâl Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmekle yükümlüdürler. Birinci fıkra kapsamına giren hallerde ölünün gömülmesi ancak Cumhuriyet savcısı tarafından verilecek yazılı izne bağlıdır.”

Yukarıda belirtilen hükümler ve CMK'da öngörülen diğer yollarla suç işlendiği şüphesini öğrenen C. Savcısı CMK'nun 160. maddesine göre, kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. Bu kovuşturma mecburiyeti ilkesi olarak adlandırılmaktadır.³²³ Suç işlendiği şüphesinin kolluk birimlerine bildirilmesi durumunda CMK'nun 161/3. maddesi uyarınca, “adlî kolluk görevlileri, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhâl

³²³ V. Özer Özbek-N. Kanbur-K. Doğan, **a.g.e.**, 2011, s. 187; S. Donay, **a.g.e.**, s., s. 211; N. Kunter-F. Yenisey-A. Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 287.

bildirmek ve Cumhuriyet savcısının adliyeye ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.” Savcılar suçla ilgili yapılan soruşturma işlemlerinin yerine getirilmesi sırasında kolluk birimlerinin bizzat başında bulunabilecekleri gibi, kolluk birimleri savcıdan aldıkları emirleri savcının yokluğunda ve savcı adına yerine getirebilirler.³²⁴

Sonuç olarak suç işlendiği şüphesinin C.Savcısına bildirildiği ve C.Savcısının soruşturma ile ilgili emir ve talimatlarını verdiği an soruşturmanın başlangıç anıdır.³²⁵ Soruşturmanın başlangıç anının belirlenmesi yalnızca teorik bir kaygıdan ileri gelmemekte, örneğin etkin pişmanlık ya da cezada indirim yapılmasına ilişkin hükümlerinin uygulanması bakımından önem taşımaktadır.³²⁶ Şöyle ki, TCK’nun 192. maddesinin 4. fıkrasına göre: “Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmî makamlara başvurarak tedavi ettirilmesini isterse, cezaya hükmolunmaz.” Buna paralel olarak TCK’nun 248. maddesinin 1. fıkrasına göre: “Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi hâlinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir.” Gizli soruşturma usullerinin uygulanması bakımından da soruşturmaya başlanmış olma şartı gerçekleşmiş olmalıdır.³²⁷

³²⁴ D. Soyaslan, **a.g.e.**, s. 239.

³²⁵ YCGK, 2008/1866 E., 2012/1694 K., 07.03.2012 tarihli kararı: “...CMK’nın 2/e, 158/1 ve 160. maddelerine ve Ceza Genel Kurulu’nun Dairemizce de benimsenen ve 17.10.2006 gün ve 2006/5-165-213 sayılı Kararına göre; soruşturmanın, kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade ettiği ve soruşturmanın Cumhuriyet Başsavcılığı veya kolluk makamlarınca suçun işlendiğinin öğrenilmesiyle başladığı dikkate alınarak, sanığın, suç duyurusundan önce iddianameye konu parayı tamamen iade ettiği...”

³²⁶ V. Bıçak, **a.g.e.**, s. 328; YCGK., 2012/141 E., 2012/142 K., 2012.

³²⁷ V. BIÇAK, **a.g.e.**, s. 328.

1.1.4. Soruşturma Evresinin Organları

Muhakeme iddia, savunma ve karar makamlarının kolektif olarak yürüttükleri bir faaliyet olup savcılık makamı iddia görevini yerine getirmektedir.³²⁸ Ceza muhakemesinin ilk aşaması olan soruşturma evresi kural olarak C.Savcısı tarafından idare edilmekte, adli kolluk görevlileri ise C.Savcısının verdiği emir ve talimatları onun adına yerine getirmektedirler. Sulh Ceza Hakimi de istisnai durumlarda savcının yerine geçerek soruşturma yapabilmekte ya da C.Savcısının soruşturma evresindeki talepleri hakkında karar vermek suretiyle soruşturma evresinde görev alabilmektedir.

1.1.4.1. C.Savcısı ve C.Savcılığı Teşkilatı

1.1.4.1.1. Soruşturma Evresi Süjesi Olarak C.Savcısı

Hukuken kendisine özgü bir statüsü bulunan, tek başına işlemler yapmak ve işlem yapacak makamı harekete geçirebilmek için talepte bulunabilmesi öngörülen kişiler ceza muhakemesi bakımından süje olarak kabul edilmektedir.³²⁹ Süjenin ayırt edici özelliği yaptığı işlem ve talepler ile ceza muhakemesi bakımında etki ve sonuç doğurabilmesi, ceza muhakemesini belli ölçüde yönlendirebilmesidir. Cumhuriyet savcısı bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir ve kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar(CMK m. 160, 161). Savcı soruşturma görevini devlet ve kamu adına yerine

³²⁸ N. Toroslu-M. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 264; N. Kunter-F. Yenisey-A. Nuhoglu, **a.g.e.**, 275.

³²⁹ N. Centel-H. Zafer, **a.g.e.**, s., 102.

getirmektedir³³⁰.

1.1.4.1.2. Savcılık Teşkilatı

Adli yargı ilk derece C.Başsavcılıklarının teşkilatlanmasına ilişkin kanuni düzenleme Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun ile yapılmıştır(Teşkilat Kanunu). Teşkilat Kanunu'nun 16. maddesine göre, "Mahkeme kuruluşu bulunan her il merkezi ve ilçede o il veya ilçenin adı ile anılan bir Cumhuriyet başsavcılığı kurulur. Cumhuriyet başsavcılığında, bir Cumhuriyet başsavcısı ve yeteri kadar Cumhuriyet savcısı bulunur. Gerekli görülen yerlerde Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kararıyla bir veya birden fazla Cumhuriyet başsavcıvekili atanır."³³¹ Mahkeme kuruluşu bulunan her ilçe

³³⁰ A.g.e, s. 110.

³³¹ **17. maddeye göre: Cumhuriyet başsavcılığının görevleri şunlardır:**

1. Kamu davasının açılmasına yer olup olmadığına karar vermek üzere soruşturma yapmak veya yaptırmak,
2. Kanun hükümlerine göre, yargılama faaliyetlerini kamu adına izlemek, bunlara katılmak ve gerektiğinde kanun yollarına başvurmak,
3. Kesinleşen mahkeme kararlarının yerine getirilmesi ile ilgili işlemleri yapmak ve izlemek,
4. Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

18. maddeye göre: Cumhuriyet başsavcısının görevleri şunlardır:

1. Cumhuriyet başsavcılığını temsil etmek,
2. Başsavcılığın verimli, uyumlu ve düzenli bir şekilde çalışmasını sağlamak, iş bölümünü yapmak,
3. Gerektiğinde adli göreve ilişkin işlemleri yapmak, duruşmalara katılmak ve kanun yollarına başvurmak,
4. Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

Ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcısının; ağır ceza mahkemesinin yargı çevresinde görevli Cumhuriyet başsavcıları, Cumhuriyet başsavcıvekilleri, Cumhuriyet savcıları ile bağlı birimler üzerinde gözetim ve denetim yetkisi vardır.

Asliye ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcısının o yer yargı çevresinde görevli Cumhuriyet savcıları ile bağlı birimler üzerinde gözetim ve denetim yetkisi vardır.

20. maddeye göre: Cumhuriyet başsavcıvekilinin görevleri şunlardır:

1. Cumhuriyet başsavcısının verdiği görevleri yerine getirmek,
2. Cumhuriyet savcılarının adli ve idari görevlerine ilişkin işlemlerini inceleyip Cumhuriyet başsavcısına bilgi vermek,
3. Gerektiğinde adli göreve ilişkin işlemleri yapmak, duruşmalara katılmak ve kanun yollarına başvurmak,
4. Cumhuriyet başsavcısının yokluğunda ona vekâlet etmek.

Aynı yerde görev yapan birden çok Cumhuriyet başsavcıvekili bulunduğu anda, Cumhuriyet başsavcısına vekâlet edecek olanı Cumhuriyet başsavcısı belirler.

20. maddeye göre: Cumhuriyet savcısının görevleri şunlardır:

merkezinde o ilçenin ismi ile anılan bir başsavcılık kurulmakta, ancak her ilçede C.Başsavcısı bulunmamaktadır. İlçedeki C.Başsavcılığı mülhakat olarak adlandırılmakta, ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yer C.Başsavcısına bağlı olarak görev yapan C.Savcılarında kıdemli olanı idari işleri yerine getirmektedir. C.Başsavcısı, ağır ceza mahkemesi bulunan il ya da ilçelerde ya da ağır ceza mahkemesi bulunmayıp asliye ceza mahkemesi bulunan ancak, nüfus, iş durumu gibi nedenlerle özel önem atfedilen ilçelerde bulunmaktadır. Soruşturma bakımından önem arz eden savcılık teşkilatı ilk derece mahkemeleri yanında örgütlenen savcılık teşkilatı olup. Bölge Adliye Mahkemeleri(Teşkilat Kanunu m. 30,41,44,45), Yargıtay(Yargıtay Kanunu, m. 6,7,27,28) ve Danıştay(Danıştay Kanunu m. 3,4,10,11,60,61) nezdinde de Başsavcılık teşkilatı bulunmaktadır.

1.1.4.1.3. C.Savcısının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Sorunu

AY'nın mahkemelerin bağımsızlığı başlığını taşıyan 138. maddesinde hakimlerin bağımsızlığı, görevlerini yerine getirirken bağımsız oldukları ve hiçbir makam ve merciden emir ve talimat almayacakları vurgulanmıştır. Bu maddede savcılardan bahsedilmemiş iken 139. maddede teminat hem hakimler hem de savcılar için düzenlenmiştir. Adalet hizmetlerinin denetimi başlıklı 144. maddede, adalet hizmetleri ile savcılarının idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığınca denetiminin, adalet müfettişleri ile hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçiler; araştırma, inceleme ve soruşturma işlemlerinin ise adalet müfettişleri

-
1. Adli göreve ilişkin işlemleri yapmak, duruşmalara katılmak ve kanun yollarına başvurmak,
 2. Cumhuriyet başsavcısı tarafından verilen adli ve idarî görevleri yerine getirmek,
 3. Gerektiğinde Cumhuriyet başsavcısına vekâlet etmek,
 4. Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

Aynı yerde görev yapan Cumhuriyet başsavcivekili bulunmadığında, Cumhuriyet başsavcısına vekâlet edecek olanı Cumhuriyet başsavcısı belirler.

eliyle yapılacağı hükme bağlanmıştır. Bu madde ile savcıların yargısal faaliyet dışında kalan idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığı ile organik ilişkisine ve denetimin siyasi bir organ olan Adalet Bakanlığı tarafından yapılacağına işaret edilmiştir.

Yargısal faaliyet yönünden savcılarının da hakimler gibi bağımsız olması gerektiğini kabul etmek gerekir. Soruşturma evresinde verilen karar ve yapılan işlemlerin kovuşturma evresinde hakim tarafından verilen karar ve işlemlerden daha az bağımsızlık gerektirdiğini savunmak yerinde değildir. Şöyle ki, soruşturma evresinde işlendiği iddia olunan suçla ilgili deliller sıcağı sıcağına toplanmakta, muhafaza edilmekte, soruşturmanın şekillendiği bu aşamada toplanan deliller kovuşturma evresine esas teşkil etmekte ve çoğu zaman verilecek karar bakımından belirleyici olmaktadır. Bu açıdan bakıldığında vicdani kanaatine göre karar verecek bağımsız ve tarafsız bir makama duyulan ihtiyacın daha az olduğu söylenemez. Ancak idari görev ve hizmetlerin idari hiyerarşi çerçevesinde yerine getirilmesi, savcılarının yargısal fonksiyonlarını yerine getirirken etkilenmemeleri şartıyla kabul edilebilir. Mahkeme yönetiminde getirilmesi düşünülen yenilikler çerçevesinde adliyenin idari işleri konusunda profesyonel yöneticilerin istihdam edilerek idari işlerle bu kişilerin ilgilenmesi, C.Başsavcılarının tamamen yargısal faaliyetin başında ve içerisinde olmaları daha yerindedir.

Savcılar bağlı oldukları başsavcılığın hiyerarşisine tabidirler ve yerine getirdikleri yargısal faaliyeti başsavcılık makamı adına yaparlar³³². Savcılık

³³² Cumhur ŞAHİN, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 111.

makamı bir bütün teşkil etmekte savcı ile başsavcı arasındaki bağılılığı ve hiyerarşiyi açıklayan bu ilişki “bölünmezlik ilkesi” olarak adlandırılmaktadır.³³³ Uygulamada bir savcının yazmış olduğu iddianame ya da kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar başsavcı tarafından herhangi bir değişiklik ya da düzeltme yapılması talimatı ile ilgili savcıya iade edilebilir. Daha önce fiziki evrak üzerine yazılacak derkenar havale ile yapılabilen bu işlem halihazırda UYAP ekranına iddianamenin C.Başsavcısı tarafından iade edilmesi ekranının konulması ve gerekçesi yazılarak görüldü işlemi yapılması şekline dönüştürülmüştür. 5235 sayılı Teşkilat Kanunu’nun 18. maddesine göre Ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcısının; ağır ceza mahkemesinin yargı çevresinde görevli Cumhuriyet başsavcıları, Cumhuriyet başsavcı vekilleri, Cumhuriyet savcıları ile bağılı birimler üzerinde gözetim ve denetim yetkisi vardır. Asliye ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcısının o yer yargı çevresinde görevli Cumhuriyet savcıları ile bağılı birimler üzerinde gözetim ve denetim yetkisi vardır. Bu uygulamanın hukuki dayanağı olarak Teşkilat Kanunu’nun 18. maddesinin gösterilebileceğı düşünülse de, soruşturmada görev alan savcının görev verildikten karar yazılan aşamaya kadar hiçbir şekilde emir ve talimat altında olmadan bağımsız ve tarafsız bir şekilde görev yapmasının temini adil yargılama, hukuk devleti ve soruşturmanın selameti açısından daha adil sonuçlara ulaştıracaktır. İddianemenin iadesi ve kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara karşı itiraz imkanı var iken, denetimden yoksun ve keyfililğe yol açabilecek nitelikteki C.Başsavcısı tarafından yapılan iade işleminin yerinde olmadığı ve hukuki dayanağının da bulunmadığı kanaatindeyiz. Savcılık makamının bir bütün olarak mütalaa edilmesinin bir sonucu soruşturmanın başından sonuna kadar aynı savcı tarafından

³³³ N. Centel-H. Zafer, **a.g.e.**, s. 111.

yürütülmemesi, aynı dosyaya farklı savcıların bakabilmesi, birinin başladığı davayı diğerinin sürdürebilmesidir.³³⁴

1.1.4.1.4. Soruşturma Evresinde C.Savcısının Görev ve Yetkileri

Suç işlendiği şüphesinin herhangi bir şekilde C.Savcısı tarafından öğrenilmesi üzerine, C.Savcısı, suç işlenip işlenmediğini, işlendi ise şüphelinin kim olduğunu, suçla ilgili delillerin nelerden ibaret olduğunu, kamu davasının açılmasına gerek bulunup bulunmadığını tespit etmek amacıyla hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar(CMK m. 160/1). Şüphelinin hem lehine hem aleyhine olan delilleri toplamakla yükümlü olan savcı, kovuşturma mecburiyeti ilkesi gereği, suç haberinin alınması üzerine soruşturma faaliyetine başlamaya mecburdur(160/2).³³⁵

Çağımızda suç tiplerin çeşitlenmesi, karmaşıklaşması ve sayıdaki artış savcıların soruşturma işlemlerini bizzat yapmalarını zaman zaman güçleştirmekte zaman zaman imkansızlaştırmaktadır. Buna karşılık bazı soruşturmaların bizzat savcılar tarafından yürütülmesi ilgili kanunlar ile benimsenmiştir. Örnek olarak Çocuk Koruma Kanunu'nun suça sürüklenen çocuklar bakımından yapılacak soruşturmaların bizzat savcıya bırakılmasına ilişkin 15/1. maddesi gösterilebilir.

Soruşturma evresinin yöneticisi konumunda bulunan savcı soruşturmaları emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle yürütebilir(CMK m. 160/2). Savcının adli kolluk görevlilerinden yardım alması soruşturma işlemlerinin yapılması, delillerin toplanması ve muhafazası noktasında olup, hangi soruşturma işleminin

³³⁴ **Age.**, s.113.

³³⁵ V. Özer Özbek-N. Kanbur-K. Doğan, **a.g.e.**, 187.

yapılacağı ve yapılan soruşturma sonucunda verilecek kararın takdiri savcıya aittir.

Cumhuriyet savcısı, doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir; yukarıdaki Maddede yazılı sonuçlara varmak için bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir. Cumhuriyet savcısı, adli görevi gereğince nezdinde görev yaptığı mahkemenin yargı çevresi dışında bir işlem yapmak ihtiyacı ortaya çıkınca, bu hususta o yer Cumhuriyet savcısından söz konusu işlemi yapmasını ister(CMK m. 161/1). Bu madde ile paralel bir düzenleme de CMK'nun 332. maddesinde bulunmaktadır. Bu maddeye göre: "Suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere on gün içinde cevap verilmesi zorunludur. Eğer bu süre içinde istenen bilgilerin verilmesi imkânsız ise, sebebi ve en geç hangi tarihte cevap verilebileceği aynı süre içinde bildirilir. Bilgi istenen yazıda yukarıdaki fıkra hükmü ile buna aykırı hareket etmenin Türk Ceza Kanununun 257. maddesine aykırılık oluşturabileceği yazılır. Bu durumda haklarında kamu davasının açılması, izin veya karar alınmasına bağlı bulunan kişiler hakkında, yasama dokunulmazlığı saklı kalmak üzere, doğrudan soruşturma yapılır. Her iki madde birlikte değerlendirildiğinde kamu görevlileri ve özel kişi ya da kuruluşlardan her türlü bilgi ve belgeyi isteyebilir. Kural bu olmakla birlikte istisnai olarak bu hükmün uygulanamayacağı durumlar da olabilir. Noterlik Kanunu'nun 55/2. maddesine göre: Noterlik evrak ve defterlerinin daire dışına çıkarılabilmesi, mahkemenin veya sorgu hakiminin kararıyla mümkündür. Örneğin noterlikte bulunan evrak aslı üzerinde kriminal inceleme yaptırmak isteyen savcının evrak ya da defteri temin edebilmesi için

mahkemesinden karar alması gereklidir.

C.Savcısının her türlü soruşturma bakımından her türlü bilgi ve belgeyi talep edebilmesi AY'da ve AİHS'nde vurgulanan orantılılık ilkesi ve temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin ilkelerle uyumlu değildir. Şöyle ki soruşturma çerçevesinde istenebilecek bilgi ve belgeler kapsamına şüphelinin özel hayatını ilgilendiren bilgiler ve kişisel verileri de dahildir. Hali hazırdaki uygulamada savcının söz konusu bilgi ve belgeleri temin etmesini engelleyici bir hüküm bulunmamaktadır. Temel hak ve hürriyetlere yapılacak müdahalenin hakkın özüne dokunmamak şartıyla kanunla yapılması gerekir. Basit suçlar bakımından yapılan soruşturmalarda daha ağır suçlar bakımından bir ayırım yapılması, kişisel veriler ve özel hayat alanının kapsamında kalan bilgi ve belgelerin belli şartlar gerçekleştiğinde savcı tarafından, belli şartlar gerçekleştiğinde mahkeme kararıyla temin edilebilmesine ilişkin bir yapı oluşturulmasının hukuk devleti ve adil yargılama ilkesi bakımından daha yerinde olduğu kanaatindeyiz.

CMK'nun 161/3. maddesi uyarınca C.Savcısı, adli kolluk görevlilerine emirleri yazılı; acele hâllerde, sözlü olarak verir. Sözlü emir, en kısa sürede yazılı olarak da bildirilir. Ancak bazı hallerde verilen kararların sözlü olarak verilerek daha sonra yazılı hale getirilmesi mümkün değildir. Bu hale örnek olarak CMK'nun 119. maddesine göre verilecek yazılı arama emri gösterilebilir.

CMK'nun 161/5. maddesine göre kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye

kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır. Vali ve kaymakamlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri , en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tâbi oldukları yargılama usulü uygulanır.³³⁶ En üst dereceli kolluk amiri illerde il jandarma komutanı, il emniyet müdürü; ilçelerde ilçe jandarma komutanı ve ilçe emniyet amiri ya da ilçe emniyet müdürüdür. Belirtilen görevliler 2802 sayılı kanununun 89. maddesinde gösterilen usule göre soruşturulabilirler.

Soruşturma evresinde savcı delillerin tespiti, toplanması, muhafazası ve değerlendirilmesi çerçevesinde tanık dinleyebilir(CMK m. 43 vd.), bilirkişiye müracaat edebilir(m. 62 vd.), şüphelinin ya da diğer kişilerin beden muayenesin yapılmasına ya da vücudundan örnek alınmasına karar verebilir ya da mahkemeden karar verilmesini talep edebilir(m. 75, 76), moleküler genetik inceleme yapılmasını mahkemesinden talep edebilir(m. 78, 79), fizik kimliğinin tespit edilmesine karar verebilir(m. 81), yer gösterme işlemi yapılmasına karar verebilir(m. 85), keşif yapılmasına karar verebilir(m. 83), ölünün kimliğinin belirlenmesi, adli muayene ve otopsi işlemlerini yerine getirir(m. 86 vd.), gözaltı kararı verebilir(m. 91 vd.), şüphelinin tutuklanmasını ya da adli kontrol altına alınmasını mahkemesinden talep edebilir(m. 100 vd.), arama ve elkoyma kararı verebilir ya da ilgili tedbire hükmedilmesini mahkemesinden isteyebilir, gizli

³³⁶ Y. 4. C.D., 2008/3152 E., 2010/856 K., 2010; Y. 4. C.D., 2006/8658 E., 2007/1751 K., 2007.

soruşturma tedbirlerinin uygulanmasına karar verebilir ya da mahkemesinden bu konuda karar verilmesini isteyebilir(m. 135-140), ifade alır ve çağrıya uymayan kişi hakkında zorla getirme kararı verebilir(m. 145 vd.).

1.1.5. Kolluk Teşkilatı ve Adli Kolluğun Görevleri

1.1.5.1. Kavram

Kollamak kelimesinden türetilen kolluk kavramı zabıta kelimesinin karşılığı olarak kullanılmakta olup yurt içinde genel kamu düzeni ve emniyeti korumakla görevli jandarma, polis, kır bekçileri, belediye zabıtası gibi devlet kuvvetlerini ifade etmektedir.³³⁷ Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 3. maddesine göre kolluk teşkilatı genel kolluk ve özel kolluk olmak üzere ikiye ayrılır. Genel kolluk silahlı bir kuvvet olan polis ve jandarmadır. Özel kolluk, genel kolluk haricinde kalan ve özel kanunlarına göre teşkilatlandırılan ve belirli görevleri ifa eden kolluk kuvvetleridir. Jandarma³³⁸ ve özel kolluk teşkilatı kendi kanunlarına emniyet teşkilatı ise Emniyet Teşkilatı Kanunu hükümlerine tabidir. Jandarma ve özel kolluk ile emniyet teşkilatının merkezde ve illerde bir diğeriyle irtibat kurması ve çalışma yöntemi tüzük ile tesbit edilir.³³⁹ Özel kolluğa örnek olarak belediye kolluğu, orman kolluğu, gümrük kolluğu, sahil ve liman kolluğu örnek olarak gösterilebilir. ETK'nun 8. maddesi uyarınca polis idari, siyasi ve adli olmak üzere üçe ayrılır. 9. maddeye göre idari polis toplumsal düzen ve kamu düzenini sağlamakla görevli olan, siyasi polis devletin genel güvenliğiyle ilişkili işlerle görevli olan, Adli polis ise tam teşekküllü bir polis karakolu bulunan

³³⁷ E. Yılmaz, **a.g.e.**, s. 895; Ali Şafak, **Ceza Muhakemeleri Usulü ve Polis**, Ankara, 1989, s.72.

³³⁸ 2803 sayılı, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu, 12.03.1983.

³³⁹ Emniyet ve Asayiş İşlerinde İl, İlçe ve Bucaklardaki Jandarma ve Emniyet Ödevlerinin Yapılması ve Yetkilerinin Kullanılması Suretini ve Aralarındaki Münasebetleri Gösterir Yönetmelik, Bakanlar Kurulu, 28.06.1961.

yerlerde adli işlerle uğraşmak üzere Emniyet Genel Müdürlüğünce görevlendirilen polisi ifade etmektedir. Kolluğun suç işlenmeden önceki aşamadaki faaliyetleri önleyici faaliyet olarak nitelendirilmekte, suçun işlenmesinden önce görev alan polis idari kolluk olarak, suçun işlenmesinden sonraki aşamada görev alan kolluk adli kolluk olarak adlandırılmaktadır.³⁴⁰ Bir başka ifade ile suç öncesi kolluk faaliyeti kendisini koruma, önleme ve yardım, suç sonrası kolluk faaliyeti ise suçların araştırılması şeklinde ortaya çıkmaktadır.³⁴¹

1.1.5. 2. Adli Kolluğun Görevleri

CMK'nun 161/2 maddesi uyarınca Adlî kolluk görevlileri, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhâl bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeye ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür. 165. maddeye göre Gerektiğinde veya Cumhuriyet savcısının talebi halinde, diğer kolluk birimleri de adlî kolluk görevini yerine getirmekle yükümlüdür. Bu durumda, kolluk görevlileri hakkında, adlî görevleri dolayısıyla bu Kanun hükümleri uygulanır. Adli kolluk görevlilerinin kim olduğu hususundaki düzenleme ise CMK'nun 164. maddesinde bulunmamaktadır. Bu maddeye göre, adlî kolluk; 4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 8, 9 ve 12 nci Maddeleri, 10.3.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 7'nci Maddesi, 2.7.1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8'inci Maddesi ve 9.7.1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununun 4'üncü Maddesinde belirtilen soruşturma işlemlerini yapan güvenlik görevlilerini ifade eder.

³⁴⁰ N. Centel-H. Zafer, **a.g.e.**, s.,120; V. Özer Özbek-N. Kanbur-K. Doğan, **a.g.e.**, s. 187.

³⁴¹ N. Toroslu-M. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s..267.

Soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adlî kolluğa yaptırılır. Adlî kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının adlî görevlere ilişkin emirlerini yerine getirir. Adlî kolluk, adlî görevlerin haricindeki hizmetlerde, üstlerinin emrindedir. Adli kolluğun görev, yetki ve savcılık ile ilişkilerini düzenlemek amacı ile CMK'nun 167. maddesi uyarınca Adli Kolluk Yönetmeliği çıkarılmıştır. C.Savcısı yukarıda bahsedilen görevini yerine getirirken ve yetkilerini kullanırken adli kolluk görevlilerinden yararlanacaktır.

CMK'nun 166. maddesi ile C.Savcılarında Cumhuriyet başsavcılarını her yılın sonunda, o yerdeki adlî kolluğun sorumluları hakkında değerlendirme raporları düzenleyerek, mülkî idare amirlerine gönderme yetkisi ve görevi verilmiştir. C.Savcılarının kolluk üzerindeki hakimiyetlerinin güçlendirilmesi ve daha etkin bir soruşturma yapmaları amacı ile getirilen bu düzenlemenin amaca uygun şekilde kullanıldığı ve adli kolluk görevlilerinin uygulamada bu raporlara önem verdikleri gözlemlenmektedir.

CMK'nun 92. maddesi uyarınca Cumhuriyet başsavcıları veya görevlendirecekleri Cumhuriyet savcıları, adlî görevlerinin gereği olarak, gözaltına alınan kişilerin bulundurulacakları nezarethaneleri, varsa ifade alma odalarını, bu kişilerin durumlarını, gözaltına alınma neden ve sürelerini, gözaltına alınma ile ilgili tüm kayıt ve işlemleri denetler; sonucunu Nezarethaneye Alınanlar Defterine kaydederler. İlgili kolluk birimi herhangi bir zaman dilimi içerisinde nezarethaneyi denetime hazır bir şekilde bulundurmak ve denetime gelen C.Savcısının bu konudaki emir ve talimatlarını yerine getirmek zorundadır.

1.1.6. Sulh Ceza Hakimi

Sulh Ceza Hakiminin soruşturma evresine katılması iki şekilde mümkün olmaktadır. Bunlardan birincisi, CMK'nun 163. maddesinde öngörülen ihtimaldir. Suçüstü hâli ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa, sulh ceza hâkimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir. Madde hükmüne göre bir şekilde C.Savcısına erişilememesi ya da somut olayın genişliği itibarı ile bir kişi tarafından bu işlerin yürütülmesinin mümkün olmaması gerekir. Örneğin 10 kişinin öldüğü bir trafik kazasında tek savcının görev yaptığı bir ilçede Sulh Ceza Hakimi soruşturma yapabilir. Ya da tek savcının görev yaptığı bir ilçede savcının saat 17.30'da rapor alması 17:40'ta şüpheli ölüm olayının meydana gelmesi durumunda Sulh Ceza Hakimi C.Savcısının yerine geçerek soruşturmayı yürütecektir. Sulh Ceza Hakiminin Soruşturma işlemi yapmasının ikinci şekli ise CMK'nun 162. maddesine göre Cumhuriyet savcısının, ancak hâkim tarafından yapılabilecek olan bir soruşturma işlemine gerek görmesi, istemlerini bu işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hâkimine bildirmesi, Sulh ceza hâkiminin istenilen işlem hakkında, kanuna uygun olup olmadığını inceleyerek karar vermesi ve gereğini yerine getirmesidir.

1.1.7. Soruşturma Evresinin Özellikleri

Soruşturma evresinin amacı suç işlendiği şüphesinin belli bir olgunluğa ulaşarak kamu davasının açılması için iddianame düzenlenmesi seviyesine gelip gelmediğini tespit etmektir. Bu çerçevede soruşturma evresinin amacı kovuşturma

evresinden farklı olup maddi gerçeğin nihai olarak ortaya konması değildir.³⁴²

Soruşturma evresinin belirleyici özellikleri mecburilik, kamusalılık, yazılılık, dağınıklık, kuralsızlık ve gizlilik olarak incelenebilir.

1.1.7.1. Soruşturmanın Mecburiliği

Soruşturma ile görevli organların suç işlendiği şüphesini öğrenmeleri üzerine harekete geçmek zorunda olmalarına ilişkin ilke soruşturmanın mecburiliği ilkesi olarak adlandırılmaktadır.³⁴³ CMK'nun 160. maddesine göre: "Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür." Madde metnindeki "..başlar ve ..yükümlüdür" ibareleri doğrudan soruşturmanın mecburiliği ilkesine işaret etmektedir. Aksi davranış TCK'nun 257. maddesinde düzenlenen görevi ihmal ya da görevi kötüye kullanma suçlarından birine vücut verebilir. Şikayet gibi suçtan zarar görenin iradesinin suçun takibi için şart olan hallerde, suçtan zarar görenin iradesi dışında, soruşturma işlemlerine başlanamaz, başlanmış ise şüpheliye suç isnat eden soruşturma işlemleri yapılamaz.³⁴⁴

³⁴² N. Centel-H. Zafer, **a.g.e.**, s.,93.

³⁴³ V. Bıçak, **a.g.e.**, s.,342; YCGK., 2007/2-247 E., 2007/257 K., 04.12.2007 tarihli kararında soruşturmanın mecburiliği ile ilişkili şu ifadeler yer verilmiştir: "Cumhuriyet Savcısı tarafından ceza yargılamasının temel hedefi olan maddi gerçeğe ulaşma amacına yönelik olarak gerekli kanıtların toplanmadığı hatta buna teşebbüs bile edilmediği çok açık olarak anlaşılmakta, başka bir anlatımla soruşturma evresinin tamamlanmadığı net bir biçimde tespit edilmekteyse, soruşturma evresi Cumhuriyet Savcısınca tamamlanmalıdır."

³⁴⁴ N. Centel-H. Zafer, **a.g.e.**, s., 100.

1.1.7.2. Soruşturmanın Kamusalılığı

Günümüz ceza hukuku sistemlerinde belirli istisnalar dışında suçların takibi devlet tarafından yerine getirilmekte, suçun takip edilip edilmemesi ya da failin cezalandırılıp cezalandırılmaması konusunda suçtan zarar gören kişinin iradesine bakılmamaktadır. Ceza soruşturmasının kamusalılığı, suç soruşturmasının devlet adına, devlet tarafından görevlendirilen soruşturma organları tarafından başlatılması, sürdürülmesi ve sonuçlandırılmasıdır.³⁴⁵ Şikayete bağlı suçlar ve uzlaşma kapsamında olan suçlar ise bu ilkenin istisnalarını oluşturmaktadır. Şikayete bağlı suçlar bakımından şikayet gerçekleşmediği sürece soruşturmaya başlanamaz, başlanmış ise şikayet gerçekleşmeden belli soruşturma işlemleri yapılamaz ve dava açılmaz. Ancak buna rağmen kovuşturma evresine geçilmiş ise suçtan zarar görenin açıkça şikayetten vazgeçtiğini ifade etmedikçe yargılamaya devam olunur(CMK m. 158/6). Uzlaşmaya tabi suçlar bakımından ise uzlaşma iradesinin belirlenmemesi ya da uzlaşmak isteyen tarafların bu iradelerini yönelik işlem tesis etmeden iddianame düzenlenemez, düzenlendiği takdirde mahkemesi tarafından iade edilir(CMK m. 174/1-c).

1.1.7.3. Soruşturmanın Yazıllığı

Duruşma evresinde taraflar, yargılama konusu uyuşmazlıkla ilgili delileri ve olayları sözlü olarak mahkemeye sunarlar ve sunulan deliller ve olaylar mahkemede sözlü olarak tartışılır ve açıklanır³⁴⁶. Hakimin doğrudan doğruya bilgi sahibi olmasına imkan veren sözlülük ilkesi, soruşturma evresinde uygulanmamakta, bunun aksine soruşturma evresine yazıllık ilkesi hakim olmaktadır. Söz veya hareket şeklindeki işlemler belgeye dökülmek şartıyla yazılı

³⁴⁵ **Age.**, s. 98.

³⁴⁶ N. Toroslu-M. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.,. 284.

hale getirilir.³⁴⁷ CMK'nun 169. maddesinde yazılılık ilkesi şu şekilde ifade edilmiştir: “Şüphelinin ifadesinin alınması veya sorgusu, tanık ve bilirkişinin dinlenmesi veya bir keşif ve muayene sırasında Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hâkiminin yanında bir zabıt kâtibi bulunur. Acele hâllerde, yemin vermek koşuluyla, başka bir kimse, yazman olarak görevlendirilebilir. Her soruşturma işlemi tutanağa bağlanır. Tutanak, adli kolluk görevlisi, Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hâkimi ile hazır bulunan zabıt kâtibi tarafından imza edilir.

Müdafî veya vekil sıfatıyla hazır bulunduğu işlemlerle ilgili tutanakta avukatın isim ve imzasına da yer verilir. Tutanak, işlemin yapıldığı yeri, zamanı ve işleme katılan veya ilgisi bulunan kimselerin isimlerini içerir. İşlemden hazır bulunan ilgililerce onanmak üzere tutanağın kendilerini ilgilendiren kısımları okunur veya okumaları için kendilerine verilir. Bu husus tutanağa yazılarak ilgililere imza ettirilir. İmzadan kaçınma hâlinde nedenleri tutanağa geçirilir.”

1.1.7.4. Soruşturmanın Dağınıklığı

Savcının başlamış olduğu soruşturmayı yürütmesi zorunluluğu bulunmayıp aynı soruşturma bakımından birden fazla savcı görevlendirilebilir.³⁴⁸ Bunun gibi aynı soruşturmada birden fazla görevliden de örneğin, farklı uzmanlık bilgisine sahip adli kolluk görevlileri ya da bilirkişilerden yararlanılabilir. Soruşturma evresinde yapılan işlemler arasında bir öncelik sonralık ilişkisi bulunmamaktadır.³⁴⁹ Soruşturmanın farklı yerlerde, farklı zamanlarda, farklı kişilerce ve ara verilerek yapılabilmesine imkan veren ilkeye soruşturmanın

³⁴⁷ Y. Ünver-H. Hakeri, **a.g.e.**, s., 488; Bkz. Y. 6. C.D., 2010/22878 E., 2011/8389 K., 2011. Y. 5. C.D., 2008/3724 E., 2011/1826 K., 2011.; Y. 5. CD., 2006/703 E., 2010/630 K., 2010.; Y. 1. CD., 2008/4805 E., 2008/5756 K., 2008.

³⁴⁸ N. Centel-H. Zafer, **a.g.e.**, s., 97.

³⁴⁹ V. Bıçak, **a.g.e.**, s.,341.

dağınıklığı ilkesi denmektedir.³⁵⁰ Soruşturma evresinin doğası gereği soruşturmanın dağınık şekilde yürütülmesi ihtiyacı hasıl olup, aşamada delillerin sıcağı sıcağına tespit edilmesi, toplanması ve muhafazası ön plana çıkmaktadır.

1.1.7.5. Soruşturmanın Kuralsızlığı

CMK’unda duruşmanın akışı, yapılacak işlemler, delillerin ikamesi gibi işlemler mahkemeye dar bir takdir alanı bırakacak şekilde düzenlenmiştir(CMK m. 175 vd.).³⁵¹ Buna karşılık soruşturma evresinin yürütülmesi ve hangi işlemin ne zaman yapılacağı gibi sıkı şekil şartları mevcut değildir. Örneğin savcı şüphelinin ifadesinin soruşturmanın hemen başında alabileceği gibi delillerin belli bir olgunluğa ulaşmasını bekledikten sonra da alabilir. Soruşturma evresinin bu özelliği soruşturmanın kuralsızlığı(kurala bağlı olmayışı) olarak adlandırılmaktadır.³⁵²

1.1.7.6. Soruşturmanın Gizliliği

Hukuk devletinin en başta gelen özelliklerinden biri devlet faaliyetlerinin belirliliği ve bununla ilişkili olarak şeffaflıktır. Yapılan işlemlerin şeffaf ve ulaşılabilir olması bu işlemlerden herkesin haberdar olabilmesine ve işlemlerin herkes tarafından denetlenebilmesine imkan verir. Yargılama faaliyeti faaliyeti bakımından bu ilkeye paralel düzenleme aleniyet ilkesini düzenleyen CMK’nun 182. maddesi olup bu maddeye göre: “Duruşma herkese açıktır. Genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir.

³⁵⁰ Y. Ünver-H. Hakeri, **a.g.e.**, s., 489.

³⁵¹ N. Centel-H. Zafer, **a.g.e.**, s., 97.

³⁵² Y. Ünver-H. Hakeri, **a.g.e.**, s., 489.

Duruşmanın kapalı yapılması konusundaki gerekçeli karar ile hüküm açık duruşmada açıklanır.” Duruşmanın aleni olması gizli kapılar ardında denetimden yoksun işlemler yapılmasını ve kararlar verilmesini engeller.

Buna karşılık soruşturma evresinde aleniyet ilkesi tersine çevrilmiş olup soruşturma evresine hakim olan ilke gizlilik ilkesidir.³⁵³ CMK’nun 157. maddesine göre: “Kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir.” Soruşturma işlemlerinin gizli olmasının nedenleri arasında AY ve AİHS ile teminat altına alınan “suçsuzluk ya da masumiyet” karinesi (AY m. 38; AİHS m. 6/2), fail ya da failerin tespiti, delillerin karartılma ihtimalinin bertaraf edilmesi, muhtemel firarların önlenmesi, delillerin daha sağlıklı tespiti ve muhafaza altına alınması gösterilebilir.³⁵⁴

Soruşturmanın gizliliği, ilgililerin yapılan soruşturma işlemlerinde hazır bulunabilmelerini, yapılan işlemlerin ve araştırma sonuçlarının kamuya kapalı olmasını gerektirir.³⁵⁵ Yapılan soruşturma işlemlerinde örneğin şüphelinin kolluk ya da savcı tarafından ifadesinin alınması sırasında müdafii, ya da keşif sırasında şüpheli, sanık, mağdur, müdafii ve vekil hazır bulunabilir.³⁵⁶ CMK’nun 6256 sayılı kanun ile değiştirilmiş 153. maddesine göre: “Müdafii, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. Müdafiiin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh

³⁵³ E. Yurtcan, **a.g.e.**, s. 390; B. Öztürk, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 496.

³⁵⁴ D. Soyaslan, **a.g.e.**, s. 249; S. Donay, **a.g.e.**, s. 216

³⁵⁵ Y. Ünver-H. Hakeri, **a.g.e.**, s. 492.

³⁵⁶ V. Bıçak, **a.g.e.**, s. 340.

ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir. Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, ikinci fıkra hükmü uygulanmaz. Müdafî, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir. Bu Maddenin içerdiği haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanır.” CMK’nun 153. maddesinde 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile maddenin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır. Bu tarihten itibaren soruşturmanın gizliliğinin tehlikeye düşebileceği gerekçesi ile gizlilik kararı verilmesi imkanı ortadan kaldırılmıştır. Bu madde hükümleri çerçevesinde soruşturma yine gizli şekilde yürütülecek soruşturma evresinde müdafinin yetkilerini kısıtlayıcı şekilde gizlilik kararı alınamayacaktır. Yani müdafî her halukarda soruşturma dosyasını inceleyebilecek ve örnek alabilecektir. CMK’nun 234. maddesine göre: “Mağdur ile şikâyetçi, soruşturma evresinde, soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet savcısından belge örneği isteme hakkına sahiptir.”.

Soruşturmanın gizliliği diğer kişilerle birlikte soruşturmada görev alan savcı, hakim, müdafî, zabıt katibi, kolluk görevlisi, bilirkişi tarafından da korunması gereken bir unsurdur. Soruşturmanın gizliliğini ihlal TCK’nun 285. maddesi ile cezai müeyyideye bağlanmıştır. 286. maddede ise soruşturma ve kovuşturma evresindeki işlemleri yetkisiz olarak kayda alan kişinin cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

CMK'nun 139. maddesinin üçüncü fıkrasına göre: "Soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili Cumhuriyet Başsavcılığında muhafaza edilir. Soruşturmacının kimliği, görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulur." 14.01.2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 28. maddesine göre gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen kişiye bir aidiyet numarası verilir. Yönetmeliğin 4. maddesinin birinci fıkrasının a bendine göre: "Aidiyet numarası: Bu Yönetmelikte belirlenen işlemleri yapmak üzere görevlendirilen adli kolluk personeline kimliğinin belirlenmesini sağlamak amacıyla sicil numaralarından farklı olarak kurumlarınca verilen numarayı" ifade etmektedir. Yönetmeliğin 31. maddesi uyarınca: "Gizli soruşturmacının kimliği ile ilgili tüm bilgiler talep ve kararda gösterilemeyeceği gibi görevinin sona ermesinden sonra da tüm bilgi ve belgeler gizli tutulur. Ayrıca bütün bu işlemler sırasında gizliliğe uyulur." Yukarıdaki hükümler birlikte değerlendirildiğinde gizli soruşturmacının kimliğinin soruşturma evresinde ve soruşturma tamamlandıktan sonra gizli tutulması gerekmektedir.

Soruşturmanın gizliliği, gizli soruşturmacı görevlendirilen bir soruşturma açısından da geçerlidir. Soruşturmanın gizliliği hakkındaki yukarıda izah edilen genel kurallar, gizli soruşturmacı görevlendirilen soruşturmalar bakımından da geçerlidir. Somut soruşturmada gizli soruşturmacı görevlendirildiği bilgisinin de tedbir süresince gizli tutulabileceği kanaatindeyiz. Bu konuda 139. madde ile ilgili açık bir düzenleme bulunmasa da CMK'nun 135. maddesinin beşinci fıkrasının kıyasen uygulanabileceğinin kabul edilmesi gerekir.

1.1.8. Soruşturma Evresinin Sona Ermesi

İnceleme konumuz bakımından burada ayrıntısına girilmeyecek olmakla birlikte soruşturma evresi, C.Savcısının görevli mahkemeye iddianame düzenleyerek göndermesi ve bu iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmesi ya da iddianamenin mahkemesine gönderildikten sonra iade ya da kabul yönünde herhangi bir karar verilmeden sürenin geçmiş olması suretiyle kamu davasının açılması ile sona erebilir(CMK m. 170,174). C.Savcısı yapmış olduğu soruşturma sonucunda işlendiği iddia olunan suçla ilgili kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil bulunmadığı kanaatinde ise kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verebilir. Verilen bu karar itiraza tabidir(CMK m. 172,173). Uzlaşmaya tabi suçlar bakımından tarafların uzlaşmaları nedeni ile kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilebilir. Kamu davasının açılıp açılmaması hususunda savcıya istisnai olarak taktir yetkisinin tanındığı durumlarda kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilir(CMK m. 171, ÇKK. m. 19). İddianame düzenlenmesi ve bu iddianamenin de mahkemesi tarafından kabul edilmesi ile kovuşturma evresine geçilir. Diğer hallerde verilen kararların hukuka aykırılığı hususunda yetkili makam tarafından bir tespit yapılmış olması hali haricinde soruşturma evresi kovuşturma evresine geçilmeden sona ermiş olur.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinin birinci fıkrasında “...bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada...” denilmek suretiyle iletişimin denetlenmesi tedbirinin hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde başvurulabilecek bir usul olduğu belirtilmiştir. CMK'nun 139. maddesinin 6. fıkrasında “soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgiler,

görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz” CMK'nun 140. maddesinin 4. fıkrasına göre: “elde edilen deliller ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında kullanılamaz.” İlgili madde hükümlerine göre gizli soruşturma usulleri hem soruşturma evresinde hem de kovuşturma evresinde uygulanabilir.

1.1.9. Soruşturma Evresi ve Gizli Soruşturmacının Kavramsal Açıdan Değerlendirmesi

Soruşturma evresinin başlamasına neden olan şüphe “basit şüphe³⁵⁷” olarak, gizli soruşturma usullerinin uygulanmasına neden olan şüphe ise “kuvvetli şüphe” olarak adlandırılmaktadır. Suç işlendiğine dair iki şüphe türü arasında yoğunluk farkı bulunmaktadır. İkincisinde şüphenin daha yoğun olması şarttır. Bununla birlikte soruşturma evresinin amacı maddi gerçeği nihai olarak tespit etmek olmadığından bu aşamada kuvvetli şüphe sebepleri ve delilleri gizli soruşturma usullerinin uygulanması için yeterlidir. Şüphenin tamamen ortadan kaldırılması maddi gerçeğin nihai olarak tespiti yargılama makamının görevi olup maddi gerçeğin nihai olarak tespiti aşamasında şüphenin tamamen yenilmesi hangi türden olursa olsun şüphenin ortadan kaldırılması gerekmektedir. Şüphenin ortadan kaldırılması suretiyle mahkumiyet hükmüne yetecek delil ile suç işlendiği konusunda kuvvetli şüphe uyandıran delil birbirinden farklıdır. Belli bir suçun işlendiği konusunda kuvvetli şüphe uyandıran delillere ulaşılmış olabilir ancak yapılan soruşturma sonucunda tamamlanan deliller kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturabilecek düzeyde olmayabilir ya da kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil bulunsa dahi mahkumiyet hükmü verilmesine

³⁵⁷ Bkz. birinci bölüm, başlık 4.1.4. v.d.

yeterli delil bulunmayabilir.

CMK'nun 160. ve 161/3. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde suç işlendiği şüphesini öğrenen C.Savcısı³⁵⁸ soruşturma işlemlerine başlayacaktır. Soruşturma işlemlerini savcı bizzat yerine getirebileceği gibi savcı adına soruşturma işlemlerini yerine getirmeye yetkili kolluk görevlileri de savcının emir ve talimatları doğrultusunda soruşturma işlemlerini yerine getirebilir. Soruşturma işlemlerini savcı adına yerine getirmeye yetkili kolluk görevlileri³⁵⁹ kanunda belirtilmiştir. Bu kişiler dışında savcı adına soruşturma işlemi yapabilecek bir merci bulunmamaktadır. Soruşturma evresi, kanun tarafından yetkili yetkili kılınan mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi(5271 sk. m. 2/1-e) ifade etmekte bu aşamada yapılan işlemler de soruşturma işlemleri³⁶⁰ olarak adlandırılmaktadır.

Her ne kadar kanun koyucu CMK'nun 139. maddesinde “gizli soruşturmacı” kavramını kullanmış ise de, bu madde kapsamında görevlendirilen kişinin yapabileceği soruşturma işlemleri değerlendirildiğinde gizli soruşturmacının aslında bir soruşturma yapmadığı, C.Savcısı adına, kanunun çizdiği sınır dairesinde delil toplamakla görevli bir kişi olduğu görülecektir. Yukarıda bahsettiğimiz kanun hükümleri uyarınca kolluk görevlileri, savcı adına soruşturma işlemlerini yerine getirmekte ve savcı adına soruşturmanın bir kısmını tamamlamaktadırlar. Kolluk görevlileri iddianame tanzim etmek ya da kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermek yetkisine sahip olmadıklarından somut soruşturmaya ilişkin işlemleri hiçbir zaman bütünüyle yerine getiremezler.

³⁵⁸ Bkz. birinci bölüm, başlık 4.1.4. vd.

³⁵⁹ Bkz. birinci bölüm, başlık 4.1.4. vd.

³⁶⁰ Bkz. birinci bölüm, başlık 4.1.4. vd.

Bu sebeple soruşturma işlemlerinin tamamına yakını savcı adına hareket eden kolluk görevlileri tarafından yerine getirilmiş olsa da Ceza Muhakemesinde soruşturmacı C.Savcısıdır. CMK'nun 139/4 maddesinde düzenlenmiş olan ve gizli soruşturmacının toplamakla yükümlü olduğu “her türlü delil” kavramı içerisine, belge delilleri ve gizli soruşturmanın kendi beyanı dışındaki beyanlar ve belirti delilleri girmemektedir.³⁶¹ Kolluk görevlileri ise savcı adına şikayetçi, şüpheli, tanık beyanlarına başvurabilir, yetkili merci tarafından verilen arama, elkoyma, yakalama, zorla getirme, iletişimin denetlenmesi, teknik araçlarla izleme kararlarını yerine getirebilir. Kolluk görevlileri dahi bu derece kapsamlı soruşturma işlemlerini yerine getirebilmekte olmasına rağmen soruşturmacı sıfatına sahip değildirler. Soruşturmacı, soruşturmayı yönetme iradesine sahip olup, yerine getirilen işlemler soruşturmacının iradesine uygun olmak zorundadır. Gizli soruşturmacı kolluk görevlileri ile kıyaslandığında daha dar bir alandaki soruşturma işlemlerini yerine getirmektedir. Sonuç olarak gizli soruşturmacı soruşturma yapmamakta, C.Savcısı adına delil toplamak şeklindeki bir kısım soruşturma işlemlerini yerine getirmektedir. Bu nedenle gizli soruşturmacı yerine gizli görevli adlandırması daha doğrudur.

2. GİZLİ SORUŞTURMA USULLERİ

2.1. Kavram

CMK'nun dördüncü kısmını “koruma tedbirleri” başlığını taşımaktadır. Bu başlık altında birinci bölümde “yakalama ve gözaltı”, ikinci bölümde “tutuklama”, üçüncü bölümde “adli kontrol”, dördüncü bölümde “arama ve elkoyma”, beşinci bölümde “telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin denetlenmesi”, altıncı

³⁶¹ Bkz . ikinci bölüm, başlık 2.8. v.d.

bölümde “gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme” müesseseleri düzenlenmiştir. Bu çerçevede CMK, telekomünikasyon yolu ile iletişimin denetlenmesini, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme müesseselerini koruma tedbiri olarak vasıflandırmış ve adlandırmıştır. Doktrinde bu üç müessese araştırma işlemleri³⁶², koruma tedbirleri(gizli müdahaleler)³⁶³, özel soruşturma usulleri³⁶⁴, gizli soruşturma tedbirleri gibi çeşitli başlıklar altında incelenmektedir.³⁶⁵ Gizlilik, sözkonusu soruşturma yöntemlerinin baskın özelliğidir. Bu nedenle diğer yöntemlere kıyasla daha özel olan bu soruşturma yöntemlerinin baskın olan gizlilik özeliği ile nitelendirilmesi ve adlandırılması düşüncesi bizce de doğrudur. Ancak “gizli soruşturma tedbirleri” şeklinde bir adlandırma yerine “gizli soruşturma usulleri(yöntemleri)” şeklindeki bir adlandırmanın daha yerinde olacağını düşünmekteyiz. Çünkü “tedbir” kelimesinin karşılığı “önlem; hazırlık”tır, izlenecek yol, yöntem, usul manası bulunmamaktadır.³⁶⁶ Bu nedenle inceleme konusu müesseseler bakımından gizli soruşturma usulleri başlığı tercih edilmiştir.

2.2. Ortak Özellikler

2.2.1. İhlalci Yapı

“Özel hayatın gizliliği(m. 20; AHİS m. 8)”, “konut dokunulmazlığı(m. 21; AHİS m. 8)”, “haberleşme hürriyeti(m.22)”, “adil yargılanma hakkı(m.36; AHİS m. 6)” 1982 Anayasası ile kişilerin sahip olduğu temel hak ve hürriyetler arasında

³⁶² N. Kunter-F. Yenisey-A. Nuhoğlu, **a.g.e.**, C.2, s. 2.

³⁶³ Veli Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2006. s. 398.

³⁶⁴ Gropp, W., **a.g.m.**, 1993, s. 20.

³⁶⁵ M. Ruhan Erdem, s. 5.

³⁶⁶ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük(<http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=tedbir&ayn=tam>). “Teknik araçlarla izleme”nin koruma tedbiri niteliğinde olmayıp, delile ulaşmak için başvuru bir araştırma vasıtası olduğu hakkında bkz. Nur Centel-Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, 2011, s. 424.

düzenlenmiştir. Bir kişi hakkında telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin tespiti(CMK m. 135) usulü uygulandığında bu kişinin haberleşme hürriyeti ve özel hayatın gizliliği hakkı ihlal edilmektedir. CMK'nun 147. maddesinde şüpheli ya da sanığın hangi usülle ifadesinin alınacağı ya da sorguya çekileceği öngörülmüştür. Bu maddeye göre örneğin şüpheliye isnad edilen suçlamanın bildirilmesi gerekmektedir(CMK m. 147/1-d), aynı şekilde şüphelinin bir müdafinin yardımından yararlanabilme hakkının olduğu da kendisine bildirilmelidir. İfade ve sorguda yasak usulleri düzenleyen 148. maddeye göre ise şüphelinin beyanı özgür iradesine dayanmalıdır, iradeyi sakatlayan örneğin aldatma gibi bir yola başvurulamaz. Bir suç şüphesi ile başlatılan soruşturma kapsamında gizli soruşturmacı görevlendirilmesi usulüne başvurulduğunda gizli soruşturmacının her türlü delili toplayabilmesi gündeme gelecektir(CMK m. 139/4). Suç işlediği şüphesi ile hakkında soruşturma işlemi yaptığı şüpheli ile konuşan, ondan bilgi alan ve bu kişinin beyanlarını tutanak altına alan bir gizli soruşturmacı yaptığı soruşturma çerçevesinde CMK'nun 147. ve 148. maddesinde öngörülmüş olan güvencelerden yoksun bir şüpheli ya da sanık söz konusu olacaktır. Bu durumda bu kişinin Anayasa ve AHİS ile güvence altına alınmış bulunan adil yargılanma hakkı müdahale ve ihlal konusu olacaktır. Bir kişi hakkında teknik araçlarla izleme usulüne başvurulduğunda bu kişinin kamuya açık alanlardaki faaliyetleri izlenebilecek, bu kişinin sesi ve görüntüsü kayıt altına alınabilecektir(CMK m. 140/1). Bu şekilde şüphelinin özel hayatın gizliliği hakkı müdahale ve ihlal konusu olacaktır. Görüldüğü gibi gizli soruşturma usulleri kişilerin temel hak ve hürriyetlerine ağır müdahaleler içermektedir. Bu türden ağır müdahalelere izin verilen yasal düzenlemelerle suçun ve suçlunun ortaya çıkarılmasından doğan yarar, toplumun sahip olduğu temel hak ve hürriyetlere

müdahale edilmesinden doğan zarara tercih edilmektedir.

2.2.2. Şüphenin Belli Bir Yoğunlukta Olması Şartı

CMK'nun 135/1, 139/1 ve 140/1 maddelerinde “...kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması halinde...” telekominikasyon yolu ile yapılan iletişimin tespiti, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme usullerine başvurulabileceği öngörülmüştür. Yasanın bu düzenlemesi ile gizli soruşturma usullerine başvurulabilmesi için basit bir başlangıç şüphesinden daha ağır bir şüphe derecesi aramış olduğu söylenebilir.³⁶⁷ “Suç işlendiği izlenimi verilen haller” (CMK 160/1) bulunması, ceza muhakemesinde araştırmaların başlaması için bir ön koşul olup buna “başlangıç şüphesi” adı verilir.³⁶⁸ Ceza muhakemesi işleminin yapılabilmesinin varlık sebebi suç şüphesidir. Bir hukuk devletinde böyle bir şüphe ancak delillerle tarif edilebilir. Nitelik ve nicelik bakımından az olan deliller mevcut ise basit şüpheden, nitelik ve nicelik bakımından kuvvetli delil mevcut ise yoğun şüpheden söz edilebilir.³⁶⁹ Şayet bu maddelerdeki “kuvvetli şüphe” deyiimi, sanığın mahkum edilmesi konusunda yüksek bir olasılık bulunduğu biçiminde anlaşılacak olursa, bu aşamada bu tedbire başvurmak, orantılılık ilkesi açısından yerinde olmaz. Çünkü sanık hakkında onun büyük olasılıkla mahkum edilmesini gerektirecek yoğunlukta delile ulaşıldığına göre, artık bu tedbire başvurma gereği de kalmaz. Haberleşme özgürlüğüne ağır müdahale oluşturan bu tedbirin, tam olarak ortaya konulamayan ve sınırı çizilemeyen basit şüpheyeye dayanarak kötüye kullanılmasını önlemek kaygısıyla, böyle bir düzenlemeye yer verilmiş ise de, bu tür kaygılar söz konusu tedbiri

³⁶⁷ Veli Özer Özbek, **a.g.e.**, s. 415.

³⁶⁸ N. Kunter-F. Yenisey-A. Nuhoglu, **a.g.e.**, C.2, s. 48.

³⁶⁹ B. Öztürk-M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 529.

uygulanamaz duruma getirmemelidir. Her halde kovuşturma organlarının, somut bir tutanak noktası mevcut olmaksızın bu tedbire başvurmaları yasak olup, kriminalistik varsayımlar, olayın istatistik sıklığı veya genel yaşam deneyimleri bu tedbire başvurmak için yeterli değildir.³⁷⁰ Bu durumda maddelerde geçen “suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebepleri” deyiminden başlangıç şüphesinin oluşumuna neden olan delillerden daha kuvvetli delillere dayanan şüphenin anlaşılması gerekmektedir. Yani kastedilen somut, elle tutulur, olaylara dayanan belirtilerin mevcut bulunmasıdır.³⁷¹

2.2.2.1. Şüphe Kavramı ve Şüphenin Dereceleri

Şüphe insanın bir olay karşısında inanma ve inanmama arasında kalan zihinsel durumda bulunması, zihnin belli bir konuda kesin bir sonuca varamaması, duraksaması şeklinde tanımlanabilir.³⁷² Gerek TCK’da gerekse CMK’da şüphenin çeşitli derecelerinden bahsedildiği gözlemlenmektedir. TCK’nun 18. maddesinin 3. fıkrasında “kuvvetli şüphe”den, CMK’nın 116. maddesinin 1. fıkrasında “makul şüphe”den, 170., 171., 172. maddelerinde “yeterli şüphe”den bahsedilmektedir. Görüldüğü gibi şüphe kavramı derecelendirilerek ele alınmıştır. CMK’nun 160. maddesinde “bir suçun işlendiği izlenimini veren hal” ifadesi “basit şüphe”yi ifade etmektedir.

2.2.2.2. Basit Şüphe

Soruşturma aşamasını başlatan şüphe CMK’nun 160. maddesinde “bir suçun işlendiği izlenimini veren hal” olarak ifade edilen ve yoğunluk bakımından en

³⁷⁰ B. Öztürk-M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 639.

³⁷¹ E. Şen, **a.g.e.**, s. 59.

³⁷² E. Yılmaz, **a.g.e.**, s. 764; <http://tr.wikipedia.org/wiki/%C5%9E%C3%BCphe>.

hafif şüphe hali olan “basit şüphe”dir.³⁷³ Suç işlendiği hususundaki basit şüphenin soruşturmayı başlatabilmesi için somut bir olguya dayanması gerekir, olguya dayanan basit şüphenin bulunmaması durumunda soruşturmanın başlatılması yükümlülüğü bulunmamaktadır.³⁷⁴ Suç işlendiğine dair basit şüphenin mevcut olduğuna dair delillerin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi, basit şüphenin mevcut olduğuna dair delillerin bulunduğu kanaat getirildiğinde soruşturma aşamasının başlatılması gerekir.³⁷⁵ Uygulamada kişilerin bilerek ya da bilmeyerek aslında hukuk mahkemelerinin ya da icra dairelerin görev alanına giren konularda C.Savcılığına ya da kolluk birimlerine başvurdukları gözlemlenebilmektedir. Kira alacağını tahsil edemeyen ya da kiracısını evinden çıkaramayan ev sahibinin C.Savcılığına başvurması durumu, komşu taşınmaz malikinin sınırını aşarak tecavüzde bulunduğu iddiası tipik örnekler arasında sayılabilir. Böyle bir dilekçeyi alan C.Savcısının, şikayetçinin anlatımından şikayet konusu uyuşmazlığın hukuki ihtilaf vasfında olduğunu ve görev alanına girmediğini bilmesine rağmen dilekçeyi AY’nın 74. maddesi uyarınca dilekçe hakkının kullanılması şeklinde algılaması ve hukuki ihtilaf vasfındaki uyuşmazlık konusunda herhangi bir araştırma yapmaksızın kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermesi, dilekçenin hiç işleme konulmamasına tercihan daha yerinde olur. Dilekçenin hiç işleme konulmaması halinde ise ilgili C.Savcısının görevini ihmal ettiğinden söz edilemez çünkü hukuki ihtilaf vasfındaki uyuşmazlıklar C.Savcılığının görev alanında olmadığı gibi C.Savcılığının bu tür dilekçeleri kabul etme gibi bir görevi de yoktur.

³⁷³ V. Bıçak, **a.g.e.**, s. 329;

³⁷⁴ N. Centel-H. Zafer, **a.g.e.**, s. 80; V. Bıçak, **a.g.e.**, s. 329; Diğer bir eserde içeriği aynı olmak kaydıyla “basit şüphe” kavramı yerine “başlangıç şüphesi” kavramı kullanılmış olup bkz., V. Özer Özbek-N. Kanbur-K. Doğan, **a.g.e.**, s. 186.

³⁷⁵ N. Centel-H. Zafer, **a.g.e.**, s. 80.

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerin Yargılanması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin 3. ve 4. fıkralarına göre: “memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında yapılacak ihbar ve şikâyetlerin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması zorunludur. Üçüncü fıkradaki şartları taşımayan ihbar ve şikâyetler Cumhuriyet başsavcılar ve izin vermeye yetkili merciler tarafından işleme konulmaz ve durum, ihbar veya şikâyette bulunana bildirilir. Ancak iddiaların, sıhhati şüpheye mahal vermeyecek belgelerle ortaya konulmuş olması halinde ad, soyad ve imza ile iş veya ikametgâh adresinin doğruluğu şartı aranmaz. Başsavcılar ve yetkili merciler ihbarcı veya şikâyetçinin kimlik bilgilerini gizli tutmak zorundadır.” Bu hükümlerin amacı memurlar ve diğer kamu görevlilerinin ifa ettikleri görev dolayısıyla haksız ithamlardan korunmasıdır. Memur ya da kamu görevlisi olmayan kişiler bakımından ise yukarıda gösterilen türden bir düzenleme bulunmamaktadır. Uygulamada şikâyetçinin müracaatı üzerine, şikâyet konusu uyuşmazlık ile ilgili hiçbir delil bulunmasa dahi soruşturma yapılarak şikâyet edilen kişinin şüpheli sıfatı ile ifadesi alınmakta, şikâyet edilen kişinin iftiraya uğradığını iddia ederek şikâyetçi olması durumunda ise AY'nın 36. maddesinde öngörülen “hak arama hürriyeti”nden bahsedilerek kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmektedir. Sırf muhatabını rahatsız etmek için yapılan şikâyetleri ayıklamak ve bu tür şikâyetler nedeniyle mağdur olan kişilerin mağduriyetlerinin giderilebilmesi amacıyla dengeleyici düzenlemelerin yapılması yerinde görünmektedir.

2.2.2.3. Makul Şüph

CMK'nun 116. maddesine göre yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda, şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerin aranabilmesi için makul şüph şartının gerçekleşmiş olması gerekir. Makul şüph kavramı, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 6. maddesinde açıklanmıştır. Bu maddeye göre: "Makul şüph, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir. Makul şüph, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüph ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır." Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2005 yılında vermiş olduğu kararında, eski sabıkalı olan ve kolluk tarafından tanınan şüpheli hakkında, kolluk tarafından yapılan istihbari çalışma sonucunda evinde hint keneviri bulunduğunun iddia edilmesi, kolluk tarafından buna dair hiçbir bilgi ve belgenin evraka eklenmemesi, sadece kolluğun ileri sürdüğü bir sebebe dayanarak arama yapılması şeklindeki somut olayda makul şüphenin bulunmadığı vurgulanmıştır.³⁷⁶

2.2.2.4. Yeterli Şüph

CMK'nun 170. maddesine göre Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüph oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir

³⁷⁶ YCGK, 2005/7-144 E., 2005/150 K., 2005. Bu konuda bkz. YCGK., 2010/58 E.; 2010/82 K., 2010 ; YCGK., 2009/160 E.; 2009/264 K., 2009.

iddianame düzenler. Bu düzenlemeye paralel olarak CMK'nun 171., 172. maddelerinde “yeterli şüphe”den bahsedilmektedir. “Yeterli şüphe” seviyesi, iddianamenin düzenlenmesi mecburiyetini doğuran seviye olup şüpheli hakkında mahkumiyet kararı verilmesi ihtimali beraat kararı verilmesi ihtimalinden daha yüksek görülüyor ise yeterli şüphe vardır denilebilir. Her ne kadar yeterli şüphe kavramı nispi olsa da istikrarlı uygulamalar sayesinde ve uzmanlığın yol göstermesi ile hangi olayda yeterli şüphenin bulunduğunu hangisinde bulunmadığını belirlemek mümkündür. Yeterli şüphenin bulunup bulunmadığı hususunda şüpheyeye düşülmesi halinde iddianamenin düzenlenerek takdirin yargılama makamına bırakılması daha yerinde görünmektedir. Yeterli şüphe bulunup bulunmadığının takdiri C.Savlılığı makamına aittir. C.Savcılığının delil takdiri yapma yetkisi bulunmadığından suçun sübutuna ilişkin bütün deliller toplandıktan sonra yeterli şüphenin bulunmadığı gerekçesi ile iddianame iade edilemez.³⁷⁷

2.2.2.5. Kuvvetli Şüphe

“Kuvvetli şüphe” kavramı, CMK'nunda çeşitli maddelerde kullanılmıştır. CMK'nun “Gözlem altına alınma”yı düzenleyen 74. maddesi, tutuklama nedenlerini düzenleyen 100. maddesi, taşınmazlara hak ve alacaklara el koymayı düzenleyen 128. maddesi, şirket yönetimi için kayyım atanmasını düzenleyen 133. maddesi, gizli soruşturma usullerini düzenleyen 135, 139 ve 140. maddeleri kuvvetli şüphe kavramının kullanıldığı maddelerdir. Kanun bu maddelerde belirtilen soruşturma işlemlerinin yapılabilmesi için şart koşmuş olduğu şüphenin derecesinin yukarıda izaha çalıştığımız şüphe çeşitlerinden daha yoğun olmasını

³⁷⁷ Y. 4. C.D., 2009/27469 E., 2012/1074 K, 2012.

aramıştır. Orantılılık ilkesinin gereği olarak temel hak ve hürriyetlere daha ağır müdahale sonucunu doğuran ilgili soruşturma işlemlerinin uygulanabilmesi için uygulanan soruşturma işleminin ağırlığı ile paralel şekilde, suç işlendiği şüphesinin kuvvetli olması gerekir. Yeterli şüphenin, sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmesi ihtimalinin beraat kararı verilmesi ihtimalinden daha yüksek olduğu kanaatinin hasıl olması olarak kabul edilmesi durumunda, kuvvetli şüphe bakımından yapılacak tanımın bu durumun üstündeki bir yoğunluğa işaret eden bir tanım olması gerekir. O halde kuvvetli şüpheyi, elde bulunan deliller ışığında sanık hakkında verilecek kararın beraat olma ihtimalinin çok düşük olması kanaati olarak tanımlayabiliriz. Sanık ya da şüphelinin işlenen suçun şeriki ya da faili olduğunun kuvvetle muhtemel görünmesi durumunda kuvvetli şüphenin varlığından söz edilebilir.³⁷⁸

2.2.3. Usulün Uygulanmasına Belli Bir Mercii Tarafından Karar Verilmesi

Özellikle kişi güvenliği, temel hak ve hürriyetlerin korunması amacıyla belli bazı kararların sadece belli bir mercii tarafından verilebilmesi öngörülmüştür. Ceza Muhakemesi Kanuna göre bazı işlemler sadece Cumhuriyet Savcısı ve Hakim kararına bağlı olarak yapılabilmektedir. Gözaltı kararını Cumhuriyet Savcısının(CMK m. 91), tutuklama kararını hakimin(CMK m. 100), arama ve

³⁷⁸ V. Bıçak, **a.g.e.**, s. 329; N. Centel-H. Zafer, **a.g.e.**, s. 83; YHGK., 2010/553 E., 2010/537 K., 27.10.2010 tarihli kararında kuvvetli şüphe ile ilişkili şu ifadelere yer verilmiştir: "...Tutuklama, suç işlediği "kuvvetli şüphesi"nin varlığını gösteren "olgular"ın bulunması halinde, şüpheli veya sanığın kaçması veya delilleri karartmasını önlemek amacıyla, kişi özgürlüğünün kesin hükümden önce kısıtlanmasıdır. Dolayısıyla tutuklama kararı verilebilmesi için "kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular" bulunmalı; bir "nedene" dayanılmalı; "ölçülülük" ilkesine uyulmalıdır...Önemle vurgulamakta yarar vardır ki, tutuklamanın koşulları arasında yer alan "kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığını gösteren olguların bulunması" koşulundaki "olgu" kavramı soyut değil somut durumların varlığını ifade etmektedir; yine kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ifadesinde geçen "sebebe" kavramı da aynı şekilde soyut değildir; somuttur ve ortaya gerekçeleriyle konulması gerekir."

elkoyma kararını Hakimin, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise istisnai olarak Cumhuriyet Savcısının verebilmesi(CMK m. 119, 127) bu hallerin başlıca örnekleridir.

Gizli soruşturma usulleri bakımından da benzer bir yol izlenmiştir. İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınabilmesi için mahkeme³⁷⁹ kararı gereklidir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı karar vermeye yetkilidir. Cumhuriyet Savcısı kararını derhal³⁸⁰ hakim onayına sunmak zorundadır. Mahkeme aksine karar verdiğinde ya da yirmidört saatlik zaman dilimi içerisinde karar vermediğinde tedbir derhal kaldırılır(CMK m. 135). Gizli soruşturma görevlendirilmesi bakımından yetkili mercii sadece mahkemedir.³⁸¹ Şüphelinin veya sanığın teknik araçlarla izlenebilmesi mahkeme kararı ile mümkündür³⁸².

Anayasa mahkemesinin 12.10.2005 tarihli kararında belirtildiği üzere, mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nda koruma tedbiri olarak öngörülmüş olan arama işleminin yapılmasına karar verme mercii olarak öncelikle hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı ve onun yardımcıları sıfatıyla kolluk memurları da arama kararı vermeye yetkili idiler.

³⁷⁹ Maddenin 6526 sayılı kanun ile değiştirilmeden önceki halinde iletişimin tespiti kararı vermeye yetkili merciler hakim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısıdır.

³⁸⁰ Diğer tedbirler bakımından örneğin gecikmesinde sakınca bulunan bir durumda arama ve elkoyma kararı veren Cumhuriyet Savcısı elde edilen suç delilleri hakkında vermiş olduğu elkoyma kararını 24 saatlik zaman dilimi içerisinde(CMK m. 127) hakim onayına sunmak zorundadır. Hakime karar verebilmesi için tanınan süre ise 48 saattir. CMK.'nun 135. maddesinde Cumhuriyet Savcısının vermiş olduğu kararını derhal hakim onayına sunması hükmüne bağlanmış. Hakimin karar verme süresi de diğer koruma tedbirlerine kıyasla kısa tutulmuştur.

³⁸¹ Maddenin 6526 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde gizli soruşturmacı görevlendirme yetkisi hakime, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısına aittir.

³⁸² Maddenin 6526 sayılı kanun ile değiştirilmeden önceki halinde iletişimin tespiti kararı vermeye yetkili merciler hakim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısıdır.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen kararların yazılı olacağı yönünde CMUK'ta bir düzenleme olmaması kuralı istisna, istisnayı kural haline getirebilmektedir³⁸³. Bu örnekten de anlaşılacağı üzere uygulanan ceza muhakemesi işleminin kişi hak ve hürriyetlerini yakından ilgilendirdiği durumlarda, işlemin tamamlandıktan sonra değil başından sonuna kadar hakimler ve Cumhuriyet Savcıları vasıtasıyla yargısal denetime tabi olması kişi hak ve hürriyetlerinin korunması, hukuk devleti ilkesinin uygulanabilmesi açısından gerekli ve zorunludur. Gizli soruşturma usullerinin kural olarak mahkeme kararı gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının kararı ile uygulanabilmesi, polisin hukuka uygun davranmasını, kişi özgürlüklerinin korunmasını, hukuka, uygulayıcılara ve uygulamalara duyulan saygıyı artıracaktır.³⁸⁴ Gizli soruşturma usullerinin suçla mücadelede gerekli olduğu kadar, kötüye kullanıma oldukça müsait bu usullerin kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi, temel hak ve hürriyetlere haksız müdahale ve baskı aracı olarak kullanılmasının da önüne geçilmesi gerekmektedir. Gizli soruşturma usullerinin yargısal denetimine tabi tutulması gizli soruşturma usullerinin amacı dışında kullanılmasının önüne geçilmesi için gereklidir.

Gizli soruşturma usullerinin uygulanmasına karar verme yetkisi kural olarak ağır ceza mahkemesine aittir ve karar oybirliği ile alınır (CMK. m. 135, 139, 140). Mahkeme tarafından karar verilmesi kuralının tek istisnası iletişimin denetlenmesi bakımından getirilmiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallere Cumhuriyet Savcısı mahkemeye sunulmak üzere iletişimin denetlenmesi kararı verebilmektedir.

³⁸³ AYM., 2003/38 Esas; 2005/63 K., 2005,

³⁸⁴ Bohler, N. **a.g.m.**, 1999, s. 322.

2.2.4. Orantılılık

Anayasa'nın 12. maddesine göre: “Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.(AHİS m. 1)³⁸⁵; 13. maddesine göre: “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olamaz.(AHİS m. 15,18, 53)³⁸⁶ Ölçülülük ilkesi sınırlandırılan temel hak ve hürriyetin yapılan sınırlama açısından bir amacının olmasını, yapılan sınırlandırmanın umulan amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını ifade etmektedir. Bunun yanında meşru görünen belli bir amaç ya da sebep gösterilerek farklı bir amaca ulaşmak için temel hak ve hürriyetler sınırlanamayacak; meşru bir amaç için yapılan sınırlandırmalar da sınırlandırma amacının gerektirdiğinden daha fazla olamayacaktır. Hak ve özgürlükler ancak demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak sınırlandırılabilir ve demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, sınırlamalar özgürlüğün kullanılmasını ölçsüz biçimde ortadan kaldıracak düzeyde olamaz³⁸⁷

³⁸⁵ AHİS m. 8: “Yüksek sözleşmecî taraflar, kendi yetkileri alanında bulunan herkese bu sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri Feyyaz Gölcüklü-A.Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması**, Ankara, 1998.

³⁸⁶AHİS'nin 15. maddesi ile olağanüstü hallerde askıya alma hususu düzenlenmiş olup belli sebepler gerçekleştiği takdirde “durumun gerektirdiği ölçüde” ibaresi kullanılmıştır. 18. maddesinde hakların kısıtlanmasının sınırları düzenlenmiş olup: “Bu sözleşmenin hükümleri gereğince, sözü edilen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ancak öngörülen amaçlar için uygulanabilir denmektedir.”; Tanınan İnsan Haklarının korunması başlıklı 53. maddede: “Bu sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek Sözleşmecî Tarafın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşmeye göre tanınabilecek insan haklarını ve temel özgürlüklerini sınırlayamaz, ya da onlara aykırı düşecek şekilde yorumlanamaz.” Denmektedir.

³⁸⁷ E. Özbudun, **a.g.e.**, s. 104. AYM. 2006/121 E.; 2009/90 K., 2009.

Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında³⁸⁸ da belirtildiği gibi, bir sınırlama kuralının demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olabilmesi için ölçülülük ilkesinin gözetilmesi, amaç ve sınırlama “orantısının” korunması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin 2008 tarihli kararında AİHM kararlarına da atıf yapılmak suretiyle ölçülülük ilkesine şu şekilde yer verilmiştir: “*Avrupa insan hakları sözleşmesi 11. protokol ile değiştirilen özel hayatın ve aile hayatının korunmasına ilişkin 8. madde hakkında avrupa insan hakları mahkemesinin vermiş olduğu çeşitli kararlarında bireyin, aile ve özel hayatına keyfi olarak negatif müdahale etmemesi konusundaki yükümlülüğün yanı sıra bu haklara saygı göstermek için pozitif davranması zorunluluğunun da olabileceği toplumun genel çıkarları ile bireyin çıkarları arasında adil bir dengenin kurulması bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesinin ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlemenin önlenmesi, sağlığın ve veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasa ile öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabileceği; özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının sınırlandırılmasında müdahalenin kanunlara uygun olup olmadığı, meşru bir amacının bulunup bulunmadığı, demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı kamu yararının oluşturduğu talepler ile bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil bir dengenin olup olmadığı kıstaslarına göre hak ihlalinin olup olmadığı değerlendirilmektedir.*”³⁸⁹ Temel hak ve hürriyetlere yapılan müdahalelerin pozitif hukuk tarafından öngörülmesi,

³⁸⁸ AYM., 2008/30 E., 2009/96 K. 2009; 2006/99 E., 2009/9 K., 2009; 2004/70 E., 2009/7 K., 2009; 2005/69 E., 2009/61 K., 2009.

³⁸⁹ AYM., 2005/60; 2008/162 K., 2008.

meşru bir amaç izlemesi ve demokratik bir toplumda gerekli olması gereklidir.³⁹⁰ Meşru amaç örnek olarak kamu düzeninin sağlanması ve suçtan korunma olabilir. AİHM Roemen ve Schmit v. Luxemburg davasında Bakan'ın vergi cezasına mahkumiyetine ilişkin dosyanın sızdırılmasına karışan memurların kimler olduğunu tespit amacıyla konuyu gazetesine taşıyan yazarın evinde yapılan aramaların orantısız olduğuna AHİS'in 10. ve 8. maddelerinin ihlal edildiğine ve sonuç olarak tazminata hükmetmiştir.³⁹¹.

Anayasa'nın 38/7.maddesinde ceza sorumluluğunun şahsi olduğu belirtilmiştir. Ceza sorumluluğunun şahsi olması öncelikle suç işleyen kişi hakkında soruşturma işlemlerinin yürütülmesini, işlediği suç nedeniyle suç işleyen kişinin ceza hukuku müeyyideleri ve ceza muhakemesi işlemleri ile karşı karşıya gelmesini gerektirir. Suç işleyen kişinin yanısıra zaman zaman diğer kişiler de bu kişinin işlemiş olduğu suç nedeniyle ceza muhakemesi işlemleri ile karşı karşıya kalabilmektedirler. Bu kişilerin suçun mağduru, olayın tanığı, müsadereye konu eşyanın sahibi üçüncü kişi olması mümkündür. Sözkonusu olan gizli soruşturma usulleri olduğunda özgürlüğüne müdahale edilen kişiler ve müdahalenin niteliği değişebilmektedir. Şöyle ki, kuvvetli suç şüphesi altında bulunan bir kişinin telefonu dinlendiğinde bu suç ile hiçbir ilgisi bulunmayan üçüncü kişilerin de telefonları dinlenmekte, ya da izlenen ve eylemleri kayıt altına alınan kişi ile ilişki içerisinde bulunan fakat suç ile alakasız kişilerin özel hayatları kayıt altına alınabilmektedir. Bu gibi durumlarda belirtildiği üzere suç ile ilişkisi bulunan kişileri ya da suçu ortaya çıkarmak amacıyla masum insanların özgürlüklerine müdahale sözkonusu olabilmektedir.

³⁹⁰ AİHM., Lingens v. Avusturya, 1986.

³⁹¹ AİHM., Roemen ve Schmit v. Luxemburg, 2003.

Gizli soruşturma usulleri öncelikle Anayasanın 20. maddesinde düzenlenmiş bulunan “özel hayatın gizliliği”, 21. maddesinde düzenlenen “konut dokunulmazlığı”, 22. maddesinde düzenlenen “haberleşme” hak ve hürriyetlerini ilgilendirmektedir(AHİS m. 8)³⁹². Zaman zaman suç şüphesi altında bulunan kişi yanında soruşturma konusu suç ile hiç alakası bulunmayan masum üçüncü kişilerin bile yöntemin niteliğine göre temel hak ve hürriyetlerine müdahale etme zorunluluğu hasıl olmaktadır.

Bu açıdan bakıldığında hafif³⁹³ suçların soruşturulmasında gizli soruşturma yöntemlerinin kullanılmaması, kanunda öngörülen suçlar bakımından ve belli şartlar gerçekleştiği takdirde kullanılabilmesi, ölçülülük ilkesine uygun hareket edilerek meşru amaçlar için gizli soruşturma usullerinin uygulanması, öngörülen amaçlar ya da nedenler bahane edilerek, başka amaca ulaşmak; yahut meşru amaç güdülerek sınırlanmış olsalar bile, getirilen sınırlama bu amacın zorunlu yahut gerekli kıldığından fazla olduğu durumlarda gizli soruşturma yöntemlerinin kullanılmaması gerekmektedir. Yukarıda açıklamaya çalıştığımız şartların yöntemin uygulanmasına karar vermeye yetkili makam tarafından her somut olayda değerlendirilmesi toplumun güven duygusu içerisinde yaşaması bakımından hayati önem taşıyan gizli soruşturma yöntemlerinin uygulanması hususunda çok dikkatle ve titizlikle hareket edilmelidir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi kanununda temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanması açısından ölçülülük ilkesine yer verilmiş, gizli soruşturma usullerinin hangi suçlarda

³⁹²AHİS m. 8: “Herkes özel ve aile hayatına , konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”

³⁹³Mahkeme önüne taşınmış somut olayda, bireysel olarak illegal içki satışının soruşturulmasında gizli polis tekniklerinin uygulanmasının ölçüsüz olduğu hakkında: Sneiderman, B. M., **a.g.m.**, 1973-1974, s. 94; 109.

uygulanacağı ilgili maddelerinde belirtilmiş, delil elde etme yöntemi olarak son çare vasfında düzenlenmiş, bu şekilde araç amaç dengesi kurulmaya çalışılmıştır. Şunu gözden kaçırmamak gerekir ki kanundaki düzenlemeler ne kadar biçimsel nitelik taşısa ve konuyu ayrıntılı olarak düzenlese de devlet iktidarının kişi özgürlükleri aleyhine ve keyfi biçimde kullanılmasını kısmen önleyebilmektedir³⁹⁴. Kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasında hem yönetenler hem de yönetilenlerin demokratik geleneğe sahip bulunması en az kanunun biçimsel ve ayrıntılı yazılması kadar önemlidir.

2.2.5. İstisnai Uygulama

CMK'nun 135/1, 139/1 ve 140/1 maddelerinde “...başka suretle delil elde edilememesi halinde...” telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin tespiti, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme usullerine başvurulabileceği öngörülmüştür. Yani şüphe üzerine soruşturmaya başlanmış olup, suç işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebepleri mevcuttur. Ancak suçun işlendiğini ispata yarayacak daha kuvvetli delilleri elde etmek için başka bir yol kalmamıştır. Temel hak ve hürriyetlere daha hafif bir müdahale vasfındaki bir ceza muhakemesi işlemi ile sonuca ulaşılabilecek ise daha hafif müdahaleyi içeren yöntem tercih edilmelidir.³⁹⁵ Delillere ve sanıklara başka yöntemlerle ulaşılabildiği takdirde bu yöntemlerin uygulanmaması gerekir.³⁹⁶ Son çare niteliğindeki gizli soruşturma usullerine başvurulduğunda, soyut beyan ve hukuki nitelendirmeleri içeren, hukuk normlarının tekrarı olan kısa gerekçeler yerine, haberleşme hürriyeti, özel hayatın gizliliği, adil yargılanma hakkı, gibi son derece önemli hak ve hürriyetlere yönelik müdahalelerin haklılığı, bu usullere

³⁹⁴N. Toroslu, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, Ankara, 20011, s. 41.

³⁹⁵B. Öztürk-M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 529.;N. Kunter-F. Yenisey-A. Nuhoglu, **a.g.e.**, C. 2., s. 50.

³⁹⁶E. Yurtcan, **a.g.e.**, s. 373.

başvurulmasındaki zorunluluğu gösteren maddi vakıalara, tespit ve açıklamalara yer verilmelidir.³⁹⁷ Telekomünikasyonun denetlenmesi diğer delil elde etme yöntemlerine kıyasla ikincil yöntem niteliğinde olup, bu niteliği sayesinde haberleşme hürriyetine yönelik müdahalenin geniş tutulmaması hedeflenmiştir.³⁹⁸

2.2.6. Anayasal ve Yasal Temele Dayanma

Cumhuriyet Savcısı ve kolluğun sahip olduğu araştırma yetkisi genel bir yetki olup, bu genel yetki her türlü araştırma işlemi kapsar ancak temel hak ve hürriyetlere yapılan müdahaleler bakımından kanunla ayrıca düzenleme bulunması gerekir.³⁹⁹ “Özel hayatın gizliliği(m. 20; AHİS m. 8)”, “konut dokunulmazlığı(m. 21; AHİS m. 8)”, “haberleşme hürriyeti(m.22)”, “adil yargılanma hakkı(m.36; AHİS m. 6)” 1982 Anayasası ile kişilerin sahip olduğu temel hak ve hürriyetler arasında düzenlenmiştir. Anayasanın 12. maddesinde belirtildiği üzere “herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder. Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda temel hak ve hürriyetler bakımından öngörülen bu düzenlemeler uluslar üstü nitelik taşıyan ve Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de öngörülmüştür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.

³⁹⁷ Ersan Şen, **a.g.e.**, s. 60.

³⁹⁸ Ersan Şen, **a.g.e.**, s. 49.

³⁹⁹ N. Kunter-F. Yenisey-A. Nuhoğlu, **a.g.e.**, C. 2. s. 49.

maddesiyle “adil yargılanma hakkı”, 8. maddesiyle de “özel hayatın gizliliği” güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 90. maddesine göre “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz(Ek cümle: 07/05/2004 - 5170 S.K./7.mad). Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” Gizli soruşturma usulleri Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından güvence altına alınmış bulunan temel hak ve hürriyetleri ihlal edici niteliğe sahiptirler. Uygulanan usulün türüne göre, kişinin özel hayatın gizliliği, haberleşmenin gizliliği, konut dokunulmazlığı gibi temel haklarının birine ya da aynı anda birkaçına müdahale edildiğinden, uygulanan yöntemin ve bu yöntemle ilişkili olarak gerçekleştirilen ceza muhakemesi işlemlerinin, kanunla düzenlenmiş olması, kanuni düzenlemenin de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Anayasa'ya uygun olması gereklidir.

Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 4/c maddesinde öngörülen “başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması” halinin, “soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile, sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden birisi veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil edilememesi ve delillere ancak bu bu yönetmelikte gösterilen tedbirlerle ulaşılabilecek olması” şeklindeki

tanımlamanın kanuna aykırı olduğu iddia edilmiştir.⁴⁰⁰ Yönetmelikteki düzenlemenin kanundaki düzenlemeden geniş olduğu kolaylıkla görülmektedir. Temel hak ve hürriyetlere müdahale vasfındaki istisnai düzenlemelerin dar yorumlanması gerekeceğinden yönetmelikteki düzenlemenin de kanuna aykırı olduğunun kabulü gerekmektedir.

2.2.7. Belli Süre İle Uygulanabilme

Gizli soruşturma usullerinin uygulanabilmesi süre ile sınırlandırılmıştır. Temel hak ve hürriyetlere yapılan müdahale vasfındaki gizli soruşturma usulünün uygulanmasına, belli bir süre uygulandıktan sonra delil elde edilememiş olsa dahi son verilecektir. Usulün uygulanması halinde delil elde etme ihtimali bulunması ve başka surette delil elde edilememesi sonucu değiştirmez. CMK'nun 135/4 maddesi uyarınca usulün uygulanacağı süre belirtilir, tedbir kararı en çok iki ay için verilebilir ve bu süre bir ay daha uzatılabilir.⁴⁰¹ Örgütlü suçlar bakımından hakim süreyi birer aylık zaman dilimini geçmemek kaydıyla ve toplam üç ayı geçmemek şartıyla uzatabilir. CMK'nun 140/3. maddesine göre, teknik araçlarla izleme usulüne en çok üç haftalık süre için verilebilir bu süre gerektiğinde bir hafta daha uzatılabilir. Ancak örgüt kapsamındaki suçlar bakımından mahkeme maddede belirtilen sürelerle ek olarak her defasında bir haftadan fazla olmamak ve toplam dört haftayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilir.⁴⁰² CMK'nun 139. maddesinde ve ilgili yönetmelikte gizli soruşturmacının hangi süre ile

⁴⁰⁰ E. Şen, **a.g.e.**, s. 60.

⁴⁰¹ Maddenin 6526 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki haline göre tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir ve bu süre bir kez daha uzatılabilir.

⁴⁰² Maddenin 6526 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki haline göre tedbir kararı en çok dört haftalık süre için başvurulabilir. Bu süre bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir. Ancak örgüt kapsamındaki suçlar bakımından hakim bir haftayı geçmemek üzere süreyi birden fazla uzatabilir.

görevlendirileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Her üç gizli soruşturma yöntemi hem bireysel hem de örgütlü suçlar bakımından uygulanmaktadır. Her üç gizli soruşturma yöntemi ile çeşitli temel hak ve hürriyetlere müdahale edilmektedir. Temel hak ve hürriyetlere yapılan müdahaleler nedeni ile müdahale eden karşısında müdahale edilenlerin keyfi, aşırı ya da yersiz uygulamalardan korunmaları için çeşitli güvenceler getirilmiştir. Bu güvencelerden bir tanesi de diğerlerine ek olarak usulün belli bir süre ile uygulanabilmesidir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi usulünün süre ile sınırlandırılmamış olmasının sebebi bu usulün niteliğidir. Yani örgüt içerisine sızmaya çalışan ve örgüt üyelerinin güvenini kazanmaya çalışan gizli soruşturmacının bu çabası yıllar süren bir zaman dilimini kapsayabilir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi usulünde görevlendirmenin belli bir süre ile sınırlandırılmaması eksiklik kabul edilmemelidir.

2.2.8. Belli Suçlar Bakımından Uygulanma

Gizli soruşturma usulleri CMK'nun 135, 139 ve 140. maddelerinde gösterilen belli ağırlıktaki katalog halindeki suçlar bakımından uygulama alanı bulabilir. Gizli soruşturma usullerinin belli ağırlıktaki suçlar bakımından uygulanabilmesi orantılılık ilkesinin bir başka görünümüdür. Şüpheli ya da sanığın yerinin tespiti amacıyla mobil telefonunun yerinin tespiti ve iletişimin tespiti işlemleri Mahkeme ya da Cumhuriyet Savcısı kararına istinaden sadece katalogda belirtilen suçlar bakımından değil tüm suçlar bakımından uygulanabilir(CMK m. 135/4,6).⁴⁰³ CMK.'nunda 6526 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile iletişimin denetlenmesinin ve teknik takibin mümkün olduğu suç kataloğuna nitelikli

⁴⁰³ E. Şen, **a.g.e.**, s. 60.; Y. 5. C.D. 2005/14969 E., 2005/20489 K., 2005.

hırsızlık(m. 142) ve yağma (m. 148, 149) da eklenmiştir.

2.3. Gizli Soruşturma Usullerinin Türleri

Gizli soruşturma usulleri CMK'nunda düzenlenen gizli soruşturma usulleri 135 vd. maddelerinde düzenlenen “telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin denetlenmesi”, 139. maddesinde düzenlenen “gizli soruşturmacı görevlendirilmesi” ve 140. maddesinde düzenlenen “teknik araçlarla izleme” usulleri ile CMK'nda düzenlenmeyen ancak aynı başlık altında incelenmesi mümkün bulunan “verilerin karşılaştırılması(Computer Screening)⁴⁰⁴”, “uzun süreli gözlem(long term observation)⁴⁰⁵” usulleridir.

2.3.1. İletişimin Denetlenmesi

İletişim günümüzde telefon, faks, e-mail, internet üzerinden karşılıklı olarak konuşmaya imkan veren programlar vasıtasıyla yapılabilmektedir. CMK'nun 135. maddesi ile telekomünikasyon yolu ile yapılan her türlü iletişimin denetlenebilmesi mümkündür.

2.3.1.1. Denetlemenin Amaç ve Kapsamı

CMK'nun 135. maddesinde belirtildiği üzere telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile güdülen amaç bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada *suç delillerinin elde edilmesidir.*⁴⁰⁶ Dolayısıyla elde edilen bilgilerin suç ile ilgisiz bulunduğu

⁴⁰⁴ Gropp, W., **a.g.m.**, 1993, s. 23. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 98a ve devamı maddelerinde konu düzenlenmiştir.

⁴⁰⁵ Gropp, W, **a.g.m.**, s. 28.

⁴⁰⁶ E. Şen, **a.g.e.**, s. 56.

durumlarda bu bilgiler soruşturma ya da dava dosyasına yansıtılmamalıdır.

CMK'nun 135. maddesinde belirtildiği üzere iletişimin tesbiti, dinlenmesi ve kayda alınması bir *suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada* mümkündür.⁴⁰⁷ Yani ortada bir suç dolayısıyla yapılan bir soruşturma ya da kovuşturma bulunmalıdır. Medeni yargılama alanında yapılan yargılamalar madde kapsamı dışında kalır. Aynı şekilde disiplin soruşturması kapsamında yapılan soruşturmalar bakımından bu yönetime başvurulması mümkün değildir.⁴⁰⁸ Sonuç olarak telekomünikasyonun denetlenmesi ceza muhakemesi alanında yapılabilecek bir işlemdir. Ayrıca iletişimin denetlenmesi usulünün uygulanabilmesi için soruşturmaya başlanmış olması gerekir. İddianamenin düzenlenerek mahkemesine gönderilmesinden sonra, değerlendirme aşamasından iddianamenin kabulü kararına kadar, ne Cumhuriyet Savcısı ne de mahkeme iletişimin denetlenmesi ile ilgili olumlu ya da olumsuz bir karar veremez.

2.3.1.2. Denetlenen İletişimin İçeriği

Ceza Muhakemesinde Öngörülen Telekomünikasyonun Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'te(Yönetmelik) tanımlara yer verilmiştir. Yönetmeliğin 4/1-j maddesine göre: “**Telekomünikasyon:** İşaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını”; 4/1-e maddesine göre: “**İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması:** Telekomünikasyon yoluyla

⁴⁰⁷ E. Şen, **a.g.e.**, s. 56.

⁴⁰⁸ Y. 4. C.D., 2007/8700 E., 2007/8903 K. 2007.

gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri”; 4/1-f maddesine göre: “**iletişimin tespiti:** İletişimin içeriğine müdahale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri”; 4/1-h maddesine göre: “**sinyal bilgisi:** Bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi”;4/1-ı maddesine göre: “**Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi:** İletişimin içeriğine müdahale niteliğinde olmayıp yetkili makamdan alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemlerini” ifade etmektedir. İletişim kapsamına hangi iletişim araçları ve iletişim türlerinin girdiğine değinilmemiştir.⁴⁰⁹ CMK m.135 ve Yönetmelik hükümleri nazara alındığında Telekomünikasyonun denetlenmesinin hangi araçla yapılırsa yapılsın, her türlü iletişimi ve iletişimin yukarıda tarif edildiği üzere her türlü kaydını içerdiği sonucuna varılmaktadır. Yani tespit ve kayıt edilebilen her türlü iletişim CMKm 135 kapsamındadır.

2.3.1.3. Denetleme Kararını Vermeye Yetkili Merciler

Kişilerin haberleşme özgürlüğüne ağır bir müdahale niteliğindeki telekomünikasyonun denetlenmesi usulünün uygulanabilmesi için mahkeme kararı ya da onayı almak suretiyle kötüye kullanmaların önüne geçebilmek için özel bir koruma sağlanması zorunludur.⁴¹⁰ Aynı güvencenin özel kanunlarla

⁴⁰⁹ E. Şen, **a.g.e.**, s. 51.

⁴¹⁰ B. Öztürk-M. Ruhan Erdem, **a.g.e.**, s. 640.

iletişimin denetlenmesi kararı vermek konusunda yetkilendirilmiş mercilerin kararları bakımından da geçerli olması ve etkin biçimde uygulanması gerekir.⁴¹¹ CMK'nun 135/1. maddesine göre telekomünikasyonun denetlenmesi kararını soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine mahkeme ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde doğrudan Cumhuriyet Savcısı verebilir. Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen karar *derhal* mahkeme onayına sunulur. Mahkeme kararını talebin kendisine gelmesinden itibaren yirmidört saat içerisinde verir. Sürenin dolmasına rağmen bir karar verilmemiş ya da belirtilen süre içerisinde onaya sunulan kararın onaylanmamasına karar verilmiş ise telekomünikasyonun denetlenmesi uygulamasına derhal son verilir. Cumhuriyet Savcısının onaylanmamaya dair karara itiraz hakkı yoktur.⁴¹² Cumhuriyet Savcısının onaya sunması ve tedbiri kaldırması bakımından kullanılan “derhal” tabirini somut duruma göre makul ve mümkün olan en kısa zaman dilimi olarak algılamak gerekir. Cumhuriyet Savcısının gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verdiği karar ile hakimin onayı arasında elde edilen bilgiler, hakimin Cumhuriyet Savcısının kararını onaylamadığı durumlarda delil olarak kullanılamaz.⁴¹³

⁴¹¹2937 sayılı Devlet İstihbarat İşlemleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6/4 maddesi kapsamında gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT müsteşarının yazılı emri ile, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanununun Ek 7. maddesine göre Emniyet Genel Müdürü veya Emniyet İstihbarat Daire Başkanının yazılı emri ile, 2803 sayılı Jandarma Teşkilatı, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun ek 5. maddesine göre Jandarma Komutanı ya da İstihbarat Dairesi Başkanı'nın yazılı emri ile telekomünikasyonun denetlenmesine karar verilebilir. İçerik başlığı altında yaptığımız açıklamalar MİT müsteşarının, Emniyet Genel Müdürü İle İstihbarat Daire Başkanının ve Jandarma Genel Komutanı ile İstihbarat Dairesi Başkanı'nın yazılı emri ile vermiş olduğu telekomünikasyonun denetlenmesi kararı için de geçerlidir. Yani her türlü iletişimi ve bunun kaydını kapsar. CMK'nun 135/1 maddesine göre gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı kararını *derhal* hakim onayına sunmak zorundadır. MİT müsteşarı, Emniyet Genel Müdürü ile İstihbarat Dairesi Başkanı ve Jandarma Komutanı ile İstihbarat Dairesi Başkanı ise kararını **24 saat içerisinde** hakim onayına sunmaktadır. Hakim kararları ve yazılı emirler TİB'de istihdam edilen MİT görevlilerince, Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi görevlilerince ve Jandarma Genel Komutanlığı İstihbarat Başkanlığı Görevlilerince yerine getirilir.

⁴¹² E. Şen, **a.g.e.**, s. 68.

⁴¹³ B. Öztürk-M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 642.

Telekomünikasyonun denetlenmesi usulünün uygulanması kararı CMK.'nunda 6526 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten önce kural olarak hakim gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından verilebilmekteydi. 6526 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten sonra ağır ceza mahkemeleri yetkilendirilmiş ve verilecek kararların oybirliği ile alınması esası benimsenmiştir.

2.3.1.4. Kararın Şekli

CMK'nun 135/4. maddesine göre telekomünikasyonun denetlenmesine dair verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Gerek mahkeme gerek Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen karar yazılı olmakla birlikte kararın gerekçesi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu durumun gerekçesi kararda yazılı olmalıdır. Telekomünikasyonun denetlenmesine ilişkin alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur(CMK m. 135/6). Kararların yerine getirilmesine dair işlemler ile kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da mahkeme onayının alınamaması durumunda yapılacak imha işlemleri tutanakla tespit edilir. Ayrıca uygulanan işlemin sebebi, kapsamı ve süresi hakkında ilgisine en geç 15 gün içerisinde yazılı olarak bilgi verilir(CMK m. 137). Bu sayede hakkında iletişimin denetlenmesi işlemi yapılan kişi muhtemel hukuka aykırılıklar sebebiyle hukuki ve cezai yollara başvurmak hakkına sahip olduğu bilgisine ulaşmış olur.⁴¹⁴

⁴¹⁴ E. Şen, **a.g.e.**, s. 85.

2.3.1.5. Denetleme Süresinin Sınırı ve Usulün

Uygulanabildiği Suç Türleri

CMK'nun 135. maddesinin 3. fıkrasına göre telekomünikasyonun denetlenmesine ilişkin karar en çok iki ay için verilebilir. Bu süre bir ay daha uzatılabilir. Ancak örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde mahkeme yukarıdaki sürelerle ek olarak her defasında bir aydan fazla olmamak ve toplam üç ayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilir. Bu hüküm iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi bakımından geçerlidir. 135. maddenin 5. maddesi uyarınca şüpheli ya da sanığın yakalanabilmesi için mobil telefonun yerinin tespit edilebilmesine dair karar en çok iki ay için verilebilir. Bu süre bir ay daha uzatılabilir.

135. maddenin 7. fıkrasına göre: “Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir”:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),
2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),
3. İşkence (madde 94, 95),
4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),
5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),
6. Nitelikli hırsızlık (m. 142) ve yağma (m. 148, 149),
7. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
8. Parada sahtecilik (madde 197),
9. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç,

madde 220),

10. (Ek: 25/5/2005 – 5353/17 md.) Fuhuş (madde 227, fıkra 3), (1)

11. İhaleye fesat karıştırma (madde 235), (1)

12. Rüşvet (madde 252), (1)

13. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282), (1)

14. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315), (1)

15. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) (Ek: 25/5/2005 – 5353/17 md.) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

Başka yolla da usulden beklenen sonuca ulaşabilme olanağının ortaya çıkması, şüpheli ya da sanığın suçu işlediği ya da iştirak ettiğine dair şüphenin ortadan kalkması durumlarında olduğu gibi, telekomünikasyonun denetlenmesi işlemine başlandıktan sonra suçun CMK 135/7. maddede sayılan suçlardan birisi olmadığını anlaşılması halinde de derhal işleme son verilmesi gerekir.

2.3.1.6. Üçüncü Kişilerin Hukuksal Durumu

Telekomünikasyonun denetlenmesi işlemi, şüpheli ve şüpheli ile görüşmeleri dolayısıyla üçüncü kişiler hakkında uygulanır. Ancak bu durumda yapılan işlem

şüpheli ya da sanığın telefon hattı baz alınarak yapılan denetleme işlemidir. Şüphelinin konuştuğu karşı numaraların bu kişilerin suç şüphesi altında bulunmaları hali dışında dinlenmeleri hukuka aykırı olacaktır.⁴¹⁵ Şüpheli/sanık ya da üçüncü kişinin özel soruşturma usullerine tabi olması bu yöntemin uygulanmasını engellemez. Hakkında telekomünikasyonun denetlenmesi usulü uygulanan şüpheli yanında, şüpheli ile görüşen üçüncü kişiler de şüpheli hakkında uygulanan bu işlemde etkilenmektedirler. Şüpheli ile görüşen kişiler şüphelinin işlediği düşünülen suça iştirak eden kişiler olabilecekleri gibi bu suçla hiç ilgisi bulunmayan kişiler de olabilirler. Bu durumda suçla hiç ilgisi bulunmayan bu kişilerin de haberleşme özgürlüklerine müdahale edilmiş olmaktadır. Üçüncü kişilerin şüpheli ile görüşmelerinde suç ile ilgili bir beyan var ise bu durumda bu beyan kayıt altına alınabilecek ve bu üçüncü kişinin tanıklığına başvurulabilecektir. Üçüncü kişinin şüpheli ile yakınlığı değerlendirildiğinde tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında yer alması durumunda bu görüşmeler kayıt altına alınmaz. Durumun sonradan farkedilmesi halinde kayıt altına alınmış görüşmeler derhal yok edilir(CMK m. 135/3). CMK'nun 136. maddesi uyarınca, şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafinin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 inci madde hükmü uygulanamaz. Yani müdafî, bizzat suçu işlemek veya buna iştirak şüphesi altında olmadığı sürece, şüpheli veya sanıkla yaptığı görüşmeler hangi yolla olursa olsun, dinleme ve kayda alınamaz.⁴¹⁶ Mağdurun rızasına binaen(TCK m. 26/2) sadece sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve iletişimin tespiti işlemleri yapılabilir.⁴¹⁷

⁴¹⁵ E. Şen, **a.g.e.**, s. 57.

⁴¹⁶ B. Öztürk-M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 645.

⁴¹⁷ E. Şen, **a.g.e.**, s. 58.

2.3.1.7. Tesadüfen Elde Edilen Deliller

CMK'nun 138/2 maddesi uyarınca: “Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci Maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.” Bu durumda 135. madde kapsamı dışında kalan bir suç ile ilgili olarak tesadüfen bir delil elde etmiş olan görevli ne yapacaktır. Cumhuriyet Savcısına bilgi verme yükümlülüğü yoktur. Bu kayıtlar saklanacaktır. Dosya içerisinde kalmaya devam edecektir. İmha işleminin koşulları gerçekleşirse bağlı bulunduğu dosya ile birlikte imha edilecektir. Ancak hiçbir şekilde delil olarak kullanılamayacaktır.

2.3.2. Teknik Araçlarla İzleme

AİHS ve Anayasada belirtildiği üzere herkes özel hayatının gizliliğine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Sadece adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar söz konusu olabilir.⁴¹⁸ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesine göre kanunda sınırlı biçimde sayılmış suçların ortaya çıkarılabilmesi, bu suçlara ilişkin delil elde edilebilmesi amacıyla “teknik araçlarla izleme” usulüne başvurulabilir. “teknik araç”, insanın görme ve işitme duyusunun algılama yeteneğinin sınırlarını aşmaya yardım eden her türlü teknik tertibatı ifade etmektedir.⁴¹⁹ Bu çerçevede yer tespitine yarayan gps cihazları, uydu vasıtasıyla görüntü ve yer tespiti yapan cihazlar, dürbünler, ortam dinlemesine olanak sağlayan sesin tespitine yarayan cihazlar, mini mikrofonlar, fotoğraf makinaları,

⁴¹⁸ Nur Centel-Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, 2008, s. 402.

⁴¹⁹ B. Öztürk-M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 652.

video kameralar, özetle şüphelinin sesini ya da görüntüsünü kaydetmeye yarayan tüm araçlar bu kapsamdadır. Ancak araya bir vasıta girmesi durumunda teknik araçlarla izleme değil haberleşmenin denetlenmesi sözkonusu olacaktır.⁴²⁰ Haberleşme aracı kullanan bir kişi bu konuşmanın hukuka uygun ya da aykırı şekilde de olsa bir üçüncü kişi tarafından dinlenebileceği bilinci ile hareket etmekte olup, haberleşme aracı kullanmayan kişi yaptığı konuşmanın bir başkası tarafından dinlenmeyeceği inancıyla hareket eder ve tamamen savunmasız durumdadır.⁴²¹

2.3.2.1. İzlemenin Amaç ve Kapsamı

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesinde belirtildiği üzere bu usule başvurulabilmesi için kanunda sayılmış suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka surette delil elde edilememesi gerekmektedir. Amaç, başka şekilde elde edilmesi mümkün bulunmayan suç delil, iz, eser ve emarelerinin kişi hak ve özgürlüklerine nispeten daha ağır müdahaleleri gerektiren “teknik araçlarla izleme” yöntemi ile elde etmektir.⁴²² Bu amacın gerçekleştirilmesine hizmet eden görüntü ve ses kayıtları, şüpheli ve şüphelinin ilişkide bulunduğu kişilere ait bilgiler dışında kalan her türlü görüntü, ses kaydı ve bilgi ve bilgilere dayanarak hazırlanan bilgiler ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı takdirde Cumhuriyet Savcısının gözetiminde derhal yok edilir(CMK m. 140/4). Şüphelinin ve şüpheli merkezli olmak üzere üçüncü kişilerin özel hayatlarına ağır bir müdahale niteliğinde olan teknik araçlarla izleme usulü uygulanarak elde edilen, kişilerin özel hayatlarına ilişkin bilgiler ceza

⁴²⁰ B. Öztürk-M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 653.

⁴²¹ V. Ö. Özbek, **a.g.e.**, s. 472.

⁴²² V. Ö. Özbek, **a.g.e.**, s. 473.

soruşturması bakımından gerekli görülmediği takdirde yukarıdaki madde hükmüne göre yok edilmelidir. Ceza Muhakemesinin amacı suçun ve suçlunun tespiti olup, suç soruşturması bahane edilerek kişilerin özel hayatlarının görüntü ve kayıt altına alınarak toplum nezdindeki itibarlarının zedelenmesi ya da yok edilmesi bu yöntemin amacı ile olduğu kadar hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmaz.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi usulünün uygulanmasına, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da hakim onayının alınamaması nedeniyle son verilmesi halinde derhal son verilir. Bu ihtimalde kayıtlar Cumhuriyet Savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir. Teknik araçlarla izleme usulünün uygulandığı ancak Cumhuriyet Savcısının elde edilen bilgilerin ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığına hükmedildiği takdirde yok etme işleminin hangi sürede yapılacağına dair kanunda belirli bir süre öngörülmemiştir. İmha işleminin derhal yapılması gerektiği öngörülmüştür.⁴²³ Uyuşturucu ticareti yaptığından şüphelenilen bir kişinin belirli süreyle teknik araçlarla izlenmesi sonucunda delil niteliği taşıyan hiç bir bilgiye ulaşılamamış olabilir. Bu durumda sonuç olarak kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilecektir. Ceza soruşturması bakımından gereksiz hale gelen bilgilerin de imhası söz konusu olacaktır. Bu haliyle elde edilen bilgilerin delil niteliği taşıyıp taşımadığının, ceza soruşturması için gerekli olup olmadığının takdiri Cumhuriyet Savcısına aittir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi usulünde olduğu gibi, teknik araçlarla izleme usulünün uygulanabilmesi için *suç dolayısıyla yapılan soruşturma ya da kovuşturma* söz konusu olmalıdır. Teknik araçlarla

⁴²³ B. Öztürk-M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 655;

izleme sonucunda elde edilen deliller yalnızca soruşturma ve kovuşturmayla sınırlı olarak kullanılabilir.⁴²⁴ Örneğin özel hukuk alanına giren bir yargılama dolayısıyla ya da bir disiplin soruşturması çerçevesinde teknik araçlarla izleme usulünün uygulanmasına imkan bulunmamaktadır. CMK'nun 140/4 maddesine göre elde edilen deliller maddede sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında kullanılamaz. Suç soruşturması nedeniyle bu tedbire başvurulmuş olması nedeniyle elde edilen bilgiler örneğin disiplin soruşturmasında ya da özel hukuk alanındaki bir yargılamada delil olarak kullanılamaz. Disiplin soruşturması nedeni ile böyle bir tedbire başvurulabileceğini düzenleyen yasa, tüzük ya da yönetmelik maddesi AİHS ve Anayasaya aykırılık teşkil edecektir. Bu usulün uygulanabilmesi için soruşturmaya başlanmış olması ya da kovuşturma evresinde hakimin bu usulün uygulanmasına karar vermesi gerekir. İddianamenin tanzim edilip mahkemesine gönderildikten sonra değerlendirilme aşamasında Cumhuriyet Savcısı ve mahkeme herhangi bir karar veremez.

2.3.2.2. İzleme Faaliyetinin İçeriği

CMK'nun 140. maddesine göre: “şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir.” 140. maddenin son fıkrasına göre bu madde hükümleri, kişinin konutunda uygulanmaz. Bu usulün şüpheli ya da sanığın konutunda uygulanmasından umulan yarar, özel hayatın gizliliğine bu usul ile yapılacak müdahaleden doğacak yarara feda edilmiştir.⁴²⁵ Bu usulün uygulanması amacıyla kişinin konutunun içerisine ses ya da görüntü kaydedici cihaz yerleştirilemez. Konut dışarıdan

⁴²⁴ N. Toroslu-M. Feyzioglu, **a.g.e.**, s. 256.

⁴²⁵ E. Yurtcan, **a.g.e.**, s. 380.

gözetlenemez, buna ilişkin görüntü kaydı yapılamaz, dışarıdan konut içerisinde yapılan konuşmalara ilişkin ses kaydı yapılamaz. Özel otomobil konut sayılamayacağından bunlara yönelik olarak teknik araçlarla dinleme ve görüntü kaydına alma bakımından CMK m. 140/1 uygulama alanı bulur.⁴²⁶ Teknik araçlarla izleme bakımından CMK 136'da olduğu gibi müdafii bakımından bir istisna getirilmemiştir. Buna rağmen kıyasen avukatın şüpheli veya sanıkla ilgili soruşturmayla ilgili kamuya açık yerlerdeki faaliyeti ve işyeri teknik araçlarla izlenmemeli, ses veya görüntü kaydı alınmamalıdır.⁴²⁷

2.3.2.3. İzleme Kararını Vermeye Yetkili Merciler

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140/2 maddesine göre:“teknik araçlarla izlemeye ağır ceza mahkemesi tarafından oy birliğiyle karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır.” Maddenin 6526 sayılı kanun ile değiştirilmeden önceki haline göre, kural olarak hakim gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı teknik araçlarla izleme yapılmasına karar verebiliyor idi.

Teknik araçlarla izleme usulü şüphelinin olduğu kadar şüpheli ile ilişki halinde olan üçüncü kişilerin özel hayatlarına ağır müdahale niteliğindedir. Diğer usullerde olduğu gibi kanun koyucu bu usulün uygulanabilmesine karar verme yetkisini ağır ceza mahkemelerine vermiştir. Kararın verilebilmesi için oybirliğinin aranması tedbirin uygulanmasını güçleştirici niteliktedir.

⁴²⁶ B. Öztürk-M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 653.

⁴²⁷ V. Özer Özbek, **a.g.e.**, s. 474.

2.3.2.4. Kararın Şekli

CMK'nun 135. maddesinde telekomünikasyonun denetlenmesine dair verilen kararda bulunması gereken bilgilerin neler olduğu belirtilmiştir. Ceza muhakemesi hukukunda kıyas mümkün olduğundan teknik araçlarla izleme usulünün uygulanmasına ilişkin kararda da aynı bilgilerin bulunması gerekir.⁴²⁸ Bu çerçevede teknik araçlarla izleme usulüne ilişkin kararda yüklenen suçun türü, hakkında teknik araçlarla izleme usulü uygulanacak kişinin kimliği, usulün uygulanacağı yerler, usule başvurulma gerekçesi bulunmalıdır. CMK'nun 137. maddesine göre tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde, soruşturma evresinin bitiminden itibaren en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet BaşSavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verir. Kanaatimizce teknik araçlarla izleme ses kayıtlarının yanısıra görüntü kayıtlarının da tutulmasına imkan verdiğinden ayrıca şüphelinin sadece bir başkası ile yaptığı görüşmeleri değil konutu dışındaki tüm eylemlerini kapsadığından en az telekomünikasyonla yapılan iletişimin denetlenmesi kadar kişi hak ve hürriyetlerine yönelik ağır bir müdahaledir. Bu nedenle teknik araçlarla izleme tedbiri uygulandıktan sonra elde edilen bilgilerin ceza kovuşturması bakımından gereksiz olduğu kanaatiyle imha edilmesi söz konusu olduğunda, 137. maddede olduğu gibi ilgisine bilgi verilmesinin bu usul bakımından öngörülmemiş olması çelişkili bir durumdur

2.3.2.5. İzleme Süresinin Sınırı ve Usulün Uygulanabileceği

Suç Türleri

Ceza Muhakemesi Kanunu'un 140/3 maddesine göre: “teknik araçlarla izleme

⁴²⁸ B. Öztürk-M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 654.

kararı en çok üç haftalık süre için verilebilir. Bu süre gerektiğinde bir hafta daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, mahkeme bir haftadan fazla olmamak ve toplam dört haftayı geçmemek üzere sürenin uzatılmasına karar verebilir.” CMK.’nunda 6526 sayılı kanun ile yapılan değişiklik neticesinde süreleri kısaltıcı hükümler getirilmiştir.

CMK'nun 140. maddesine göre teknik araçlarla izleme usulü:

a) Türk Ceza Kanunu'nda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti(madde 79, 80),
2. Kasten öldürme(madde 81, 82, 83),
3. Nitelikli hırsızlık (m. 142) ve yağma (m. 148, 149)
4. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti(madde 188),
5. Parada sahtecilik(madde 197),
6. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma(iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),
7. Fuhuş (madde 227, fıkra 3),
8. İhaleye fesat karıştırma(madde 235),
9. Rüşvet(madde 252),
10. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama(madde 282),
11. Silahlı Örgüt(madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama(madde 315),
12. Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları,

b) Ateşli silahlar ve bıçaklar ile diğer aletler hakkında kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı(madde 12) suçları,

c) Kaçakçılıkla mücadele kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,

d) Kültür ve tabiat varlıklarını koruma kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar,

hakkında uygulanabilir.

2.3.2.6. Tesadüfen Elde Edilen Deliller

CMK'nun 138/2 maddesinde telekomünikasyonun denetlenmesi usulünün uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek tesadüfi deliller ile ilgili olarak 135. maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delilin elde edilmesi durumunda bu delilin muhafaza altına alınacağı ve Cumhuriyet Savcısına derhal bildirileceği hükme bağlanmıştır. Teknik araçlarla izleme usulü bakımından ise CMK'nun 140/4 maddesine göre: “elde edilen deliller maddede sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışından kullanılamaz” denilmektedir. Bu madde hükmü esas alındığında, 140. madde kapsamına girmeyen bir suçla ilgili delil elde edilmesi durumunda ne yapılacaktır? 140. madde kapsamına giren fakat yürütülmekte olan soruşturma ya da kovuşturma ile ilgisi olmayan bir suçla ilişkin delil elde edildiğinde ne yapılacaktır? 140. madde kapsamına girmeyen suçlar bakımından madde hükmü gereği herhangi bir işlem yapılması gerekmemektedir. Ancak 140. madde kapsamına giren ancak halihazırdaki soruşturma kapsamına girmeyen suçlar bakımından CMK m. 137'deki usul kıyasen uygulanarak Cumhuriyet Savcısına

bilgi verilmesi ve talimatına göre işlem yapılması gerekir.

2.3.3. Uzun Süreli Gözlem

Uzun süreli gözlem, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiş olmayan bir yöntemdir. Uzun süreli gözlem suç soruşturmasında, şüphelenilen kişinin sürekli bir şekilde takip edilmesi, bu kişinin ilişkileri ve yaşam tarzına varıncaya kadar yapılan bir takibi anlatmaktadır.⁴²⁹ Bu yöntemde muhatap, yaşam ilişkilerinin incelenebilmesi için geceli-gündüzlü gözetlenir.⁴³⁰ Gözetleme çıplak gözle, dürbünle, teleskopla, ses ve görüntü kaydeden araçlarla yapılabilir.⁴³¹ Bu yöntemin Belçika, Lüksemburg, Hollanda, Avusturya, İsviçre'de uygulandığı ancak uygulanan bütün ülkelerde açık yasal düzenlemenin bulunmadığı ifade edilmiştir.⁴³² Bu yöntemi teknik araçlarla izleme usulünün biraz daha genişletilmiş bir türü olarak değerlendirebiliriz.

2.3.4. Kişisel Verilerin Karşılaştırılması

Kişisel verilerin karşılaştırılması usulü, suç işlediğinden şüphelenilen kişinin tespit edilebilmesi için şüpheli tanımına uyan kişilerin kişisel verilerinin karşılaştırılması suretiyle şüphelinin tespit edilmesi usulüdür.⁴³³ Kişisel verilerin karşılaştırılması usulüne konu olabilecek kayıtlara kredi kartı hesap detayları, telefon görüşmeleri kayıtları, vergi kayıtları(ne tür vergiler ödediği), pasaport kayıtları, silah ruhsat kayıtları, otomobil ruhsat kayıtları, sürücü belge kayıtları

⁴²⁹ Gropp, W, **a.g.m.**, 1993, s. 28.

⁴³⁰ M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 49.

⁴³¹ M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 49.

⁴³² Gropp, W., **a.g.m.**, s. 29.

⁴³³ Gropp, W, **a.g.m.**, s. 1993, 23.

örnek olarak gösterilebilir. Örneğin tespit edilen şüphelinin Hamburg plakalı, mavi bir opel omega sahibi olduğu ve bir köpeği olduğu tespit edilirse, Hamburglu, bir köpeğe sahip, mavi opel omega sahibi kişiler, trafikteki araçların ve hayvanların kaydedildiği veritabanları karşılaştırılmak suretiyle filtrelenebilir ve şüpheli olmayan kişiler elenebilir.⁴³⁴ Alman Ceza Kanunu'nun 98a maddesinde kişisel verilerin karşılaştırılması usulü ve bu usulün hangi suçlar bakımından uygulanacağı düzenlenmiştir.

Kişilerin özel hayatlarına müdahale vasfındaki bazı ceza muhakemesi işlemlerinin hangi şartlar altında hangi mercii tarafından uygulanacağı, uygulanmasına hangi mercii tarafından karar verileceğinin kanunda düzenlenmesi gerekir. Ancak telekomünikasyonun denetlenmesi dışında yukarıda örneklerini verdiğimiz türden kayıtların incelenmesi ve bu kayıtların karşılaştırılması hakkında bir düzenleme mevcut değildir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 332. maddesine göre: “(1) Suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet Savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere **on gün** içinde cevap verilmesi zorunludur. Eğer bu süre içinde istenen bilgilerin verilmesi imkânsız ise, sebebi ve en geç hangi tarihte cevap verilebileceği aynı süre içinde bildirilir. (2) Bilgi istenen yazıda yukarıdaki fıkra hükmü ile buna aykırı hareket etmenin Türk Ceza Kanununun 257 nci Maddesine aykırılık oluşturabileceği yazılır. Bu durumda haklarında kamu davasının açılması, izin veya karar alınmasına bağlı bulunan kişiler hakkında, yasama dokunulmazlığı saklı kalmak üzere, doğrudan soruşturma yapılır.” Bu madde hükmüne göre yukarıda örnek verdiğimiz üzere Cumhuriyet Savcısı ya da

⁴³⁴ Gropp, W., **a.g.m.**, s. 23.

mahkeme bir soruşturma ya da kovuşturmayla ilişkili olarak bir kişinin ne tür vergiler ödediğini ve ödediği vergilerin miktarını, kaç tane kredi kartının bulunduğunu, bu kartlara ait hesap ekstrelerini, hangi bankalardan hangi miktarlarda kredi çektiğini, hangi tarihlerde yurt dışına çıktığını, ne kadar yurt dışında kaldığını, tatilde hangi otele gittiğini, ne kadar ücret ödediğini, ne kadar maaş aldığını, hangi hastanede hangi tür tedavileri gördüğünü ve buna benzer bir çok bilgiyi sorabilir. Kişilere ait bu türden bilgilere bu kişilerin rızası bulunmadan ulaşılmaması özel hayatlarının gizliliği haklarına açık bir müdahale vasfındadır. Bu tür verilerin hangi şartlar altında hangi merci tarafından elde edilebileceğine dair açık bir yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır. Açık yasal düzenleme bulunmadan yapılan her işlem Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırılık teşkil eder. Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetler ancak Anayasa'da gösterilen sebeplere bağlı olarak ancak kanunla sınırlanabilir. Anayasa'nın 20. maddesine göre özel hayatın gizliliğini istemek herkesin hakkı olduğuna göre yukarıda örneklerini verdiğimiz türden bilgilerin bir ceza soruşturmasında olsa dahi belli koşullar altında elde edilebilmesi gerekir. Bu bilgilerin elde edilmesi ve elde etmeye yetkili ve görevli makamlar hakkında diğer gizli soruşturma usullerinde mevcut bulunan kurallara paralel düzenlemeler getirilmelidir.

3. GİZLİ SORUŞTURMACI GÖREVLİNDİRİLMESİ

“Gizli görevli” kavramı ilk kez 4422 sayılı kanun ile hukuk sistemimize girmiştir. 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun gizli görevli kullanılması başlıklı 5. maddesine göre: “Bu Kanunun kapsamına giren suçların soruşturulmasında, diğer tedbirlerin yeterli olmadığına anlaşılması

halinde, kamu görevlileri gizli görevli olarak kullanılabilir. Gizli görevli gerektiğinde örgüt içine de sızarak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili diğer delil, iz, eser ve emareleri toplamakla yükümlüdür. Gizli görevli, 1 inci maddede yazılı suçları işlediğinden şüphe edilen, bir veya birden çok kişinin gözetlenmesi ile görevlendirildiğinde, bu kişilerin evvelce suç işlemiş olması veya bu Kanunda öngörülen suçları işlemesi tehlikesinin varlığını gösteren somut belirtilerin bulunması veya suç işlemeyi meslek veya alışkanlık haline getirmiş olmaları gereklidir. Gizli görevli, görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz. Gizli görevli, görevini yerine getirirken suç işleyemez. Gizli görevlinin kimliği saklı tutulur. Bu maddenin uygulanması, gizli görevlinin kendisinin ve aile bireylerinin güvenlikleri yönünden benzeri bir göreve atanması için gerekli hususlar, İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.” 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in 4. maddesine göre: “Gizli görevli : Gerektiğinde örgüt içine sızarak gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisini” ifade etmektedir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesine göre: “Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi hâlinde, kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. Bu madde uyarınca yapılacak görevlendirmeye ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir.

İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır.”⁴³⁵

Diğer gizli soruşturma usulleri incelenirken ifade edildiği gibi günümüzde suçla mücadelede karşılaşılan zorluklar soruşturma organlarını daha müdahaleci ve sert yöntemler uygulamak suretiyle delil elde etmeye zorlamakta ve yönlendirmektedir. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların yargı makamlarına taşınmasındaki zorluk nedeniyle düzenlenen bir diğer gizli soruşturma usulü de gizli soruşturmacı görevlendirilmesidir. 4422 sayılı kanun ve 5271 sayılı kanun karşılaştırıldığında benzer düzenlemeler getirildiği hemen göze çarpmakla birlikte 4422 sayılı kanun bakımından gizli görevli kullanılmasını diğer usullerden ayırmada yararlanabilecek iki ölçütün gizli görevliye yeni bir kimliğin verilmesi ve uzun süreli olarak görevlendirilmesi olduğu söylenebilir.⁴³⁶

3.1. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesinin Amaç ve Kapsamı

Ceza Muahkemesi Kanunu'nun 139. maddesinde belirtildiği üzere gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin amacı, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebepleri bulunan, başka şekilde delil elde edilmesi imkanı bulunmayan ve aynı maddede sayılan nitelikteki bir suçun ve bu suçun faillerinin ortaya çıkarılmasına yönelik delil elde edilmesidir.⁴³⁷ Gizli soruşturmacı usulünün uygulanabilmesi için “kuvvetli şüphe ve başka yolla delil elde edilemeyecek olması şarttır.”⁴³⁸ Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle

⁴³⁵ CMK.'nın 139. maddesi, 6526 sayılı kanun ile değiştirilmeden önce “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” şeklinde düzenlenmiştir.

⁴³⁶ V. Ö. Özbek, **a.g.e.**, 2003, s. 23.

⁴³⁷ E. Şen, **a.g.e.**, s. 127; N. Centel-H. Zafer, **a.g.e.**, s. 399.;

⁴³⁸ B. Öztürk-M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 649.

görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunma ve örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür. Diğer gizli soruşturma usullerini incelerken belirtildiği gibi gizli soruşturmacı görevlendirilmesi usulü ceza soruşturması ya da kovuşturması dışında uygulanması mümkün olan bir usul değildir. 139. maddenin altıncı fıkrasında belirtildiği üzere gizli soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen bilgiler gizli soruşturmacının görevlendirildiği ceza soruşturması ya da kovuşturması dışında kullanılamaz.⁴³⁹ Elde edilen bilgilerin soruşturma konusu suç ile ilgisiz olduğu durumlarda özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında soruşturma dosyasına yansıtılmaması gerekir. Ancak böyle bir uygulama daha sonra şüpheli ya da sanığın lehine olan delillerin yokedildiği iddiasına vücut verebilir. O halde kanunda yapılacak açık düzenleme ile şüpheli ya da sanığın talebi üzerine Cumhuriyet Savcısı ya da hakimin takdir yetkisine bağlı olarak dosya içerisine alınan bilgiler suç ile ilgisiz fakat şüpheli açısından zararlı görüldüğünde dosya içeriğine dahil edilmemelidir. Elde edilen bilgilerin öngörüldükleri amaç dışında kullanılmaları mümkün değildir. Örneğin elde edilen bilgiler bir hukuk davası ya da tazminat davasında delil olarak kullanılamaz.⁴⁴⁰

CMK'nun 139. maddesinde belirtildiği üzere gizli soruşturmacı görevlendirilebilmesi için başlamış bir suç soruşturması bulunmalıdır. Ortada başlamış bir soruşturma yoksa gizli soruşturmacı ya da başka adlar altında bir görevlinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmesi mümkün değildir. Uygulamada güvenilir kişi, haber elemanı, x muhbir adı altında kamu görevlisi olamayan bir takım kişilerin kolluk güçleri tarafından görevlendirildiği, bu

⁴³⁹ B. Öztürk-M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 652.

⁴⁴⁰ B. Öztürk-M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 639.

kişilerin kolluk güçlerine gerek suç soruşturması ile ilgili gerekse istihbari anlamda bilgileri aktardıkları bilinmektedir. Bu uygulamaların kanuni bir dayanağı bulunmadığı için bu uygulamalar hukuka aykırıdır. Kanuni dayanağı bulunmamasına rağmen fiilen gizli soruşturmacı ya da ajan provokatör gibi davranan daha sonra tanıklıklarına müracaat edilmesi mümkün hale gelen bu kişilerin fiilleri, bu kişilerin görevlendirilmeleri, bu kişilerden elde edilen deliller hukuki değildir. Yukarıda ajan provokatör ve muhbir kısımlarında bahsettiğimiz Yargıtay kararlarında görüleceği üzere x muhbir, x eleman, muhbir, x ajan adı verilen kişilerin hem suç soruşturması ile ilgili olarak bilgi aktardıkları hem de kolluk güçlerinin operasyonlarında örneğin alıcı kılığında aktif rol aldıkları gözlemlenmektedir. Hukuki dayanağı bulunmayan bu müesseselerin hiçbir şekilde uygulanmaması gerekir.

Eğer x muhbir, haber elemanı, güvenilir kişi ya da adı ne olursa olsun, bir kişinin kolluk güçleri tarafından görevlendirilmesi, bu kişinin gizli soruşturmacı gibi suça ilişkin bilgi ve belgeleri toplaması, kolluk güçleri tarafından yapılan operasyonda da ajan provokatör vasfında davranışlar göstermesi kabul edilecek olursa Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gizli soruşturmacının düzenlenmesine gerek kalmayacaktır. Çünkü ortada fiilen gizli soruşturmacının yaptığı şekilde suçla ilgili bilgi, belge toplayan bir kişi mevcuttur. Ayrıca bu kişinin alıcı kılığında ajan provokatör olarak hareket etmesi durumunda gizli soruşturmacıyı da aşan fiili bir durum mevcuttur.

Medeni yargılama alanında yapılan yargılamalar madde kapsamı dışında kalır. Aynı şekilde disiplin soruşturması kapsamında yapılan soruşturmalar bakımından

bu yönteme başvurulması mümkün değildir. İddianamenin düzenlenerek mahkemesine gönderilmesinden sonra değerlendirme aşamasından iddianamenin kabulü kararına Mahkeme gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ile ilgili olumlu ya da olumsuz bir karar veremez. Buna ilişkin kararın soruşturma aşamasında ya da kovuşturma aşamasına geçildikten sonra verilmesi gerekmektedir.

3.2. Görevlendirme Kararını Vermeye Yetkili Merciler

Suç soruşturması nedeniyle bir gizli soruşturmacının görevlendirildiğinde soruşturma konusu suçla ilgili olarak her türlü delili toplayabilen gizli soruşturmacı gerçekleştirdiği faaliyet kapsamında kişiler hakkında bilgi toplamakta, bu kişiler hakkında tutanak düzenlemekte bütün bunları yaparken bu kişiler hakkında olağan şartlarda Anayasa ve kanunlar tarafından öngörölmüş bulunan hak ve güvencelere aykırı işlemler yapabilmektedir. Gizli soruşturmacı görevlendirildiği soruşturma kapsamında haklarında delil topladığı kişilerin özel hayatlarının gizliliği hakkını, adil yargılanma hakkını ihlal etmektedir. Bununla birlikte şüpheliler bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 147. ve 148. maddesinde öngörölmüş olan düzenlemelerdeki güvenceler gizli soruşturmacı örneğın, şüpheliyle konuştuğu ve şüphelinin beyanlarını tutanağa aktardığında bir anlamda rafa kaldırılmaktadır. Olağan şartlarda şüphelinin beyanı alınırken kendisine yüklenen suç, susma hakkı, kendisini suçlayıcı beyanda bulunmama hakkı, bir müdafinin yardımından faydalanabileceği hakkı bildirilmelidir. Gizli soruşturmacı soruşturduğu kişi hakkında her türlü delili toplayabileceğine göre bu kişinin beyanını tutanağa geçirmek suretiyle de delil vasfında bir belge vücuda getirebilir. Bu durumda olağan şartlarda belli haklara sahip ancak gizli soruşturmacı görevlendirilmesi usulü uygulandığında tüm bu hak ve

güvencelerden mahrum bir şüpheli ortaya çıkmaktadır. Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 148. maddesinde yasak sorgu usulleri gösterilmiştir. Buna göre beyanda bulunan şüphelinin aldatılması, bu kişiye anlattığı şeyler karşılığında hukuka uygun olmayan vaadlerde bulunulması da mümkündür. Buradan ortaya çıkan sonuç şudur: gizli soruşturmacı tarafından yapılan bir soruşturma çerçevesinde beyanları tutanağa geçirilerek delil niteliğinde belge vücuda getirildiğinde doğruluğu denetimden mahrum, gizli soruşturmacının insiyatifine bağlı her türlü şekli alabilecek bir delil sınıfı ortaya çıkmaktadır. Örnek olarak verilen gizli soruşturmacının delil toplama şekli, şüphelilerin beyanlarını tutanağa geçirmekten ibaret değildir. İzaha çalışıldığı gibi bu tür bir usulün uygulanması kötüye kullanıma oldukça müsaittir.

Bu nedenle diğer gizli soruşturma usullerinde olduğu gibi gizli soruşturmacı görevlendirilmesi usulünde de gizli soruşturmacıyı görevlendirmeye yetkili makamlar kanunda düzenlenmiştir. Ceza Muhakemesinin 139/1 maddesi uyarınca gizli soruşturmacı yetkili ağır ceza mahkemesi tarafından görevlendirilir. Bu madde uyarınca yapılacak görevlendirmeye ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır. Maddenin 6526 sayılı kanun ile değiştirilmeden önceki haline göre: gizli soruşturmacı kural olarak hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından görevlendirilebiliyordu. Maddede yapılan değişiklik ile daha önce hakim yani sulh ceza hakimi tarafından verilebilen gizli soruşturmacı görevlendirilmesine dair kararın ağır ceza mahkemeleri tarafından verilebilmesi ve buna ek olarak gizli soruşturmacı görevlendirilmesine dair kararın oy birliği ile alınması esası benimsenmiştir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kanunda yapılan bu düzenleme ile daha zor hale getirilmiştir.

3.3. Kararın Şekli

14.01.2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik 26434 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesinde şekil hususunda açık bir düzenleme bulunmamasına karşılık Yönetmelikte bu hususa ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Yönetmeliğin 23. maddesine göre: “Cumhuriyet Savcısı, birinci fıkradaki koşulların varlığı halinde, doğrudan doğruya veya emrindeki adlî kolluk görevlileri tarafından kendisine bildirilen gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin bilgi ve belgeleri de ekleyerek karar vermesi için hâkimden talepte bulunur. Gizli soruşturmacı kullanılmasına ilişkin kararlar yazılı olarak kolluğa bildirilir.” Cumhuriyet Savcısı işlendiğinden şüphelenilen suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlendiğine, işlendiğinden şüphelenilen suçun 139. maddede gösterilen suç tiplerinden birine uyduğuna, başka suretle delil elde etme imkanı bulunmadığına, işlendiğinden şüphelenilen suçta dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunduğuna dair belgelerle birlikte mahkemesinden talepte bulunacaktır. CMK.'nın 139. maddesinde yapılan değişiklikten sonra yönetmelikte geçen hakim ifadesini mahkeme olarak algılamak gerekir.

3.4. Görevlendirilmenin Süresi ve Usulün uygulanabildiği Suç Türleri

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde iletişimin tespiti usulünün, 140. maddesine teknik araçlarla izleme usulünün uygulanabileceği süreler kanunda düzenlenmiştir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin 139. maddesinde ise gizli soruşturmacının hangi süre ile görevlendirilebileceğine dair

bir sınır konulmamıştır. Dolayısıyla gizli soruşturmacının örgüt faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçları ortaya çıkarmak için uygulanan bir yöntem olduğu nazara alındığında yıllar sürecektir uygulamaların ortaya çıkabileceği ihtimal dahilindedir. Bu durumda gizli soruşturmacının görevi görevin sona erdiğine ilişkin alınacak ikinci bir karara kadar devam edecektir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesinin üçüncü fıkrasına göre: “soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili Cumhuriyet Başsavcılığında muhafaza edilir. Soruşturmacının kimliği, görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulur.”

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesinin 7. fıkrası uyarınca: bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (Madde 188),

2. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, Madde 220),

3. Silahlı örgüt (Madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (Madde 315).

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (Madde 12) suçları.

c) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü Maddelerinde tanımlanan suçlar.”

Her ne kadar 139. maddenin 7. fıkrası örgüt faaliyeti çerçevesinde olmasa bile uyuşturucu imal ve ticareti, silah kaçakçılığı suçları ve Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun ilgili maddelerinde gösterilen suçlar hakkında da gizli soruşturmacı görevlendirilmesi usulünün uygulanabileceği izlenimini verse

de tüm madde metni değerlendirildiğinde örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmediği takdirde yukarıda sayılan suçların soruşturulmasında gizli soruşturmacı görevlendirilmesi usulünün uygulanamayacağı sonucuna varmak gerekir. Çünkü 139. maddenin dördüncü fıkrasında, soruşturmacının, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği *örgüte* ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu *örgütün* faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlü olduğu, beşinci fıkrasında, soruşturmacının, görevini yerine getirirken suç işleyemeyeceği, görevlendirildiği *örgütün* işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamayacağı ifade edilirken soruşturma konusu suçların örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu vurgusu yapılmaktadır. Bu nedenle örgüt faaliyetleri dışında işlenen suçlar bakımından gizli soruşturmacı görevlendirilmesi usulünün uygulanamayacağı sonucuna varmak gerekir.

3.5. Üçüncü Kişilerin Durumu

Gizli soruşturmacının örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından delil toplamak amacı ile yürüttüğü soruşturma işlemlerinden suç ile ilişkisi bulunmayan üçüncü kişiler de etkilenebilir. Gizli soruşturmacı örgüt üyesinin ilişki içerisinde bulunduğu insanları, bu kişilerle girdiği ilişkinin türünü, bu kişilerle yaptığı görüşmeleri kayda aldığı, fotoğrafladığında ya da tutanağa bağladığında suçla ilişkisi bulunan kişilerin yanı sıra tamamen masum kişiler de bu soruşturma işlemlerinden etkileneceklerdir. Uygulanan işlemin türüne göre özel hayatlarının gizliliği hakkı ihlal konusu olabilir.

3.6. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Usulünün İçeriği: Gizli Soruşturmacının Yetki ve Sorumlulukları

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesinin dördüncü fıkrasına göre gizli

soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür. 139. maddenin ikinci fıkrasına göre, Soruşturmacının kimliği değiştirilebilir. Bu kimlikle hukukî işlemler yapılabilir. Kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belgeler hazırlanabilir, değiştirilebilir ve kullanılabilir. 139. maddenin beşinci fıkrasına göre, Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz.

3.6.1. Kamu Görevlisi olma Şartı

Gizli soruşturmacı herşeyden önce kamu görevlisi olmalıdır.⁴⁴¹ Türk Ceza Kanunu'nun tanımlar başlıklı 6. maddesinde kamu görevlisi: “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” olarak tarif edilmiştir. Bu çerçevede gizli soruşturmacının polis ya da jandarma görevlisi olmak gibi bir mecburiyeti yoktur. Cumhuriyet Savcısı Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinde yapılan tanıma uyan herhangi bir kamu görevlisini gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kendisi, olağan hallerde ise mahkemeden talepte bulunmak suretiyle gizli soruşturmacı olarak atayabilir. Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen gizli soruşturma usulleri hakkında yönetmelikte 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 şeklinde tarif edilmiştir. Yukarıda yapılan tanımlar birlikte değerlendirildiğinde örneğin örgütün faaliyetlerinin bir

⁴⁴¹ B. Öztürk-M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 649.

tapu dairesi ile ilişkilendiği bir durumda tapu dairesinde çalışan bir memur gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir.

4422 sayılı kanun bakımından da aynı esas geçerli olup gizli soruşturmacı olarak görevlendirilecek kişinin kamu görevlisi olması gerekmektedir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 110a maddesine göre CMK.'ndan farklı olarak gizli soruşturmacı olarak görevlendirilecek kişinin polis olması gerekmektedir.⁴⁴²

3.6.2. Değiştirilmiş Kimlik Kullanabilme, Hukuki İşlemler Yapabilme

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesinin 2. fıkrasına göre: görevlendirilen gizli soruşturmacının kimliği değiştirilebilir. Bu kimlikle hukukî işlemler yapılabilir. Kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belgeler hazırlanabilir, değiştirilebilir ve kullanılabilir. Gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen kamu görevlisine uydurma bir kimlik verilir.⁴⁴³ Gizli soruşturmacıya uydurma bir kimlik verilmesi ile bu kişinin soruşturduğu örgüt mensuplarının şüphelerinden kurtulması, bu kişilerin güvenini kazanması, ayrıca gerçek kimliğinin ortaya çıkması durumunda yaşayabileceği hayati tehlikenin bertaraf edilmesi amaçlanmıştır.⁴⁴⁴ Kimliği bu şekilde gizlenmiş bir gizli soruşturmacının yaptığı işe adapte olması ve daha rahat hareket edebilmesi kolaylaştırılmış olmaktadır. Uydurma kimlik kişinin nüfus, aile, eğitim, askerlik, sağlık vs. bilgilerine yönelik olabilir. Uydurma kimliğin içeriği sadece kişinin kimlik bilgilerininin değiştirilmesi ve uydurma bir nüfus cüzdanı

⁴⁴² V. Ö. Özbek, **a.g.e.**, 2003, s. 26; Alman Ceza Muhakemesi Kanunu m. 110a, www.legislationline.org.

⁴⁴³ B. Öztürk-M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 650.

⁴⁴⁴ B. Öztürk-M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 650.

verilmesinden ibaret değildir.⁴⁴⁵ Bu kişiye diploma, terhis belgesi gibi belgeler verilebilir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesinin 2. fıkrasının 3. cümlesi bu hali ifade etmektedir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve gizli soruşturmacıya uydurma kimlik verilmesi ve diğer hususlarda karar mercii Cumhuriyet Savcısı ve mahkemedir. Verilen kararları uygulayacak birimin, görevlendirilen kişinin kolluk mensubu olması durumunda, ilgili kolluk kuvveti olması düşünülebilir. Zaten uygulamada Cumhuriyet Savcılığının bu tür belgeler vücuda getirecek imkanı bulunmadığı için ilk akla gelen verilen kararların ilgili kolluk birimi tarafından uygulanmasıdır. Ancak görevlendirilen gizli soruşturmacının kolluk görevlisi olmayıp da herhangi bir kamu görevlisi olması durumunda nasıl bir yöntem izleneceği verilen kararın kim tarafından uygulanacağı, gizlilik derecesi bulunan bu işlemlerin yerine getirilmesi hususunda kimden yardım alınacağı konusunda bir düzenleme mevcut değildir.

Gizli soruşturmacı kendisine verilen uydurma kimlik ile hukuki işlemler yapabilir. Alacak borç ilişkileri içerisine girebilir, ev kiralayabilir, araba alabilir, davacı ve davalı⁴⁴⁶ olabilir, kendisine vekil tayin edebilir, şikayetçi olabilir, bir şirket kurmak suretiyle ticaret yapabilir. Yani, hak ve fiil ehliyetine sahip yeni bir insan doğmuş olmaktadır. Böyle bir uygulamadan ulaşılmak istenen amaç içine girdiği suç ortamında gizli soruşturmacının gerçek kimliğini gizlemek ve böylece örgütün ona olan güvenini sağlamaktır.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ B. Öztürk-M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 650.

⁴⁴⁶ B. Öztürk-M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 650.; M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 78.

⁴⁴⁷ M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 79.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili C. Başsavcılığında muhafaza edilir ve gizli soruşturmacının kimliği mahkemeden gizlenemez.⁴⁴⁸ Cumhuriyet Savcısı zaten soruşturmanın en tepesindeki yetkili olmakla gizli soruşturmacının kimliğini bilen, bu kişinin kimliğinin değiştirilmesi konusunda karar veren ya da talepte bulunan makamdır. Bu nedenle gizli soruşturmacının kimliğini doğal olarak bilen kişidir. Yani herhangi bir kişinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmesi hususunda Cumhuriyet Savcısı ya da Mahkeme tarafından karar verilerek yapılacak diğer tüm işlemlerin kolluğa bırakılması düşünülemez. Böyle bir uygulama maddenin kendi içerisinde tutarsızlığa düşmesi anlamı taşır. Çünkü gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilecek kişiler sadece kolluk mensupları değil tüm kamu görevlileridir.

3.6.3. Gizli Soruşturmacının Delil Toplama Görevi ve Diğer Gizli Soruşturma Usullerinin Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Usulü İle Birleşmesi

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesinin dördüncü fıkrasına göre: “Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür.” Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen gizli soruşturma usulleri hakkında yönetmelikte 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 şeklinde tarif edilmiştir.

⁴⁴⁸ B. Öztürk-M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 650.

Gizli soruşturmacı, içine girdiği örgüt hakkında araştırmada bulunduğu bu örgüte ait delil niteliği bulunan belgeleri alıp muhafaza edebilecek midir? Ya da işlenen bir suça ilişkin, kan, kıl örneği, ya da suçun işlenmesinde kullanılan silah, görüntü ya da fotoğraf bulduğunda bu delilleri muhafaza etme yetkisine sahip midir? Bir örgüt üyesinin evinde ya da işyerinde bulunan yukarıda örnekleri verilen türden bir delili elde etmek için bu eve gizlice girmesi, bu evi gizlice araması, söz konusu delili gizlice alması bu delili muhafaza etmesi mümkün müdür? Ya da yapılan görüşmelerin ses ve görüntü kayıtlarının yapılması, fotoğraflarının çekilmesi hususunda yetkisi var mıdır? Yukarıda bahsi geçen konular hakkında talep üzerine Hakim ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından örneğin arama, elkoyma, teknik araçlarla izleme, iletişimin denetlenmesi kararı verilebilir mi? Gizli soruşturmacı faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgütün mensuplarının işledikleri suçlar hakkında gözlemine dayalı bir rapor ve yapılan görüşmelerden aklında kalanlar hakkında bir rapor mu tutacaktır? Yoksa imkan bulunduğu takdirde yukarıda sayılan işlemleri de yapabilecek midir?

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116 ve devamı maddelerinde arama ve elkoyma müesseseleri düzenlenmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116. maddesine göre, arama kararı verme yetkisi kural olarak hakime aittir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde arama kararı Cumhuriyet Savcısı tarafından verilir. Arama kararında bulunması gereken unsurlar, hangi hallerde gece arama yapılmasının mümkün olduğu, aramada hazır bulunabilecek kişiler, arama sonucunda verilecek belge, hakkında arama yapılan kişinin belgelerini inceleme yetkisinin kime ait

olduğu ayrıntılı biçimde kanunda düzenlenmiştir. Elkoyma kararı verme yetkisi arama kararında olduğu gibi kural olarak hakime aittir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen elkoyma kararının 24 saat içerisinde hakim onayına sunulması gerekir. Hakim 48 saat içerisinde Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen kararı onaylamazsa elkoyma kararı ortadan kalkar. Gizli soruşturmacının soruşturma faaliyeti çerçevesinde konuta girebileceğine dair açık bir düzenleme bulunmaması nedeni ile konuta girme yetkisinin bulunmadığı, bu konuda açık bir yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunduğu fikri ortaya atılmıştır.⁴⁴⁹ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, 140. maddesinde teknik araçlarla takip yöntemleri düzenlenmiştir. Anayasanın kişi hürriyeti ve güvenliğini düzenleyen 19. maddesi, özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddesi, konut dokunulmazlığını düzenleyen 21. maddesi, haberleşme hürriyetini düzenleyen 22. maddesi, adil yargılanma hakkını düzenleyen 36. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddesi birlikte değerlendirildiğinde gizli soruşturmacının kanunda öngörülen usuller takip edilmeden şüphelendiği bir kişinin evini arama, burada tespit ettiği suç ile alakalı belgelere elkoyma şeklinde bir işlem yapamayacağı sonucuna ulaşmak gerekir. Aynı şekilde iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirine de başvuramayacaktır. Suçla ilgili delillere elkoyması da mümkün olmayacaktır.

Görevlendirilen gizli soruşturmacının görevlendirilmiş olduğu suç örgütünün içine sızmış olduğunu, bu örgüt üyelerinin güvenini kazandığını, örgüte ait istediği her ev ve işyerine girebildiğini farzedelim. Gizli soruşturmacının örgütün işlemiş

⁴⁴⁹ B. Öztürk-M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 651.

olduğundan şüphelenilen suçlarla ilgili olarak kendi gözlemlerini tutanak şeklinde yazıya dökmekten başka bir işlem yapamayacağı görülmektedir. Böyle bir durumda şüphelinin rızası ile evine giren gizli soruşturmacının eylemi hukuka aykırı kabul edilemez.

Arama ve elkoyma bakımından gizli soruşturmacının ihbarı üzerine hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının kararına istinaden, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116. ve devamı maddelerinde öngörülen şartlar dairesinde arama ve elkoyma işlemi yapılabilir. Hakim veya Cumhuriyet Savcısının kararının gizlice gizli soruşturmacıya infaz ettirilmesi gibi bir işlem de söz konusu olamaz. Hakkında arama tedbiri uygulanan kişinin ikametinde ya da işyerinde arama yapıldığında hazır bulunabilecek kişiler, arama kararında bulunması gereken unsurlar, arama kararının hangi zaman diliminde yapılabileceğine dair düzenlemeler kanunda öngörülmüştür. Bütün bu güvencelerden yoksun bir arama ve elkoyma tedbiri hukuken tanınamaz. Sonuç olarak gizli soruşturmacının gizli arama yapması ya da gizli elkoyma yapması gibi bir işlem mümkün değildir. Aksinin kabulü düşünülemez. Çünkü böyle bir durumda gizli soruşturmacı tarafından muhafaza altına alınan(elkonulan) suç delilinin gerçekten şüpheliye mi ait olduğu yoksa gizli soruşturmacı tarafından mı uydurulduğunun denetimi mümkün değildir. Bu tür bir şüpheli işlem hukuk devleti ilkesi ve ölçülülük ilkesi ile temelden çelişmektedir. Zaman zaman hakim kararına istinaden yapılan aramalarda bile şüpheliler arama yapılan mahalde bulunan delillerin kendilerine ait olmadığını, aramayı gerçekleştiren kişiler tarafından arama yapılan mahale konulmuş olabileceğini iddia edebilmektedirler. Böyle bir iddia evleviyetle ve haklı olarak gizli soruşturmacının muhafaza altına

aldığını iddia ettiği suç delili bakımından da dile getirilebilir.

Gizli soruşturmacının bildirmiş olduğu şüphelilerin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesi kapsamında iletişimlerinin denetlenmesi mümkün olacaktır. Bu durumda kural olarak hakim gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının vermiş olduğu karar Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının aracılığı ile suç yerine en yakın örgütlenmiş kolluk birimi tarafından yerine getirilecektir.

Gizli soruşturmacı mahkeme kararına istinaden Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 140. maddesinde düzenlenen teknik araçlarla takip usulünü infaz edebilir. Yani görevlendirilmiş olduğu örgüt mensuplarının yapmış olduğu görüşmeleri teknik araçlarla kayıt altına alabilir, bu kişilerin görüntü kayıtlarını alabilir, fotoğraflarını çekebilir. 5 kg. kokainin alım satımı ile ilgili soruşturmada gizli soruşturmacı kullanılması, bu soruşturmacının yapmış olduğu ses kayıtları 8. maddenin ihlali kapsamında değerlendirilmemiştir.⁴⁵⁰

Böyle olmasına karşın işlemlerin güvenilirliğini sağlamak amacıyla uygulanan yöntem ve tedbirlerin infazında görev alacak kişilerin mümkün olduğunca farklı kişiler olmalarına dikkat edilmesi gerekmektedir.

3.6.4. Gizli Soruşturmacının Suç İşleyememesi

Gizli soruşturmacı görevini yerine getirirken kimliğinin deşifre olmamasını temin etmek durumundadır. Bu durumda olan gizli soruşturmacı bir yandan suç işlemekten kaçınmak bir yandan da örgütün bir parçası olduğunu belli edecek

⁴⁵⁰ AİHM., Ludi v. Switzerland, 1992.

davranışlarda bulunmak ya da suça iştirak etmek zorundadır. Aksi halde kimliğinin deşifre olması riski söz konusudur. Bu ikilem gizli soruşturmacıya suç işleme yetkisinin verilir verilmeyeceği sorusunu gündeme getirmektedir.⁴⁵¹ Bu kapsamda ortaya atılan “görevin gerektirdiği suç” kavramını, gizli soruşturmacının, delil elde etmek, kimliğini gizlemek, örgütün güvenini kazanmak ve etkin bir görev ifa etmek amacı ile kanunda suç olarak tanımlanan fiilleri işlemesi şeklinde ifade etmek mümkündür.⁴⁵² Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesinin 5. fıkrasına göre: “Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz.” Bir görüşe göre gizli soruşturmacının suç örgütüne sızabileceği, ancak suç işleyemeyeceği gerçekçi bir yaklaşım değildir, görev yaptığı süre içinde herhangi bir zaman gizli soruşturmacı suç işlemek zorunluluğu ile karşılaşacaktır.⁴⁵³ Gizli soruşturmacının suç işlemeyen örgüt içerisinde barınmaması gizli soruşturmacının suç işleyebilmesinin savunulmasını mümkün hale getiremez. Bu nedenle suç işlemeyen örgüt içerisinde barınmasının mümkün olmadığını anlayan gizli soruşturmacının bu durumunun tespit edilmesi üzerine görevine son verilmesi gerekmektedir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmiş olduğu örgütün işlemiş olduğu suçlara bir şekilde karışır ise herhangi bir hukuka uygunluk nedeni ya da cezada indirim nedeni bulunmadığından kanunda öngörülen suçun cezası ile cezalandırılır.

Gizli soruşturmacının Ceza Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması mümkündür. Şöyle ki: 5237 sayılı kanunun iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 41.

⁴⁵¹ V. Ö. Özbek, **a.g.e.**, 2003, s. 17.

⁴⁵² V. Ö. Özbek, **a.g.e.**, s., 78.

⁴⁵³ Bahri Öztürk,-Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Yeni Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2008, s. 651.

maddesine göre “iştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Suçun; a) Gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması, b) Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır. Gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 36. maddesine göre “fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.” Bu hükümler değerlendirildiğinde gizli soruşturmacının diğer bir kişinin suç teşkil eden bir eylemine iştirak etmesi ihtimalinde gönüllü vazgeçen olarak hareket ettiği takdirde cezalandırılmayacaktır. Örneğin gizli soruşturmacı uyuşturucu madde ticareti yapan kişilerle birlikte uyuşturucu maddenin nakline katılsa ve ihbarı sonucunda bu kişiler yakalansa gizli soruşturmacının cezalandırılmayacaktır

Gizli soruşturmacının da örgütlü suçlulukla mücadeledeki fonksiyonun etkin bir biçimde yerine getirilmesi bakımından bir kısım suçları işlemesine izin verilmesi gündeme gelebilir.⁴⁵⁴ Bizce de gizli soruşturmacının sonradan tazmini mümkün ya da bir başka ifade ile etki ve sonuçlarının sonradan telafisi ya da ortadan kaldırılması mümkün olan suçları işleyebilmesi müessesenin tabiatına ve etkin bir sonuç doğurmasına daha elverişlidir.

3.6.5. Gizli Soruşturmacı, Diğer Usuller ve Tanık Koruma Kanunu

⁴⁵⁴ V. Ö. Özbek, **a.g.e.**, s., 270.

Uyuşmazlığın taraflarından olmayan, fakat uyuşmazlık konusu maddi sorunla ilgili, duyu organlarından en az biri aracılığıyla bilgi edindiği, adli bir faaliyet yürüten resmi makamlarca varsayılan kişiye, “tanık” denir.⁴⁵⁵ Ceza muhakemesinde, geçmiş, deliller aracılığıyla canlandırıldığından fiziki ve maddi delillere her zaman ulaşmak mümkün olamamaktadır, bu nedenle diğer yargılama hukuklarında olduğu gibi ceza yargılamasında da tanık delili önemini korumaktadır.⁴⁵⁶ 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun 1. maddesinde belirtildiği üzere, bu kanunun amacı ceza muhakemesinde tanıklık görevi sebebiyle, kendilerinin veya bu Kanunda belirtilen yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü veya mal varlığı ağır ve ciddi tehlike içinde bulunan ve korunmaları zorunlu olan kişilerin korunması amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir. 5726 sayılı kanun gereği 11.11.2008 tarihinde yayımlanan Cumhuriyet Başsavcılıkları ve Mahkemelerce Alınacak Tanık Koruma Tedbirlerine İlişkin Esas Ve Usuller Hakkında Yönetmelik de kanunun uygulanması için gerekli usul ve esasları belirlemek amacı ile yürürlüğe sokulmuştur. Gizli soruşturmacı, ajan provokatör, muhbirin ya da teknik araçlarla takip usulünü uygulayan kamu görevlisinin tanıklığı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Tanık Koruma Kanunu Hükümlerine tabidir. Örneğin muhbirin kim olduğu hususunda yasal bir düzenleme olmadığı gibi kimliğinin gizli tutulacağına dair hiçbir yasal düzenleme de yoktur. Bu nedenle herhangi bir suçun, ister bir sefer isterse sürekli ve iradi bir ilişkiye bağlı olarak muhbirliğini yapan kişi, hem soruşturma hem kovuşturma evresinde tanık olarak ifade vermek zorundadır. Bu durum gizli soruşturmacı, ajan provokatör ve diğer usulleri uygulayan kişiler bakımından da geçerlidir. Bu kişiler hakkında Tanık Koruma Kanunu'nda

⁴⁵⁵ Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara, 1996, s. 28.

⁴⁵⁶ Özen, Muharrem “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Tanıklık Üzerine Değerlendirmeler”, **AHT**, s. 57.

gösterilen tedbirlerin uygulanmasına karar verilmesi halinde kimlikleri gizlenebilir ya da haklarında karar verilen işlemler yerine getirilebilir.

Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre belli şartlar altında “gizli tanıklık” olarak adlandırılan müessesenin uygulanması mümkün hale gelmiştir(m. 9). Başlı başına inceleme konusu olabilecek bu müessese ile ilgili olarak kısaca belirtmek gerekirse: AİHS'nin 6. maddesine göre: sanık “İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek” hakkına sahiptir. AİHS, Luca v. Italy davasında yerel mahkeme tarafından verilen hükmün, sanık tarafından sorgulanma imkanı verilmeyen tanıkların beyanlarına dayandırılmasını 6. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.⁴⁵⁷ Adil yargılanma hakkı tanık kullanılmasına imkan veren düzenleme ile çatışma içerisine girmektedir. Gizli tanık kullanılması örneğin kolluk tarafından muhbirlerin kullanılabilmesi, tanığın kendisinin ve ailesinin güvenliği bakımından gerekli olabilmektedir. AİHM Doorson v. Netherlands davasında, hükmün sadece gizli tanığın beyanlarına dayandırılmış olmasının kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre bireylerin hayatları, özgürlükleri ve kişisel güvenlikleri tehlike altında olabilir. Bu durumda bu kişiler bakımından örneğin AİHS'in 8. maddesinde öngörölmüş olan güvencelerin işletilmesi gündeme gelebilir. Bu durumda haklar arasında dengenin kurulması gerekmektedir. Ancak böyle bir durum olsa dahi hükmün sadece gizli tanığın beyanlarına ya da gizli tanığın toplamış olduğu delillere dayandırılmış olması 6. maddenin ihlali anlamına gelmektedir.⁴⁵⁸ AİHM tarafından daha sonra görölen Van Mechelen v. Netherlands davasında mahkeme böyle bir sınırlamanın

⁴⁵⁷ Brems, E., **a.g.m.**, 2005, s. 309.

⁴⁵⁸ Brems, E., **a.g.m.**, s. 317.; AİHM, Eoorson v. Netherlands, 1996.

uygulanmasının gerçekten gerekli olmasını aramıştır. Başka bir tür yöntemle problemi aşmanın mümkün olduğu durumlarda gizli tanık kullanılması yoluna başvurulmamalıdır. Gizli tanıkların polis olmalarına ise çok istisnai durumlarda imkan verilmelidir.⁴⁵⁹ Sadece gizli tanığın beyanları dayanak gösterilerek mahkumiyet kararı verilmesi bizce de hukuka uygun değildir⁴⁶⁰. Kötüye kullanılmaya oldukça müsait olduğu gibi hukuk devletine hakim olan devlet faaliyetlerinin belirliliği ilkesi bakımından da sakıncalı sonuçlar doğurmaya elverişlidir. Mahkumiyet kararları sadece kimliği açıklanmayan tanığın beyanlarına dayandırılmamalı, ayrıca bu beyan mahkumiyet kararının verilmesinde belirleyici ve ağırlıklı rol oynamamalıdır.⁴⁶¹

⁴⁵⁹ Brems, E., **a.g.m.**, s. 318.; AIHM, Van Mechelen v. Netherlands, 2002.; AIHM, P.S. v. Germany, 2001.

⁴⁶⁰ O. E. Taşkın, **a.g.e.**, s. 254.

⁴⁶¹ Ö., Muharrem, **a.g.m.**, s. 84.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GİZLİ SORUŞTURMACI GÖREVLENDİRİLMESİNİN

HÜKÜM VE SONUÇLARI

1. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ VE GİZLİ SORUŞTURMA USULLERİ

1.1. Genel Olarak

Hukuka uygunluk nedenleri, mevcudiyetleri halinde, esasen kanuni tipe uyan ve kural olarak suç teşkil eden fiilleri meşru ve hukuka uygun hale getiren, suçun ortaya çıkışını başından itibaren engelleyen hukuksal sebeplerdir.⁴⁶² Hukuka uygunluk nedeni söz konusu olduğunda suç tipinde öngörülen fiilin işlenmesinin engellenmesinden doğacak yarar, failin suç tipinde öngörülen fiili hukuka uygunluk örtüsü altında işlemesinden doğacak yarara feda edilmekte, hukuka uygunluk nedeni örtüsü altında işlenen fiil hukukça korunmakta ve üstün tutulmaktadır.

Hukuka aykırılık tipe uygunluktan sonra ortaya çıkan ikinci bir aşama olduğu için hukuka uygunluk nedenleri fiili başından itibaren hukuka uygun ve meşru hale getirirler.⁴⁶³ Bir fiilin hem suç teşkil etmesi hem de meşru olması eşzamanlı olarak imkansız olduğundan, bir fiilin işlenmesine izin veriliyor ya da fiilin icrası emrediliyorsa hukuka aykırılıktan söz edilemez.⁴⁶⁴ Hukuka uygunluk sebebinin mevcudiyeti nedeni ile suç olarak nitelendirilmeyen bir fiile iştirak halinde, ortada baştan beri bir suç bulunmadığından şerikin fiili de hukuka uygun addedilecektir.⁴⁶⁵

⁴⁶² Uğur Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, Ankara, 1970, s. 5.

⁴⁶³ Mahmut Koca-İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, Ankara, 2012, s. 236.

⁴⁶⁴ Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, Ankara, 1995, s., 17.

⁴⁶⁵ T. Demirbaş, **a.g.e.**, Ankara, 2011, s. 258.

Hukuka uygunluk nedenleri doğrudukları sonuçlar itibariyle objektif etkiye sahiptirler. Yani kişinin işlediği fiil konusunda yaptığı nitelendirme ceza hukuku bakımından önem arz etmez. Hukuka aykırı bir fiil işlediği inancı ile hareket etse dahi hukuka uygunluk nedenin somut olayda mevcut olması durumunda fail söz konusu hukuka uygunluk nedeninden yararlanır.⁴⁶⁶ Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif nitelikli olduğunu savunan aksi görüş ise failin hukuka uygunluk sebebinin mevcut olduğu bilinç ve iradesi ile hareket etmemesi halinde, somut olayda, hukuka uygunluk sebebi mevcut olsa dahi failin bundan yararlanamayacağı yönündedir.⁴⁶⁷

Fail, hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmek için, hukuka uygunluk nedeninin öngördüğü korunma durumuna kendisini kasten sokmuş ise hukuka uygunluk sebebinin öngördüğü korumadan yararlanamaz.⁴⁶⁸ Çünkü bu durumda korunabilecek haklı bir yarar bulunmamakta bir anlamda fail bakımından hile ile elde edilmeye çalışılan bir yarar söz konusu olmaktadır. Hukuka uygunluk sebebi çerçevesinde hareket eden kişiye karşı hukuka uygunluk sebeplerinden de yararlanılamaz.

Hukuka uygunluk nedenleri sınırlı sayıda değildirler.⁴⁶⁹ Yazılı olmayan hukuk yoluyla da hukuka uygunluk nedenleri geliştirilmesi mümkün olup hukuka uygunluk nedenleri ceza kanunlarında ya da diğer kanunlarda yazılan hukuka

⁴⁶⁶ N. TOROSLU, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s.150; Zeynel T. KANGAL, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Ankara, 2010, s. 203.

⁴⁶⁷ Bahri ÖZTÜRK-Mustafa Ruhan ERDEM, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Ankara, 2012, s. 198; H. HAKERİ, **a.g.e.**, s. 255.

⁴⁶⁸ T. Demirbaş, **a.g.e.**, s. 257; Veli Özer ÖZBEK-Nihat KANBUR-Pınar BACAKSIZ-Koray DOĞAN-İlker TEPE, **Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, Ankara, 2010, s. 257

⁴⁶⁹ B. Öztürk-M. Ruhan Erdem, **a.g.e.**, s. 198.

uygunluk sebepleri ile sınırlı değildir.⁴⁷⁰ Örf ve adet hukukundan da doğabilirler ve bu şekildeki bir uygulama kıyas yasağına aykırılık teşkil etmez.⁴⁷¹

Hukuka uygunluk sebebi ile doğal bir bağlantı içerisinde bulunmayan fiiller hukuka aykırılık niteliklerini muhafaza ederler.⁴⁷² Örneğin sel baskınından kaçarken tanımadığı bir kimsenin evine giren kişinin evde bulunan altın bileziği çalması halinde konut dokunulmazlığının ihlali hukuka uygun kabul edilebilecek iken, hırsızlık fiili hukuka aykırı kabul edilecektir.

Bir olayda birden fazla hukuka uygunluk sebebi bulunabilir. Örneğin cezaevinde bulunan bir mahkumun kaçması ve kaçarken silah kullanması durumunda kaçmasını engellemeye çalışan infaz koruma memuru bakımından görevin ifası ve meşru müdafaa hukuka uygunluk nedenleri bir arada bulunmaktadır. Bu durumda hukuka uygunluk sebeplerinin etkileri bakımından bir derecelendirme yapılamaz, hepsinin birbirinden bağımsız şekilde aynı anda göz önünde tutulması gerekir.⁴⁷³

Hukuka uygunluk nedenleri kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerden, kişisel cezasızlık hallerinden ve cezalandırılabilme şartlarından farklıdır.⁴⁷⁴

1.2. Hukuka Aykırılık

1.2.1. Genel Olarak

Ceza hukukunda suçun ne olduğunun ortaya konulabilmesi bakımından izlenen

⁴⁷⁰ Mahmut Koca-İlhan Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 236

⁴⁷¹ Hakan Hakeri, **a.g.e.**, s. 253.

⁴⁷² V.Ö. Özbek-N. Kanbur-P. Bacaksız-Koray Doğan-İlker Tepe, **a.g.e.**, s. 261.

⁴⁷³ T. Demirbaş, **a.g.e.**, s. 257.

⁴⁷⁴ Zeki Hafizoğulları-Muharrem Özen, **a.g.e.**, s. 237.

iki yöntem bulunmaktadır: bu yöntemlerden ilki *tahlilci(analitik) yöntem*, ikincisi ise *bütüncü yöntemdir*.⁴⁷⁵ Bütüncü yöntem izlendiğinde suç bir bütün olarak incelenirken, tahlilci yöntem izlendiğinde suç, unsurlarına ayrılarak incelenmekte ancak suçun unsurlarının neler olduğu konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.⁴⁷⁶ Suçun unsurlarını sekiz'e kadar çıkaranlar olmakla birlikte, genel eğilim suçun iki ya da üç unsura ayrılarak incelenmesidir.⁴⁷⁷ İkili ayırım olarak adlandırılan geleneksel teori bakımından suç, "kusurlu irade ile işlenen bir fiil" olup, unsurları maddi unsur ve manevi olmak üzere iki tanedir.⁴⁷⁸ Suçun unsurlarını üçe ayıran yaklaşım bakımından ise suç "hukuka aykırı, kusurlu bir fiildir."⁴⁷⁹ Üçlü ayırıda hukuka aykırılık suçun kurucu unsurlarından biri olarak incelenmiştir. Hukuka uygunluk nedenleri, suçun üçlü ayırımını benimseyenler bakımından suçun fiilden veya maddi unsurdan sonra gelen bir unsurunu oluşturmakta, ikili ayırımı benimseyenler bakımından fiilin menfi şartını oluşturmaktadır.⁴⁸⁰ Suçun unsurlarının neler olduğu konusundaki tartışmalar, inceleme konumuzu aşmakta ve dışında kalmaktadır ancak ister suçun bağımsız bir unsur olarak incelensin isterse suçun bağımsız bir unsur olmayıp özü olarak algılsın hukuka uygunluk nedenlerinin incelendiği noktada hukuka aykırılık kavramının da irdelenmesi gerekmektedir.

⁴⁷⁵ Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s.116.

⁴⁷⁶ S. Dönmezer-Sahir Erman, **a.g.e.**, s. 307; Nurullah KUNTER, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul, 1954, s. 2; D. Soyaslan, **a.g.e.**, s. 205.

⁴⁷⁷ Z. Hafizoğulları-M. Özen, **a.g.e.**, s. 188; S. Dönmezer-S. Erman, **a.g.e.**, s. 307; U. Alacakaptan, **a.g.e.**, s. 5;

⁴⁷⁸ N. Toroslu, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s. 119; Z. Hafizoğulları-M. Özen, **a.g.e.**, Ankara, 2010, s. 189.

⁴⁷⁹ N. Toroslu, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s. 119; Z. Hafizoğulları-Muharrem Özen, **a.g.e.**, s. 188.

⁴⁸⁰ Z. Hafizoğulları-Muharrem Özen, **a.g.e.**, s. 23.

1.2.2. Hukuka Aykırılık Kavramı ve Hukuka Aykırılığın Kapsamı

Hukuka aykırılık, fiilin hukuk düzeni ile çatışma, karşıtlık ve çelişki halinde olmasıdır.⁴⁸¹ Ceza hukuku bakımından hukuka aykırılığın tespiti için biri olumlu diğeri olumsuz olmak üzere iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan ilki insandan kaynaklanan fiilin ceza normunda öngörülen suç tipine uygun olması, ikincisi somut halde uygulanabilmesi mümkün bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmamasıdır.⁴⁸² Hukuk düzeninin birliği şeklinde isimlendirilen ilke gereğince belirli bir hareketin hukuka aykırı olup olmadığına müşterek ve tek bir cevap verilebilir ve fiilin ceza hukukuna aykırı olması onun tüm hukuk düzeni bakımından hukuka aykırı olması sonucunu doğurur.⁴⁸³ Ceza hukuku anlamında hukuka aykırılık fiilin ceza normu ile konulan emir ya da yasağa uygun olmaması bu emir ya da yasak ile çatışma, karşıtlık ve çelişki halinde olmasıdır. Fiilin hukuka uygun kabul edilmesi halinde bu tüm hukuk düzeni bakımından sonuç doğurmakta, fiil tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun kabul edilmektedir.⁴⁸⁴

1.3. Genel ve Özel Hukuka Uygunluk Nedenleri

Hukuka uygunluk nedenleri genel hukuka uygunluk nedenleri ve özel hukuka uygunluk nedenleri şeklinde bir tasnife tabi tutulabilirler.⁴⁸⁵ Genel hukuka uygunluk nedenleri TCK'nun 24, 25 ve 26. maddelerinde öngörülmüş olan ve bünyesine uygun olmak şartıyla her suç bakımından uygulama imkanına sahip hukuka uygunluk nedenleridir. Buna karşılık özel hukuka uygunluk nedenleri

⁴⁸¹ S. Dönmezer-Sahir Erman, **a.g.e.**, s. 307; T. Demirbaş, **a.g.e.**, s. 248.

⁴⁸² Z. Hafizoğulları-Muharrem Özen, **a.g.e.**, s. 221.

⁴⁸³ T. Demirbaş, **a.g.e.**, s. 248; S. Dönmezer-Sahir Erman, **a.g.e.**, s. 7; U. Alacakaptan, **a.g.e.**, s. 81; V. Ö. Özbek-N. Kanbur-P. Bacaksız-K. Doğan-İ. Tepe, **a.g.e.**, s. 257; B. ÖZTÜRK-M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 194; M. Özen, **a.g.e.**, s., 69.

⁴⁸⁴ H. Hakeri, **a.g.e.**, s. 253.

⁴⁸⁵ Z. Hafizoğulları-M. Özen, **a.g.e.**, s. 238.

iddia ve savunma dokunulmazlığı(TCK 128), milletvekili sorumsuzluğu(AY m. 83) gibi belirli bazı suçlar bakımından öngörülmüş bulunan hukuka uygunluk nedenleridir.⁴⁸⁶ Özel hukuka uygunluk nedenleri TCK’unda bulunabileceği gibi özel kanunlarda da yer alabilirler.

Hukuka uygunluk nedenleri TCK’nun Birinci Kitabının Birinci Kısımının İkinci Bölümünde “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlığı altında düzenlenmiştir. Hukuka uygunluk nedenlerinin bu başlık altında ve hukuka uygunluk nedenlerinden farklılık arz eden diğer hukuksal kurumlar ile birlikte aynı başlık altında düzenlenmesi doktrinde yoğun olarak eleştirilmektedir⁴⁸⁷.

TCK’unda yer alan hukuka uygunluk nedenleri, kanun emrinin yerine getirilmesi(TCK m. 24/1), yetkili merciin emrinin yerine getirilmesi(TCK m. 24/2), meşru savunma(TCK m. 25/1), zorunluluk hali(TCK m. 25/2), hakkın kullanılması(TCK m. 26/1), ilgilinin rızası(TCK m. 26/2) olarak düzenlenmiştir. Özel kanunlarda düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri ise uygulamada en çok karşılaşılan durumlarla bağlantılı olarak hekimlik mesleğinin icrası, sportif faaliyetler, basın hürriyeti ve bankacılık faaliyeti örnek alınarak incelenebilir.

Bunun yanında ceza kanununda yer almayan hukuka uygunluk sebebi olarak yükümlülüklerin çatışması da ilgili kısımda incelenecektir.

⁴⁸⁶ Z. Hafizoğulları-M. Özen, **a.g.e.**, s. 238.

⁴⁸⁷ Z. Hafizoğulları-M. Özen, **a.g.e.**, s. 238; N. Centel-H. Zafer-Özlem Çakmut, **a.g.e.**, s. 288; T. Demirbaş, **a.g.e.**, s., 254; V. Ö. Özbek-N. Kanbur-P. Bacaksız-K. Doğan-İ. Tepe, **a.g.e.**, s. 259; M. Koca-İ. Üzülmöz, **a.g.e.**, s. 243;.

1.3.1. Genel Hukuka Uygunluk Nedenleri

1.3.1.1. Kanunun Emrinin Yerine Getirilmesi

TCK'nun 24/1 maddesine göre: "kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez." Bunun nedeni, kanunun bir taraftan kişiden görevini yapmasını emretmesi, diğer taraftan görevini yapan kimseyi cezalandırmasının mantıklı çelişki yaratmasıdır.⁴⁸⁸ Kanun emrini yerine getiren kişi TCK'nun 6/1-c maddesinde tanımlanan şekliyle kamu görevlisi olabileceği gibi herhangi bir kişi de olabilir. Tanıklık görevini yerine getiren kişi, silah kullanan kolluk görevlisi, savaşta adam öldüren askerin fiilleri kanunda öngörülen ve kural olarak suç teşkil eden tipe uygun olsa da kanun hükmünü yerine getirdikleri için fiilleri hukuka uygun kabul edilmektedir. Kanun hükmünü yerine getiren kişi kamu görevlisinin dışında bir kişi de olabilir. Bu ihtimale örnek olarak TCK'nun 278. maddesi gösterilebilir. Bu madde hükmüne göre işlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi cezalandırılır. Bu durumda işlenmekte olan suçu yetkili makamlara bildiren herhangi bir kişi emrin muhatabıdır ve eylemi hakaret teşkil etmez. Kanun emrini yerine getiren kişinin fiili bir bakımdan görevin ifası diğer bakımdan yetkinin kullanılmasıdır.⁴⁸⁹

Kaynağı doğrudan doğruya kanun olan bu hukuka uygunluk nedeninde geçen kanun ibaresini şekli anlamda kanuna hasredilmemesi, şekli kanun kavramı ile sınırlandırılmaması, herhangi bir yazılı hukuk kuralı şeklinde anlaşılması gerekir.⁴⁹⁰ Bir başka anlatımla kanun kavramından anlaşılması gereken şekli anlamda kanunlar başta olmak üzere ve bunların yanında tüzük, yönetmelik ve

⁴⁸⁸ D. Soyaslan, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, s. 387.

⁴⁸⁹ M. Koca-İ Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 244.

⁴⁹⁰ M. Koca-İ Üzülmüş, **a.g.e.**, s. 244; T. Demirbaş, **a.g.e.**, s., 262.

genelge gibi maddi anlamda kanun tanımını içine giren düzenleyici işlemlerdir.⁴⁹¹

Kanun emrinin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenini hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninden ayıran özellik birincisinin niteliğinin görev ve yetki olmasıdır.⁴⁹²

1.3.1.2. Yetkili Merciiin Emrinin Yerine Getirilmesi

İdare işlem ve eylemlerini hukuk devleti ve devlet işlemlerinin belirliliği ilkeleri uyarınca daha önceden belirlenmiş nesnel, soyut ve genel hukuk kuralları çerçevesinde yerine getirir. İşlem ve eylemlerin yerine getirilmesi belli bir hiyerarşik yapıyı gerektirmekte, hiyerarşik yapı belli bir derecelendirmeyi ifade etmekte, astın üste tabiiyetini ve üst tarafından verilen emirlerin yerine getirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bir görüşe göre yürütme erkinin esası emirdir.⁴⁹³ “*Amirin emri, hukuk tarafından kabul edilmiş üstün bir kudret ve yetkiye sahip merciiin, muayyen bir davranışta bulunmak üzere ast durumunda olana yönelttiği bir irade beyanıdır*”.⁴⁹⁴ Hukuka aykırı bir irade açıklaması emir kapsamı dışında kalır. Bu yapı çerçevesinde TCK’nun 24/2. maddesine göre: “Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.” Esasında, yetkili merciiin emrinin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni de kanunun hükmünün yerine getirilmesi niteliğindedir. Yetkili merciiin emrinin yerine getirilmesi de kanundan doğmakta ancak burada kanun ile memurun arasına amir girmektedir. Bu nedenlerle kanun emrinin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni ile yetkili merciiin emrinin yerine getirilmesi

⁴⁹¹ Z. Hafizoğulları-M. Özen, **a.g.e.**, s. 238.

⁴⁹² V. Ö. Özbek-N. Kanbur-P. Bacaksız-K. Doğan-İ. Tepe, **a.g.e.**, s. 262.

⁴⁹³ Z. Hafizoğulları-M. Özen, **a.g.e.**, s. 239.

⁴⁹⁴ Yılmaz Günel, **Yetkili Merciiin Emrini İfa**, Ankara, 1967, s. 59.

hukuka uygunluk nedenleri görevin yerine getirilmesi başlığı altında incelenebilir.⁴⁹⁵ Yetkili merciin emrinin yerine getirilmesinin koşullarını geçerli bir emir bulunması, emir yetkili merciden kaynaklanması, yerine getirilmesinin görev gereği olması şeklinde sıralamak mümkündür. Ayrıca hukuka aykırı emir kavramını da bu başlık altında incelemek yerinde olur.

1.3.1.2.1. Geçerli Bir Emir Bulunması

Emrin amir tarafından memura yöneltilmiş bir irade beyanı olduğuna yukarıda değinmiştik. Emrin yerine getirilmesinin zorunlu olabilmesi için yetkili amir tarafından memura yöneltilmiş olması yetmemekte emrin şekil ve içerik yönünden hukuka uygun olması gerekmektedir. Emrin uygulanması için belli bir şekil şartının öngörülmesi halinde emrin öngörülen bu şekil şartına uygun olması gerekir. CMK'nun 119. maddesi uyarınca arama kararının yazılı olması gerekir. Gecikmesinde sakınca bulunan haller gerekçe gösterilerek sözlü olarak kolluk birimine emir verilmesi daha sonra verilen emrin yazıya dökülmesi hukuka aykırıdır. Böyle bir uygulama içselleştirilmiş olsa dahi sözlü olarak arama emri alan ya da bu emir kendisine iletilen kolluk görevlisi bu arama emri yazılı hale getirilinceye kadar arama yapamaz. Verilen emir hukuken geçersizdir. Aramayı yapan kolluk görevlisinin eylemi TCK'nun 120. maddesi anlamında suç teşkil eder.

Verilen emrin içerik bakımından da hukuka uygun olması gerekir. Emir yetkili amir tarafından öngörülen yazılı ya da sözlü şekilde verilmiş olsa da içerik bakımından hukuka aykırı olabilir. Örneğin C.Savcısı uyuşturucu tacirlerinden

⁴⁹⁵ N. Centel-H. Zafer-Özlem Çakmut, **a.g.e.**, s. 296; V. Ö. Özbek-N. Kanbur-P. Bacaksız-K. Doğan-İ. Tepe, **a.g.e.**, s. 262.

elde edilerek el konulan uyuşturucudan bir kaç gram kendisine ayrılmasını muhafaza ile görevlendirilmiş olan memurlardan istese, C.Savcısı soruşturma evresinde el konulan eşyanın akıbeti konusunda son söz sahibi olmasına rağmen, verilen emir içerik yönünden hukuka aykırı olacağından yerine getirilebilir ve yerine getirilmesi zorunlu, geçerli bir emirden söz edilemez.

1.3.1.2.2. Emrin Yetkili Merciden Kaynaklanması

TCK'nun 24/2. maddesinde düzenlenen hukuka uygunluk nedeninin somut bir suç bakımından uygulanabilmesinin ikinci şartı emrin yetkili merciden kaynaklanmasıdır. Emri verenin emir verdiği konuda hiç yetkili olmaması ya da vermekle yetkili olduğu emrin sınırlarını aşması durumunda ortada hukuka aykırı bir emir var demektir. Örneğin C.Savcısı kişinin hürriyetinin sınırlanması sonucunu doğuran gözaltı kararı vermeye yetkilidir ancak tutuklama kararı veremez. Bunun gibi arama kararını vermeye yetkili mercii C.Savcılığı ve Mahkemedir. Bir kaymakamın arama kararı vermesi halinde yetkili mercii tarafından verilmemiş bir emir söz konusudur.

1.3.1.3.3. Emrin Yerine Getirilmesinin Görev Gereği Olması

Yetkili mercii tarafından verilen hukuka uygun bir emrin yerine getirilmesi görevi kanun tarafından öngörülen düzenleme ile kendisine verilmiş olan kişi bakımından sonuç doğurur. Yani emrin muhatabı kanun dairesinde görevlendirilmiş olan kişidir. Emrin muhatabının kanun dairesinde belirlenmiş görevi mevcut değil ise verilen emri yerine getirme zorunluluğu da bulunmamaktadır.

1.3.1.3.4. Hukuka Aykırı Emir

Verilen emir yukarıda sayılan şartları taşımaması nedeni ile hukuka aykırı olabilir. Kanunsuz emir başlığını taşıyan Anayasa'nın 137. maddesine göre: "Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmeyebilir ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır."

Anayasa'nın 137. maddesi ile getirilen düzenleme bakımından emrin hukuka aykırı olması hali ile suç teşkil etmesi hali birbirinden ayrılmıştır. Emrin suç teşkil etmemesi ancak hukuka aykırı olması ihtimalinde emrin amir tarafından yazı ile yenilenmesi halinde yerine getirilmesi esası benimsenmiştir. Bu durumda verilen emirden amir sorumludur. Suç teşkil eden bir emrin ise hiçbir şartta yerine getirilmesi imkanı yoktur. Bu durumda hem emri veren hem de uygulayan sorumludur. Emrin hukuka aykırı ya da suç teşkil edip etmediğinin tespiti ve denetlenmesi noktasında memur bir manada yetkilendirilmiş, askeri hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklı tutulmuştur. Memur amirin emrini hukuka uygunluk açısından denetleme imkânına sahip ise de yerindeliğini

denetleyemez.⁴⁹⁶ Bu çerçevede memurun amirin emrini denetleyemediği istisnalara değinmek gerekir. Bu istisnalar askeri hizmetin görülmesi ve acele hallerde kamu güvenliğinin korunması için gerekli görülen katı hiyerarşi ve zaman kaybının önüne geçmek için konulmuşlardır. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 14. maddesinde astın vazifeleri sayılmıştır. Buna göre ast: “Ast; amir ve üstüne umumi adap ve askeri usullere uygun tam bir hürmet göstermeye, amirlerine mutlak surette itaate ve kanun ve nizamlarda gösterilen hallerde de üstlerine mutlak itaate mecburdur. Ast muayyen olan vazifeleri, aldığı emri vaktinde yapar ve değiştiremez, haddini aşamaz. İcradan doğacak mesuliyetler emri verene aittir. İtaat hissini tehdit eden her türlü tezahürler, sözler, yazılar ve fiil ve hareketler cezai müeyyidelerle men olunur.” Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu’nun 2. maddesinde gösterilen hallerde, “yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirler derhal yerine getirilir. Bu emirlerin yazılı olarak verilmesi istenilemez. Bu hallerde emrin yerine getirilmesinden doğabilecek sorumluluk emri verene aittir.” Görüldüğü üzere kanun belli durumlarda hizmetin gerektiği şekilde yerine getirilmesini sağlamak amacıyla verilen emrin denetlenmesini istememiş, emrin sorgulanmaksızın derhal yerine getirilmesini istemiştir. Bu gibi hallerde dahi suç olduğu açıkça anlaşılan emirler yerine getirilemez, getirildikleri takdirde emri verenle birlikte emri yerine getiren sorumluluktan kurtulamaz. Şüphe halinde emir yerine getirilir, sorumluluk emri verene aittir.⁴⁹⁷

⁴⁹⁶ Z. Hafizoğulları-M. Özen, **a.g.e.**, s. 242.

⁴⁹⁷ B. Öztürk-M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 201.

1.4. Ceza Kanununda Yer Almayan Hukuka Uygunluk Nedeni: Yüklümlülüklerin Çatışması

Hukuka uygunluk nedenleri bakımından yaptığımız genel açıklamalar çerçevesinde hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlı sayıda olmadıklarına, yazılı olmayan hukuk yoluyla ya da genişletilmelerinin kıyas yasağına aykırılık teşkil etmeyeceğine yukarıda değinmiştik. 765 sayılı mülga TCK'nun uygulandığı dönemde de hakkın kullanılması bir hukuka uygunluk nedeni olarak ceza kanununda yer almamasına rağmen hukuk dünyasında tanınıyordu. Bunun gibi bugün de yüklümlülüklerin çatışması olarak adlandırılan ve kendine özgü bir hukuka uygunluk nedeni olan yüklümlülüklerin çatışması bir hukuka uygunluk nedeni olarak tanınmaktadır.⁴⁹⁸

Yüklümlülüklerin çatışması ihmali suçlar bakımından söz konusu olmakta, hukuk ihmali davranışının bulunup bulunmadığını sorguladığı kişiye aynı anda birden fazla yüklümlülük yüklemektedir.⁴⁹⁹ Ancak bu durum görünüşte olup yüklümlülük yüklenen kişinin üstün olan değere ilişkin yüklümlülüğü ya da eşit olan değerlerden birine ilişkin yüklümlülüğü yerine getirmesi durumunda, yerine getirdiği yüklümlülük yerine getirmediği yüklümlülük bakımından hukuka uygunluk nedeni teşkil etmektedir. Çünkü aynı anda iki yüklümlülüğün yerine getirilmesine imkan bulunmamaktadır.

Yüklümlülüklerin çatışması eşit olan iki hukuki değer ya da biri diğerine göre üstün kabul edilen iki hukuki değer bakımından ortaya çıkabilir. Eşit olan hukuki değerler bakımından yüklümlülüklerin çatışmasına şu olay örnek verilebilir. Baba çocuklarıyla birlikte ormanlık alanda kamp yapmaktadır. Geceleyin uyurlarken

⁴⁹⁸ Selçuk, Sami “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Yüklümlülüklerin/Görevlerin Çatışması ve Yargıtay Kararları”, **THD**, Mayıs, 2010, sayı 45, s., 90; V. Ö. Özbek-N. Kanbur-P. Bacaksız-K. Doğan-İ. Tepe, **a.g.e.**, s. 325; B. Öztürk-M. R. Erdem, **a.g.e.**, s. 232

⁴⁹⁹ H. Hakeri, **a.g.e.**, s. 314.

aniden bastıran sağanak yağış beklenmedik şekilde kamp yaptıkları yerin sel baskınına uğramasına neden olmuştur. Babanın gücü, çabalmasına rağmen iki çocuğundan birini kurtarmasına yetmiş değerinin boğulmasına engel olamamıştır. İkisini birden kurtaramayacağını anlayan baba çocuklarından birini feda etmiş diğerini kurtarmıştır. Örneğimizde hukuk tarafından eşit şekilde korunan çocukların yaşam hakkının çatıştığı görülmektedir. Çocuklardan birinin kurtarılması ise, diğerinin kurtarılamaması ihmali davranışı bakımından hukuka uygunluk nedeni teşkil etmektedir. Üstün olan hukuki değer tercih edilerek diğerinin feda edilmesine ise hafif yaralılar yerine ağır yaralıların kurtarılması örnek gösterilebilir.⁵⁰⁰

1.4. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması

Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması TCK'nun 27. maddesinde düzenlenmiş olup bu madde hükmüne göre: “Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması hâlinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur. Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez.” Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılmasını hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerde sınırın aşılması şeklinde anlamak gerekir.⁵⁰¹ Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması her bir hukuka uygunluk nedeni bakımından söz konusu olabilir. Kanun emrini yerine getiren emrin sınırları dışına taşabileceği gibi, belli bir fiil yönünden kendisine rıza gösterilen rızanın

⁵⁰⁰ Z. T. Kangal, **a.g.e.**, s.389.

⁵⁰¹ N. Centel-H. Zafer-Ö. Çakmut, **a.g.e.**, s. 340. Düzenlemenin kapsamı bakımından getirilen eleştiriler için bkz. Z. Hafizoğulları-M. Özen, **a.g.e.**, s 237; T. Demirbaş, **a.g.e.**, s. 316.

kapsamını aşabilecek davranışlarda bulunabilir. Sınırın aşılmasından söz edilebilmesi için, sınırı aşan kısımda kalan davranışın kasten işlenmemesi gerekir. Sınırı aşan ve fakat taksirle işlenen fiil bakımından ceza indirimi öngörülmüştür. Sınırı aşan davranışın mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelebilmesi meşru savunma haline hasredilmiş ise de aynı durum zaruret halinin bünyesine de uygundur. Ancak kanunda bunun aksine bir düzenleme mevcuttur.

1.5. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata

TCK'nun 30/3. maddesine göre: ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi bu hatasından yararlanır. Hata hukuki hata ve fiili hata olarak ikiye ayrılmakta hukuki hata fiili suç olmaktan çıkarmamakta buna karşılık fiili hata fiili suç olmaktan çıkarmaktadır. Hukuki hata failin hukuku bilmemesi ile ilişkili olup TCK'nun 4. maddesinde de belirtildiği gibi ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.” Bu nedenle var zannettiği hukuka uygunluk nedeninin gerçekte bulunmaması halinde fail fiili nedeni ile cezalandırılır. Örneğin mensubu olduğu ülkede, oranın örf ve adetine göre çıplak şekilde suaunaya girebilen bir kişi aynı davranışı tatil amacıyla geldiği Türkiye'deki bir otelde gerçekleştirdiğinde fiili örf ve adetten doğan bir hak kullanımı şeklindeki hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilemez. Fiili hata ise hukuken öngörülmüş bir hukuka uygunluk nedeninin koşullarının somut olayda gerçekleşmemesine rağmen failin koşulların gerçekleştiği zannı ile suç teşkil eden fiili gerçekleştirmesidir. Klasik örnek olarak failin geceleyin yankesicilerin kol gezdiği ıssız bir sokakta yürürken koşarak kendisine doğru gelen bir kişiyi yaralaması gösterilebilir.

1.6. “Gizli Soruşturma Usulleri, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provokatör, Muhbir”in Hukuka Uygunluk Nedenleri Bakımından Değerlendirilmesi

1.6.1. Gizli Soruşturma Usulleri Bakımından Genel Değerlendirme

Bir suç soruşturmasında gizli soruşturma usullerinden birinin ya da aynı anda bir kaçının uygulanmasına karar verilmiş olması halinde soruşturmanın şüphelisi ya da bu kişi ile irtibatlı olan diğer kişilerin bir takım hak ve özgürlüklerine yönelik müdahaleler söz konusu olacaktır. Bu müdahaleler uygulanan yöntemle göre değişiklik arz etmekte, şüphelinin ya da üçüncü kişinin haberleşme hürriyetine, özel hayatın gizliliğine, konut dokunulmazlığına ve adil yargılanma hakkına yönelik bir tecavüz niteliği taşımaktadır.

Bir fiilin işlenmesinin hem izin verilmesi hem de aynı fiilin suç teşkil etmesi hukuk düzeni bakımından eş zamanlı olarak kabul edilemez. Gizli soruşturma usulleri uygulanmak suretiyle delil elde edilmesine izin veren hukuk düzeni, suçun ortaya çıkarılmasından doğan yararı, son çare olarak kabul ettiği bu usullerin uygulanmasından doğacak zarara tercih etmekte, esasen suç teşkil eden fiilleri hukuka uygun ve meşru kabul etmektedir.

Hukuka uygunluk nedenleri fiili baştan itibaren hukuka uygun hale getirdiklerinden, TCK’na göre esasen suç teşkil eden özel hayatın gizliliğini ihlal(m. 134), kişisel verilerin kaydedilmesi(m. 135), konut dokunulmazlığını ihlal(m. 116), görevi kötüye kullanma(m. 257) suçları gündeme gelmeyecektir. Fiil baştan beri hukuka uygun olduğundan ve hukuka aykırılık fiilin ortaya çıkışından sonraki bir aşama olduğundan hukuka aykırılıktan söz edilemez ve

buna bağlı olarak suça iştirak eden şerikin fiilleri de hukuka uygun kabul edilir. Fiilin hukuka uygun kabul edilebilmesi için uygulanan gizli soruşturma usulüne ilişkin işlemlerin tamamının hukuka uygun olması gerekir.

Gizli soruşturma usullerini uygulayan görevliler hukuka uygunluk nedenlerinden yararlandıkları için bu kişilere karşı hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanılamaz. Ancak bu durumda hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanamayacağı sonucuna varılan kişinin, işlenen fiilin, yararlanılan hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde işlendiğini bilmesi gerekir.

Hukuka uygunluk nedeni ile doğal bağlantı içerisinde olan fiillerin de hukuka uygun kabul edilmesi gerekir. Örgüt içerisinde bulunduğu sırada aniden gelişen bir öldürme olayına tanık olan gizli soruşturmacının olay anını görüntü kaydeden bir cihaza aktarması için CMK 140 anlamında bir karar gerekmez. Çünkü delil toplama yetkisine sahip olan gizli soruşturmacının bu fiili delil toplama yetkisi ve görevlendirilme amacı ile doğal bağlantı içerisindedir.

Gizli soruşturma usullerinin uygulanması esnasında birden fazla usul birleşebilir ve birden fazla hukuka uygunluk nedeni gündeme gelebilir. Bu durumda gündeme gelen hukuka uygunluk nedenlerinin arasında bir derecelendirme yapılamaz ve her biri bir diğerinden ayrı şekilde değerlendirilir.

Gizli soruşturma usullerine ilişkin düzenlemeler işlenen fiiller bakımından özel hukuka uygunluk nedenleri niteliğindedir. İlgili düzenlemeler esasen suç teşkil eden fiilleri tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun hale getirirler. Gizli

soruşturma usullerinin uygulanması sırasında meydana gelebilecek genel bir hukuka uygunluk nedeninden örneğin meşru müdafaa hükümlerinden yararlanılması söz konusu olabilir.

Gizli soruşturma usullerinin uygulanması, kararı veren bakımından kanunun emrinin yerine getirilmesi, kararı uygulayan bakımından yetkili mercinin emrinin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden yararlanır. Bu ihtimalde verilen kararın kanunda öngörülen usule uygun verilmesi ve kanunda öngörülen şartları taşıması gerekir. Mahkeme kararına istinaden uygulanmasına hükmedilmiş bir gizli soruşturma yöntemi söz konusu olduğunda, kararı uygulamakla görevli mercii, kararın hukuka uygunluğunu denetlemek yetkisine sahip olmadığından AY'nın 138/4. maddesi uyarınca uygulamak zorundadır. Burada sorumluluk kararı veren mercie ait olacaktır. Yok hükmünde kabul edilebilecek bir karar söz konusu olduğu takdirde uygulama mercisinin kararı uygulamak zorunda olduğu söylenemez.

Yükümlülüklerin çatışması söz konusu olduğunda gizli soruşturma usulünün uygulanmasından kaynaklanan görevin ortaya çıkan diğer yükümlülüğe üstün tutulması ve görev dışındaki diğer yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle cezalandırma söz konusu olmamalı, görev, diğer yükümlülüğün yerine getirilmemesi bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmelidir.

1.6.2. Gizli Soruşturmacı ve Hukuka Uygunluk Nedenleri

Gizli soruşturmacı, delil toplamakla görevlendirildiği soruşturma çerçevesinde daha önce ifade ettiğimiz gibi gizli soruşturmacının gözlemine

dayalı notlar alması, aldığı notları ya da bilgi sahibi olduğu suçu temsil eden yazılı ya da şekil ihtiva eden tutanak tanzim etmesi mümkündür. Gizli soruşturmacının gözlemine dayalı notlar alması, aldığı notları ya da bilgi sahibi olduğu suçu temsil eden yazılı ya da şekil ihtiva eden tutanak tanzim etmesi mümkündür. Gizli soruşturmacı ayrıca ses ve görüntü tespit eden ya da nakleden cihazları CMK'nun 140. maddesinde öngörülen usule göre kullanabilir ve bu şartlar dahilinde kayıt yapabilir. Gizli soruşturmacının şüpheli ile yaptığı görüşmeler, şüphelinin diğer kişiler ile yaptığı görüşmeler, şüpheli hakkında ya da soruşturma konusu suça ilişkin bilgi sahibi olan üçüncü kişiler ya da örgüt üyeleri ile yapılan görüşmeler yazıya dökülmek suretiyle belge delili oluşturulabilir. Görüldüğü üzere şüphelinin ve şüpheli dolayısıyla ulaşılan üçüncü kişilerin özel hayatlarına, haberleşme hürriyetlerine müdahale edilmektedir. Şüpheli ya da diğer kişilerle yapılan görüşmeler yazıya döküldüğünde ise, yürütülen soruşturmadan haberdar olmayan kişilerin beyanları tutanak altına alınmaktadır. Yargılama aşamasında tanık ve sanık olarak dinlenmeleri ihtimal dahilinde olan kişilerin beyanları tutanak altına alındığında, belki bu kişilerin resmen tanık ya da şüpheli olarak ifadelerinin alınmadığı dolayısıyla tanık ve sanığın ifadelerinin alınmasına ilişkin usulün ve güvencelerin bu ihtimalde uygulanamayacağı iddia edilebilir. Ancak şüphelinin ve daha sonra tanık olarak dinlenmesi ihtimal dahilinde olan bir kişinin beyanının bu kişilerin yapılan işlemde habersiz olarak alınması adil yargılanma hakkına da zarar verici niteliktedir. Çünkü yukarıda izah ettiğimiz gibi şüphelinin beyanının alınması noktasında isnadın bildirilmesi, hukuki yardım sağlanması, hukuka aykırı yöntemlerin kullanılmaması gibi bir kısım güvenceler mevcuttur. Tanığın beyanının alınması da CMK'nunda belli usuller öngörülmüştür. Şüpheli ve tanık olarak dinlenmesi ihtimal dahilinde olan bu kişiler yapılan işlemde habersiz ve

tamamen savunmasız bir durumdadırlar. Bu durum ise adil yargılanma hakkına zarar verici niteliktedir.

CMK'nun 139. maddesinde öngörülen düzenlemeler ile yetkili merciin kararı ile gizli soruşturmacı görevlendirildiğinde yukarıda ifade edilen hürriyetlere yapılan müdahale hukuka uygun kabul edilecektir. CMK'nun 139. maddesinde öngörülen düzenlemeler müdahalenin türüne göre kanunda suç teşkil eden fiiller bakımından hukuka uygunluk nedeni teşkil edecektir. Hukuka uygunluk nedenlerinin sınıflandırılması açısından değerlendirildiğinde ise CMK'nun 139. maddesindeki düzenlemeler özel hukuka uygunluk nedenidir. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararını veren makam bakımından gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kanunun emrinin yerine getirilmesi uygulayan görevli bakımından ise yetkili merciin emrinin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni niteliğindedir.

Gizli soruşturmacının görevini yaptığı sırada meydana gelen olaylar nedeni ile meşru müdafaa ya da zaruret haline ilişkin nedenlerden yararlanması ihtimal dahilindedir. Bu durumda her bir hukuka uygunluk nedeni bir diğerinden ayrı değerlendirilir.

Gizli soruşturmacının görevlendirildiği soruşturma çerçevesinde müdahale etmesini gerektirecek çeşitli suçlarla karşı karşıya kalması ihtimal dahilindedir. İşlenmiş ya da işlenmekte olan bir suçun bildirilmesi, işlenmekte olan bir suçun engellenmesi ve yardım etmek gibi yükümlülükler gizli soruşturmacının görevini yerine getirdiği esnada ortaya çıkabilir. Bu örnekler bakımından düşünüldüğünde

yükümlülüklerin çatışması hukuka uygunluk nedeni gündeme gelir ve kamu görevlisinin suçu bildirmemesi (TCK m. 279), görevi ihmal(TCK m. 257), yardım yükümlülüğünün yerine getirilmemesi(TCK m. 98) suçları vücut bulmaz.

1.6.3. Ajan provokatör ve Hukuka Uygunluk Nedenleri

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere Türk Ceza Hukuku'nda ajan provokatör kullanılmasının kanuni dayanağı yoktur.⁵⁰² Ajan provokatör kullanılması müessesesine ilişkin Türk Ceza Hukuku uygulamasında kanuni dayanağı olmamasına rağmen Yüksek yargı kararları ile ajan provokatörlük müessesesi çeşitli adlar altında (muhibir, x eleman, x ajan, x muhibir) tanınmak suretiyle hukukleştirilmiştir.⁵⁰³ Ajan provokatör suça iştirak etmekte yani suç işlemektedir. Kanuni dayanağı olmayan ajan provokatör görevlendirilmesi ile ilgili hukuka uygunluk nedeni de bulunmamaktadır.

1.6.4. Muhibir ve Hukuka Uygunluk Nedenleri

Güvenilir kişi, bilgi veren, muhibir gibi kavramların birbirinden hangi anlamda farklı olduğunun neye göre belirleneceğinin kabul edilebilir bir ölçüsü bulunmamaktadır. Ancak her üç kavramın ortak yönü uygulama tarafından üretilmiş, kanuni dayanağı bulunmayan, benzer müesseselerle kıyaslandığında anayasal ve yasal temele dayanması gereken müesseseler olduklarıdır.⁵⁰⁴ Kanuni dayanağı bulunmayan ve bu ad altında bilgi toplayan kişilerin görevlendirilmesi ile ilgili hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır.

⁵⁰² Bkz. ikinci bölüm, başlık 1.3. vd.

⁵⁰³ Bkz. ikinci bölüm, başlık 1.3. vd.

⁵⁰⁴ Bkz. birinci bölüm, başlık 5.2. vd.

1.7. Gizli Soruşturmacının Cezai Sorumluluğu

Gizli soruşturmacı kanunun verdiği yetkiye dayanılarak görevlendirilen ve soruşturma konusu suç hakkında delil toplamakla görevlendirilen kamu görevlisidir. Gizli soruşturmacının olağan şartlarda suç sayılabilecek fiilleri kanun hükmünü icra ya da yetkili merciin emrini ifa olarak adlandırılan hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanmaktadır. Gizli soruşturmacının olağan şartlarda suç sayılabilecek fiilleri⁵⁰⁵ bu hukuka uygunluk nedenlerinden yararlandığından dolayı fiilin işlendiği andan itibaren hukuka uygundur. Suç teşkil eden bir fiilin cezalandırılması söz konusu olmadığı gibi ortada bir suç teşkil eden bir fiil de mevcut değildir. Daha önce ifade edildiği gibi gizli soruşturmacının suç delillerine el koyma, bunları muhafaza etme gibi genel bir yetkisi bulunmamaktadır. Gizli soruşturmacı edindiği bilgileri soruşturma makamı ile paylaşmalı usulüne uygun verilecek arama ve elkoyma kararı ile delillere el konulmalıdır. Buna karşılık spontane bir şekilde gelişen öldürme fiiline şahitlik eden gizli soruşturmacının suçta kullanılan silahı gizlice elde etmesi halinde fiilinin suç teşkil etmediği kanaatindeyiz. Bu ihtimalde elde edilen delilin kaybolma ihtimalinin yüksek olmasından kaynaklanan zaruretinin yanında diğer delillerle desteklenmesi gerekir. Suç delillerine el koymak ve muhafaza etmek şeklinde genel bir yetki verilmesinin bu yetkinin kötüye kullanılması ve delillerin uydurulmuş olduğuna yönelik haklı şüphelere vücut verebileceği için yerinde değildir.

Gizli soruşturmacı CMK.'nın 139. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre değiştirilmiş kimlik kullanabilir ve değiştirilmiş kimliği ile hukuki işlemler yapabilir. Gizli soruşturmacının kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeni

⁵⁰⁵ Özel hayatın gizliliğini ihlal, konut dokunulmazlığını ihlal, kişisel verilerin kayda alınması, örgüt üyeliği gibi.

kapsamındaki bu fiilleri suç teşkil etmez. Diğer kişiler bakımından evrakta sahtekarlık suçuna vücut veren bu fiiller gizli soruşturmacı bakımından suç teşkil etmez.

CMK.'nın 139. maddesinin beşinci fıkrasına göre Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz. Gizli soruşturmacının suç işleyemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Her ne kadar gizli soruşturmacının görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlar bakımından sorumlu tutulamayacağı öngörülmüş ise de örgütün işlemekte olduğu suçlara iştirak etmesi ve suç şeriki olması da kabul edilemez. Bu noktada öne sürülen temel eleştiri, örgüt içerisine sızan ve fakat işlenen suçlara iştirak etmeyen gizli soruşturmacının örgüt içerisinde deşifre olacağı ve örgüt içerisinde barınamayacağı iddiasıdır. Bu argümanın haksız olduğu söylenemez. Ancak kanunun açık hükmü karşısında gizli soruşturmacının suç işleyebileceği de savunulamaz. Sonuç olarak gizli soruşturmacı madde kapsamı dışındaki suç teşkil eden fiilleri bakımından ceza hukuku anlamında sorumludur.

2. GİZLİ SORUŞTURMA YÖNTEMLERİ VASITASI İLE ELDE EDİLEN DELİLLERİN CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDAKİ YERİ VE HUKUKA AYKIRI DELİLLER

2.1. Genel Olarak

Gizli soruşturma yöntemleri, işlendiği iddia edilen suçun ve suç failinin ortaya çıkarılabilmesi için bulunması muhtemel delillerin elde edilmesi amacını gütmektedir. Amacın, kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunduğu ancak başka türlü delil elde etme imkanının bulunmadığı somut durumda suç delillerinin elde edilmesi olması, gizli soruşturma usullerinin niteliğine ilişkin değerlendirmelerin

yanında, elde edilen delillerin ceza muhakemesi bakımından niteliğine ilişkin değerlendirmelerin yapılmasını da gerekli kılmaktadır. Elde edilen delilin, delil türleri bakımından değerlendirilmesi, niteliğinin ortaya konulması, hukuken aranan şartların, kısmen ya da tamamen yerine getirilmemesi halinde ne tür bir müeyyideye maruz bırakılması gerektiği, bu usulleri uygulayan kişilerin uygulamaları ve sorumlulukları bakımından olduğu kadar, ilişkili olduğu yargılamanın akıbeti bakımından da önemlidir. Hukuksal güvenlik içerisinde yaşanıldığına dair inancın bir toplumda oluşturulması, hukukun çeşitli alanlarını ilgilendirmekte, adalete etkin bir şekilde erişim, davaların makul bir sürede sonuçlandırılması, idarenin hukuka uygun şekilde hareket etmesi, temel hak ve hürriyetlerin korunması gibi birbiriyle ilişkili bir kısım unsurları gerektirmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından çok büyük önem arz eden ceza muhakemesi bakımından düşünüldüğünde, özellikle gizli soruşturma usullerinin hukuka uygun bir şekilde uygulanması ve elde edilen delillerin hukuka uygunluk denetimine tabi tutularak, gerektiğinde hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmaması şeklindeki bir müeyyideye başvurulması kaçınılmaz olmaktadır. Çünkü hukuka uygun bir şekilde elde edilmeyen delile dayanılarak bir kişinin mahkum edilmesi o kişinin hukuken korunan haklarını ihlal ettiği gibi, toplumda yaşayan bireylerin hukuksal güvenlik içerisinde yaşadıklarına ilişkin inançlarını da zedeleyecektir. Bu sebeple ayrı bir çalışma konusu olabilecek delil ve delillerin hukuka aykırılığı konularını, inceleme konumuzun mümkün olduğu kadar dışına taşmadan, değerlendirmekte yarar olduğunu düşünüyoruz.

2.2. Delil Kavramı

Bir suç işlendiği iddiasının öğrenilmesi üzerine harekete geçen soruşturma makamları ve soruşturma sonucunda önüne uyuşmazlığın taşındığı yargılama

makamı, işlendiği iddia olunan bir fiilin bulunup bulunmadığını, bu fiilin kim tarafından işlendiğini ve işlenen fiilin ceza kanunu tarafından suç olarak nitelendirilip nitelendirilmediğini araştırmak ve ortaya koymak ile görevlidirler. Ortaya çıkan cezai uyuşmazlığın, bu çerçevede bir maddi yönü bir de hukuki yönü bulunmaktadır.⁵⁰⁶ Cezai uyuşmazlığın maddi yönü, fiilin işlenip işlenmediği işlenmiş ise fail tarafından işlenip işlenmediği ile ilişkili olup, fiilin fail tarafından işlendiğinin yargılama makamı tarafından tespiti halinde, cezai uyuşmazlığın maddi yönünün sübut bulduğu, ispat edildiği söylenir.⁵⁰⁷ Cezai uyuşmazlığın hukuki yönü ise, sübut bulduğuna dair hükme varılan maddi hakikatin ceza kanunları içerisindeki yerinin belirlenmesine ilişkin değerlendirme yapılarak bir yargıya varılması ile ilişkilidir. Yargılama makamının, cezai uyuşmazlığın maddi yönünü çözmek, açıklığa kavuşturmak, bir başka anlatımla maddi gerçeği bulmak için kullandığı vasıtalara ispat vasıtası ya da delil denir.⁵⁰⁸ Maddi hakikatin tespiti bakımından delilin olayı temsil etmesi, akla, maddi gerçeğe ve hukuka uygun olması gerekir.⁵⁰⁹ Delil kaynağı ve delil kavramları bir birinden farklı kavramlar olup, bir kişinin tanıklık yapması halinde, kişi delil kaynağı, bu kişinin beyanı ise delildir.⁵¹⁰

2.3. Delillerin Özellikleri

Cezai uyuşmazlığın çözümünde nelerin delil olabileceği konusunda tarihsel gelişim sürecinde farklı anlayışlar kabul edilmiş olup, gelişimin akıl ve mantık eksenine doğru olduğu kabul edilmiştir.⁵¹¹ Nelerin delil olabileceği konusundaki aşamalar ise ilkel safha, dini delil safhası, kanuni delil safhası ve

⁵⁰⁶ N. Toroslu-M. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s., 170.

⁵⁰⁷ N. Kunter-F. Yenisey-A. Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 609.

⁵⁰⁸ V. Özer Özbek-N. Kanbur-K. Doğan, **a.g.e.**,569.

⁵⁰⁹ Yusuf Solmaz Balo, **Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma**, Ankara, 2009, s. 31.

⁵¹⁰ N. Kunter-F. Yenisey-A. Nuhoğlu, **a.g.e.**, s., 610.

⁵¹¹ N. Kunter-F. Yenisey-A. Nuhoğlu, **a.g.e.**, s., 609.

vicdani delil safhası olarak ayrılabilir.⁵¹² İlkel safhadan sonra kabul gören dini delil safhasında nelerin delil olabileceği dini kurallara dayandırılmış, insanların suçlu ya da masum olduklarına ilişkin tespit o dinin kurallarına uyan imtihanlara bağlanmaya çalışılmıştır.⁵¹³ Kanuni delil aşamasında, nelerin delil olabileceği konusu kanunda düzenlenerek belli hususların belli bir şekilde ispatı öngörülmüş, hakime takdir hakkı verilmemiştir.⁵¹⁴ Vicdani delil aşamasında ise amacın maddi hakikati bulmak olduğu esas kabul edilerek işlendiği iddia olunan suç bakımından elverişli olan her şeyin delil olarak kullanılabilmesi kabul edilmiş ve delillerin değerlendirilmesi noktasında hakime geniş bir takdir yetkisi verilmiştir.⁵¹⁵ Vicdani delil sistemi bakımından da hakimin taktir ve değerlendirme yetkisinin sınırsız ve keyfi olduğu ya da objektif olarak somut suç bakımından değeri olmayan bir şeyin delil olarak kabul edilebileceği sonucuna varılamaz. Yargılama makamına geniş bir taktir yetkisi tanıyan ve suçun her türlü delille ispatına imkan veren vicdani delil sisteminde aşağıda sayacağımız özelliklerin bulunması gerekmektedir.

2.3.1. Deliller Gerçekçi Olmalıdır

Vicdani delil sistemi, kanuni delil sisteminden kaynaklanan sınırlamaların, maddi hakikatin tespitini kimi zaman zorlaştırdığı ya da imkansızlaştırdığı kimi zaman ise olması gerekenden farklı bir mecraya taşıdığı anlayışına dayanmaktadır. Sınırsız bir serbesti ise sakıncaları bertaraf edilmek istenen kanuni delil sisteminden daha zarar verici olabilir. Bu nedenle objektif sınırlarının bulunması gereken vicdani delil sistemi çerçevesinde kabul edilebilir bir delilin en başta

⁵¹² Öztekin Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Dersleri**, Cilt 1, İstanbul, 1976, s. 539 vd.; Y. S. Balo, **a.g.e.**, s. 32.

⁵¹³ Y. S. Balo, s. 32.

⁵¹⁴ Ö. Tosun, **a.g.e.**, s. 539 vd

⁵¹⁵ Ö. Tosun, **a.g.e.**, s. 544.

gerçekçi olması gerekir. Gerçekçi olmasından kasıt ise, delilin gerçeğin bir parçası olması, beş duyu organı ile algılanabilir olmasıdır.⁵¹⁶

2.3.2. Deliller Akılcı Olmalıdır

Deliller, insanlığın ulaştığı olduğu bilimsel ve teknik veriler göz önüne alınarak, mantık kuralları çerçevesinde muhakemeye tabi tutulmalı, akla uygun olduğu ölçüde değerli kabul edilmelidir. Sınanması imkan dahilinde olmayan, hissiyata, yemine ya da örneğin bir falcının kehanetine dayanılarak kanaat tesisi mümkün görülemez.⁵¹⁷

2.3.3. Deliller Olayı Temsil Edici Olmalıdır

Delil, işlendiği iddia olunan suçun bir parçası olmalı, yoğunluğu değişebilir olmakla beraber ilişkili olduğu olayın belli bir yönünü aksettirmelidir.⁵¹⁸ Delil ile olay arasında kurulabilen fikri bir bağ mevcut ve delilden olaya doğru bir yol izlendiğinde geçmişte yaşanan olayın fotoğrafının belli bir kısmı zihnen canlandırılabilir ise delilin temsil edici özelliği var sayılmalıdır. Delilin temsil edici olmasının yanında sağlam ve güvenilir olması gerekip bu husus hakim tarafından araştırılacaktır.⁵¹⁹

2.3.4. Deliller Müsterek Olmalıdır

Delillerin müsterekliği ilkesi gereğince delillerin, sadece hakim tarafından biliniyor olması yetmemekte, yargılama aşamasında hakim ve tarafların huzurunda ortaya konulması, tüm sujelere tarafından bilinebilir olması, bu ilkenin

⁵¹⁶ N. Toroslu-M. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.,171.

⁵¹⁷ N. Kunter-F. Yenisey-A. Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 613.

⁵¹⁸ N. Kunter-F. Yenisey-A. Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 614.

⁵¹⁹ Y. Ünver-H. Hakeri, **a.g.e.**, s.,569.

bir sonucu olarak hakimin şahsi bilgisine dayanarak karar vermemesi, şahsen bilgisi olan konularda yargılama makamı olarak görev yapmak yerine tanıklık yapması gerekmektedir⁵²⁰.

2.3.5. Deliller Hukuka Aykırı Olmamalıdır

Deliller AİHS, Anayasa, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Ceza Muhakemesini İlgilendiren diğer kanunlarda öngörülen usul kurallarına uygun biçimde elde edilmiş olmalıdır. Hukuka aykırı delillere yönelik uygulanabilecek müeyyideler bakımından değerlendirme ilgili kısımda yapılacağından burada bu özellik, delillerin özellikleri bakımından zikredilmekle yetinilmiştir.

2.4. İsbatın Nisbiliği ve Şüpheden Sanığın Yararlanması

Cezai uyumsuzluğun maddi yönü, eldeki delillerin imkan verdiği ölçüde çözülebilir. Yeterli delilin bulunmaması aşamaya göre, yeterli delil bulunmaması nedeniyle soruşturmanın sonlandırılmasına ya da beraat hükmü verilmesine neden olur. Geçmişte gerçekleşen olayın tüm açıklığı ile ortaya konulması ya da tarafların cezai uyumsuzluğa sebebiyet veren olayı gerçeğe tamamen uyan bir şekilde ifade etmeleri beklenemez. Bu durumda gerçeğin ortaya çıkarılması ve tespiti soruşturma ve yargılama makamlarının üzerinde kalmaktadır. Geçmişte gerçekleşen olayın, üçüncü kişi konumundaki soruşturma ve yargılama makamları tarafından zihnen canlandırılması ve ne şekilde gerçekleştiğinin saptanması, mevcut deliller göz önünde tutularak bir kanaate ulaşılması faaliyetidir. Suçun işlenip işlenmediğine, işlendiyse kim tarafından işlendiğine ilişkin şüphe, elde edilen delillerin ispat gücünün arttığı oranda azalacaktır. Şüphenin yenilmesi yerini belliliğe bırakmakta belilik ise hiçbir zaman mutlak bir bellilik seviyesinde

⁵²⁰ N. Centel-H. Zafer, **a.g.e.**, s. 206.

olmamaktadır.⁵²¹ Muhakeme hukukunda sübutun objektif bir belliliği ya da kesinliği göstermemesi, belliliğin sübut konusundaki bir kanaatten ibaret olması ispatın nispliği olarak adlandırılmaktadır.⁵²² Yargılama makamı tarafından şüphenin yenilerek belli bir kanaate ulaşıldığında o husus sübuta varmış aksi durumda sübut bulmamış kabul edilmektedir. Şüphenin yenilememesi durumunda aksini gösteren deliller bulunsa dahi mahkumiyet kararı verilemez ve hakimin suçun ve suçluluğun sübutu konusunda yüzde yüz bir kanaate sahip olması gerekir.⁵²³ Şüphenin yenilememesi durumunda mahkumiyet kararı verilememesine ilişkin kabul, bir masumun cezalandırılmasının bir suçlunun cezasız kalmasına tercih edilmesine ilişkin ilkeye dayanmaktadır.⁵²⁴

2.5. Delillerin Türleri

Delil serbestisi sisteminin bir sonucu olarak her şeyin delil olarak değerlendirilmesi mümkün olup, deliller çok farklı şekillerde sınıflandırmaya tabi tutulmuşlardır.⁵²⁵ “İspat vasıtası olarak deliller beyan, belge ve belirti olmak üzere üç çeşittir. Ayrıca, beyan delili tanık beyanı, şüpheli veya sanık beyanı ve şüpheli ve sanıktan başka tarafların(katılanın, mağdurun, şikayetçinin, malen sorumlunun) beyanı olarak üçe; belge delili yazılı belgeler, şekil tesbit eden belgeler ve ses tesbit eden belgeler olarak üçe ve nihayet belirtiler de tabii ve sun’i belirtiler olmak üzere ikiye ayrılır”.⁵²⁶ İnceleme konumuz bakımından tanıklık diğer delil türlerine nazaran daha fazla önem arz etmektedir. Şöyle ki ajan provokatör veya gizli soruşturmacı, suç işlendiği anda ya da suç sonrasında suç yerinde bulunmakta, beş duyu organı ile suça muttali olmakta ve bu kişilerin

⁵²¹ N. Kunter-F. Yenisey-A. Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 617.

⁵²² N. Toroslu-M. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.,176.

⁵²³ E. Yurtcan, **a.g.e.**, s.63.

⁵²⁴ N. Toroslu-M. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s., 177.

⁵²⁵ Y. S. Balo, **a.g.e.**, s.. 35.

⁵²⁶ N. Toroslu-M. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s., 178.

beyanına başvurulduğunda tanık sıfatı ile dinlenmeleri gerekmektedir. Kimliklerinin gizlenmesi noktasında bir tasarrufta bulunulması halinde ise, suçun soruşturmasında görevlendirilmiş olan kamu görevlisinin “gizli tanık” olarak dinlenmesi söz konusu olacaktır. Bu türden bir uygulamanın hukuk devletinde hangi ölçüde mümkün olduğu, temel hak ve hürriyetlerin korunması ilkesine zarar vermeden ya da mümkün olan en az zararı vererek nasıl yapılabileceği konularında değerlendirmelerde bulunulacaktır. Bu nedenle diğer delil türlerine genel olarak değinmekle yetinerek tanık beyanı ve gizli tanık kavramı üzerinde nispeten daha ayrıntılı açıklamalara yer vermeye çalışacağız.

Beyan delilleri suçun maddi yönüne ilişkin açıklamalardan oluşmaktadır.⁵²⁷ Yukarıda ifade ettiğimiz üzere beyan delilleri, şüpheliye, sanığa, şikayetçiye, tanığa ya da malen sorumluya ait açıklamalar olabilir.

Belge delilleri, insan tarafından meydana getirilmiş, somut suça ilişkin her türlü düşünceyi ihtiva eden ispat araçlarıdır.⁵²⁸ Belge delilleri yazılı belgeler, şekil tespit eden belgeler ve ses ve görüntü tespit eden belgeler olmak üzere üçe ayrılmaktadır.⁵²⁹ Belge delilleri soruşturma makamlarının ya da soruşturmada görev alan yetkililerin düzenledikleri tutanaklar, özel kişiler arasında düzenlenmiş bir sözleşme vs. olabilir.⁵³⁰ Bir memurun görevi nedeni ile düzenlediği belgeler resmi belge, bunun dışında kalan belgeler ise özel belge olarak adlandırılmakta, resmi belgeler aksi sabit oluncaya kadar geçerli resmi belge ve sahteliği sabit

⁵²⁷ N. Centel-H. Zafer, **a.g.e.**, s., s. 208.

⁵²⁸ Cumhur Şahin-Neslihan Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2. cilt, Ankara, 2013, s. 44.; Y. S. Balo, **a.g.e.**, s. 41.

⁵²⁹ Ali Parlar-Muzaffer Hatipoğlu-Erol Güngör Yüksel, **Deliller, Çapraz Sorgu ve İspat**, Ankara, 2008, s. 417.

⁵³⁰ Y. S. Balo, **a.g.e.**, s. 42.

oluncaya kadar geçerli resmi belge olarak ikiye ayrılmaktadır.⁵³¹

Belirtiler, uyuşmazlık konusu suç ile ilgili ve suçun ispatına yarayan vakıalar ve izlerdir.⁵³² Eşyanın tabiatı gereği olayın bir parçası olan ve failin iradesi dışında olayı temsil eden belirti tabii belirti (parmak izi, fren izi, mermi kovanı, kan, kıl, sperm, türkürk, şüphelinin sorgudaki ruhsal durumu), failin iradesi dahilinde meydana getirilmiş iz ya da eser ise sun'i (giyilen üniforma, takılan nişan) belirtidir.⁵³³

2.5.1. Tanık Beyanı

*“Uyuşmazlığın taraflarından olmayan, fakat uyuşmazlık konusu maddi sorunla ilgili, duyu organlarından en az biri aracılığıyla bilgi edindiği, adli bir faaliyet yürüten resmi makamlarca varsayılan üçüncü kişiye, “tanık” denir.*⁵³⁴ Tanığın tanımına ilişkin düzenleme ceza⁵³⁵ ya da ceza muhakemesi kanunlarında bulunabileceği gibi, tanım yapılmaksızın ilgili düzenlemelerin yapılması yoluna da gidilebilir. TCK ya da CMK’unda tanığın tanımına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2005/9 sayılı “tanıkların ve adalet uygulayıcıları ile işbirliği içerisine giren kişilerin korunması” konulu tavsiye kararındaki⁵³⁶ tanımda yargı makamları ile işbirliği yapan kişilerin tanık

⁵³¹ Ö. Tosun, **a.g.e.**, s. 591.

⁵³² V. Özer Özbek-N. Kanbur-K. Doğan, **a.g.e.**, s. 616.

⁵³³ N. Kunter-F. Yenisey-A. Nuhoglu, **a.g.e.**, 687.

⁵³⁴ N. Toroslu-M. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 178.

⁵³⁵ Kanada Ceza Kanunu, m. 118, “Tanık, yargılama sürecinde yeminli olarak, yazılı ya da sözlü olarak beyanda bulunan kişidir.”; Azarbaycan Ceza Muhakemesi Kanunu, m. 95, “Tanık, soruşturma aşamasında iddia makamı tarafından tanık sıfatı ile dinlenmek, yargılama aşamasında mahkeme ve savunma tarafından dinlenmek ve sorgulanmak amacı ile celp edilebilen ve tanık sıfatı ile dinlenen kişiyi ifade eder.” Alman Ceza Kanunu ya da Ceza Muhakemesi Kanunu ile Fransız Ceza Kanunu ya da Ceza Muhakemesi Kanunu’nda da “tanık”ın tanımına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

⁵³⁶ <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=849237&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75> Tavsiye kararında tanık, ceza muhakemesi sürecine ilişkin

kavramı dışında mütalaa edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Gizli soruşturmacı tavsiye kararında öngörülen tanım içerisine girmemektedir. Burada kastedilenin ajan provokatör ya da yargı makamlarına bir şekilde bilgi aktaran kişiler olmadığını kabul etmek gerekir. Tavsiye kararında kastedilen, suç işlemiş, örgüt üyesi olarak hareket etmiş, örgütün işlediği suçlar ya da iştirak halinde işlenmiş suçlara katılmış ya da örgütün üyesi olarak işlenen suçlara şahit olmuş kişinin, suçlama ya da mahkumiyet kararı ile eşzamanlı olarak yargı makamları ile bilgi sahibi olduğu suçlara ilişkin beyanda bulunması konusunda anlaşmasıdır.

Tanık beyanı, beş duyu organı ile suç hakkında bilgi sahibi olmuş kişinin, yargılama makamına yapmış olduğu sözlü açıklamadır.⁵³⁷ Tanığın beyanı sözlü olmalıdır ve bununla birlikte, tanık hatırlamadığı hususlar olduğunu belirtir ise önceki beyanı okunarak kendisine yardım edilir.⁵³⁸ Küçük çocuklar ve akıl hastaları dahil olmak üzere herkes tanıklık yapabilir ancak bu durumlara has özel düzenlemeler bulunmaktadır.⁵³⁹ Mağdur, şikayetçi, bilirkişi, tutanak düzenleyicisi tanık olarak dinlenebilir ancak suç ortağı ve şüphelinin tanık olarak dinlenmesi mümkün değildir.⁵⁴⁰ Hakim, savcı, müdahil ve vekil tanıklık yapamayacaktır.⁵⁴¹ Gizli soruşturmacı, ajan provokatör ya da muhbirin tanık olarak dinlenmesi mümkündür. Çünkü bu kişiler soruşturma ya da yargılama konusu suç bakımından

olarak sahibi olduğu bilgi bakımından ifade veren ya da ifade vermeye ehil olan(beyanın doğrudan ya da dolaylı, yazılı ya da sözlü olmasına bakılmaksızın ve milli hukuka uygun şekilde) ve “yargı makamları ile işbirliği yapan” kavramı tanımı dışında kalan kişi olarak tanımlanmıştır. “Yargı makamları ile işbirliği yapan” ise, cezai bir suçlama ile karşı karşıya kalan, ya da bir suça iştirak eden ya da bir suç örgütü içerisinde yer alması ya da organize şekilde işlenen bir suça iştirak etmesi nedeni ile mahkum olan, özellikle bir suç örgütü hakkında ya da suç örgütünün işlediği suçlar ve diğer ağır suçlar hakkında beyanda bulunmak konusunda ceza yargılama makamları ile işbirliği yapmaya rıza gösteren kişidir. Tanıkların gizlenmesine ilişkin tanımda ise gizlilik, tanıkların kimliklerinin karşı tarafa ya da kamuya açıklanmaması şeklinde ifade edilmiştir.

⁵³⁷ M. Feyzioğlu, **a.g.m.**, 1996, s. 30.

⁵³⁸ Y. Ünver-H. Hakeri, **a.g.e.**, s., 597.

⁵³⁹ N. Centel-H. Zafer, **a.g.e.**, s., 237.

⁵⁴⁰ N. Centel-H. Zafer, **a.g.e.**, s., 227.

⁵⁴¹ V. Özer Özbek-N. Kanbur-K. Doğan, **a.g.e.**, s. 588.

görgüye dayalı bilgi sahibi olan kişilerdir. Bu kişilerin beyanlarının tanık beyanı olarak değerlendirilmesi ve CMK'nun ilgili madde hükümlerine tabi olması gerekmektedir. Tanığın hakları ve ödevleri ve tanıklıkla ilgili usul hükümlerine ilişkin bir değerlendirme ve buna bağlı olarak yapılacak açıklamalar inceleme konumuzun kapsamını aşacağından tanıklık ile ilgili açıklamalara burada son vererek gizli tanıklık konusuna geçiyoruz.

2.5.2. Tanık Koruma Kanunu ve Gizli Tanıklık

Örgütlü suçluluk bakımından mücadelede yetersiz kalındığında ek ya da daha sert tedbirlere başvurulması gündeme gelebilir. Bu tür suçlulukla mücadelede tanıkların korunmasının etkin bir şekilde sağlanması, bu kişilerin duruşmada kişi olarak aleniyet kazanmalarının ve beyandan sonra mağdur olmalarının önüne geçilmesi maksadıyla yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur.⁵⁴² Bu çerçevede ülkemizde 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu 27/12/2012 tarihinde yayımlanmış olup, yürürlükle ilgili 26. maddesi uyarınca yayım tarihinden altı ay sonra yürürlüğe girmiştir. Yayımlanması ve yürürlüğe girmesi ile birlikte gizli tanıklık ve gizli tanığın beyanının güvenilirliği ve ceza muhakemesi bakımından delil değeri konularında tartışmalar yoğunlaşmıştır. Tanıklık görevini yerine getirmesinden dolayı, ciddi ve ağır bir tehlikeye maruz kalacağından endişe edilen, kanunla yetkilendirilmiş makamlar tarafından kimliği, davanın tarafları ve kamuya karşı gizli tutulmak suretiyle tanık sıfatı ile dinlenmesine karar verilen kişi, “gizli tanık”tır. Tanığa yapılacak tebligatların gerçek adresi yerine, tespit edilecek bir adrese yapılması “kısmi gizli tanıklık” olarak adlandırılmaktadır.⁵⁴³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin tavsiye kararına uygun bir yorum yaparsak

⁵⁴² N. Toroslu-M. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s., 191.

⁵⁴³ Bayram Turgut, **Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması**, Ankara, 2010, s. 258.

suç işlemiş, suça iştirak etmiş, örgüt üyesi olarak örgüt adına işlenen ya da suç ortağı olması nedeniyle suçtan haberdar olan kişinin tanık olarak ya da gizli tanık olarak dinlenmesi mümkün değildir. Çünkü bu tavsiye kararı ile yukarıda saydığımız kişiler yargı makamları ile işbirliği yapan kavramı altında toplanmış olup tanık tanımının içerisine girmemektedirler.

5726 sayılı kanunun amacı, birinci maddesinde, “ceza muhakemesinde tanıklık görevi sebebiyle, kendilerinin veya bu Kanunda belirtilen yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü veya mal varlığı ağır ve ciddi tehlike içinde bulunan ve korunmaları zorunlu olan kişilerin korunması amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir” ifadesi ile açıklanmıştır. Tanığın korunması amacıyla öngörülen tedbirler savunma hakkına belli ölçüde zarar verdiği için, öngörülen tedbirlerin belli suçlarda uygulanması öngörülmüştür. Kanunun 3. maddesine göre tanık koruma tedbirlerinin uygulanabileceği suçlar, ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar, 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. Tanık koruma kanunu kapsamına alınabilecek kişiler tanık olarak dinlenen kişiler, CMK’nun 236. maddesine göre dinlenen suç mağdurları ve bu kişilerin belli derecedeki yakınlarıdır(m. 4). Asıl olan sanığın, tanıkla yüzleşmesi ve ona soru sormasına imkan tanımaktır.⁵⁴⁴ Ancak kanunda sayılan belirli kişiler hakkında belli bir ağırlıktaki suçların mevcudiyeti ve tanıklık görevleri nedeni ile kendilerinin ya da kanunda belirtilen yakınlarının ağır ve ciddi tehlike altında

⁵⁴⁴ N. Centel-H. Zafer-G, a.g.e., s., 246.

bulunması, ve korunma hükümlerine başvurulmasının zorunlu görülmesi halinde, ilgili hükümler uygulanacaktır. Bu konudaki takdir yetkisi, soruşturma evresinde C.Savcısına, kovuşturma evresinde C.Savcısının talebi üzerine mahkemeye, ya da re'sen mahkemeye aittir(m.6). Tanık koruma tedbirleri kanununun 5. maddesinde düzenlenmiş olup, bu madde hükümlerine göre, hakkında koruma tedbiri uygulanmasına karar verilen tanığın, kimlik ve adres bilgilerinin kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi, kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi mümkündür.

2.6. Hukuka Aykırı Deliller

3.6.1. Hukuka Aykırılık Kavramı

Hukuka aykırılık kavramına, hukuka uygunluk nedenlerini incelediğimiz kısımda değinmiştik. Hukuka uygunluk nedenleri bakımından hukuka aykırılık kavramı kanuni tipe uygun fiilin hukuk düzeni ile çatışma içerisinde olmasıdır. Hukuk düzeni ile çatışma içerisinde bulunan fiil, bu fiil bakımından bir hukuka uygunluk nedeni bulunmaması halinde, suç teşkil etmektedir. Hukuka aykırılık, sadece ceza hukuku bakımından değil, tüm hukuk düzeni bakımından anlam ifade etmektedir. Ceza muhakemesi bakımından hukuka aykırılık, tesis edilen işlemlerin usul kuralları ile çatışma halinde olmasıdır. Tesis edilen işlemin hukuka aykırı olması sadece deliller yönünden ortaya çıkmamaktadır. Örneğin, mahkemenin usulü dairesinde teşekkül etmemiş olması ya da görevsiz mahkemenin uyuşmazlığa bakmış olması da hukuka aykırı olup temyiz incelemesi bakımından

bozma kararı verilmesini gerektirir niteliktedir(CMK m. 289). Deliller yönünden hukuka aykırılık ise delillerin elde ediliş usulünün usul kurallarına aykırı olması ya da delil olarak elde edilmesi mümkün bulunmayan bir delilin mevcudiyeti şeklinde ortaya çıkabilir. CMK’unda deliller yönünden hukuka aykırılık ve ortaya çıkan hukuka aykırılığın ne şekilde müeyyidelendirileceği şu maddelerde ifade edilmiştir: CMK’nun 148. maddesinin üçüncü ve dördüncü maddelerine göre: “yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez, müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmaz”. CMK’nun 206/2-a maddesine göre, ortaya konulması istenen delil hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş ise reddedilir. CMK’nun 217. maddesinin ikinci fıkrasında göre: “yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.” CMK 230. maddesinin 2. fıkrasına göre, mahkumiyet kararının gerekçesinde hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Sonuç olarak ceza muhakemesi bakımından hukuka aykırılık, tesis edilen işlemin öngörülen usul kurallarına aykırı bir biçimde ortaya çıkmasıdır. Somut aykırılık deliller yönünden söz konusu olduğunda delilin kullanılamaması, temyiz incelemesinde verilen hükmün bozulması sonucunu doğurmaktadır.

3.6.2. Hukuka Aykırı Delil Kavramı

3.6.2.1. Tarihsel Gelişim Hukuka Aykırı Delillerin Dışlanması ve Yöneldiği Amaç

Günümüz çağdaş ceza hukuku sistemlerinde delillerin içeriğinin yanında elde

ediliş şekillerinin önem kazanması zamanla gerçekleşmiş olup ilk dönemlerde hukuka aykırı delil kavramı söz konusu olmamıştır.⁵⁴⁵ Önceleri, elde edilen delillerin elde ediliş şeklinin, delillerin kabul edilebilirliğinden bağımsız olduğu kabul edilirken, tarihsel gelişim içerisinde hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin, şüpheli ya da sanık aleyhine kullanılamayacağı düşüncesi kabul görmüştür.⁵⁴⁶ ABD bakımından, hukuka aykırı delillerin kullanılmamasına ilişkin ilk dava olan *Weeks v. United States* davasında, Amerikan Yüksek Mahkemesi şüphelinin anayasal haklarına aykırı bir biçimde elde edilen delilin kullanılmayacağına hükmederek 1914 yılından itibaren değişimin temellerini atmıştır.⁵⁴⁷ ABD’de mahkeme kararları ile gelişim gösteren hukuka aykırı delillerin kullanılmaması ilkesi, Almanya ve İtalya’da İkinci Dünya Savaşı sonrasında yapılan kanuni düzenlemeler vasıtasıyla uygulanmış olup savaş öncesi faşist yönetimlerin insan haklarına aykırı uygulamalarına tepki olarak ortaya çıkmıştır.⁵⁴⁸ Söz konusu ülkelerde hukuka aykırı delillerin kullanılmaması adaletin etkin bir şekilde gerçekleştirilmesi, yargısal bütünlük, savunma hakkı ve adil yargılanma ile insan onurunun korunması amaçlarına yönelmiştir.⁵⁴⁹

Türk Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından hukuka aykırı deliller konusunda getirilen esaslı değişiklikler, CMUK’unda değişiklik yapan 3842 sayılı kanun ile

⁵⁴⁵ Osmanoğlu, Kerem “Ceza Muhakemesi Açısından Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, sayı, 18, 2012, s. 143.

⁵⁴⁶ Wilson, Bradford “The Origin And Development Of The Federal Rule Of Exclusion”, **18 Wake Forest L. Rev.**, p. 1084.

⁵⁴⁷ <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Exclusionary+Rule>; Wilson, B., **a.g.m. s. 1084.** *Weeks v. United States*: 1911 yılında Freemont Weeks isimli kişi polis tarafından yakalanmış, ikametinde arama kararı olmaksızın yapılan aramada el konulan mektup ve zarflar bu kişinin kanunsuz şekilde posta vasıtasıyla piyango bileti dağıttığı suçlamasına dayanak yapılmıştır. Amerikan Yüksek Mahkemesi 1914 yılında oybirliği ile verdiği karar ile arama kararı olmaksızın yapılan arama sonucunda yapılan el koyma işleminin, sanığın, Amerikan Anayasası’nın ek dördüncü maddesiyle koruma altına alınan haklarını ihlal ettiğine ve yargılamada delil olarak kullanılmayacağına karar vererek, yerel mahkemenin verdiği mahkumiyet kararını bozmuştur.

⁵⁴⁸ Pakter, Walter, *Exclusionary Rules in France, Germany and Italy*, *Hastings Int’l and Comp. L. Rev.*, 1985-1986, s. 15, 20.

⁵⁴⁹ Pakter, W., **a.g.m.**, s. 2.

olmuştur.⁵⁵⁰ Bu değişikliklerden önce de yasak sorgu yöntemleri ile elde edilen sanık beyanları için değerlendirme yasağı ve susma hakkı bulunmaktadır.⁵⁵¹ CMK bugünü bakımından ise hukuka aykırılık kısmında yapılan açıklamalar geçerlidir.

3.6.2.2. Kavram

Doktrinde hukuka aykırı delillerle ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmüş ve çeşitli tanımlar yapılmıştır.⁵⁵² Bu görüşler çerçevesinde hukuka aykırı delilleri, ceza muhakemesi kanununda ya da ceza muhakemesi dışında kalan bir usul kuralına aykırı davranmak suretiyle elde edilen deliller ve bu delillerden yararlanılarak elde edilen deliller şeklinde tanımlayabiliriz.⁵⁵³ Delil yasağı kavramı ile hukuka aykırı delil kavramının birbiriyle aynı anlamda kullanıldığını gözlemek mümkün olduğu gibi bu kavramların farklı anlamlara geldiğini savunan yazarlar bulunduğunu gözlemek de mümkündür.⁵⁵⁴ Biz de delil yasakları kavramının, hukuka aykırı biçimde elde edilen deliller, yani kısaca hukuka aykırı deliller kavramından farklı olduğunu düşünmekteyiz. Hukuka aykırı delil, hukuken elde edilmesi meşru ve mümkün olan, kanun tarafından elde edilmesine izin verilen ancak somut delilin elde edilmiş yönteminin pozitif usul kuralları ile çatışma içerisinde olması, öngörülen usul kuralları ihlal edilerek elde edilmiş olması durumunda söz konusudur. Yasak delil ise pozitif usul kuralları bakımından elde edilmesi mümkün bulunmayan delil türüdür.⁵⁵⁵ Yasak delilin yargılamada

⁵⁵⁰ Seydi Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı(yasak) Deliller**, Ankara, 1997, s. 28.

⁵⁵¹ S. Kaymaz, **a.g.e.**, s. 28.

⁵⁵² Ersan Şen, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu**, İstanbul, 1998, s. 20-23; S. Kaymaz, **a.g.e.**, s. 16; Bahri ÖZTÜRK, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, Ankara, 1995, s. 4.; Mahmut GÖKPINAR, **Disiplin Hukukunda Yasak-Hukuka Aykırı Deliller**, İstanbul, 2011, s. 66.

⁵⁵³ E. Şen, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu**, s. 24

⁵⁵⁴ Mahmut GÖKPINAR, **Disiplin Hukukunda Yasak-Hukuka Aykırı Deliller**, İstanbul, 2011, s. 66.

⁵⁵⁵ Ö. Tosun, **a.g.e.**, s. 801. Zeki Hafizoğulları, "Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi," **Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı**, 1996, s. 638.

kullanılmamasının nedeni onun elde ediliş şekli değil, içeriğidir.⁵⁵⁶ Yasak delil de hukuka aykırı biçimde elde edilen delil gibi hukuka aykırıdır. Yasak delil kapsamı içerisinde bulunan bir delil elde edilmiş ise o da hukuka aykırı delildir. Ancak kavramsal olarak elde ediliş yöntemi nedeniyle hukuka aykırı olan delil “hukuka aykırı delil”, içerik bakımından elde edilmesi mümkün olmayan delil “yasak delil” olarak adlandırılması daha uygun görünmektedir. “İçerik bakımından elde edilmesi mümkün olmayan delil” ve “elde ediliş yöntemi bakımından hukuka aykırı delil” şeklindeki bir adlandırmanın en doğrusu olduğunu düşünmekle birlikte, kısaca “yasak delil” ve “hukuka aykırı delil” kavramlarının kullanılmasına engel bir sebep bulunmadığı kanaatindeyiz. Herhangi bir ayırım yapılmadan sadece hukuka aykırı delil kavramı kullanıldığında her iki kavramı kapsar şekilde algılamak gerekir.

3.6.2.3. Ceza Muhakemesi Hukukumuz Kapsamında Hukuka Aykırı Deliller

Delillerin yargılamada kullanılmamasına ilişkin kurallar esas itibarı ile CMK’nda bulunmakla birlikte CMK ile sınırlandırılmış değildir. Yargılama usulüne ilişkin düzenleme özel bir kanunda ya da Anayasa’da da bulunabilir. Bu çerçevede Aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin 147., yasak sorgu yöntemlerine ilişkin 148., arama ve el koymaya ilişkin, 116., gizli soruşturma usullerine ilişkin 135,139 ve 140. maddelerde ilgili oldukları müesseselerin usul ve ilkelerine dair düzenlemeler öngörülmüş olup, söz konusu alanlar ihlallerin en yoğun olduğu alanlardır. Ayrıca CMK’nun 206. ve 217. maddeleri uyarınca hüküm ancak hukuka uygun biçimde elde edilmiş delillere dayandırılabilir, hukuka aykırı

⁵⁵⁶ Pakter, W., **a.g.m.**, s 1985-1986, s. 41. Adı geçen eserde yasak delil kavramı “hukuken elde edilmesi mümkün olmaya delil” şeklinde ifade edilmiştir.

delillerin tespit edilerek reddedilmeleri gerekir. Anayasanın özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20., suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. ve adil yargılanma hakkına ilişkin 36. maddeleri delillerin hukuka uygun elde edilmesi ile ilişkili anayasal düzenlemelere örnektir. İnceleme konumuz kapsamında ifade ve sorgu usulü ile gizli soruşturma usullerine dair açıklamalar ilgili kısımlarda yapılmıştır.

3.6.2.4. Gizli Soruşturmacı, Ajan provokatör ile Muhbir Vasıtasıyla Elde Edilen Deliller ve Bu Kişilerin Gizli Tanık Olarak Dinlenmeleri

Yukarıda Tanık Koruma Kanunu'na göre gizli tanık olarak dinlenebilecek kişiler, gizli tanıklığa hangi şartlarla karar verilebileceğine ve karar verecek makamlar hakkında bilgilere yer vermiştik. Burada gizli soruşturmacı, ajan provokatör ve muhbir vasıtası ile ulaşılan deliller ve bu kişilerin gizli tanık olarak dinlenip dinlemeyecekleri üzerinde durulacaktır. CMK'nun 139. maddesinin dördüncü fıkrasına göre: soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür. CMK'nun 139. maddesinin ikinci fıkrasına göre: soruşturmacının kimliği değiştirilebilir, gizli soruşturmacı bu kimlikle hukukî işlemler yapılabilir. Kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belgeler hazırlanabilir, değiştirilebilir ve kullanılabilir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında göre: Soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili Cumhuriyet Başsavcılığında muhafaza edilir. Soruşturmacının kimliği, görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulur. Bu madde çerçevesinde kimliği değiştirilmiş ve gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmiş kamu görevlisinin soruşturma ve yargılama organlarına delil sağlaması söz konusudur. Gizli

soruşturmacının görevlendirildiği soruşturma çerçevesinde “her türlü” delili toplayabileceği hükme bağlanmıştır. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere deliller beyan delilleri, belge delilleri ve belirtiler olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Gizli soruşturmacının “her türlü” delili toplayabileceğine dair düzenlemeden kastedilen bu üç grup delil çeşidi kapsamında giren bütün deliller midir? Örneğin gizli soruşturmacı soruşturma kapsamında tanık, şüpheli, mağdur beyanına başvurabilir mi? Ya da görgüsüne dayalı tutanak tanzim edebilir mi? Ses kayıt eden cihazlar kullanılabilir mi? Belirti kavramı kapsamına giren örneğin bir mermi kovanını, bir silahı bulunduğu yerden alabilir mi? Alabilir ise aldığı suç eşyasını muhafaza edebilir mi?

Gizli soruşturmacının gözlemine dayalı notlar alması, aldığı notları ya da bilgi sahibi olduğu suçu temsil eden yazılı ya da şekil ihtiva eden tutanak tanzim etmesi mümkündür. Belge delili vasfındaki bu tutanakta ilgili olduğu suça ilişkin bilgiler, yerine göre suç yerini tasvir eden şekiller, tarih ve gizli soruşturmacının imzası bulunmalıdır. Bu çerçevede gizli soruşturmacının şüpheli ile yaptığı görüşmeler, şüphelinin diğer kişiler ile yaptığı görüşmeler, şüpheli hakkında ya da soruşturma konusu suça ilişkin bilgi sahibi olan üçüncü kişiler ya da örgüt üyeleri ile yapılan görüşmeler yazıya dökülmek suretiyle belge delili oluşturulabilir. Delil değeri ayrıca tartışılacak olmakla birlikte bu tür belgeler gizli soruşturmacının oluşturabileceği delillerdendir. Ses ve görüntü tespit eden ya da nakleden cihazların gizli soruşturmacı tarafından kullanılması mümkündür. Ancak bu durumda yetkili mercii tarafından CMK’nun 140. maddesi uyarınca öngörülen koşullar dahilinde karar alınması gereklidir. Hakim ya da C.Savcısı tarafından verilmiş bir karar bulunmadan, gizli soruşturmacının ses ya da görüntü kaydeden

bir cihaz kullanması hukuka aykırıdır. Gizli soruşturmacının görevi kötüye kullanma ya da 5237 sayılı kanunun 137/1-a maddesinde öngörülen suçu işlediği iddiası gündeme gelebilir. Gizli soruşturmacının aniden gelişen bir öldürme olayının görüntülerini herhangi bir karar bulunmaksızın kaydettiğini ve suçun tek delilinin gizli soruşturmacının beyanı ve görüntü kaydı olduğunu düşünelim. Bu durumda görüntüye ilişkin kayıt hukuka aykırı delil kabul edilerek kullanılmayacak, gizli soruşturmacı da yaptığı kayıt nedeni yukarıda gösterilen maddelere göre cezalandırılacak mıdır? Bu sorunun cevabına ilişkin açıklamalara elde edilen delillerin değeri ile ilgili kısımda yer vereceğiz. Ayrıca görüntü ya da ses kayıtları, gizli soruşturmacı tarafından yazıya dökülebileceği gibi bu işlemi diğer bir görevli de yerine getirebilir.

Gizli soruşturmacının belirti vasfındaki bir suç delilini gizlice bulunduğu yerden alması, delil olduğu gerekçesi ile muhafaza etmesi bunun soruşturma ya da yargılama aşamasında kullanılması mümkün değildir. Yani gizli soruşturmacının yetkili mercii tarafından verilmiş bir karar olsa dahi arama yapması ya da tespit ettiği bir suç eşyasına el koyması mümkün değildir. Arama ve el koyma CMK 116. vd. maddeleri ile AY'nın 21. maddesinde öngörülen ilkelere tabidir. Gizli arama şeklinde bir uygulama ya da işlem mümkün olmadığından gizli soruşturmacının görevlendirildiği soruşturma kapsamında yapılacak aramalar CMK'nun 116. vd. maddelerinde öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde öngörülen usule göre uygulanır.

Gizli soruşturmacı, soruşturmanın idarecisi ya da karar mercii değildir. Gizli soruşturmacı, görevlendiren mercii adına hareket eden görevlendirildiği

soruşturma içerisinde yer alan kişidir. Dolayısıyla gizli soruşturmacının şüpheli, tanık, mağdur ya da bunların dışında kalan herhangi bir kişinin beyanına başvurmak suretiyle delil toplaması mümkün değildir. Öyleyse “her türlü” delil kapsamına beyan delilleri girmemektedir. Beyan delilleri, soruşturmanın idarecisi konumundaki C.Savcısı ya da emir ve talimatları çerçevesinde onun adına hareket etme yetkisine sahip kolluk görevlileri tarafından, toplanabilir.

Sonuç olarak CMK'nun 139/4 maddesinde düzenlenmiş olan gizli soruşturmacının toplamakla yükümlü olduğu “her türlü delil” kavramı içerisinde, belge delilleri ve gizli soruşturmanın kendi beyanı dışındaki beyanlar ve belirti delilleri girmemektedir.

Gizli soruşturmacı, ajan provokatör ve muhbir işlendiği iddia olunan suçla ilgili bir bilgiye sahip iseler tanık olarak dinlenebilirler. Tanık olarak dinlenmeleri gündeme geldiğinde CMK'nun tanıklıkla ilgili 43 vd. uygulanacaktır. Fakat bu aşamada şöyle bir sorun ortaya çıkmaktadır. Kimlik bilgileri CMK'nun 139/2 maddesine göre değiştirilmiş olan gizli soruşturmacı tanık sıfatı ile dinlenecek olursa gerçek kimlik bilgileri mi yoksa değiştirilmiş kimlik bilgileri mi kullanılacaktır. Gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen kişinin kimlik bilgilerinin değiştirilmesi durumunda, kimliğine ilişkin bilgilerin görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulacağı(CMK m. 139/3) hükme bağlandığından tanık olarak dinlenmesi gerektiğinde değiştirilmiş kimliği esas alınmalıdır. Kimlik bilgilerinin gizli tutulacağına ve gizliliğin görevin sona ermesinden sonra da devam ettirileceğine ilişkin düzenlemenin kimlik bilgileri değiştirilmek suretiyle gizlenmiş olan gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenmesine engel teşkil

etmeyeceği kanaatindeyiz. Bu kişilerin tanık olarak dinlenmelerinin mümkün olduğunu kabul etmek, temel hak ve hürriyetler bakımından ağır bir müdahale niteliğindeki gizli soruşturmacı kullanılması usulünü daha da ağır hale getirecektir. Çünkü bu durumda tanığın duruşmada dinlenmesi ihtimali bulunmamakta, hakimin tereddütlü olduğu hususları aydınlatması bakımından gizli soruşturmacıya soru yöneltmesi, bu kişinin beyanlarının güvenilirliğini kontrol etme imkanı ve sanığın tanığa soru sorma imkanı ortadan kalkmaktadır.

Gizli soruşturmacı, ajan provokatör ve muhbirin tanıklık yapmaları durumunda kendilerinin ya da belli derecedeki yakınlarının ağır ve ciddi bir tehlikeye maruz kalmaları söz konusu olur ise diğer şartlar da gerçekleştiği takdirde gizli tanık olarak dinlenmeleri mümkündür. Ancak daha önce bahsettiğimiz üzere Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2005/9 sayılı “tanıkların ve adalet uygulayıcıları ile işbirliği içerisine giren kişilerin korunması” konulu tavsiye kararı uyarınca gizli tanık olarak dinlenecek kişinin suç ortağı ya da suç faili olmaması gerekmektedir. Gizli soruşturmacı yönünden kimliğinin ikinci kez değiştirilmesi gündeme gelebilir. Bu şekildeki bir uygulamaya hukuken bir engel mevcut değildir.

3.6.2.5. Gizli Soruşturmacı, Ajan provokatör ile Muhbir Vasıtasıyla Elde Edilen Deliller ve Bu Kişilerin Gizli Tanık Olarak Dinlenmeleri Halinde Beyanlarının Değeri

Yukarıda izaha çalıştığımız bilgiler ışığında özet olarak gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenebileceğini, suça katılmış, örgüt üyesi ya da kendisine bir suç isnat edilmiş kişilerin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2005/9 sayılı tavsiye

kararı çerçevesinde tanık kavramı çerçevesinde değerlendirilmemeleri, bu anlamda bu kişilerin beyanlarına tanık beyanı ölçüsünde değer verilmemesi gerektiğini kabul etmek gerekir.

Gizli soruşturmacı, kimliği gizlenmiş bir kişi olarak duruşmaya çağrılır ve duruşmada bu kişinin dinlenmesine karar verilir ve savunmanın tanığa soru sorma hakkı engellenmezse gizli tanıklıktan bahsetmek mümkün olmaz. Çünkü gizli tanığın kimlik bilgileri değiştirilerek kendisine bir kod isim verilmekle birlikte bu kişinin duruşmada şüpheli ile yüzleştirilmesi ya da şüphelinin avukatı ile yüzleştirilmesi mümkün olmamaktadır. Buna ek olarak tanığın sesi değiştirilebilmekte kimliğinin ortaya çıkması sonucunu doğuracak sorulara cevap verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Gizli soruşturmacının kimliğinin gizlenmesine ek tedbirler ancak bu kişinin gizli tanık olarak dinlenmesine mahkeme tarafından karar verilmesi ile mümkündür.

Adil yargılanma hakkının bir unsuru da şüphelinin ya da sanığın tanığa soru sorabilmesi, lehine olan tanıkların aleyhine olanlar ile eşit şartlarda mahkemeye gelmelerinin ve beyanda bulunmalarının sağlanmasıdır(AİHS m. 6).⁵⁵⁷ Gizli tanıklık müessesesi uygulandığında ise sanığın tanıkla yüzleşme ve ona soru sorma hakkı elinden alınmaktadır. Şu bir gerçektir ki, gizli olarak dinlenen kişi daha rahat yalan söyleyebilir, hissi hareket edebilir ya da intikam vs. gibi sebeplerle gerçeklerden uzaklaşabilir. Sanığın tanığa soru sormak suretiyle beyanının gerçekliğini, kişiliği ve sanık ile ilgisi bakımından ortaya çıkabilecek ve tanığın güvenilirliğini etkileyebilecek hususları mahkemeye bildirmesi suretiyle

⁵⁵⁷ Bkz. birinci bölüm, başlık 2.1.3. v.d.

tanığın güvenilirliğini denetlemesinin yanında bir kişinin gizli tanık olarak dinlendiğinde onun gerçeklerden uzaklaşmasını ve yalan söylemesini kolaylaştıran unsurları da gözden uzak tutmamak gerekir. Bu nedenle tanığın gizliliği ile beyanının güvenilmezliği arasında doğru orantı vardır. Esas olan tanığın sanıkla yüzleştirilmesi, beyanının aleni duruşmada alınması, sanığın tanığa soru sorabilmesi olmakla birlikte gizli tanıklığı ortaya çıkaran sebeplerle sanığın adil yargılanma hakkına zarar veren gizli tanıklık uygulaması yukarıda izah ettiğimiz şartlar gerçekleştiği takdirde uygulama alanı bulabilmektedir.

AİHM'sinin istikrar bulmuş olduğunu söyleyebileceğimiz kararları dikkate alındığında öncelikle gizli tanıklık müessesinin tamamen reddedilmediğini söylemek gerekir.⁵⁵⁸ Gizli tanıklık müessesesi tamamen reddedilmemektedir ancak çok sıkı şartlara bağlı şekilde ve son çare olarak uygulanmalıdır.⁵⁵⁹ Gizli tanık beyanına müracaat edilebilmesi ve bunun hukuka uygun kabul edilebilmesi için öncelikle gizli tanık kullanılabilmesine ilişkin düzenlemelerin mevcut olması⁵⁶⁰, gizli tanık beyanının mahkumiyet hükmünün tek ya da belirleyici dayanağı olamaması gerekir.⁵⁶¹ Bu çerçevede gizli tanık beyanının diğer delillerle desteklenmesi gerekmektedir. Suça karışmış ya da örgüt üyesi olan kişilerin, ya da beyanda bulunduğu suç ile ilgili bir suçlama altında bulunan kişilerin ya da menfaat karşılığı soruşturma ya da yargılama makamlarına bilgi aktaran kişilerin gizli tanık olarak dinlenememeleri gerekir. Çünkü gizli tanık objektif olarak beyanı şüpheli olan, diğer delillerle desteklenmediği takdirde beyanı hükme esas

⁵⁵⁸ AİHM, Pesukic v. Switzerland, 2012; AİHM, Birutis and Others v. Lithuania 2002; AİHM, Doorson v. Netherlands, 1996; AİHM, Case of Babar Ahmad and Others v. The United Kingdom, 2012; AİHM, Case of Krasniki v. Czech Republic, 2006;

⁵⁵⁹ R. v. Davies, House of Lords, Appellate Committee, 2008.

⁵⁶⁰ AİHM, Pesukic v. Switzerland, 06.11.2012.

⁵⁶¹ AİHM, Birutis and Others v. Lithuania 28.03.2002; Warg, Alan George, "The Evidence of Anonymous Witnesses In Criminal Courts: Now and Into The Future", **Denning Law Journal**, 2009, s. 69.

alınamayan bir konumdadır. Bu duruma sanık ile husumeti bulunan ya da menfaat çatışması bulunan suça karışmış kişinin gizli tanık olarak dinlenmesi eklendiğinde, bu beyana itibar etmenin hiç de sağlıklı olmayacağı kolaylıkla anlaşılabilir. Bu sakıncaların göz önüne alındığı düşüncesi ile kaleme alındığı kanaatini taşıdığımız İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 162. maddesindeki tanık tanımında “bilgi veren kişiler” ile “suça karışmış” kişiler “tanık” kavramının dışında bırakılmıştır.

SONUÇ

Globalleşme, teknolojik gelişmeler, bilgiye erişim, ülkeler arasındaki seyahat imkanlarının kolaylaştırılması, nüfus artışı gibi faktörlere bağlı olarak, günümüzde suçla mücadele önceye oranla zorlaşmıştır. Örgütlü suçlar ve terörizm ülkelerin milli sınırlarından taşmış uluslararası boyut kazanmıştır. Teknolojik gelişmeler ve yeni suç türlerinin ortaya çıkması örgütlü suçlarla olduğu kadar bireysel suçlarla olan mücadeleyi de zorlaştırmaktadır. Bu sebepler, suçla mücadelede güncel yöntemler geliştirilmesini ve zaman zaman da daha sert müdahaleler içeren usullerin kullanılmasını gerekli kılmaktadır. Devlet, bireyin temel hak ve hürriyetlerini korumalı, etkin bir biçimde kullanılmasını sağlamalı, eylem ve işlemleri ile temel hak ve hürriyetlere saygı göstermelidir. Diğer yandan devlet iç ve dış güvenliği sağlamak, vatandaşlarına huzurlu ve güvenli bir yaşam ortamı sunmakla da görevlidir. Temel hak ve hürriyetlerin korunması ile, iç ve dış güvenliğinin korunması ve suçla mücadele etme görevleri karşı karşıya geldiğinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması gerekebilir.

Suçla mücadele, önleme şeklindeki kolluk faaliyetleri şeklinde olabileceği gibi, suç ortaya çıktıktan sonra gündeme gelen bastırıcı nitelikteki soruşturma ve kovuşturma işlemleri şeklinde de ortaya çıkmaktadır. Suçun daha etkin bir şekilde soruşturulması amacı ile başvuru gizli soruşturma usulleri suçla mücadelede kullanılan delil elde etme usulleridir. Gizli soruşturma usullerine başvurulduğunda özel hayatın gizliliği ve adil yargılanma hakkı doğrudan müdahale konusu olmaktadır. Bunun yanında ifade özgürlüğü, din ve inanç özgürlüğü gibi hakların

da ikinci dereceden müdahale konusu olduğu söylenebilir. Yapılan suç soruşturmasında, suçun ortaya çıkarılması bir gereklilik olmakla birlikte, haklarında soruşturma yürütülen kişilerin temel hak ve hürriyetlerine adil yargılama hakkı çerçevesinde mümkün olan yapılabilecek en az müdahale ile sonuca ulaşılmaya çalışılmalıdır. Bunun yanında gizli soruşturma usullerinin uygulamasının denetiminin yargı organlarına bırakmanın zaruri olması yanında bu usullerin uygulanmasında görev alan kolluk mensuplarının özel eğitimden geçirilmiş, mesleklerinde başarı göstermiş, görevin ciddiyetini kavrayabilecek nitelikteki kişilerden seçilmesi gerekir. Kötüye kullanmanın önüne sadece normatif düzenlemelerle geçilemez. Uygulayıcıların da hukukun üstünlüğüne inanan ve bu ilkeyi gerçekleştirme bilincine sahip görevlilerden oluşması gereklidir.

Adil yargılanma hakkı, incelediğimiz üzere ceza muhakemesinde uyulması gereken temel esasları belirlemektedir. Hakkında soruşturma yürütülen kişi, olağan bir soruşturma söz konusu olduğunda, adil yargılanma hakkı çerçevesinde korunmaktadır. Şüpheli ya da sanık kendisini belli şartlarda savunma imkanına sahiptir. Şüpheli ya da sanığa beyanda bulunacağı zaman hakkındaki isnat, kendi aleyhine beyanda bulunmama hakkı olduğu, bir avukatın yardımından yararlanabilme hakkı olduğu kendisine bildirilir. Gizli soruşturma usulleri uygulandığında ise şüpheli ya da sanığın kendisini savunma imkanı daraltılmaktadır. Hakkında gizli soruşturma usulü uygulanan kişi daha savunmasız bir konuma gerilemektedir. Bir tarafta suçla mücadeleden doğan yarar, diğer tarafta adil yargılanma hakkının kısıtlanmasından doğan zarar bulunmaktadır.

Özel hayatın gizliliği hakkı, yukarıda incelediğimiz kadarıyla kişinin kendisini gerçekleştirmesi, kendine ait küçük de olsa bir alanda kendisini özgür hissetmesi, mutluluğu ve diğer insanlarla sağlıklı bir ilişki kurabilmesi için vazgeçilmezdir. Sürekli gözetlendikleri hissi ile yaşayan insanlar, gözetlendikleri için aslında göstermek istedikleri davranışlardan farklı davranışlar gösterdiklerinde, kendi kişiliklerini gerçekleştiremeyecekleri gibi, gerçek bir hayat da yaşayamazlar. Kişilerin sürekli gözetlendiklerini ya da çok da zor şartlara tabi olmadan gözetlenebileceklerini düşünmeleri toplumdaki güven duygusunu sarsar. Toplumun sağlıklı bir gelişim göstermesini de engeller. Gizli soruşturma usulleri uygulandığında yine bir tarafta özel hayatın gizliliği hakkının korunmasından doğan yarar, diğer tarafta bu hakkın kısıtlanmasından, bu hakka yönelik müdahaleden doğan zarar bulunmaktadır.

Hukuk devletinde devletin faaliyetleri bellidir. Bu çerçevede kişiler, hangi şartlar gerçekleştiği taktirde gizli soruşturma usullerine muhatap olabileceklerini önceden öngörebilme imkanına sahip olmalı, gizli soruşturma usullerinin keyfi bir şekilde uygulanmayacağı noktasında bir kanaate sahip olmalıdırlar. Devlet gerçekleştirdiği işlem ve eylemlerindeki süreklilik arz eden uygulamaları ile bu kanaati oluşturmalıdır. Aynı şekilde hukuk devletinde kullanılan her yetki kaynağını kanundan alır. Bu çerçevede kanunun çizdiği çerçevenin dışına çıkılmamalıdır. Zaman zaman suçla mücadele noktasında aşırıya kaçan kamu görevlilerinin bulunduğu gözlemlenmektedir. Terörist dahi olsa şüpheli ya da sanığın hukuk devletinde hakları vardır. Kanunun çizdiği sınırın dışına çıkan aşırı müdahaleler hoş görülemez. Teröriste teröristin davranışlarıyla karşılık vermek

hukuk devletinin bir yöntemi olamaz. Devlet tüm kurum, eylem ve işlemleri ile bir bütün olarak düşünüldüğünde, hukuksal güvenliğin de genel güvenlik kadar önemli olduğu sonucuna varmak gerekir. Genel güvenliğin sağlanması, suçla mücadele gibi gerekçelerle hukuksal güvenlikten vazgeçilemez. Gizli soruşturma usullerine gelişigüzel müracaat edilmesi, bu usullerin kolayca uygulanabileceği inancı, dosya içerisine giren özel hayatın gizliliğine ilişkin unsurların çeşitli şekillerde ifşa edilmesi, şüpheli ya da sanığın adil yargılanma hakkının sağladığı savunma imkanlarından mahrum bırakılması, hukuki güvenliğin bulunmadığına inanan, tedirgin bir toplum yaratacaktır.

Devlet gizli soruşturma usullerine ilişkin işlemlerini uygularken başka surette delil elde etme imkanı bulunmadığı takdirde bu usullere müracaat etmeli, aracın amacı gerçekleştirebilecek elverişliliğe sahip olup olmadığını denetlemeli yani orantılılık ölçütünün gereklerinin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini titizlikle araştırmalıdır.

Gizli soruşturmacının kanunla düzenlenmiş bir müessese olmasına rağmen suç soruşturmasında ajan provokatör uygulamasının kanuni dayanağı bulunmamaktadır. Her iki müessese de temel hak ve hürriyetlere ağır müdahale vasfı taşıyan, kötüye kullanılmaya oldukça müsait, ancak günümüzde suçla mücadele bakımından kullanılması gereken usullerdir. Ajan provokatör kullanılmasına ilişkin kanuni bir dayanak bulunmamasına rağmen uygulamada bu usule başvurulduğu, Yargıtay kararlarında müessesenin tanındığı gözlemlenmektedir. Temel hak ve hürriyetlere vaki müdahaleleri içeren usullere ilişkin kanuni düzenlemenin bulunmamasına rağmen bu tür bir usulün içtihat yolu

ile benimsenmesi hukuk devleti ilkesi karşısında kabul edilemez. Çünkü hukuk devletinde temel hak ve hürriyetler bakımından yapılacak sınırlandırmaların kanuni dayanağa sahip olması ve sınırlandırmanın sınırlarının ve kapsamının kanunla çizilmesi gerekmektedir. Suç soruşturmasında ajan provokatör kullanılmak isteniyor ise kanuni düzenleme ile müessesenin kapsam ve sınırlarının belirlenmesi, aksi takdirde suç soruşturmasında ajan provokatör kullanılması yoluna başvurulmaması gerekmektedir. Yapılacak kanuni düzenleme ile suç soruşturmasında kullanılmak istenen ajan provokatör tanımlanmalı, yargı mercilerinin denetiminde, belli ağırlıktaki suçların ortaya çıkarılmasında, başka türlü delil elde etme imkanı kalmadığı takdirde kullanılması öngörülmelidir. Böyle bir kanuni düzenleme bulunmamasına rağmen ajan provokatör kullanılması ile elde edilen deliller hukuka aykırı delil vasfındadır ve yargılamada kullanılamaması gerekmektedir.

Uygulamada muhbir, x eleman, bilgi veren, haber elemanı gibi isimlerle adlandırılan kişilerin suç soruşturmasında görevlendirilmeleri hukuka uygun değildir. Şöyle ki, bu tür isimler altında görevlendirilen kişiler, suç soruşturması kapsamında gizli bir şekilde araştırma yaptıklarında, suç işlenen mahalde bulduklarında ve daha sonra bu kişilerin bilgilerine başvurulduğunda bu kişilerin gizli soruşturmacıdan çok fazla bir farkları kalmayacaktır. Eğer yukarıda belirtilen isimlerle adlandırılan ve haklarında kanuni düzenleme bulunmayan kişilerin suç soruşturması içerisinde yer almaları, bilgi toplamaları, topladıkları bilgileri soruşturma makamlarına nakletmeleri, gerektiğinde de tanık olarak dinlenmeleri hukuka uygun ise gizli soruşturmacının kanunla düzenlenmesine ve gizli soruşturmacının kendisine ne gerek vardır? Fiilen gizli soruşturmacı gibi

hareket eden ve suç soruşturmasına katılan bu kişiler vasıtası ile elde edilen ve kaynağı bu kişiler olan deliller ve bu delillere dayanılarak verilen mahkumiyet kararları da hukuka aykırıdır. Bu kişiler vasıtası ile delil elde etmek isteniyor ise ajan provokatör örneğinde olduğu gibi müesseselere ilişkin kanuni düzenlemenin yapılması ve uygulamaya yönelik sınırların çizilmesi gerekmektedir.

Hukuka uygunluk nedenleri kanuni tipe uygun fiili, baştan itibaren tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun hale getiren ve kanunda düzenlenmiş nedenlerdir. Fiilin suç teşkil edebilmesi için fiilin kanuni tipe uygun olması ve kanuni tipe uygun bu fiile ilişkin bir hukuka uygunluk nedeninin de bulunmaması gerekir. Gizli soruşturma usulleri ve gizli soruşturmacı bakımından kanunda bulunan düzenlemeler, bu usullerin uygulamasına katılan kişilerin fiilleri bakımından hukuka uygunluk nedeni oluşturmaktadır. Bu nedenle söz konusu kişilerin örneğin özel hayatın gizliliği suçunu işledikleri iddia edilemez. Ancak ajan provokatör, muhbir, x eleman gibi kişilerin örneğin özel hayatın gizliliğini ihlal niteliğindeki fiilleri bakımından hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır.

Kanunda “Gizli soruşturmacı”, kavramı yerine “gizli görevli” kavramının kullanılmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Çünkü gizli soruşturmacı soruşturma yapmamakta, soruşturmayı yapan C.Savcısı adına bir kısım delillerin toplanması işlemini yerine getirmektedir. Gizli soruşturmacının, mevcut düzenlemeler çerçevesinde değerlendirildiğinde etkin ve güvenilir bir delil toplama aracı olmadığı kanaatindeyiz. Öncelikle, suç işlemeyen bir gizli soruşturmacının örgüt içerisinde barınabileceğini düşünmek somut bir gerçeği görmezden gelmek demektir. Suçun ortaya çıkmaması için karşı tedbirler alan,

üyeliğe kabulü, adam öldürme şartına bağlayan ya da profesyonelliğin sınırlarını zorlayan, çıkar amaçlı bir suç örgütü ya da terör örgütünün üyesi olmanın ya da bu örgüt içinde barınabilmenin, en başta örgüt çerçevesinde işlenen suçlara katılmak olduğunu söylemek mantık dışı olmayacaktır. Ayrıca gizli soruşturmacının topladığı deliller sınırlıdır ve toplanan delillerin sübjektif yönü ağır basmaktadır. Bu ise bir kişinin beyanları ile diğer bir kişiyi suçlamak manasında olup tek başına mahkumiyet kararına dayanak yapılması kabul edilemez. Gizli soruşturmacının suç delillerine el koyması ya da muhafaza altına alması şeklindeki bir yetkiye sahip olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Çünkü böylesine bir yetkinin kötüye kullanılması ihtimal dahilindedir. Kötüye kullanıldığında ise durumu tersine çevirmek neredeyse imkansızdır ve sunulan delillerin güvenilirliğinin denetimi mümkün değildir. Yetkinin kötüye kullanılmayacağını iddia etmek, devletin hata yapmayacağı varsayımına dayanmakta olup tarihsel süreç bakımından gerçeği yansıtmayan bir argüman olacaktır.

Gizli soruşturmacı değiştirilmiş kimliği ile soruşturmaya katılan kamu görevlisidir. Gizli soruşturmacının kimliği soruşturma evresinde olduğu gibi soruşturma evresinden sonra da gizli tutulmak zorundadır. Kovuşturma evrsinde tanık olarak dinlenmesine karar verilmesi halinde yargılama makamlarının bilgisi dahilinde değiştirilmiş kimliği ile ifade verecektir. Sadece değiştirilmiş kimlik ile ifade vermesi gizli soruşturmacıyı gizli tanık haline getirmemektedir. Gizli tanıklık statüsü mahkemenin vereceği bir karara bağlı olup, kimliğin gizlenmesine ek tedbirleri de içermektedir.

Suç işlendiğine tanık olmuş kişiler, kanunda öngörülen şartların sağlanması durumunda gizli tanık statüsüne sokulabilirler ve gizli tanık olarak dinlenebilirler. Ancak suça katılmış, hakkında soruşturma yürütülen ya da örgüt üyesi olan kişilerin gizli tanık olarak dinlenmelerine imkan tanınmamalıdır. Bu kişilerin beyanlarının güvenilirliği noktasında ciddi şüpheye kapılmak mümkündür. Çünkü söz konusu kişiler cezadan kurtulmak, menfaat elde etmek, önceye dayalı husumet ya da intikam saiki ile hareket edebilirler. Gizli soruşturmacının da gizli tanık olarak dinlenmesine karar verilebilir ve ek tedbirlerden yararlanmasına imkan tanınabilir. Bir kişinin gizli tanık olarak dinlenmesi son çare olarak kabul edilmelidir. Gizli tanığın beyanının güvenilirliği soruşturma ve yargılama makamları tarafından denetlenmeli, beyanın güvenilirliğini ya da aksini gösteren gerekçeler açıklanmalıdır. Sadece gizli tanığın beyanına dayanan ya da gizli tanığın beyanının belirleyici olduğu bir mahkumiyet kararı verilmesi hukuka uygun değildir. Gizli tanık beyanının diğer delillerle desteklenmesi gerekir.

Ceza muhakemesi hukukunun hassas müesseseleri olan gizli soruşturma usullerinin yanında uygulamada kullanılan ajan provokatör ve diğer kişilerin suç soruşturmasındaki fonksiyonlarının kanunla belirlenmesi ve müesseselere ilişkin sınırlarının çizilmesi, bu müesseselerin uygulanabilirliğini olumlu etkileyeceği gibi temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından hayati önem arz etmektedir. Gizli soruşturma usulleri ve diğer yöntemlerin kullanılmasına dair oluşturulan sistemin yanında hukukun üstünlüğüne inanan uygulayıcıların bu alanda görevlendirilmiş olması, kanunla öngörülen amaçtan sapılmasını engelleyici rol oynayacaktır.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

ALACAKAPTAN, Uğur, **Suçun Unsurları**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1970.

AYDIN, Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak**, Ankara, Yetkin YAY, 2009.

BALO, Yusuf Solmaz, **Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma**, Ankara, Seçkin YAY, 2009.

BIÇAK, Vahit, **Suç Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin YAY, 2011.

CENTEL, Nur-ZAFER Hamide-ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul, Beta YAY, 2011.

CENTEL, Nur-ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Beta, 2011.

DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin YAY, 2011.

DERDİMAN, Cengiz R., **Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni**, İstanbul, Alfa YAY, 2006.

DİJK, P. van-HOOF, G. J. H., **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, UK, 2006.

DONAY, Süheyl, **Ceza Yargılama Hukuku**, İstanbul, Beta YAY, 2012.

DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, İstanbul, Beta YAY, 1997.

Emniyet Genel Müdürlüğü, **AB Sürecinde Organize Suçlarla Mücadele**, EMG. YAY, Ankara, 2006.

EPIC and Privacy International, **Privacy And Human Rights 2002:An International Survey of Privacy Laws and Developments**, Washington, USA, 2002.

ERDEM, Mustafa Ruhan, **Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri**, Ankara, Seçkin YAY, 2001.

FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara, US-A YAY, 1996.

GÖKPINAR, Mahmut, **Disiplin Hukukunda Yasak-Hukuka Aykırı Deliller**, İstanbul, Kazancı Hukuk YAY, 2011.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz-GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003.

GÖZLER, Kemal **Anayasa Hukukuna Giriş**, Bursa, Ekin Kitabevi, 2008.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref – Tan, Turgut, **İdare Hukuku(Genel Esaslar-Cilt 1)**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.

GÜNAL, Yılmaz, **Yetkili Mercinin Emrini İfa**, Ankara, AÜSBF YAY, 1967.

HAFIZOĞULLARI, Zeki-ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, Ankara, US-A YAY, 2010.

HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, Ankara, Adalet YAY, 2011.

ISRAEL, Jerold H **Criminal Procedure and The Constitution**, St. Paul, Minn., 1997.

KABOĞLU, İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri**, İstanbul, Legal YAY, 2005.

KANGAL, ZEYNEL T., **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Ankara, Seçkin YAY, 2010.

KAYMAZ, Seydi, **Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı(yasak) Deliller**, Ankara, Seçkin YAY, 1997.

KOCA, Mahmut-ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, Seçkin YAY, Ankara, 2012.

KUNTER, Nurullah- NUHOĞLU, Ayşe-YENİSEY, Feridun, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Beta YAY, 2009.

KUNTER, Nurullah, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi YAY, 1954.

MERAN, Necati **Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Takip**, Ankara, Adalet YAY, 2009.

Nur Centel-Hamide ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2012.

ÖZBEK, Veli ÖZER-KANBUR, Nihat- DOĞAN, Koray, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin YAY, 2011.

ÖZBEK, Veli ÖZER, **Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği**, Ankara, Yetkin, 2003.

ÖZBUDUN, Ergun **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, Yetkin YAY, 2005.

ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, Ankara, Seçkin YAY, 1995.

ÖZTÜRK, Bahri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin YAY, 2010.

ÖZTÜRK, Bahri, **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**, Ankara, AÜSBF YAY, 1995.

ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Ankara, Seçkin Yay, 2012.

PARLAR, Ali-HATİPOĞLU, Muzaffer-YÜKSEL, Erol Güngör, **Deliller, Çapraz Sorgu ve İspat**, Ankara, 2008.

SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, Ankara, Yetkin YAY, 2012.

SOYASLAN, Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Yetkin YAY, 2010.

ŞAFAK, Ali, **Ceza Muhakemeleri Usul Hukuku ve Polis**, Ankara, 1989.

ŞAHİN, Cumhur, **Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması**, Ankara, Yetkin YAY, 1994.

ŞAHİN, Cumhur-GÖKTÜRK, Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. cilt**, Ankara, Seçkin YAY, 2013.

ŞAHİN, Meral Ekici, **Ceza Hukukunda Rıza**, İstanbul, On İki Levha YAY, 2012.

ŞEN, Ersan, **Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu**, İstanbul, Beta YAY, 1998.

ŞEN, Ersan, **Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir**, Ankara, Seçkin YAY, 2008.

TAŞKIN, Ozan Ercan, **Kışkırtıcı Ajan**, (Doktora Tezi), Eskişehir, 2008.

TOROSLU, Nevzat- FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Savaş YAY, 2012.

TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku-Genel Hükümler**, Ankara, Savaş YAY, 2012.

TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukukunda Zaruret Hali**, Ankara, Sevinç Matbaası 1968.

TOSUN, Öztekin, **Türk Suç Muhakemesi Dersleri, Cilt 1**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi YAY, 1976.

TURGUT, Bayram, **Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.

ÜNVER, Yener- HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin YAY, 2010.

WHITAKER, Reg., **The End Of Privacy**, New York, 1999.

YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Ankara, Seçkin YAY, 2012.

YURTCAN, Erdener, **Ceza Yargılaması Hukuku**, İstanbul, Beta YAY, 2007.

MAKALELER

BLAKE, Celia Brown “Fair Trial, Language and the Right to Interpretation”, **Int'l. J. on Minority & Group Rts.**, 2006.

BOHLER, Narnia “Lead us not into temptation: The Criminal liability of the trapee revisited”, **Afr. J. Crim. Just.**, 1999.

BREMS, Eva “Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of The Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, **Human Rights Quarterly**, 2005.

BUFFORD, Samuel L. “Defining the Rule of Law”, **Judges Journal**, 2007.

BURNNARD, Amanda “The Right to a Fair Trial: Young Offenders and the Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities”, **Current Issues in Criminal Justice**, 2008-2009.

CHEMERINSKY, Erwin “Post 9/11 Civil Rights: Are Americans Sacrificing Freedom For Security”, **Denv. U. L. Rev.**, 2003-2004.

COOPER, Jonathan “Procedural Due Process, Human Rights and the Added Value of the Right to a fair trial”, **Jud. Rev.**, 2006.

DAVIES, F.G. “Abuse of Process-An Expanding Doctrine”, **Journal of Criminal Law**, 1991.

DBE, Arden, “Balancing Human Rights And National Security”, **South African Law Journal**, 2007.

DUNCAN, Susan Hanley “Pretrial Publicity in High Profile Trials: An Integrated Approach to Protecting the Right to a Fair Trial and the Right to Privacy”, **Ohio Northern University Law Rev.**, 2008.

EBERLE, Edward J. “The Right to Informational Self-Determination, **Utah Law Review**, 2001.

EHLERS, Dirk(Ed.) **European Fundamental Rights and Freedoms**, Berlin, 2007.

EREM, Faruk, “Kısıktıcı Ajan'ın Sorumluluğu”, **Günümüzde Yargı**, İstanbul, 1977.

FEYZİOĞLU, Metin “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, **AÜHFD**, 1999.

FEYZİOĞLU, Metin, “Anglo Sakson ve Anglo Amerikan Hukuk Düzenlerinde Habeas Corpus Kurumu”, **A.Ü.H.F. Dergisi**, 1995.

FEYZİOĞLU, Metin, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, **AÜHFD**, 1999.

GOLDMAN, Lee “The Constitutional Right To Privacy”, **Denv. U. L. R.**, 2006.

GRİFFİN, James “The Human Right To Privacy”, **San Diego L. Rev.**, 2007.

GROPP, W. "Special Methods Of Investigation For Combating Organized Crime", **European Journal Of Criminal Law and Criminal Justice**, 1993.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, "İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması", **AÜHFD**, 1997.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, 1996.

HERT, Paul De "Balancing security and liberty within the European human rights framework. A critical reading of the Court's case law in the light of surveillance and criminal law enforcement strategies after 9/11", **Utrecht Law Review**, 2005.

HON, Philips, "Impact of Terrorism on the Rule of Law", **Bracton Law Journal**, 2008.

KARPEN, Ulrich "Good Governance Through Transparent Application of the Rule of Law", **Eur. J. L. Reform**, 2009.

LAWLERT, Lilia E, "Police Informar Privilage; A Study For The Law Reform Commission of Canada", **Crim. L. Q.**, 1985-1986.

LOUCAİDES, Loukis G. "Questions of Fair Trial Under The European Convention On Human Rights", **Human Rights Law Review**, 2003.

MAGUIRE, M.- John, T. "Covert and Deceptive Policing In England And Wales: Issues In Regulation And Practice", **European Journal Of Crime Criminal Law And Criminal Justice**, 1996.

MATTHEWS, Victoria Newnham "Miranda Rule is a Constitutional Rule", **Am. J. Crim. L.**, 1999-2000.

MİCHAELSEN, Christopher "Balancing Civil Liberties Against National Security? A Critique Of Counterterrorism Rhetoric", **U. N. S. W. L. J.**, 2006.

MİLLER, Russell A. "Balancing Security and Liberty in Germany", **J. Nat'l Sec. L. & Pol'y**, 2010.

NSEREKO, D.D.N. "The Abuse of Process Doctrine in the Administration of Criminal Justice Before National Courts and International Tribunals", **U. Botswana L. J.**, 2008.

OSMANOĞLU, Kerem, Ceza Muhakemesi Açısından Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi, Ceza Hukuku Dergisi, 2012.

ÖZEN, Muharrem “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Tanıklık Üzerine Değerlendirmeler”, **AHT**, 2009.

PAKTER, Walter, **Exclusionary Rules in France, Germany and Italy**, **Hastings Int’l and Comp. L. Rev.**, 1985-1986.

PATTENDEN, Rosemary “Abuse of Process In Criminal Litigation”, **Journal of Criminal Law**, 1989.s. 341.; Richard BRAY, Beckford and Beyond, Some Developments in the Doctrine of Abuse of Process, **Denning Law Journal**, 2007.

RAMÍREZ, Deborah-WOLDENBERG, Stephanie “Balancing Security and Liberty In a Post-September 11th World: The Search For Common Sense In Domestic Counterterrorism Policy”, **Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev.**, 2004-2005.

ROCKWELL, Brad “Domestic Covert Actions and the Need for National Security Qui Tam Prosecutions”, **Am. J. Crim. L.**, 1988-1989.

ROMANOWSKA, Dagmara Kornobis, “Developments in the Area of Freedom, Security and Justice Brought About by the Constitutional Treaty, **German Law Journal**, 2005.

SELÇUK, Sami Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Yükümlülüklerin/Görevlerin Çatışması ve Yargıtay Kararları, **THD**, 2010.

SNEİDMAN, M. Barnett “A Judicial Test For Entrapment: The Glimmerings Of A Canadianian Policy On Police-Instigated Crime”, **Criminal Law Quarterly**, 1973-1974.

SUTHERLAND, Arthur E. “Freedom and Internal Security”, **Harv. L. Rev.**, 1951.

WARD, Alan George, “The Evidence of Anonymous Witnesses In Criminal Courts: Now and Into The Future”, **Denning Law Journal**, 2009.

WARREN Samuel- BRANDEİS Lous D., “The Right To Privacy”, **Harvard Law Review**, 1890.

WHİTMAN, James Q. “The Two Western Cultures of Privacy”, **Yale Law**

Journal, 2003-2004.

WILSON, Bradford, “The Origin And Development Of The Federal Rule Of Exclusion, **Wake Forest L. Rev.**”, 1981-1984.

YÜCE, TuranTufan “Ajan Vasıtasıyla İşletilen Suçların Cezalandırılması ve İlgili Yargıtay Kararları Üzerinde Düşünceler”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1988.

MAHKEME KARARLARI

AİHM. Roemen ve Schmit v. Luxemburg, 25.02.2003 tarihli kararına yorum, UYAP Mevzuat ve İçtihat programı, 2010.

AİHM., Al Adsani v. United Kingdom, 2002.

AİHM., Hakansson and Stureson v. Sweden, 1990.

AİHM., Krone Verlag, GmbH and Co.KG v. Austria, 2000.

AİHM., X and Y v. Switzerland, 1977.

AİHM., A. v. United Kingdom, 2002.

AİHM., Allenet de Ribemont v. France, 1995.

AİHM., Ashingdane v. UK, 1985.

AİHM., B. and P. v. United Kingdom, 2001.

AİHM., B. v. Fransa, 1992

AİHM., Berrehab v. The Netherlands, 1988.

AİHM., Birutis and Others v. Lithuania, 2002

AİHM., Boyle and Rice v. United Kingdom, 1988.

AİHM., Campbell v. United Kingdom, 1992.

AİHM., Case of Babar Ahmad and Others v. The United Kingdom, 2012.

AİHM., Case of Krasniki v. Czech Republic, 2006.

AİHM., Chappell v. United Kingdom, 1989.

AİHM., Craxi v. Italy, 2002.

AİHM., De Jorio v. Italy, 2005.

AİHM., Dombo Beheer B. V. v. Netherlands, 1993.

AİHM., Doorson v. Netherlands, 1996.

AİHM., Dudgeon v. United Kingdom, 1981.

AİHM., Dulaurans v. France, 2002.

AİHM., Ebru ve Tayfun Çolak v. Türkiye, 2006.

AİHM., Engel a.o. v. Netherlands, 1975.

AİHM., Eorson v. Netherlands, 1996.

AİHM., Feldbrugge v. Netherlands, 1986.

AİHM., Ferrazzini v. Italy, 2001.

AİHM., Fogarty v. United Kingdom, 2001.

AİHM., Garcia Ruiz v. Spain, 1999.

AİHM., Gaskin v. United Kingdom, 1989.

AİHM., Golder v. United Kingdom, 1975.

AİHM., Guchez v. Belgium, 1984.

AİHM., Gusgani v. United Kingdom, 2003.

AİHM., H v. Belgium, 1987.

AİHM., Hadjikostova v. Bulgaria, 2003.

AİHM., Hauschildt v. Denmark, 1989.
 AİHM., Hauschildt v. Denmark, 1989.
 AİHM., herczegfalvy v. Austria, 1993.
 AİHM., Hoffman v. Germany, 2001.
 AİHM., In open Door ve Dublin Well Women v. Ireland, 1992.
 AİHM., Johnston and the Others v. Ireland, 1986.
 AİHM., Jonston and the others v. Ireland, 1986.
 AİHM., Kamasinski v. Austria, 1989.
 AİHM., Kastelic v. Croatia, 2003.
 AİHM., Keegan v. Ireland, 1994
 AİHM., Klass and others, 1978.
 AİHM., Korellis v. Cyprus, 2003.
 AİHM., Leander Case, 1987.
 AİHM., Leander v. Sweden, 1987.
 AİHM., Leudicke, Belkacem an Koç v. Germany, 1980.
 AİHM., Lingens v. Avusturya, 1986.
 AİHM., Lombardo v. Italy, 1992.
 AİHM., Lopez Ostra v. Spain, 1994.
 AİHM., Ludi v. Switzerland, 1992.
 AİHM., Malone v. Commissioner of Police, 1979.
 AİHM., Margareta and Roger Andersson v. Sweden, 1992.
 AİHM., Margareta and Roger Andersson v. Sweden, 1992.
 AİHM., Markx v. Belgium, 1979.
 AİHM., McVicar v. United Kingdom, 2002.
 AİHM., Mills v. Cooper, 1967.
 AİHM., Niemetz v. Germany, 1992.
 AİHM., Norris v. Ireland, 1988; Modinos v. Cyprus, 1993.
 AİHM., Osman v. UK, 1998.
 AİHM., Öztürk v. Germany, 1984.
 AİHM., Pesukic v. Switzerland, 06.11.2012.
 AİHM., Pfeifer and Plankl v. Austria, 1992.
 AİHM., Piersack v. Belgium, 1982.
 AİHM., Powell & Rayner v. United Kingdom, 1990.
 AİHM., Powell and Rayner v. The United Kingdom, 1990.
 AİHM., Pracola v. Luxembourg, 1995.
 AİHM., Preifer and Plankl v. Austria, 1992.
 AİHM., R v. Iqbal Begum, UK, 1991.
 AİHM., R v. Liverpool Stipendiary Magistrate, 1990.
 AİHM., R. v. Campbell, Liverpool Crown Court, 1959.
 AİHM., R. v. Derby Magistrates Court, 1984.
 AİHM., Ribitch v. Austria, 1995.
 AİHM., Ringeisen v. Austria, 1972.
 AİHM., Roemen ve Schmit v. Luxemburg, 2003.
 AİHM., SC. v. United Kingdom, 1999.
 AİHM., Scheuten v. Federal Republic of Germany, 1976.
 AİHM., Stefan v. United Kingdom, 1998.
 AİHM., Stjerna v Finlandiya
 AİHM., Sutter v. Switzerland, 1984.
 AİHM., T. v. United Kingdom, 1997
 AİHM., V. v. United Kingdom, 1999.

AİHM., Van Mechelen v. Netherlands, 2002.
 AİHM., Worm v. Austria, 1997.
 AİHM., Wynen v. Belgium, 2002.
 AİHM., X and Y v. Belgium, 1982.
 AİHM., X v. Austria, 1980.
 AİHM., X v. Denmark, 1965.
 AİHM., X v. Federal Republic of Germany, 1968.
 AİHM., X v. Federal Republic of Germany, 1976.
 AİHM., X v. Switzerland, 1979.
 AİHM.. Roemen ve Schmit v. Luxemburg, 25.02.2003.
 Amerikan Yüksek Mahkemesi, Court Of Appeals, Rogelio Nieves Negron v. New York, 1970.
 AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ, Hamdanv. Rumsfeld, 2006.
 AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ, Shappard v. Maxwell, 384, US, 333(1966).
 AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ, Sorrells v. U.S., 1932.
 AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ, Weeks v. United States: 1911
 AYM., 2008/30 E., 2009/96 K., 2009.
 AYM., 2003/38 E.; 2005/63 K., 2005.
 AYM., 2004/70 E., 2009/7 K., 2009.
 AYM., 2005/60 E. ; 2008/162 K., 2008.
 AYM., 2005/69 E., 2009/61 K., 2009.
 AYM., 2006/121 E., 2009/90 K., 2009.
 AYM., 2006/99 E., 2009/9 K., 2009.
 AYM., 2008/30 E., 2009/96 K., 2009.
 AYM.. 2003/38 E., 2005/63 K., 2005.
 AYM.. 2005/60 E., 2008/162 K., 2008.
 AYM.. 2006/167 E., 2008/86 K., 2008.
 AYM., 2003/38 E., 2005/63 K., 2005.
 HOUSE OF LORDS, Appellate Committee, R. v. Davies, 2008.
 HOUSE OF LORDS, Connelly v. DPP, UK, House of Lords, 1964;
 KANADA YÜKSEK MAHKEMESİ, R. V Tran, Canada, 1991.
 HOUSE OF LORDS, R. v. Horsefery Magistrates', 1994.
 Y. 1. C.D., 2009/3413 E., 2011/2305 K.,2011.
 Y. 1. C.D.. 1975/2365 E., 1975/2357 K., 1975.
 Y. 1. C.D., 2008/4805 E., 2008/5756 K., 2008.
 Y. 10. C.D. 2006/13047 E. 2007/547 K., 2007.
 Y. 10. C.D., 1998/11773 E., 1999/1788 K., 1999.
 Y. 10. C.D., 1999/997E., 1999/4293 K., 1999.
 Y. 2. H.D., 2007/17220 E., 2008/13614 K., 2008.
 Y. 4. C.D., 2009/21017 E., 2011/21674 K., 2011.
 Y. 4. C.D., 2009/27469 E., 2012/1074 K., 2012.
 Y. 4. C.D.. 2008/8558 E., 2008/15780 K., 2008.
 Y. 4. C.D., 2007/8700 E, 2007/8903 K., 2007.
 Y. 4. C.D., 2004/1176 E., 2006/13247 K., 2006.
 Y. 4. C.D., 2006/8658 E., 2007/1751 K., 2007.
 Y. 4. C.D., 2008/3152 E., 2010/856 K., 2010.
 Y. 4. H.D.. 2006/13723 E., 2007/13089 K., 2007.
 Y. 5. C.D., 2007 / 7544 E, 2010 / 5926, 2011.
 Y. 5. C.D., 2011 / 2970 E, 2011 / 4134, 2011.

Y. 5. C.D.. 2005/14969 E. 2005/20489 K., 2005.
Y. 5. C.D., 2006/703 E., 2010/630 K., 2010.
Y. 5. C.D., 2008/3724 E., 2011/1826 K., 2011.
Y. 5. C.D., 2010/10706 E., 2011/2656 K., 2011.
Y. 6. C.D., 2010/22878 E., 2011/8389 K., 2011.
Y. 8. C.D., 1989/7448 E., 1989/9772 K., 1989.
Y. 8. C.D., 1997/1238 E., 1997/965 K., 1997.
Y. 9. C.D., 2011 / 9814 E., 2012 / 5939 K., 2012.
YCGK., 2003/10-260 E., 2003/284 K., 2003.
YCGK., 1992/5-260 E., 1992/283 K., 1992.
YCGK., 2003/10-260 E., 2003/284 K., 2003.
YCGK., 2004/10-145 E., 2004/196 K., 2004.
YCGK., 2004/8-43 E., 2004/67 K., 2004.
YCGK., 2004/8-43 E., 2004/67 K., 2004.
YCGK., 2005 / 213 E., 2005 / 3 K., 005.
YCGK., 2005/7-144 E., 2005/150 K., 2005.
YCGK., 2005/7-144 E., 2005/150 K., 2005.
YCGK., 2007/2-247 E., 2007/257 K., 2007.
YCGK., 2008/1866 E., 2012/1694 K., 2012.
YCGK., 2009/160 E.; 2009/264 K., 2009.
YCGK., 2009/223 E., 2010/104 K., 2010.
YCGK., 2010/207 E., 2010/238 K., 2010.
YCGK., 2010/58 E., 2010/82 K., 2010.
YCGK., 2011/93 E., 2011/95 K., 2011.
YCGK., 2012/141 E., 2012/142 K., 2012.
YCGK.. 2005/7-144 E., 2005/150 K., 2005.
YHGK., 2010/553 E., 2010/537 K., 2010.