

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**ÖRGÜTLÜ SUÇLARLA MÜCADELEDE GİZLİ SORUŞTURMACI
GÖREVLENDİRİLMESİ**

**HAZIRLAYAN
MUSTAFA ÇETİNKAYA**

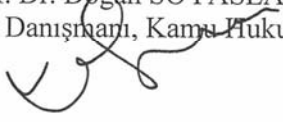
**TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN**

ANKARA

2008

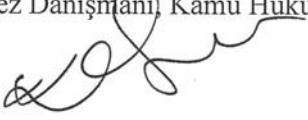
Mustafa ÇETİNKAYA tarafından hazırlanan ÖRGÜTLÜ SUÇLARLA MÜCADELEDE GİZLİ SORUŞTURMACI GÖREVLENDİRİLMESİ adlı bu tez, tarafımdan incelenmiş ve Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Tez Danışmanı, Kamu Hukuku Anabilim Dalı

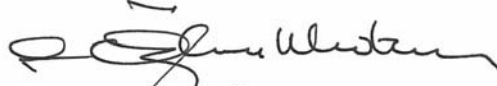


Bu tezin yüksek lisans derecesini elde etmek için gerekli koşulları sağladığını onaylarım.

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Tez Danışmanı, Kamu Hukuku Anabilim Dalı Başkanı



Sosyal Bilimler Enstitüsü onayı.



Prof. Dr. Özhan ULUATAM

Tez Sınav Tarihi : 18/ 01/ 2008

Tez Jüri Üyeleri :

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Çankaya Üniversitesi)



Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU (Çankaya Üniversitesi)



Yrd. Doç. Dr. Uğur ERİŞ (Çankaya Üniversitesi)

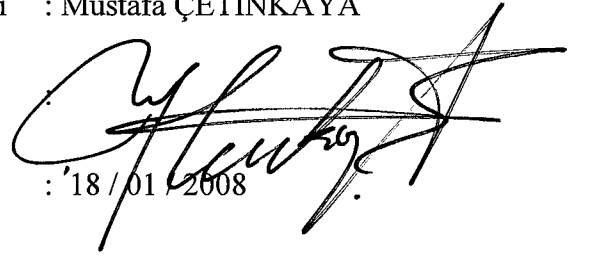


ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

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.

Adı, Soyadı : Mustafa ÇETİNKAYA

İmzası



Tarih

: '18 / 01 / 2008

ÖZET

ÖRGÜTLÜ SUÇLARLA MÜCADELEDE GİZLİ SORUŞTURMACI GÖREVLENDİRİLMESİ

ÇETİNKAYA, Mustafa

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Ocak 2008, 141 sayfa

Teknolojinin ilerlemesi ve yeni suç alanlarının ortaya çıkmasıyla birlikte örgütlü suçluluğun mevcut hukuk düzenleri üzerindeki baskısı artmış, bunun sonucunda örgütlü suçlulukla mücadele etmek amacıyla devletler yeni yöntemler arayışı içerisine girmişlerdir. Bu bağlamda devletler gerek ulusal ve uluslararası hukukta bir takım düzenlemeler yaparak yeni koruma tedbirleri kabul etmişlerdir.

Bu koruma tedbirlerinden birisi de niteliği itibariyle kişi hak ve hürriyetlerine müdahale teşkil etmekle birlikte, örgütlü suçlulukla mücadelede etkili yöntemler arasında gösterilen gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiridir. Kanun koyucular, bu tedbirin sahip olduğu özellik sebebiyle, örgütlü suçlulukla mücadelede başka surette delil elde edilememesi halinde

uygulanabileceğini kabul etmişlerdir. Bununla birlikte gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanabileceği suçları da, diğer suçlardan ayırarak, niteliği gereği daha ağır neticelere sebep olabilecek suçlarla sınırlandırmışlardır. Bu sınırlandırmaya dâhil olan suçları belirtmek için bir katalog içerisinde sayma yolu kullanılabilirdiği gibi, bu suçların genel ilkelerini belirterek kapsamının kanunu uygulayanlar tarafından belirlenmesi yolu da tercih edilmiştir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin sadece kanunla düzenlenebilmesi, burada görev alan kişinin de kanun çerçevesinde hareket etmesi ve delil toplamasını gerektirir. Aksi takdirde, kanunun kabul etmediği yöntemler kullanılarak delil elde edilmesi halinde, bu deliller hukuka aykırı delil olarak nitelendirileceği için ceza yargılamasında kullanılamaz.

Gizli soruşturmacının görevi yerine getirirken suç işlemesi halinde bu suç sebebiyle sorumlu tutulup tutulamayacağı maddi ve şekli ceza hukukunda yer alan düzenlemelerle aydınlatılmaya çalışılmıştır.

ABSTRACT

THE CHARGING OF UNDERCOVER AGENT FOR THE FIGHT AGAINST THE ORGANISED CRIMES

ÇETİNKAYA, Mustafa

Graduate School Of Social Sciences, Department of Public Law

Supervisor: Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

January 2008, 141 pages

By the improvement of technology and the accruing of the new criminality domains; the influence of organised criminality has increased on existing legal system; whereupon the governments seek for the new methods to contend with the organised criminality. In this context; governments assent the new protective measures by innovating some points on either national and international legal systems.

In the cases that no other protective measures come by with evidences, the legislators assent this undercover agent measure by the reason that this measure intermeddles individuals rights and freedoms and also it is the one of the most efficient method to contend with the organised criminality. The crimes that the

undercover agent measure executed have to be differentiated and restricted from the other crimes by the counting method from the catalog and also the scope of the crimes will be emphasized by the law executors depending on determination of general principles of these crimes.

The execution of undercover agent measure is only managed by law therefore this execution necessitates the person who is nominated as undercover agent can only act and come by with the evidences within the law. Otherwise, those evidences will be described as unlawful evidences so they will be never used in crime proceeding.

In the case of a crime of undercover agent while he is performing his mission, the question that the undercover agent is held liable or not for his crime is tried to be expounded by the arrangements in the materially and technically criminal law.

TEŞEKKÜR

İyi bir insan ve hukukçu olarak yetişmem için hiçbir fedakârlıktan kaçınmayan annem Fatma ÇETİNKAYA ve babam İbrahim ÇETİNKAYA' ya; gerek lisans ve gerekse yüksek lisans eğitimin sırasında kendisinden feyzalmış olduğum ve bu çalışmayı hazırladığım dönemde desteğini esirgemeyen değerli hocam Prof. Dr. Doğan SOYASLAN' a sonsuz teşekkürlerimle.

GİRİŞ

Kamu düzenini korumak ve suç işlenmesini önleyerek vatandaşlarını huzurlu bir çevrede yaşatmak arzusu ile hareket eden devletlerin, bu arzularını gerçekleştirmek amacıyla suçla ve suçlulukla mücadele içerisinde oldukları bilinen bir gerçektir. Devletler, sahip oldukları hukuk sistemleri içerisinde ihdas ettikleri kurumlar vasıtasıyla bu mücadeleyi sürdürürlerken ilk olarak bireysel suçlara karşı önlemler almayı uygun görmüşlerdir. Fakat bireysel suçluların zamanla bir örgüt haline gelerek faaliyet göstermeleri ve mevcut düzenlemelerin yetersiz kalması sonucunda kamu düzeni üzerindeki baskıları artmış ve devletlerin bu örgütlere karşı yeni önlemler arayışı içerisine girmelerine sebebiyet vermişlerdir. Bu bağlamda devletlerin örgütlü suça karşı ortak hareket etme amacıyla uluslar arası antlaşmalara taraf oldukları ve kendi hukuk sistemlerinde örgütlü suça mücadele etmek amacıyla değişiklikler yaptıkları görülmektedir.

Örgütlü suça mücadelede klasik koruma tedbirlerinin yetersiz kalması sebebiyle daha modern, fakat kişi hak ve hürriyetlerine daha ağır müdahaleyi gerektiren bazı koruma tedbirleri oluşturularak örgütlü suça mücadele gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Bu koruma tedbirlerinden birisi olan ve örgütlü suça mücadelede çok önemli başarılar elde edilmesini sağlayan tedbirlerden birisi de gizli soruşturmacı görevlendirilmesidir.

Gizli soruşturmacı tedbirinin kabul edilmesindeki amaç, bu kişinin örgüt içerisine sızarak örgütün işlemekte olduğu suçlarla ilgili delil toplaması ve elde edilen bu deliller sayesinde de örgütün çökertilmesidir. Bu amaç, gizli soruşturmacı tedbirinin, diğer koruma tedbirlerine göre daha fazla gizlilik ve güvenlik içerisinde uygulanmasını gerektirmektedir. Zira gizli soruşturmacının,

suç örgütü içerisine sızmayı başarabilmesi için örgüt tarafından yapılacak araştırmalara ve güvenilirliğini kanıtlaması için suç işletilmesine maruz bırakılacağı bilinmektedir. İşte gizli soruşturmacının, örgüt içerisine sızmayı başarabilmesi ve daha sonra örgüt üyesi gibi hareket ederek hakkında şüpheye mahal vermemesi zorunluluğu, bu tedbirin diğer koruma tedbirlerinden çok daha fazla gizlilik ve güvenlik içerisinde uygulanmasını gerektirmektedir.

Üç bölümden oluşan çalışmamızın birinci bölümünde, ilk önce, örgüt ve örgütlü suç kavramları açıklanmaya çalışılacak ve örgütlü suçun özellikleri incelenecektir. Daha sonra ülkemizde örgütlü suç gruplarıyla yapılan mücadeleye dayanak teşkil eden kanunların ilgili maddeleri incelenerek terör suçu ile arasında var olan benzerlikler ve farklar açıklanmaya çalışılacaktır. Çalışmamızın birinci bölümü, suç örgütlerinin faaliyet alanlarının ve işledikleri suçların belirtilmesinden sonra ülkemizde suç örgütlerinin tarihi gelişimine değinilmesiyle sona erecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ilk olarak gizli soruşturmacının benzer kurumlarla karşılaştırılması yapılarak gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanabilmesi için gerekli olan şartlar incelenecektir. Daha sonra sırasıyla gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanması için takip edilecek usül, gizli soruşturmacı olacak kişinin sahip olması gerekli olan özellikler ve gizli soruşturmacının korunması konuları açıklanacaktır. Çalışmamızın ikinci bölümü, gizli soruşturmacının elde ettiği delillerin kullanılması konusunun incelenmesi ile sona erecektir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde gizli soruşturmacının görev gereği işlediği suçlar ile içerisine sızmış bulunduğu suç örgütü tarafından işlenen suçlar bakımından cezai sorumluluğu incelenerek, bu suçlara hukuk düzeni tarafından getirilen çözüm arayışları açıklanmaya çalışılacaktır.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	vi
TEŞEKKÜR SAYFASI.....	viii
GİRİŞ	ix
İÇİNDEKİLER TABLOSU.....	xi
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xvii

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖRGÜTLÜ SUÇLAR

1.1. Örgüt Kavramı.....	1
1.1.1.Örgütlü Suç Kavramı.....	2
1.1.1.1. Bazı Batılı Ülkeler Tarafından Kabul Edilen Örgütlü Suç Tanımı.....	4
1.1.1.2. Leipzig Kriterleri	4
1.1.1.3. Avrupa Konseyi Tarafından Yapılan Örgütlü Suç Tanımı.....	5
1.1.1.4. Avrupa Birliği Tarafından Yapılan Örgütlü Suç Tanımı	5
1.1.1.5. Birleşmiş Milletler Örgütü Tarafından Yapılan Örgütlü Suç Tanımı.....	6
1.1.2.Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu.....	8
1.1.2.1. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi.....	8
1.1.2.2. 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu (ÇASÖMK) Dönemi	9
1.1.2.3. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi.....	11

1.1.2.3.1. Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçunun Maddi Unsuru.....	12
1.1.2.3.2. Örgüt Kurma Fiilinin Cezalandırma İçin Yeterli Olması.....	15
1.1.2.3.3. Süreklilik Unsuru.....	15
1.1.2.3.4. Suç Örgütünün Kurulması İçin Gerekli Olan Asgari Kişi Sayısı.....	17
1.1.2.3.4.1. Örgütü Kuranlar.....	18
1.1.2.3.4.2. Örgütü Yönetenler.....	18
1.1.2.3.4.3. Örgüte Üye Olan	18
1.1.2.3.4.4. Örgüt Adına Suç İşleyen.....	19
1.1.2.3.4.5. Örgüte Yardım Eden	19
1.1.2.3.5. Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçunun Manevi Unsuru.....	21
1.1.2.3.6. Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçunun Yaptırımı	23
1.1.2.3.6.1. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu' nda Düzenlenen Yaptırım	23
1.1.2.3.6.2. 4422 sayılı ÇASÖMK' nda Düzenlenen Yaptırım.....	23
1.1.2.3.6.3. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu' nda Düzenlenen Yaptırım.....	24
1.1.3. Terör Suçu ile Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçunun Karşılaştırılması.....	26
1.1.4. Suç İşlemek Amacıyla Kurulan Örgütlerin Faaliyet Alanları ve İşledikleri Suçlar.....	31
1.2. Türkiye' de Örgütlü Suçluluğun Tarihi Gelişimi.....	33

İKİNCİ BÖLÜM

GİZLİ SORUŞTURMACI GÖREVLENDİRİLMESİ

2.1	Gizli Soruşturmacı Kavramı.....	36
2.1.1	Gizli Soruşturmacının Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması... 38	
2.1.1.1	Bilgi Veren (Informant)	38
2.1.1.2	Güvenilir Kişi (Adam)	39
2.1.1.3	Kışkırtıcı Ajan.....	40
2.1.1.4	Gizli Soruşturma Yapan Polis Memuru.....	42
2.1.1.5	Yer altı Ajanı (Undercover Agent)	43
2.1.2	Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesinin Amacı.....	44
2.2	Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesinin Şartları	45
2.2.1.	Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesinin Kanunla Düzenlenmesi.....	45
2.2.2.	Gizli Soruşturmacı' nın Kamu Görevlisi Olması.....	46
2.2.3.	Kuvvetli Suç Şüphesinin Varlığı.....	49
2.2.4.	Başka Surette Delil Elde Edilmesinin Mümkün Olmaması.....	51
2.2.5.	Kanunda Liste Halinde Belirtilen Suçlardan Birinin İşlenmesi..	53
2.2.5.1.	Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti (5237 sayılı TCK md. 188).....	55
2.2.5.2.	Silahlı Örgüt veya Bu Örgütlere Silah Sağlama (5237 sayılı TCK md. 314 ve 315).....	58
2.2.5.3.	6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun' da Tanımlanan Silah Kaçakçılığı Suçu	61
2.2.5.4.	Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu' nun 68. ve 74. Maddelerinde Tanımlanan Suçlar.....	62
2.3.	Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Usulü.....	64
2.3.1.	Gizli Soruşturmacının Seçilmesi.....	64
2.3.1.1.	Gizli Soruşturmacı Talebi.....	64
2.3.1.1.1.	4422 sayılı ÇASÖMK Dönemi.....	64
2.3.1.1.2.	5271 sayılı CMK Dönemi.....	65

2.3.1.2. Gizli Soruşturmacı' nın Sahip Olması Gereken Özellikler.....	66
2.3.1.2.1. Rol Yapabilme.....	67
2.3.1.2.2. Güçlü Bir Hafızaya Sahip Olma.....	68
2.3.1.2.3. Gizli Bilgi Toplama Teknik ve Materyallerini Kullanabilme.....	68
2.3.1.2.4. Görevi ile İlgili Hukuki Konularda Bilgi Sahibi Olma.....	69
2.3.1.2.5. Gizli Soruşturmacı' nın Örgüte Takdim Edilmesi.....	69
2.3.2. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesine Karar Vermeye Yetkili Makam.....	70
2.3.2.1. 4422 sayılı ÇASÖMK Döneminde Karar Vermeye Yetkili Makam.....	70
2.3.2.2. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu' nda Karar Vermeye Yetkili Makam.....	72
2.3.3. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Tedbirinde Süre Sınırı...	73
2.3.4. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Kararının Kaldırılması...	75
2.3.5. İlgiliyi Haberdar Etme.....	76
2.4. Gizli Soruşturmacı' nın Korunması.....	78
2.4.1. Tedbirin Uygulanması Sırasında Korunma.....	79
2.4.2. Tanık Olarak Dinlenmesi Sırasında Korunma.....	81
2.4.3. Tanık Olarak Dinlendikten Sonra Korunma.....	84
2.5. Gizli Soruşturmacı' nın Elde Ettiği Deliller.....	87
2.5.1. Delil.....	88
2.5.2. Delillerin Sınıflandırılması.....	88
2.5.2.1. Doğrudan Delil- Dolaylı Delil.....	88
2.5.2.2. Beyan Delili.....	90
2.5.2.3. Belge Delili.....	91
2.5.2.4. Belirti Delili.....	93
2.5.3. Gizli Soruşturmacı' nın Elde Ettiği Delillerin Yargılamada Kullanılması.....	94
2.5.3.1. Delil Yasakları.....	94

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GİZLİ SORUŞTURMACI' NIN GÖREVİ SIRASINDA İŞLEDİĞİ SUÇLAR SEBEBİYLE CEZAI SORUMLULUĞU

3.1. Gizli Soruşturmacı' nın Görevin Gerektirdiği Suçlar Sebebiyle Cezai Sorumluluğu.....	99
3.2. Gizli Soruşturmacı' nın Örgütün İşlemiş Olduğu Suçlar Sebebiyle Cezai Sorumluluğu.....	104
3.3. Gizli Soruşturmacı' nın Görevi Sırasında İşlemiş Olduğu Suçlar Sebebiyle Cezalandırılmasına Çözüm Arayışları.....	107
3.3.1.Kovuşturma Mecburiyeti İlkesi Bakımından Çözüm Arayışları...	107
3.3.2.Maslahata Uygunluk İlkesi Bakımından Çözüm Arayışları.....	109
3.3.2.1.5271 sayılı CMK' nun 171. Maddesinin Gizli Soruşturmacı Bakımından Değerlendirilmesi.....	110
3.3.2.1.1.Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Bulunması.....	110
3.3.2.1.2.Etkin Pişmanlık Halleri.....	112
3.3.2.1.2.1.5237 sayılı TCK' nun 221.Maddesinde Düzenlenen Etkin Pişmanlık Halleri.....	113
3.3.2.1.2.1.1. Örgütün faaliyeti kapsamında herhangi bir suçun işlenmesinden önceki etkin pişmanlık.....	113
3.3.2.1.2.1.2. Örgütün faaliyeti kapsamında herhangi bir suçun işlenmesinden sonraki etkin pişmanlık.....	114
3.3.3.Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Hükümlerinin Uygulanabilirliği.....	115
3.3.3.1. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesinin Gizli Soruşturmacı Tarafından İşlenen Suçlar Bakımından Uygulanabilirliği.....	117
3.3.4.Şikayet Şartı.....	118
3.3.5.Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Uygulanabilirliği.....	120

3.3.5.1. Kanun Hükümünü Yerine Getirme.....	120
3.3.5.2. Yetkili Merciiin Emrini Yerine Getirme.....	123
3.3.5.3. Zorunluluk Hali.....	126
3.3.5.4. Meşru Savunma.....	128
SONUÇ.....	131
KAYNAKÇA.....	136

KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	:	Ankara Barosu Dergisi
a. g. e.	:	Adı Geçen Eser
a. g. m.	:	Adı Geçen Makale
AİHM	:	Avrupa Birliği İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:	Avrupa Birliği İnsan Hakları Sözleşmesi
Al. CMUK	:	Alman Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	:	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
Bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
CD	:	Ceza Dairesi
CGK	:	Ceza Genel Kurulu
CMK	:	5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	:	1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
ÇASÖMK	:	4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu
DGM	:	Devlet Güvenlik Mahkemesi
E.	:	Esas
GÜHFD	:	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HSYK	:	Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
İÜHF	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜHFY	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
K.	:	Karar
KvTVKK	:	2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu

md.	:	Madde
MÜHF	:	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
PVSK	:	2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu
S.	:	Sayı
s.	:	Sayfa
TBB	:	Türkiye Barolar Birliği
TBBD	:	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TMK	:	3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖRGÜTLÜ SUÇLAR

1.1. Örgüt Kavramı

Sözlük anlamı olarak örgüt, ortak bir amaç veya işi gerçekleştirmek için bir araya gelmiş kurumların veya kişilerin oluşturduğu birlik, teşekkül, teşkilat anlamına gelmektedir¹. Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçla Mücadele Daire Başkanlığı' nın hazırlamış olduğu Kaçakçılık ve Organize Suç Terimleri Sözlüğü' nde de örgüt, bir amacı gerçekleştirmek üzere oluşturulmuş kuruluş, teşkilat, teşekkül olarak tanımlanmıştır².

Aslında örgüt, hem sosyolojik hem de hukuki niteliğe sahip bir olgudur. Sosyolojik olarak örgüt, kişilerden bağımsız temeller üzerine yapılanmış ve belirli hedeflere ulaşmak için kurulan büyük bir insan topluluğudur³. Diğer bir tanımlama “ suçluluğa yatkın ve yönelmiş, yapılaştırılmış gruplarca gerçekleştirilen davranış ve tutumları belirtir”⁴ şeklindedir. Sosyolojik yönden yapılmış olan bu tanım esas alınarak yapılacak olan hukuki bir tanımlama şüphesiz ki yetersiz olacaktır. Çünkü örgüt oluşumuna ceza hukuku alanında bir yaptırımın uygulanması amacı, bu tanımın mümkün olduğu ölçüde belirsizlikten

¹ Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük 1*, Ankara, 1998, s. 1736.

² *Kaçakçılık ve Organize Suç Terimleri Sözlüğü*, KOM Yayınları, Ankara, 2002, s. 209.

³ Anthony Giddens, *Sosyoloji*, Yayına Hazırlayanlar: Hüseyin Özel, Cemal Güzel, Ankara, Ayraç Yayınevi, 2000, s. 304.

⁴ Sulhi Dönmezer, “ *Organize Suçlulukla Mücadele* ”, Kemal Oğuzman' a Armağan, İstanbul, GÜHFD, S. 1, (2002), s. 6.

uzak, uluslar arası örgütler, kanun koyucular ve kişiler tarafından kolaylıkla anlaşılabilir şekilde yapılması gerekliliğini ve somut olaylara uygulanma bakımından elverişliliğini zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda yapılacak olan hukuki tanım, ceza hukukunun temel ilkeleri karşısında bir hareket unsurunu ve bunun manevi unsurla birleştirilmesini yansıtmalıdır. Ayrıca bu birleşme sosyal bir zarar meydana getirmeli veya getirme tehlikesini taşıması halinde cezalandırma kabul edilmelidir⁵. Bu sebeple örgüt kavramının hukuki olarak tanımlanması zorunludur. Yargıtay bazı kararlarında örgütü “ kendilerine haksız çıkar sağlamak amacıyla süreklilik ve eylemli ortaklık unsurlarını içerecek biçimde suç örgütü oluşturulduğundan”⁶ şeklinde tanımlamıştır. Bu tanım incelendiğinde örgütün oluşması için belirsiz sayıda kişinin süreklilik amacı taşıyarak belirsiz sayıda suçları işleyerek haksız çıkar sağlamak için aralarında bir iş bölümü ve emir komuta zincirinin varlığının gerekli görüldüğü bir birlik olduğu görülmektedir.

1.1.1. Örgütlü Suç Kavramı

Örgütlü suç kavramı dünyada mafya türü birleşmeler için kullanılmaktadır. Bu kullanım büyük ölçüde genellik taşımasına rağmen, organize suç örgütlerinin yapısal özellikleri ve faaliyet alanları incelendiğinde, her ülkenin sahip olduğu sosyo- kültürel ve siyasi yapıya göre farklılık arz ettiği görülmektedir. Bu sebeple genel ve ortak özellikler taşımalarına rağmen, her ülkede bir öncekinden farklı bir örgütlü suç tanımı vermek mümkündür⁷.

Örgütlü suç kavramını karşılamak üzere organize suç, organize suçluluk, örgütlü suçluluk, mafya, çete gibi kavramların kullanıldığı görülmektedir⁸. Her ne kadar bu kavramlar birbirleri yerine kullanılıyor olsalar da, doktrinde örgütlü suç terimine en yakın anlamın organize suç olduğu kabul edilmektedir. Zira 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu’ nun Yürürlükte olduğu

⁵ Sulhi Dönmezer, a. g. m. , s. 6.

⁶ Yargıtay 8. CD, 2000/ 20133E. , 2000/ 21170 K. , Sulhi Dönmezer, “ Türkiye’ de Organize Suçlulukla Mücadelenin Esasları” , Kemal Oğuzman’ a Armağan, İstanbul, GÜHFD, S. 1 (2002), s. 17.

⁷ Ümit Kocasakal, “ Organize Suçluluğun Tanımı, Özellikleri ve Kapsamı”, Kemal Oğuzman’ a Armağan, İstanbul, GÜHFD, S.1, (2002), s. 130.

⁸ Ümit Ceylan, *Organize Suçluluk ve Çıkar Amaçlı Örgüt Suçu*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s. 4.

dönemde, organize suç teriminin, örgütlü suç kavramının karşılığı olarak kullanıldığı görülmektedir.

Örgütlü suç çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Bu tanımlamaların bazılarına göre örgütlü suç: Belli bir teşekkül, örgüt ya da organizasyon tarafından işlenen suç demektir⁹. Diğer bir ifadeyle, “ kamu düzenini bozduğu varsayılan aynı amaca yönelik suçları işlemek için ‘ iştirak kavramını aşan’ şekilde birden fazla kişi tarafından kurulmuş disiplinli, sürekli ve hiyerarşik düzene sahip örgütlenme olarak tanımlanmaktadır”¹⁰.

Bir başka örgütlü suç tanımı: “ Birden çok kişinin belli bir disipline ve hiyerarşik düzene bağlı ve sürekli olarak kamu düzenini bozduğu kabul edilen suçları işlemek için oluşturduğu örgütlenmedir”¹¹ şeklinde yapılmıştır.

Diğer bir tanım da ise örgütlü suç: “ En geniş anlamı ile birden çok profesyonel suçlunun hiyerarşik düzende belirli bir disiplin uygulayarak, süreklilik özelliği içinde çoğunlukla aynı amaca yönelik bulunan ve kamu düzenini bozduğu varsayılan suçları işlemek için oluşturdukları örgütlerdir”¹².

Örgütlü suçun bir diğer tanımı da “ faillerin amaçlarına ulaşmak için şiddete başvurdukları veya dışarıya karşı güçlü bir koruma mekanizması meydana getirdikleri, komploya dayalı olarak faaliyet gösterdikleri ve kapalı bir topluluk oluşturdukları suçtur”¹³.

Yukarıda yaptığımız tanımların sayıca fazla oluşundan anlaşıldığı gibi, örgütlü suçun herkes tarafından kabul edilen bir tanımı yapılamamıştır. Hukuk sistemleri arasında yeknesaklık sağlamak ve herkes tarafından kabul edilen bir örgütlü suç tanımını belirlemek amacıyla bazı çalışmaların yapıldığı görülmektedir.

⁹ Ali Şafak, *Suç Organizasyonu ve Kovuşturma Usulü*, Ankara, Polis Akademisi Başkanlığı Yayınları, 2003, s. 3.

¹⁰ Çetin Özek, “Organize Suç”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’ e Armağan, İstanbul, İÜHFY, 1998, s. 195.

¹¹ Turgut Kazan, “ Çete, Örgüt, Gizli İttifak, Toplu Suç Kavramları; Mukayeseli Hukukta Mevcut Özel Hükümler ve Türk Hukuku”, Hukuk Kurultayı 2000, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, s. 149.

¹² Sedat Güner, *Organize Suç Örgütleri ve Kara Para Aklanması*, Ankara, Bilgi Yayınları, 2003, s. 48.

¹³ M. Ruhan Erdem, “ Ceza Muhakemesinde Tehlikede Bulunan Tanıkların Korunması”, İzmir Barosu Dergisi, İzmir, Yıl: 60, Sayı: 3, Temmuz 1995, s. 53- 54.

1.1.1.1. Bazı Batılı Ülkeler Tarafından Kabul Edilen Örgütlü Suç Tanımı

Almanya, Avusturya gibi bazı batı Avrupa ülkelerinde örgütlü suçlarla ilgili olarak yapılan araştırmalar sonucunda genel kabul gören ve yasalarda yer alan örgütlü suç: “ Münferiden veya topluca, yüksek bir önemi haiz suçların belli bir plana göre, birçok kişi tarafından, uzun veya belirsiz bir süre, iş bölümü esasına göre;

- a) Mesleki veya ticari benzer yapıların kullanılması veya,
- b) Cebir ya da korkutucu diğer araçların kullanılması veya,
- c) Siyaset, basın, kamu idaresi, adliye ve ekonomi üzerinde etkide bulunarak, kazanç veya güç elde edilmesidir”¹⁴

şeklinde tanımlanmıştır.

1.1.1.2. Leipzig Kriterleri

Uluslararası alanda geçerli olabilecek ortak kriterlerin belirlenmesi amacıyla Avrupa Organize Suçlulukla Mücadele Çalışma Grubunun, 28- 31 Mart 1996 tarihinde Almanya’ nın Leipzig şehrinde yapmış oldukları toplantı sonucunda örgütlü suç kriterleri:

1. Haksız bir kazanç elde etme amacıyla işlevsel olarak bir araya getirilen ve aralarında hiyerarşik bir bağ bulunan elemanların varlığı,
2. Mevcut organizasyonun sahip olduğu ve kendi arasında uyguladığı bir yaptırım mekanizmasının varlığı,
3. Kamu ve özel sektöre nüfuz edilmesi,
4. Şiddete başvurulması,
5. Suç işleminin konusunda bir sürekliliğin varlığı,
6. İşlenen suç sonucunda bir kazancın elde edilmesi,
7. Paravan firmalar kurularak işlenen faaliyetlerini sürdürme,

¹⁴ Adem Sözüer, “ Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu Suçlulukla Mücadele İle İlgili Gelişmeler” , Hukuk Araştırmaları, İstanbul MÜHF, C. 9, S. 1- 3, 1995. , s. 256.

8. Suç sonucunda elde edilen ekonomik kazançların aklanması¹⁵, şeklinde belirlenmiştir¹⁶.

1.1.1.3. Avrupa Konseyi Tarafından Yapılan Örgütlü Suç Tanımı

Avrupa Konseyi' nin, Avrupa Birliği Sözleşmesine dayanarak, “ Avrupa Birliği Üye Devletlerinde Suç Örgütlerine Üye Olmanın Cezalandırılabilirliğine İlişkin Kabul Ettiği Ortak Eylem Kararı” nda suç örgütünün tanımı yapılmıştır. 21. 12. 1998 tarihli Ortak Eylem Kararı' nın 1. Maddesinin 1. Fıkrasında verilen suç örgütü tanımı: “ Kendi içinde bir amaç veya maddi çıkar sağlamak ve duruma göre kamusal mercilerin işleyişini hukuka aykırı olarak etkilemek için bir araç olarak en az dört yıllık bir hürriyeti bağlayıcı ceza veya emniyet tedbiri ile cezalandırılabilen suçları işlemek için anlaşarak faaliyet gösteren ikiden fazla kişinin uzunca süreli oluşturduğu örgüttür”¹⁷.

1.1.1.4. Avrupa Birliği Tarafından Yapılan Örgütlü Suç Tanımı

1999 yılında Avrupa Birliği, örgütlü suçlarla ilgili kriterler belirlemiş, ve bu kriterleri kendi aralarında zorunlu ve seçimlik kriterler olarak bir ayrıma tabi tutmuştur. Zorunlu kriterler incelendiğinde, bu kriterlere uygun bir suç örgütü: “Kazanç ve/ veya güç elde etme amacını taşıyarak ağır suçlardan mahkûm olan veya ağır suç şüphesi altında bulunan en az üç ve daha fazla kişinin çok uzun veya belirsiz bir süre için meydana getirdikleri işbirliğidir” şeklinde tanımlanmıştır.

Seçimlik kriterleri ise,

- Örgüte her katılan kişinin, örgüt içerisinde belirlenen, belirli bir yeri veya rolünün bulunması,
- Örgüt içerisinde belirli bir disiplin veya denetim mekanizmasının varlığı,

¹⁵ Organize suç örgütlerinin işlemiş oldukları suçlar sonucunda elde ettikleri ekonomik kazançlar kara para olarak adlandırılır. Bu örgütlerin elde ettikleri kazançları yasal yollardan kazanılmış gibi göstermesi için giriştikleri faaliyetlere de kara para aklanması denir. Organize suç örgütlerinin kara para aklama faaliyetleri sırasında izledikleri yollardan birisi, kurdukları paravan şirketler aracılığı ile, sözde, yasal çerçevede içerisindedir giriştikleri ticari faaliyetlerdir. Kara para aklama yöntemlerine verilecek diğer örnekler olarak nakit para kaçakçılığı, banka temsilcilikleri ve finans kurumlarının ve bankaların kullanılması, vergi cennetleri ve kıyı bankacılığı olan bölgelere transfer, döviz büfelerinin kullanılması, para ve sermaye araçları kullanılması gösterilebilir. Bkz. Sedat Güner, a. g. e. s. 206- 251.

¹⁶ Ümit Ceylan, a. g. e. , s. 33- 34.

¹⁷ Vesile Sonay Evik, *Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu*, İstanbul, Beta Yayınları, 2004, s. 77.

- Siyaseti, medyayı, kamu idarelerini, güvenlik birimlerini, yargıyı veya ekonomiyi yolsuzluk veya diğer yöntemleri kullanarak etkileme çabası,
- Ticari yapılanma görüntüsü,
- Kara para aklama faaliyetlerini yürütmek,
- Uluslar arası düzeyde faaliyet göstermek, şeklinde sıralamak mümkündür¹⁸.

1.1.1.5. Birleşmiş Milletler Örgütü Tarafından Yapılan Örgütlü Suç Tanımı

Suç örgütü kavramının tüm dünya ülkeleri tarafından kabul edilen bir tanımının yapılması ve örgütlü suçlarla mücadelede ulusal sistemler arasındaki farklılıkları ortadan kaldırmak amaçları doğrultusunda 12- 15 Aralık 2000 tarihinde İtalya' nın Palermo şehrinde yapılan toplantı sonucunda kabul edilen Sınır aşan Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi¹⁹, Birleşmiş Milletlerin, örgütlü suç konusunda almış olduğu bağlayıcı ilk karar olması sebebiyle ayrı bir önem arz etmektedir.

Sözleşmenin “ Tanımlar” başlığını taşıyan 2. Maddesinin “ a” Fıkrasında “ örgütlü suç” grubu: “ Doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri varolan ve bu sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasa dışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış bir grup anlamına gelir”²⁰ şeklinde tanımlanmıştır. Bu maddede kullanılan “ belli bir süreden beri var olan” ve “ yapılanmış” ibarelerinin, örgütün varlığının hakimce takdir edilecek bir zaman ve yapılanma unsuruna işaret ettiği belirtilmektedir²¹.

¹⁸ Ümit Ceylan, a. g. e. s. 36.

¹⁹ Bu Sözleşme TBMM tarafından 30/ 01/ 2003 Tarih ve 4800 sayılı Kanunla uygun bulunmuş ve 04/ 02/ 2003 tarihinde Resmi Gazete’ de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁰ Sınır aşan Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, http://64.233.183.104/search?q=cache:eyR5T7BpSQJ:www.undp.ro/governance/Best%2520Practice%2520Manuals/docs/Turkey_UN_Convention.doc+palermo+s%C3%B6zleşme%2520Sözleşmesi&hl=tr&ct=clnk&cd=1&gl=tr

²¹ Taner Pamuk, “ Çıkar Amaçlı Suç Örgütü ve Bu Örgüte İlişkin Suç Olarak Düzenlenen Fiillerin Türk Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir, 2003, s. 33.

Aynı maddenin “ b” Fıkrasında ise ağır suç: “ Üst sınırı dört yıl veya daha fazla hürriyetten mahrumiyeti veya daha ağır bir cezayı gerektiren bir suç oluşturduğu davranış anlamına gelir”²² şeklinde tanımlanmıştır.

Sözleşmenin 5. maddesi akit devletlerin şu fiilleri mevzuatlarında suç haline getirmeleri zorunluluğunu belirtmektedir:

- Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak mali veya maddi bir yarar elde etmek üzere ciddi bir cürüm işlemek maksadıyla bir veya daha fazla kişi ile mutabık kalınarak ve milli kanun gerektirdiğinde anlaşmanın yürütülmesi veya örgütlü bir suçlu grubuna katılmayı ifade eden bir fiili icra etmek,
- Bilerek bir örgütlü suçlu grubunun faaliyetlerine iştirak etmek,
- İştirakçinin, suç hedefinin gerçekleşmesine katkı sağlayacağını bilerek diğer faaliyetlerde bulunmak,
- Örgütlü bir suçlu grubunu ciddi bir suçun icrası için teşkilatlandırmak, yönetmek, yardımda bulunmak, kolaylaştırmak, tavsiyede bulunmak.

Sözleşmeye göre akit devletlerin herhangi bir örgütlü suç grubuna katılım, kara paranın aklanması, yolsuzluk ve adaletin engellenmesi fiillerini suç saymalarını ve bu sözleşmenin 8. Maddesi uyarınca “ her taraf devlet uygun olduğu ve kendi yasal sistemiyle uyumlu olduğu kadarıyla, dürüstlüğü hâkim kılmak ve kamu görevlilerinin yolsuzluğunu önlemek, ortaya çıkarmak ve cezalandırmak için yasal, idari veya diğer etkin önlemleri alacaktır.”²³

Yukarıda vermiş olduğumuz tanımlar birlikte incelendiğinde, örgütlü suç tanımının ülkeden ülkeye ve hatta kişiden kişiye değişmekte olduğu görülmektedir. Bu farklılaşmanın sebebinin, suç örgütlerinin buldukları ülkelerin tarihi, sosyal, kültürel ve siyasi yapısındaki farklılık olduğu söylenebilir. Bu sebeple örgütlü suçun tam ve herkes tarafından kabul gören bir tanımlanmış olmamakla birlikte, örgütlü suçtan söz edilebilmesi için, haksız çıkar sağlamak amacıyla ağır suçları planlı bir şekilde işlemek üzere, belli bir hiyerarşi

²²183.104/search?q=cache:eyR5T7BpSQJ:www.undp.ro/governance/Best%2520Practice%2520Manuals/docs/Turkey_UN_Convention.doc+palermo+s%C3%B6zleşme+C5%9Fmesi&hl=tr&ct=clnk&cd=1&gl=tr

²³ Ümit Ceylan, a. g. e. , s. 45

ve iş bölümü esasına göre bir araya gelmiş en az üç veya daha fazla kişinin devamlılık niteliğine sahip bir birleşmesi olduğunun ve bu birleşmenin şiddet ve yıldırma araç olarak kullanması gerektiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında “ Örgütlü Suç” adıyla bir suç düzenlenmemiş olmakla birlikte, yukarıdaki tanımları dikkate alan Türk kanun koyucusu, taraf olduğumuz Sınır aşan Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ ne uygun bir düzenleme yaparak, 5237 sayılı TCK’ nun “ suç işlemek amacıyla örgüt kurma” başlığını taşıyan 220. Maddesi’ nde, kurulmuş bir örgütün varlığı için bir araya gelen en az üç kişinin varlığını aramıştır²⁴.

1.1.2. Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu

Ülkemizde genel olarak “ Mafya” adıyla anılan örgütlü suç grupları ile mücadele, tarihsel süreç içerisinde değişik kanunlarda yer alan düzenlemeler çerçevesinde yapılmıştır. Bu bağlamda örgütlü suç grupları ile yapılan mücadele ilk olarak 765 sayılı TCK ve daha sonra 4422 sayılı ÇASÖMK ile birlikte gerçekleştirilmiştir. 4422 sayılı ÇASÖMK, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5230 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu tarihten sonra işlenen örgüt suçlarına genel olarak, örgütün çıkar amacı taşımaya bakılıp bakılmaksızın, 5237 sayılı TCK’ nun 220. maddesi uygulanacaktır. Bu sebeple çalışmamızın bundan sonraki bölümleri 5237 sayılı TCK’ nun 220. Maddesi çerçevesinde incelenecek, gerekli görülen yerlerde 4422 sayılı kanundaki ve 765 sayılı kanundaki düzenlemelere yer verilecektir.

1.1.2.1. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

765 sayılı TCK’ nun “ Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Meydana Getirenler” başlıklı 313. Maddesi’ nde düzenlenen suç, örgütlü suçla mücadeleye

²⁴ 5237 sayılı TCK’ nun 220. Maddesi’ nin 1. Fıkrası: “ Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması hâlinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir” hükmündedir.

uzun yıllar boyunca dayanak teşkil eden hüküm olması nedeniyle önem arz etmektedir²⁵.

Madde metni incelendiğinde, bu kanun kapsamında suç sayılan fiil cürüm işlemek için teşekkül oluşturmak olduğu görülmektedir. Bu maddede adı geçen teşekkülün oluşturulmasının amacı suç işlemekten ibaret olmakla birlikte, işlenmesi amaç edinilen suçun çıkar amacı taşıması şartının aranmamış olması ve bir yöntemden söz edilmemesi, bu madde çerçevesinde suç örgütleri ile yapılan mücadelenin yetersiz kalması sonucunu doğurmuştur²⁶.

1.1.2.2. 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu (ÇASÖMK) Dönemi

765 sayılı TCK' nun 313. Maddesinde yer alan mevcut düzenlemenin yetersiz kalması üzerine 1995 yılında, mafya tipi örgütlerle etkin mücadeleyi sağlamak amacıyla kanun değişikliği tasarlamak için bir komisyon teşkil edilmiş ve Sulhi Dönmezer' in başkanlığını yaptığı bu komisyon “ Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu” ön tasarısını hazırlamıştır. Bu tasarının kadük hale gelmesinden sonraki yasama döneminde geri çekilen kanun tasarısı, yine Dönmezer' in başkanlığını yaptığı bir komisyon teşkil edilerek mecliste yapılan bazı küçük değişiklikler sonucunda 30 Ağustos 1999 tarihinde TBMM' de kabul edilmiş ve 1 Eylül 1999 tarihinde de Resmi Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir²⁷.

²⁵ 765 sayılı TCK' nun 313. Maddesi, “ Her ne suretle olursa olsun cürüm işlemek için teşekkül oluşturanlara veya bu teşekküllere katılanlara bir yıldan iki yıla kadar ağır hapis cezası verilir.

Bu teşekkül halk arasında korku, endişe veya panik yaratmak veya siyasi veya sosyal bir görüşten kaynaklanan amaçla veya âmmenin selameti aleyhine cürümlerle kasden adam öldürmek veya yağma ve yol kesmek ve adam kaldırmak cürümlerini işlemek için meydana getirilmişse, verilecek ceza bir yıldan üç yıla kadar ağır hapidir.

Teşekkül mensupları dağlarda ve kırlarda veya genel yollarda veya meskûn yerlerde içlerinden iki veya daha fazlası silahlı olarak dolaşır veya buluşma yerlerinde veya emin bir yerde silah saklarsa; birinci fıkradaki halde bir yıldan üç yıla, ikinci fıkradaki halde iki yıldan dört yıla kadar ağır hapis cezası verilir.

Teşekkülün yöneticileri hakkında yukarıdaki fıkralar uyarınca hükmedilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.

Teşekkül mensuplarının teşekkülün amacına yönelik cürüm işlemleri halinde, verilecek cezaların toplamı en ağır cezayı gerektiren fiilin cezasının azamî haddini geçemez.

Bu maddede yazılı teşekkül, iki veya daha fazla kimsenin birlikte cürüm işlemek amacı etrafında birleşmesi ile oluşur.” şeklinde düzenlenmişti.

²⁶ M. Naci Ünver, *Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak*, 2. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s. 5.

²⁷ Sulhi Dönmezer, “ Türkiye'de Organize Suçlulukla Mücadelenin Esasları”, s. 12.

765 sayılı TCK' nun 313. Maddesi ile 4422 sayılı ÇASÖMK' nun 1. Maddesinde²⁸ yer alan düzenleme beraber incelendiğinde, bu iki madde arasındaki en temel farkın “ çıkar amacı” olduğu görülmektedir. Çünkü 765 sayılı TCK' nun 313. maddesindeki suçun oluşması için çıkar amacının varlığı temel bir gereklilik değildir. Oysa 4422 sayılı kanunun 1. Maddesinde tarifi yapılmış olan suçun oluşması için “ çıkar amacı” olmazsa olmaz bir koşuldur. Ayrıca 4422 sayılı Kanun' un 1. Maddesinde yer alan suçun oluşması için tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak suretiyle, korkutma ve yıldırma gücü kullanma gibi yöntemlerin varlığına gerek duyulduğu halde 765 sayılı TCK' nun 313. Maddesinde düzenlenen suçun oluşması için bu yöntemlerin varlığı gerekli görülmemiştir²⁹. 765 sayılı TCK' nun 313. Maddesinin 6. Fıkrası gereğince, bir teşekkülün oluşmuş sayılabilmesi için bir araya kişi sayısının en az iki kişi olduğu belirtilmişken, 4422 sayılı kanunun 1. Maddesinde bir örgütün kurulmuş sayılabilmesi için bir araya gelmesi gereken kişi sayısı belirtilmemiştir. Diğer taraftan 4422 sayılı Kanun' un 17. Maddesinde yer alan “ Türk Ceza Kanununda ve diğer özel kanunlarda tanımlanmış olan örgütlü suçlar hakkındaki hükümler saklıdır” hükmü bu iki kanunun kapsam itibarıyla farkını açıkça ortaya koymaktaydı.

²⁸ 4422 sayılı ÇASÖMK' nun 1. Maddesi: ““Doğrudan veya dolaylı biçimde bir kurumun, kuruluşun veya teşebbüsün yönetim ve denetimini ele geçirmek, kamu hizmetlerinde, basın ve yayın kuruluşları üzerinde, ihale, imtiyaz ve ruhsat işlemlerinde nüfuz ve denetim elde etmek, ekonomik faaliyetlerde kartel ve tröst yaratmak, madde ve eşyanın azalmasını ve darlığını, fiyatların düşmesini veya artmasını temin etmek, kendilerine veya başkalarına haksız çıkar sağlamak, seçimlerde oy elde etmek veya seçimleri engellemek amacıyla "tehdit, baskı, cebir veya şiddet" uygulamak suretiyle yıldırma veya korkutma veya sindirme gücünü kullanarak suç işlemek için örgüt kuranlara veya örgütü yönetenlere veya örgüt adına faaliyette bulunanlara veya bilerek hizmet yüklenenlere sadece bu nedenle üç yıldan altı yıla kadar; örgüte üye olanlara iki yıldan dört yıla kadar ağır hapis cezası verilir.

Örgüt silahlı ise, yukarıda yazılı hallerde verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır. Henüz hiç bir silahlı eyleme teşebbüs edilmemiş olsa bile, silahlar veya patlayıcı maddeler örgütün amaçları doğrultusunda hazırlanmış veya elde bulundurulmuş ise, örgüt silahlı sayılır.

Suç faili, memur veya kamu hizmetiyle görevli kimse ise yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarıdan bir katına kadar artırılır.

Suçun işlenmesine ayrılan veya suçun işlenmesinde kullanılan veya suçtan doğan değer veya ürünlerin veya bunlar yerine geçen şeylerin ve müsaderesi gereken her türlü eşyanın gelirlerinin veya suçtan doğan her türlü yararın Devlete intikaline hükmolunur.

Bu madde hükümleri, nasıl adlandırılırsa adlandırılısın, amaçları yukarıda tanımlanan örgütlerle aynı olan ve yıldırma veya korkutma veya sindirme gücünü kullanan açık veya gizli örgütlere de uygulanır.

Örgüt mensuplarınca veya örgüt adına örgüt üyesi olmayanlar tarafından birinci fıkrada gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere işlenen suçların ve 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 296 ncı maddesinde öngörülen cezaları üçte birden yarıya kadar artırılır.

Bu Kanunda öngörülen suçları işleyen veya örgütlerin eylemlerini, amaçlarını, hedeflerini, bu kişi veya örgütlere haksız çıkar sağlamak veya örgütün korkutma, sindirme, yıldırma gücünü artırmak amacıyla yazılı, sesli veya görsel yayın araçlarıyla yayımlanan veya her ne suretle olursa olsun propagandasını yapan hakkında iki yıldan dört yıla kadar ağır hapis ve birmilyar liradan beşmilyar liraya kadar ağır para cezasına hükmolunur. Ayrıca yayının organının faaliyetlerinin bir günden üç güne kadar durdurulmasına karar verilir.

²⁹ M. Naci Ünver, a. g. e. s. 16.

4422 sayılı ÇASÖMK' nun 2 ila 10. Maddeleri arasında, örgütlü suçlarla daha etkili bir mücadele sağlamak amacıyla, 765 sayılı TCK' da düzenlenmeyen, bazı güvenlik tedbirleri ilk kez kabul edilmişti. Bu çalışmamızın ana konusunu oluşturan “ gizli soruşturmacı görevlendirilmesi” ni de içeren bu tedbirleri; iletişimin dinlenmesi, gizli izleme, kayıt ve verilerin incelenmesi, gizli görevli (soruşturmacı) kullanılması, hak ve alacaklara ilişkin tedbirler, tanığın ve görevlilerin korunması ve yurt dışına çıkma yasağı olarak sıralamak mümkündür.

765 sayılı TCK ile 4422 sayılı ÇASÖMK arasında var olan kapsam bakımından farklılık, uygulamada bazı aksaklıkların yaşanmasına sebebiyet veriyordu. 4422 sayılı Kanunda yer alan yeni güvenlik tedbirleri, sadece bu kanun kapsamına giren örgütlere yönelik olarak uygulanabiliyordu. Fakat en az bu örgütler kadar tehlikeli olan ve 765 sayılı TCK' nun kapsamına giren örgütlerle mücadelede bu güvenlik tedbirleri uygulanamıyordu. Bu tarz bir düzenleme uygulamada iki başlılığın oluşmasına sebebiyet vermekteydi. Eğer mevcut suç örgütünde çıkar amacı varsa 4422 sayılı ÇASÖMK, yoksa 765 sayılı TCK' nu uygulanmaktaydı. Bu iki başlılık yargı kararlarına bile yansımaktaydı³⁰.

1.1.2.3. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

5237 sayılı TCK' nun da “ Suç işlemek amacıyla örgüt kurma” başlıklı 220. Maddesinde³¹ düzenlenen suç, tek başına toplumda heyecan ve kargaşa oluşturduğu için işlenmesi istenen amaç suçlardan bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir³². Bu madde kapsamında düzenlenen suçlar: Suç işlemek amacıyla örgüt kurma veya yönetme, üye olma, örgütün veya amacının propagandasını

³⁰ Yargıtay 8. CD. , 30. 04. 2001, 4793 E. , 9868 K.

³¹ 5237 sayılı TCK' nun 220. Maddesi: “(1) Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması hâlinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.

(2) Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Örgütün silâhlı olması hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza dörtte birinden yarısına kadar artırılır.

(4) Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi hâlinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur.

(5) Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.

(6) Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan dolayı cezalandırılır.

(7) Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır.

(8) Örgütün veya amacının propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.” Hükmündedir.

³² Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükmeler*, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2006, s. 451.

yapma suçlarıdır. Bu suç 5237 sayılı TCK' nun İkinci Kitabının Üçüncü Kısımında “ Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlığını taşıyan Beşinci Bölümde düzenlenmiştir. Bu sebeple bu suçla korunan hukuki yarar kamu güvenliği ve barışıdır. Kamu güvenliğinin ve barışının bozulması durumunda kişilerin barış içinde ve güvenli bir biçimde yaşama hakkı ihlal edilmiş olacaktır³³. Ayrıca bu düzenlemeyle bireylerin Anayasa’ da güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerine yönelik fiillere karşı da korunması amaçlanmıştır³⁴.

1.1.2.3.1. Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçunun Maddi Unsuru

5237 sayılı TCK' nun 220. Maddesinde düzenlenmiş bulunan suçun maddi unsuru: En az üç kişinin bir araya gelerek kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla anlaşmalarıdır.

5237 sayılı TCK' nun 220. Maddesine karşılık gelen 765 sayılı TCK' nun 313. Maddesinde yer alan bu suçun soyut tehlike suçu olduğu ileri sürülmekte ve suçla korunan hukuki değer somut olarak tehlikeye maruz kalması aranmamaktaydı.

5237 sayılı TCK' nun 220. Maddesinde düzenlenen suç ise somut tehlike suçudur³⁵. Her ne kadar belli bir amaç için suç işlemek üzere devamlı olarak fiilen birleşme suretiyle örgüt kurulmuş olsa da, güdülen amaç bakımından somut bir tehlike oluşmayabilir. Bu nedenle örgüt yapısı, sahip olduğu üye sayısı ile araç ve gereçleri bakımından, amaçlanan suçları işlemeye elverişli olmalıdır.

Burada açıklanması gereken bir husus vardır. Kanaatimizce somut tehlike suçlarında, kanunda yer alan tanıma uygun bir şekilde icra edilen fiilin suçun konusu açısından somut bir tehlike meydana getirmesi, bu tür suçlar açısından bir

³³ Ümit Ceylan, a. g. e. , s. 103. , Ahmet Gökçen, “ Kamu Barışına Karşı Suçlar”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/118.doc>, Doğan Soyaslan, a. g. e. , s. 451.

³⁴ Haydar Erol, *Gerekçeli, Açıklamalı, İctihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara, Yayın Matbaacılık, 2005, s. 1074. , Çetin Özek, a. g. m. , s. 195. , İzzet Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2002, s. 272.

³⁵ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2005, s. 969, V. Sonay Evik, a. g. e. , s. 192. , Haydar Erol, a. g. e. , s. 1074. , Ahmet Gökçen, a. g. m. , s. 15.

unsur değil, bir cezalandırılabilme şartıdır. Bu sebeple TCK' nun 220. Maddesinde düzenlenmiş olan “ suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu” nda örgütün kurulmuş olmasıyla birlikte suç oluşmuştur. Çünkü bu fiilin gerçekleşmesiyle birlikte kanunda yer alan tarife uygun fiil, haksızlık teşkil edecek şekilde gerçekleşmiştir. Ancak örgütün sadece kurulmuş olması , fakat amaç edindiği suçları işlemeye elverişsiz olması durumunda somut bir tehlikenin gerçekleşmesi de söz konusu olamayacağı için, buradaki somut tehlikenin oluşumu bir objektif cezalandırılabilme şartıdır³⁶.

Bu suç aynı zamanda seçimlik hareketli bir suçtur. Kanunda yer alan seçimlik hareketler: Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kurmak veya yönetmek, bu örgüte üye olmak, örgüt adına suç işlemek, örgüte bilerek ve isteyerek yardım etmek ve örgütün propagandasını yapmaktır. Bu seçimlik hareketlerden herhangi birisinin yapılmış olması suçun oluşması için yeterlidir.

Bilindiği gibi 5237 sayılı TCK cürüm ve kabahat ayrımını kaldırmış ve kabahat olarak nitelediği suçları 5326 sayılı Kabahatler Kanunu kapsamında düzenlemiştir. Bu kanunun “ İdari Yaptırımlar” başlığını taşıyan Üçüncü Bölümü incelendiğinde, kabahat türü suçlara idari yaptırımların uygulanacağı görülmektedir. Bu sebeple Kabahatler Kanunu kapsamında bir suçun işlenmesi için oluşturulacak bir örgütün 5237 sayılı TCK' nun 220. Maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz³⁷.

TCK' nun 220. Maddesinin 1. Fıkrası “ Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler... cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir. Bilindiği üzere suçlar ve cezalar ancak kanunla düzenlenebilir. Bu sebeple mevcut durumun madde metninde tekrar edilmesi gereksiz gözükmektedir. Çünkü madde metninde kullanılan bu ifade ile zaten geçerli bir kuralın tekrar edilmesinin ötesinde bir yarar sağlanamamıştır. Bu maddenin, kanunun TBMM Adalet Komisyonu' nda kabul edilen metninde olduğu gibi, “

³⁶ İzzet Özgenç, TCK Gazi Şerhi, s. 225.

³⁷ İzzet Özgenç, TCK Gazi Şerhi, s. 225, Fahrettin Demirağ, *Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu*, Ankara, TBB yayınları, 2006, s. 362.

suç işlemek amacıyla...” şeklinde olmasının daha yerinde bir ifade olacağı kanaatindeyiz³⁸.

Kanun koyucu, örgüt kurmak veya yönetmek suçunu yine aynı fıkrada düzenlemiştir. Burada kanun koyucu, bu suçun zarar verdiği hukuki değerın önemini korumak gayesiyle, örgüt kurmayı veya yönetmeyi aynı derecede yaptırırına tabi tutmuştur. Zira gerek bir suç örgütünü kurmak ve gerekse hâlihazırda kurulmuş bir suç örgütünü yönetmek arasında pek bir farkın bulunmadığı ortadadır. Her iki fiili gerçekleştiren kişilerde bulunan amaç, sonuç olarak suç işlemek amacıyla bir örgüt vücuda getirmektir. Bu örgütün kurulması aşamasında bu fiili işleyenler, aynı zamanda zaten yönetim faaliyetlerini de üstlenmişlerdir. Hâlihazırda kurulmuş bir örgütü yönetenler ise, örgütün varlığının devamını gerek verdikleri talimatlar ve gerekse örgüt yapısının korunması ve geliştirilmesi konusunda işledikleri fiiller ile sağlamaktadırlar³⁹.

Daha önce de değindiğimiz gibi bu maddede düzenlenen suçun cezalandırılabilmesi için amaç edinilen suçları işlemek üzere fiili birleşmeler yeterli görülmeverek, fiili birleşmeye ilave olarak, örgütün yapısı, sahip buldukları üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olmaları gerekmektedir. Burada elverişlilikten anlaşılması gereken somut olay elverişliliğidir. Mevcut şartlar içerisinde örgütün üyeleri, ellerindeki araçlarla, amaç edindikleri suçu işleyip arzu ettikleri neticeleri gerçekleştirebileceklerse bu durumda somut olay elverişliliğinin varlığı kabul edilecek ve failer cezalandırılacaklardır. Elverişliliğın varlığı suçun işlendiği zamana ve yere göre belirlenir⁴⁰. Söz gelimi devletin ülke bütünlüğünü bozmayı amaç edinen üç kişinin bir araya gelmesi, bu suç açısından somut bir tehlike yaratmayabilir ve bu yüzden elverişsizdir. Buna karşılık aynı sayıda kişinin uyuşturucu ticareti yapmak maksadıyla bir araya gelmesi halinde ise elverişlilik şartının gerçekleştiği düşünülebilir.

³⁸ Bkz. Aynı görüş. İzzet Özgenç, TCK Gazi Şerhi, s. 967.

³⁹ 765 sayılı TCK’nda örgüt yöneticisi olmak temel cezayı ağırlaştırıcı sebep olarak kabul edilmişken, 4422 sayılı ÇASÖMK’nda örgüt kurmak ve yönetmek aynı ceza ile cezalandırılmıştı.

⁴⁰ Doğan Soyaslan, a. g. e. , s. 452.

1.1.2.3.2. Örgüt Kurma Fiilinin Cezalandırma İçin Yeterli Olması

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu, niteliği itibarıyla, bir amaç suçtur. Bu sebeple suç işleme amacıyla örgüt kurma suçu, işlenmek istenen suçlardan bağımsız olarak cezalandırılır. Yani örgüt kurulmuş olmakla birlikte, amaç edindiği suçları işlemeye elverişli olması şartıyla, henüz hiçbir suç işlememiş olsa bile cezalandırma yoluna gidilecektir.

Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgütün, amaç edindiği suçlardan birisini işlemiş olması halinde, gerçek içtima kurallarının uygulanması yoluna gidilecektir. Bu durum 220. maddenin 4. fıkrasında “ Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi hâlinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur” şeklinde açıkça belirtilmiştir. Bu durumda hem örgüt kurma suçunun cezası ve hem de amaç suçun cezası ayrı ayrı verilecektir.

Bir hareketin cezalandırılabilmesi için en azından teşebbüs aşamasında kalması gerekmektedir. Teşebbüs için aranan birinci şart ise, gerçekleştirilen fiilin icra hareketi niteliğinde olmasıdır. Suça teşebbüsten söz edebilmek için en azından o suçun kanuni tarifindeki icra hareketlerine başlanmış olması gerekir. Bu sebeple kural olarak suçun hazırlık hareketleri cezalandırılmaz. Bununla birlikte, istisnai olarak, hazırlık hareketi niteliği taşıyan bazı fiiller suç olarak tanımlanmış olabilir. Suç işlemek amacıyla örgüt kurulması da amaçlanan suçlar bakımından bir hazırlık hareketi niteliğindedir. Kanun koyucu suçun önemini dikkate alarak maddede yer alan seçimlik hareketlerden birisinin gerçekleştirilmesi halinde, bu hareketi başlı başına bir suç olarak düzenlemiştir. Yani örgütün kurulması, her ne kadar amaç suçlar açısından hazırlık hareketi niteliği taşısa da, tamamlanmış bir suç niteliğine sahiptir.

1.1.2.3.3. Süreklilik Unsuru

Amaç edinilen suçları işlemeye elverişli olan örgütün süreklilik taşıması da gerekmektedir. Zira suç örgütlerinin temel özellikleri, örgütün sürekliliği ve istikrarıdır. Bu sebeple örgüt, amaçlanan suçların işlenmesinden bağımsız olarak zaman içerisinde varlığını sürdürmeli, istikrarlı yapısını korumalıdır. Örgütün

devamlılığında sadece amaç suçun hazırlık hareketlerinin gerçekleştirilmesi yeterli olmayıp, suçun işlenmesi ve daha sonra örgütün faaliyetlerine devam edecek şekilde sürekliliğinin sağlanması da gerekmektedir.

Sürekli ve istikrarlı bir örgütlenmenin varlığı amaç suçları işleme açısından şarttır. Bu sürekliliğin temel şartları olarak yıldırma gücünü, tabi kılmayı ve gizli işbirliğini sayabiliriz⁴¹.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, iştirak kavramına yakınlık teşkil etmekle birlikte bazı yönlerden farklılık göstermektedir. İştirakte şerikler arasında var olan anlaşmanın konusu, net bir biçimde belirlenmiş bulunan bir veya birden fazla suçu işleme yönündedir. Yani bu anlaşmanın içeriğinde işlenecek olan suçlar, bu suçların sayısı ve mağdurları belirlenmiştir. Buna ilave olarak iştirak konusu suç işlendiği zaman, iştirak anlaşmasının konusu gerçekleştirildiği için, iştirak anlaşmasının varlığı kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Bu sebeple de toplum açısından hali hazırda var olan bir tehlikenin varlığından söz edilmemektedir.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurmada ise bir veya birden fazla suçun işlenmesinden sonra, örgütün daha önceden planlanmış olan faaliyetlerine devam edip amaç edindiği suçları işlemesi için, failer arasında var olan örgütlenmenin de devamı gerekmektedir. Bu durum, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna sürekli suç karakteri vermektedir.

Bu sebeple suç işlemek için örgüt kurma suçuna iştirak kural olarak mümkün gözükmemektedir. Bu suçta yalnızca “örgüte üye olmak” söz konusu olmaktadır. Zaten 5237 sayılı TCK’ nun 220. Maddesinin 2. Fıkrasında, “ Suç işlemek için kurulmuş olan örgüte üye olmayı” örgüt kurmak veya yönetmekten ayrı bir suç saymış ve ayrı bir ceza ile cezalandırmıştır. Buna karşılık maddenin 7. Fıkrasında “ örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dâhil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi”, “ örgüt üyesi olarak” cezalandırılmaktadır. Bu demektir ki Kanun, bu suçta suça iştiraki mümkün görmekte, ancak fiili iştirak kurallarına göre değil, bu suçta özgü bir biçimde cezalandırmaktadır.

⁴¹ V. Sonay Evik, a. g. e. , s. 216.

Gerçekten de, bu maddenin 4. Fıkrasında “ Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi hâlinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur” şeklinde yer alan düzenleme gereğince örgüte iştirak eden failer, işlenen suç sebebiyle iştirak hükümlerine göre cezalandırılmalıdırlar. Ancak iştirak hükümleri, işlenmesi amaç edinilen suça iştirak edenlere ve yukarıda belirttiğimiz 7. Fıkra da yer alan bilerek ve isteyerek katkıda bulunan failere uygulanır⁴².

1.1.2.3.4. Suç Örgütünün Kurulması İçin Gerekli Olan Asgari Kişi Sayısı

Örgüt kurma için gerekli olan asgari kişi sayısı, TCK’ nun 220. Maddesinin 1. Fıkrasında “ örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir” şeklinde belirtilmiştir. O halde örgütün kurulması için en az üç kişinin varlığı gereklidir⁴³. Yani örgüt kurma suçu, çok failli suçlar arasında yer almaktadır. Çünkü örgüt kurma suçunun gerçekleşmesi için en az üç kişinin varlığı aranmıştır.

Örgütün varlığı için gerekli olan üç kişiden birisinin akıl hastası veya küçük olması halinde kanunda belirtilen sayıya ulaşıp ulaşılmadığı tartışılmalı olmakla birlikte, hâkim fikre göre, bu üç kişiden birisinin ehliyetsiz olması suçun oluşumunu engellemektedir⁴⁴.

Çok failli suçlar kendi aralarında yakınsama suçları ve karşılaşma suçları olarak ikiye ayrılırlar. Yakınsama suçlarında, zorunlu olarak suçun işlenişine katılımda bulunan kişiler, aynı amacı gerçekleştirmek için hareket etmektedirler. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu açısından fail sayısının en az üç kişi olması gereği, bu suçun yakınsama suçu olduğunu belirtmektedir⁴⁵.

⁴² Zeki Haftzoğulları, Günal Kurşun, “ Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk” , <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/orgutlu.doc>, s. 9. , Doğan Soyaslan, a. g. e. , s. 453.

⁴³ 765 sayılı TCK’ nun 313. Maddesinde örgütün kurmuş sayılabilmesi için iki kişinin varlığı yeterli görülmüştü. 4422 sayılı ÇASÖMK’ un 1. maddesinde ise örgütün kurulmuş sayılabilmesi için herhangi bir asgari kişi sayısı aranmamıştır.

⁴⁴ Doğan Soyaslan, a. g. e. , s. 454.

⁴⁵ M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 83.

5237 sayılı TCK' nun 220. Maddesinde, suç işlemek amacıyla kurulan örgütle bağlantısı bulunan kişiler belirtilmiştir. Bu sebeple bu kişilerin kimler olduklarının, sorumluluklarının belirlenmesi açısından faydalı olacağı kanaatindeyiz.

1.1.2.3.4.1. Örgütü Kuranlar

Örgütü kuran: Kendi başına veya başkaları ile anlaşma yapılmasını başlatan, kendi faaliyetleri ile örgütün kurulmasına sebebiyet veren kişilerdir. Bu kişiler ya örgütün oluşumuna sevk edici veya belirleyici davranışları meydana getirirler, ya da örgütün kurulması için öncülük etme, katılma veya örgüt kurma iradesi yönündeki davranışlarıyla bu süreçte yer alırlar⁴⁶.

1.1.2.3.4.2. Örgütü Yönetenler

Örgütü yönetenler: Suç işlemek amacını taşıyan örgütün işbölümünü, faaliyet planlarını yapma, koordinasyonunu ve yönetimini sağlama gibi örgütün istikrarlı bir şekilde sürekliliğinin devamını sağlamak için yapılması gereken faaliyetleri yönlendiren, örgütü nizama sokan kişilerdir⁴⁷.

1.1.2.3.4.3. Örgüte Üye Olan

Örgüte üye olma: “ Minimum haliyle örgüte kendi gücünü, enerjisini sunma, istediği zaman kendisinden yararlanılabileceğini kabul etme şeklinde örgütü en azından potansiyel olarak güçlendirmedir”⁴⁸. Bu bağlamda örgüte üye olma, örgütün amaç edindiği suçları gerçekleştirme yönünden herhangi bir davranışta bulunmayı gerektirmemektedir. Örgüte üye olma, örgüte katılma iradesinin herhangi bir şekilde ortaya konulması ile mümkündür. Bu sebeple

⁴⁶ Doğan Soyaslan, a. g. e. , s. 454. , Ümit Ceylan, a. g. e. , s. 105.

⁴⁷ Doğan Soyaslan, a. g. e. , s. 454.

⁴⁸ V. Sonay Evik, a. g. e. , s. 257.

örgüte katılma için bir merasim veya ritüelin yapılmamış olması önemli değildir⁴⁹. Sonuç olarak örgüte enerjisini sunan ve istenildiğinde kendisinden yararlanılabileceğini kabul eden kişi örgüt üyesidir.

1.1.2.3.4.4. Örgüt Adına Suç İşleyen

Örgüte fiilen üye olmamakla birlikte, örgütün amaç edindiği suçları gerçekleştirme için örgüt yararına suç işleyen kişiler, örgüt adına suç işleyen kişiler olarak adlandırılmaktadır⁵⁰. Bu kişiler fiilen o suç örgütünün üyesi olmasalar da, örgütün amaç edindiği suçları örgüt adına işledikleri için, 5237 sayılı TCK' nun 220. Maddesinin 6. Fıkrasında örgüt üyesi sayılmışlardır. Bu kişiler işlemiş oldukları suçun yanı sıra örgüt üyesi olma suçundan dolayı da sorumlu tutulmuşlardır. Bu düzenlemenin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Zira bir kimse örgüt adına suç işlemekle, ister istesin isterse istemesin, adına suç işlediği örgüte bilerek ve isteyerek katılmış, yani örgütün üyesi olmuş olmaktadır⁵¹. Bu sebeple örgüt adına suç işleyen kişinin örgüt üyesi sayılması doğaldır.

1.1.2.3.4.5. Örgüte Yardım Eden

Örgüte yardım eden kişi: Örgüt üyesi olmamakla birlikte örgütün varlığından ve amaç suçları işlemek arzusuyla hareket ettiğinden haberdar olmasına rağmen, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişidir⁵². Yardım eden kişinin sahip olduğu yardım kastının somut bir suça ilişkin olması gerekmektedir. Bu kastı taşıyan kişi, 5237 sayılı TCK' nun 220. Maddesinin 7. Fıkrasına göre örgüt üyesi olarak sorumlu tutulup cezalandırılır.

⁴⁹ Ümit Ceylan, a. g. e. , s. 106. , İzzet Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, s. 190- 191.

⁵⁰ 765 sayılı TCK' nun 313.maddesinde böyle bir hareket düzenlenmemiştir. 4422 sayılı ÇASÖMK' nda ise “ örgüt adına faaliyette bulunma” hareketi düzenlenmiştir. Bu sebeple kanun koyucu örgüt adına herhangi bir faaliyette bulunulmasını, bu faaliyetler bir suç teşkil etmeseler bile, cezalandırmaktaydı.

⁵¹Zeki Hafizoğulları, Günel Kurşun, a. g. m. , s. 10.

⁵² 765 sayılı TCK' nunda yardım etme fiili 314. maddede ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. 4422 sayılı ÇASÖMK' nda ise yardım etmenin karşılığı olarak “ bilerek hizmet yüklenme” nin cezalandırıldığını söylemek mümkündür.

Burada bir konuya temas etmeyi uygun görüyoruz. Örgüte yardım eden kişi olarak kabul edilmek için gerekli olan ” bilme” ve “ isteme” unsurlarının varlığı, sorumluluğun tespiti açısından önem arz etmektedir. Zira bir kişi örgüt üyesi olmamakla birlikte örgütün varlığından haberdar olabilir ve örgüte yardım edebilir. Bu konuda bir sorun bulunmamaktadır. Ancak bir kişi örgüt üyesi olmamakla birlikte örgütün varlığından haberdarsa ve bu örgüte kendi kişisel haklarına, ailesine veya ekonomik bütünlüğüne yönelik bir tehdit sonucunda yardım etmişse, kısacası iradesi üzerinde egemenlik kurularak yardım etmesi sağlanmışsa, yardım eden kişinin örgüt üyesi olarak sorumlu tutulup tutulamayacağı sorunudur.

Kanaatimizce bu gibi durumlarda örgüt tarafından kişiye yöneltilen tehdidin ağırlığı ve zamanı göz önünde bulundurulmalıdır. Eğer kişinin kendisinin veya ailesinin hayatına yönelik yakın bir tehdit söz konusu ise kişinin iradesi üzerinde örgüt iradesinin egemen olmasından söz edilebilir. Böyle bir durumla karşılaşıldığında yardım eden kişinin kusurluluğunun ortadan kalkıp kalkmadığını somut olayın özelliklerine göre takdir edecek kişi şüphesiz ki hâkimdir. Eğer hâkim, yardım eden kişinin kusurluluğunun kalktığına kanaat getirirse, 5237 sayılı TCK’ nun 220 Maddesinin 7. Fıkrasının uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Bizce bu şartların varlığı halinde 5237 sayılı TCK’ nun 28. Maddesi uygulama alanı bulmaktadır. Bu durumda somut olayın özelliklerine göre yardım eden kişiye, kusurluluğu ortadan kalktığı ve fiili suç olmaktan çıktığı için, ceza verilmemelidir. Buna karşılık kişiyi tehdit ederek suç işlemesine sebebiyet veren kişi ise TCK’ nun 37. Maddesinin 2. Fıkrası gereğince “ dolaylı fail olması sebebiyle”, işlenmesine sebep olduğu suçun yanı sıra, 5237 sayılı TCK’ nun 106. Maddesinde düzenlenmiş bulunan “ tehdit” suçunun cezası ile de cezalandırılmalıdır⁵³.

Burada kanun koyucunun maddeyi düzenlerken yanlış ifade kullanması sonucunda oluşan bir konuya daha temas etmeyi uygun görüyoruz. TCK’ nun 220. Maddesinin 6. Fıkrasında “ örgüt adına suç işleyen kişi” nin örgüt üyesi olmadığı belirtilmiştir. Bu fıkrayı takip eden 7. Fıkra ise “ örgüte yardım eden” in örgütün hiyerarşik yapısına dâhil olmadığı belirtilmiştir. Örgüt üyesinin, her

⁵³ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, Cilt II, İstanbul, Beta Yayınları, 1999, s. 313- 314. , Doğan Soyaslan, a. g. e. , s. 441.

halde, örgütün hiyerarşik yapısına dâhil olacağı muhakkaktır. Bu sebeple örgüt üyesi olmamanın ve örgütün hiyerarşik yapısına dâhil olmamanın aynı anlama geldiği söylenebilir. Nitekim 220. Maddenin gerekçesinde de örgüt adına suç işleyen ve örgüte yardım edenin örgüte hâkim olan hiyerarşik ilişki içerisinde olmadıkları açıkça belirtilmiştir⁵⁴. Bununla birlikte, örgüt adına suç işleyen ve örgüte yardım eden kişiler örgüte hâkim olan hiyerarşik ilişki içerisinde bulunmasalar da, örgüt adına suç işleyen örgütün faaliyeti çerçevesindeki suçu örgüt adına işlemesi ile birlikte örgüt üyesi olduğu kabul edilmektedir. Aynı doğrultuda örgüte hâkim olan hiyerarşik ilişki içerisinde bulunmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin de, bu yardımı yapmasıyla birlikte, örgüt üyesi olduğu kabul edilmektedir. Örgüt üyesi olarak kabul edilen kişilerin de örgütün hiyerarşik yapısına dâhil oldukları pek tabiidir.

1.1.2.3.5. Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçunun Manevi Unsuru

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu kasten işlenebilen bir suçtur. 765 sayılı TCK döneminde, örgütün suç işlemek saiki ile kurulması gerektiği için genel kast yeterli görülmemiş, özel kastın varlığı aranmıştır. Sonuç olarak örgüt üyelerinin bilinçli bir şekilde bir araya gelme ideallerinin varlığı yeterli değildi. Ayrıca bu bir araya gelme arzusunun birden fazla suç işlemek saikinden kaynaklanması gerekiyordu⁵⁵. 5237 sayılı TCK sisteminde amaç veya saik, kastla özdeş veya kastın bir türü olarak düzenlenmemiş ve genel kast- özel kast ayrımı kaldırılmıştır. Bu sebeple örgütün “suç işlemek amacıyla” kurulması, suçun temel şekline ilişkin bir unsur niteliğindedir⁵⁶.

Doğrudan kast- muhtemel kast bakımından değerlendirme yaptığımızda ise örgütü oluşturan kişilerin kime karşı, nerede ve ne zaman işleneceği belirli

⁵⁴ İzzet Özgenç, *TCK Gazi Şerhi*, s. 970.

⁵⁵ Ümit Ceylan, a. g. e. , s. 114. , V. Sonay Evik, a. g. e. , s. 286. , Hasan Köroğlu, *Örgütlü Suçluluk*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001. , s. 101.

⁵⁶ İzzet Özgenç, *TCK Gazi Şerhi*, s. 243.

olmayan bazı suçları işlemeyi amaçlamaları sebebiyle, suçun oluşumu için doğrudan kastın gerektiği kanısındayız⁵⁷.

Kanun, örgüt yöneticileri ile ilgili özel bir düzenleme yaparak, örgüt içerisinde mevcut bir hiyerarşik yapının bulunmasını ve örgüt üyelerinin her zaman serbest iradeleri doğrultusunda hareket etmelerinin mümkün olmamasını göz önüne almış ve sonuç olarak TCK' nun 220. Maddesinin 5. Fıkrasında “ Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır” şeklinde bir düzenleme kabul etmiştir.

Bu düzenleme ile örgüt üyesi kişinin fiilinden, örgüt üyesinin yanı sıra, fiilden haberi olsun veya olmasın örgüt yöneticisi kişinin cezalandırılması söz konusu olmaktadır. Burada, kişi ister bilsin ve istesin, isterse bilmesin ve istemesin, üçüncü kişinin fiilinden o kişi ile birlikte sorumlu olmaktadır. Bu durumun ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı olacağı kanaatindeyiz. Örgüt yöneticilerinin işlenen suça herhangi bir katılımları olmadıkları halde, sırf örgüt yöneticisi oldukları için cezalandırılmasının bir tür objektif sorumluluk olduğu açıktır⁵⁸.

TCK' nun 220 Maddesinin 5. Fıkrasında yer alan bu düzenleme, örgüt liderini esas sorumlu kişi olarak kabul eden ve örgüt üyeleri arasında en tehlikeli olanı olarak kabul eden görüşe dayanmaktadır. Şüphesiz bir kişi, bir suç örgütüne girerken, örgütün sahip olduğu hiyerarşiyi kabullenmekte ve dolayısıyla kendine verilen talimatlar doğrultusunda hareket etmektedir. Bu sebeple örgütün amaç edindiği suçlar dâhilinde bir suç işleyen örgüt üyesinin serbest iradesinden bahsetmek pek mümkün gözükmemektedir⁵⁹. Bu sebeple örgütün amaç edindiği suçların örgüt üyelerince işlenmesi bakımından, örgüt liderini dolaylı fail kabul etmek pek haksız görünmemekle birlikte, liderin bilgisi dâhilinde olmadan işlenen suçlar bakımından dolaylı fail olarak sorumlu tutulması bizce de pek yerinde olmayan bir düzenlemedir. Bu sebeple örgüt liderinin işlenen suçlarla ilgisi olmadığını ve bu suçların kendi bilgisi haricinde işlendiğini ispat etmesi halinde,

⁵⁷ İsmail Ercan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, Özel Hükümler*, İstanbul, İkinci Sayfa Yayınları, 2007, s. 734. , İzzet Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, s. 279. , Ahmet Gökçen, a. g. m. , s. 15.

⁵⁸ Zeki Hafizoğulları, Günal Kurşun, a. g. m. , s. 10.

⁵⁹ İzzet Özgenç, *TCK Gazi Şerhi*, s. 508- 509

dolaylı fail olarak sorumlu tutulmaması ve ayrıca cezalandırılmaması kabul edilmelidir. Zira aksi bir uygulamanın, Anayasa' nın 38. Maddesinde düzenlenen “ ceza sorumluluğunun şahsiliği” ilkesine aykırı olacağı kanaatindeyiz.

1.1.2.3.6. Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu' nun Yaptırımı

Daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun yaptırımı, ceza kanunlarımızda değişik zamanlarda farklı şekillerde düzenlenmiştir.

1.1.2.3.6.1. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu' nda Düzenlenen Yaptırım

765 sayılı TCK' nun 313. Maddesinde, örgütü kuranlar ve örgütü yönetenler bir yıldan iki yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılmıştı. Örgütü yönetenlere verilecek olan ceza üçte birden yarısına kadar arttırılarak uygulanıyordu. Ayrıca örgütün silahlı olması bir ağırlatıcı sebep sayılmış ve silahlı örgütün üyelerine verilecek hapis cezasının üst sınırı bir yıl arttırılmıştı. 765 sayılı TCK, örgüt adına faaliyette bulunma suçunu düzenlememişti. Örgüte yardım suçu ise 314. Maddede ayrı bir suç olarak düzenlenmişti. Bu suçun cezası ise altı aydan bir yıla kadar hapis cezası olarak kabul edilmişti.

1.1.2.3.6.2. 4422 sayılı ÇASÖMK' nda düzenlenen Yaptırım

4422 sayılı ÇASÖMK' nda ise örgütü kuranlar, yönetenler, örgüt adına faaliyette bulunanlar ve bilerek hizmet yüklenenler hakkında, bu kanunun 1. Maddesi uyarınca, üç yıldan altı yıla kadar, örgüte üye olanlar hakkında ise iki yıldan dört yıla kadar ağır hapis cezasına hükmedilmekteydi.

Örgüt silahlı ise yukarıda yazılı hallerde verilecek ceza üçte birden yarıya kadar arttırılırdı. Henüz hiç bir silahlı eyleme teşebbüs edilmemiş olsa bile silahlar veya patlayıcı maddeler örgütün amaçları doğrultusunda hazırlanmış veya elde bulundurulmuş ise, örgüt silahlı kabul edilerek ağırlaştırılmış ceza verilirdi.

Suç failinin, memur veya kamu hizmetiyle görevli kimse olması halinde ise verilecek ceza, yarıdan bir katına kadar artırılırdı.

Örgüt mensuplarınca veya örgüt adına örgüt üyesi olmayanlar tarafından 1. Fıkroda gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere işlenen suçların ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 296. Maddesinde öngörülen “ Cürüm İşleyenleri Saklamak ve Cürümün Delillerinin Yok Etme” cürümün cezaları üçte birden yarıya kadar artırılırdı.

4422 sayılı kanunun 1. Maddesinin son fıkrasına göre, bu kanunda öngörülen suçları işleyen veya örgütlerin eylemlerini, amaçlarını, hedeflerini, bu kişi veya örgütlere haksız çıkar sağlamak veya örgütün korkutma, sindirme, yıldırma gücünü artırmak amacıyla yazılı, sesli veya görsel yayın araçlarıyla yayımlayan veya her ne suretle olursa olsun propagandasını yapan kişi hakkında iki yıldan dört yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan beş milyar liraya kadar ağır para cezasına hükmolundu. Ayrıca yayın organının faaliyetlerinin bir günden üç güne kadar durdurulmasına karar verilirdi.

1.1.2.3.6.3. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’ nda düzenlenen Yaptırım

Suç işlemek amacıyla örgüt kurmak veya hali hazırda kurulmuş bir örgütü yönetmek suçunun cezası, TCK’ nun 220. Maddesinin 1. Fıkrasında, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir.

Kurulmuş olan bir suç örgütüne üye olan kişiler ise, 2. Fıkra hükmüne göre, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun oluşması için örgütün silahlı olmasının bir zorunluluk olmayıp, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir unsur olduğu, TCK’ nun 220. Maddesinin 3. Fıkrasında “ Örgütün silâhlı olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza dörtte birinden yarısına kadar artırılır” şeklinde belirtilmiştir. Bu bağlamda örgütün silahlı olup olmaması veya elinde bulunan silahların nitelikleri ve miktarları bakımından, amaç suçları işleme bakımından somut tehlike yaratıp yaratmadıklarının tespiti önem arz etmektedir. Söz gelimi devletin ülkesel bütünlüğünü bozmayı amaç edinen beş kişinin elinde

bulundurdukları silahlar; bıçak, balta, kılıç gibi silahlardan mütevellit ise, bu silahları elinde bulduran örgütün amaç suçları gerçekleştirme bakımından somut tehlike yaratmadığının ve bu sebeple de suçun nitelikli hali olan “ örgütün silahlı olması” şartının gerçekleşmediğinin kabul edilmesi gerekir. Bu bağlamda bu tür bir örgütün üyelerine verilecek olan cezanın belirlenmesinde, 5237 sayılı TCK’ nun 220. Maddesinin 3. Fıkrasının uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz.

220. Maddenin 4. Fıkrasında Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi hâlinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunacağı belirtilmiştir. Bu durumda, örgüt üyesi olmakla birlikte örgüt hiyerarşisi içerisindeki yerleri farklılık arz eden kişiler, örgüt içerisinde buldukları konum dolayısıyla mahkûm edildikleri cezanın yanı sıra, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı da cezalandırılacaklardır.

220. maddenin 6. Fıkrasına göre örgüt adına suç işleyen, işlemiş olduğu suçun cezasının yanı sıra, örgüt üyeliği suçunun cezası ile de mahkûm edilecektir. 7. Fıkroda da örgüte yardım edenin örgüt üyeliği suçunun cezası ile mahkûm edileceği belirtilmiştir.

220. Maddenin son fıkrası olan 8. Fıkroda da Örgütün veya amacının propagandasını yapan kişinin, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiş ve bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, bu durum ağırlatıcı sebep sayılarak, verilecek cezanın yarı oranında arttırılacağı belirtilmiştir.

Yukarıda görüldüğü üzere, her üç kanunda örgütlü suça uygulanacak cezaların miktarları farklılık teşkil etmektedir. Bu sebeple uygulamada ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması sorunu ile karşılaşılacaktır. Kural olarak suçun işlendiği zaman yürürlükte olan ceza kanunları uygulanır. Ancak cezayı kaldıran veya hafifleten kuralın varlığı, henüz yargılanmamış suçlar ile kesin hükme bağlanmış mahkûmiyetler ve hatta kesinleşmiş olup da cezası infaz edilmekte olan suçlar hakkında lehe yasanın geçmişe yürüyeceği ilkesinin uygulanmasını gerektirmesi sebebiyle, değerlendirilmesi gereken bir konu olmaktadır.

1 Haziran 2005 tarihinden önce tamamlanmış olan “ çıkar amacı taşımayan” örgüt suçları hakkında 765 sayılı TCK’ nun 313. Maddesi uygulanacaktır. Çünkü örgüt kurma, örgüt yönetme, örgüte üye olma ve yardım etme suçlarının cezası, 5237 sayılı TCK’ nun 220. Maddesine nazaran failin lehine olduğu için, 1 Haziran 2005 tarihinden sonra yapılacak olan yargılamalarda da 765 sayılı TCK’ nun 313. Maddesi uygulanacaktır.

1 Haziran 2005 tarihinden önce tamamlanmış “ çıkar amacı taşıyan” örgüt suçlarına kural olarak 5237 sayılı TCK’ nun 220. Maddesi uygulanacaktır. Zira 4422 sayılı ÇASÖMK’ nun 1. Maddesinde örgütü kuran, yöneten, bilerek hizmet yüklenen, örgüt adına faaliyette bulunanlara üç yıldan altı yıla kadar ağır hapis cezası verirken, 5237 sayılı TCK’ nun 220. Maddesi, örgütü kuran ve yönetenlere iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası vermektedir. Yukarı sınırı aynı, fakat aşağı sınırı farklı olan kanunlardan aşağı sınırı daha az olan kanun failin lehinedir⁶⁰. Bu sebeple, örgüt kurma ve yönetme suçları bakımından 5237 sayılı TCK’ nun 220. Maddesi uygulanacaktır. 220. Madde, örgüt adına suç işlemeyi ve örgüte yardım etmeyi, örgüte üye olma suçunun cezası olan bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırmıştır. Bu suçlar bakımından da 5237 sayılı TCK’ nun 220. Maddesi failin lehinedir. 4422 sayılı ÇASÖMK, örgüte üye olmanın cezasını iki yıldan dört yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırmıştı. Oysa aynı suçun cezası 5237 sayılı TCK’ nun 220. Maddesinde bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir. Görülmektedir ki burada da 5237 sayılı kanun failin lehine olduğu için uygulanmalıdır⁶¹.

1.1.3. Terör Suçu İle Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu’ nun Karşılaştırılması

Terör ve terörizm sözcükleri Fransızca kökenlidir. Dilde, terör: “ Ürkü, dehşet” ; terörizm: “ Yıldırma yöntemi, yıldırıcılık” veya “ siyasi mücadelede kanundışı ve acımasız biçimde şiddet içeren vasıtalara başvurma” anlamına

⁶⁰ İsmail Ercan, a. g. e. , s. 29.

⁶¹ Ahmet Hulusi Akkaş, “ Suçlulukla Mücadele Yöntemi Olarak Gizli Görevli Kullanılması” , Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007), s. 22.

gelmektedir. Buna karşılık hukukta terör ve terörizm denildiğinde, genel olarak, demokratik düzeni yıkmak amacına yönelik olarak, karakterleri icabı korkuya açık olan toplum bireylerinin özellikle iradelerinin direncini kırmaya, azaltmaya elverişli sayılan vasıtalarla gerçekleştirilen ve tüm değerlere ilgisiz, bağışlamasız, acımasız bir şiddet kullanımı anlaşılmaktadır⁶². Bir diğer tanımla terör: İnsanları yıldırma, sindirme yoluyla onlara belli düşünce ve davranışları benimsetmek için zor kullanma ya da tehdit etme eylemidir⁶³.

Mevzuatımızda yer alan 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu' nun 1. Maddesinde yer alan tanıma göre terör: “ Cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir” .

3713 sayılı TCK' nun 2. Maddesi terör suçlusunu tanımlamıştır. Maddede yer alan tanıma göre “ Birinci maddede belirlenen amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş örgütlerin mensubu olup da, bu amaçlar doğrultusunda diğerleri ile beraber veya tek başına suç işleyen veya amaçlanan suçu işlemese dahi örgütlerin mensubu olan kişi terör suçlusudur. Terör örgütüne mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyenler de terör suçlusudur sayılır ve örgüt mensupları gibi cezalandırılırlar” .

Aynı kanunun terör örgütünü tanımlayan 7. Maddesi de “ Cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1. Maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar Türk Ceza Kanununun 314.

⁶² Zeki Hafizoğulları, Günel Kurşun, a. g. m. s. 13.

⁶³ TERÖR ve GÜVENLİK, Terör Tanımı,
http://www.terorizm.info/index.php?option=com_content&task=view&id=54&Itemid=31

Maddesi hükümlerine göre cezalandırılır. Örgütün faaliyetini düzenleyenler de örgütün yöneticisi olarak cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir.

Terör örgütü, örgütlü suçluluğun bir türünü teşkil etse de, her terör örgütünün aynı zamanda suç örgütü olmasına karşılık, her suç örgütünün terör örgütü olmadığı kanaatindeyiz. Bu farklılığın sebebi olarak da terör suçlarında var olan “ siyasi örgütlenme” ile örgütlü suçlarda var olan “ adi örgütlenme” gösterilebilir. Zira terör örgütünün varlığından söz edebilmek için, örgütün faaliyetlerinin TMK’ nun 1. Maddesinde belirtilen amaçlar doğrultusunda gerçekleşmesi gerekmektedir. Yani bir örgüt, TMK’ nun 1. Maddesinde belirtilen “ Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla” suç işlerse terör örgütü; bu amaçlar dışında salt haksız kazanç elde etme amacıyla suç işlerse, suç örgütüdür.

Terör örgütlerinde edinilen amaç, tasavvur ettikleri ideolojinin hayata geçirilmesi ve kurumsallaşarak devletin siyasal rejimini oluşturmasıdır. Örgütlü suçlarda ise temel amaç, mevcut sistem içerisindeki aksaklık ve boşluklardan yararlanmak suretiyle haksız kazanç elde etmektir. Bir suç örgütünün var olan siyasi bağlantıları, o suç örgütünün amacını yansıtmaktan çok, işledikleri suçlara kolluk ve yargı makamlarına yapılacak siyasi baskılarla göz yumulmasını sağlamak amacını taşımaktadır⁶⁴.

Terör örgütlerinin yakın ve uzak olmak üzere iki tür hedeflerinin olduğu kabul edilmektedir. Yakın hedef, toplumu kaosa sürükleyici eylemleri gerçekleştirmek ve bu kaos ortamından yararlanarak, uzak hedef olan, nihai hedeflerine ulaşmaktır⁶⁵. Daha önce de değindiğimiz üzere, suç örgütlerinde tek hedef vardır ve bu hedef haksız ekonomik kazanç elde etmektir.

⁶⁴ Ali Şafak, a. g. e. , s. 12. , V. Sonay Evik, a. g. e. , s. 211.

⁶⁵ Sulhi Dönmezer,” Organize Suçlulukla Mücadele” , s. 6.

Terör örgütleri ile suç örgütlerinin birleştikleri noktaların başında ise finans kaynağı sağlama gelmektedir. Terör örgütleri, siyasi bir hedefe ulaşmak amacıyla hareket etmeleri ve bu hedefe ulaşmalarında karşılarındaki en büyük engelin devlet ve bu devletin sahip olduğu güvenlik güçlerinin olması sebebiyle, çok büyük miktarlarda silah, mühimmat, gıda, ilaç, haberleşme cihazı, jeneratör gibi, lojistik güce sahip olmak zorundadırlar. Bu güce sahip olmak için temel koşul ise, hiç şüphesiz, terör örgütünün sahip olduğu ekonomik gücün büyük olmasıdır. İşte bu sebeptir ki terör örgütleri, ulaşmak istedikleri siyasal amaç çerçevesinde işleyecekleri terör eylemlerini gerçekleştirmek için büyük miktarlarda paraya sahip olmalıdırlar. Terör örgütlerinin bu ekonomik güce sahip olmak için başta uyuşturucu kaçakçılığı olmak üzere organ, silah, petrol, işçi, içki ve sigara kaçakçılığı gibi pek çok alanda faaliyet gösterdikleri bilinmektedir.

Terör örgütleri ile çıkar amaçlı suç örgütlerinin bu bağlantısı, Birleşmiş Milletler Örgütü, Uluslar arası Narkotiklerin Kontrolü Kısımının 1993 yılında açıkladığı raporunun 5. Maddesinde “ Uyuşturucu kartelleri arasında kurulan bağlarla dünyada uyuşturucu kaçakçılığı ve terör faaliyetleri, etnik kutuplaşmanın ve ekonomik sıkıntıların olduğu bölgelerde daha yoğun görülmektedir” şeklinde belirtilmiştir⁶⁶. Ülkemizde yaşanan etnik ayrımcılığa dayalı terör olaylarının fazlalığı ve bu olayları gerçekleştiren terör örgütünün, başta uyuşturucu madde kaçakçılığı alanında faaliyet gösterdiği bilinmektedir. Birleşmiş Milletler Uluslar arası Uyuşturucu Maddeler Kontrol Kurulu’ nun 2005 yılında yayınladığı rapora göre, Türkiye, uyuşturucu kaçakçılığında hala en önemli köprü vazifesi gören ülkelerden birisi konumundadır. Bu rapora göre Avrupa ülkelerine giden uyuşturucu maddelerin % 60’ ı Türkiye üzerinden geçerek Avrupa ülkelerine ulaşmaktadır⁶⁷. Bu uyuşturucu trafiğini yönlendiren terör örgütünün hangi terör örgütü olduğu da herkesçe malum bir bilgidir.

Terör örgütleri ile suç örgütlerinin birleştikleri diğer bir nokta ise, faaliyetlerini gizlilik içerisinde sürdürmeleridir. Ancak bu gizlilik unsuru tam bir gizlilik şeklinde algılanmamalıdır. Zira terör örgütleri, ulaşmak istedikleri amaç

⁶⁶ Mustafa Tören Yücel, “ Organize Suç” , *TBBD*, C. 11, s. 3 (1998), s. 1066.

⁶⁷ BM Raporu, Türkiye Uyuşturucu Köprüsü, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=179885>

uğruna Şiddet eylemlerinde bulunmakta ve bu eylemlerle toplum uzerinde bir baskı oluŐturarak hem bir korku yaratmakta ve hem de kamu otoritelerini g uŐsuz g oŐstererek sempatizanlarını kışkırtıcı propagandalar yapmaktadırlar. Kısacası, yukarıda da değindiğimiz gibi, yakın hedeflerini elde etmektedirler.

SuÇ oğg uŐtleri ise faaliyetlerini tam bir gizlilik i çerisinde s uŐrd uŐrmekte ve olabildiğince basında yer almamaya o zen g oŐstermektedirler. Her ne kadar suÇ oğg uŐtlerinin de faaliyetlerini gerŐekleŐtirirlerken Şiddet ve tehdit kullandıkları g oŐr uŐlmekte ise de, kullanılan bu y oŐntemler ilk o nce oğg uŐt i di disiplinini sağlanması y oŐn uŐnde ve daha sonra da oğg uŐt dışındaki kişilere karşı oğg uŐt uŐ korumak i in kullanılmaktadır. Bu sebeple suÇ oğg uŐtleri, kendilerini halkın ve medyanın ilgi odağı haline getirmemek i in ilk o nce tehdit ve bu y oŐntem yeterli olmazsa en son are olarak Şiddete baŐvurmaktadırlar⁶⁸.

alıŐmamızın konusu a ısından ter o r oğg uŐtleri ile suÇ oğg uŐtlerinin faaliyetleri hakkında bilgi edinmek i in gizli soruşturmacı g oevlendirmesi tedbirine baŐvurulduđunda, bu tedbirle ulaşılmak istenen amacın değişiklik arz ettiği kanaatindeyiz. Zira, yukarıda da değindiğimiz gibi, ter o r oğg uŐtlerinin eylemlerinin ama ları, toplumda kaos yaratmak ve vatandaşların devlete olan g uvenini zayıflatmaktır. Bu sebeple ter o r oğg uŐtleri, gerŐekleŐtirdikleri eylemin başka bir suÇ veya ter o r oğg uŐt uŐ tarafından uŐstlenilmesini istemezler. Kısacası ter o r oğg uŐtleri, eylemlerinde kendilerini gizleme gereksinimi hissetmeyip, tam aksine, eylemin kendilerince gerŐekleŐtirildiđini olabildiğince geniş bir kitleye duyurmak isterler. Bu sebeple de ter o r oğg uŐtlerine y o nelik olarak kullanılacak olan gizli soruşturmacı g oevlendirilmesi tedbirinde gizli soruşturmacının amacı, ter o r oğg uŐt uŐn uŐ gerŐekleŐtireceđi eylemlerden o nceden haberdar olup, bu eylemlerin gerŐekleŐmemesi i in yetkili mercilere bilgi vermekten o teye ge emeyecek, kısacası o nleme ama lı bir tedbir niteliği taŐıyacaktır.

SuÇ oğg uŐtleri ise faaliyetlerini neredeyse tam bir gizlilik i çerisinde gerŐekleŐtirdikleri i in, bu oğg uŐtler tarafından işlenen su ların aydınlanması o nem arz eder. Bu sebeple suÇ oğg uŐtlerine y o nelik olarak kullanılacak olan gizli soruşturmacı g oevlendirilmesi tedbirindeki ama , oğg uŐt tarafından işlenen

⁶⁸ etin O zek, a. g. m. , s. 215. , Adem S o z u e r, a. g. m. , s. 260. , M. T o r e n Y u c e l, a. g. m. , s. 1066.

suçların aydınlatılması ve suçu işleyen faillerin cezalandırılması için kullanılacak olan delillere ulaşmak olacaktır.

1.1.4. Suç İşlemek Amacıyla Kurulan Örgütlerin Faaliyet Alanları ve İşledikleri Suçlar

5237 sayılı TCK' nun 220. maddesi “ Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler... cezalandırılır ” şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddede kullanılan ifade tarzına dikkat edilecek olursa, örgüt kurma veya yönetme suçunun oluşabilmesi için, sadece 5237 sayılı kanunda yer alan suçları işlemek amacıyla kurulabilecek örgütlerden bahsedilmemiş, özel kanunlarda, suç olarak düzenlenmiş fiillerin işlenmesi amacıyla da örgüt kurulabileceğini de örtülü olarak belirtmiştir. Bu sebeple örgütlü suçların kapsamı sadece 5237 sayılı TCK ile sınırlı olmayıp diğer özel kanunlarda düzenlenen suçlarında örgütlü suç kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

765 sayılı TCK, suçları cürümler ve kabahatler olarak ikili bir ayrıma tabi tutmuştu. Bu kanunun 313. maddesi “ cürüm işlemek amacıyla teşekkül oluşturmak” suçunu düzenlemişti. Bu sebeple 765 sayılı TCK döneminde, kabahat türünden suçları işlemek amacıyla oluşmuş bir örgütlenme, 313. madde kapsamında değerlendirilemiyordu.

5237 sayılı TCK, suçlarda cürüm ve kabahat ayrımını kaldırmış ve kabahat olarak nitelendirdiği suçları 765 sayılı kanun kapsamından çıkararak, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu' nda düzenlemiş ve bu kabahatlerin işlenmesi sonucunda uygulanacak yaptırımın türünü de idari yaptırım olarak belirlemiştir. 765 sayılı kanun kapsamında kabahat olarak düzenlenmiş olan bazı suçlar ise, önemleri göz önüne alınarak, 5237 sayılı TCK kapsamına alınmıştır. Bu sebeple, 765 sayılı kanunun 313. maddesi kapsamına alınamayan fakat 5237 sayılı TCK' nun 228. Maddesinde düzenlenen kumar oynatma suçu, 5237 sayılı kanunun 220. maddesi kapsamında değerlendirilebilecektir.

Suç örgütleri, kısa zamanda ve hızlı bir şekilde maddi kazanç sağlayabilecekleri ve maliyeti düşük, yakalanma riski az olan kriminal faaliyet

alanlarını tercih etmekte olup, yakalanma ve cezalandırılma risklerini azaltmak için görünüşte mağdurları olmayan suçluluk alanlarında uzmanlaşmaktadırlar⁶⁹. Bu tür suçlarda mağdurlar, ya suçun işlenmesine kendi fiilleri ile katkıda buldukları için veya suç örgütünün tehditlerinden korktukları için suçu ihbar etmekten kaçınmaktadırlar.

Suç örgütlerinin hangi tip suçları işlediklerinin kesin olarak saptanması konusunda güçlükler yaşansa da, bu suçluluk tipinin belirli hukuki değerlere saldırmayı amaç edinmekten çok maddi kazanç elde etme amacı, bu örgütlerin hangi suç tipleri üzerinde faaliyetlerde bulduklarının belirlenmesi açısından önemlidir.

Ülkemizde suç örgütlerinin işledikleri suçlardan bazılarını uyuşturucu madde kaçakçılığı, silah ve mühimmat kaçakçılığı, gümrük kaçakçılığı (otomobil kaçakçılığı, içki ve sigara kaçakçılığı, emtia kaçakçılığı), insan kaçakçılığı, organ ve doku kaçakçılığı, nükleer ve radyoaktif madde kaçakçılığı, kara para aklama, kalpazanlık, belgede sahtecilik (pasaport, nüfus cüzdanı ve vize sahteciliği), telif hakları, marka ve patent kaçakçılığı, kültür ve tabiat varlıkları kaçakçılığı, dolandırıcılık, tefecilik, fuhuş, örgütlü biçimde işlenen hırsızlık, kumar, çek ve senet tahsilâtı, haraç alma, fidye karşılığı adam kaçırma, zorla senet imzalatma, ev ve işyeri kurşunlama, adam yaralama, darp ve şiddet uygulama, adam öldürme, kamu arazilerinin işgali ve yağmalanması, ihaleye fesat karıştırma, para karşılığında cinayet ve kiralık suç, rüşvet, altın kaçakçılığı, kredi yolsuzlukları, çöplerin yasa dışı imhası ve başka ülkelere gönderilmesi, yasadışı teknoloji transferi, dilencilik, korsanlık, cins hayvan ticareti, mücevher kaçakçılığı, vergi suçları, kundaklama, karaborsacılık, yalan tanıklık, sermaye piyasalarında içeriden edinilen bilgilerin ifşası (insider trading), şeklinde sıralamak mümkündür⁷⁰.

⁶⁹ Adem Sözüer, a. g. m. , s. 259.

⁷⁰ Ümit Ceylan, a. g. e. , s. 69- 76, Ümit Kocasakal, a. g. m. , s. 143. , Adem Sözüer, a. g. m. , s. 261- 262.

1.2. Türkiye’de Örgütlü Suçluluğun Tarihi Gelişimi

Osmanlı İmparatorluğu’nun kuruluş yıllarında ve daha sonraki dönemlerde Anadolu’da var olan siyasi otorite boşluğu, suç örgütlerinin oluşumunda önemli bir rol oynamıştır. Özellikle duraklama döneminde tımar sisteminin bozulması ve Avrupa’ya yapılan seferler sonucunda başarılar elde edilememesi ve bunun sorumlusu olarak askerlerin gösterilmesi, Osmanlı İmparatorluğu’nda yeni suç örgütlerinin oluşmasına ve hali hazırda kurulmuş olan örgütlerin güçlenmelerine sebebiyet vermiştir. Özellikle Haçova Meydan Muharebesinde, Tımarlı Sipahilerin savaş alanını terk etmesi ve bunun sonucunda ordudan atılmaları, bu kişilerin İmparatorluk topraklarında yağma ve soygun hareketlerine girişmelerine sebebiyet vermiştir. Osmanlı’da devlet memurlarının göreve atanma sistemleri de zamanla bozulmaya başlamış, göreve atamalarda liyakat sisteminden vazgeçilerek en fazla rüşvet verenin, görev alması esasına dayanan bir sistem getirilmiştir. Daha Kanuni Sultan Süleyman zamanında, devlet memurlarının halktan rüşvet almaksızın görevlerini gereği gibi yapmaması Divan Edebiyatı’nda etkisini göstermiş ve Fuzuli’nin Kanuni Sultan Süleyman’a yazdığı “Şikayetname”nin konusunu oluşturmuştur.

İmparatorluğun son dönemlerinde, İmparatorluğun kırsal bölgelerinde, çıkar elde etmek için zenginleri haraca bağlayan, kendilerine gerekli yardım yapılmadığı zaman çiftlikleri soyup yakan efeler, suç örgütlerinin tam örneklerini teşkil etmekteydiler⁷¹. 1858 tarihli Ceza Kanununun 57. maddesine göre cemiyet-i şakavete (terör örgütüne) dâhil bulunanlardan örgütün başı (reis-i eşkiya) ve fesat tahrikçileri idam, diğer üyeler suçlarının derecesine göre müebbet veya muvakkat kürek cezası alacaklardır⁷².

Cumhuriyet Türkiye’si’nin ilk kez sistematik olarak uyuşturucu ve kara para ile tanışması 1960 lı yılların ortalarında gerçekleşmiştir. Bu dönemde, başta Almanya olmak üzere, Avrupa ülkelerine işçi olarak giden vatandaşlarımızın büyük bir kısmı, ağır işçi olarak hayatlarını idame ettirmeye çalışırken, küçük bir

⁷¹ Sulhi Dönmez, “Organize Suçlulukla Mücadele”, s. 4.

⁷² Mustafa Avcı, “Örgütlü Suç Kavramı”, http://www.akader.info/KHUKA/2003_mart/orgutlu_suc.htm

azınlık ise yasal olmayan işlere yönelerek kolay yoldan para kazanmaya yönelik illegal faaliyetlere girişmişlerdir⁷³.

Suç örgütlerinin ülkemizde ağırlığını iyiden iyiye hissettirmesi ise 1970 li yıllarda başlamaktadır. Bu yıllarda yurt dışındaki uzantılarıyla sıkı bağlantılar kuran suç örgütleri, terör örgütlerinin de eylemlerinin artmasıyla oluşan illegal silah ve benzeri gereksinimleri karşılamak üzere silah kaçakçılığına ve kapalı sistemin ürettiği karaborsacılık faaliyetlerine soyunmuşlardır. Türk suç örgütleri bu dönemde silah, sigara, içki, döviz kaçakçılığı ve haraç alma gibi yöntemlerle yasa dışı yollardan kazanç elde etmeye başlamışlardır⁷⁴.

1980 darbesinden sonraki sivilleşme sürecinde, sivil iktidarların ihracatın arttırılması çabalarına hız vermesinin bir sonucu olan devlet tarafından verilen teşvikler sonucunda, suç örgütlerinin yurt dışında bulundukları dövizlerini ve parasal varlıklarını Türkiye' ye getirmelerine göz yumulmuştur.

1986 yılında ülkede baş gösteren ekonomik kriz sonucunda serbest piyasa ekonomisine ayak uyduramayan bazı şirketlerin borçlarını ödeyemez duruma gelmelerine karşılık yargı sisteminin vasatlığı ve bunun sonucunda alacaklıların paralarını tahsil edememeleri, bu alacaklıların suç örgütlerine başvurmalarına sebep olmuştur.

1987 yılından itibaren ülkemizde baş gösteren terör olayları sebebiyle devletin suç örgütlerine karşı vermekte olduğu mücadele sekteye uğramış, suç örgütleri üzerinde var olan devlet baskısının azalması ile suç örgütlerinin modernleşen dünyanın olanaklarına ayak uydurmaları engellenememiştir. Bu dönemde suç örgütleri hâlihazırda faaliyet gösterdikleri alanların dışında diğer ülkelerdeki suç örgütleriyle bağlantılar kurarken, diğer yandan da kamuya ait arazileri işgal etme, devlet ihalelerini yönlendirme ve gelir düzeyi yüksek işadamlarından tehdit ve baskı ile haraç almaya devam etmişlerdir.

1990 lı yılların ortalarında, suç örgütleri, çek- senet tahsilâtı, devlet ihaleleri, kiralık suç, hırsızlık malı pazarlama, zorla senet imzalatma, kasa

⁷³ Aytaç Önder, İhsan Bal, “ Medyanın Gözüyle Organize Suçlar”, ABD, S: 1, (1999), s. 54.

⁷⁴ Aytaç Önder, İhsan Bal, a. g. m. , s. 55.

hırsızlığı, oto hırsızlığı, fuhuş, göçmen kaçakçılığı, işçi simsarlığı ve kara para aklama gibi alanlarda faaliyet göstermişlerdir⁷⁵.

Son yıllarda, özellikle 1999 yılından sonra, Türkiye’ de faaliyet gösteren suç örgütleri, değişik yöntemlere başvurarak yasal takiplerden kurtulmak çabası içerisinde girmişlerdir. Bu bağlamda faaliyetlerini kamufle edici nitelikte paravan şirketler kurarak ve toplumda saygın bir iş adamı görüntüsü sergileyip, gerek kamu ve gerekse özel sektörde etkili pozisyonlarda bulunan kişilerle ilişkilerini geliştirme çabası içerisinde olduklarıdır.

⁷⁵ Aytaç Önder, İhsan Bal, a. g. m. , s. 56.

İKİNCİ BÖLÜM

GİZLİ SORUŞTURMACI GÖREVLENDİRİLMESİ

2.1. Gizli Soruşturmacı Kavramı

Çalışmamızın temelini oluşturan gizli soruşturmacı kurumunun karşılığı olarak doktrinde ve uygulamada gizli görevli, gizli ajan, yer altı ajanı veya sadece ajan terimleri kullanılmaktadır⁷⁶. Gizli soruşturmacı, Alman yasa koyucu tarafından yaratılmış bir kavramdır⁷⁷.

Gizli soruşturmacı kurumunun yasal olarak ilk kez düzenlendiği kanun, 4422 sayılı ÇASÖMK' dur. Ancak uygulamada, bu kanunun kabulünden önce de bu kurumun genel kanunlar çerçevesinde kullanıldığı görülmektedir⁷⁸.

4422 sayılı ÇASÖMK' nun 5. maddesi “ Gizli görevli” terimini kullanmayı tercih etmişken, bu kanunun yürürlükten kalkmasından sonra 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu' nun 139. Maddesi “ Gizli Soruşturmacı” terimini kullanmayı tercih etmiştir. Biz, bu çalışmamızda, kanunda yer alan düzenlemeye sadık kalmak amacıyla “ gizli soruşturmacı” terimini kullanacağız.

⁷⁶ AYTEKİN GELERİ, HAKAN İLERİ, *Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003 s. 177.

⁷⁷ M. RUHAN ERDEM, *Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001, s. 77.

⁷⁸ ALİ ŞAFAK, a. g. e. , s. 121.

Gizli soruşturmacı kavramı ile tanımlanmak istenen kurumun ne olduğu hakkında, gerek bu konudaki ilk düzenleme olan 4422 sayılı ÇASÖMK ve gerekse 5271 sayılı CMK’ nda bir tanımlamaya yer verilmemiştir. Bu kavramla ilgili bir tanımlama 4422 sayılı ÇASÖMK’ nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’ in “ Tanımlar” başlığını taşıyan 5. Maddesinde yapılmıştır. Adı geçen maddeye 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 görevlisi” dir.

5271 sayılı CMK’ nun 139. Maddesi ise, “ ... kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’ in “ Tanımlar” başlığını taşıyan 4. Maddesinde 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 tanımlanmıştır.

Doktrinde ise gizli soruşturmacı: Özellikle örgütlü suçla mücadele için özel olarak eğitilmiş olan, yetki ve sorumluluklarını bilen, görevi, örgütlü suçla mücadele çerçevesinde bir suç örgütü içerisine farklı bir kimlik kullanılarak, belirli bir süre için sızarak delil toplamak; mümkün ise örgüt tarafından işlenmesi düşünülen suçları önlemek olan bir kolluk memurudur⁷⁹.

Yukarıda yer alan, 4422 sayılı kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelik, 5271 sayılı CMK ve gerekse Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’ te yer alan tanımlardan anlaşılacağı üzere, gizli soruşturmacının mutlaka bir kamu

⁷⁹ Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, V. Özer Özbek, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*,8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 693.

görevlisi olması gerekmektedir. Bu sebeple, özel kişiler gizli soruşturmacı (gizli görevli) olarak görevlendirilemezler.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu' nun 110a Maddesine göre gizli ajan: “ Kendilerine belirli bir süre için verilmiş bulunan değiştirilmiş bir kimlik altında araştırma yapan polis memurlarıdır⁸⁰”.

2.1.1. Gizli Soruşturmacının Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması

2.1.1.1. Bilgi Veren (Informant)

Kovuşturma makamlarınca belirli suçların işlendiği bilinen veya tahmin edilen belirli yerlerde bulunup da, kural olarak belirli bir menfaat karşılığında işlendiği veya işlenmekte olduğu ileri sürülen suçlarla ilgili bazı bilgileri kovuşturma makamlarına aktaran kişilere bilgi veren (informant) denir⁸¹. Bu kişiler genellikle seyyar satıcı, garson gibi bir meslek sahipleri olabileceği gibi, bir meslek sahibi olmayan ve evsiz, sokaklarda yaşayan, kişilerde olabilir.

Bilgi veren sıfatı, muhbir sıfatı ile birleşebilir. Ancak her bilgi veren aynı zamanda muhbir olmak durumunda değildir.

Bilgi verenin tanıklık sıfatı ile birleşmesi de mümkündür. Ancak her bilgi veren, aynı zamanda tanık durumunda olmak zorunda değildir. Çünkü tanık, duyuları vasıtasıyla sahip olduğu bilgileri hâkime anlatan kişidir. Oysa bilgi veren, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak suçla ilgisi olup da yine doğrudan doğruya veya dolaylı olarak öğrendiği bilgileri kovuşturma makamlarına aktaran kişidir. Ancak bilgi veren, suçla ilgili olarak doğrudan doğruya sahip olduğu bilgiler bakımından tanıklara ilişkin hükümlere tabidir⁸².

Bilgi veren, güvenilir adam da değildir. Bu iki kavram arasındaki temel fark, polislerle olan işbirliği bakımındandır. Güvenilir adam polis ile daha yoğun

⁸⁰ Feridun Yenisey, “ Mukayeseli Hukukta Çıkar Amaçlı Örgütlerle Mücadele” , *Yeni Türkiye Dergisi Özel Sayı*, Ocak-Şubat, Yıl 3, Sayı 19, (1997), s. 533.

⁸¹ Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, V. Özer Özbek, a. g. e. , s. 696. , Bahri Öztürk, *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları*, Ankara, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995, s. 77.

⁸² Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, V. Özer Özbek, a. g. e. , s. 696.

bir ilişki içerisinde iken, bilgi veren sadece münferit durumlarda kullanılır ve aynı soruşturmanın devamı sırasında bir daha aynı bilgi veren kullanılmaz⁸³.

Bilgi veren sıfatı, gizli soruşturmacı sıfatı ile de birleşmemektedir. Zira gizli soruşturmacı sıfatına sahip olabilmek için kişinin kamu görevlisi olması gerekmektedir. Oysa bilgi veren kişi olabilmek için bu tür kanuni bir zorunluluk bulunmamaktadır. Kısacası bilgi veren herhangi bir kişi, özel kişidir.

Aynı doğrultuda, gizli soruşturmacının kanunda belirtilen örgüt içine sızmak, delil toplamak, mümkünse örgütün işleyeceği suçları önceden önlemek gibi görevleri bulunurken; bilgi verenin kanunda belirtilen bir görevi bulunmamaktadır. Bu sebeple gizli soruşturmacı hakkındaki kanun hükümleri, bilgi veren hakkında kıyasen dahi uygulanamaz. Zira sınırlayıcı kanun hükümlerinde kıyas yasaklanmıştır⁸⁴.

2.1.1.2. Güvenilir Kişi (Adam)

Özellikle örgüt, çete gibi belirli bir pozisyon veya benzeri bir teşkilat içerisinde bulunup da, kural olarak belirli bir menfaat karşılığında, organizasyon veya örgüt içerisinde olup bitenleri, mümkün mertebe düzenli olarak kovuşturma makamlarına aktaran ve bu suretle organizasyon veya örgüt tarafından işlenecek suçların önlenmesine veya işlenmiş olan suçların aydınlatılmasına veya örgütün veya organizasyonun dağıtılmasına yardım eden ve esas itibarıyla kimliği gizli tutulan kişiye güvenilir adam denilmektedir⁸⁵. Bu kişiler genellikle bizzat suçlu çevreye ait kişiler olup, herhangi bir şekilde kamu görevlisi sıfatı taşımamaktadırlar. Kısacası gizli soruşturmacı ile güvenilir adamı ayıran ölçüt, bilgi veren kişinin statüsüdür. Eğer örgüt veya organizasyon içerisinde bilgi veren kişi, kamu makamları tarafından görevlendirilmiş bir kamu personeli ise gizli soruşturmacı, buna karşılık herhangi bir kamu makamı tarafından görevlendirilmeyip bir menfaat karşılığında bilgi veren özel kişi ise güvenilir

⁸³ V. Özer Özbek, *Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s. 31- 32.

⁸⁴ V. Özer Özbek, a. g. e. , s. 31, Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, V. Özer Özbek, a. g. e. , s.697.

⁸⁵ Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, V. Özer Özbek, a. g. e. , s. 697.

adamdır. Bu kişilerin kovuşturma makamları ile olan ilişkileri maddi bir menfaat çerçevesinde olabileceği gibi, kendisi hakkında yapılacak ceza muhakemesi için avantajlar sağlanması şeklinde olduğu gibi karşılıklı güven ilişkisine de dayanabilmektedir.

Güvenilir adam olarak nitelendirilen kişiler, gizli soruşturmacılara nazaran, genel olarak suçlu ortama dâhil olmaları, faaliyetlerini zaman bakımından bir kısıtlama olmadan sürdürebilmeleri, uydurma bir kimliğe sahip olma gereksinimi duymamaları, örgüt üyeleri tarafından teşhis edilebilme risklerinin az olmaları gibi bazı avantajlara sahiptirler.

Bilindiği gibi sosyal bir varlık olan insan, tek başına yaşamaktansa gruplar halinde yaşamayı tercih eder. Ancak bir insanın, bir gruba dâhil olması için bir sürenin geçmesi ve bu süre içerisinde de o grup tarafından tanınıp benimsenmesi gerekmektedir. Bu süreçte kişinin sahip olduğu özellikleri, o gruba kabul edilip edilmemesi açısından önem arz etmektedir. Günümüzde yasal sınırlar içerisinde faaliyet gösteren bazı sosyo- kültürel dernek ve klüplere üye olabilmek için dahi topluluk üyelerinden bir veya birkaçı tarafından olumlu referans verilmesi, topluluğa katılma arzusuyla hareket eden kişinin sahip olduğu özelliklerin doğrulanması ve topluluk üyeleri ile olan ilişkilerin başlaması sağlanmaktadır.

Normal yaşamda dahi bir topluluğa dâhil olabilmek için aranan bir şart olan, üye tarafından topluluğa takdim edilme işlemini, bir suç örgütüne sızmaya çalışan gizli soruşturmacı açısından gerçekleştiren kişiler, çoğu zaman güvenilir adamlardır.

2.1.1.3. Kışkırtıcı Ajan

Fransa’ da bazı insanların kraldan ve kral taraftarı olan kişilerden menfaat temin etme amacı taşıması sonucunda ortaya çıkan kışkırtıcı ajan: Sırf kendilerine bir çıkar sağlamak amacıyla bir kimseyi suç işlemeye sevk ettiren ve onu ele veren kişidir⁸⁶. Bununla birlikte kışkırtıcı kavramı, sadece suçun işlenmesinden

⁸⁶ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, a. g. e. , s. 497.

doğrudan doğruya menfaat sağlamayı uman bir kimse olarak algılanmamalıdır. Kışkırtıcı kavramının genel kabul gören şekli, suçun işlenmesini istemekte, bir kimseyi suç işlemeye sevk etmekteyse de bunun sebebi suçtan doğacak zararlı veya tehlikeli neticeyi istemeyip, bizatihi suçun dışında kalan, suça yabancı olan diğer bazı menfaatleri istemesinden ibaret olan kişidir⁸⁷.

Kışkırtıcının amacı, suçun diğer fail veya faillerinin amacından farklıdır. Kışkırtıcının amacı, faili yakalatmak, cezalandırılmasını sağlamaktır. Bunun nedenleri, suçluyu yakalatana ikramiye verilmesinde olduğu gibi, maddi veya manevi olabilir. Burada ortak özellik, kışkırtıcının suçun işlenmesinden doğrudan doğruya bir fayda beklememesidir⁸⁸. Bu nedenle kışkırtıcı ajanın azmettireninden farklı olduğu düşüncesi bizce de yerinde olan bir düşüncedir. Fakat suça yabancı olan bu menfaatlerin elde edilmesinin, suçun istenilen neticesinin gerçekleşmesine bağlı olduğu da unutulmamalıdır. Bu sebeple kışkırtıcı ajanın, suçun neticesini hiç istemediğini ileri sürmek zorlaştığı için, kışkırtıcı ajanın azmettiren konumunda olması mümkündür.

Gerçekten kışkırtıcı ajanın hareketi, o ajan tarafından kışkırtılmakta olan kişiyi harekete geçirmiş ve kişi aklında suç işleme düşüncesi yokken suçun icra hareketlerine başlamışsa, bu durumda kışkırtıcı ajanı azmettiren olarak sorumlu tutmak gerekmektedir. Buna karşılık kışkırtıcının hareketi, o ajan tarafından kışkırtılan kişiyi harekete geçirmemişse, kışkırtıcı ajanın azmettiren olarak sorumlu tutulması düşünülemez⁸⁹. Çünkü ortada suç oluşturacak bir eylem bulunmamaktadır.

Eğer kışkırtıcı ajan, suç işlemeyi düşünen fakat bu konuda henüz net bir karar vermemiş olan bir kişiyi kışkırtıp, suç işlenmesi yönünde net bir karar

⁸⁷ Faruk Erem, “ Kışkırtıcı Ajan ” , *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 32, S. 1- 4, Ankara, (1975), s. 7.

⁸⁸ Faruk Erem, “ İdarenin Kışkırtıcı Ajan Kullanması ” , Onar Armağanı, İstanbul, İÜHF Fakülteler Matbaası, (1977), s. 274. Erem, bu makalesinde Kışkırtıcı Ajan terimini zabıta mensubu olanlar için, Kışkırtıcı terimini ise özel nedenlerle hareket edenler için kullanmıştır. bkz. s. 271. Biz bu ayrıma katılmamakla birlikte tahrir fiilini gerçekleştiren kişinin zabıta görevlisi veya özel bir kimse olması durumlarının her ikisinde de “ kışkırtıcı ajan ” olacağı kanaatindeyiz. Aynı yönde bkz. Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükmeler*, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 486, V. Özer Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, TCK İzmir Şerhi*, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 482.

⁸⁹ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, a. g. e. , s. 502. , Aytekin Geleri, Hakan İleri, a. g. e. , s. 205. , Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, V. Özer Özbek, a. g. e. , s. 700. , V. Özer Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, TCK İzmir Şerhi*, s. 485.

almasına sebep olursa, bu durumda kışkırtıcı ajanı suça teşvik eden olarak sorumlu tutmak gerekecektir⁹⁰.

Gizli soruşturmacı, kışkırtıcı ajandan farklıdır. Bu iki kurum arasındaki ilk fark: Kışkırtıcı ajanın kamu görevlisi veya özel bir kişi olabilmesine karşılık, gizli soruşturmacının sadece kamu görevlisi olabilmesidir.

İkinci fark: Kışkırtıcı ajanın azmettiren ya da teşvik eden olarak sorumlu tutulabilmesine karşılık gizli soruşturmacının, her ne kadar kışkırtıcı ajandan bozma bir kurum olsa da⁹¹, hiçbir zaman azmettiren olarak sorumlu tutulamamasıdır. Çünkü gizli soruşturmacının suç işleyemeyeceği 5271 sayılı CMK' nun 139. Maddesinin 5. Fıkrasında “ Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz” şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Bu sebeple, gizli soruşturmacının sorumlu tutulamaması için, suçun hazırlanmasına karışmamış ve suç işleme iradesi bulunmayan kişileri suç işlemeye yöneltmemiş olması gerekmektedir.

2.1.1.4. Gizli Soruşturma Yapan Polis Memuru

Gizli soruşturmacı ile gizli soruşturma yapan polis memurlarının icra ettikleri faaliyetleri bakımından bir fark bulunmamakla birlikte, her ikisinin amacı da ceza muhakemesinin amacına ulaşmak olan maddi gerçeğe ulaşmak için gizli yollarla bilgi elde etmektir.

Gerçekten gizli soruşturma yapan polis, gizli soruşturmacı kurumuna en çok benzerlik gösteren kurum olmakla birlikte, bu iki kurum arasındaki en temel fark, bu polis memurlarının uydurma bir kimliğe sahip olmamaları ve sürekli olarak kullanılmamalarıdır⁹². Gizli olarak soruşturma yapan polis memurları, gizli olarak soruşturma yapıyor ve bu sırada kimliklerini gizliyor olsalar bile,

⁹⁰ Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, V. Özer Özbek, a. g. e. , s. 700.

⁹¹ Bahri Öztürk, a. g. e. , s. 74.

⁹² M. Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, s.80. , V. Özer Özbek, *Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği*, s. 38.

nihayetinde kendi gerçek kimlikleri altında bu işlemleri yapmakta yani kendilerine uydurma bir kimlik verilerek soruşturma işlemlerini yapmamaktadırlar.

Uygulamada, gizli soruşturma yapan polis memurlarının başka bir kimlik altında soruşturma işlemlerini yaptıkları görülmekle birlikte, bu durumlarda gizli soruşturmacı ile gizli soruşturma yapan polis memurları arasındaki farkı ortaya koymak için kabul edilen çözüm, uydurma kimlik altında soruşturma yapan polisin, bu uydurma kimliği kullandığı ilişkilere göre yapılan ayırmadır. Bu ayrıma göre, eğer polis memuru uydurma kimliği sadece sanığa karşı kullanıyorsa gizli soruşturma yapan polis memuru, buna karşılık bu uydurma kimlikle genel hukuki ilişkilere de katılıyorsa gizli soruşturmacı olarak kabul edilmektedir⁹³.

Gizli soruşturmacı ile gizli soruşturma yapan polis memurları arasındaki farkı ayırt etmeye yarayan ikinci unsur, verilen uydurma kimliğin kullanılmasının sürekliliğidir. Buradaki süreklilikten anlaşılması gereken, uydurma kimliğin hiç olmazsa “önemsiz bir süre için” verilmemiş olması gereğidir⁹⁴. Kısacası uydurma kimliğin süre sınırı olmaksızın verilmiş olması şartı aranmadığı gibi, yalnızca önemsiz ve kısa bir süre için verilmiş de olmaması gerekir. Kanaatimizce, eğer verilmiş olan uydurma kimlik kısa ve önemsiz bir süre için verilmiş ise gizli soruşturma yapan polis memurundan, buna karşılık belli bir süre için kullanılması gerekliliği göz ardı edilmeyerek verilmiş bulunan uydurma kimliğin varlığı halinde gizli soruşturmacıdan söz etmek gerekmektedir.

2.1.1.5. Yer altı Ajanı (Undercover Agent)

Amerika Birleşik Devletleri Hukuku kaynaklı olan yer altı ajanı (undercover agent): Soruşturmaya ilişkin somut bir talimat almaksızın uzun süreli olarak suçlu ortama sokulan, orada serbestçe hareket eden ve gerektiğinde suç işleyebilen kişilerdir.

⁹³ V. Özer Özbek, *Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği*, s. 39.

⁹⁴ M. Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, s.81.

Bu kişiler çoğunlukla gümrük veya polis memurları arasından seçilmiş olup, suç örgütleriyle mücadele amacıyla ve çoğu kez uydurma bir kimlik altında, failleri ve planlanmış olan suçları öğrenmek amacıyla kriminal ortamlara girerler⁹⁵.

Dikkat edilecek olursa, yer altı ajanı ile gizli soruşturmacı arasındaki farklılıklar henüz tanım aşamasında göze çarpmaktadır. Zira yer altı ajanının sahip olduğu sızdığı ortamda serbestçe hareket edebilme ve gerektiğinde suç işleyebilme yetkisi, gizli soruşturmacı için kabul edilmemiştir. Gizli soruşturmacı, bu görevi kapsamında olsa dahi, suç işleyemez ve sadece soruşturma talebi doğrultusunda, sınırlı bir zaman süreci içerisinde ve sıkı bir gözetim altında görevlendirilebilir⁹⁶.

2.1.2. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesinin Amacı

Koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin gereği gibi yapılabilmesi veya hükmün infazının mümkün kılınması amacıyla muhakeme sürecinde başvurulabilen ve hükümden önce, gerektiğinde zor kullanmak suretiyle bazı temel hak ve özgürlüklere geçici müdahaleyi gerektiren işlemlerdir. Bu bakımdan ceza muhakemesinin gereği gibi yapılabilmesi ve hükmün yerine getirilebilmesi için delillere ulaşmak ve delillerin karartılmasını önlemek, şüpheli veya sanığın muhakeme sırasında veya hükmün infazı için hazır bulundurulmasını sağlamak gerekmektedir⁹⁷.

Gizli soruşturmacı, örgütlü suçluluğun aydınlatılmasında, suç örgütleri tarafından işlenen suçların daha yakından, içeriden izlenmesi suretiyle delillere

⁹⁵ V. Özer Özbek, *Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği*, s. 45.

⁹⁶ M. Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, s.84.

⁹⁷ Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 197.

ulaşılması amacıyla kabul edilen bir kurumdur⁹⁸. Bu sebeple gizli soruşturmacının delillerin korunmasını sağlayan bir koruma tedbiri olduğu söylenebilir.

Çalışmamızın birinci bölümünde örgütlü suçun tanımını yaparken örgüt üyeleri arasında var olan hiyerarşik bir ilişkinin varlığını belirtmiştik. Bu hiyerarşik ilişkinin anlamı, örgüt içerisinde en üst seviyede bulunup planları yapan, emirleri veren ve örgütü yöneten bir şefin bulunmasıdır. Kovuşturma makamlarının şefe ulaşmasını önlemek için genellikle araçlar kullanılmakla birlikte, bu araçların amacı, ciddi bir yasal problemin ortaya çıkması halinde kendilerini feda ederek sorumluluğu üzerlerine almak ve böylece örgüt şefinin kimliğinin deşifre olmasını, soruşturma ve kovuşturmaya uğramasını engellemektir⁹⁹. Her ne kadar fazla sayıda üyesi olmayan örgütlerde aracı kullanılsa da, bu hiyerarşik ilişki, delillere ulaşılmasına ve asıl failerin cezalandırılmasına engel teşkil etmektedir.

Geleneksel koruma tedbirlerinin bu yapıyı aşmada yetersiz kalmaları ve ceza muhakemesi sisteminin gerektiği gibi işlememesi, kanun koyucuları yeni yöntemler uygulayarak suç faillerine ve delillere ulaştırmaya zorlamıştır. Bu sebeple gizli soruşturmacının amacı, geleneksel yöntemlerle ulaşılamayan delillere gizli bir şekilde ulaşarak ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeği elde etmektir.

2.2. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesinin Şartları

2.2.1. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesinin Kanunla Düzenlenmesi

Birinci bölümde değinmiş olduğumuz üzere gizli soruşturmacı kurumu, gizli görevli adı altında, hukuk sistemimiz içerisinde ilk kez 4422 sayılı ÇASÖMK' nda yer almıştır. Fakat bu kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde de gizli ajan kullanıldığı bir gerçektir. Bu uygulamanın yasal dayanağının ise CMUK' nun 154. maddesinin 1. ve 156. maddenin 1. fıkraları

⁹⁸ Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, s. 273.

⁹⁹ Aytekin Geleri, Hakan İleri, a. g. e. , s. 201.

olduğu ileri sürülmekteydi¹⁰⁰. Ayrıca PYSK' nun ek 7. maddesinde polisin; Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu' nda Jandarmanın; 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu' nda Milli İstihbarat Teşkilatının istihbarat faaliyetlerinde bulunarak bilgi toplayabileceği belirtilmişti¹⁰¹.

Kamu hukukunda yetkisizlik kural, yetkililik ise istisnai bir durumdur. İdare Hukuku' nun bu temel kuralı dahi gizli soruşturmacı kurumunun kanunla düzenlenmesi gerekliliğini belirtmektedir. Bu sebeple, gizli soruşturmacı gibi kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale oluşturan bir koruma tedbirinin uygulanabilmesi için, yukarıda adı geçen genel içerikli kanunlardan ayrı bir şekilde özel olarak düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz¹⁰². Her ne kadar 5271 sayılı CMK, diğer kanunlara dağılmış olan hükümleri kendi bünyesinde toparlamış olsa da, bunun yeterli görülmeyip, özel kanun olarak hazırlanmış bir Organize Suçlulukla Mücadele Kanunu' nun yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

2.2.2. Gizli Soruşturmacı' nın Kamu Görevlisi Olması

5271 sayılı CMK' nun 139. Maddesinin 1. Fıkrası “ 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” hükmündedir. Bu sebeple gizli soruşturmacı olarak sadece kamu görevlilerinin görevlendirilebileceği kesin bir hükümdür. Bu doğrultuda,

¹⁰⁰ CMUK' nun 154. maddesinin 1. fıkrası “Cumhuriyet Müddeiumumisi yukarıdaki maddede yazılı neticelere varmak için bütün memurlardan her türlü malûmatı isteyebilir. Gerek doğrudan doğruya ve gerek zabıta makam ve memurları vasıtasile her türlü tahkikatı yapabilir” hükmündeydi.

CMUK' nun 156. maddesinin 1. fıkrası da “Zabıta makam ve memurları suçluları aramakla ve işin tenviri için lâzım gelen acele tedbirleri almakla mükelleftir. Bu makam ve memurlar tanzim ettikleri evrakı hemen müddeiumumiliğine gönderirler” hükmündeydi.

¹⁰¹ 03/ 07/ 2005 tarih ve 5397 sayılı Kanun' un 1. maddesi ile PYSK' ek 7. maddesinde; 2. maddesi ile Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu' nun ek 5. maddesinde; 3. maddesi ile Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu' nun 6. maddesinde yapılan değişiklikle sadece iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izlemeye yer verilmiştir. Bu sebeple, artık, bu kanunlar yasal dayanak gösterilerek gizli soruşturmacı kullanılması tedbirine başvurulamayacaktır.

¹⁰² Bahri Öztürk, a. g. e. , s. 75.

gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilmek için sahip olunması gereken “ kamu görevlisi” sıfatının ne anlama geldiğini belirtmek gerekmektedir.

Yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK’ nun 279. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, kamuda çalışan personel ikili bir ayrıma tabi tutulmuştu¹⁰³. Madde metni incelendiğinde kamu görevini yerine getirenler memur; kamu hizmetini yerine getirenler ise kamu hizmetlisi olarak adlandırılmaktaydı.

Buradaki farklılığın temeli olan kamu görevi ve kamu hizmeti kavramlarının ne demek olduğu hakkında doktrinde tam bir görüş birliği bulunmamaktaydı. İleri sürülen görüşler üç başlık altında toplayabiliriz.

Bu görüşlerden ilkinde göre kamu görevinin özelliği, kamu kurumunu temsil etmesinden ileri gelmektedir. Bu durum, kamu kurumunun sahip olduğu iradeyi belirleme veya şekillendirme gücüne veya bu iradeyi belirleyip şekillendiren güce iştirak ederek bu iradenin hayata geçirilmesinde kurumu temsil etme gücüne sahip olmaktır. Bu görüşe göre kamu hizmeti de kamu için yerine getirilen bir görev olmakla birlikte, kamu görevi için belirtilen özelliklere sahip değildir¹⁰⁴.

İleri sürülen ikinci görüş, kamu görevi ve kamu hizmeti ayrımını, devlet idaresinin faaliyetlerinin hukuki veya sosyal bir faaliyet olup olmamasına göre yapmaktadır. Bu görüşe göre hukuki faaliyet: Devletin esaslı ve temel amacına uygun olan faaliyettir. Sosyal faaliyet ise toplum için sadece faydalı olan faaliyettir. Bu faaliyetin özelliği, toplumu oluşturan insanların fiziki, ekonomik ve entelektüel olarak geliştirmek için yapılmalarıdır¹⁰⁵.

¹⁰³ 765 sayılı TCK’ nun 279. maddesi “Ceza Kanununun tatbikatında:

1 - Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idarî ve adlî bir âmme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü âmme müesseseleri memur, müstahdemleri;

2 - Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyarî ve mecburi olarak teşrii, idarî veya adlî bir âmme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır.

Ceza Kanununun tatbikatında âmme hizmeti görmekte muvazzaf olanlar:

1 - Devamlı veya muvakkat surette bir âmme hizmeti gören Devlet veya diğer âmme müessesesinin memur ve müstahdemleri;

2 - Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz, ihtiyarî veya mecburi surette bir âmme hizmeti gören diğer kimselerdir” hükmündeydi.

¹⁰⁴ Doğan Soyaslan, “ Ceza Hukukunda Memur Kavramı” , *AÜHFĐ*, C. 45, S. 1- 4,(1996) , s. 47.

¹⁰⁵ Doğan Soyaslan, a. g. m. , s. 47.

İleri sürülen üçüncü görüşe göre, kamu görevi emir verme ve yönetme yetkisini içerirken, kamu hizmeti böyle bir yetkiyi içermemektedir.

Aslında, 765 sayılı TCK' nun 279. Maddesinde yer alan memur ve kamu hizmetlisi ayrımı, özel hükümlerde kendisini göstermemiştir. Bu sebeple memur ile kamu görevlisi arasında ayırıcı bir kriter aramak için yapılan çalışmaların bir gereği de bulunmamaktaydı. Ancak bu ayrımın tek faydası, uygulamada memur olanlarla olmayan özel şahısları ayırmaktan ibaretti¹⁰⁶.

765 sayılı TCK' nda yer alan memur- kamu görevlisi ayrımı 5237 sayılı TCK' nda bir kavram altında birleştirilmiştir. 5237 sayılı TCK' nun “ Tanımlar” başlığını taşıyan 6. Maddesinin “ c” Fıkrası, bu kanunun uygulamasında “ Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” nin anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Bu yeni tanımlama sayesinde hukukumuzda var olan memur- kamu görevlisi ayrımı da sona ermiştir. Bu düzenlemeye göre kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için gerekli olan tek ölçüt, gördüğü işin kamusal faaliyet olmasıdır.

Kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarla belirlenmiş olan yöntemler takip edilerek verilmiş olan siyasi bir kararla bir hizmetin kamu adına gerçekleştirilmesidir. Bu faaliyetin gerçekleştirilmesine katılan kişilerin maaş, ücret gibi bir maddi karşılık alıp almamalarının veya bu işi sürekli olarak veya geçici olarak gerçekleştirmelerinin bir önemi bulunmamaktadır. Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin gerçekleştirilmesinin özel hukuk kişileri tarafından ihaleye dayalı olarak üstlenilmesi halinde, bu kişiler kamu görevlisi sayılmayacaktır¹⁰⁷.

Yürürlükten kalkan 4422 sayılı ÇASÖMK' nun 5. Maddesinde de, 5271 sayılı CMK' nun 139. Maddesinde olduğu gibi, gizli soruşturmacının (görevlinin) kamu görevlisi olacağı yazmaktaydı. Bu sebeple gerek yürürlükten kalkan 4422 sayılı ÇASÖMK kapsamına giren suçların aydınlatılması için ve gerekse şu an yürürlükte olan 5237 sayılı TCK kapsamına giren suçların aydınlatılması için

¹⁰⁶ Doğan Soyaslan, a. g. m. , s. 50.

¹⁰⁷ V. Özer Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, TCK İzmir Şerhi*, s. 201.

başvurulacak olan gizli soruşturmacı tedbirinde, özel kişiler gizli soruşturmacı olarak kullanılamazlar.

Gizli soruşturmacı kurumunun doğduğu hukuk sistemi olan Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu' nda gizli soruşturmacının polis memuru olacağı düzenlenmiştir¹⁰⁸. Ülkemizde ise gizli soruşturmacının mutlaka polis memuru olması aranmamış; buna karşılık suç örgütlerinin gerçekleştirdikleri suçların niteliği sebebiyle gizli soruşturmacı olabilmek için kamu görevlisi olmak şart koşulmuştur.

2.2.3. Kuvvetli Suç Şüphesinin Varlığı

Ceza Muhakemesi Hukuku' nda şüphe, soruşturmanın başında yetkililerin delillere dayanan bir tahmininden ibaret iken, soruşturmanın daha sonraki evrelerinde ve kovuşturma evresinde iddiayı destekleyen delillerle savunmayı destekleyen delillerin yetkililere eşit değerde görünmesinden ve bu sebeple yetkililerin savunma veya iddia lehinde veya aleyhinde net bir kaniya varamamaları anlamına gelmektedir¹⁰⁹. Bu ise hukuk devleti ilkesi çerçevesinde yapılan bir ceza muhakemesinde şüpheden bahsedilebilmesi için delillerin varlığını gerekli kılmaktadır. Kısacası şüphenin varlığı, delilin varlığına tabidir.

Şüphe, basit şüphe (başlangıç şüphesi) ve yoğun şüphe olarak ikiye ayrılmaktadır.

Basit şüphe, dayanağı olan delillerin basit, yetersiz veya az olan delillerin oluşturduğu şüphedir. Soruşturmaya başlanabilmesi için, belirli ve yaşanmış somut olayların en azından belirti şeklinde ortada bulunan delillere dayanarak, belli bir suçun işlendiğine dair şüpheyi yaratması gerekmektedir¹¹⁰. Zira 5271 sayılı CMK' nun 160. Maddesinin 1. Fıkrasında, Cumhuriyet savcısının suç işlenip işlenmediği hakkında soruşturma başlatabilmesi için gerekli olan şüphenin,

¹⁰⁸ Feridun Yenisey, a. g. m. , s. 533.

¹⁰⁹ Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 484.

¹¹⁰ Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, a. g. e. , s. 485.

basit şüphe olduğu belirtilmiştir. Bu sebeple de soruşturmanın başlatılabilmesi için, suç şüphesinin belirli bir kişiye yönelmiş olması aranmamakla birlikte, çoğu kez savcılığı harekete geçirip soruşturma başlatan olay, suç failinin öğrenilmesinden daha çok suç teşkil eden fiilin öğrenilmesidir¹¹¹.

Yoğun şüphe, eldeki delillerin sayıca az olmaması, delil kuvveti yeterli veya kuvvetli delillerin bulunması halinde var olan şüpheyeye denilmektedir. Yoğun şüphe, kendi içinde yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur.

Eldeki delillere nazaran yapılacak olan duruşmada, sanığın mahkûm olma ihtimali, beraat etme ihtimalinden daha kuvvetli ise yeterli şüpheden; sanığın mahkûm olması kuvvetle muhtemel ise kuvvetli şüpheden bahsedilir¹¹².

4422 sayılı ÇASÖMK' nun 8. Maddesi, gizli görevli görevlendirilmesi hususunda, 2. Maddedeki usul ve esaslara uyulması gerektiğini belirtmekteydi. 2. Maddede ise “ kuvvetli belirti” den bahsedilmiş fakat bu “ kuvvetli belirti” nin ne anlama geldiği belirtilmemiştir.

5271 sayılı CMK' nun 139. Maddesi ise gizli soruşturmacı görevlendirilmesi için kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunmasının yanı sıra başka surette delil elde edilememe şartının varlığını da aramıştır. Yasa koyucunun bu düzenlemesinin pek yerinde olmadığı ve kendisi ile çeliştiği kanaatindeyiz. Zira daha önce değindiğimiz gibi, kuvvetli bir suç şüphesinin varlığından söz edebilmek için suç işlendiği yönünde delillerin varlığı şart olmakla birlikte, bu delillerin sanığı mahkûm edebileceğinin kuvvetle muhtemel olması da gerekmektedir. Yani kuvvetli suç şüphesi, ancak hali hazırda elde edilmiş olan delillere dayanılarak oluşur. Oysa kanun metninde gizli soruşturmacı görevlendirilebilmesi için kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı yeterli görülmemiş, ayrıca başka surette delil elde edilememe şartı da aranmıştır. Kuvvetli şüphe sebeplerinin elde edilen delillere dayandığı bir durumda, başka surette delil elde edilememesinin ne anlama geldiği ise uygulamada karmaşıklığa sebep olacak bir husustur. Çünkü kuvvetli suç şüphesini gerektirecek delillerin varlığı, başka

¹¹¹ M. Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, s.317.

¹¹² Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, a. g. e. , s. 486.

surette delillerin elde edildiği anlamına gelmektedir. Bu durumda ise gizli soruşturmacı görevlendirilmesi gerekliliği ortadan kalkmaktadır.

2.2.4. Başka Surette Delil Elde Edilmesinin Mümkün Olmaması

Orantılılık (Ölçülülük) ilkesi, ceza muhakemesi hukuku işleminin yapılması ile sağlanması beklenen yarar ve verilmesi ihtimal dâhilinde olan zarar arasında makul bir oranın bulunmasını, oransızlık durumunda ise işlemin yapılmamasını ifade eden ilkedir¹¹³. Bu bakımdan orantılılığı kısaca işlenen suçun ağırlığı ile uygulanacak tedbir arasında bulunması gerekli olan akla uygun bir denge olarak tanımlayabiliriz.

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

Kanun koyucunun, gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanabilmesi için kuvvetli suç şüphesinin varlığını şart koşması yanında, başka surette delil elde edilememesi şartını da ayrıca belirtmesi, aynı zamanda gizli soruşturmacı olarak görevlendirilecek kişilerin can güvenliği ile de alakalı bir durumdur. Eğer somut olayda suç örgütü hakkında diğer koruma tedbirleri kullanılarak delil elde edilebiliyorsa, bu durumda gizli soruşturmacı görevlendirilerek örgüt içerisine sızması tercih edilmemelidir. Çünkü örgüt içerisine sızan bir gizli soruşturmacının kimliğinin deşifre edilmesi ve hayatının tehlikeye girmesi, pek de göz ardı edilecek bir ihtimal değildir.

¹¹³ Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, a. g. e. , s. 159.

4422 sayılı ÇASÖMK' nun 2. Maddesi “ Başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesi mümkün ise, iletişimin dinlenmesine veya tespitine karar verilemez” hükmündeydi. Bu maddeye göre, klasik koruma tedbirlerinin uygulanması halinde fail belirlenebiliyor veya delil elde edilebiliyorsa, iletişimin dinlenmesine ve tespitine karar verilemiyordu.

Aynı kanunun 5. Maddesi “ Bu Kanunun kapsamına giren suçların soruşturulmasında, diğer tedbirlerin yeterli olmadığına anlaşılması halinde, kamu görevlileri gizli görevli olarak kullanılabilir” hükmündeydi.

Kanun koyucunun 5. Maddede kullanmış olduğu “ diğer tedbirler” ifadesi ile 4422 sayılı ÇASÖMK' nda düzenlenmiş bulunan koruma tedbirlerini kastettiği kanaatindeyiz. Bu durumda, uygulamada hâkim, klasik koruma tedbirleri ile faillere veya delillere ulaşılmasının mümkün olması durumunda 4422 sayılı kanunda düzenlenen koruma tedbirlerini uygulamayacaktı. Eğer klasik koruma tedbirleri amaca ulaşmak için yeterli olmazsa, bu durumda 4422 sayılı kanunda düzenlenmiş bulunan iletişimin dinlenmesi, gizli izleme ve kayıt ve verilere ulaşma gibi tedbirlerin uygulanmasına karar verecek; bu tedbirler de faillere ulaşmak için veya delil elde etmek için yetersiz kalırsa gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararını verecekti¹¹⁴.

5271 sayılı CMK' nun 139. Maddesinde “ başka surette delil elde edilememesi” halinde gizli soruşturmacı görevlendirilebileceğini belirtmiştik. Gizli soruşturmacı tedbirine başvurulabilmesi için olmazsa olmaz bu koşul, 5271 sayılı CMK' nun 134. Maddesinde düzenlenen “ Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama, el koyma”, 135. Maddesinde düzenlenen “ İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” ve 140. Maddesinde düzenlenen “ Teknik araçlarla izleme” koruma tedbirleri için de kabul edilmiştir. Bu düzenleme ise, bu koruma tedbirlerinin uygulanması bakımından hangisine öncelik tanınacağı hususunda belirsizliğe sebep olmaktadır. Uygulamada somut olayın gerektirdiği tedbirler belirlenerek bu tedbirlerden hangisinin ceza muhakemesinin amacına en uygun olduğuna karar verilecektir.

¹¹⁴ M. Naci Ünver, a. g. e. , s. 8.

Uygulanmasına karar verilen tedbir de, diğer tedbirlere öncelikli olarak uygulanacaktır.

2.2.5. Kanunda Liste Halinde Belirtilen Suçlardan Birinin İşlenmesi

Gizli soruşturmacı tedbiri, genellikle suç örgütleri (organize suçluluk) ile mücadelede kullanılmakla birlikte, birinci bölümde değinmiş olduğumuz gibi, örgütlü suç ve organize suçluluk kavramları hakkında yapılan tanımların hukuk sistemleri arasında farklılık göstermesi sebebiyle, gizli soruşturmacı tedbirine hangi suçlara mücadele için başvurulacağı uygulamada sorunlar yaratmaktadır. Yaşanan bu sorunları azaltmak için Ceza Muhakemesi Hukuku sistemlerinde gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirini düzenlemiş olan ülkelerden bazıları, gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanabileceği suçları ilkeler halinde belirtme yoluna gitmişler; diğer bazı ülkeler ise bu suçları bir katalog içerisinde sayma yolunu tercih etmişlerdir.

Gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanabileceği suçları ilkeler halinde belirtmek, suç örgütlerinin ceza kovuşturmasına uğramamak için sürekli bir gelişim içerisinde olmaları ve yaptıkları faaliyetleri sürekli olarak değiştirip maskeleyerek kanunlara uygun faaliyetlerin arkalarına gizlemeleri sebebiyle, bu değişiklikler karşısında soruşturma ve kovuşturmayla uğramama şanslarını azaltmaktadır. Buna karşılık, gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanabileceği suçları ilkeler halinde belirtme yönteminin, ceza hukukunun temel ilkelerinden olan belirlilik ilkesi ile bağdaştığını da söylemek güçtür¹¹⁵.

Gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanabileceği suçları bir katalog içerisinde sıralayarak belirtilmesi yöntemi ise, bazı suçların katalog dışında kalması ihtimalini taşısa da belirlilik ilkesine daha uygun görülmektedir.

¹¹⁵ İsmail Ercan, a. g. e. , s. 12.

4422 sayılı ÇASÖMK' nun yürürlükte olduğu dönemde, yukarıda belirttiğimiz her iki yöntem de tercih edilmemekle birlikte, kanunun 1. Maddesi suç örgütünü tanımlamış, 5. Maddesinde ise gizli görevlinin 1. Maddede sıralanan suçlarla mücadele için kullanılacağı belirtilmişti. Aynı kanunun “ Araştırma ve tedbire ilişkin hükümlerin uygulanacağı diğer haller” başlığını taşıyan 16. Maddesinde yer alan düzenleme sebebiyle gizli görevli,

- Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar,
- 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu,
- 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun
- 765 sayılı TCK' nun 403, 404, 406. Maddelerinde yer alan suçların teşekkül halinde işlenmesi durumlarında da uygulanabiliyordu.

5271 sayılı CMK' nun 139. Maddesinde yer alan düzenleme, gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanabileceği suçları bir katalog içerisinde belirtmek şeklindedir. Bu sebeple gizli soruşturmacı tedbiri, sadece kanunda sınırlı sayıda belirtilmiş bulunan suçlarla mücadele için kullanılabilir. 5271 sayılı CMK' nda yer alan bu düzenlemenin, gizli soruşturmacı tedbirinin diğer koruma tedbirlerinden daha ağır bir şekilde kişilerin özel hayatına müdahale teşkil ediyor olması sebebiyle yapıldığı ve yerinde bir uygulama olduğu kanaatindeyiz¹¹⁶.

5271 sayılı CMK' nun 139. Maddesinde, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanabileceği suçlar şöyle sıralanmıştır:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Uyuşturucu veya uyarıcı Madde imal ve ticareti (Madde 188) ,
2. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (2, 7 ve 8. 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 kaçaklığı (Madde 12) suçları.

¹¹⁶ Erdener Yurtcan, *CMK Şerhi*, 4. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2005, s. 296. , V. Özer Özbek, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, CMK İzmir Şerhi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 607.

c) Kùltür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68. ve 74. üncü Maddelerinde tanımlanan suçlar.

Madde metni incelendiğinde gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine, genel olarak suç örgütleri ile mücadele kapsamında başvurulduğu gör÷lmektedir.

Çalışmamızın birinci bölümünde, örgütlü suçun temel düzenlemesi olan 5237 sayılı TCK' nun 220. Maddesini ayrıntılı olarak incelemeye çalışmıştık. Bu sebeple, bu bölümde 5271 sayılı CMK' nun 139. Maddesinde düzenlenmiş bulunan gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanabileceği diğer suç tipleri incelenmeye çalışılacaktır.

2.2.5.1. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti (5237 sayılı TCK md. 188)

Her ne kadar 5237 sayılı TCK' nun 188. Maddesi Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti suçunu düzenlemiş olsa da, madde metninde uyuşturucu maddenin tanımı yapılmamıştır. Kanun koyucunun bu tanımı yapmamış olmasının sebebi, hızla gelişen kimya ve eczacılığın sonucunda elde edilen yeni sentetik uyuşturucuların keşfedilmesinin bir sonucu olabilir. Zira kanun koyucu, madde metninde uyuşturucu madde tanımını yapmış olsa idi, her yeni keşfedilen sentetik uyuşturucuyu madde kapsamına almak için kanun değişikliği yapılması gerekecekti. Bu sebeple kanun koyucunun kullanmış olduğu ifade tarzı ile madde kapsamı genişletici yoruma açık tutularak, yeni geliştirilen sentetik uyuşturucuların da madde kapsamında değerlendirilerek cezalandırılması yoluna gidilmiştir¹¹⁷. Nitekim maddenin gerekçesinde bu durum “ ... Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ve aynı etkiyi yapan ilaç ve sentetiklerin kötüye kullanımlarının yaptırım altına alınarak güçlü bir sosyal savunmanın amaçlanmasıdır...” şeklinde ifade edilmiştir¹¹⁸.

¹¹⁷ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 388.

¹¹⁸ İzzet Özgenç, *TCK Gazi Şerhi*, s. 931.

Bu suç bireysel olarak işlenebileceği gibi bir suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde de işlenebilen bir suçtur. Nitekim Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal veya ticareti suçunun bireysel olarak işlenebilen bir suç olduğu 5237 sayılı TCK' nun 188. Maddesinin 1. Fıkrasında “ ... İmal, ithal veya ihraç eden kişi...” şeklinde ifade edilmiştir. Bunun yanında aynı maddenin 5. Fıkrasında “ Yukarıdaki fıkralarda gösterilen suçların, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır” şeklinde düzenleme yapılarak, bu suçun örgüt faaliyeti içerisinde işlenmesi, ağırlaştırıcı sebep sayılmıştır.

5271 sayılı CMK' nun 139. Maddesinde düzenlenmiş bulunan gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanabileceği suç tipleri arasında, TCK' nun 188. Maddesi zikredilmiş olmakla birlikte, bu tedbirin uygulanabilmesi için 188. Madde de düzenlenen suçun ayrıca örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi gerektiğine dair bir ifadeye yer verilmemiştir. Bu sebeple, TCK' nun 188. Maddesinde düzenlenmiş bulunan suçun, gerek bireysel olarak ve gerekse bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması halinde gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine karar verilebileceği kanaatindeyiz.

TCK' nun 188. Maddesinin 1. Fıkrasında belirtilen suç, seçimlik hareketli bir suç olmakla birlikte; uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihraç etmek seçimlik hareketlerinden birisinin gerçekleştirilmesi maddede düzenlemiş olan suçun oluşması için yeterlidir.

Bu suçun manevi unsuru; imal, ihraç veya ithal edilen malın uyuşturucu olduğunun bilinmesi ve istenmesidir. Buna ilave olarak failler, bu malı ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal, ihraç ve ithal ettiklerini de bilmeli ve istemelidirler¹¹⁹.

Sözlük anlamıyla imal: Ham maddeyi işleyerek yeni bir mal üretmek demektir. Bu bağlamda uyuşturucu madde imal edebilmek için uyuşturucunun ham maddesi üzerinde teknik yöntemler kullanılarak, o maddenin kimyasal yapısının değiştirilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay 10. Ceza Dairesi bir

¹¹⁹ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 389.

kararında “ ... Kenevir bitkisinin sapçık ve yapraklarının kurutulup ufalanarak toz esrar haline getirilmesi, teknik yöntemi gerektirmeyen basit bir yöntem olduğu gibi, maddenin kimyasal yapısında değişiklik de sağlamadığından esrar imal etme sayılamaz”¹²⁰ görüşünü kabul etmiştir.

Sözlük anlamıyla ihraç etmek: Üretim fazlası malın yurt dışına satılması demektir. Bu kavramı uyuşturucu madde açısından değerlendirdiğimizde ise, yurt içinde imal edilen uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin yurt dışına satılması anlaşılmaktadır. Bu durumda 5237 sayılı TCK’ nun 188. Maddesinin 1. Fıkrasında seçimlik olarak belirtilmiş bulunan hareketlerden ikisi olan imal ve ihracın gerçekleştiğini söylemek ve bu sebeple de iki ayrı suçun işlendiğini kabul etmek gerekmektedir. Uygulamada bu tür durumlarla karşılaşıldığında, sanığa TCK’ nun 188. Maddesinin 1. Fıkrasının iki defa uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Sözlük anlamıyla ithal etmek: Bir ülkeye başka ülkelerden mal getirmek veya satın almak demektir.

Kanaatimizce, bir kişinin kullanmak amacıyla yurt dışına uyuşturucu madde çıkarması durumunda, TCK’ nun 188. Maddesinin 1. Fıkrasında düzenlenmiş bulunan suç oluşmamıştır. Zira bu suçun oluşabilmesi için yurt dışına çıkarılan uyuşturucunun ihracı, yani satılması amaçlanmalıdır. Somut olayda bu kast yoksa bu halde fail, 5237 sayılı TCK’ nun 191. Maddesinde düzenlenen suçtan dolayı sorumlu tutulmalıdır.

5237 sayılı TCK’ nun 191. Maddesinde “ Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak” suçu düzenlenmiştir. Bu maddede düzenlenen suçun manevi unsurunu, failin uyuşturucu maddeyi kullanma amacıyla satın alması, bulundurması veya kabul etmesi teşkil etmektedir.

5271 sayılı CMK’ nun 139. Maddesinde gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanabileceği suçları içeren katalogda, 5237 sayılı

¹²⁰ Yargıtay 10. CD. , T. 21/ 05/ 1992, E. 1992/ 5557, K. 1992/ 6015,

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/10cd-1992-5557.htm>

TCK' nun 191. Maddesindeki suça yer verilmemiştir. Bu sebeple de TCK' nun 191. Maddesinde düzenlenen suça yönelik olarak gizli soruşturmacı tedbiri uygulanamaz.

Buna karşılık, kişinin kullanmak amacıyla yurt içine uyuşturucu madde sokması durumunda ise, 5237 sayılı TCK' nun 188. Maddesinin uygulanabileceğini kanaatindeyiz. Zira bu durumda kişinin ülkeye soktuğu uyuşturucuyu satma kastı olmasa bile, yurt dışından yurt içerisine bilerek ve istenerek getirilen bir uyuşturucu malın varlığı, TCK' nun 188. Maddesinde düzenlenen suçun manevi unsurunun varlığını tamamladığı için, ithal tanımına uygun bir fiilin gerçekleştiği kanaatindeyiz¹²¹. Uygulamada bu tür bir olayla karşılaşıldığında, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanacağı açıktır.

5237 sayılı TCK' nun 188. Maddesinin 3. Fıkrasında, yine seçimlik hareketli bir suç olan Uyuşturucu Madde Satma, Satışa Sunma, Nakletme, Satın Alma ve Bulundurma suçu düzenlenmiştir. Bu suçun seçimlik hareketleri: Uyuşturucu madde satmak, satışa sunmak, başkalarına vermek, devretmek, nakletmek, depolamak, kabul etmek ve bulundurmadır. Bu seçimlik hareketlerden birisinin gerçekleştirilmesiyle suç oluşmuş sayılmaktadır. Ayrıca bu fıkra kapsamında sorumlu tutulabilmek için, uyuşturucu satmak fiilinin yurt içerisinde yapılmış olması gerekmektedir. Uyuşturucu madde satışının yurt dışına yapılması durumunda bu fıkraya göre değil, 1. Fıkra düzenlenmiş Uyuşturucu İhraç etmek suçu ile sorumluluk doğar.

2.2.5.2. Silahlı Örgüt veya Bu Örgütlere Silah Sağlama (5237 sayılı TCK md. 314 ve 315)

Silahlı örgüt suçu da, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda olduğu gibi, amaç edinilen suçları işlemek açısından hazırlık hareketi niteliğini

¹²¹ Bkz. Karşı görüş: Erkan Günay, *Uygulamalı Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları İle İlgili Mevzuat*, 4. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 60. Yazara göre, ithale konu edilen uyuşturucunun miktarı az ise, ithal değil, uyuşturucu madde kullanmak söz konusudur. Başka bir deyişle uyuşturucunun miktarı, kişisel ihtiyaç durumunu aşmadığı durumlarda ithal fiili gerçekleşmiş sayılmayacaktır.

taşımaktadır. Fakat zarar verilen hukuki değerlerin ağırlığı sebebiyle kanun, devlete karşı bazı suçların işlenmesine yönelik fiilleri daha sert bir şekilde cezalandırmayı amaçlamıştır¹²².

5237 sayılı TCK' nun 314. Maddesinde düzenlenmiş bulunan silahlı örgütün, aynı kanunun 220. Maddesinde tanımlanmış bulunan “ suç işlemek amacıyla kurulan örgüt” ün özel bir şekli olduğu görülmekle birlikte, aralarında bazı farklılıkların bulunduğu da açıktır. Diğer bir ifadeyle 5237 sayılı TCK' nun 220. Maddesi genel hüküm, buna karşılık aynı kanunun 314. Maddesi özel hüküm niteliği taşımakta ve aralarında bazı farklar bulunmaktadır.

İlk fark, 5237 sayılı TCK' nun 220. Maddesinde tanımlanan örgütün “ Kanununun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla” kurulabilmesine karşılık, 314. Maddede tanımlanan silahlı örgütün ise “ Bu kısmın Dördüncü ve Beşinci Bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla” kurulabilmesidir.

5237 sayılı TCK' nun İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, Dördüncü Bölüm' de yer alan “ Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar” : “ Devletin birliğini ve Ülke Bütünlüğünü Bozmak (TCK md. 302)” , “ Düşmanla İşbirliği Yapmak (TCK md. 303)” , “ Devlete Karşı Savaşa Tahrik (TCK md. 304)” , “ Temel Milli Yararlara Karşı Hareket (TCK md. 305)” , “ Yabancı Devlet Aleyhine Asker Toplama (TCK md. 306)” , “ Askeri Tesisleri Tahrip ve Düşman Askeri Hareketleri Yararına Anlaşma (TCK md. 307)” ve “ Düşman Devlete Maddi ve Mali Yardım (TCK md. 308)” dan oluşmaktadır.

5237 sayılı TCK' nun İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, Beşinci Bölüm' de yer alan “ Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar” : “ Anayasayı İhlal (TCK md. 309)” , “ Cumhurbaşkanı Suikast ve Fiili Saldırı (TCK md. 310)” , “ Yasama Organına Karşı Suç (TCK md. 311)” , “ Hükümete Karşı Suç (TCK md. 312)” , “ Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine Karşı Silahlı İsyan (TCK md. 313)” ve “ Suç İçin Anlaşma” dan oluşmaktadır.

¹²² Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 595.

O halde 5237 sayılı TCK' nun 314. Maddesinde düzenlenmiş bulunan silahlı örgüt suçu, sadece yukarıda belirttiğimiz suçları işlemek amacıyla kurulabilmektedir.

İkinci fark, 314. Maddede düzenlenmiş bulunan silahlı örgüt suçunun oluşabilmesi için bu örgütün silahlı olmasının, suçun unsuru niteliğini taşımasına karşılık 220. Madde' de düzenlenen suç işlemek amacıyla kurulan örgütün silahlı olmasının, bu suçun unsuru olarak değil, ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul edilmesidir.

TCK' nun 313. Maddesinin 3. Fıkrasında yer alan atıf nedeniyle, bu suç açısından, TCK' nun 220. Maddesindeki suç işlemek amacıyla kurulan örgüte ilişkin koşulların da gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu durumda silahlı örgütün de, suç işlemek amacıyla kurulan örgütte olduğu gibi en az üç kişinin bir araya gelmesi ile kurulması, örgüt içerisinde belirli bir hiyerarşinin varlığı, örgütün süreklilik arz etmesi ve örgütün işlemeyi amaç edindiği suçlar bakımından elverişli olması gerekmektedir.

Yine yapılan atıf sebebiyle silahlı örgütün yöneticileri, bu örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olan bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılacaklardır.

5237 sayılı TCK' nun 315. Maddesinde seçimlik hareketli bir suç olan, “Örgüte Silah Sağlama” suçu düzenlenmiştir. Bu maddenin metninde, silahlı örgüt suçu kapsamına giren örgütlerin faaliyetlerinde kullanılmak üzere silah, cephane veya benzeri maddelerin sağlanmasını, imal veya icat veya bunların naklini veya bu maddelerin hazırlanmasını veya bu maksatla yabancı memleketlerden Türkiye' ye söz konusu maddelerin sokulmasını veya saklanması ve taşınmasını ayrıca cezalandırmaktadır¹²³.

Failin, yukarıda belirttiğimiz hareketlerden birisini gerçekleştirmesiyle birlikte suç oluşacaktır.

¹²³ TCK md. 315' in Gerekçesi, İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, s. 1104- 1105.

2.2.5.3. 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun’ da Tanımlanan Silah Kaçakçılığı Suçu

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanabileceği suçlardan birisi de 6136 sayılı Kanunun 12. Maddesinde düzenlenmiş bulunan “ Silah Kaçakçılığı” suçudur. Seçimlik hareketli bir suç olan silah kaçakçılığı suçu, madde metninde sayılan seçimlik hareketlerden birisinin gerçekleşmesi ile tamamlanmış olur¹²⁴.

Madde metninden, ülkeye sokulacak olan silah veya mermilerin miktarı konusunda belli bir miktarın aranmamış olduğu anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra silah veya mermilerin ülkeye sokulmuş olması bu suçun oluşması için yeterli kabul edilerek, ülkeye silah veya mermi sokma fiilinin kazanç elde etme amacı taşınması da gerekmemektedir.

Buna karşılık, somut olaylarda, ülkeye kullanım amacıyla birkaç adet silah sokulmasının bu maddenin uygulanması için yeterli olmadığı, bu gibi durumlarda, 6136 sayılı kanunun 13. Maddesinin 1. Fıkrasındaki suçun oluştuğu kabul edilmektedir¹²⁵.

6136 sayılı kanunun 12. Maddesinin 3. Fıkrası “ Birinci fıkradaki eylemleri işlemek amacıyla teşekkül kuranlarla yönetenler veya teşekküle mensup olanlar tarafından sözü geçen fıkrada yazılı suçlar işlenirse failer hakkında on yıldan on beş yıla kadar ağır hapis ve elli bin liradan yüz bin liraya kadar ağır para cezası hükmolünür. Bu fıkrada yazılı teşekkül, iki veya daha fazla kimsenin birlikte cürüm işlemek amacı etrafında birleşmesi ile oluşur” hükmündedir.

Bu fıkrada yer alan düzenlemeye göre, 1. Fıkrada belirtilen suçların işlenmesi amacıyla örgüt kurmak, yönetmek ve üye olmak, ağırlatıcı bir neden

¹²⁴ 6136 sayılı Kanun’ un 12. Maddesinin 1. Fıkrası: “ Her kim bu Kanunun kapsamına giren ateşli silahlarla bunlara ait mermileri ülkeye sokar veya sokmaya kalkışır veya bunların ülkeye sokulmasına aracılık eder veya bunları Türkiye’de Harb Silâh ve Mühimmatı Yapan Hususi Sanayi Müesseselerinin Kontrolü hakkındaki 3763 ve Makina ve Kimya Endüstrisi Kurumu Hakkındaki 5591 sayılı Kanunun hükümleri dışında ülkede yapar veya bu suretle ülkeye sokulmuş ve ülkede yapılmış olan ateşli silahları veya mermileri bir yerden diğer bir yere taşır veya yollar veya taşımaya bilerek aracılık eder, satar veya satmaya aracılık ederse veya bu amaçla bulundurursa beş yıldan sekiz yıla kadar ağır hapis ve onbeşbin liradan altmışbin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır” hükmündedir.

¹²⁵ Bkz. YARGITAY 8. CD. ,T. 16. 04. 2001, E. 2001/3256, K. 2001/9295;YARGITAY 8. CD. , T. 15. 04. 2002, E. 2001/12272, K. 2002/ 5082; Karşı yönde YARGITAY 8. CD. , T. 5. 12. 2001, E.

olarak belirlenmiştir. Ayrıca, yine bu fıkraya göre örgüt oluşturmak için iki kişinin, 1. Maddede düzenlenen suçları işlemek amacıyla bir araya gelmesi, aralarında hiyerarşik bir yapılanmanın mevcudiyeti ve bu birlikteliğin süreklilik arz etmesi gerekmektedir.

Her ne kadar, 3. Fıkroda, örgütü oluşturacak kişi sayısı iki olarak belirtilmiş olsa da; Türkiye' nin taraf olduğu Sınır aşan Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Palermo Sözleşmesi) gereğince bu sayının üç kişi olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira kanun koyucu, 5237 sayılı TCK' nun suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunu düzenleyen 220. Maddesinin 1. Fıkrası'nda Palermo Sözleşmesi doğrultusunda düzenleme yaparak, örgütün oluşması için en az üç kişinin varlığının gerekliliğini belirtmiştir. Bu sebeple 6136 sayılı kanunun 12. Maddesinde yapılacak değişikliklerle, bu maddede düzenlenen örgütün kurulması için bir araya gelecek kişi sayısının da en az üç kişi olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

6136 sayılı kanunun 12. Maddesinde düzenlenen suçların bir örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi durumunda, bu failere verilecek cezanın, hem 6136 sayılı kanunun 12. Maddesinde yer alan silah kaçakçılığı suçundan ve hem de 5237 sayılı TCK' nun 220. Maddesinde düzenlenmiş bulunan suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan dolayı verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

2.2.5.4. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanun' nun 68 ve 74. Maddelerinde Tanımlanan Suçlar

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu' nun, “ Yurt dışına çıkarma yasağı” başlıklı 32. Maddesi' nin 1. Fıkrası “ Yurt içinde korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıkları yurt dışına çıkarılamaz. Ancak, milli çıkarlarımız dikkate alınarak, bunların her türlü hasar, zarar, tehdit veya tecavüz ihtimaline karşı, gideceği ülke makamlarından teminat almak ve sigortalanmak şartı ile yurt dışında geçici olarak sergilendikten sonra geri getirilmelerine; Kültür ve Turizm Bakanlığınca teşkil edilecek yükseköğretim kurumlarının Arkeoloji ve Sanat Tarihi bilim dallarının başkanlarından oluşan bilim kurulunun kararı ve Kültür ve

Turizm Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilir” hükmündedir.

Aynı kanunun 68. Maddesi ise “ Bu Kanunun 32. maddesinin birinci fıkrasına aykırı davrananlara, beş yıldan on yıla kadar ağır hapis, yüz bin liradan üç yüz bin liraya kadar ağır para cezası hükmolunur” şeklindedir.

Bu maddeye göre yurt dışına çıkarma yasağı kapsamına giren kültür ve tabiat varlıklarının, kanuna aykırı olarak yurt dışına çıkarılacağına dair kuvvetli şüphenin bulunması halinde gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri uygulanabilecektir.

KvTVKK kapsamında, gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanabileceği bir diğer suç ise 74. Madde de düzenlenen “ izinsiz araştırma, kazı ve sondaj yapma” suçlarıdır.

KvTVKK’ nun 35. Maddesi’ nin 1. Fıkrasında “ Bu Kanun hükümlerine tabi, taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarını meydana çıkarmak üzere, araştırma, sondaj ve kazı yapma hakkı, sadece Kültür ve Turizm Bakanlığına aittir” hükmü yer almaktadır.

Aynı maddenin 2. Fıkrasında yer alan “ Bilimsel ve mali yeterliği Kültür ve Turizm Bakanlığınca takdir ve kabul olunan Türk ve yabancı heyet ve kurumlara araştırma izni, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından; sondaj ve kazı yapma izni Kültür ve Turizm Bakanlığının teklifi üzerine, Bakanlar Kurulu kararı ile verilir. Kültür ve Turizm Bakanlığı elemanları veya bu Bakanlıkça görevlendirilecek Türk bilim adamları tarafından yapılacak araştırma, sondaj ve kazılar, Kültür ve Turizm Bakanlığının iznine bağlıdır. Askeri yasak bölgelerde yapılacak araştırma, sondaj ve kazı için gerekli ruhsatname, Genelkurmay Başkanlığının iznini müteakip, sözü geçen heyet ve kurumların göstereceği uzmanlar adına düzenlenir. Kültür ve Turizm Bakanlığınca haklı görülebilecek sebep olmadıkça heyet ve kurumlar ruhsatnamedeki üyelerini değiştiremezler” hükmü ile kazı ve sondaj yapma izninin kimlere ve hangi usul ile verileceği belirtilmiştir.

KvTVKK' nun 50. Maddesi' nin 1. Fıkrasında yer alan “ Define aramak isteyenlere, bu Kanunun 6. Maddesinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlığı olarak belirtilen yerler ile tespit ve tescil edilen sit alanları ve mezarlıklar dışında, Kültür ve Turizm Bakanlığınca define arama ruhsatnamesi verilebilir” şeklindeki düzenleme ile define arama ruhsatnamesinin verilebileceği yerler belirtilmiştir.

KvTVKK' nun 74. Maddesi' nde düzenlenen suç, aynı kanunun 35. ve 50. Maddelerinde yer alan düzenlemelere aykırı olarak yapılan araştırma, kazı ve sondaj yapılması suçlarıdır. Bu maddede düzenlenen suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphenin varlığı halinde, gizli soruşturmacı tedbiri uygulanabilecektir.

2.3. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Usulü

2.3.1. Gizli Soruşturmacının Seçilmesi

2.3.1.1. Gizli Soruşturmacı Talebi

2.3.1.1.1. 4422 sayılı ÇASÖMK Dönemi

Gizli soruşturmacı tedbirinin ilk kez düzenlendiği kanun olan 4422 sayılı ÇASÖMK' nda, gizli soruşturmacının (görevlinin) görevlendirilmesi hususunda bir düzenleme yer almamakla birlikte, bu husustaki düzenleme, 4422 sayılı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik' te yer almaktaydı.

Adı geçen yönetmeliğin “ Gizli Görevli” başlıklı Altıncı bölümünün “ Gizli Görevli Talebi ve Kararı” kenar başlığını taşıyan 26. Maddesine göre gizli görevli görevlendirilmesi talebi; kanunda öngörülen diğer tedbirlerin yeterli olmadığına anlaşılması halinde kolluk tarafından Cumhuriyet savcısına iletilir ve Cumhuriyet savcısının yazılı talebi üzerine bu hususta hâkim tarafından karar verilir. Cumhuriyet savcısı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde gizli görevli görevlendirilmesine karar verebilirdi. Bu kararlar 24 saat içinde hâkim kararına bağlanırdı.

Aynı yönetmeliğin 29. Maddesinin 2. Fıkrasına göre de, gizli görevli olarak görevlendirilecek kişiyi belirleme yetkisi, soruşturmayı yöneten kolluk

biriminin amirine ait bir yetkiydi. Fakat, kişinin gizli görevli olarak görevlendirilebilmesi için rızasının alınması gerekliydi. Gizli görevli olacak kişi saptandıktan ve görevlendirilmesi yönünde olumlu rızası alındıktan sonra, bu kişiye ilişkin bilgiler kurye ile koruma birimine gönderilir ve koruma birimi tarafından adı geçene bir kod numarası verilir. Kolluk birimince yürütülecek işlemler ile suçun soruşturma ve kovuşturması sırasında bu kod numarası kullanılırdı.

Yönetmeliğin 27. Maddesinde, gizli görevli görevlendirilmesine ilişkin talepte ve kararda, aşağıda sıralayacağımız hususların yer alacağı belirtilmişti:

- Gizli görevlinin araştırmada bulunacağı, varsa örgüt veya kişilerle ilgili bilgiler,
- Hangi suçun soruşturulması için istendiği ve kararın verildiği, bu suça ilişkin kuvvetli belirtilerin neler olduğu,
- Başka bir tedbir ile failin belirlenmesi, ele geçirilmesi veya suç delillerinin elde edilmesinin mümkün olmadığı.

2.3.1.1.2. 5271 sayılı CMK Dönemi

5271 sayılı CMK'ın 139. Maddesinin 1. Fıkrasında, gizli soruşturmacının hangi koşullarda görevlendirilebileceği düzenlenmiştir. Anılan fıkraya göre: “ Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararı ile kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir.”

Bu husustaki bir düzenleme, 14 Şubat 2007 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik' te de yer almıştır.

Adı geçen yönetmeliğin “ Gizli Soruşturmacı” başlıklı Dördüncü Bölümünün, “ Gizli Soruşturmacı ve talebi” kenar başlıklı 23. Maddesinde; Gizli

soruşturmacı tedbirinin ancak, Ceza Muhakemesi Kanununun 139. Maddesinin 7. Fıkrasında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanabileceği, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 220. Maddesinin 2, 7 ve 8. Fıkralarında yer alan suçların bir terör örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesi hâlinde bu suçlar için de gizli soruşturmacı tedbirine başvurulabileceği belirtilmiştir. Yine aynı maddeye göre Cumhuriyet savcısı, yukarıda belirttiğimiz suçların işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi hallerinde, gerek kendisince ve gerekse emrindeki adli kolluk görevlileri tarafından kendisine bildirilen gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin bilgi ve belgeleri de ekleyerek karar vermesi için hâkimden talepte bulunur. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısı, bizzat gizli soruşturmacı görevlendirilmesine karar verebilir.

2.3.1.2. Gizli Soruşturmacının Sahip Olması Gereken Özellikler

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanma amacı, organize şekilde faaliyet gösteren profesyonel suç örgütleri ile mücadele etmektir. Bu sebeple suç örgütü içerisine sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili diğer delil, iz, eser ve emareleri toplamakla yükümlü olan gizli soruşturmacının, bu yükümlülüklerini yerine getirmesi için bir takım özelliklere sahip olması gerektiği kanaatindeyiz. Aksi halde yürütülen soruşturmanın selameti ve gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmiş bulunan kamu görevlisinin hayatı tehlikeye girebilir.

Biz, gizli soruşturmacının sahip olması gereken özelliklerden bazılarını rol yapabilme, güçlü bir hafızaya sahip olma, gizli bilgi toplama için gerekli olan teknik bilgilere sahip olma ve bu amaçla kullanması gerekli olan araçları kullanabilme, göreviyle ilgili hukuki konularda bilgi sahibi olma ve gizli soruşturmacının örgüte takdim edilmesi şeklinde sıralayarak açıklamaya çalışacağız.

2.3.1.2.1. Rol Yapabilme

Gizli soruşturmacı, içerisinde sızmış bulunduğu suç örgütünün diğer üyeleri tarafından deşifre edilerek hayatının tehlikeye girmesini önlemek ve soruşturmanın selametini tehlikeye atmamak için çok iyi bir aktör olmalı ve bulunduğu örgüt ortamına adapte olmalıdır¹²⁶.

Suç örgütleri, kendilerini gizleyerek faaliyetlerine devam edebilmek için uzmanlaşmış kişilerden oluşmaktadır. Uzmanlaşmadan kasıt, örgüt üyelerinin büyük bir çoğunluğunun kriminal geçmişe sahip olmasıdır. Örgüt üyelerinin birçoğunun hayatları boyunca içinde buldukları ortamda yer alan koşullar, bu kişilerin son derece şüpheli, karşısındaki kişinin hareketlerini devamlı tahlil eden bir yapıya sahip olmalarına sebep olmuştur. Ayrıca her an baskısını hissettikleri polis ve “ yakayı ele verme” korkusu, bu kişilerin polislerin rutin hareketlerini incelemelerine ve bir sonraki hareketlerini tahmin edip ona göre plan yaparak yakalanma riskini azaltmalarının yanında, kendi üyelerinin hareketlerini de devamlı kontrol ederek herhangi bir şüpheli hareketin görülmesi halinde “ hıyanet” veya “ ispiyonculuk” ihtimalinin önüne geçmek istemektedirler.

Çalışmamızın birinci bölümünde değinmiş olduğumuz üzere, günümüzde suç örgütlerinin birçoğu, gerek maddi kazanç ve gerekse diğer haksız vaatlerle bazı kamu görevlileri ile iyi ilişkiler kurmakta ve bu kişilerin nüfuzlarını kullanarak soruşturma ve kovuşturmayla uğramaktan korunmayı amaçlamaktadırlar. Bu gibi bir durumla karşılaşıldığında, örgüt içerisinde sızmış olan bir gizli soruşturmacının varlığından haberdar olunması halinde, bu kişinin kendi hayatını devam ettirerek, örgütün kendi içine sızmış olan gizli soruşturmacıyı bulmak için yaptığı araştırmalardan korunması gerekir. Bunun için de gizli soruşturmacının göreve başlamadan önce uzman kişiler tarafından belli bir eğitimden geçirilerek, bulunduğu koşullara adapte olma, vücut dilini kullanabilme, iyi yalan söyleme gibi konularda eğitilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca gizli soruşturmacı olarak görevlendirilecek kişilerin seçiminde bir kanun adamı mantığıyla hareket etmekten çok, bir suçlu profili çizebilen, onlar gibi düşünen kişilerin seçilmesi ve eğitilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde gizli

¹²⁶ AYTEKİN GELERİ, HAKAN İLERİ, a. g. e. , s. 180.

soruşturmacının bu konularda eğitilmeden örgüt içerisine sızması, o kişinin hayatına ve soruşturmanın başarısızlığa uğramasına sebep olabilir.

2.3.1.2.2. Güçlü Bir Hafızaya Sahip Olma

Güçlü bir hafızaya sahip olma, bir suç örgütü içerisine sızmış bulunan gizli soruşturmacının amacını gerçekleştirmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Zira gizli soruşturmacının bazı durumlarda küçük dinleme cihazları ve kaydedici cihazlar kullanması mümkünse de, bu teknolojik imkânlardan yararlanma olanağı her zaman bulunmayabilir. Ayrıca bu araçların örgüt üyelerince ele geçirilmesi halinde gerek gizli soruşturmacının hayatı ve gerekse soruşturmanın selameti tehlikeye girebilir. Bununla birlikte, bu aletlerin yerleştirilmeleri, arızalanabilmeleri, kullanılabilme süreleri göz önüne alındığında, bu işlemi yapan gizli soruşturmacının örgüt üyelerince yakalanma olasılığı hiç de imkânsız gözükmemektedir.

Teknolojinin gelişimi ile birlikte suç örgütlerinin de buna uyum sağlaması ve bu tür teknolojik araç ve gereçlere karşı imal edilen ürünleri kullanma yoluna gitmesi, gizli soruşturmacının iyi bir hafızaya sahip olması gerekliliğini daha da arttırmıştır.

Bu sebeplerle, gizli soruşturmacı olarak görevlendirilecek kişilerin hafıza yeteneklerini güçlendirmek ve geliştirmek için özel hafıza kursları programları düzenlenmelidir.

2.3.1.2.3. Gizli Bilgi Toplama Teknik ve Materyallerini Kullanabilme

Suç örgütlerinin içerisine sızarak delil toplama görevini ifa eden gizli soruşturmacı, bu faaliyeti kapsamında yararlanabileceği gizli kamera, dinleme ve kaydedici cihazları kullanmayı bilmeli, bu cihazlarda meydana gelebilecek arızaları giderecek teknik bilgiye sahip olmalıdır¹²⁷.

¹²⁷ Aytekin Geleri, Hakan İleri, a. g. e. , s.183.

Her ne kadar gizli soruşturmacı delil toplama faaliyeti sırasında bu cihazlardan yararlınsa da; bu cihazlarda meydana gelebilecek bir arıza veya bu cihazların örgüt üyelerince ele geçirilmeleri halinde, gizli soruşturmacının hayatının ve soruşturmanın selametinin tehlikeye girebileceği unutulmamalıdır. Bu durum ise bir üst başlık altında incelemiş olduğumuz “ Güçlü bir hafızaya sahip olma” özelliğinin önemini de arttırmaktadır.

2.3.1.2.4. Görevi ile İlgili Hukuki Konularda Bilgi Sahibi Olma

Gizli soruşturmacının görevini ifası sırasında hukuka aykırı bir işlem ve uygulamayla karşılaşması ve bu sebeple sonradan içinden çıkamayacağı bir eylem içerisinde bulunması kuvvetli bir olasılıktır. Bu sebeple gizli soruşturmacının sahip olduğu yetki ve sorumlulukları çok iyi bilmesi gerekmektedir¹²⁸.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin amacı, kuvvetli suç şüphesi bulunan bir suç hakkında, başka surette elde edilemeyen delilleri toplamaktır. Bu sebeple gizli soruşturmacının, görevini ifa ederken hukuk kuralları çerçevesinde hareket etmesi gerekmektedir.

2.3.1.2.5. Gizli Soruşturmacı’ nın Örgüte Takdim Edilmesi

Gizli soruşturmacının bir suç örgütünün içerisine sızması, belki de en zor aşamadır. Zira suç örgütleri, buldukları kriminal ortamın gerektirdiği şekilde faaliyet gösteren, kendi içerilerinde hiyerarşik bir yapının ve denetim mekanizmasının bulunduğu birliklerdir. Bu sebeple, örgüt üyesi olabilmek için bu hiyerarşinin başında yer alan örgüt yöneticisinin veya onun yetki vermiş olduğu bir üyenin kabul yönünde irade açıklamasında bulunması gerekmektedir.

Örgüte kabul edilecek kişinin bazı özelliklere sahip olması gerekmektedir. Bu özellikler ise genellikle kişinin etnik kökeni, dini inancı ve kriminal geçmişi ile bağlantılıdır. Üye olmak istenilen örgütün, müstakbel üyesini kabul için

¹²⁸ AYTEKİN GELERİ, HAKAN İLERİ, a. g. e. , s.183.

yapacağı bir araştırmada ilk önce bu konular incelenecektir. Daha sonra ise kişinin evli olup olmadığına bakılır. Zira evli kişilerin eş ve çocuklarını düşünerek örgütün faaliyetlerini gereği gibi gerçekleştirememesi olasılığı göz ardı edilmediği gibi, bu kişilerin geldikleri aileler de incelenerek herhangi bir şekilde polis veya devlet bağlantısının bulunup bulunmadığı da araştırılır.

Bu sebeplerle gizli soruşturmacının örgüte takdim edilmesi sırasında, örgüt tarafından yapılacak araştırmaları en aza indirerek gizli soruşturmacının deşifre edilmesini önlemek amacıyla güvenilir adamlar kullanılmaktadır. Güvenilir adamlar hem örgüt yöneticilerine gizli soruşturmacının çok sadık bir kişi olduğunu telkin ederler ve hem de haklarında yapılacak araştırmaları azaltmak için genellikle bekâr olarak tanıtırlar.

2.3.2. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesine Karar Vermeye Yetkili Makam

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi için karar vermeye yetkili olan makam, 4422 sayılı ÇASÖMK ve 5271 sayılı CMK’ da farklılık göstermektedir. Bu sebeple gizli soruşturmacı görevlendirilmesi için karar vermeye yetkili olan makam, her iki kanun bakımından incelenmeye çalışılacaktır.

2.3.2.1. 4422 sayılı ÇASÖMK Döneminde Karar Vermeye Yetkili Makam

4422 sayılı ÇASÖMK’ nda, gizli soruşturmacı (görevli) tedbirinin uygulanmasına karar verecek olan makam belirtilmemiştir. Bu durum 4422 sayılı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte düzenlenmiş olup, adı geçen yönetmeliğin 26. Maddesine göre gizli soruşturmacı (görevli) görevlendirilmesine karar vermeye yetkili makam hâkimdir. Bunun yanında, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu yetki Cumhuriyet savcısına aittir. Cumhuriyet savcısının vermiş olduğu bu kararların 24 saat içerisinde hâkimin onayına sunulması halinde tedbirin uygulanmasına devam ediliyor,

reddi halinde veya belirtilen sürede hâkimin onayına sunulmaması durumunda ise Cumhuriyet Savcısı tarafından kaldırılıyordu.

Cumhuriyet savcısının vermiş olduğu kararların, hâkimin onayına sunulacağı süre sınırını belirten 24 saatlik sürenin, gizli soruşturmacı (görevli) tedbirinin uygulanmaya başlamasından itibaren işlemiş olması gerektiği kanaatindeyiz. Buna ek olarak, tedbirin uygulanmasından itibaren 24 saatlik süre içerisinde bazı delillerin elde edilmiş olmasına rağmen, Cumhuriyet savcısı tarafından verilmiş olan gizli soruşturmacı (görevli) görevlendirilmesi kararının hâkim tarafından onaylanmaması halinde, bu delillerin kanuna aykırı şekilde elde edildiği için kullanılmamış olması gerektiği kanaatindeyiz. Bu sonuca varmamızın nedenini de yönetmelikte 24 saat içerisinde yapılan işlemlerin akibeti hakkında bilgi verilmemesi olarak açıklayabiliriz. Çünkü kanunun açıkça düzenlemediği bir konuyu var kabul etmenin, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı açıktır.

4422 sayılı ÇASÖMK' nun 11. Maddesi gereğince, gizli soruşturmacı (görevli) tedbirinin uygulanmasına karar verecek olan hâkim, hazırlık soruşturması sırasında yer bakımından yetkili olan DGM yedek hâkimiydi. Kamu davasının açılmasından sonraki dönemde karar verme yetkisi ise, yer bakımından yetkili DGM' ne aitti. Aynı yerde birden fazla DGM varsa, yargılama 1 numaralı DGM' nde yapılacağı için, gizli soruşturmacı (görevli) tedbirine bu mahkeme karar verecekti. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Savcı tarafından karar verilen durumlarda bu savcı, yer bakımından yetkili olan DGM Cumhuriyet Başsavcılığıydı.

4422 sayılı ÇASÖMK' nun yürürlükte olduğu dönemde, 16. 06. 2004 tarihli ve 5190 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılması ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kaldırılmasına Dair Kanun' un 3. maddesiyle, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılarak, aynı kanunun 1. maddesi ile 1412 sayılı CMUK' na 394/ a maddesi eklenmiştir. Anılan maddenin 4. Fıkrasına göre 4422 sayılı ÇASÖMK kapsamına giren davalar, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görüldü. Bu değişiklikten sonraki dönemde gizli soruşturmacı (görevli)

görevlendirilmesi için karar verecek olan makam, belirtilen mahkemelerde görev yapan ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulun tarafından görevlendirilen ağır ceza mahkemesi üyesi olan hâkimdi. Yetkili Cumhuriyet savcısı da, HSYK tarafından görevlendirilen ağır ceza mahkemesinde görev yapan Cumhuriyet savcılarındı.

2.3.2.2. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu' nda Karar Vermeye Yetkili Makam

Dikkat edilecek olursa, gerek 5271 sayılı CMK ve gerekse Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik hükümlerine göre, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi için karar verme yetkisi hâkime tanınmış olmakla birlikte, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu yetki soruşturmayı yöneten Cumhuriyet savcısına da tanınmış ve Cumhuriyet savcısının bu kararının sonradan hâkim onayına sunulması şartı da aranmamıştır¹²⁹.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilmiş olan gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin kararın, sonradan hâkim onayına sunulması şartının aranmamış olmasının Anayasa' ya aykırı olduğu kanaatindeyiz. Zira Anayasamızın 20. ve 21. Maddelerinde arama ve el koyma tedbirleri bakımından “ Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.” hükmü yer almaktadır. Arama ve el koyma tedbirlerinin uygulanması için dahi hâkim güvencesi getirilmişken, kişi hak ve hürriyetlerine daha ağır bir müdahale gerektiren gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri için de hâkim güvencesine yer verilmesi ve savcının kararının hâkim onayına sunulması gerektiği kanaatindeyiz¹³⁰.

¹²⁹ Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, a. g. e. , s. 603.

¹³⁰ Bkz. Aynı yönde. V. Özer Özbek, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, CMK İzmir Şerhi*, s. 606.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanmasına karar verme yetkisinin, hangi mahkemede görevli olan hâkime ait olduğu konusunda 5271 sayılı CMK' da bir düzenleme bulunmamaktadır. Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik' in “ Tanımlar” başlığını taşıyan 4. Maddesine göre Hâkim: Yetkili sulh ceza hâkimini veya Ceza Muhakemesi Kanununun 251. maddesinin 2. fıkrasına göre görevlendirilen ağır ceza mahkemesi üyesini ifade eder.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde karar verecek olan savcı ise, soruşturma evresinde soruşturmayı yöneten Cumhuriyet savcısı, CMK' nun 250. Maddesine giren suçlarda ise, HSYK tarafından görevlendirilen Cumhuriyet savcılarıdır.

2.3.3. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Tedbirinde Süre Sınırı

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanacağı süre, 4422 sayılı ÇASÖMK' nun 8. Maddesinde yer alan “ 3, 4, 5, 6 ve 7. Maddelerde öngörülen tedbir ve işlemlere ait kararların alınmasında ve uygulanmasında 2. Maddedeki usul ve esaslara uyulur.” hükmü gereğince en çok üç ay olarak belirlenmişti. Bu süre en çok iki defa, üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılabilirdi. Bu durumda gizli soruşturmacı (görevli) tedbirinin uygulanacağı süre sınırı azami olarak dokuz ay olmaktaydı. Diğer taraftan, sürenin uzatılması yönünde karar verilebilmesi için bu tedbirin uygulanabilmesi bakımından gerekli olan koşulların hâlihazırda mevcut bulunması gerekiyordu. Bu koşulların mevcudiyetinin aranması, gizli soruşturmacı (görevli) tedbirinin uygulanabileceği sürenin keyfî olarak uzatılmasının önüne geçmek için gerekli bir şart niteliğine sahipti¹³¹.

4422 sayılı kanununda yer alan süre sınırının, gizli soruşturmacının amacına ulaşması için yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Zira bir kişinin suç

¹³¹ M. Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, s. 345.

örgütüne üye olabilmesi için gerekli olan koşulların dokuz ay gibi kısa bir sürede gerçekleşmesi çoğu zaman imkânsızdır. Bir suç örgütüne üye olmak isteyen kişinin bazı şartları taşıması gerekmekte ve bu şartları taşısa bile örgütün yöneticisi veya örgütün yöneticisinin yetki verdiği bir üye tarafından verilecek olan olumlu irade beyanı üzerine örgüte kabul edilmekte olduğu bilinen bir gerçektir. Bu durumun gerçekleşmesi için ise kişinin örgütün güvenini kazanması gerekmektedir. Uygulamada güvenilir adamlar tarafından gizli soruşturmacıların örgüte takdim edilmeleri sağlanmaya çalışılsa da, gizli soruşturmacının amacı olan delil elde etmek için örgütün faaliyetlerini en ince detayına kadar bilmesi gerektiği ve bunun içinde dokuz aylık sürenin yetersiz olduğu kanaatindeyiz. Bu sebeple 4422 sayılı ÇASÖMK' nda yer alan bu düzenlemenin süre sınırı bakımından eksik olduğunu, bu sürenin üç ay kabul edilip, gerekli koşulların varlığı halinde müteaddit defalar uzatılmasının kabul edilmiş olmasının daha uygun olacağını kabul etmek gerekirdi.

Gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanacağı süre ile ilgili olarak gerek 5271 sayılı CMK' nun 139. Maddesinde ve gerekse Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik' te bir düzenleme bulunmamaktadır. Yasada süre sınırının belirtilmemiş olması, gizli soruşturmacı tedbirinin süresiz olarak uygulanabileceğini göstermektedir.

Gerçekten 5271 sayılı CMK ve ilgili yönetmelikte gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanacağı azami bir sürenin belirtilmemiş olması, bu tedbirin amacına ulaşması için olumlu bir düzenleme olsa da, orantılılık ve dürüst işlem ilkeleri açısından sakıncalar doğurabilir. Bu sebeple gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanacağı süre, bu kurumun kaynağı olan Alman CMUK' nun da yer alan düzenlemeye paralel olarak, üç ay ile sınırlandırılmalı ve tedbirin devamını gerektiren koşulların varlığı halinde, bu sürenin her defasında üç ay daha uzatılmasına karar verilmesi şeklinde düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

2.3.4. Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Kararının Kaldırılması

5271 sayılı CMK' nda ve Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik' te, gizli soruşturmacı tedbirinin uygulama süresi belirtilmediği için, bu tedbirin uygulanmasına ne zaman son verileceği de belirsizliğini korumaktadır.

4422 sayılı ÇASÖMK' nda yer alan düzenlemeye göre, gizli soruşturmacı tedbirinin en fazla dokuz aylık bir süre için uygulanabileceği belirtilmişti. Sürenin sona ermesi ile birlikte, bu tedbirin uygulanmasına dair karar kendiliğinden uygulamadan kalkıyordu. Ayrıca bu kanunda belirtilen suçların işlendiğine dair şüphenin ortadan kalkması durumunda, tedbirin Cumhuriyet savcısı tarafından kaldırılmasına karar veriliyordu. Cumhuriyet savcısının gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine karar vermesi halinde, bu kararın yirmi dört saat içerisinde hâkim tarafından onaylanmaması veya reddi durumunda da, Cumhuriyet savcısı tarafından tedbirin kaldırılmasına karar veriliyordu. Ayrıca doktrine göre sadece şüphenin değil, gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanmasına ilişkin herhangi bir koşulun ortadan kalkması halinde de tedbirin uygulanmasına son verilmeliydi¹³².

Hâkim tarafından verilen bir kararın Cumhuriyet savcısı tarafından denetlenmesinin yerinde olmayan bir uygulama olduğu kanaatindeyiz. Bu sebeple de Cumhuriyet savcısı tarafından gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanması kararının verilmesi halinde de, tedbirin uygulamadan kaldırılmasına hâkim karar vermeliydi.

4422 sayılı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik' in 29. Maddesinin 5. Fıkrası, “ Gizli görevlinin araştırmada bulunduğu operasyonun takibi, gizli görevli ile irtibat kurulması, gizli görevlinin can güvenliğinin sağlanması ve gizli görevlinin hayatının tehlikeye düştüğü durumlarda operasyona son verilmesinden sorumlu olmak üzere bir kolluk görevlisi belirlenir” şeklinde düzenlenerek, bu tedbirin uygulanmasının kaldırılmasını gerektiren bir durumu

¹³² Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, V. Özer Özbek, a. g. e. , s. 720.

daha düzenlemişti. Bu düzenlemeye göre, gizli soruşturmacının hayatının tehlikeye düşmesi halinde, sorumlu kolluk görevlisi mevcut durumu Cumhuriyet savcısına bildirecek ve savcı da derhal bu tedbirin uygulanmasına son verecekti.

5271 sayılı CMK' nda ise gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararının kaldırılması hakkında bir düzenleme yer almamaktadır. Bu konudaki bir düzenleme Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik' in 28. Maddesinin 5. Fıkrasında, 4422 sayılı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik' te yer alan düzenlemeye paralel olarak, “ Bir suç soruşturması nedeniyle görevlendirilen gizli soruşturmacının takibi, can güvenliğinin sağlanması ve hayatının tehlikeye düştüğü durumlarda, bu kişinin operasyondan çekilmesi ile kollukla irtibatını sağlamak üzere, ilgili kolluk birimi tarafından sorumlu kolluk görevlisi belirlenir” hükmü yer almaktadır. Takip eden fıkraya göre de “ Düzenlenen rapor kolluk tarafından Cumhuriyet başsavcılığına sunulur”. O halde bu yönetmelik gereğince de gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanması kararının kaldırılma yetkisinin Cumhuriyet savcısına ait bir yetki olduğunu söyleyebiliriz.

Her ne kadar 5271 sayılı CMK' nun 139. Maddesinde yer alan düzenleme gereğince, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanması kararı verilebilse ve bu karar daha sonra hâkimin onayına sunulmasa da; hâkim tarafından verilmiş bir kararın, burada olduğu gibi, Cumhuriyet savcısı tarafından denetlenmesinin kabul edilemez bir uygulama olduğu ve Anayasa' ya aykırılık teşkil ettiği kanaatindeyiz.

2.3.5. İlgiliyi Haberdar Etme

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin amacına ulaşabilmesi için, bu tedbirin uygulanmasını gerektirecek kuvvetli şüphe niteliğine sahip suçları işlediği düşünülen sanıkların, tedbirin uygulandığından haberdar olmamaları gerekmektedir. Bunun aksi bir hareket tedbirin amacına ulaşmasını engellediği gibi, gizli soruşturmacının hayatını da tehlikeye atabilir. Bu sebeple sanıkların,

tedbirin uygulandığından haberdar edilmesi bu tedbirin uygulandığı anda değil; tedbirin uygulanmasının sona ermesinden itibaren yapılmalıdır.

Gerçekten de Anayasa' nın 36. Maddesinde yer alan düzenleme gereğince, gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanmasının sona ermesinden itibaren ilgiliye haber verilmesi gerekmektedir¹³³. Bunun aksi bir uygulama sanığın muhakemenin seyrine aktif olarak etkide bulunma ve savunma hakkının ihlali anlamına gelir. Bu sebeple, sanık hakkında toplanan delillerin yapılan ceza kovuşturmasında kullanılmamış olması veya kullanılmalarına gerek görülmemesi hallerinde bile, gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanması ile elde edilen bilgilerden ilgilinin haberdar edilmesi gerekmektedir¹³⁴.

Al. CMUK' nun 110. Maddesinin “ d” fıkrası “ gizli ajan, bir kimsenin alenen herkesin girmesine açık olmayan evine girdiği takdirde, ev sahibine bu konuda bilgi verilmelidir; ancak bilgi verilebilmesi için araştırma amacının bilgi vermek suretiyle tehlikeye düşmemesi, kamu emniyetinin, gizli ajanın vücudu veya hayatı ve gizli ajanın daha sonra başka bir işte görevlendirilmesi tehlikeye düşmemelidir” hükmündedir¹³⁵. Bu sebeple, maddede belirtilen tehlikelerin oluşmadığı kabul ediliyorsa, sanık da gizli soruşturmacı görevlendirildiğinden haberdar ediliyordu.

4422 sayılı ÇASÖMK' nda ve bu kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelikte, gizli soruşturmacı tedbirinin uygulandığına ve elde edilen bilgilerden sanığın haberdar edilmesine dair bir düzenleme bulunmamaktaydı¹³⁶.

Böyle bir düzenleme 5271 sayılı CMK' nun 139. Maddesinde ve Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik' te de yer almamaktadır.

¹³³ 1982 Anayasası' nın 36. Maddesi : “Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” Hükmündedir.

¹³⁴ M. Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, s. 350.

¹³⁵ Feridun Yenisey, “ Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Ceza Hukuku Tedbirleri” , Hukuk Kurultayı 2000, C. 2 , Ankara, Ankara Barosu Yayınları, (12- 16 Ocak 2000), Feridun Yenisey, , “ Mukayeseli Hukukta Çıkar Amaçlı Örgütlerle Mücadele”, s. 534.

¹³⁶ M. Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, s. 356.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin de dâhil bulunduğu “ gizli soruşturma tedbirleri” nden biri olan “ Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi” tedbirinde ilgiliyi haberdar etme bakımından bir düzenleme mevcuttur. CMK’ nun 137. Maddesinde yer alan düzenlemeye göre, 135. Madde kapsamında alınmış bulunan bir kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da aynı maddenin 1. fıkrasına göre hâkim onayının alınamaması halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir. Daha sonra Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç on beş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verir.

Bu düzenlemede dikkat edilecek husus, tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde bilgi verileceğidir. Eğer tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtlar kovuşturma evresi için de kullanılacaksa, ilgiliye haber verilemeyeceği görülmektedir.

Ceza Muhakemesi Hukukunda kural olarak kıyas yasağı yoktur. Biz bu düzenlemenin kıyasen gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinde de uygulanabileceği kanaatindeyiz.

2.4. Gizli Soruşturmacı’ nın Korunması

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin amacı, suç örgütleriyle etkin bir şekilde mücadele edebilmek için gerekli olan ve klasik koruma tedbirleri ile elde edilemeyen delillere ulaşmaktır. Suç örgütlerinin faaliyetleri kapsamında işledikleri suçlara ait delilleri yok etme ve gizleme konusundaki ustalıkları bilinen bir gerçektir. Bu sebeple gizli soruşturmacının elde etmiş olduğu delillerin sırf yazılı delil olarak düşünülmesi, suç örgütlerinin faaliyetleri dikkate alındığında, bu tedbirle ulaşılmak istenilen amacın gerçekleşmesi için yeterli görülmeyecektir.

Bu sebeple gizli soruşturmacının sadece yazılı delil toplaması değil, aynı zamanda delil niteliğini taşıyan konuşma ve olayları da aktarması gerekecektir.

Gizli soruşturmacının hayatının gerek tedbirin uygulanması sırasında ve gerekse daha sonraki dönemlerde tehlikede olduğu tartışılmaz bir gerçektir. Bu sebeple de özel olarak korunması gerekmektedir.

Burada gizli soruşturmacının korunması konusu, tedbirin uygulanması sırasında ve daha sonraki muhakeme işlemleri dönemine göre incelenmeye çalışılacaktır.

2.4.1. Tedbirin Uygulanması Sırasında Korunma

4422 sayılı ÇASÖMK' nun 5. Maddesinin 5. Fıkrasında gizli görevlinin kimliğinin gizli tutulacağı belirtilmişti. Aynı maddenin 6. Fıkrasında da “ Bu maddenin uygulanması, gizli görevlinin kendisinin ve aile bireylerinin güvenlikleri yönünden benzeri bir göreve atanması için gerekli hususlar, İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.” hükmü yer alıyordu.

ÇASÖMK' nun 5. Maddesinin 5. Fıkrasında, gizli görevlinin kimliğinin saklı tutulacağı belirtilmesi ile yetinilmesi, buna karşılık, gizli görevliye sahte bir kimlik verilebileceğine dair bir ifadenin madde metninde yer almaması, gizli görevlinin gerçek kimliğinin teşhis edilebilmesi tehlikesini yaratıyordu. 4422 sayılı kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik' in 29. Maddesinde yer alan “ Gizli görevliye, görevinin gerektirdiği belgelerin temin edilmesi, özlük haklarının korunması ve benzeri işlemler koruma birimi tarafından yerine getirilir. Belgelerin temini hususunda, kendilerinden talepte bulunan Devlet merci ve makamları yardımcı olur.” hükmü ile bu tehlike bertaraf edilmeye çalışılmıştı.

Kanaatimizce, yönetmelikte yer alan bu düzenlemenin kanuni dayanağı bulunmamaktaydı. Zira Anayasa' nın 124. Maddesine göre “ yönetmelikler kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla” çıkarabilirler. Kanunda açıkça düzenlenmeyen bir konu hakkında yönetmelik ile düzenleme yapılamaz. Bu sebeple 4422 sayılı kanunun

Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’ te yer alan düzenleme Anayasa’ ya aykırı bir düzenleme niteliğine sahipti.

4422 sayılı kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’ in 38. Maddesinde bir koruma biriminin kurulacağı ve bu birimin idari yapısının bağlı olduğu bakanlıkça (İçişleri Bakanlığı) düzenleneceği belirtilmişti.

Koruma birimi, yönetmeliğin 4. Maddesinde Gizli görevli kullanılması ile tanık, muhbir ve kolluk görevlilerinin korunması hakkındaki tedbirlerin uygulanmasında görev alacak özel birimi ifade etmekteydi.

Aynı yönetmeliğin 29. Maddesinde gizli görevli ile irtibat kurulması, gizli görevlinin can güvenliğinin sağlanması ve gizli görevlinin hayatının tehlikeye düştüğü durumlarda operasyona son verilmesinden sorumlu olmak üzere bir kolluk görevlisi belirleneceği belirtilmişti.

Gizli soruşturmacının tedbirin uygulanması sırasında korunması ile ilgili olarak 5271 sayılı CMK’ nın 139. Maddesinde, gizli soruşturmacının kimliğinin değiştirilebileceği belirtilmiş ve soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgelerin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığında muhafaza edileceği belirtilerek soruşturmacının kimliğinin görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile 4422 sayılı kanunda ve ilgili yönetmeliğinde yer alan Anayasa’ ya aykırılık durumu da ortadan kalkmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’ in 28. Maddesinde gizli soruşturmacıya, ilgili kolluk birimi tarafından bir aidiyet numarası verileceği, ilgili kolluk birimince yürütülecek işlemler ile suçun soruşturulması ve kovuşturulması sırasında bu aidiyet numarasının kullanılacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin 5. Fıkrasında da “ Bir suç soruşturması nedeniyle görevlendirilen gizli soruşturmacının takibi, can güvenliğinin sağlanması ve hayatının tehlikeye düştüğü durumlarda, bu kişinin operasyondan çekilmesi ile kollukla irtibatını sağlamak üzere, ilgili kolluk birimi tarafından sorumlu kolluk görevlisi belirlenir.” şeklinde bir düzenleme yapılarak gizli soruşturmacının tedbirin uygulanması sırasında can güvenliğinin sağlanması amaçlanmıştır.

Adı geçen yönetmeliğin 28. Maddesinde yer alan “ Gizli soruşturmacıya ilişkin tüm bilgi ve belgeler ilgili kolluk biriminde saklanır.” ifadesinin, gizli soruşturmacının korunması bakımından pek de yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Zira suç örgütlerinin faaliyetlerini serbestçe devam ettirebilmeleri için gerek özel kişilerin ve gerekse kamu görevlilerinin nüfuzlarını kullandıklarına ve bu sayede yakalanma risklerini minimize etme çabalarına bu çalışmamızın birinci bölümünde değinmiştik. Bu sebeple suç örgütlerinin, kendi örgütlerine yönelik olarak gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanmasını öğrenmeleri veya bu konuda şüphelenmeleri durumunda, ilgili kolluk biriminde çalışan görevlilerden birisi ile irtibata geçerek gizli soruşturmacının kim olduğunu ve kimliğini öğrenmeleri pek de imkânsız gibi gözükmemektedir. Bu sebeple gizli soruşturmacının bağlı bulunduğu birim amiri, müşterek çalıştığı polis görevlisi ve gerekli olduğu takdirde hâkim ve savcı dışında herhangi bir kimsenin, gizli soruşturmacı görevlendirildiğini ve bu kamu görevlisinin kimliğini bilmesi olasılığının ortadan kaldırılması için gerekli bütün tedbirlerin alınması gerekmektedir¹³⁷.

2.4.2. Tanık Olarak Dinlenmesi Sırasında Korunma

Muhakeme konusu olay hakkında beş duyuları marifetiyle öğrendiklerini hâkime anlatan üçüncü kişilere tanık, bu kişilerin yaptıkları açıklamalara da tanık açıklamaları denilmektedir¹³⁸.

Suç örgütlerinin faaliyetleri çerçevesinde işledikleri suçların delillerini ortadan kaldırdıklarını veya gizlediklerini, bu sebeple çoğu zaman bu örgütlerin işlemiş oldukları suçlar hakkında elde bulunan yegâne delilin tanık beyanları olduğunu belirtmiştik.

Kural olarak, mahkemede üçüncü kişi durumunda olan kişiler tanık olabilmekteyse de, genellikle işlenmiş bulunan suçun ağırlığı ile orantılı olarak, kişilerin tanıklıktan kaçma eğilimi gösterdikleri bilinen bir gerçektir. Bu sebeple, suç örgütlerinin faaliyetleri kapsamında bir suçun işlenmiş olması durumunda, bu

¹³⁷ AYTEKİN GELERİ, HAKAN İLERİ, *a. g. e.*, s. 193.

¹³⁸ BAHİR ÖZTÜRK, M. RUHAN ERDEM, V. ÖZER ÖZBEK, *a. g. e.*, s. 418.

suçun işlenişine şahit olan kişilerin gördüklerini mahkeme huzurunda açıklamaları çoğu zaman gerçekleşmemektedir. Bu sebeple, bir suç örgütünün aleyhine tanıklık yapan kişilerin en iyi şekilde korunmaları için gerekli olan tüm tedbirlerin alınması, Ceza Muhakemesi Hukuku' nun amacına ulaşılması için gerekli bir husustur.

Ceza Muhakemesi Hukukumuzda kabul edilen doğrudan doğruyalık (vasıtasızlık) ilkesi gereğince, esas hakkında hüküm verecek olan mahkemenin delillerle doğrudan temasa geçmesi ve hâkimin, gerek sanık ve gerekse diğer delillerden elde ettiği kişisel izlenimlere dayanarak karar vermesi gerekmektedir¹³⁹. Burada belirtilen “ diğer deliller” in kapsamına tanık adı verilen kişilerin de gireceği açıktır.

Diğer taraftan 5271 sayılı CMK' nun 201. Maddesinde yer alan düzenleme ile sanığa, mahkeme başkanı veya hâkim aracılığıyla, tanıklara soru sorabilme imkânı da tanınmıştır. Ayrıca AİHS' nin 6. Maddesinde her sanığın en azından sahip olması gerekli olan hakları belirten 3. Fıkrasının “ d” bendinde sanığın, iddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

5271 sayılı CMK' nun 210. Maddesinde “ Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçemez.” hükmü yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre suç örgütlerinin faaliyetleri çerçevesinde bir suçun işlenmiş olması ve işlenmiş bulunan suç ile bu suçun örgüt tarafından işlendiğinin delilinin sadece tanık delilinden ibaret olduğu davalarda tanığın duruşmada bulunması gerekmektedir.

Tanıkların duruşmada dinlenmesi, gerek özel şahsın ve gerekse gizli soruşturmacının hayatı için çok büyük bir tehlike arz etmektedir. Bu konuyu göz ardı etmeyen kanun koyucu 5271 sayılı CMK' nun 58. Maddesinde tanıklara ilk önce sorulacak hususları ve tanıkların korunmalarını düzenlemiştir. 5271 sayılı

¹³⁹ M. Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, s. 295. , Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesinde İspat*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2001, s. 25.

CMK' nun 58. maddesinin 2. Fıkrası “ Tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır. Kimliği saklı tutulan tanık, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından muhafaza edilir” şeklinde düzenlenmiştir.

Yine aynı maddenin 3. Fıkrası da “ Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile tanığın uzaktan dinlenilmesi mümkün hale getirilmiştir.

5271 sayılı CMK' nun 58. Maddesinde yer alan tanığın kimliğinin gizli tutulması ve tanığın uzaktan dinlenmesi yönteminin, sanığa yeterli savunma imkânının verilmiş olması şartıyla AİHS' ne aykırı olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü AİHM' ne göre kovuşturma sırasında veya yargılamanın herhangi bir safhasında sanığa, tanık beyanlarını tartışıp çürütmek, tanığa gerekli soruları gerekli zamanda ve uygun şekilde yöneltmek imkânı verilmiş olunması kaydıyla, AİHS' ne aykırılık bulunmamaktadır¹⁴⁰.

Uygulamada İngiliz Modeli olarak adlandırılan bu yöntemde tanık, güvenilir bir kişi ile aynı odada bulundurulmakta ve duruşma salonunda yer alan hâkim ile bir ekran ve mikrofon vasıtasıyla görüntülü konuşma yapabilmektedir. Bu sayede tanığın açıklamaları ve sorulara vermiş olduğu cevapları, ses ve görüntü olarak aynı anda duruşma salonuna aktarılmaktadır¹⁴¹.

Gizli soruşturmacının güvenliği ile ilgili bir diğer husus da, gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin kararın dava dosyasında yer alıp

¹⁴⁰ Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesinde İspat*, s. 131. , Aytekin Geleri, Hakan İleri, a. g. e. , s. 243.

¹⁴¹ Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesinde İspat*, s. 142.

alamayacağı ile ilgilidir. 5271 sayılı CMK' nun 153. Maddesinin 1. Fıkrasına göre Müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. Aynı maddenin 4. fıkrasına göre de Müdafî, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir. Müdafîin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir. Buna karşılık kovuşturma evresinde Cumhuriyet savcısının böyle bir yetkisi bulunmamaktadır. Bu durum ise dosya içeriğinin ve bu bağlamda gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin kararın müdafî tarafından öğrenilmesi ve bu sebeple de deşifre olması sonucunu doğurur.

Yukarıda belirttiğimiz sebepler dolayısıyla CMK' nun 139. Maddesinin 3. Fıkrasının dar yoruma tabi tutularak, gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgelerin gerek dava dosyasında ve gerekse başka bir yerde değil yalnızca ilgili Cumhuriyet Başsavcılığında muhafaza edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

2.4.3. Tanık Olarak Dinlendikten Sonra Korunma

Tanıkların sadece ceza muhakemesi sırasında koruma altına alınması, örgütlü suçlulukla mücadele için tek başına yeterli olamamaktadır. Zira suç örgütlerinin gerek aleyhlerine ifade veren tanıklardan intikam almak ve gerekse daha sonraları tanıklık yapmak isteyen kişilere gözdağı vermek amacıyla, aleyhlerine tanıklık yapan kişilerin hayatına kastettikleri veya başka ağır tehlikelere maruz bıraktıkları bilinen bir gerçektir¹⁴².

4422 sayılı ÇASÖMK' nun yürürlükte olduğu dönemde, bu kanunun 7. Maddesinde tanıkların ve görevlilerin korunması hususunda 3713 sayılı TMK' nun 20. Maddesine yapılan atıf nedeniyle, bu maddede belirtilen tedbirlerden gizli soruşturmacı da yararlanabiliyordu.

¹⁴² V. Özer Özbek, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, CMK İzmir Şerhi*, s. 203.

3713 sayılı TMK' nun 20. Maddesinde belirtilen tedbirler uyarınca gizli soruşturmacının korunması için talep edilmesi halinde estetik cerrahi yoluyla fizyolojik görünümün değiştirilmesi de dâhil olmak üzere, nüfus kaydı, ehliyet, evlenme cüzdanı, diploma ve benzeri belgelerin değiştirilmesi, askerlik işleminin düzenlenmesi, menkul ve gayrimenkul mal varlıklarıyla ilgili hakları, sosyal güvenlik ve diğer hakların korunması gibi hususlarda düzenleme yapıldı. Korumaya alınmış emekli personelden, meskende korunmaları mutlak surette zorunlu bulunanlar; görev yaptıkları bakanlık veya kamu kurum ve kuruluşlarına ait konutlardan Maliye Bakanlığınca rayiç kiralar dikkate alınarak tespit olunacak kira bedeli ile kiralama esaslarına göre yararlandırılırdı. Ayrıca 4422 sayılı kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik' in 31. Maddesinin 2. Fıkrasında yer alan düzenleme ile yukarıda sıraladığımız tedbirlerin gerekli görülmesi halinde tanıkların eş ve çocukları hakkında da uygulanması sağlanmıştı. Kanaatimizce her ne kadar 4422 sayılı ÇASÖMK' nun yürürlükten kalkmış olması sebebiyle bu kanununda ve bu kanunun atıf yaptığı 3713 sayılı TMK' da yer alan tedbirlerin uygulanamaması gibi bir sonuca ulaşılsa da; 3713 sayılı TMK' nun halen yürürlükte olması sebebiyle, bu kanunun 20. Maddesinde yer alan tedbirlerin, 5237 sayılı TCK' nun 220. ve 314. Maddesinde düzenlenmiş bulunan örgütlerin içerisine sızmış bulunan gizli soruşturmacılar hakkında uygulanması gerekmektedir. Zira 3713 sayılı TMK' nun 1. Maddesinin 3. Fıkrasında yer alan “ Örgüt terimi, Türk Ceza Kanunu ile ceza hükümlerini içeren özel kanunlarda geçen teşekkül, cemiyet, silahlı cemiyet, çete veya silahlı çeteyi de kapsar” hükmü bu uygulamayı gerektirmektedir.

5271 sayılı CMK' nın 58. Maddesinin 4. Fıkrasında yer alan “ Tanıklık görevinin yapılmasından sonra, kişinin kimliğinin saklı tutulması veya güvenliğinin sağlanması hususunda alınacak önlemler, ilgili kanunda düzenlenir” hükmü ile tanıklık yapan kişinin kimliğinin gizli tutulması veya güvenliğinin sağlanması hususunda alınacak önlemlerin nelerden ibaret olduğu belirtilmemiş, bu önlemlerin özel bir kanunda düzenlenmesi yoluna gidilmiştir.

Ülkemizde tanıkların korunmasına dair özel bir kanun, bu çalışmamızı tamamladığımız günlerde kabul edilmiştir. 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu Meclis Genel Kurulu' nda yapılan görüşmeler sonucunda kabul edilmiştir.

Tanık Koruma Kanunu' nun 3. Maddesinde, tanık koruma tedbirinin alınması gereken suçlar belirtilmiştir. Bu maddeye göre; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ve ceza hükmü içeren özel kanunlarda yer alan ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile, kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen alt sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar hakkında yapılan yargılamada tanıklık yapılması halinde bu kanun kapsamına giren tedbirler uygulanabilecektir.

Tanık Koruma Kanunu' nun 4. Maddesinde de tanık koruma tedbiri kapsamına alınacak olan kişiler: Ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenenler ile 04. 12. 2004 tarih ve 5271 sayılı CMK' nun 236. maddesine göre tanık olarak dinlenen suç mağdurları, tanık olarak dinlenenlerin nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, ikinci derece dâhil kan veya ikinci derece dâhil kayın hısımları ve evlatlık bağı bulunanlar ile yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler olarak belirtilmiştir.

Dikkat edilecek olursa Tanık Koruma Kanunu' nun 4. Maddesinde sayılan tanık koruma kapsamı içine alınabilecek kişiler, 4422 sayılı kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 31. Maddesinin 2. Fıkrasında yer alan tanığın korunması için düzenlenen tedbirlerin uygulanabileceği kişilerin kapsamından daha geniş tutulmuştur. Gerçekten de 4422 sayılı kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 31. Maddesinin 2. Fıkrasında sayılan tedbirlerin ihtiyaç duyulması halinde sanığın eş ve çocukları hakkında da uygulanabileceği belirtilmişken; Tanık Koruma Kanunu' nun 4. Maddesi bu kişileri: Tanık olarak dinlenenlerin nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, ikinci derece dâhil kan veya ikinci derece dâhil kayın hısımları ve evlatlık bağı bulunanlar ile yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler olarak belirtmiştir.

Tanık Koruma Kanunu' nun 5. Maddesinde de tanık koruma tedbirleri sayılmıştır¹⁴³.

2.5. Gizli Soruşturmacı' nın Elde Ettiği Deliller

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanma amacı, suç örgütleriyle mücadelede başka surette delil elde edilememesi halinde, suç örgütü hakkında delil elde etmektir. Nitekim bu amaç, Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 27. Maddesinin 1. Fıkrasında “ Gizli soruşturmacı; gerektiğinde örgüte sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili diğer delil, iz, eser ve emareleri toplamakla yükümlüdür.” şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁴³ Tanık Koruma Kanunu' nun 5.Maddesi “ (1) Bu Kanun kapsamında bulunanlar hakkında uygulanabilecek tanık koruma tedbirleri şunlardır:

- a) Kimlik ve adres bilgilerinin kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi.
- b) Duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi.
- c) Tutuklu veya hükümlü olanların durumlarına uygun ceza infaz kurumu ve tutukevlerine yerleştirilmesi.
- ç) Fizikî koruma sağlanması.
- d) Kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi:
 - 1) Adli sicil, askerlik, vergi, nüfus, sosyal güvenlik ve benzeri bilgi ve kayıtlarının değiştirilmesi ve düzenlenmesi.
 - 2) Nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, pasaport, evlilik cüzdanı, diploma ve her türlü ruhsat gibi resmî belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi.
 - 3) Taşınır ve taşınmaz mal varlığıyla ilgili haklarını kullanmasına yönelik işlemlerin yapılması.
- e) Geçici olarak geçimini sağlama amacıyla maddî yardımda bulunulması.
- f) Çalışan kişinin iş yerinin ya da iş alanının değiştirilmesi veya öğrenim görenin devam etmekte olduğu her türlü eğitim ve öğretim kurumunun değiştirilmesi.
- g) Yurt içinde başka bir yerleşim biriminde yaşamasının sağlanması.
- ğ) Uluslararası anlaşmalara ve karşılıklılık ilkesine uygun şekilde, geçici olarak başka bir ülkede yerleştirilmesinin sağlanması.
- h) Fizyolojik görünümün estetik cerrahi yoluyla veya estetik cerrahi gerektirmeksizin değiştirilmesi ve buna uygun kimlik bilgilerinin yeniden düzenlenmesi.

(2) Bu maddede yazılı olan tedbirlerden biri veya birkaçı aynı anda uygulanabilir. Bununla birlikte aynı sonuç daha hafif bir tedbir ile elde edilebiliyor ise bu durum da göz önünde tutulur.(3) Bu madde hükümlerine göre uygulanacak koruma tedbirlerinin esas ve usulleri yönetmelikte gösterilir.” hükmündedir.

2.5.1. Delil

Sözlük anlamı olarak delil: İnsanı aradığı gerçeğe ulaştırabilecek iz, emare demektir¹⁴⁴. Diğer bir tanım olarak, bir olayın vuku bulduğunu veya bir olayın uyuşmazlık konusu olan tartışmalı noktalarını ispatlamak için kullanılan vasıtalar¹⁴⁵. Ceza Muhakemesi Hukuku açısından delil: Ceza Muhakemesi Hukuku' nun amacı olan maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla, bir suçun işlenip işlenmediği, işlenmiş ise kim tarafından ne şekilde işlendiğini açıklayan araçlar şeklinde tanımlanabilir¹⁴⁶.

Ceza Muhakemesi Hukuku' nda delil serbestliği ilkesi geçerlidir. Bu ilkeye göre hâkim, suçun ispatı için her türlü delilden yararlanma imkânına sahiptir.

Ceza Muhakemesi Hukuku' nda ispat için kullanılmak istenilen bir vasıtanın delil olarak nitelendirilebilmesi için olayı temsil etmesi ve bu olayı temsil eden vasıtanın akla, maddi gerçeğe ve hukuka uygun olması gerekmektedir¹⁴⁷.

2.5.2. Delillerin Sınıflandırılması

2.5.2.1. Doğrudan Delil- Dolaylı Delil

Doğrudan deliller, uyuşmazlık konusu olayı direkt olarak aydınlığa kavuşturan delillerdir¹⁴⁸. Diğer bir tanıma göre, mahkemenin bir hükümlerle çözmesi gereken asıl olayı ispatlayan deliller doğrudan delillerdir¹⁴⁹. Örneğin hırsızlık suçunun işlendiğini fark eden ve hırsızları kovalayan güvenlik görevlisinin tanıklığı doğrudan delil teşkil eder.

¹⁴⁴ <http://www.tdk.org.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAF6AA849816B2EF05A79F75456518CA>

¹⁴⁵ Ali Şafak, Vahit Bıçak, *Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis*, 6. Baskı, Ankara, Roma Yayınları, 2005, s. 277.

¹⁴⁶ Seydi Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1997 s. 15.

¹⁴⁷ Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, a. g. e. ,s. 347.

¹⁴⁸ Ali Şafak, Vahit Bıçak, *Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis*, s. 286. ,

¹⁴⁹ Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayınları, 2003, s. 171.

Dolaylı deliller, uyumsuzluk konusu olan olayı dolaylı olarak aydınlatan delillerdir. Diğer bir tanıma göre, hakkında karar verilmesi gereken esas olaya bağlı olan yan olayları açıklayan delilere dolaylı delil denilmektedir¹⁵⁰. Örneğin bir cinayet davasında tanığın verdiği ifadede, sanığı elinde tabanca ile koşarak binadan çıkarken gördüğünü belirtmesi, dolaylı bir delildir.

Amacı maddi gerçeğe ulaşmak olan hâkim, bu amacı gerçekleştirmek için, muhakeme sırasında gerek doğrudan ve gerekse dolaylı delillerden yararlanarak hükmünü bu delilleri vicdani kanaatine göre değerlendirdikten sonra verecektir.

Doğrudan deliller uyumsuzluk konusu olayı direkt olarak aydınlattıkları (ispatladıkları) için hâkimin bu delilleri hükme esas alması konusunda bir problem yaşanmamaktadır. Yani hâkim, doğrudan delillere dayanarak hüküm kurabilir. Buna karşılık hâkimin dolaylı delillere dayanarak hüküm kurması ise kabul edilmemektedir. Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi, dolaylı deliller uyumsuzluk konusu olayı dolaylı olarak aydınlatan deliller olup, doğrudan delilleri destekleyen bir nitelik taşımaktadırlar. Bu sebeple dolaylı delillerin mevcut uyumsuzlukla bağlantısının bulunmaması hiç de göz ardı edilmesi gereken bir durum değildir. Bu sebeple hâkimin hüküm verirken dolaylı delillere dayanması halinde, bu delilleri destekleyen doğrudan delillerin de mevcut olması gerekmektedir. Aksi halde sırf dolaylı delillere dayanılarak hüküm verilmesi, Ceza Muhakemesi Hukuku' nun amacı olan hiçbir kuşkuya yer bırakılmaksızın maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına aykırılık teşkil eder. Bu durum ayrıca Ceza Hukuku' nun genel ilkelerinden olan “ şüpheden sanık yararlanır” ilkesinin de ihlali anlamına gelir.

Çalışmamızın konusunu teşkil eden gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri açısından baktığımızda, gizli soruşturmacının elde ettiği delillerin hem doğrudan delil ve hem de dolaylı delil olabileceğini söylemek mümkündür. Burada delilin doğrudan veya dolaylı olduğuna, gizli soruşturmacının o delili elde etme biçimine bakarak karar vermeliyiz. Örneğin suç örgütünün bir işyerini kurşunlaması, uyuşturucu sevkiyatı yapması, akaryakıt kaçakçılığı yapması veya bir kişiyi öldürmesi ve bu suçlara gizli soruşturmacının bizzat şahit olması ve bu

¹⁵⁰ Ali Şafak, Vahit Bıçak, a. g. e. , s. 287. , Nur Centel, Hamide Zafer, a. g. e. , s. 171.

durumu mahkemede anlatması halinde doğrudan delil; gizli soruşturmacının orada bulunduğu bir anda bir örgüt üyesinin bir başka örgüt üyesine işlemiş olduğu bir suç anlatması sonucunda gizli soruşturmacının suçu öğrenmesi ve bu öğrendiklerini mahkeme huzurunda anlatması durumunda ise, gizli soruşturmacının ifadesi dolaylı delil teşkil eder.

2.5.2.2. Beyan Delili

Beyan delili: Bir olayı gören, duyan veya olay hakkında herhangi bir şekilde bilgisi olan kişilerin bu hususları sözlü olarak ifade etmeleridir¹⁵¹. Tanık beyanı, sanık beyanı ve diğer beyanlar olarak bir ayrıma tabi tutulabilen beyanın, delil niteliğine sahip olabilmesi için özgür bir iradenin ürünü olması gerekmektedir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanması sırasında, gizli soruşturmacının bizzat kendisine veya bir örgüt üyesinin bir diğer üye ile konuşması sırasında, bazı suçların işlenmiş olduğu yönünde beyanlar verilmesi halinde, gizli soruşturmacının vakıf olduğu bu beyanlar hakkında sıradan bir tanık olarak mı yoksa 5271 sayılı CMK' nun 147. Maddesinde düzenlenen soruşturma aşamasındaki ifade alan kolluk görevlisi olarak mı dinleneceği akla gelen bir sorudur.

Kanaatimizce gizli soruşturmacının mahkeme sırasında sıradan bir tanık gibi dinlenmesi gerektiğidir. Zira gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin amacı delil toplamaktan ibaret olup, bu delillerin toplanmasının ile de Ceza Muhakemesi' nin amacı olan maddi gerçeğe ulaşmak istenilmektedir. Her ne kadar gizli soruşturmacının bir kamu görevlisi olacağı 5271 sayılı CMK' nun 139. Maddesinde belirtilmişse de, bu kamu görevlisi kavramının illa ki kolluk görevlisi olması zorunluluğu da bulunmamaktadır. Ayrıca 5271 sayılı CMK' nun 147. Maddesindeki işlemleri yapan kolluk memurunun ifade alması sırasında, bu maddede düzenlenen hususlara uyması gerekmektedir. Oysa gizli soruşturmacının böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu sebeple gizli soruşturmacının

¹⁵¹ Ali Şafak, Vahit Bıçak, a. g. e. , s. 290.

mahkemede, ifade almış kolluk görevlisi olarak değil; sıradan bir tanık olarak dinlenmesi gerekmektedir.

2.5.2.3. Belge Delili

Uyuşmazlık konusu olayın çözümüne katkıda bulunabilecek, delil olabilecek bir düşünceyi içeren her türlü yazıya belge denilmektedir¹⁵².

Bir yazının delil olarak kabul edilebilmesi için olayla ilgili olması ve içeriğinin delil sayılabilecek bir bilgiden ibaret olması gerekmektedir. Belgeler kolluk, savcı ve hâkim tutanakları gibi resmi yazılar olabileceği gibi, şahsi mektuplar veya buna benzer özel yazılar da olabilir. Bunun yanı sıra belgelerin kim ya da kimler tarafından yazıldığıнын bir önemi bulunmamaktadır.

Suç örgütlerinin faaliyetleri çerçevesinde işlemekte oldukları suçları gizlemek ve bu sayede cezai takibattan korunmak için legal olarak faaliyet gösteren paravan şirketler kurduklarını, bu sayede işlemiş oldukları suçları şirketin legal faaliyetlerinin arkasına gizleyerek işlemeye devam ettiklerini, bu paravan şirketler sayesinde işlemiş oldukları suçlardan elde ettikleri kara paraları akladıklarını ve bu yöntemin yanı sıra kara para aklama yöntemlerine verilecek diğer örnekler olarak nakit para kaçakçılığı, banka temsilcilikleri ve finans kurumlarının ve bankaların kullanılmasını, vergi cennetleri ve kıyı bankacılığı olan bölgelere transferi, döviz büfelerinin kullanılmasını, para ve sermaye araçlarının kullanılmasını belirtmiştik.

Suç örgütlerinin yukarıda saydığımız faaliyetleri gerçekleştirdikleri sırada yazılı belge kullandıkları ve bu yazılı belgelerin de özellikle para transferini içeren muhasebe defterleri oldukları bilinmektedir.

Gizli soruşturmacının görevi sırasında suç örgütlerinin faaliyetlerini içeren bu tür yazılı bir belge elde etmesi durumunda, bu delilin mahkemece kullanılacağı açıktır. Zira gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin kabul edilmesinin

¹⁵² Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, a. g. e. , s. 363.

amacı, suç örgütleriyle mücadelede klasik yöntemler kullanılarak elde edilemeyen delillere vakıf olmaktır.

Burada bir konunun açıklanması gerektiği kanaatindeyiz. Gizli soruşturmacının görevi olan delil toplama faaliyetleri sırasında gizli kamera, görüntü ve ses kaydedici cihaz kullanabileceğini ve hatta gizli soruşturmacının bu cihazlar hakkında teknik bilgi sahibi olması gerektiğini belirtmiştik.

Görüntü ve ses kayıtları da aslında bir çeşit yazılı belgedirler. Buna karşılık bu kayıtların delil olarak kabul edilebilmeleri için usulüne göre doldurulup usulüne uygun bir şekilde mahkemeye sunulmuş olmaları gerekmektedir.

İlk olarak 5271 sayılı CMK' nun 140. Maddesinde düzenlenen “ Teknik araçlarla izleme” tedbirine başvurulması için de, gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanmasında olduğu gibi, katalog halinde belirtilmiş suçların işlendiği yönünde kuvvetli şüphenin bulunması ve başka surette delil elde etmenin mümkün olmaması gerekmektedir.

İkinci olarak, gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanabileceği suçların, 5271 sayılı CMK' nun 140. Maddesinde yer alan ve haklarında teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanabileceği belirtilen katalog halinde bulunan suçlar arasında sayıldığı görülmektedir.

Bunun yanı sıra Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik' in 4. Maddesinin “ I” bendinde tanımlanan Veri Taşıyıcısı' nın “ İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinin uygulanması neticesinde elde edilecek ses ve görüntü bilgilerinin kaydedileceği araçları ifade eder” şeklinde tanımlanması sebebiyle, gizli soruşturmacının delil elde etmek için kullandığı ses ve görüntü kaydedici cihazlarla elde ettiği belgelerin usulüne uygun olarak kaydedildiği ve mahkemeye sunulmuş olacağı kanaatindeyiz.

Ne var ki, usulüne uygun olarak doldurulmuş ve muhafaza altına alınmış olsalar da ses ve/ veya görüntü kaydedici cihazlarla elde edilen bulguların tek başlarına mahkûmiyet kararı verilmesine yetmeyecekleri; bunların başka delillerle de desteklenmesi gerektiği kabul edilmiştir¹⁵³.

Bu konuda Yargıtay 8. Ceza Dairesi' nin 05. 10. 1984 tarihli ve 1984/ 1835 Esas, 1984/ 2346 Karar numaralı kararı “ Teyp bantlarının tek başlarına delil vasfını haiz olamayacağı düşünülmeden ve dosyada sanıkların suç konusu sözleri sarf ettiklerine dair banttın başka hiçbir delil bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir. ” şeklinde olup, ses bantlarının tek başına delil vasfına haiz olamayacağı; sadece belirti olarak kabul edileceğine karar verilmiştir.

2.5.2.4. Belirti Delili

Belirti, keşif faaliyetine konu olan ve olaydan geriye kalan her türlü iz ve eserlerdir. Sanığın iradesi dışında olaydan geriye kalan izlere ve eserlere doğal belirti; failin iradesi ile veya bir insan tarafından belirli olayları temsil etmek üzere hazırlanmış olan nesnelere de yapay belirti denir¹⁵⁴.

Belirtiler, genellikle failin iradesi dışında olay yerinde bırakılmış mermi çekirdeği, saç kılı, mermi kovanı, maktulün vücuduna saplı bıçak, kan izleri gibi iz ve eserlerdir.

Belirtilerin tek başlarına mahkûmiyet hükmü verilmesi için yeterli olmadıklarını, başka delillerle de desteklenmelerinin gerektiğini belirtmiştik.

Suç örgütünün içerisine sızmış bulunan ve delil toplama amacıyla hareket eden gizli soruşturmacının Ceza Muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla her türlü delili ve belirtiyi toplaması gerektiği kanaatindeyiz. Zira suç örgütlerinin, faaliyetleri çerçevesinde işlemiş oldukları suçlara dair hiçbir delili arkalarında bırakmamak için özenli hareket ettikleri ve buna karşı tedbirler

¹⁵³ Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, a. g. e. , s. 365.

¹⁵⁴ Nur Centel, Hamide Zafer, a. g. e. , s. 189.

aldıkları bilinmektedir. Bu sebeple, gizli soruşturmacının elde edeceği bir belirti bile, yan delillerle desteklenerek, maddi gerçeğe ulaşma yolunda büyük faydalar sağlayabilir.

2.5.3. Gizli Soruşturmacı' nın Elde Ettiği Delillerin Yargılamada Kullanılması

Ceza muhakemesinde karar verme yetkisine sahip olan yetkililerin, toplanan delillerden sonuç çıkarıp bu sonuca göre karar vermelerine delillerin değerlendirilmesi denilmektedir¹⁵⁵.

Bir olguyu ispatlamak için duruşmada bir delilin ortaya konulmasından sonra, o delilin hâkim tarafından yapılacak vicdani değerlendirme sonucunda olaya ve hukuka uygunluğu konusunda kanaat uyandırması gerekmektedir¹⁵⁶.

5271 sayılı CMK' nun 217. Maddesinin 2. Fıkrasına göre “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.” Bu sebeple hâkimin, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan delillere dayanarak hüküm kurması yasaklanmıştır.

Çalışmamızın bu bölümünde delil elde etme amacıyla başvuru olan gizli soruşturmacı tarafından toplanan delillerin hukuka uygunluğu incelenecektir.

2.5.3.1. Delil Yasakları

Ceza muhakemesinde, fiilin fail tarafından işlendiği veya işlenmediği konusunda hukuk düzeninin kabul ettiği vasıtalar aracılığıyla, yargı makamının tam bir kanaate varmasına ispat denilmektedir. İspatı gerçekleştirmek için ise delillere ihtiyaç vardır.

¹⁵⁵ Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, a. g. e. , s. 425.

¹⁵⁶ Nur Centel, Hamide Zafer, a. g. e. , s. 529.

Delil; olayla ilgili olup, olayı yansıtan ve ispat açısından insan aklına uygunluğu önem taşıyan her türlü araçtır. Ancak bu araçların ceza muhakemesinde kullanılabilmesi için hukuka uygun olarak, daha düzgün bir ifade ile delil yasakları ihlal edilmeden elde edilmiş olmaları gerekmektedir.

Delil yasakları, hukuk devleti esaslarına uygun bir ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamalardır¹⁵⁷. O halde muhakemede kullanılmış olan tüm delillerin yasaya uygun bir biçimde elde edilmiş olmaları gerekmektedir. Yasada gösterilen kuralların dışına çıkılmamasını emreden yasağa, delil elde etme yasağı; hukuka aykırı yollarla elde edilen delillere de hukuka aykırı deliller denilmektedir¹⁵⁸.

5271 sayılı CMK' da delil yasakları ile ilgili olarak düzenlenmiş hükümler bulunmaktadır. Örneğin İfade ve sorgu tarzının düzenlendiği 147. Maddenin hemen ardından gelen 148. Maddede ifade alma ve sorguda yasaklanan yöntemler belirtilmiştir.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin amacı, hukuk devletinin sahip olduğu ilkeler çerçevesinde suç örgütleri ile daha etkili şekilde mücadele etmek için delil toplamaktır. Bu sebeple gizli soruşturmacının elde ettiği delillerin de 5271 sayılı CMK' nun 217. Maddesinin 2. Fıkrasında belirtilen “ hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delil” olması gerekmektedir. Aksi takdirde gizli soruşturmacının elde ettiği deliller, ceza muhakemesinde kullanılamayacağı gibi, hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerden başka bir suçun da işlenmiş olduğuna dair delil elde edilmesi halinde, o delil de hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin dolaylı etkisi nedeniyle ceza muhakemesinde değerlendirilmeyecektir.

Nitekim Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadına göre de hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerden, başka bir suçun işlendiğine dair delil elde edilmiş olsa bile, o delil ceza muhakemesinde kullanılamaz ve hükme esas alınamaz¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Bahri Öztürk,, a. g. e. , s. 6.

¹⁵⁸ Nur Centel, Hamide Zafer, a. g. e. , s. 537.

¹⁵⁹ Yargıtay CGK,29. 11. 2005 T, 2005/ 7- 144 E. , 2005/ 150 K.

Burada, gizli soruşturmacının elde ettiği delillerin hukuka uygun delil olarak nitelendirilebilmesi için gerekli olan ilk koşulun, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanması için kanunda belirtilen şartların ve usulün tamamlanmış olmasından ibaret olduğu kanaatindeyiz. Aksi halde gizli soruşturmacı hukuka aykırı olarak görevlendirileceği için, gizli soruşturmacının elde ettiği deliller de hukuka aykırı delil olacaktır.

Gizli soruşturmacıya sahte bir kimliğin verilmesi ve gizli soruşturmacının bu kimlikle hukuki işlemler yapabileceği 5271 sayılı CMK' nun 139. Maddesinde belirtildiği için, gizli soruşturmacının sızmış bulunduğu suç örgütü içerisinde gerek doğrudan ve gerekse dolaylı olarak tanık olduğu suçlarla ilgili elde ettiği delillerin de hukuka uygun delil niteliğinde sayılması gerektiği kanaatindeyiz.

2.5.3.2. Gizli Soruşturmacı' nın Tesadüfen Elde Ettiği Deliller

Tesadüfen elde edilen delillerden anlaşılması gereken, hukuka uygun olarak yürütülen bir soruşturma sırasında elde edilmiş olup, soruşturma konusu olan suç ile ilgisi bulunmayan ve soruşturma yapılırken başka bir suçun işlendiğine dair elde edilen delillerdir¹⁶⁰.

Al. CMUK' nun elde edilen bilgilerin kullanılması konusunu düzenleyen 110e. Maddesine göre: “Gizli soruşturmacı (ajan), kullanılmak suretiyle elde edilen kişisel bilgilerin bir başka ceza muhakemesinde ispat aracı olarak kullanılabilmesi için, bilgilerin 110a Maddesinin 1. Fıkrasında tanımlanan suçlardan dolayı yapılan araştırmada elde edilmiş olması şarttır”¹⁶¹. Atıf yapılan Al. CMUK 110a Maddesinin 1. Fıkrasında belirtilen suçlar: Yasa dışı uyuşturucu madde veya silah trafiği, para veya değerli kâğıt sahteciliği suçları, devlet güvenliğini ilgilendiren suçlar, meslek haline getirilmiş veya alışkanlık haline getirilmiş olarak işlenen suçlar veya bir çetenin mensubu veya başka bir şekilde organize edilerek işlenen suçlardır. O halde saydığımız suçlara yönelik olarak yapılan bir araştırmada elde edilmesi halinde, tesadüfen elde edilen delillerin

¹⁶⁰ M. Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, s. 361. , Aytekin Geleri, Hakan İleri, a. g. e. , s. 243.

¹⁶¹ Feridun Yenisey, “ Mukayeseli Hukukta Çıkar Amaçlı Örgütlerle Mücadele”, s. 534.

başka bir ceza muhakemesinde ispat aracı olarak kullanılabileceği Al. CMUK’nda belirtilmiştir.

4422 sayılı ÇASÖMK’nda ve bu kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte, tesadüfen elde edilen delillerin akıbeti hakkında bir düzenleme yer almamaktaydı. Doktrinde bu kanundaki gizli soruşturma tedbirlerinin kanuna uygun olarak uygulanması sırasında bir başka suçun işlenmiş olduğuna dair delillerin elde edilmiş olması halinde, elde edilen delillerin bu kanunun 1. ve 16. Maddelerinde yer alan suçlarla ilgili olması durumunda değerlendirilmesi, bu suçların dışında başka suçlarla ilgili olması halinde ise değerlendirilmemesi ileri sürülmüştü¹⁶².

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

5271 sayılı CMK’nda gizli soruşturmacının tesadüfen elde ettiği delillerin akıbetinin ne olacağı hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda 139. Maddenin 6. Fıkrasında yer alan “Soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz.” hükmü gereğince kişisel olmayan verilerin başka bir suçun soruşturulması ve kovuşturulması amacıyla kullanılabilmesi gibi bir sonuca varılabilir de; bu sonucun gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanabileceği suçları belirten katalogun dışına çıkılması sonucunu doğuracağı

¹⁶² M. Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesinde, Organize Suç Örgütleriyle Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, s. 365, Aytekin Geleri, Hakan İleri, a. g. e. , s. 244.

açıktır. Bu sebeple tesadüfen elde edilen delillerin 5271 sayılı CMK' nun 139. Maddesinin 7. Fıkrasında katalog halinde sayılan suçlardan birinin işlenmiş olduğuna dair delil niteliğinde olmaları halinde başka bir soruşturma ve kovuşturma kapsamında kullanılabileceği, aksi halde kullanılamayacağı kanaatindeyiz.

Nitekim, Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik' in “ Tesadüfen elde edilen deliller ve kişisel bilgiler” başlıklı 30. Maddesinde, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgilerin, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamayacağı ve aynı maddenin 2. Fıkrasında da, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmaya ilgisi olmayan ve ancak, bu yönetmeliğin 26. maddesinde belirtilen suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delilin elde edilmesi halinde, bu delilin muhafaza altına alınacağı ve durumun Cumhuriyet başsavcılığına derhâl bildirileceği belirtilmiştir. Bu yönetmeliğin 26. Maddesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanabileceği suçları teyit etmekten ibarettir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GİZLİ SORUŞTURMACI' NIN GÖREVİ SIRASINDA İŞLEDİĞİ SUÇLAR SEBEBİYLE CEZAI SORUMLULUĞU

3.1. Gizli Soruşturmacının Görevin Gerektirdiği Suçlar Sebebiyle Cezai Sorumluluğu

Daha önceki bölümlerde suç örgütlerini incelerken, bu örgütlerin kendilerine özgü bir örgütlenmeye sahip olduklarını, gizlilik kavramı çerçevesinde hareket ettiklerini ve örgüte üye olmak isteyen kişilerin, örgüt tarafından yapılacak bir araştırma sonucunda örgüte kabul edildiklerini belirtmiştik. Suç örgütlerinin faaliyetlerini bu derecede dikkatli ve gizli bir şekilde sürdürmelerinin sebebinin de adli makamlarca yapılacak olan bir soruşturma ve kovuşturmadan korunmak olduğunu belirtmiştik. İşte bu amacı gerçekleştirmek ve örgütün faaliyetleri kapsamına giren suçları hiçbir şekilde sekteye uğratmadan devam ettirebilmek için örgütün, kendi bünyesine katılmak isteyen kişilere duyduğu güven çok önemli bir unsur teşkil etmektedir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi suç örgütleri, alelade kişilerin bir araya gelmesi ile kurulmuş birlikler değildir. Genellikle bir örgütü oluşturan kişilerin belirli bir kriminal geçmişe sahip, icra ettikleri faaliyet alanında uzman kişiler oldukları, kısacası profesyonel suçlu denilebilecek kişiler oldukları bilinmektedir. Bu kişilerin yaşadıkları hayatın bir gerekliliği olarak kimseye güvenmemeleri, her kişi ve olaya kuşku ile yaklaşımları, bir diğer ifadeyle uyanık olmaları

gerekmektedir. Suç örgütünün ve bu örgütün üyelerinin hayatı ve geleceği, bu karakteristik özelliklerin ne kadar gelişmiş olduğuna bağlıdır.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz sebepler dolayısıyla suç örgütleri, adli makamlar tarafından kendilerine yönelik olarak verilen mücadele çerçevesinde ne gibi yöntemlere başvurulduğunu veya başvurulabileceğini de çok yakından takip etmektedirler. Bu sebeple suç örgütleri, bünyelerine katılmak isteyen kişilerin güvenebilecekleri kişiler olup olmadıklarını tahlil etmek için değişik yöntemlere başvurumaktadırlar. Bu yöntemlerin başında ise, örgüte katılmak isteyen kişilere suç işletilmesi gelmektedir.

Suç örgütlerinin kendilerini korumak için başvurmuş oldukları bu yöntem, uygulamada belki de hiç suç işlenmeyecek bir zamanda sırf örgüte katılmak isteyen kişinin güvenilirliğini ölçmek için suç işlenmesi sonucunu doğurabilse de; bizim çalışmamızın konusunu teşkil eden gizli soruşturmacının suç işleyebilip işleyemeyeceği sorununun çok daha önemli bir sonuç olduğu kanaatindeyiz.

Gizli soruşturmacının görevini yerine getirirken suç işleyip işleyemeyeceği hakkında 4422 sayılı ÇASÖMK' nun 5. Maddesinde ve 5271 sayılı CMK' nun 139. Maddesinde yer alan “ Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez” şeklindeki hükmün bu sorunu kesin olarak çözümleyerek gizli soruşturmacının suç işleyemeyeceğini belirttiği iddia edilse de, kanaatimizce bu düzenleme ile mevcut durum daha karmaşık bir hal almıştır.

Suç örgütleriyle mücadelede en etkili yöntemlerden birisi olarak görülen gizli soruşturmacının örgüt içerisine sızmayı başararak kamu görevlisi olduğunu belli etmemesi ve bu kapsamda örgütün güvenini kazanarak örgüt hakkında bilgi toplaması beklenirken, diğer taraftan suç işlememesini ve suç işlediği takdirde cezalandırılacağını söylemek, bu tedbirin amacına ulaşması bakımından gerçeklik teşkil etmez. Diğer taraftan bu şartlar altında gizli soruşturmacılık görevini kabul edecek kamu görevlisi bulmak da imkânsız bir hal alır¹⁶³. Ayrıca her nasılsa bu şartlar altında görevi kabul eden kamu görevlisinin, suç örgütü tarafından güveninin sınanması amacıyla suç işlemesinin istenmesi durumu ile karşılaşması

¹⁶³ AYTEKİN GELERİ, HAKAN İLERİ, a. g. e. , s. 187. , BAHİR ÖZTÜRK, M. RUHAN ERDEM, V. ÖZER ÖZBEK, a. g. e. , s. 693.

halinde sürüncemede kalmasına ve beklili de bu sebeple hakkında şüpheye düşen örgüt üyeleri tarafından çok büyük zararlara uğratılmasına sebebiyet verebilir. İşte bu sebepler dolayısıyla ile meydana gelebilecek olumsuzlukları bertaraf etmek amacıyla doktrinde “ görevin gerektirdiği suç” kavramı ortaya atılmıştır.

Gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen kamu görevlisinin içerisine sızdığı suç örgütüne uyum sağlayabilmesi için müstakilen işleyebileceği konut dokunulmazlığını ihlal etmek, sahte kimlik yapmak gibi suçlara “ görevin gerektirdiği suç” adı verilmektedir¹⁶⁴.

5237 sayılı TCK’ nun “ suç işlemek amacıyla örgüt kurma” başlıklı 220. Maddesi kapsamında suç işleyen örgütlerin, hali hazırda işlemekte oldukları suçların başında, bu suç gelmektedir. Nitekim 220. Maddenin 1. ve 2. Fıkralarında “ Kanununun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler” ile “ Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar” ın cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu durumda gizli soruşturmacının bir suç örgütünün içine sızabilmesi için, bu suçu işlemesi gerekmektedir. Her ne kadar “ esasen mevcut olan kanun dışı bir kuruluşu ya da bir terör örgütünü meydana çıkartmak için gizli soruşturmacının söz konusu derneğe veya örgüte katılması halinde suça iştirak söz konusu olmaz; zira suç esasen işlenmiştir; memur suçu işlememektedir”¹⁶⁵ görüşü ileri sürülmüş olsa da; kanaatimizce 5237 sayılı TCK’ nun 220. Maddesinin sadece suç işlemek amacıyla örgüt kurmayı ve yönetmeyi değil, aynı zamanda örgüte üye olmayı da cezalandırması sebebiyle, gizli soruşturmacının suç örgütünün içerisine sızmasının TCK’ nun 220. Maddesi kapsamında suç oluşturmamasının “ kanun hükmünü icra” hukuka uygunluk sebebinden kaynaklandığını söylemek mümkündür¹⁶⁶. Buna ek olarak, 5271 sayılı CMK’ nun 139. Maddesinin 2. Fıkrasında yer alan “ Soruşturmacının kimliği değiştirilebilir. Bu kimlikle hukukî işlemler yapılabilir. Kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belgeler hazırlanabilir, değiştirilebilir ve kullanılabilir.” şeklindeki düzenleme sebebiyle, gizli

¹⁶⁴ Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, V. Özer Özbek, a. g. e. , s. 701.

¹⁶⁵ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, a. g. e. , s. 503.

¹⁶⁶ Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, V. Özer Özbek, a. g. e. , s. 701.

soruşturmacının bu gibi durumlarda sahtecilik suçunu işlemediğini ve “ kanun hükmünü icra” hukuka uygunluk sebebinin varlığını kabul etmek gerekmektedir. Nitekim 5237 sayılı TCK’ nun 24. Maddesinin 1. fıkrasında “ Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.” hükmü bu görüşümüzü doğrulamaktadır.

Doktrinde suç ile korunan yararın niteliksel üstünlüğü ile yararları korunanların sayısının dikkate alınarak, bazı suçların gizli soruşturmacı tarafından işlenebileceği ileri sürülmüştür. Örneğin adam öldürme suçunun işlenmesine engel olacaksa ve kaçınma halinde suç örgütünün üyelerinin gizli soruşturmacı hakkında şüphelenmelerine sebebiyet verecekse; bu durumda gizli soruşturmacı 5237 sayılı TCK’ nun 88. Maddesinde yer alan “ daha az cezayı gerektiren” kasten yaralama suçunu işleyebilmelidir¹⁶⁷.

Ayrıca yine doktrinde, suç örgütleri ile mücadelede gizli soruşturmacının örgüt içerisine sızmayı başarabilmesi için en azından basit suçları işlemelerinin kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁶⁸.

Dikkat edilecek olursa; yukarıda yer alan düşüncelerin ortak noktası, gizli soruşturmacının kişisel olmayan, konut dokunulmazlığını ihlal, yasa dışı kumar gibi kolektif hukuki değerleri koruyan suçları işleyebilmesine izin verilmesidir. Buna karşılık suç örgütlerinin faaliyetleri kapsamında sadece kumar, konut dokunulmazlığını ihlal gibi suçların değil, bu suçların dışında yağma, tehdit, adam öldürme gibi suçların işlenmesi de söz konusu olabilmektedir. Bu sebeple kolektif hukuki değerlere yönelik olarak işlenmesine izin verilen suçların belirlenmesi, uygulamada fayda sağlamayacaktır. Örneğin gizli soruşturmacının yalnızca yasadışı kumar suçu işleyerek mafya benzeri bir örgüt içerisine sızması ve orada kalması olanaksız gözükmektedir. Suç örgütlerinin, örgüte kabul edilmek isteyen gizli soruşturmacının güvenilir olup olmadığını denemek için, gizli soruşturmacıya yalnızca yasa dışı kumar gibi kolektif hukuki değerlere yönelik bir suç işlettirecekleri kesin bir nitelik arz etmemektedir. Bu sebeple kumar gibi basit suçların işlenebileceğinin kabulü, gizli soruşturmacının suç örgütünün içerisine

¹⁶⁷ Bahri Öztürk, a. g. e. , s. 86.

¹⁶⁸ V. Özer Özbek, *Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği*, s. 90- 91.

sızacağına garanti olamaz. Bu sebeple bazı yazarlar, gizli soruşturmacının yalnızca kolektif hukuki değerlere yönelik suçları değil; aynı zamanda yağma gibi kişisel değerlere yönelik suçları da işleyebilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir¹⁶⁹.

Buna karşılık bir hukuk devletinde gizli soruşturmacının, gerek amaç ve gerekse araç suçlar bakımından fiili irtikâp eden durumunda olması kabul edilemez. Çünkü gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin asıl sebebi, suç örgütlerinin işledikleri suçlarla ilgili delil elde edilmesinin çok zor olmasıdır. Bu sebeple devletin önlemek ve önleyemediklerini de gerek diğer yöntemler ve gerekse gizli soruşturmacı görevlendirerek elde ettiği deliller vasıtasıyla cezalandırmak durumunda bulunduğu fiilleri, kendisi tarafından görevlendirilecek olan soruşturmacılara işlettirmesi kabul edilemez. Zira hukuk devleti kendisini hukuk kuralları ile bağlayan ve yönetimde hukuk kuralları çerçevesinde hareket edebilen devlettir. Kendi koyduğu kurallara riayet etmeyen bir devletin vatandaşlarının da, o hukuk kurallarına riayet etmesi beklenemez¹⁷⁰.

Aynı şekilde örgüt üyelerinin herhangi bir suç işleme düşüncesi yokken, gizli soruşturmacı tarafından yapılan telkinler neticesinde suç işleme kararı verdirilirse, gizli soruşturmacının amacını aşan bir davranış içerisinde hareket ettiği kabul edilir. Bu durumda gizli soruşturmacı diğer faillerle birlikte azmettirdiği suçun cezası ile cezalandırılır. Bu gibi durumlarda, gizli soruşturmacının azmettirdiği suçun daha önceden örgüt tarafından bir ya da birden çok kere işlenmiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır¹⁷¹. Zira ileride işlenebilecek suçların önlenmesini sağlamak için zabitanın suç işlemesi kabul edilemez. Zabıta, ileride işlenebilecek suçu önlemek amacıyla her türlü tedbiri alabilse de; suç işlenmesine alet olamaz¹⁷².

Zabıta görevlilerinin asıl görevi, suçun işlenmesine engel olmak ve işlenmiş olan suçların faillerini tespit etmektir. Zabıta kuvvetlerinin bu faaliyetlerini icra ederken yaptıkları işlemlerin insan haklarına ve hukuka aykırı

¹⁶⁹ M. Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, s. 197- 198.

¹⁷⁰ Bahri Öztürk, a. g. e. , s. 85- 86.

¹⁷¹ Bahri Öztürk, a. g. e. , s. 85

¹⁷² Faruk Erem, “ Kışkırtıcı Ajan” s. 14.

olmaması gerekmektedir¹⁷³. Bunun aksi bir uygulama sonucunda elde edilen deliller hukuka aykırı delil olarak nitelendirilmekle birlikte ceza muhakemesinde karar vermek için kullanılamazlar.

Daha önce de belirttiğimiz gibi çalışmamızın konusunu teşkil eden gizli soruşturmacı, Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik' in “ Tanımlar” başlığını taşıyan 4. maddesinde “ Gerektiğinde örgüt içine sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve örgütün işlediği suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisi” dir. Tanımdan da anlaşılacağı gibi, gizli soruşturmacının görevi: Gerektiğinde örgüt içine sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve örgütün işlediği suçlarla ilgili iz, eser, emare ve her türlü delilleri toplamak ve muhafaza altına almaktır. Bu sebeple gizli soruşturmacının, kanundan kaynaklanan görevinin ifası sırasında, görevinin gerektirdiği suçları 5237 sayılı TCK' nun 220. Maddesinde düzenlenmiş bulunan “ suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgüte üye olmak” ve aynı kanunun 204. Maddesinde düzenlenmiş bulunan “ resmi belgede sahtecilik” ile sınırlamak gerektiği kanaatindeyiz. Gizli soruşturmacının görevini ifa ederken başka bir suç işlemesi halinde, gizli soruşturmacı açısından bir hukuka uygunluk nedeni veya şahsi cezasızlık halinin bulunmaması halinde gizli soruşturmacının işlemiş olduğu suçlardan sorumlu olması gerekmektedir.

3.2. Gizli Soruşturmacı' nın Örgütün İşlemiş Olduğu Suçlar Sebebiyle Cezai Sorumluluğu

5271 sayılı CMK' nun 139. Maddesinin 5. Fıkrasında gizli soruşturmacının görevini yerine getirirken suç işleyemeyeceği ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamayacağı düzenlenmiştir. Bu madde ile kanun koyucunun gizli soruşturmacı için bir izin

¹⁷³ Seydi Kaymaz, a. g. e. , s. 242.

normu yaratmak istediği kanaatindeyiz¹⁷⁴. Bir önceki başlık altında incelemiş olduğumuz üzere, gizli soruşturmacının bir suç örgütünün içerisine sızması için üye olması gerekmekte, bu ise 5237 sayılı TCK' nun 220. Maddesinde düzenlenmiş bulunan “ örgüte üye olmak” suçunu oluşturmaktadır. Bununla birlikte gizli soruşturmacının bu fiili, 5237 sayılı TCK' nun 24. Maddesinde düzenlenen “ kanun hükmünü icra” hukuka uygunluk sebebinden ötürü suç sayılmamaktadır.

Örgütün işlemekte olduğu suçlar ise; suç örgütünün amaç suçları işleme arzusuyla işlediği araç suçları da kapsamaktadır. Silah ticareti kapsamında faaliyet gösteren bir suç örgütü, bu amacını gerçekleştirebilmek için diğer bazı suçları da işlemek mecburiyetindedir. İşte gizli soruşturmacının örgütün faaliyetleri kapsamında işlenen amaç ve araç suçları işleyebilip işleyemeyeceği bir sorun teşkil etmektedir. Doktrinde bazı yazarlar örgütün işlemekte olduğu suç kavramından anlaşılması gerekenin örgüte üye olmak suçu ile sınırlı olduğunu, ancak kanun koyucunun bu düzenlemeyi yaparken ifade zaafi sebebiyle bunu başaramadığını ileri sürmüşlerdir¹⁷⁵. Bunun sonucunda ise gizli soruşturmacının görevi sırasında suç işleyemeyeceği ve eğer işlerse cezalandırılacağı sonucuna ulaşmışlardır. Doktrinde bazı yazarlar da gizli soruşturmacının, kural olarak, gerek amaç ve gerekse araç suçlar bakımından doğrudan doğruya beraber işleyen durumunda olamayacağı gerekçesi ile aynı görüşü savunmuşlar; fakat, gizli soruşturmacının, somut olayın özelliklerine göre amaç suç bakımından bazı durumlarda doğrudan doğruya beraber işleyen durumunda olabileceğini ileri sürmüşlerdir¹⁷⁶.

Kanaatimizce gizli soruşturmacı, örgüte üye olmak suçundan ve suç örgütünün işlediği suçlardan iştirak hükümlerine göre sorumlu tutulamayacağı durumlarda cezalandırılmamakla birlikte; örgüt tarafından işlenen suçlara iştirak hükümleri çerçevesinde bağlantılı olduğu durumlarda cezalandırılabilir.

¹⁷⁴ V. Özer Özbek, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, CMK İzmir Şerhi*, s. 625.

¹⁷⁵ V. Özer Özbek, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, CKM İzmir Şerhi*, s. 625.

¹⁷⁶ Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, V. Özer Özbek, a. g. e. , s. 706.

Gizli soruşturmacının görevini yerine getirirken suç işleyemeyeceği konusunda bir noktaya daha temas edilmesi gerekmektedir. Bilindiği gibi 5237 sayılı TCK' nun “ kamu görevlisinin suçu bildirmemesi” başlıklı 279. Maddesinde, kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisinin, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin 2. Fıkrasında da bu suçun adi kolluk görevlileri tarafından işlenmesi halinde cezanın ağırlaştırılarak verileceğine hükmedilmiştir. Daha önce de defalarca ifade ettiğimiz gibi 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 görevlisidir. Bir kamu görevlisi olan gizli soruşturmacının içine sızdığı örgütün bir suç işlemesi halinde, gizli soruşturmacının suç işlendiği bilgisini yetkili makamlara hangi süre içerisinde bildireceğine dair bir düzenleme yer almamaktadır. Bu konuda Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 28. Maddesinin 6. Fıkrasında “ Gizli soruşturmacı görevi sırasında ilgili kolluk birimine gerektiğinde rapor verir. Bu raporların ne şekilde verileceği gizli soruşturmacı ve sorumlu kolluk görevlisi tarafından belirlenir. Bu raporlarda gizli soruşturmacının elde ettiği bilgiler ile topladığı delil, iz, eser ve emarelere yer verilir. Düzenlenen rapor kolluk tarafından Cumhuriyet Başsavcılığı' na sunulur” şeklinde bir düzenleme yer alsa da; bu düzenlemede de kesin bir süre belirtilmemiştir. Bu sebeplerle de gizli soruşturmacının suç işlendiği bilgisini yetkili makamlara bildirme yükümlülüğünü yerine getirme süresine karar verme bakımından 5237 sayılı TCK' nun 279. Maddesinde yer alan suçu işleyip işlemediği tartışmaya açıktır.

Kanaatimizce gizli soruşturmacının asıl görevi, içerisine sızmış bulunduğu suç örgütü hakkında bilgi toplamak ve toplamış olduğu bu bilgileri yetkili makamlara ulaştırmak olduğu için, bu görevini yerine getirirken bir suç işlendiği yönündeki bilgileri yetkili makamlara gecikmeli olarak ulaştırması halinde, 5237 sayılı TCK' nun 24. Maddesinin 1. Fıkrasında yer alan “ kanun hükmünü icra”

hukuka uygunluk sebebinden yararlanacak ve suç işlememiş olacaktır. Zira gizli soruşturmacı, içerisinde bulunduğu ortam sebebiyle dilediği anda mekân değiştirmek imtiyazına sahip olmayabilir. Örgüt üyelerinin sahip oldukları psikolojik durumları sebebiyle her kişi ve olaya kuşku ile yaklaşmaları, sık aralıklarla ortamdaki uzaklaşan veya haberleşme cihazlarıyla ilgilenen bir üyeye kuşku ile bakmaları sonucunu doğurur. Bu sonuç ise gerek soruşturmanın sağlıklı bir şekilde devamını ve gerekse gizli soruşturmacının hayatını tehlikeye sokabilir. Bu sebeple gizli soruşturmacının 5237 sayılı TCK' nun 279. Maddesinde düzenlenmiş bulunan suçu işlemek kastından söz edilmemekte ve suç oluşmamaktadır. Buna karşılık gizli soruşturmacının, sırf örgüt içerisinde bazı üyelere duyduğu sempati sebebiyle sahip olduğu bilgileri yetkili makamlara ulaştırmaması veya geç ulaştırması durumunda 5237 sayılı TCK' nun 279. Maddesinde düzenlenmiş bulunan suçu işleyeceği kanaatindeyiz. Zira bu durumda gizli soruşturmacının 279. Maddede düzenlenen suçu işleme kastının varlığı kabul edilmelidir.

3.3. Gizli Soruşturmacı' nın Görevi Sırasında İşlemiş Olduğu Suçlar Sebebiyle Cezalandırılmasına Çözüm Arayışları

3.3.1. Kovuşturma Mecburiyeti İlkesi Bakımından Çözüm Arayışları

Ceza Muhakemesi hukukumuz bakımından geçerli olan kovuşturma mecburiyeti ilkesi; bir fiilin işlendiği haberinin alınması üzerine, bu fiilleri takibe yetkili makamlar tarafından derhal soruşturma evresinin başlamasını; bunun neticesinde ceza ve emniyet tedbiri gerektirecek hususlarda fiilin ve failin belli olması, yeterli emareler teşkil edecek vakıaların bulunması, yani şüphelerin ciddi olduğunun tespit edilmesi ve dava şartlarının gerçekleşmiş olması durumunda, yetkili makam tarafından kamu davasının açılmasını; nihayet, açılan kamu davasının, muhakeme sonuçlanıncaya kadar savcılıkça yürütülmesini ifade eden ilkedir¹⁷⁷. Tanımdan da anlaşılacağı gibi kovuşturma mecburiyeti ilkesi,

¹⁷⁷ Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, a. g. e. , s. 183- 184.

bünyesinde üç ilkeyi barındırmakta ve bu ilkeler de 5271 sayılı CMK' nun değişik maddelerinin içeriğini oluşturmaktadır.

Bu ilkelerden birincisi “ araştırma mecburiyeti ilkesi” dir. Bu ilke 5271 sayılı CMK' nun 160. Maddesinin 1, fıkrasında “ 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” şeklinde belirtilmiştir.

Kovuşurma mecburiyeti ilkesi bünyesinde yer alan ikinci ilke “ kamu davasını açma mecburiyeti ilkesi” dir. Bu ilke de 5271 sayılı CMK' nun 170. Maddesinde düzenlenmiş olup; Kamu davasını açma görevinin, Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir. Bu ilkeye göre soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler. Görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenen bu iddianamede; şüphelinin kimliği, müdafii, maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği, mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili veya kanunî temsilcisi, açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği, şikâyette bulunan kişinin kimliği, şikâyetin yapıldığı tarih, yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri, yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi, suçun delilleri, şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri, gösterilir. İddianamede yüklenen suç oluşturulan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır. Bunun yanında iddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür. İddianamenin sonuç kısmında işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği, suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, ilgili tüzel kişi hakkında uygulanabilecek olan güvenlik tedbiri açıkça belirtilir.

Kovuşurma mecburiyeti ilkesi bünyesinde yer alan üçüncü ilke “ kamu davasını yürütme mecburiyeti ilkesi” dir. Bu ilke, kamu davasını açma

mecburiyeti sonucunda açılan kamu davasının muhakeme sonuçlanıncaya kadar yürütülmesini ifade eder¹⁷⁸.

Yukarıdaki ilkelerden anlaşılacağı üzere, gizli soruşturmacının suç işlemiş olması halinde Cumhuriyet savcısı kamu davası açmak zorundadır. Cumhuriyet savcısının kamu davasını açmaması durumunda savcının bu kararına karşı, 5271 sayılı CMK' nun 173. Maddesinin 1. Fıkrasında düzenlenen hüküm gereğince suçtan zarar gören tarafından “ kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren on beş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanına” itiraz edilebilir.

3.3.2. Maslahata Uygunluk İlkesi Bakımından Çözüm Arayışları

Ceza muhakemesi hukukumuzda kural olarak kovuşturma mecburiyeti ilkesi geçerli olmakla birlikte; istisnai durumlarda “ maslahata uygunluk ilkesi” geçerlidir. “ Bir fiilin işlendiği haberinin alınması üzerine, bu fiilleri takibe yetkili makamlar tarafından derhal soruşturmaya başlayıp başlamamakta; soruşturma neticesinde ceza ve güvenlik tedbiri gerektirecek hususlarda fiilin ve failin belli olması, yeterli emareler teşkil edecek vakıaların bulunması yani şüphelerin ciddi olduğunun tespit edilememesi durumunda savcının kamu davasını açıp açmamakta ve nihayet kamu davasını muhakeme sonuçlanıncaya kadar yürütüp yürütmemekte takdir yetkisinin bulunduğunu” ifade eden ilkeye maslahata (maksada) uygunluk ilkesi veya takdirilik ilkesi denilmektedir¹⁷⁹.

5271 sayılı CMK, maslahata uygunluk ilkesine istisna olarak yer vermiş bulunmakla birlikte, bu ilkeyi 171. Maddesinde düzenlemiştir. Bu maddeye göre Cumhuriyet savcısı, cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık

¹⁷⁸ Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, a. g. e. , s. 184.

¹⁷⁹ Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, a. g. e. , s. 184. , **TBMM Adalet Komisyonu Ceza Muhakemesi Kanunu Tasarısı Raporu**, http://66.102.9.104/search?q=cache:EyTNkCV0XPMJ:www.yayin.adalet.gov.tr/tut_cmk/02%2520%2520ADA.%2520KO.M.%2520RAPORU.pdf+kovu%C5%9Fturma+mecburiyeti&hl=tr&ct=clnk&cd=24&gl=tr

hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde, kovuşturmaya yer olmadığı kararını verebilmektedir.

3.3.2.1. 5271 sayılı CMK’ nun 171. Maddesinin Gizli Soruşturmacı Bakımından Değerlendirilmesi

Bir önceki başlık altında belirtmiş olduğumuz üzere, maslahata uygunluk ilkesinin uygulanması bakımından 5271 sayılı CMK’nun 171. Maddesi iki unsurun varlığını aramaktadır. Bu unsurlar şahsi cezasızlık sebeplerinin bulunması ve etkin pişmanlık hallerinden ibarettir.

3.3.2.1.1. Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Bulunması

Failden kaynaklanan bir sebeple, yasa gereği kendisine ceza verilmesinin mümkün olmadığı durumlara şahsi cezasızlık sebepleri denilmektedir¹⁸⁰. Bir olayda şahsi cezasızlık sebeplerinin bulunması halinde suç ya da hukuka aykırılık ortadan kalkmamakla birlikte, faile ceza verilemez. Ayrıca suçun iştirak halinde işlenmesi durumunda, şahsi cezasızlık sebebi hangi failde mevcut ise yalnız o fail için kabul edilir. Diğer failer bu sebepten yararlanamazlar.

5237 sayılı TCK’ nun çeşitli maddelerinde şahsi cezasızlık sebepleri düzenlenmiştir. Bu maddelerden biri 5237 sayılı kanunun 22. Maddesinin 6, Fıkrasında yer almaktadır. Bu fıkra “ Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevî durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez” hükmündedir. Bu maddenin uygulanabilmesi için neticenin, failin kişisel “ ve” ailevi durumu bakımından bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak nitelikte olması aranmaktadır. Kanaatimizce gizli soruşturmacının görev gereği bir suç işlemesi ve işlediği suçun neticesinin yukarıda belirttiğimiz maddede belirtilen şekilde gerçekleşmesi halinde dahi bu hüküm uygulanamaz. Zira bu durumda 5237 sayılı TCK’ nun 24. Maddesinin 1. Maddesinde

¹⁸⁰ İsmail Ercan, a. g. e. , s. 207.

düzenlenmiş bulunan “ kanun hükmünü icra” hukuka uygunluk sebebinin varlığından söz edilir. Somut olayda hukuka uygunluk sebebinin varlığı, o fiili suç olmaktan çıkardığı için, gizli soruşturmacıya ceza verilemez.

5237 sayılı TCK’ nda düzenlenmiş bulunan diğer şahsi cezasızlık sebepleri ise bu kanunun 167. Maddesinin 1. Fıkrasında¹⁸¹, 273. Maddesinin 1. Fıkrasında¹⁸², 281. Maddesinin 1. Fıkrasında¹⁸³, 283. Maddesinin 3. Fıkrasında¹⁸⁴ ve 284. Maddesinin 4. Fıkrasında¹⁸⁵ düzenlenmiştir. Bu maddelerde belirtilen şahsi cezasızlık sebeplerinden birisi ile karşılaşan Cumhuriyet savcısının kamu davası açıp açmama konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır.

Dikkat edilecek olursa, yukarıda şahsi cezasızlık sebeplerinin düzenlenmiş olduğu suçlar, genellikle fail ile mağdur arasında bulunan yakın akrabalık ilişkisi sebebiyle veya belirli dereceye kadar olan akrabaların cezalandırılmasını engellemek amacıyla işlenen suçların faillerinin cezalandırılmasının engellenmesi amacıyla kabul edilmişlerdir. Bu sebeple yukarıda belirtmiş olduğumuz düzenlemelerin gizli soruşturmacı bakımından görevin gerektirdiği suç kavramına dâhil olmaması sebebiyle uygulanamayacağı kanaatindeyiz.

¹⁸¹ 5237 sayılı TCK’ nun 167. Maddesinin 1. Fıkrası: “ Yağma ve nitelikli yağma hariç, bu bölümde yer alan suçların;

- a) Haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birinin,
 - b) Üstsoy veya altsoyunun veya bu derecede kayın hısımlarından birinin veya evlat edinen veya evlâtlığın,
 - c) Aynı konutta beraber yaşayan kardeşlerden birinin,
- Zararına olarak işlenmesi hâlinde, ilgili akraba hakkında cezaya hükmolunmaz” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁸² 5237 sayılı TCK’ nun 273. Maddesinin 1. Fıkrası: “Kişinin;

- a) Kendisinin, üstsoy, altsoy, eş veya kardeşinin soruşturma ve kovuşturmaya uğramasına neden olabilecek bir hususla ilgili olarak yalan tanıklıkta bulunması,
- b) Tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen, bu hakkı kendisine hatırlatılmadan gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapması, Hâlinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektense vazgeçilebilir” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁸³ 5237 sayılı TCK’ nun 281. Maddesinin 1. Fıkrası : “Gerçeğin meydana çıkmasını engellemek amacıyla, bir suçun delillerini yok eden, silen, gizleyen, değiştiren veya bozan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kendi işlediği veya işlenişine iştirak ettiği suçla ilgili olarak kişiye bu fıkra hükmüne göre ceza verilmez” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁸⁴ 5237 sayılı TCK’ nun 283. Maddesinin 3. Fıkrası: Suçluyu kayırma suçunun “üstsoy, altsoy, eş, kardeş veya diğer suç ortağı tarafından işlenmesi hâlinde, cezaya hükmolunmaz.” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁸⁵ 5237 sayılı TCK’ nun 284. Maddesinin 4. Fıkrası: Tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme suçunun “üstsoy, altsoy, eş veya kardeş tarafından işlenmesi hâlinde, cezaya hükmolunmaz” şeklinde düzenlenmiştir.

3.3.2.1.2. Etkin Pişmanlık Halleri

Bu başlık altında inceleyeceğimiz etkin pişmanlık halleri, 5237 sayılı kanunun 36. Maddesinde düzenlenen, ve failin hareketin yapılmasından sonra suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi olarak tanımlayabileceğimiz gönüllü vazgeçmeden farklıdır¹⁸⁶. Gerçekten de failin suçu tamamladıktan ve netice gerçekleştikten sonra da işlediği suç sebebiyle pişman olması, suç sonucunda meydana gelmiş olan zararların daha da ağırlaşmasını önlemesi veya hafifletmesi veya tazmin etmesi mümkündür. Bu gibi durumları genel bir hükümle düzenlememiş bulunan yasa koyucu, bu durumu özel hükümler arasına serpiştirmiş bulunmaktadır. Yani 5237 sayılı TCK sisteminde etkin pişmanlık, sadece belli suçların tamamlanmasından sonra cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak kabul edilmiştir¹⁸⁷.

5237 sayılı TCK' nda kabul edilmiş olan etkin pişmanlık hükümleri:

- Organ ve doku satma suçunda (TCK' nun 93. Maddesi),
- Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda (TCK' nun 110. Maddesi),
- Malvarlığına karşı suçlarda (TCK' nun 168. Maddesi)
- Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ya da kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alma, kabul etme veya bulundurma suçlarında (TCK' nun 192. Maddesi),
- Parada ve kıymetli damgada sahtecilik suçlarında (TCK' nun 201. Maddesi),
- Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda (TCK' nun 221. Maddesi),
- Zimmet suçunda (TCK' nun 248. Maddesi),
- Rüşvet suçunda (TCK' nun 254. Maddesi),
- İftira suçunda (TCK' nun 269. Maddesi)
- Yalan tanıklık suçunda (TCK' nun 274. Maddesi),
- Hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunda (TCK' nun 293. Maddesi)' kabul edilmiştir.

¹⁸⁶ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 298.

¹⁸⁷ İzzet Özgenç, *TCK Gazi Şerhi*, s. 489.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz durumların varlığı halinde dahi, Cumhuriyet savcısının maslahata uygunluk ilkesi çerçevesinde, kamu davası açıp açmamakta takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak etkin pişmanlık halinin kabul edildiği durumlarda, etkin pişmanlık bir cezasızlık sebebi olarak kabul edilmişse, Cumhuriyet savcısı kamu davası açamamalıdır. Buna karşılık etkin pişmanlık hali, verilecek cezada bir indirim sebebi olarak kabul edilmişse, bu durumda Cumhuriyet savcısının kamu davası açması gerekmektedir.

Gizli soruşturmacının görevini ifa ederken işlemiş olduğu suçlarda etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması gerektiği kanaatindeyiz. Zira 5271 sayılı CMK' nun 173. Maddesinin 5. Fıkrasında belirtilmiş olduğu üzere “ Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hâllerde bu karara karşı itiraz yoluna başvurulamaz”. Ayrıca 5271 sayılı CMK' nun şahsi dava yolunu kabul etmemesi sebebiyle suçtan zarar gören kişinin şahsi dava açma imkânının olmaması, gizli soruşturmacının etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiş olan suçlar sebebi ile cezalandırılması ihtimalini azaltmaktadır.

Çalışmamızın ana konusunu teşkil eden gizli soruşturmacının suç örgütleriyle mücadele kapsamında görevini ifası sırasında suç işlemesi halinde, 5237 sayılı TCK' nun 221. Maddesinde düzenlenmiş bulunan etkin pişmanlık halinden yararlanması konusunun ayrıca incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

3.3.2.1.2.1. 5237 sayılı TCK' nun 221. Maddesinde Düzenlenen Etkin Pişmanlık Halleri

3.3.2.1.2.1.1. Örgütün faaliyeti kapsamında herhangi bir suçun işlenmesinden önceki etkin pişmanlık

5237 sayılı TCK' nun 221. Maddesinin 1, 2 ve 3. Fıkralarında yer alan düzenlemeye göre: Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu nedeniyle soruşturmaya başlanmadan ve örgütün amacı doğrultusunda suç işlenmeden önce, örgütü dağıtan veya verdiği bilgilerle örgütün dağılmasını sağlayan kurucu veya yöneticileri hakkında; örgüt üyesinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir

suçun işlenişine iştirak etmeksizin, gönüllü olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi hâlinde; örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeden yakalanan örgüt üyesinin, pişmanlık duyarak örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermesi hâlinde, haklarında cezaya hükmolunamaz.

Kanaatimizce bu fıkralarda yer alan düzenlemelerin gizli soruşturmacı bakımından uygulanmasının bir gereği bulunmamaktadır. Zira 5271 sayılı CMK'nun 139. Maddesi gereğince gizli soruşturmacı örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulmamaktadır. Yukarıda belirtmiş olduğumuz maddenin ilgili fıkralarında ise etkin pişmanlık halinden faydalanmak için örgütün bir suç işlememesi veya üyenin örgüt tarafından işlenen suçlara iştirak etmemiş olması bir ön koşul olarak kabul edilmiştir. Gizli soruşturmacının bu durumda kanun hükmünü icra hukuka uygunluk sebebinden yararlanacağını daha önce belirtmiştik. Bu sebeple gizli soruşturmacının maddede düzenlenmiş bulunan etkin pişmanlık hali sebebiyle değil; hali hazırda sahip olduğu kanun hükmünü icra hukuka uygunluk sebebinin varlığı nedeniyle cezalandırılmayacağı kanaatindeyiz.

3.3.2.1.2.1.2. Örgütün faaliyeti kapsamında herhangi bir suçun işlenmesinden sonraki etkin pişmanlık

5237 sayılı TCK'nun 221. Maddesinin 4. Fıkrasında “ Suç işlemek amacıyla örgüt kuran, yöneten veya örgüte üye olan kişinin, gönüllü olarak teslim olup, örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi vermesi hâlinde, hakkında örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz” düzenlemesi yer almaktadır. Dikkat edilecek olursa fıkrada belirtilen kişilerin 5237 sayılı TCK'nun 220. Maddesinde düzenlenen suçlar sebebiyle cezalandırılmayacakları belirtilmekle birlikte, örgütün faaliyeti kapsamında işlenmiş bulunan araç suçlar bakımından bir hukuka uygunluk sebebinin, şahsi cezasızlık sebebinin veya etkin pişmanlık halinin mevcut olmaması durumunda cezalandırılacakları sonucu ortaya çıkmaktadır.

Gizli soruşturmacı, kanun hükmünü icra hukuka uygunluk sebebinin varlığı nedeniyle, 5237 sayılı TCK' nun 220. Maddesinde düzenlenen suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma suçunu işlememektedir. Buna karşılık 5271 sayılı CMK' nun 139. Maddesinin 5. Fıkrası gereğince gizli soruşturmacının görevi sırasında örgüt tarafından işlenen araç suçlara iştiraki de yasaklanmıştır. 5237 sayılı TCK' nun 221. Maddesinde örgüt kurma suçu haricindeki başka suçlar bakımından bir etkin pişmanlık hali düzenlenmemesi sebebiyle gizli soruşturmacının, bu çalışmamızın “ Etkin Pişmanlık Halleri” başlığı altında belirtmiş olduğumuz suçlar bakımından bu hükümlerden yararlanabileceği; bu suçların dışında kalan suçları işlemesi durumunda ise cezalandırılacağı kanaatindeyiz.

3.3.3. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Hükümlerinin Uygulanabilirliği

Erteleme: İşlediği suç sebebiyle cezaya mahkûm edilen suçluya ait cezanın infazının belirli bir süre ile geri bırakılması ve suçlunun bu süre içerisinde yeni bir suç işlememesi halinde, önceki suçun, ya işlenmemiş veya hükümlülüğün gerçekleşmemiş ya da cezanın çekilmiş sayılmasıdır¹⁸⁸. Başka bir tanıma göre erteleme: “ Geçmişte kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla bir süre hapis cezasına mahkûm olmamış bir hükümlünün, belli bir süre içerisinde yeniden suç işlememesi halinde cezasının infaz edilmiş sayılmasıdır”¹⁸⁹.

Bir diğer tanımda ise erteleme: “ İşlenen suçun niteliğine göre değişen belli bir süre içinde failin yeniden suç işlememesi durumunda kamu davasının açılmaması, duruşmanın yapılmaması, suçluluğun tespiti veya mahkûmiyet hükmünün verilmemesi, hüküm verilmişse, mahkûmiyetin meydana gelmemiş sayılması sonucunu doğuran bir kurumdur. Bu suretle öngörülen belli süreler içinde gösterilen iyi hal sonucu fail hakkında kamu davasının açılmasından, duruşmanın yapılmasından, mahkûmiyet hükmünün verilmesinden veya verilen mahkûmiyet hükmünün ya da cezanın infazından feragat edilmektedir. Sürenin iyi

¹⁸⁸ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C III, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2003, s. 11.

¹⁸⁹ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 554.

hale geçirilmesi veya bu süre zarfında yüklenen mükellefiyetlere riayet edilmesi, ceza kovuşturmasının devam etmemesine veya hüküm verilmişse cezanın infaz edilmemesine neden olur. İyi hal göstermeyen fail hakkında kovuşturma devam eder veya verilen ceza infaz olunur. Bu suretle kurum, haklarında ceza kovuşturmasına devam olunmadan veya ceza infaz edilmeden dahi failerin ıslah olmasına yardımcı olur”¹⁹⁰.

Yukarıda vermiş olduğumuz tanımlar incelendiğinde, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, duruşmanın ertelenmesi, hükmün ertelenmesi ve cezanın ertelenmesi şeklinde dört tür ertelemeyen bahsedilmiştir. Biz bu çalışmamızda 5271 sayılı CMK’ nun 171. Maddesinde yer alan maslahata uygunluk ilkesi kapsamında, kamu davasının ertelenmesinin gizli soruşturmacının işlediği suçlara uygulanabilirliğini incelemeye çalışacağız.

5271 sayılı CMK’ nun 171. Maddesinin 2. Maddesinde Cumhuriyet savcısının, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebileceği belirtilmiştir. Aynı maddenin 3. Fıkrasında da Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verebilmesi için gerekli olan şartlar sıralanmıştır. Bu fıkra göre kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere; şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması, yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi, kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması ve suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Madde metninde yer alan “ uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere” ifadesi ile 5271 sayılı CMK’ nun 253. Maddesinin 19. Fıkrasında yer alan düzenleme, 171. Maddenin uygulamasından ayrı tutulmuştur. Bu fıkra gereğince uzlaşma konusu edimin

¹⁹⁰Doğan Gedik, “*Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kurumu*”
<http://66.102.9.104/search?q=cache:H3MakHOWr9kJ:hukukcu.com/modules/smartsection/makepdf.php%3Fitemid%3D31+kamu+davas%C4%B1n%C4%B1n+ertelenmesi&hl=tr&ct=clnk&cd=4&gl=tr>

yerine getirilmesinin ileri bir tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde 171. Maddede düzenlenmiş bulunan şartların varlığı aranmaksızın kamu davasının ertelenmesine karar verilmektedir.

Madde metninde yer alan koşullar incelendiğinde, erteleme müessesesinin 5237 sayılı TCK' nda düzenlenmiş bulunan her suç için değil; şikâyete bağlı olup üst sınırı 1 yıl ve daha kısa süreli hapis cezasını gerektiren suçlar için kabul edildiği görülmektedir. Ayrıca şüphelinin daha önceden taksirli bir suç sebebiyle mahkûm olması, erteleme için engel teşkil etmemektedir. Bununla birlikte, şüphelinin daha önceki mahkûmiyeti 5237 sayılı TCK' nun 50. Maddesinde düzenlenmiş bulunan kısa süreli hapis cezalarına seçenek yaptırımlardan birine çevrilmişse, bu durum sonraki mahkûmiyetin ertelenmesine engel teşkil edemeyecektir. Zira bu durumda asıl mahkûmiyet, tedbire çevrilen para cezası veya tedbir olmaktadır¹⁹¹.

3.3.3.1. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesinin Gizli Soruşturmacı Tarafından İşlenen Suçlar Bakımından Uygulanabilirliği

5271 sayılı CMK' nun 171. Maddesi, kamu davasının ertelenmesi konusunda savcıya tanıdığı takdir yetkisini, şikâyete bağlı olup üst sınırı 1 yıl ve daha kısa süreli suçlar bakımından kabul etmiştir. Bu düzenlemenin gizli soruşturmacının işlediği suçlar sebebiyle cezalandırılması bakımından olumlu bir gelişme olduğu kanaatindeyiz. Zira gizli soruşturmacı tarafından işlenmiş olan ve cezasının üst sınırı 1 yıl ve daha kısa süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda kamu davasının ertelenmesine karar verilecektir.

5271 sayılı CMK' nun 182. Maddesinde göre duruşmalar herkese açıktır. Aynı maddenin 2. Fıkrasına göre genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilmektedir. Fakat bu konuda verilmiş olan gerekçeli kararın açık duruşmada okunacağı da belirtilmiştir. Gizli soruşturmacı

¹⁹¹ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 555.

hakkında yapılacak olan bir yargılamanın yukarıda belirtmiş olduğumuz hüküm gereğince yapılması halinde, deşifre olarak hayati tehlikeye maruz kalması kuvvetle muhtemel gözükmektedir. Bu sebeple kamu davasının açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından daha yararlı olması şartı bakımından, gizli soruşturmacının sahip olduğu kanısındayız.

Kamu davasının ertelenmesi hususunda verilmiş olan karar, şüphelinin kişisel özellikleri dikkate alınarak verilmiş bir karar niteliğine sahiptir. Bu sebeple iştirak halinde işlenmiş bir suçun ortaklarından birisi hakkında verilmiş olan kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının, diğer ortaklara etki etmemesi ve bu kişiler hakkında kamu davasının açılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira suç ortaklarından birisi hakkında verilmiş olan kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı ile elde edilecek olan şahsi ve toplumsal yarar, diğer suç ortakları bakımından mevcut olmayabilir. Bu sebeple de şahsi ve toplumsal fayda elde edilemeyecek olan suç ortakları hakkından kamu davasının açılması gerekmektedir.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi hususunda suç mağdurunun veya zarar görenin rızasının bulunmaması, Cumhuriyet savcısının takdir hakkını kullanarak kamu davasının açılmasının ertelenmesi yönündeki kararını etkilemeyecektir. Zira 5271 sayılı CMK' nun 173. Maddesinin 5. Fıkrasında yer alan “ Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hallerde bu madde hükmü uygulanmaz” şeklindeki düzenleme gereğince Cumhuriyet savcısının takdir hakkını kullanarak vermiş olduğu kamu davasının açılmaması veya ertelenmesi kararına karşı itiraz yolu kapatılmıştır. Bu sayede de gizli soruşturmacının kamu davasının ertelenmesine ilişkin olarak belirtilen suçları işlemiş olması halinde, hakkında bir soruşturma ve kovuşturmanın yapılamaması ihtimali kuvvetlenecektir.

3.3.4. Şikâyet Şartı

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlardan zarar görenlerin, süresi içerisinde yazılı olarak soruşturma ve kovuşturma yapılması ve

failin cezalandırılması iradesini ortaya koymak suretiyle yetkili makamlara yaptıkları başvuruya şikâyet denilmektedir¹⁹².

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda şikâyetin bulunmaması, soruşturma ve kovuşturma yapılmasına engel olmaktadır. Bu sebeple suçun şikâyete bağlı bir suç olması halinde, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde şikâyetin mevcudiyeti araştırılır. Yani şikâyet bir dava şartıdır ve bu şart gerçekleştirildiğinde, yeterli delillerin varlığı durumunda, Cumhuriyet savcısının kamu davası açması mecburidir. Bu sebeple şikâyet, maslahata uygunluk ilkesine değil; kovuşturma mecburiyeti ilkesine ait bir kurum olmaktadır¹⁹³.

Şikâyet faile değil, fiile ilişkindir. Bu sebeple de suçtan zarar görenin failin kim olduğunu bilmediği durumlarda da şikâyette bulunabilmesi mümkündür. Nitekim 5237 sayılı TCK' nun 73. Maddesinin 1. Fıkrasında “ Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suç” tan söz edilmektedir. Şikâyetin faile değil de fiile ilişkin olması, o fiille ilişkili bütün failer hakkında şikâyette bulunulması anlamına gelir. Faillerden biri veya bir kaçı hakkında şikâyette bulunup, bazıları hakkında şikâyette bulunmamak mümkün değildir. Şikâyet edilen fiil olduğu içindir ki şikâyetle birlikte o fiili gerçekleştiren bütün failer takip edilebilir hale gelir. Şikâyet dilekçesinde tek bir kişi gösterilmiş olsa dahi, yapılan şikâyet suça katılan bütün faileri kapsar. Şikâyetin bu özelliğine, şikâyetin bölünmezliği, yayılma etkisi veya sirayeti denilmektedir¹⁹⁴.

Takibi şikâyete bağlı suçlar bakımından, şikâyette bulunma hakkına sahip olan kişiler tarafından şikâyetin yapılmasına kadar soruşturma makamlarının harekete geçmemesi ve şikâyetin bu sebeple bir kovuşturma mecburiyeti ilkesi olduğunu belirtmiştik. Bu sebeple şikâyet, gizli soruşturmacının görevin gerektirdiği suçlar sebebiyle cezalandırılması konusunda sonuç doğurmaya elverişli olduğu izlenimini gösterse de, kanaatimizce bazı fiillerin takibinin

¹⁹² Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, s. 55.

¹⁹³ V. Özer Özbek, *Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği*, s. 267.

¹⁹⁴ Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, a. g. e. , s. 83, Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, s. 56. , Nur Centel, Hamide Zafer, a. g. e. , s. 72.

şikâyete bağlanmış olmasının görevin gerektirdiği suçlar bakımından pratik bir faydası bulunmamaktadır. Zira kanunlarımızda takibi şikâyete bağlı tutulmuş suçların sayısı fazla olmamakla birlikte, görevin gerektirdiği suçların çoğu da takibi şikâyete bağlı suç olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte görevin gerektirdiği suçların kanunlarımızda takibi şikâyete bağlı suç olarak düzenlenmiş olması durumunda ise, failin cezalandırılabilmesini ortadan kaldıracak olan kişinin şikâyet hakkına sahip olan kişi olacağı görülmektedir. Ayrıca hem şikâyette bulunma ve hem de vazgeçme de fail veya faillerin değil, fiilin temel alınması ve şikâyetin yayılma etkisi sebebiyle, gizli soruşturmacının görevi sırasında işlemiş olduğu suçlar sebebiyle sorumluluğu bakımından faydalı olmadığı kanaatindeyiz.

3.3.5. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Uygulanabilirliği

3.3.5.1. Kanun Hükmünü Yerine Getirme

Yürürlükten kalkan 765 sayılı TCK' nun 49. maddesinde “ Kanun Hükmünü İcra” adı altında düzenlenmiş bulunan bu müessese, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu' nun 24. maddesinin 1. Fıkrasında “ Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez” şeklinde ifade edilmiştir.

Bu hukuka uygunluk nedeninin kaynağını kanun oluşturmaktadır. Bunun sonucu olarak işlenen fiil, ya doğrudan doğruya kanunda emredilmiş ya da kanun tarafından izin verilmiş bir fiilin işlenmesidir.

Maddede yer alan “ Kanun” deyiminin “ Hukuk Kuralı” şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Bu yüzden, bu hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşmesi için her şeyden önce bir hukuk kuralının varlığı aranmaktadır. Bunun sonucu olarak da, bir şekilde davranılmasına izin veren ya da belirttiği şekilde davranılması gerektiğini şart koşan bir normun, sırf dini ya da ahlaki bir ilkedan kaynaklanmaması, bir hukuk kuralı olması gerekmektedir. Varlığı gerekli olan bu hukuk kuralının Ceza Kanunu' nda, diğer kanunlarda ve hatta kanun şeklinde olmayıp da idarenin diğer genel düzenleyici işlemleri olan metinlerde yer

alması bakımından bir farklılık bulunmamaktadır¹⁹⁵. Bu bağlamda tüzükler ve yönetmelikler de bu kavrama dâhil olmaktadır.

Bir hukuk kuralı, belli bir şekilde hareket etmek görevini sadece belli bir takım kişilere vermişse, bir başkası, bu tür hareketlerde bulunarak kanunun hükmünü yerine getirdiğini iddia edemez¹⁹⁶. Buna karşılık hukuk kuralı herkese belli bir şekilde hareket etme yükümlülüğü getiriyorsa, bu hukuka uygunluk nedeni herkes için söz konusu olacaktır. Örneğin 5271 sayılı CMK' nun 90. Maddesinde, “ Aşağıda belirtilen hâllerde, herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir ” denilmek suretiyle, maddede belirtilen şartların varlığı halinde, yakalamanın herkesçe yapılabileceği ve bu fiilin, yakalanan kişi açısından hürriyeti kısıtlayan bir durum olmasına rağmen, kanunun bir emrinden kaynaklandığı için suç sayılmayacağını ve yakalamayı yapan kişilerin bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanacaklarını kabul etmektedir.

Buna karşılık bazı durumlarda hukuk kuralı, belirli bir şekilde hareket etmek görevini sadece belli kişilere ve devlet görevlilerine yüklemektedir. Bu durumda sadece hukuk kuralı ile görevli kılınan kişiler bakımından bir hukuka uygunluk sebebi olabilmektedir. Bu durumda, belirtilen kişilerin dışında kalan kişiler, somut olayda diğer hukuka uygunluk sebeplerinden herhangi birisinin de bulunmaması halinde, kanun hükmünü yerine getirdiklerini ileri sürerek hareketlerinin hukuka uygun olduğunu savunamazlar¹⁹⁷.

Hukuk kuralından kaynaklanan bir görevi yerine getiren kişinin fiilinin hukuka uygun sayılabilmesi için fiilin, o görevin kaynağını oluşturan hukuk kuralının belirlediği bütün şartlara uyularak yerine getirilmiş olması gerekmektedir.

5237 sayılı TCK' nun 24. maddesinde geçen “ Kanun” deyiminin hukuk kuralı şeklinde anlaşılması gerektiğini ve bu bağlamda kanunla birlikte tüzüklerin ve yönetmeliklerin de hukuk kuralı olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştik.

¹⁹⁵ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, s. 83.

¹⁹⁶ Sadık Gök, “ Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Yetkili Mercinin Emrini İfa”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2004), s. 13.

¹⁹⁷ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. III, s. 84.

Bununla beraber Kamu Yönetiminde sadece kanunlar, tüzükler ve yönetmelikler uygulanmamaktadır. Örf ve adet kuralları, teamül ve hukukun genel ilkeleri gibi hukukun bazı kaynakları da kamu yönetiminde uygulanma alanı bulmaktadır. Fakat bu saydıklarımızı hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmemiz mümkün olmamakla birlikte, doktrinde bazı hukuk dallarında, özellikle özel hukuk dalında, kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkimin örf ve adet hukukuna göre kural koyduğu durumlarda da, bir hukuka uygunluk sebebinden bahsedileceği kabul edilmektedir¹⁹⁸.

Bazı hallerde bir görev yükleyen hukuk kuralının, belirli durumlarda bulunan her kişiye belirli tarzda hareket etme ödevini yüklediğini ve bu durumda hukuka uygunluk sebebinin, belirlediği tarzda hareket eden herkese uygulandığını; bazı hallerde ise hukuk kuralının, belirli tarzda hareket etme görevini sadece belirli kişi ve görevlilere yüklediğini ve bu gibi durumlarda ise sadece hukuk kuralı ile görevli kılınan kişiler bakımından hukuka uygunluk sebebinin söz konusu olduğunu belirtmiştik¹⁹⁹. Bu sebeple, 5271 sayılı CMK'nun 139. Maddesinde belirtildiği üzere, sadece kamu görevlilerinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilmesi, 5237 sayılı TCK'nun 220. Maddesinde düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme ve üye olma suçları ile aynı kanunun 204. Maddesinde düzenlenmiş bulunan resmi belgede sahtecilik suçları bakımından bir hukuka uygunluk sebebidir.

Hukuk sistemimizde gizli soruşturmacı tedbirinin ilk kez düzenlenmiş bulunduğu 4422 sayılı ÇASÖMK ve 5271 sayılı CMK, gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmiş bir kamu görevlisinin örgüt içerisine sızmak için işlediği suçun suç olmaktan çıkarmakla birlikte; her iki kanunda da gizli soruşturmacının suç işleyemeyeceği düzenlenmiştir. Kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilmek için yapılan hareketin kanun tarafından verilen yetki dâhilinde yapılması gerekliliği, gizli soruşturmacının görevi sırasında suç işlemesi durumunda bir yetki aşımının varlığı sebebiyle, bu suçun hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilmesine mani olmaktadır.

¹⁹⁸ Sadık Gök, a. g. e., s. 22.

¹⁹⁹ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, s. 84.

Doktrinde gizli soruşturmacı emrinde yer alması şartıyla, gizli soruşturmacının konuta girebileceği ve telefonları dinleyebileceği ileri sürülmüştür. Bu tedbirlerin kişi hak ve özgürlüklerine ağır bir müdahale teşkil etmesi sebebiyle kanunda açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Keza 5271 sayılı CMK’ da telefon dinlemenin ve konuta girmenin nasıl yapılacağı belirtilmiştir. Bu tür tedbirlerin uygulanabilmesi için kural olarak hâkim kararı gerekmektedir. Oysa gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanabilmesi için karar verecek yetkili makam hâkim olmakla birlikte, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcıları da bu yetkiye sahiptirler. Ayrıca Cumhuriyet savcısı tarafından verilmiş olan gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanması kararının yerindeliği, hâkim tarafından denetlenememektedir. Bu ise gizli soruşturmacı tedbirinin ve bu tedbir kapsamında yapılacak olan faaliyetlerin kişi hak ve özgürlüklerine çok ağır bir müdahale teşkil etmesi demektir. Bu sebeple gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanmasının yerindelığının mutlaka hâkim tarafından denetlenmesi yönünde kanuni bir düzenleme yapılması durumunda, bu tedbirin uygulanmasına yönelik olan kararın Cumhuriyet savcısının değil; hâkimin kararı olması sebebiyle, gizli soruşturmacının telefon dinleyebileceği ve konuta girebileceği kanaatindeyiz.

3.3.5.2. Yetkili Merciiin Emrini Yerine Getirme

Yetkili merciiin emrini yerine getirme kavramı incelendiğinde “ Mercii” kelimesinin rücu edilecek, dönülecek, müracaat olunacak, başvurulacak yer veya makam anlamına geldiğini görmekteyiz²⁰⁰

Hukuka uygunluk nedeni olarak yetkili merciiin emrini yerine getirme, esas itibarı ile Anayasa’ da düzenlenmiş ve bu doğrultuda hukuk düzeni içerisindeki yerini almıştır.

Tarihsel gelişimi incelendiğinde ilk kez 1876 Kanun u Esasi’ nin 41. Maddesinde “ Memurun amirine hürmet ve riayeti lâzımeden ise de itaati kanunun tayin ettiği daireye mahsustur. Hilafı kanun olan umurda amire itaat mesuliyetten

²⁰⁰ Sadık Gök, a. g. e., s. 13.

kurtulmaya medar olamaz”²⁰¹ şekline yer alan düzenleme ile Türk hukuk sistemine girmiştir.

Bu düzenleme Türk Anayasa Sistemine girmiş olmakla birlikte 1921 Anayasası’ nda bu konuya ait bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 1921 Anayasası’ nın böyle bir düzenleme içermemiş olması, bu kurumu kabul etmediği anlamına gelmemektedir. Zira bilindiği üzere 1921 Anayasası, 1876 tarihli Kanunu Esasi’ nin fiilen uygulamadan kaldırılmadığı bir dönemde kabul edilmiş olan bir anayasadır. Bir konu hakkında 1921 Anayasası’ nda bir düzenleme bulunmaması halinde bu konuda 1876 Anayasası’ nın hükümleri uygulanmaya devam etmektedir. Yani 1921 Anayasası, 1876 Anayasası’ nı resmen ilga etmemekle birlikte, bu dönemde her iki anayasaya ait hükümler uygulama alanı bulmuşlardır. Bu sebeple 1921 Anayasası’ nın bu kurumu zımnen kabul ettiğini ve uyguladığını söylemek mümkündür.

1924 Anayasası dönemine gelindiğinde, 1921 Anayasası’ nda resmen düzenlenmeyen bu kurumun, 1924 Anayasası’ nın 94. Maddesinde “ Kanuna muhalif olan umurda amire itaat memuru mesuliyetten kurtarmaz” şeklinde düzenlendiğini görmekteyiz. Yine 1924 Anayasası’ nın 103. Maddesinde yer alan “ Teşkilatı Esasiye Kanununun hiçbir maddesi, hiçbir sebep ve bahane ile tatil olunamaz, hiçbir kanun Teşkilatı Esasiye Kanununa münafi olamaz”²⁰² hükmü bu konuya ilişkindir. Bu maddeler incelendiğinde, hukuka aykırı umur deyiminin, kanuna aykırı işler anlamına geldiği görülmektedir. O halde aykırılığın şekil veya içerik bakımından var olması bir fark yaratmamaktadır. Sonuç olarak emri alan memur, bu emrin gerek şekil ve gerekse içerik yönünden kanuna aykırılığını araştırmak hak ve ödevine sahipti. Eğer memur bu hak ve ödevini gereği gibi yerine getirmeyip, gerek şekil ve gerekse içerik yönünden kanuna aykırı bir emri yerine getirir ise, mesuliyetten kurtulamaz, yani cezalandırılırdı. Bu durumda şekil ve içerik yönünden kanuna aykırı olan emri veren kişi, yürürlükten kalkan 765

²⁰¹ Suna Kili, Şeref Gözübüyük, *Türk Anayasa Metinleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1983, s. 32.

²⁰² Suna Kili, Şeref Gözübüyük, a. g. e. , s. 134- 136.

sayılı TCK' nun 49. Maddesine göre ve emri veren amir de Teşkilatı Esasiye Kanunu' nun 94. Maddesine göre sorumlu tutulurdu²⁰³.

1961 Anayasası' nın 125. Maddesi, bugünkü düzenleme olan 1982 Anayasası' nın 137. Maddesiyle aynı hükmü içermekteydi. 1982 Anayasası, 137. Maddenin gerekçesini dahi değiştirme gereği görmemiştir²⁰⁴.

1982 Anayasası' nın 137. Maddesinin 3. Fıkrasını çalışmamızın konusunu teşkil eden gizli soruşturmacı bakımından ele aldığımızda, gizli soruşturmacıya kamu düzeninin ve güvenliğinin korunması için gerekli olduğu takdirde suç işleyebileceği gibi bir anlam vermek mümkün gözükmemektedir. Söz gelimi gizli soruşturmacının uyuşturucu kaçakçılığı yapan suç örgütünü ortaya çıkarmak için uyuşturucu nakliyatında görev alması, hukuka aykırılık teşkil etmeyecek ve cezalandırılmayacaktır. Buna karşılık aynı fıkroda bu tür bir yetkilendirmenin sadece kanunla yapılabileceği de belirtilmiştir. Gizli soruşturmacı tedbirinin düzenlenmiş bulunduğu 5271 sayılı CMK' nda gizli soruşturmacının suç işleyebilmesine izin veren istisna bir hüküm bulunmamakla birlikte, 139. Maddenin 5. Fıkrasında gizli soruşturmacının görevini yerine getirirken suç işleyemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Ayrıca 5237 sayılı TCK' nun 24. Maddesinin 3. Fıkrasında konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilemeyeceği, aksi takdirde emri yerine getiren ile emri verenin sorumluluktan kurtulamayacağı belirtilmiştir. Bu sebeple, “yetkili merciin emrini yerine getirme” hukuka uygunluk sebebinin, gizli soruşturmacının görevi sırasında işlemiş olduğu suçlar bakımından cezalandırılmamasında uygulanamayacağı kanaatindeyiz²⁰⁵.

²⁰³ Ömer İzgi, Zafer Gören, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, Ankara, T. B. M. M. Basımevi, 2002, s. 1216.

²⁰⁴ 1961 Anayasası' nın 125. ve 1982 Anayasası' nın 137. Maddesinde yer alan ve Kanunsuz Emir kenar başlığını taşıyan hüküm, “ Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilirse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.

Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.

Askerî hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır” şeklindedir.

²⁰⁵ V. Özer Özbek, *Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği*, s. 201.

3.3.5.3. Zorunluluk Hali

Bir kimsenin kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve kesin bir tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarmak zorunluluğuyla işlediği eylemlerdir.

Yürürlükten kalkan 765 sayılı TCK' nun 49. Maddesinin 3. Fıkrasında “ gerek nefisini ve gerekse başkasını...” şeklinde bir düzenleme yer almaktaydı. Bu sebeple zorunluluk halinden söz edebilmek için kişinin kendisine veya başkasına yönelik bir tehlikenin varlığı gerekmektedir, bu tehlikenin yönelmiş olduğu kişinin de belirli bir kişi olması gerekiyordu. Buna karşılık devlete ve kamu düzenine yönelik bir tehlikenin varlığı halinde zorunluluk hali kabul edilmemişti. 5237 sayılı TCK' nun 25. Maddesinin 2. Fıkrasında ise “ Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup...” şeklinde yer alan ifade gereğince, devlet veya kamuya ait haklara yönelmiş olan tehlikenin varlığı halinde de zorunluluk halinden söz edilebileceği kanaatindeyiz.

Zorunluluk halinden söz edebilmek için gerekli olan şartları incelediğimizde somut olayda bir tehlikenin varlığı gerekmektedir, bu tehlikenin “ ağır ve muhakkak” olması da gerekmektedir. Tehlikenin ağır olması ile anlatılmak istenen, hem tehlikenin ve hem de meydana getireceği zararın ağır olmasıdır²⁰⁶. Bu kapsamda yaşam hakkına yönelik bir tehlike ağır tehlike kabul edilir. Tehlikenin ağır olup olmadığını takdir edecek kişi hâkim olmakla birlikte, hâkimin kararını verirken sosyal ve hukuki değerleri dikkate alması gerekmektedir. Hâkimin kararını verirken hukuki ve sosyal değerlere değil de, kişisel düşüncelere göre karar vermesi kabul edilemez²⁰⁷.

Muhakkak tehlike ise hali hazırda mevcut olan, gerçekten var olan tehlikedir. Bu tehlikenin varlığı sebebiyle hukuki bir menfaatin zarar göreceği olasılığı bulunmakla birlikte, tehlikenin ortadan kaldırılmaması halinde bu zararın gerçekleşme olasılığının oranı da artmaktadır. Kural olarak gelecekte

²⁰⁶ V. Özer Özbek, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, TCK İzmir Şerhi*, s. 356.

²⁰⁷ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, s. 131.

gerçekleşmesi ihtimal dâhilinde olan tehlikelerin zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesi kabul edilmemiştir²⁰⁸. Bu sebeple, her ne kadar suç örgütünün kurulmuş olması ile soyut bir tehlikenin varlığından söz edilebilse de, bu tehlikenin 5237 sayılı TCK' nun 25. Maddesinin 2. Fıkrasında belirtilen “ muhakkak tehlike” niteliğine sahip olmadığı ve bunun sonucunda da suç örgütünün ileride işlemesi ihtimal dâhilinde olan suçların doğurabileceği tehlikelerin, muhakkak tehlike olarak nitelendirilemeyeceği kanaatineyiz²⁰⁹.

Zorunluluk hali içerisinde bulunan kişinin, içerisinde bulunduğu çaresizlik ve buna bağlı olarak başka bir alternatif bir yolu tercih ederek kendisine veya başkasına yönelik bir tehlikeden kurtulma olanağına sahip bulunmamasının sonucunda başkasına zarar vermesi gerekmektedir²¹⁰. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine başvurulabilmesi için 5271 sayılı CMK' nun 139. Maddesinde belirtilen “ ... başka surette delil elde edilememesi hali... ” nin zorunluluk hali için aranan “ ... başka suretle korunmak olanağı bulunmaması... ” şartının karşılığı olduğu söylenebilir. Bu sebeple gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanmasının dışında, diğer ceza muhakemesi işlemleri ile soruşturma ve kovuşturma neticesinde başarıya ulaşması mümkün olmadığı için, gizli soruşturmacı tedbirinin ikincilliğinin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Buna karşılık, ikincilik ilkesinin sadece gizli soruşturmacı tedbirinin kullanılmasını içerdiği; fakat görevin gerektirdiği suçları kapsamadığı ve bu amaçla kabul edilen bir ilke olmadığı kabul edilmelidir. Bununla birlikte gizli soruşturmacının kendisinden daha hafif tedbirleri de kapsadığını ve bu tedbirlerin gizli soruşturmacı tarafından uygulanacağını kabul etmek, bu tedbirin kabul ediliş amacına aykırılık teşkil etmektedir²¹¹.

Zorunluluk halinden yararlanacak olan kişinin tehlikeye karşı koyma, göğüs germe yükümlülüğü bulunmamalıdır. Hukuk düzeninin bazı kişilere

²⁰⁸ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman,, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, s. 129, Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 382.

²⁰⁹ Bkz. Aynı yönde: V. Özer Özbek, *Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği*, s. 209.

²¹⁰ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 383.

²¹¹ V. Özer Özbek, *Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği*, s. 210.

tehlikeye karşı koyma yükümlülüğü getirdiği durumlarda, bu kişilerin görevlerini ifadan kaçınarak zorunluluk hali içerisinde bulunmaları kabul edilemez²¹². Zira zorunluluk hali, çatışan hakların söz konusu olduğu durumlarda uygulanabileceği kabul edilen bir müessesedir. Gizli soruşturmacının bir kamu görevlisi olması ve başka surette elde edilemeyen delilleri toplamak ve imkân dâhilinde suç işlenmesini önlemek görevlerine sahip olması sebebiyle, bu görevlerin ifası sırasında işlediği fiiller bakımından zorunluluk hali hükümlerinden yararlanamayacağı kanaatindeyiz. Bununla birlikte bu durumun kesin bir kural olarak kabul edilmeyip; gizli soruşturmacının görevini ifa ederken üçüncü şahısların haklarına verdiği zararlar ile delil toplama faaliyetinin sonucunda elde edilecek başarı ve bu başarıya bağlı olan kamu menfaatinin karşılaştırılması ve bunun sonucunda karar verilmesi de gerekmektedir. Zira kamu menfaatinin gerçekleşmesi için gizli soruşturmacının her suçu işlemesi ve bunun zorunluluk hali olarak kabul edilmesi, vatandaşların mevcut menfaatlerine zarar vereceği için kabul edilemez. Bu sebeple görevin gerektirdiği suçlar bakımından zorunluluk hali hükümlerinin uygulanmasının kabul edilemeyeceği, fakat gizli soruşturmacının kendisine veya bir başka kişiye yönelmiş bulunan ağır bir tehlikeden kurtulmak için işlediği suçlar bakımından zorunluluk hali hükümlerinden yararlanabileceği kanaatindeyiz.

3.3.5.4. Meşru Savunma

Meşru savunma, bir kişinin gerek kendisine ve gerekse üçüncü bir kişiye yönelmiş bulunan haksız bir saldırıdan korunmak amacıyla, bu saldırıyı savuşturacak ölçüde kuvvet kullanmasını ifade eder²¹³. Kişi, kendisine veya başkasına yönelmiş bulunan haksız saldırıyı defetmek amacıyla yapmış olduğu fiillerden dolayı cezalandırılmaz²¹⁴.

²¹² Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 382.

²¹³ İzzet Özgenç, *TCK Gazi Şerhi*, s. 368.

²¹⁴ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 372.

Yürürlükten kalkan 765 sayılı TCK' nun 49. Maddesinin 2. Fıkrası bu konuyu düzenlemekte olup, bu fıkraya göre kişinin “ gerek kendisinin ve gerek başkasının nefesine veya ırzına vuku bulan” bir saldırı karşısında meşru savunmada bulunabileceği belirtilmişti. 5237 sayılı TCK' nun 25. Maddesinin 1. Fıkrasında ise “ Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş...” saldırıdan bahsedildiği için, herhangi bir hakka yönelmiş bulunan bir saldırı karşısında meşru savunmada bulunulabilir. Bu sebeple devlete ve kamuya ait bir hakka yönelmiş bulunan bir saldırının varlığı halinde de meşru savunma hükümleri uygulanabilecektir.

Meşru savunmadan söz edilebilmesi için gerçekleşmesi gereken şartlar bulunmaktadır. İlk olarak bir saldırının varlığı aranmakla birlikte, bu saldırının haksız, hukuk düzeninin cevaz vermediği bir saldırı olması gerekmektedir. Yoksa hukuk düzeninin verdiği yetkiyle yapılan müdahalelere karşı meşru savunmada bulunulamaz. Örneğin suçüstü halinde failin polis veya herhangi bir vatandaş tarafından yakalanması, 5271 sayılı CMK' nun 90. Maddesinde herkese yüklenmiş bir görev olarak belirtilmiştir. Bu sebeple failin kendisini yakalayan polis memuruna veya vatandaşa mukavemet gösterip bunun meşru savunma olduğunu ileri sürmesi kabul edilemez. Zira polis veya vatandaşın hareketi haksızlık teşkil etmemektedir ve bu kişiler kanunun hükmünü yerine getirmektedirler²¹⁵.

İkinci olarak hukuka aykırı saldırının mevcut olması yani gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak bir saldırı olması gerekmektedir. Bu sebeple geçmişte gerçekleşen bir saldırı meşru savunma sebebi olamayacağı gibi, gelecekte gerçekleşecek bir saldırı da meşru savunma sebebi teşkil etmez. Zira henüz gerçekleşmemiş bir saldırının faili, bu saldırıdan her zaman vazgeçebilir²¹⁶. Bu sebeplerle bir suç örgütünün kurulmuş olması veya hali hazırdaki varlığı, meşru savunma için bir sebep teşkil etmez. Aynı sebeple suç örgütünün ileride amaç suçları ve bu suçları işlemek için araç suçları işleyeceği düşüncesi ile meşru savunmada bulunulamaz. Sonuç olarak saldırı ve savunmanın aynı anda

²¹⁵ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 374.

²¹⁶ Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 374.

gerçekleşmesi koşulu, görevin gerektirdiği suçlar bakımından gerçekleşmemektedir²¹⁷.

Meşru savunma sadece haksız saldırıda bulunan kişiye karşı yapılabilir. Bu bağlamda gizli soruşturmacı, görevi sırasında kendisine karşı yapılan saldırıları bertaraf etmek amacıyla meşru savunmada bulunabilse de, görevin gerektirdiği suçlar bakımından meşru savunma hükümlerinden yararlanamaz. Zira gizli soruşturmacının görevin gerektirdiği suçları, içerisine sızmış bulunduğu suç örgütüne karşı değil, üçüncü kişilere karşı işleyecektir. Bu sebeple de görevin gerektirdiği suçlar bakımından meşru savunma hükümleri uygulanamayacaktır.

Meşru savunmadan söz edilebilmesi için başka suretle saldırıdan kurtulma imkânının da bulunmaması gerekmektedir. Her ne kadar gizli soruşturmacı bir kamu görevlisi olsa ve icra ettiği kamu görevi neticesinde tehlikeye katlanma yükümlülüğü bulunsa da, hiçbir kişinin maruz kaldığı saldırıdan kaçarak kurtulması beklenemez. Zira bu durum kişinin onuru ile alakalı bir durumdur. Bu sebeple meşru savunmanın görevin gerektirdiği suçlar bakımından uygulanamayacağı düşüncesine sahip olmakla birlikte, somut bir olayda haksız bir saldırıya maruz kalan gizli soruşturmacının şartların varlığı halinde bu hükümlerden yararlanabileceğini de kabul etmek gerekmektedir. Örneğin gizli soruşturmacının delil toplamak için içerisine sızmış olduğu suç örgütü üyesinin, gizli soruşturmacının yanında silahlı saldırıya uğraması ve gizli soruşturmacının da saldırgana silahla karşı koyarak onu yaralaması veya öldürmesi durumunda, meşru savunma hükümleri uygulanabilecektir. Bunun gibi gizli soruşturmacının bir saldırıya uğraması halinde de, saldırıdan kurtulmak için yapmış olduğu hareketlerin suç teşkil etmesi durumunda, meşru savunma hükümleri uygulanabilecektir.

²¹⁷ V. Özer Özbek, *Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği*, s. 203.

SONUÇ

Her ülkenin sahip olduğu sosyo- kültürel yapının farklı olması sebebiyle tüm ülkeler tarafından kabul edilen bir örgütlü suç tanımı var olmamakla birlikte, bir suç örgütünün varlığından söz edebilmek için en az üç ve daha fazla kişinin bir araya gelmesi, haksız maddi kazanç elde etme amacı ve bu amaca ulaşmak için suç işlemenin araç olarak kullanılması, örgüt içerisinde var olan hiyerarşik bir düzenin varlığı, bu hiyerarşinin içerisinde var olan iş bölümü, hiyerarşik düzen ve iş bölümünün belirli bir süre için değil, belirsiz bir süre için gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Suç örgütünden söz edilebilmesi için gerekli olan bu unsurlardan belirsiz bir süre için bir araya gelme, diğer bir ifade ile süreklilik, suç işlemek amacıyla örgüt kurmayı iştiraktan farklılaştırmaktadır. Zira iştirakte, bir araya gelinmesine sebep olan suçun işlenmesiyle birlikte iştirak ilişkisi sona ermektedir. Buna karşılık örgütlü suçta, gelecekte işlenmesi amaçlanan suçlar olmakla birlikte, bu suçların sayısı ve türü belirlenmemiştir.

Örgütlü suçla mücadele, uzun yıllar boyunca 765 sayılı TCK' nun 313. Maddesi kapsamında gerçekleştirilmiş, fakat bu kanunun yetersiz kalması sonucunda 4422 sayılı ÇASÖMK kabul edilmiştir. 4422 sayılı ÇASÖMK' nda aralarında gizli soruşturmacı tedbirinin de bulunduğu bazı yeni koruma tedbirleri ihdas edilerek örgütlü suçla mücadelede ilerlemeler kaydedilmiştir. Bununla birlikte 4422 sayılı ÇASÖMK' nda yer alan koruma tedbirlerinin sadece bu kanun kapsamında tanımlanmış bulunan suç örgütleriyle mücadelede kullanılması, 765 sayılı TCK' nun 313. Maddesinde tanımlanan örgütlere karşı kullanılamaması, bu tedbirlerden beklenen faydayı tam olarak sağlayamamıştır. 4422 sayılı

ÇASÖMK'nun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5230 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ile yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte, bu kanun kapsamında düzenlenmiş bulunan gizli soruşturma tedbirleri, 5271 sayılı CMK' na aktarılmıştır. Aynı doğrultuda 5237 sayılı TCK' nun 220. Maddesinde genel bir örgüt tanımlaması yapılarak gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin bu maddede yer alan örgütlerle mücadelede kullanılması sağlanmış ve suç örgütlerinin çıkar amacı güdüp gütmemelerinin bir önemi kalmamıştır.

Suç örgütü içerisinde var olan güçlü hiyerarşik ilişki sebebiyle örgüt üyelerinin bireysel kararlarıyla suç işledikleri görülmekle birlikte, genellikle suç işleme kararının örgütü yöneten kişilerce verildiği bilinmektedir. Bu sebeple Türk Kanun Koyucusu, 5237 sayılı TCK' nun 220. Maddesinin 5. Fıkrasında bu konuyu düzenleyerek örgüt yöneticilerini, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı fail olarak ayrıca sorumlu tutmuştur. Örgütün amaç edindiği suçların örgüt üyelerince işlenmesi bakımından, örgüt liderini, dolaylı fail kabul etmek pek haksız görünmemekle birlikte, liderin bilgisi dâhilinde olmadan işlenen suçlar bakımından dolaylı fail olarak sorumlu tutulması bizce de pek yerinde olmayan bir düzenlemedir. Bu sebeple örgüt liderinin işlenen suçlarla ilgili olmadığını, bu suçların kendi bilgisi haricinde işlendiğini ispat etmesi halinde, dolaylı fail olarak sorumlu tutulmaması ve ayrıca cezalandırılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Aksi bir uygulama Anayasa' nın 38. maddesinde düzenlenen “ ceza sorumluluğunun şahsiliği” ilkesine aykırı olacağı kanaatindeyiz.

Gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanmasında 4422 sayılı ÇASÖMK' nun aksine 5271 sayılı CMK' nda bir düzenleme yer almamış ve bir süre sınırı getirilmemiştir. Her ne kadar bu tedbirin etkinliğini sağlamak için bu tür bir düzenleme yapılmış olsa da, gizli soruşturmacı kurumunun kaynağı olan Al. CMUK' nda yer alan düzenlemeye paralel olarak, bu tedbirin uygulanma süresinin üç ay ile sınırlandırılması ve süre sonunda gerekli görüldüğü takdirde her defasında üçer aylık sürelerle müteakip defalar uzatılması gerektiği kanaatindeyiz. Süre sonunda uzatma kararını verecek olan hâkimin yapacağı araştırma ile hem bu tedbirin uygulanmasının elde edilmek istenen sonuca

ulaşmak için faydalı olup olmadığı ve hem de tedbirin devamı için gerekli olan şartların mevcudiyetinin denetlenmesi sağlanabilir.

5271 sayılı CMK' nda, 4422 sayılı ÇASÖMK' nun aksine gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararının kaldırılması hakkında bir düzenleme yer almamaktadır. Bu konudaki bir düzenlemeye Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik' in 28. Maddesinin 5. Fıkrasında yer verilmiştir. 4422 sayılı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik' te yer alan düzenlemeye paralel olan bu düzenleme “ Bir suç soruşturması nedeniyle görevlendirilen gizli soruşturmacının takibi, can güvenliğinin sağlanması ve hayatının tehlikeye düştüğü durumlarda, bu kişinin operasyondan çekilmesi ile kollukla irtibatını sağlamak üzere, ilgili kolluk birimi tarafından sorumlu kolluk görevlisi belirlenir” şeklindedir. Aynı maddenin 6. Fıkrası da gizli soruşturmacı tarafından düzenlenen raporların kolluk tarafından Cumhuriyet başsavcılığına sunulacağını belirtmiştir. O halde bu yönetmelik gereğince gizli soruşturmacı tedbirinin uygulanması kararının kaldırılma yetkisinin Cumhuriyet savcısına ait olduğunu söyleyebiliriz. Zira Cumhuriyet savcısı, kendisine verilen raporları inceleyerek bu tedbirin devamının gerekip gerekmediğine karar verecek ve koşulların varlığı halinde gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararını kaldıracaktır.

Her ne kadar 5271 sayılı kanunun 139. Maddesinde yer alan düzenleme gereğince, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine karar verilebilse ve bu karar daha sonra hâkimin onayına sunulmasa da; hâkim tarafından verilmiş bir kararın burada Cumhuriyet savcısı tarafından denetlenmesinin kabul edilemez bir uygulama olduğu ve Anayasa' ya aykırılık teşkil ettiği kanaatindeyiz

Gizli soruşturmacının suç örgütünün içerisine sızmayı başardıktan sonraki dönemde delil toplaması sırasında hukuk devleti ilkelerine uygun bir şekilde hareket etmesi gerekmektedir. Aksi takdirde bu deliller hukuka aykırı delil niteliğine sahip olur ve 5271 sayılı CMK' nun 217. Maddesinin 2. Fıkrasında yer alan düzenleme gereğince ceza yargılamasında kullanılamaz.

5271 sayılı CMK' nda gizli soruşturmacının tesadüfen elde ettiği delillerin akıbetinin ne olacağı hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda 139. Maddenin 6. Fıkrasında yer alan “ Soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz.” hüküm gereğince kişisel olmayan verilerin başka bir suçun soruşturulması ve kovuşturulması sırasında kullanılabileceği gibi bir sonuca varılabilse de, bu sonucun gizli soruşturma tedbirinin uygulanabileceği suçları belirten katalogun dışına çıkılması sonucunu doğuracağı sonucuna ulaşılır. Bu sebeple tesadüfen elde edilen delillerin 5271 sayılı CMK' nun 139. Maddesinin 7. Fıkrasında katalog halinde sayılan suçlardan birinin işlenmiş olduğuna dair delil niteliğinde olmaları halinde başka bir soruşturma ve kovuşturma kapsamında kullanılabileceği, aksi halde kullanılamayacağı kanaatindeyiz.

Gizli soruşturmacının içerisine sızmış bulunduğu suç örgütüne ait ortama uyum sağlayabilmesi ve görevi olan delil toplama faaliyetini sürdürebilmesi için işleme gerekli olan sahte kimlik yapmak, konut dokunulmazlığını ihlal etmek gibi bazı suçlara görevin gerektirdiği suçlar denilmektedir. Türk hukuk sisteminde görevin gerektirdiği suçlar bakımından sahte kimlik kullanmak ve düzenlemek suçları ile suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olmak dışında başka bir suç için hukuka uygunluk sebebi düzenlenmediği kanaatindeyiz. Bu sebeple gizli soruşturmacı, bu suçların dışında bir suçu işlediği takdirde, somut olayda bir hukuka uygunluk sebebinin veya şahsi cezasızlık sebebinin de bulunmaması halinde cezalandırılır. Bununla birlikte gizli soruşturmacının suç örgütü tarafından işlenen suçlara iştirakinin söz konusu olmadığı durumlarda ise cezalandırılması söz konusu olamamakla birlikte, örgüt tarafından işlenen suçlara iştirak hükümleri çerçevesinde bağlantılı olduğu durumlarda cezalandırılacaktır.

Örgütlü suçların ortaya çıkması ile birlikte kamu düzenini korumakla görevli olan birimlerin, bu suç türüyle mücadeleye başlaması aynı döneme rastlamaktadır. Tarihsel süreç incelendiğinde, örgütlü suç gruplarının devlet müdahalesinden korunmak için geliştirdikleri yöntemlerle orantılı olarak devletlerin, örgütlü suç grupları ile mücadele etme yöntemlerinin zaman içerisinde geliştiği, giderek daha karmaşık bir hal aldığı görülmektedir. Tarım toplumundan sanayi toplumuna geçiş ve bu geçişle birlikte gerçekleşen teknolojik gelişmeler,

suçluların sahip oldukları kişisel özellikleri değiştirmeye başlamıştır. Sıradan, eğitimsiz, gelir seviyesi düşük kişilerce yönetilen suç örgütlerinin yerini; çok daha iyi eğitilmiş, gelir seviyesi yüksek, gerek halk ve gerekse politik camiada etkili ve teknolojik gelişmeleri yakından takip eden kişilerce yönetilen suç örgütleri almıştır. Bu tür yeni nesil suç liderleri, faaliyetlerinin sekteye uğramaması, haklarında yapılacak ceza soruşturma ve kovuşturmalardan korunmak için çok daha etkili yöntemler kullanmakta ve keşfetmektedirler. Su sebeple günümüzde örgütlü suçlarla mücadelede en etkili yöntemlerden birisi olan gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin, bu etkinliğini zamanla arttıracığı ve gelecekte örgütlü suçlulukla mücadelede en fazla tercih edilen tedbir olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- [1] **AKKAŞ, A. H.** (2007), *Suçlulukla Mücadele Yöntemi Olarak Gizli Soruşturmacı Kullanılması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara.
- [2] **ARTUK, M. E.** et. al. (2006), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.
- [3] **AVCI, M.** (2003), Örgütlü Suç Kavramı,
http://www.akader.info/KHUKA/2003_mart/orgutlu_suc.htm
- [4] **CENTEL, N. , ZAFER, H.** (2003), *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul.
- [5] **CEYLAN, Ü.** (2003), *Organize Suçluluk ve Çıkar Amaçlı Örgüt Suçu*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- [6] **DEMİRAĞ, F.** (2006), *Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara.
- [7] **DÖNMEZER, S. , ERMAN, S.** (1999), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, C. II, Beta Yayınları, İstanbul.
- [8] **DÖNMEZER, S.** (2002), *Organize Suçlulukla Mücadele*, *Kemal Oğuzman' a Armağan*, GÜHFD, S. 1. , İstanbul.
- [9] **DÖNMEZER, S.** (2002), *Türkiye' de Organize Suçlulukla Mücadelenin Esasları*, *Kemal Oğuzman' a Armağan*, GÜHFD, S. 1. , İstanbul.

- [10] **DÖNMEZER, S. , ERMAN, S.** (2003), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. III, Beta Yayınları, İstanbul.
- [11] **ERCAN, İ.** (2007), *Ceza Hukuku Genel Hükümler, Özel Hükümler*, İkinci Sayfa Yayınları, İstanbul.
- [12] **ERDEM, M. R.** (1995), *Ceza Muhakemesinde Tehlikede Bulunan Tanıkların Korunması*, *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl: 60, S. 3. , İzmir.
- [13] **ERDEM, M. R.** (2001), *Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- [14] **EREM, F.** (1975), *Kışkırtıcı Ajan*, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 32, S. 1- 4, Ankara.
- [15] **EREM, F.** (1977), *İdarenin Kışkırtıcı Ajan Kullanması*, *Onar Armağanı*, İÜFH Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- [16] **EROL, H.** (2005), *Gerekçeli, Açıklamalı, İctihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu*, Yayın Matbaacılık, Ankara.
- [17] **EVİK, V. S.** (2004), *Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu*, Beta Yayınları, İstanbul.
- [18] **GEDİK, D.** Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kurumu, <http://66.102.9.104/search?q=cache:H3MakHOWr9kJ:hukukcu.com/modules/smartsection/makepdf.php%3Fitemid%3D31+kamu+davas%C4%B1n%C4%B1n+ertelenmesi&hl=tr&ct=clnk&cd=4&gl=tr>
- [19] **GELERİ, A. , İLERİ, H.** (2003), *Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- [20] **GIDDENS, A.** (2000), *Sosyoloji*, Yayına Hazırlayanlar: H. Özel ve C. Güzel, Ayraç Yayınevi, Ankara.
- [21] **GÖK, S.** (2004), *Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Yetkili Mercinin Emrini İfa*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara.

- [22] **GÖKCEN, A.** , Kamu Barışına Karşı Suçlar,
<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/118.doc>
- [23] **GÜNAY, E.** (2007), *Uygulamalı Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat*, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara
- [24] **GÜNER, S.** (2003), *Organize Suç Örgütleri ve Kara Para Aklanması*, Bilgi Yayınları, Ankara.
- [25] **HAFIZOĞULLARI, Z.** , **KURŞUN, G.** Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk,
<http://www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/orgutlu.doc>
- [26] **İZGİ, Ö, GÖREN, Z.** (2002), *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, T. B. M. M. Basımevi, Ankara.
- [27] *Kaçakçılık ve Organize Suç Terimleri Sözlüğü*, (2002), KOM Yayınları, Ankara.
- [28] **KAYMAZ, S.** (1997), *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- [29] **KAZAN, T.** (2000), Çete, Örgüt, Gizli İttifak, Toplu Suç Kavramları; Mukayeseli Hukukta Mevcut Özel Hükümler ve Türk Hukuku, *Hukuk Kurultayı 2000*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara.
- [30] **KİLİ, S.** , **GÖZÜBÜYÜK, A. Ş.** (1983), *Türk Anayasa Metinleri*, AÜSBF Yayınları, Ankara.
- [31] **KOCASAKAL, Ü.** (2002), Organize Suçluluğun Tanımı, Özellikleri ve Kapsamı, *Kemal Oğuzman' a Armağan*, GÜHFD, S. 1. , İstanbul.
- [32] **KÖROĞLU, H.** (2001), *Örgütlü Suçluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- [33] **ÖNDER, A.** , **BAL, İ.** (1999), Medyanın Gözüyle Organize Suçlar, Ankara Barosu Dergisi, S. 1. , Ankara.

- [34] **ÖZBEK, V. Ö.** (2003), *Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- [35] **ÖZBEK, V. Ö.** (2005), *Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, CMK İzmir Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- [36] **ÖZBEK, V. Ö.** (2006), *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, TCK İzmir Şerhi*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- [37] **ÖZEK, Ç.** (1998), *Organize Suç, Prof. Dr. Nurullah Kunter' e Armağan*, İÜHFY, İstanbul.
- [38] **ÖZGENÇ, İ.** (2002), *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- [39] **ÖZGENÇ, İ.** (2005), *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- [40] **ÖZTÜRK, B.** (1995), *Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara.
- [41] **ÖZTÜRK, B.** et. al. (2004), *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- [42] **ÖZTÜRK, B. , ERDEM, M. R.** (2006), *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- [43] **PAMUK, T.** (2003), *Çıkar Amaçlı Suç Örgütü ve Bu Örgüte İlişkin Suç Olarak Düzenlenen Fiillerin Türk Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir.
- [44] **Sınır Aşan Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi**,
http://64.233.183.104/search?q=cache:eyR5T7BpSQJ:www.undp.ro/governance/Best%2520Practice%2520Manuals/docs/Turkey_UN_Convention.doc+palermo+s%C3%B6zle%C5%9Fmesi&hl=tr&ct=clnk&cd=1&gl=tr

- [45] **SOYASLAN, D.** (1996), Ceza Hukukunda Memur Kavramı, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 45, S. 1- 4, Ankara.
- [46] **SOYASLAN, D.** (2005), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- [47] **SOYASLAN, D.** (2006), *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara.
- [48] **SÖZÜER, A.** (1995), Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu Suçlulukla Mücadele İle İlgili Gelişmeler, *Hukuk Araştırmaları Dergisi*, MÜHF Yayınları, C. 9, S. 1- 3, İstanbul.
- [49] **ŞAFAK, A.** (2003), *Suç Organizasyonu ve Kovuşturma Usulü*, Polis Akademisi Başkanlığı Yayınları, Ankara.
- [50] **ŞAFAK, A. , BIÇAK, V.** (2005), *Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis*, 6. Baskı, Roma Yayınları, Ankara.
- [51] **ŞAHİN, C.** (2001), *Ceza Muhakemesinde İspat*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- [52] **ŞAHİN, C.** (2007), *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- [53] **TBMM Adalet Komisyonu, Ceza Muhakemesi Kanunu Tasarısı Raporu,**
http://66.102.9.104/search?q=cache:EyTNkCV0XPMJ:www.yayin.adalet.gov.tr/tut_cmk/02%2520%2520ADA.%2520KOM.%2520RAPORU.pdf+kovu%C5%9Fturma+mecburiyeti&hl=tr&ct=clnk&cd=24&gl=tr
- [54] **Terör ve Güvenlik, Terör Tanımı,**
http://www.terorizm.info/index.php?option=com_content&task=view&id=54&Itemid=31
- [55] **TÖREN, M. Y.** (1998), Organize Suç, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 11, S. 3, Ankara.

- [56] **Türk Dil Kurumu**, (1998), *Türkçe Sözlük 1*, Ankara.
- [57] **ÜNVER, M. N.** (2002), *Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- [58] **YENİSEY, F.** (1997), Mukayeseli Hukukta Çıkar Amaçlı Örgütlerle Mücadele, *Yeni Türkiye Dergisi Özel Sayı*, Yıl: 3, S. 19. Ankara.
- [59] **YENİSEY, F.** (2000), Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Ceza Hukuku Tedbirleri, *Hukuk Kurultayı 2000*, C. II, Ankara Barosu Yayınları, Ankara.
- [60] **YURTCAN, E.** (2005), *CMK Şerhi*, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul.