

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
CEZA VE CEZA USUL HUKUKU BİLİM DALI

SUÇLULUKLA MÜCADELE YÖNTEMİ OLARAK
GİZLİ GÖREVLİ KULLANILMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan
Ahmet Hulusi AKKAŞ

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN

Ankara - 2007

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR CETVELİ	vi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM ÖRGÜTLÜ SUÇ

1.1. GİRİŞ.....	4
1.1.1. Örgüt Kavramı.....	4
1.1.2. Örgütlü Suç Kavramı.....	5
1.1.3.Örgütlü Suç Kriterleri.....	10
1.1.3.1. Suçla Korunan Hukuki Değer.....	12
1.1.3.2. Suçun Maddi Unsuru	12
1.1.3.2.1. Örgüt Kurmanın Cezalandırma İçin Yeterli Oluşu	14
1.1.3.2.2. Süreklilik Unsuru	16
1.1.3.2.3. Örgütün Silahlı Olması.....	16
1.1.3.2.4. Asgari Kişi Sayısı.....	17
1.1.3.3. Suçun Manevi Unsuru	18
1.1.3.4. Müeyyide	20
1.1.4. Terör Suçu ve Örgütlü Suçun Karşılaştırılması	22
1.1.5. Tipik Örgütlü Suç Çeşitleri	25
1.1.6. Örgütlü Suçun Ortaya Çıkma Nedenleri	27
1.2. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DURUM	29
1.2.1. Fransa	29
1.2.2.Yunanistan.....	31
1.2.3.Amerika Birleşik Devletleri	32

1.2.4.İtalya	34
1.2.5. Rusya	36
1.2.6. Almanya	38
1.3. TÜRK HUKUKUNDA DURUM.....	39
1.4. ÖRGÜTLÜ SUÇLA MÜCADELEDE YENİ YÖNTEMLERE İHTİYAÇ DUYULMASI	42

İKİNCİ BÖLÜM

ÖRGÜTLÜ SUÇLA MÜCADELEDE GİZLİ SORUŞTURMACI KULLANILMASI

2.1. TANIM	46
2.1.1. Kavram- Terim	46
2.1.2. Gizli Soruşturmacının Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması	47
2.1.2.1. Bilgi Veren	47
2.1.2.2. Güvenilir Kişi	48
2.1.2.3. Kışkırtıcı Ajan.....	51
2.1.2.4. Gizli Soruşturma Yapan Polis	53
2.1.3. Gizli Soruşturmacı Kullanılmasının Amacı	55
2.2. GİZLİ SORUŞTURMACI KULLANILMASININ ŞARTLARI.....	56
2.2.1. Gizli Soruşturmacının Kanunla Düzenlenmesi Zorunluluğu	58
2.2.2. Gizli Soruşturmacının Kamu Görevlisi Olması	59
2.2.3. Suç Şüphesinin Varlığı	59
2.2.4. Başka Delillerle Amaca Ulaşılmasının Mümkün Olmaması	61
2.2.5. Listede Yer Alan Suçlardan Birisinin İşlenmiş Olması	63
2.2.5.1. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti (TCK md. 188)	65

2.2.5. 2. Silahlı Örgüt ve Bu Örgüte Silah Sağlama (TCK md. 314 ve 315)	68
2.2.5. 3. 6136 Sayılı Kanundaki Silah Kaçakçılığı Suçu (md. 12)	69
2.2.5.4. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74. Maddelerinde Tanımlanan Suçlar	71
2.3. GİZLİ SORUŞTURMACI KULLANILMASI USULÜ	72
2.3.1. Gizli Soruşturmacı Seçimi	72
2.3.1.1. Gizli Soruşturmacı Talebi	72
2.3.1.2. Gizli Soruşturmacıda Bulunması Gereken Özellikler	73
2.3.1.2.1. İyi Rol Yapma	74
2.3.1.2.2. İyi Bir Hafızaya Sahip Olma	74
2.3.1.2.3. Gizli Bilgi Toplama Teknik ve Materyallerini Kullanabilme	75
2.3.1.2.4. Göreviyle İlgili Hukuki Konularda Bilgi Sahibi Olmalı	75
2.3.1.2.5. Gizli Soruşturmacının Takdim Edilmesi	75
2.3.2. Karar Vermeye Yetkili Makam	76
2.3.2.1. 4422 sayılı Kanun Döneminde	76
2.3.2.2. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda	77
2.3.3. Süre Sınırı	78
2.3.4. Kararın Kalkması	79
2.3.5. İlgiliye Haber Verme	80
2.4. GİZLİ SORUŞTURMACININ KORUNMASI	83
2.4.1. Tedbirin Uygulanması Sırasında	84
2.4.2. Tanık Olarak Dinlenmesi Sırasında	85
2.4.3. Tanık Olarak Dinlendikten Sonra	91
2.5. GİZLİ SORUŞTURMACININ ELDE ETTİĞİ DELİLLER	95
2.5.1. Delillerin Sınıflandırılması	95
2.5.1.1. Doğrudan Delil- Dolaylı Delil Bakımından	95
2.5.1.2. Beyan Delili	96
2.5.1.3. Belge Delili	97

2.5.1.4. Belirti Delili	98
2.5.2. Delillerin Yargılamada Kullanılması.....	99
2.5.2.1. Delil Yasakları.....	100
2.5.2.2. Tesadüfen Ele Geçen Deliller	106

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GİZLİ SORUŞTURMACININ CEZAI SORUMLULUĞU

3.1. GİRİŞ.....	108
3.2. GÖREVİN GEREKTİRDİĞİ SUÇLARDAN SORUMLULUĞU.....	109
3.3. ÖRGÜTÜN İŞLEMEKTE OLDUĞU SUÇLARDAN SORUMLULUĞU..	111
3.4. GİZLİ SORUŞTURMACININ İŞLEMİŞ OLDUĞU SUÇLARDAN CEZALANDIRILMASINA ÇÖZÜM ARAYIŞLARI	113
3.4.1. Koğuşturma Mecburiyeti İlkesi Bakımından.....	113
3.4.2. Maslahata Uygunluk İlkesi Bakımından.....	115
3.4.3. CMK md. 171'in Gizli Soruşturmacı Açısından Değerlendirilmesi	116
3.4.3.1. Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Bulunması	117
3.4.3.2. Etkin Pişmanlık Halleri	118
3.4.3.2.1. Genel Olarak	118
3.4.3.2.2. TCK 221. Maddedeki Etkin Pişmanlık Halleri	120
3.4.3.2.2.1. Herhangi bir Suçun İşlenmesinden Önce.....	120
3.4.3.2.2.2. Örgütün Faaliyeti Çerçevesinde Bir Suç İşlendikten Sonra	120
3.4.4. Kamu Davasının Ertelenmesi Hükümlerinin Uygulanabilirliği	121
3.4.4.1. Genel Olarak.....	121
3.4.4.2. Kamu Davasının Ertelenmesinin Gizli Soruşturmacı Tarafından İşlenilen Suçlara Uygulanabilirliği	124

3.4.5. Şikâyet Şartı	126
3.4.6. Cezayı Kaldıran Nedenlerin Uygulanabilirliği.....	127
3.4.6.1. Kanun Hükmünü İcra.....	127
3.4.6.2. Emrin İfası	129
3.4.6.3. Zorunluluk Hali	131
3.4.6.4. Meşru Savunma	134
SONUÇ	136
KAYNAKÇA	147
ÖZET	157
ABSTRACT	158

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Al. CK	: Alman Ceza Kanunu
Al. CMUK	: Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa Yargısı
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu (5271 Sayılı)
CMKUK	: Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (1412 Sayılı)
ÇASÖMK	: Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu
Çev.	: Çeviren
DGM	: Devlet Güvenlik Mahkemesi
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
FBI	: Federal Bureau of Investigation
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GZÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HAD	: Hukuk Araştırmaları Dergisi
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar

KGB	: Komit Gosudarstvennoy Bezopasnosi
LCN	: La Cosa Nostra
md.	: Madde
PVSK	: Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu
S.	: Sayı
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
Tasarı	: Tanık Koruma Kanun Tasarısı
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Terörle Mücadele Kanunu
vb.	: Ve bunun gibi
vd.	: Ve devamı
vs.	: Vesaire
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YD	: Yargıtay Dergisi
YFCK	: Yeni Fransız Ceza Kanunu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YTD	: Yeni Türkiye Dergisi

GİRİŞ

Örgütlü suçun bireysel suçlara göre toplumlar için daha tehlikeli hale gelmesi, devletlerin bu suçluluk türü üzerine eğilmelerini gerektirmiştir. Bu bağlamda birçok uluslar arası anlaşma imzalanmıştır. Ülkeler de mevzuatlarında örgütlü suçla mücadele etmek amacıyla değişiklikler yapmıştır.

Klasik koruma tedbirlerinin bu suçlulukla mücadelede yeterli olmadığına anlaşılmıştır, yeni ve gizlilik özelliği taşıyan koruma tedbirlerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu tedbirlerden birisi, belki de örgütlü suçla mücadelede en etkili yöntem olan, gizli soruşturmacı kullanılmasıdır. Gizli soruşturmacı sadece örgütlü suça yönelik olarak kullanılan bir koruma tedbiri değildir. CMK md. 139'da belirtilen listede yer alan diğer suçlara yönelik olarak da, bu suçlar ferdan işlenmiş olsa dahi, gizli soruşturmacı kullanılması yoluna gidilebilir. Ancak gizli soruşturmacı daha çok örgütlü suçla mücadelede kullanılacaktır. Örgütün bu öneminden dolayı çalışmamızın ilk bölümü örgütlü suça ayrılmıştır. Gizli soruşturmacının kullanıldığı diğer suç türlerine ilişkin açıklamalar ise çalışmanın ikinci bölümünde yapılmıştır.

Gizli soruşturmacı kullanılmasıdaki amaç, örgüte ilişkin araştırmada bulunmak ve örgütün faaliyeti çevresinde işlenen suçlarla ilgili delil toplamak ve sonunda örgütü çökertmektir. Hukuk devleti, suç ve suçlulukla insan haklarını ihlal etmeden mücadele eden, maddi gerçeğe bu tür ihlallere sebep olmadan ulaşan devlettir. Gizli soruşturmacı da hukuk devleti ilkesine bağlı olarak hareket etmelidir. Bu sınır içinde kalmak kaydıyla elde ettiği deliller suçun ispatında kullanılabilecektir.

Suç örgütleri, kendilerine karşı bu tarz tedbirlerin başvurulacağından haberdardırlar. Onlar da bu tedbirlere karşı koruma mekanizması oluşturmaktadırlar. Bu bakımdan genelde örgüte yeni alınacak üyenin polis

olup olmadığının anlaşılması için bu üyeye suç işlettirilmektedir. Bu gibi durumlarda gizli soruşturmacının nasıl hareket etmesi gerektiği bir sorundur. Gerçi CMK “gizli soruşturmacının suç işleyemeyeceğini” belirtmekle konuya son noktayı koymuş gözükmektedir. Ancak örgütlü suçla mücadelede, en etkili koruma tedbiri olarak görülen gizli soruşturmacının örgüt içerisine gönderilip polis olduğunu belli etmemesi, örgütün güvenini kazanması, örgüt hakkında bilgi toplaması istenirken; öte yandan suç işlememesinin, işlediği takdirde cezalandırılmaktan kurtulamayacağını söylenmesi gerçekçi olmaz.

Çalışmanın amacı ilk etapta örgütlü suçun hukuki çerçevesini çizmektir. Daha sonra örgütlü suçla mücadelede kullanılan gizli soruşturmacı tedbirine başvurulmasının usulünü belirlemek, bu görevlinin görevi esnasında suç işleyebilip işleyemeyeceği ve suç işlemesi halinde mevcut hukuk düzenimizde bu görevlinin cezalandırılmamasının mümkün olup olmadığının ortaya konması amaçlanmıştır. Çalışmanın yazımı esnasında gizli soruşturmacı kurumunun düzenlenmiş olduğu 4422 Sayılı ÇASÖMK yürürlükten kalkmıştır. Bu kurum bazı değişikliklerle 5271 sayılı CMK’ya aktarılmıştır. Biz de konuları anlatırken elimizden geldiği kadar bu iki kanun arasındaki farklılıkları ortaya koymaya çalıştık.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde örgütlü suç ve bu suçun unsurları tanımlanmaya, tipik örgütlü suç çeşitleri ve örgütlü suçun ortaya çıkma nedenleri belirtilmeye, karşılaştırmalı hukuktaki duruma değindikten sonra Türk hukukundaki durum ve örgütlü suçla mücadelede neden gizli soruşturma tedbirlerine ihtiyaç duyulduğu açıklanmaya çalışılmıştır.

İkinci bölümde gizli soruşturmacı kurumu tanımlanmış, bu kurumun benzer kavramlarla farkı ortaya konmuş ve kullanılmasının şartı ve usulü belirtilmeye çalışılmıştır. Kurumun etkin bir şekilde kullanılması gizli soruşturmacının güvenliğinin sağlanmasına bağlı olduğu için gizli soruşturmacının korunması ayrı bir başlık altında ele alınmıştır. Keza gizli

soruşturmacının elde ettiği deliller ve bu delillerin nasıl değ erlendirileceğ i a ıklanmıştır. Gizli soruşturmacı Alman Hukukundan hukukumuza aktarılan bir kurumdur. Bu y zden ikinci b l mde yeri geldiğ ince Alman Hukukundaki d zenlemelere de yer verilmiştir.

 ç nc b l mde gizli soruşturmacının suç işlemesi sorunu ve işlemiş olduğu suçlara mevcut hukuk d zenini açısından  z m getirilebilip getirilemeyeceğ i hususuna değ inilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖRGÜTLÜ SUÇ

1.1. GİRİŞ

Örgütlü suçu tanımlamadan önce “örgüt” deyiminden neyin kastedildiğini belirlemek konunun anlaşılması bakımından yararlı olur kanısındayız.

1.1.1. Örgüt Kavramı

Kelime anlamı olarak örgüt, ortak bir amaç veya işi gerçekleştirmek için bir araya gelmiş kurumların veya kişilerin oluşturduğu birlik, teşekkül, teşkilat¹ anlamına gelmektedir. Örgüt hem sosyolojik hem de hukuki bir olgudur. Sosyolojik bakımdan örgüt, “suçluluğa yatkın ve yönelmiş, yapılaştırılmış ve gruplarca gerçekleştirilen davranış ve tutumları belirtir”² şeklinde tanımlanabilir. Örgüt oluşumuna ceza hukuku anlamında bir müeyyide uygulanacak olması durumunda bu tarz bir tanımlamanın yetersiz olduğu açıktır. Zira ceza hukukunun temel ilkeleri karşısında tanım bir hareket unsurunu ve bunun manevi unsurla birleştirilmesini yansıtmalı ve bu birleşmenin bir sosyal zarar meydana getirmesi veya getirme tehlikesini taşıması halinde cezalandırma kabul edilmelidir.³ Bu yüzden örgütün hukuki bir tanımının yapılmasına ihtiyacın olduğu kuşkusuzdur. Yargıtay bir kararında “kendilerine haksız çıkar sağlamak amacıyla süreklilik ve eylemli ortaklık unsurlarını içerecek biçimde suç örgütü oluşturulduğundan”⁴ söz

¹ Türk Dil Kurumu: Türkçe Sözlük, 1 (Ankara, 1998), 1736.

² Sulhi DÖNMEZER: “Organize Suçlulukla Mücadele”, GÜHFD, Oğuzman’a Armağan, 1/2002, 6.

³ Sulhi DÖNMEZER : “Organize Suçlulukla...”, 6.

⁴ Yargıtay 8. Ceza Dairesi 2000/20133 E., 2000/21170 K. Sulhi DÖNMEZER: “Türkiye’de

etmektedir. Bu tanıma bakıldığında örgütün oluşması için belirsiz sayıda suçları işlemek amacı, süreklilik, emir komuta zincirinin olması, mensuplar arasında iş bölümü unsurları gereklidir.

1.1.2. Örgütlü Suç Kavramı

Örgütlü suç ise; belli bir teşekkül, örgüt ya da organizasyon tarafından işlenen suç demektir.⁵

Örgütlü suç kavramını karşılamak üzere organize suç, organize suçluluk⁶, örgütlü suçluluk, mafya⁷ ve hatta suç sendikası⁸ kavramları kullanılmaktadır. Organize suç birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilen değişik nitelikteki suçları kapsayacak kadar geniş bir kavramdır.⁹ 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun yürürlükte bulunduğu dönemde "organize suçluluk" teriminin bu kavramı karşıladığı ve o dönemde en doğru kavramın organize suçluluk olduğu söylenebilir.

Örgütlü suçtan kastedilen aslın mafya türü birleşmelerdir. Buna karşılık suç örgütlerinin faaliyetleri ve yapısal özellikleri her ülkeye göre farklı özellik göstermektedir.¹⁰ Bu yüzden daha çok batıda kabul gören mafya terimi yerine ülkemizde örgütlü suç terimi tercih edilmiştir. 1 Nisan 2005 Tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinin başlığı

⁵ Organize Suçlulukla Mücadelenin Esasları", GÜHFD, Oğuzman'a Armağan, 1/2002, 17.
⁶ Ali ŞAFAK: Suç Organizasyonu ve Kovuşturma Usulü (Ankara, 2003), 2.
⁷ "Organize suçluluk" terimi, ilk kez 1920'li yıllarda ABD'de sosyal, ekonomik, hukuki ve siyasi açıdan yeni bir fenomeni tanımlamak için kullanılmıştır: 1960'lı yıllardan itibaren ise "mafya" ve "organize suç örgütleri" terimleri, eşanlamlı olarak kullanılmaya başlanmıştır. http://www.elele.gen.tr/organize_suclar/nitelik.html#top 10.01.2005.
⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Vesile Sonay EVİK: Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu (İstanbul, 2004), 25–58; "mafya terimi bütün dünyada örgütlü suçla aynı anlamda kullanılmaktadır. Organize suç örgütleri ile mücadele eden polis güçleri dahi mafya kavramını benimsemişlerdir." Mustafa TAŞKIN: Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri Kara Para İlişkisi ve Türkiye'de Bu Suçlarla Mücadele, Yayınlanmamış Doktora Tezi (İstanbul, 2001), 6
⁹ Amerika da bu terimin kullanılmasının nedeni: suç örgütlerinin kendi içlerinde yapmış oldukları iş bölümünün, iş adamlarının ticaret işletmelerinde uyguladıkları kurallara benzemesinden dolayıdır. Feridun YENİSEY : "Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Ceza Muhakemesi Tedbirleri", Hukuk Kurultayı 2000, C. 2 (Ankara,2000), 115.
¹⁰ Vesile Sonay EVİK: 6.
 Ümit KOCASAKAL: "Organize Suçluluğun Tanımı Özellikleri ve Kapsamı", GÜHFD, Oğuzman'a Armağan, 1/2002, 131.

“Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma” olması nedeniyle kanundaki düzenlemeye sadık kalmak amacıyla çalışmamızda “örgütlü suç” teriminin kullanılması uygun bulunmuştur.

Bir tanıma göre "Örgütlü suç (organize suç) geniş kapsamlı suçların örgütlü olarak belirli bir plana göre, birden çok kişi tarafından, uzun veya belirsiz bir süreyle, mesleki veya ticari benzeri yasal yapıların kullanılması veya zor ya da tehditkâr araçların kullanılması ya da siyaset, basın, kamu yönetimi, yargı ve ekonomi üzerinde etkide bulunulması suretiyle, yasadışı kazanç ve güç elde edilmesidir."¹¹

Diğer bir tanıma göre Örgütlü suç (organize suç), birden çok kişinin belli bir disipline ve hiyerarşik düzene bağlı ve sürekli olarak, kamu düzenini bozduğu kabul edilen suçları işlemek için oluşturduğu örgütlenmeye denir.¹²

Bir başka tanımda ise örgütlü suç (organize suçluluk), “iş bölümüne dayalı olarak belirsiz bir süre için birden fazla kişinin olabildiğince hızlı yüksek ekonomik kazançla ulaşmak amacıyla modern alt yapılardan yararlanmak suretiyle suç işlemek için işbirliği içerisine girmesidir.”¹³

Almanya ve Avusturya gibi bazı Batı ülkelerinde, örgütlü suçla ilgili olarak yapılan araştırmalar sonucunda ortaya konan ve yasalarda yer alan bir tanıma göre örgütlü suç (organize suçluluk), “münferiden veya topluca yüksek bir önemi haiz suçların belli bir plana göre, birçok kişi tarafından, uzun veya belirsiz bir süre ile iş bölümü esaslarına göre;

a- mesleki veya ticari benzeri yapıların kullanılması veya,

¹¹ http://www.elele.gen.tr/organize_suclar/nitelik.html#top 10.01.2005.

¹² Turgut KAZAN: “Organize Suçlarla Mücadelede Koruma Tedbirleri”, http://www.izmirbarosu.org.tr/yargi_reformu_2000/turgut_kazan.htm 11.10.2004.

¹³ BOEDEN Gerhard, Erscheinungsformen und polizeiliche Bekämpfungsmöglichkeiten der organisierten Kriminalität in: Organisierte Kriminalität, Beiträge zu einer Fachtagung Deutschen Kriminologischen Gesellschaft und zur Verleihung der Becaria-Medaille 1986 naklen Mustafa Ruhan ERDEM: Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri (Ankara, 2001), 25.

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

Avrupa Konseyi bünyesi içindeki Kriminolojik Araştırmalar Enstitüleri Müdürlerinin 1970 yılında toplanan XIII. Konferansında kabul edilen tarif ise şöyledir, “Örgütlenmiş suç, yasak ve yasa dışı servis ve malların veya kanun tarafından düzenlenmemiş servis ve malların sunulmasıdır, genellikle bu hizmet ve mallara aşırı talep vardır. Tehdit ve zor vasıta kullanılmaktadır. Katil buna dâhildir.”¹⁵

“Örgütlü suç (organize suç) en geniş anlamı ile birden çok kişinin hiyerarşik düzende belirli bir disiplin uygulayarak, süreklilik özelliği içinde çoğunlukla aynı amaca yönelik bulunan ve kamu düzenini bozduğu varsayılan suçları işlemek için oluşturdukları örgütlenmelerdir.”¹⁶

12–15 Aralık 2000 tarihlerinde İtalya’nın Palermo şehrinde yapılan toplantıda kabul edilen Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi¹⁷, Birleşmiş Milletlerin Örgütlü suç konusunda ilk bağlayıcı kararı olması sebebiyle önemlidir.

Sözleşmenin 2/a maddesinde örgütlü suç grubu şu şekilde tanımlanmıştır: “örgütlü suç grubu doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri var olan 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.” Burada kullanılan “belli bir süreden beri var olan” ve “yapılanmış” ibarelerinin örgütün varlığının hâkimce

¹⁴ Adem SÖZÜER: “Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu Suçlulukla Mücadele ile İlgili Gelişmeler”, HAD, C. 9, 1–3/1995, 256.

¹⁵ Altan KAYNAK : “Örgütlenmiş Suç ve Mafya (LCN)”, YD, C. 1, 4(Ekim,1975), 96

¹⁶ Sedat GÜNER: Organize Suç Örgütleri ve Kara Para Aklanması(Ankara, 2003), 48.

¹⁷ Bu Sözleşme TBMM tarafından 30.01.2003 tarih ve 4800 sayılı kanunla uygun bulunmuş ve 04.02.2003 tarihli resmi gazetede yayımlanmıştır.

takdir edilecek bir zaman ve yapılanma unsuruna işaret edildiği belirtilmektedir.¹⁸

Aynı maddenin “b” fıkrasında ise ağır suçun, üst sınırı dört yıl veya daha fazla hürriyetten mahkûmiyeti gerektiren bir suçu oluşturan davranış anlamına geldiği belirtilmiştir.

Sözleşmeye göre taraf devletlerin herhangi bir örgütlü suç grubuna katılım, kara paranın aklanması, yolsuzluk ve adaletin engellenmesi fiillerini suç saymaları ve buna ilişkin iç hukuk normlarını düzenlemeleri gerekmektedir.¹⁹

Avrupa Organize Suçlarla Mücadele Çalışma Grubunun 28–31 Mart 1996 tarihlerinde Almanya’nın Leipzig şehrinde yaptığı toplantıda, Leipzig Kriterleri²⁰ olarak da adlandırabileceğimiz, örgütlü suç kriterleri aşağıdaki şekilde belirlenmiştir:

- 1- haksız kazanç temin etmek üzere bir araya gelmiş ve aralarında iş bölümü ilişkisi bulunan hiyerarşik bir yapının bulunması,
- 2-suç ile elde edilen bir kazancın sağlanması,
- 3-suç işleme konusunda bir sürekliliğin bulunması,
- 4-mevcut organize yapı içerisinde uygulanan bir yaptırım sisteminin olması,
- 5-şiddet tehdit gibi yöntemlerin kullanılması,
- 6-kamuya ve özel sektöre nüfuz edilmesi,
- 7-elde edilen kara paranın aklanması,
- 8-paravan firmaların kurulması gereklidir.²¹

¹⁸ 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), 33.

¹⁹ Ümit CEYLAN: Organize Suçluluk ve Çıkar Amaçlı Örgüt Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (İstanbul, 2002), 43.

²⁰ Ümit CEYLAN: 30.

²¹ Sedat GÜNER: 50.

İsviçre Ulusal Bilimler Araştırma Fonu'na göre "çalışma biçimi uluslar arası şirketlere benzeyen bir örgüt, yasal ekonomiden yararlanarak, ama kuralları çiğneyerek, mümkün olan en yüksek karlara ulaşabilmek için kişilerin görevleri en küçük ayrıntısına kadar belirlenmiş, uzun süre yerinde kalmak üzere ve tamamen kapalı olarak düşünülmüş küçük hücrelerden oluşan bir yapıdaysa örgütlü suç var demektir."²²

Yukarıdaki tanımlar birlikte incelendiğinde suç örgütünden söz edebilmek için gerekli unsurlar şu şekilde sıralanabilir: Örgütün kurulmuş olması için ikiden fazla kimsenin olması, ağır bir takım suçların işlenme amacı, bu suçların işlenmesi ile haksız kazanç elde etmenin amaçlanması, örgütte belli bir hiyerarşinin mevcut olması, örgütün iş bölümü içinde faaliyet göstermesi, süreklilik unsurunun olması, şiddet ve yıldırmanın araç olarak kullanılmasıdır.²³

Süreklilik unsurunun varlığı için örgüt, amaçlanan suçların işlenmesi aşamalarından bağımsız olarak zaman içinde varlığını sürdürmelidir.²⁴ Örgütün kurulduktan kısa bir süre sonra tespit edilmesi ve bunun sonucunda üyelerinin yakalanması, süreklilik unsurunun gerçekleşmediği anlamına gelmez. Önemli olan örgütün sürekli olarak belirli amaçları gerçekleştirmek için kurulmuş olmasıdır.²⁵

Örgütlü suçta süreklilik unsurunun aranmasından dolayı onu, TCK'nun 37,38 ve 39. maddelerindeki iştirak hükümlerinden ayrı tutmak gerekir.²⁶

²² İsviçre Ulusal Bilimler Araştırma Fonu, Araştırma Programı: Violence au quotidien et Crime Organisé (Bern, 1995)'den naklen Jean ZIEGLER: Suçun Derebeyleri, Çev. Ali Cevat AKKOYUNLU(İstanbul, 1999), 45.

²³ Ümit KOCASAKAL: 142

²⁴ Vesile Sonay EVİK: 216

²⁵ Antonini, "Le associazioni per delinquere nella legge penale italiana", Giustizia (1985)'den naklen Vesile Sonay EVİK: 216

²⁶ "Cürüm işlemek için örgüt oluşturmak, mütemadi suçlardandır. Bu suç özel kasıtlı işlenebilir. Bu suçlarda ana unsur, cürüm işlemek için örgüt kurmaktır. Örgütün amacında; düzenli, planlı, ortaklık, eylem paylaşması, dayanışma ve disiplin vardır. Bunu TCK md.64 ve 65 den ayrı tutmak gerekir." (8. Ceza Dairesi 21.10.1981, 81/4608E, 81/5410K)

İştirakte tek kişi tarafından işlenebilen belirli bir suçun işlenmesi söz konusudur. Örgütlü suçta ise suçun oluşması için birden fazla kimsenin katılımı zorunludur.²⁷ Ayrıca örgütlü suçta örgüt üyeleri arasında devamlı bir işbirliği şart iken iştirak edenler arasında devamlı bir işbirliği aranmaz ve suçun işlenmesi ile birlikte suç ortaklığı da ortadan kalkar.²⁸ Örgütlü suçta ise belirli olmayan bir suçun tamamlanması amacı vardır. Tek bir suç işlemek için bir araya gelmek, örgütün kurulması için yeterli değildir. Böyle durumlarda iştiraktan bahsetmek gerekecektir.²⁹

1.1.3. Örgütlü Suç Kriterleri

Mafya olarak da nitelendirilen örgütlü suç grupları ile yıllarca 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 313. maddesi çerçevesinde mücadele edilmiştir. Ancak bu maddenin bu tür suçlarla mücadelede yetersiz kalması³⁰ karşısında

²⁷ Vesile Sonay EVİK:“Cürüm İşlemek İçin Örgütlenme”,Çetin ÖZEK Armağanı,(İstanbul, 2004), 380

²⁸ Vesile Sonay EVİK: Çıkar Amaçlı..., 248. “Cürüm işlemek için teşekkül oluşturmaktan sanıklar S.A., G.K’un yapılan yargılamaları sonunda; beraatlarına dair (Erzurum) Devlet Güvenlik Mahkemesinden verilen 12.12.2000 gün ve 288 esas, 328 karar sayılı hükmün Yargıtay’ca incelenmesi müdahil vekili tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığından tebliğ name ile 4.4.2001 günü daireye gönderilmekle incelenip gereği düşünüldü: yapılan duruşmaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin tahkikat neticelerine uygun olarak tecelli eden kanaat ve takdirine, bir suç işlemek kararlılığı ile birden fazla kişinin bir araya gelmelerinin süreklilik ögesi içermemesi ve suçta muayyenlik nedeniyle atılı suçun unsurlarının oluşmamasına, tetkik olunan dosya münderecatına göre müdahil vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün isteme aykırı olarak (Onanmasına), 2.7.2001 gününde oy birliği ile karar verildi.(Yargıtay 8. CD 2.7.2001 E.7261/K.12457) M. Naci ÜNVER: Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak (Ankara, 2002), 59.

²⁹ Türkan Yalçın SANCAR: Çok Failli Suçlar, (Ankara, 1998), 150

³⁰ Cürüm işlemek için teşekkül meydana getirmek ve teşekküle yardım etmekten sanıklar nın başkanlığında aynı amaç doğrultusunda örgütlenen sanıkların 1991 yılından 1997 yılı sonuna kadar İlleri ve çevresinde önce kumarhane işletmeye başlayarak silahlandıkları, halk üzerinde baskı kurarak çek-senet tahsilatı yaparak haraç topladıkları, çok sayıda kişinin para , menkul mal ve araçlarını gasp ederek gayri menkullerini tehditle devraldıkları kendilerine engel gördüklerini öldürdükleri ve yaraladıkları..... böylece tüm sanıkların bir örgüt disiplini ve emir komuta zinciri altında iş bölümü yaparak suç işleme amacı ile bir araya geldikleri ve yukarıda sayılan eylemleri bazı kamu personeli ile yakın şahsi, siyasi ve parasal ilişkiler de kurmak suretiyle bu yapı içerisinde gerçekleştirdikleri yapılan operasyonlarda örgüte ait çok sayıda tabanca yakalandığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmış olmakla mahkemenin sanıkların eylemlerinin suç işlemek için teşekkül olarak kabulünde herhangi bir isabetsizlik görülmemiş ancak; uygulama maddesinde suç için öngörülen ceza süresinin eylem kalması karşısında yetersiz kalması göz önüne alınarak cezanın üst sınırdan tayin

4422 sayılı ÇASÖMK kabul edilmiştir. Örgütlü suçlarla daha etkili mücadele etmek amacıyla “gizli soruşturmacı kullanılması”nın da içinde bulunduğu bir takım güvenlik tedbirleri ilk kez bu kanunla yasal dayanağa kavuşmuştur.

4422 sayılı kanunun 2–10. maddeleri arasında düzenlenen bu güvenlik tedbirlerinin uygulanması sadece bu kanun kapsamına giren örgütlere yönelik olabilmekteydi. Ancak bu örgütler kadar tehlikeli olan ve 765 sayılı TCK md. 313 kapsamında değerlendirilen örgütlere bu tedbirler uygulanamamaktaydı. Bu tarz bir düzenleme uygulamada bir anlamda iki başlılığa neden olmaktaydı: Söz konusu örgütte çıkar amacı varsa 4422 sayılı kanun, eğer çıkar amacı yoksa TCK md. 313 uygulanmaktaydı. Bu karışık durum yargı kararlarına bile yansımıştır.³¹ Buna göre bir örgüt belirsiz sayıda suçların işlenmesine yönelik sürekli bir birliktelik içinde ise TCK md. 313; bu örgüt ayrıca yıldırma gücünü de kullanıyor ve örgütte çıkar amacı da varsa ÇASÖMK çerçevesinde değerlendirilecektir.

4422 sayılı ÇASÖMK 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5320 sayılı CMKUK tarafından yürürlükten kaldırılmıştır. Bu tarihten sonra işlenen örgüt suçlarında genel olarak, adı geçen örgüt ister çıkar amacı gütsün ister gütmesin, 5237 sayılı Ceza Kanunu’nun 220. maddesi uygulanacaktır. Bu bakımdan çalışmanın bundan sonraki bölümleri md. 220 çerçevesinde anlatılmaya çalışılacaktır. Ancak yeri geldikçe 4422 sayılı kanundaki ve 765 sayılı kanundaki düzenlemelere yer verilecektir.

edilmesi gerekirken, alt sınırdan tayini karşı temyiz olmadığından bozma nedeni sayılmamıştır.....(8. CD 25.01.1999,1998-13416 E, 1999-161 K) Muhittin MIHÇAK: Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri (Ankara, 2003), 19-20.

³¹ “Oluş ve dosya içeriğine göre sanıklardan C.B’nin para karşılığı cinsel ilişki teklifi ile evine çağırdığı erkeklerin soyunmasını sağladıktan sonra diğer sanıklar, dost hayatı yaşadığı İ.C ve A.K.M’nun olaya karışıp bu şahısların fotoğraflarını çekip kuru sıkı tabanca ile tehdit ederek senet imzalatmaları biçiminde tekrar eden olayda; sanıkların haksız kazanç elde etmek amacıyla zor ve tehdit yöntemleri kullanmak suretiyle sindirme, yıldırma ve korkutma gücünü kullanarak suç işlemek için örgüt kurdukları ve eylemlerinin 4422 sayılı yasanın 1. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeyerek yazılı biçimde TCK’nun 313. maddesi ile uygulama yapılması aykırılığı karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni sayılmamıştır.” (Yargıtay 8. CD 30.04.2001, 4793E, 9868K) M. Naci ÜNVER: 24.

1.1.3.1. Suçla Korunan Hukuki Değer

Maddede düzenlenen suç, kendi başına toplumda heyecan ve endişe oluşturduğu için işlenmesi istenen amaç suçlardan bağımsız bir suç olarak düzenlenmiştir.³² Bu suç Ceza Kanunu'nun ikinci kitap üçüncü kısmında "kamu barışına karşı suçlar" başlıklı beşinci bölümde düzenlenmiştir. Bu yüzden söz konusu suç ile korunan hukuki değer kamu güvenliği ve barışı olduğu söylenebilir.³³ Çünkü bu suç bireylerin barış içinde yaşamak haklarını tehdit etmektedir. Bu düşünceden yola çıkan Özek, suçun hukuki konusunun "anayasal demokratik siyasal iktidar düzeninden kaynaklanan bireysel haklar" olduğunu vurgulamaktadır.³⁴

1.1.3.2. Suçun Maddi Unsuru

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu bir tehlike suçudur.³⁵ TCK md. 220'ye karşılık gelen Eski TCK md. 313'te yer alan bu suçun soyut tehlike suçu olduğu iddia edilmekteydi. Zira bu dönemde suçla korunan hukuki değer somut olarak tehlikeye sokulması aranmamaktaydı.³⁶ TCK md. 220'deki suçun ise artık somut tehlike suçu olduğu rahatlıkla söylenebilir. Çünkü bu madde anlamındaki örgütün cezalandırılabilmesi için bir araya gelmek yetmez, ayrıca bu bir araya geliş ve araç ve gereçlerin amaçlanan suçları işlemeye elverişli olması gerekmektedir. Cevaplanması gereken bir diğer husus somut tehlikenin suçun bir unsuru mu yoksa bir cezalandırılabilme şartı mı olduğudur. Kanımızca örgütün kurulmasıyla suç oluşmuştur. Bu itibarla kanuni tarife uygun fiil başlı başına bir haksızlık teşkil etmektedir. Ancak bu örgüt için ceza hukukunun devreye girmesi için somut

³² Doğan SOYASLAN: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Beşinci Baskı, (Ankara, 2005), 451

³³ İzzet ÖZGENÇ: Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, (Ankara, 2002), 272

³⁴ Çetin ÖZEK: "Organize Suç", Nurullah KUNTER'e Armağan, (İstanbul, 1998), 238

³⁵ Vesile Sonay EVİK: "Cürüm İşlemek...", 372

³⁶ Vesile Sonay EVİK: "Cürüm İşlemek...", 372

tehlikenin meydana gelmesi gerekmektedir. Bu açıdan somut tehlikenin varlığı bir objektif cezalandırılabilme şartıdır.³⁷

Bu suç aynı zamanda seçimlik hareketli bir suçtur. Maddede sayılan fiil kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kurmak, yönetmek, bu örgüte üye olmak, örgüt adına suç işlemek, örgüte bilerek ve isteyerek yardım etmek, örgütün propagandasını yapmaktan ibarettir.

5237 sayılı TCK cürüm ve kabahat ayrımını kaldırmıştır. Kabahat nevinden suçlar 5326 sayılı Kabahatler Kanunu kapsamına alınmış olup, kabahatlere idari yaptırım uygulanacağı belirtilmiştir. Böylece kabahat nevinden fiillerin işlenmesi için kurulan örgüt TCK md. 220 kapsamında değerlendirilmeyecektir.³⁸

Maddenin 1. fıkrasında “Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler...” denmektedir. Bilindiği gibi “suç ve cezada kanunilik ilkesi” gereğince kanunda belirtilmeyen hiçbir hareket suç olarak nitelendirilemez. Bu yüzden bu durumun maddede belirtilmesi, gereksiz bir tekrardan başka bir şey değildir. Bu yüzden fıkranın “suç işlemek amacıyla...” şeklinde olması gerekirdi.³⁹

Örgütü kurmak ve yönetmek suçu maddenin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Kanun koyucu isabetli bir şekilde kurmak ve yönetmenin

³⁷ İzzet ÖZGENÇ: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, (Ankara, 2005), 225

³⁸ 765 sayılı TCK 313. maddenin başlığı ise “Cürüm İşlemek için Teşekkül Meydana Getirmek” ti. Bu Dönemde sadece cürüm niteliğinde olan suçların işlenmesi için örgüt kurulabiliyordu. 4422 sayılı ÇASÖMK ise “suç işlemek amacıyla örgüt kurmayı” cezalandırmaktaydı. Bilindiği gibi o dönemde 765 sayılı Ceza Kanunu yürürlükteydi. Yani cürüm ve kabahat ayrımı geçerliydi. Bu yüzden Çıkar amacıyla kurulan bir örgüt ister cürüm işlemek için, ister kabahat işlemek için kurulmuş olsun, 1. maddede öngörülen nitelikleri taşıyan örgüt mensuplarının cezalandırılacağı kabul edilmek gerekirdi. Vesile Sonay EVİK: Çıkar Amaçlı..., 266.

³⁹ Aynı yönde bkz. İzzet ÖZGENÇ: TCK Gazi Şerhi, 967

cezasını aynı olarak belirlemiştir.⁴⁰ Örgüte üye olunması ise ikinci fıkrada ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.

Maddedeki suçun cezalandırılabilmesi için amaç suçlar etrafında fiili birleşmeler yeterli değildir. Buna ek olarak örgütün, üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemek için elverişli olması gerekmektedir.⁴¹ Elverişlilikten somut olay elverişliliği anlaşılmalıdır. Olayın şartları içinde, failer ellerindeki araçlarla arzu ettikleri neticeleri gerçekleştirebilirlerse elverişlilik olacaktır.⁴² Örneğin devletin güvenliğine karşı suçları işlemek için bir araya gelen üç kişi açısından, elverişlilik kıstası yerine gelmemiş olması nedeniyle, suç örgütü kurma suçu oluşmayacaktır.

1.1.3.2.1. Örgüt Kurmanın Cezalandırma İçin Yeterli Oluşu

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu amaç suçlardan bağımsız olarak cezalandırılır. Yani örgüt henüz hiçbir suç işlememiş bile olsa 220. maddedeki şartlar yerine gelmiş ise örgüt kurma suçundan cezalandırma yoluna gidilecektir.⁴³ Eğer örgüt ayrıca suç da işlemiş ise bu durumda gerçek içtima kuralları uygulanacaktır. Yani hem amaç suçun cezası hem de örgüt

⁴⁰ ÇASÖMK'da örgütü kurmak ve yönetmek aynı ceza ile cezalandırılırken; 765 sayılı Ceza kanununun 313. maddesi ise örgütte yönetici olmayı temel cezanın ağırlatıcı nedeni olarak öngörmüştü.

⁴¹ 765 sayılı TCK da belli maksat etrafında fiili birleşmeler örgütün kurulması için yeterli görülmüştür. 4422 sayılı kanunun 1. maddesinde ise örgütün temel amacının, haksız çıkar sağlamak olması gerekmektedir. Bunun yanında doğrudan veya dolaylı olarak bir kurumun kuruluşun veya teşebbüsün yönetim ve denetimini ele geçirmek, kamu hizmetlerinde, basın ve yayın kuruluşları üzerinde nüfuz ve denetim elde etmek, 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, seçimlerde oy elde etmek veya seçimleri engellemek maksadı ile kurulmuş olması gerekmektedir. Sadece bu amaçları taşıması bu örgütün çıkar amaçlı suç örgütü olmasına yetmez. Bu amaçlara ulaşmak için yasada belirtilen yöntemleri benimsemiş olması gerekir. Bu yöntemler ise; Zor veya tehdit uygulamak, kişileri kendilerine tabi olmaya zorlamak, mensupları arasında her ne suretle olursa olsun açık veya gizli işbirliği yapmak suretiyle, yıldırma veya korkutma veya sindirme gücünü kullanmalıdır. Mustafa TAŞKIN: 8.

⁴² Doğan SOYASLAN: Özel Hükümler, 453

⁴³ Erkan CANAK: Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma ve Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçları, (İstanbul, 2005), 29; İzzet ÖZGENÇ: Ekonomik Çıkar Amacıyla, 272; Doğan SOYASLAN: Özel Hükümler, 451

kurma suçunun cezası ayrı ayrı verilecektir (md. 220/4).⁴⁴ Bileşik suçtan⁴⁵ hareket eden bir görüş örgüt kurmak, amaç suç işlendiği takdirde amaç suçu düzenleyen norm tarafından ayrıca şiddet sebebi sayılmışsa, “gerçek içtima” kurallarının uygulanamayacağı; yani faile hem örgüt oluşturmak suçundan hem de amaç suçtan dolayı ceza verilemeyeceği, sadece amaç suçun ağırlaştırılmış cezasının verilmesiyle yetinileceğini savunmaktadır.⁴⁶ TCK md. 188 de “uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti” suçu düzenlenmiştir. Maddenin 5. fıkrasında eğer suç bir örgütün faaliyeti çevresinde işlenmiş ise cezanın yarı oranında artırılacağı yazmaktadır. Bu görüşe göre artık sadece bu ağırlaştırılmış ceza verilmeli bunun yanında örgüt kurma veya örgüte üye olma suçlarından dolayı ceza verilmemelidir. Hakeri ise organ ve doku ticareti suçuna ilişkin verdiği örnekte; suçun örgütün faaliyeti çevresinde işlenmesi halinde hem örgüt üyeliğinden hem de ağırlaştırılmış organ ve doku ticareti suçundan cezalandırılacağını savunmaktadır.⁴⁷

Bir hareketin cezalandırılabilmesi için en azından teşebbüs aşamasında kalması gerekmektedir. Suçun hazırlık hareketleri kural olarak cezalandırılmaz. Hazırlık hareketi olan bazı fiiller suç olarak tanımlanmış olabilir.⁴⁸ Suç işlemek amacıyla örgüt kurulması da amaçlanan suçlar açısından hazırlık hareketi mahiyetindedir. Ancak kanun koyucu işin mahiyeti gereği bu hareketi başlı başına bir suç olarak düzenlemiştir. Örgütün kurulmasıyla tamamlanmış bir suç söz konusudur. Örgütün amacı etrafında ayrı bir suç işlenmesi ise ayrı bir hareketi gerektirir. Bileşik suçtan söz edebilmek için ortada tek bir fiilin olması gerekir. Ancak burada birden fazla hareket mevcut olduğu için hem örgüt üyeliği suçundan hem de amaç suçun ağırlaştırılmış şeklinden cezalandırılma yoluna gidilmesi gerekmektedir.

⁴⁴ 765 sayılı TCK 313/5’de bu duruma bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre “teşekkül mensuplarının teşekkülün amacına yönelik cürümleri işlemesi halinde, verilecek cezaların toplamı en ağır cezayı gerektiren fiilin cezasının azami haddini geçemez.”

⁴⁵ TCK 42. maddede bileşik suç şöyle tarif edilmiştir: “biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir.”

⁴⁶ Erkan CANAK: 64; Vesile Sonay EVİK: Çıkar Amaçlı..., 333; Tükan Yalçın SANCAR; 161

⁴⁷ Hakan HAKERİ: Sorularla Ceza Hukuku, (Ankara, 2005), 245

⁴⁸ İzzet ÖZGENÇ: TCK Gazi Şerhi, 468

1.1.3.2.2. Süreklilik Unsuru

Amaç suçları işlemeye elverişli olan örgütün süreklilik de taşıması arz etmektedir. Örgütlenmenin bir süre devam etmesi bu suça devamlı suç karakteri verir.⁴⁹ Süreklilik unsuru örgütü iştirakten ayıran temel özelliktir. Örgütlü suçta örgüt üyeleri arasında devamlı bir işbirliği şart iken iştirak edenler arasında devamlı bir işbirliği aranmaz ve suçun işlenmesi ile birlikte suç ortaklığı da ortadan kalkar.⁵⁰ İştirak ilişkisinden bahsedebilmek için, suç ortakları nezdinde suçun konu veya mağdur itibarıyla somutlaşması gerekir. Yani, suç ortaklarının hangi nesneye veya kime karşı suçu işleyeceklerini kendi aralarında tayin etmeleri gerekir. Buna karşılık suç örgütünden bahsedebilmek için örgüt mensuplarınca işlenecek suçların konu ve mağdur itibarıyla tayin edilmesi zorunlu değildir.⁵¹

1.1.3.2.3. Örgütün Silahlı Olması

Örgütün silahlı olması örgütün kurulmuş olması için şart değildir ancak, suçun ağırlatıcı nedenidir. Örgüt silah kaçakçılığı işi ile uğraşüyor ve silahları sadece bu amaçla bulundurabilir. Bu durumda da örgütü yine silahlı sayılmamak gerekir. Ancak örgütün bunları gerektiğinde kullanmak üzere de bulundurduğu kabul edilirse örgüt yine silahlı sayılacaktır.⁵²

⁴⁹ Doğan SOYASLAN: Özel Hükümler, 451

⁵⁰ Vesile Sonay EVİK: Çıkar Amaçlı, 248. "Cürüm işlemek için teşekkül oluşturmaktan sanıklar S.A., G.K'un yapılan yargılamaları sonunda; beraatlarına dair (Erzurum) Devlet Güvenlik Mahkemesinden verilen 12.12.2000 gün ve 288 esas, 328 karar sayılı hükmün Yargıtay'ca incelenmesi müdahil vekili tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığından tebliğ name ile 4.4.2001 günü daireye gönderilmekle incelenip gereği düşünüldü: yapılan duruşmaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin tahkikat neticelerine uygun olarak tecelli eden kanaat ve takdirine, bir suç işlemek kararlılığı ile birden fazla kişinin bir araya gelmelerinin süreklilik ögesi içermemesi ve suçta muayyenlik nedeniyle atılı suçun unsurlarının oluşmamasına, tetkik olunan dosya müderecatına göre müdahil vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün isteme aykırı olarak (Onanmasına), 2.7.2001 gününde oy birliği ile karar verildi.(Yargıtay 8. CD 2.7.2001 E.7261/K.12457) M. Naci ÜNVER: 59.

⁵¹ İzzet ÖZGENÇ: Ekonomik Çıkar Amacıyla, 272

⁵² Vesile Sonay EVİK: Çıkar Amaçlı, 291

1.1.3.2.4. Asgari Kişi Sayısı

Örgütün kurulmuş olması için en az üç kişinin varlığı zorunludur.⁵³ Bu zorunluluktan dolayı bu suça doktrinde “kolektif suç” da denmektedir.⁵⁴ Bu suç niteliği gereği ancak birden fazla kişinin fail olarak katılmasıyla gerçekleşebilen çok failli bir suçtur. Çok failli suçlar da yakınsama suçları ve karşılaşma suçları olmak üzere ikiye ayrılır. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu yakınsama suçları grubundandır. Zorunlu olarak suçun işlenişine katılımda bulunan kişiler, aynı yönden hareket etmektedirler ve aynı gayenin gerçekleşmesini hedeflemektedirler.⁵⁵

Örgütü kuran: kendi başlarına veya başkaları ile anlaşma yapılmasını başlatanlar, kendi faaliyetleri ile örgütün doğmasına sebebiyet verenlerdir.⁵⁶

Yönetenler ise üst pozisyonda kolektif faaliyeti kısmen veya tamamen düzenleyen, nizama koyanlardır.⁵⁷

“Örgüte üye olma hareketi, minimum haliyle örgüte kendi gücünü, enerjisini sunma, istediği zaman kendisinden yararlanabileceğini kabul etme şeklinde örgütü en azından potansiyel olarak güçlendirmedir”.⁵⁸

Örgütün amaç suçlarını örgüt adına işleyen ancak örgüt üyesi olmayan kimseler örgüt adına suç işleyen olarak adlandırılmaktadır.⁵⁹

⁵³ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 313. maddesi 1979 yılında değiştirilene kadar örgütün meydana gelmesi için beş kişinin varlığını aramaktaydı. Değişiklikten sonra örgütün kurulmuş olması için iki kişinin varlığı yeterli görülmüştür. 4422 sayılı kanun ise 1. maddesinde örgütün kurulmuş olması için herhangi bir sayı aramamıştır.

⁵⁴ Uğur ALACAKAPTAN: “Genel Olarak Bazı Suçlar Bakımından Cürüm İşlemek İçin Örgüt Meydana Getirme Suçu”, Çetin Özek Armağanı, (İstanbul, 2004), 25

⁵⁵ Erkan CANAK: 81

⁵⁶ Doğan SOYASLAN: Özel Hükümler, 454

⁵⁷ Antolisei F. Manuale di diritto penale. Parte generale. 1980. Parte speciale I-II. 1981’den naklen Doğan SOYASLAN: Özel Hükümler, 454

⁵⁸ Vesile Sonay EVİK: Çıkar Amaçlı, 257

⁵⁹ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 313. maddesinde böyle bir hareket öngörülmemiştir. 4422 sayılı kanunda ise “örgüt adına faaliyette bulunma” hareketi düzenlenmişti. Böylece kanun koyucu örgüt adına herhangi bir görev veya iş yapılmasını cezalandırmaktaydı. Bu yapılan hareketlerin suç olması da gerekmekteydi.

Örgüte yardım eden kişi örgüt üyesi olmamakla birlikte, örgütün niteliğini bildiği halde ona yardım eden kişidir.⁶⁰ Yardımda bulunanın kastı somut bir suça ilişkin olmalıdır.⁶¹ Bu yardımda bulunmanın belirsiz suçlara da yönelik olması halinde artık örgüt üyesi olmaktan bahsedilmesi gerekir.

Burada bir hususun belirtilmesinde fayda vardır. Md. 220/6. fıkra “örgüt adına suç işleyen kişi”nin örgüt üyesi olmadığı belirtilirken; md. 220/7. fıkra “örgüte yardım eden” nin örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmadığı belirtilmiştir. Örgüt üyesinin örgütün hiyerarşik yapısına dahil olacağı muhakkaktır. Bu yüzden örgüt üyesi olmamakla örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmamanın aynı anlama geldiği söylenebilir. Zira 220. maddenin gerekçesinde de örgüt adına suç işleyen kimsenin örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmadığı açıkça belirtilmiştir.

4422 sayılı kanunda “örgüt adına faaliyette bulunma” ve “bilerek hizmet yüklenme” suçları örgütü yönetme ve kurmak ile eşdeğerde görülmüş; örgüte üye olmak suçundan daha ağır bir ceza ile cezalandırılmıştı. 220. maddede ise isabetli olarak “örgüt adına suç işlemek” ve “örgüte yardım etmek”, örgüte üye olmak suçu ile aynı cezaya çarptırılmıştır.

1.1.3.3. Suçun Manevi Unsuru

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu kasten işlenebilen bir suçtur. 765 sayılı kanun döneminde örgütün suç işlemek saiki ile kurulması gerektiği için genel kastın yeterli olmayacağı, özel kastın bulunması gerektiği söylenebilirdi. Yani örgüt mensuplarının şuurlu biçimde bir araya gelmek

⁶⁰ 765 sayılı Türk Ceza Kanununda yardım etme fiili ayrı bir suç olarak 314. maddede düzenlenmişti. “Barınacak yer göstermek; erzak, silah ve cephane tedarik etmek” gibi örnek kabilinden hareketlerin yanında her türlü yardım da örgüte yardım kapsamında değerlendirilmiştir. Bu kanunda yardım etme suçu daha az ceza ile cezalandırılmıştı. 4422 sayılı kanunda ise yardım etmenin karşılığı olarak “bilerek hizmet yüklenme” nin cezalandırıldığını söyleyebiliriz. Bilerek hizmet yüklenme bu kanuna göre örgüt kurma, örgüt yönetme ile aynı ceza ile cezalandırılmıştır.

⁶¹ İzzet ÖZGENÇ: TCK Gazi Şerhi, 533

idealleri varlığı yetmez; aynı zamanda, birleşmenin birden çok suç işleme saiki ile istenmiş olması gerekir.⁶² Yeni TCK' da amaç veya saik kastla özdeş veya kastın bir türü olmadığı için artık genel kast- özel kast ayrımı kalkmıştır. Bu yüzden örgütün “suç işlemek amacıyla” kurulması, suçun temel şekline ilişkin bir unsur teşkil etmektedir.⁶³

Doğrudan kast, muhtemel kast bakımından değerlendirecek olursak; örgütü oluşturan kişiler, kime karşı, nerede ve ne zaman işleneceği henüz belli olmayan bir takım suçları işlemeyi amaçladıklarından, suçun oluşumu için doğrudan kast gerekmektedir.⁶⁴

Burada örgüt yöneticileri ile ilgili özel bir duruma değinmek gerekmektedir. Örgüt içinde hiyerarşik bir yapının olmasından dolayı örgüt üyelerinin her zaman serbest iradeleriyle hareket ettiklerini söylemek mümkün olmaz.⁶⁵ Bu suçlara örgüt yöneticilerinin azmettiren veya teşvik eden şeklinde iştirak etmeleri kuvvetle muhtemeldir. Böyle düşünen Kanun koyucu TCK md. 220/5'te örgüt yöneticilerini, örgütün işlediği bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırmıştır.

Bir kimse örgüt yöneticisi olsa bile, örgüt mensupları tarafından amaç suçların işlenmesi halinde sadece iştirak iradesi çerçevesinde maddi veya manevi olarak suçun işlenmesine nedensel katkısı var ise iştirak hükümlerine göre sorumlu kabul edilebilir.⁶⁶ Yoksa örgütün sadece yöneticisi olmak, örgüt üyelerince örgütün amaç suçlarının işlenmesi durumunda örgüt yöneticilerinin müşterek fail olarak sorumlu tutulmalarını gerektirmez.⁶⁷ Bunun aksine, örgüt yöneticilerinin işlenilen suça herhangi bir katılımı olmadığı halde, sırf örgüt

⁶² Uğur ALACAKAPTAN: “Cürüm İşlemek”, 27; Vesile Sonay EVİK: “Cürüm İşlemek”, 386

⁶³ İzzet ÖZGENÇ: TCK Gazi Şerhi, 243

⁶⁴ İzzet ÖZGENÇ: Ekonomik Çıkar Amacıyla, 279

⁶⁵ İzzet ÖZGENÇ: “Suç Teşekkülü, Düşünceyi Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti”, İÜHFM, Türkan RADO'ya Armağan, C. LV, S. 3, yıl 1997, 56

⁶⁶ Vesile Sonay EVİK: Çıkar Amaçlı, 320; Çetin ÖZEK: “Silahlı Çete Amaç Suç İlişkisinde İştirak Sorunları”, AÜSBFD Yılmaz Günal'a Armağan, C. 49, Haziran-Aralık 1994, s. 3–4, 365 (Silahlı Çete)

⁶⁷ İzzet ÖZGENÇ: “Suç Teşekkülü”, 56

yöneticisi olmaları nedeniyle cezalandırılması, demokratik sistemle bağdaşmayan “cezai sorumluluğun şahsiliği ilkesine” aykırı, totaliter sistemlerin “fail kusurluluğu” anlayışını benimsemek anlamına gelir.⁶⁸

TCK 220/5. maddeye göre ise örgüt yöneticileri örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan ayrıca fail olarak cezalandırılmaktadır. Böyle bir düzenlemenin nedeni örgüt liderinin esas sorumlu kişi olması ve örgüt mensupları arasında en tehlikeli kimse olduğu görüşünden kaynaklanmaktadır.⁶⁹ Bir kimse örgüte girerken, örgüte hakim olan hiyerarşiyi de kabullenmektedir. Bu hiyerarşik yapı nedeniyle örgütün amacı çerçevesinde suç işleyen kimselerin serbest iradeleriyle hareket ettiklerini söylemek güçtür.⁷⁰ Bu yüzden örgüt liderlerini işlenen suçlar açısından “dolaylı fail” olarak sorumlu tutmak gerekir. Ancak örgüt lideri işlenen bu suçlarla bir ilgisinin olmadığını, bu suçların kendisinin bilgisi haricinde işlendiğini ispatlaması halinde, onu bu suçlardan dolayı sorumlu tutmamak gerekir. Aksi kabulün Anayasa md. 38 yer alan “ceza sorumluluğunun şahsiliği” ilkesine aykırı olacağı kanaatindeyiz.

1.1.3.4. Müeyyide

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve kurulan bu örgütü yönetme suçunun cezası iki yıldan 6 yıla kadar hapis cezasıdır.

Kurulmuş olan bu örgüte üye olan kimseler ise bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Örgüt adına suç işleme ve örgüte yardım etme hareketleri de örgüte üye olma suçunun cezası ile cezalandırılmıştır.

765 sayılı Türk Ceza Kanununun 313. maddesinde örgütü kuranlar ve örgütü yönetenler bir yıldan iki yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Örgütü yönetenlere ise hükmedilecek ceza üçte birinden

⁶⁸ Çetin ÖZEK: “Silahlı Çete”, 369; Türkan Yalçın SANCAR: 158

⁶⁹ İzzet ÖZGENÇ: TCK Gazi Şerhi, 508

⁷⁰ İzzet ÖZGENÇ: TCK Gazi Şerhi, 509

yarısına kadar artırılarak uygulanır. Bu kanunda örgüt adına faaliyette bulunma suçu düzenlenmemiştir. Örgüte yardım suçu ise 314. maddede ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir; cezası ise altı aydan bir yıla kadar hapis cezasıydı.

4422 sayılı kanunda ise örgütü yönetenler, örgütü kuranlar, örgüt adına faaliyette bulunanlar ve bilerek hizmet yüklenenlere üç yıldan altı yıla kadar; örgüt üyelerine ise iki yıldan dört yıla kadar ağır hapis cezası verilmekteydi.

Görüldüğü üzere bu üç kanunda da örgütlü suça uygulanacak cezaların miktarları farklıdır. Bu yüzden burada ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması sorunu ile karşılaşilmektedir. Kanunlar yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren, ilgili olaylar hakkında derhal uygulanır.⁷¹ Ancak cezayı kaldıran veya hafifleten kural, henüz yargılanmamış suçlar ile kesin hükme bağlanmış mahkûmiyetler, yargılanmış ve hatta cezası çekilmekte olan suçlar hakkında da uygulanarak geçmişe yürüyeceği için⁷² bu durumu değerlendirmek gerekmektedir:

1 Haziran 2005 tarihinden önce tamamlanmış “çıkar amacı gütmeyen” örgüt suçlarında md. 313 uygulanacaktır. Örgüt kurma, örgüt yönetme, üye olma, yardım etme suçlarının cezası 220. maddeye nazaran 313. maddede failin lehine olduğu için 1 Haziran 2005 tarihinden sonra yapılacak yargılamalarda da 313. madde uygulanacaktır.

1 Haziran 2005 tarihinden önce tamamlanmış “ çıkar amacı güden” örgüt suçlarında 4422 sayılı kanunun 1. maddesi uygulanacaktır. Bu kanun örgütü yöneten, kuran, bilerek hizmet yüklenen, örgüt adına faaliyette bulunanlara 3 yıldan 6 yıla kadar ağır hapis cezası verirken 220. madde örgütü kuran ve yönetenlere 2 yıldan 6 yıla kadar hapis cezası vermektedir.

⁷¹ Hakan HAKERİ: Ceza Hukuku, Dördüncü Baskı, (Ankara, 2005), 43

⁷² Hakan HAKERİ: Ceza Hukuku, 43

Yukarı sınırı aynı, aşağı sınırı farklı olan kanunlarda aşağı sınırı az olan kanun failin lehinedir.⁷³ Bu yüzden kurma ve yönetme fiilleri bakımından 220. madde uygulanmalıdır. 220. madde örgüt adına suç işlemeyi ve örgüte yardım etmeyi örgüte üye olma suçunun cezası ile cezalandırmıştır; cezası 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezasıdır. Bu suçlar bakımından da 220. madde failin lehinedir. 4422 sayılı kanun örgüte üye olmayı 2 yıldan 4 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırmıştır. 220. maddede suçun cezası 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezasıdır. Yine burada da 220. madde örgüt üyesi failin lehinedir.

1.1.4. Terör Suçu ve Örgütlü Suçun Karşılaştırılması

Terör, bireylerin ve grupların siyasal bir amaçla başka kişi ve gruplara karşı giriştikleri savaş dışı siyasal şiddet eylemleridir.⁷⁴ Bir diğer tanım ise TMK md. 1'de yer almaktadır. Buna göre:

“Terör; baskı, cebir ve şiddet, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzenini değiştirmek, Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye düşürmek, devlet otoritesini zaafa uğratmak 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 eylemdir.”

“Terör” hukuksal olmaktan çok siyasal bir kavramdır. Anayasal, siyasal ve toplumsal düzenin “cebir-şiddet”e dayanan hukuka aykırı yöntemlerle değişimine yönelik eylemler terör eylemidir.⁷⁵ Aslında terör suçları da örgütlü

⁷³ Hakan HAKERİ: Ceza Hukuku, 44

⁷⁴ Mustafa TAŞKIN: 10

⁷⁵ Çetin ÖZEK: “Organize Suç”, 212.

suğun bir çeşididir. Ancak terör başlı başına bir suç alanı olduğundan örgütlü suç niteliği taşımasına rağmen bu kapsamda değerlendirilmemektedir.⁷⁶

Ancak terör suçlarının siyasi saikle işlenmesi ve mensuplarının genellikle bir siyasi fikri hayata geçirmek için bir araya gelmeleri⁷⁷, bir başka deyişle terör suçlarında “siyasi örgütlenme”, örgütlü suçlarda ise “adi örgütlenme”⁷⁸ söz konusu olduğu için örgütlü suçlar terör suçlarından ayrılır.

Bir örgütlü suç grubunun siyasi bir amacı bulunmamakta ve faaliyetlerinin dürtüsünü ideolojik kaygılar belirlememektedir. Anılan grubun temel amacı, güç ve para elde etmektir. Bir suç örgütünün siyasi bağlantıları bulunabilir. Ancak bunun amacı işlemiş oldukları suçlara göz yumulmasını veya bu bağlantılar sayesinde belli bir himaye sağlamaktır.⁷⁹ Terör örgütlerinin ise yakın ve uzak hedefleri vardır. Yakın hedef toplumu kaosa sürükleyici eylemleri gerçekleştirmek ve bu kaos üzerinden nihai olarak siyasal temel hedefe ulaşmaktır.⁸⁰ Bu durum kendi siyasi hedeflerine ulaşmak amacıyla şiddet kullanan terör örgütlerinden örgütlü suçu ayıran temel noktayı oluşturmaktadır.

Terör örgütlerinin amacı mevcut siyasal düzeni değiştirmektir. Örgütlü suçta ise böyle bir amaç mevcut değildir. Ancak günümüzde amaç unsuru bakımından bu kadar net bir ayırım yapılamamaktadır. Zira terör örgütleri de başta uyuşturucu olmak üzere, silah, organ, işçi kaçakçılığı gibi alanlarda suç işlemekte ve yasa dışı kazanç elde etmektedir. Nihai amaç siyasi içerikli olmasına rağmen bu amaca ulaşmak için ekonomik amaçlı eylemlerde de bulunabilmektedirler.⁸¹ Terör örgütleri ile örgütlü suçların bu bağlantısı

⁷⁶ Mustafa TAŞKIN: 10.

⁷⁷ M. Volkan DÜLGER: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Organize Suçla Mücadelede Özel Koruma Tedbirleri”
http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/aihmd_organizesuc.htm 17.08.2004

⁷⁸ Ali ŞAFAK: 12.

⁷⁹ Hasan DURSUN: Organize Suça Genel Bakış, (Ankara, 2001) 14.

⁸⁰ Sulhi DÖNMEZER: “Organize Suçlulukla...”, 6.

⁸¹ Mustafa TAŞKIN: 11.

Birleşmiş Milletler Örgütü Uluslar arası Narkotiklerin Kontrolü Kısımının 1993'te açıkladığı raporunun 5. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir:

“Uyuşturucu kartelleri arasında kurulan bağlarla dünyada uyuşturucu kaçakçılığı ve terör faaliyetleri, etnik kutuplaşmanın ve ekonomik sıkıntıların olduğu bölgelerde daha yoğun görülmektedir.”⁸²

Terör örgütlerinde suç oluşturan eylemlerin meşru olduğuna dair bir inanç olduğu halde, örgütlü suç grupları yaptıkları eylemin suç oluşturduğunu bilirler⁸³ ancak bunun takibinden kurtulmak isterler.

Bu yüzden terör örgütleri haklı olduğuna inandıkları düşünceleri topluma duyurmak isterler. Bunun için de şiddeti⁸⁴ bir vasıta olarak kullanırlar. Suç örgütleri ise eylemlerinde gizliliği tercih ederler. Şiddet eylemleri kendilerini açığa vuracağı, kamuoyunda tehlike sinyalleri vereceği ve sonuçta kamu otoritelerini mücadeleye mecbur kılacağından, suç örgütleri şiddete en son çare olarak başvurumaktadırlar.⁸⁵

Terör örgütlerinin eylemlerini açıktan yapması ve genelde o eylemlerin eylemi yapan terör örgütüncü üstlenilmesi nedeniyle suçluları kim olduğu bilinmektedir. Bu yüzden bu aşamadan sonra gizli soruşturmacı tedbirine başvurmaya pek de gerek yoktur. Terör örgütlerine yönelik olarak kullanılacak gizli soruşturmacı tedbiri genelde işlenecek suç planlarını ortaya çıkarmak amacıyla yani, önleme amaçlı olarak kullanılır. Suç örgütleri ise yaptıkları eylemlerde gizliliği tercih ettiği için, onlar tarafından işlenen suçların açığa çıkarılması önem taşır. Bu yüzden suç örgütlerine yönelik

⁸² Türk Demokrasi Vakfı: Terörizm ve Organize Suçlar (Ankara, 1999),15.

⁸³ Mustafa TAŞKIN: 12.

⁸⁴ Terör, siyasal şiddet eylemi olarak, siyasal iktidar düzenini değiştirmeye yönelik bir mücadele aracıdır. “Terörizm”, siyasal/toplumsal yapıyı siyasal şiddet yöntemiyle yıkararak amaçlanan yeni bir düzen getirmek dinamizmini içerir. Belirtilen nedenle mevcut siyasal iktidar düzenine şiddet yöntemiyle egemen olmak terör eylemi değildir. Bir şiddet eyleminin terör eylemi olarak nitelendirilebilmesi, eylemin siyasal iktidar düzenini değiştirmeye yönelik olmasına bağlıdır. Çetin ÖZEK: “Organize Suç”, 215.

⁸⁵ Mustafa YÜCEL: “Organize Suç”, TBB, C. 11, s. 3/1998, 1066.

olarak kullanılacak gizli soruşturmacıdaki amaç genelde işlenen suçların açığa çıkması ve suç faillerinin cezalandırılmasına yarayacak delillerin elde edilmesidir.

1.1.5. Tipik Örgütlü Suç Çeşitleri

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Örgüt suçunu düzenleyen 220. maddesinin “kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar...” ibaresi gereğince kanunlarda yer alan bütün suçların teorik olarak örgütlü suç kapsamına girmesi mümkündür. Ayrıca madde gerekçesinde “kanunlarda suç olarak tanımlanan fiiller...”⁸⁶ İbaresini gereğince de bu suçların sadece Türk Ceza Kanununda düzenlenmesi gerekmez, diğer özel kanunlarda yer alan suçlar da örgütlü suç kapsamında değerlendirilebilir.

Bu arada şunu da belirtmekte fayda vardır ki; 765 sayılı Türk Ceza Kanunu suçları cürüm ve kabahat olarak ayırmış ve 313. maddesinde “cürüm işlemek amacıyla teşekkül oluşturmak” suçunu düzenlemiştir. Bu yüzden bu kanun döneminde kabahatleri işlemek amacıyla bir örgütlenmeyi 313. madde kapsamında değerlendirme imkânı yoktu. 5237 sayılı kanun suçlarda cürüm ve kabahat ayrımını kaldırmıştır. Daha doğrusu kabahat nevinden suçlar ceza kanunu kapsamından çıkarılmıştır. Bu suçlar artık 30.03.2005 tarihinde kabul edilen 5326 sayılı Kabahatler Kanunu kapsamında değerlendirilecek ve bunlara idari yaptırımlar uygulanacaktır. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda kabahat olarak değerlendirilen bazı suçlar ise önemleri gereği yeni ceza kanuna alınmıştır. Böylece eski ceza kanunu 313. madde kapsamında değerlendirilemeyen birçok kabahat neviden suç yeni kanunun 220. maddesi kapsamında değerlendirilebileceklerdir.

Suç örgütleri, kısa zamanda ve hızlı bir biçimde kazanç sağlayabilecek, maliyeti düşük, yakalanma riski az olabilecek kriminal faaliyet

⁸⁶ Gürsel YALVAÇ: Yeni Türk Ceza Kanunu, (Ankara, 2004), 405.

alanlarını tercih ederler. Yakalanma ve cezalandırılma riskini azaltmak için de, görünüşte mağdurları olmayan suçluluk alanlarında uzmanlaşmaktadırlar. Bu tür suçlarda mağdurlar ya suçun işlenmesinde kendi katkılarından dolayı(uyuşturucu madde, illegal şans oyunları, suçları gibi) ya da suç organizasyonunun tehdidinden korktuklarından dolayı suçu ihbar etmekten kaçınmaktadırlar.⁸⁷

“Örgütlü suçta (organize suçluluk) belirli bir suç tipi değil, aksine suçun planlanması ve işlenmesindeki niteliğe yönelik kriminolojik değerlendirme ile ulaşılan bir varsayım söz konusudur.” Bu yüzden farklı görünüş biçimine sahip birçok suç tipi bu kavram altında ele alınmaktadır.⁸⁸ Bu yüzden örgütlü suçu aşağıda sayılanlarla sınırlı tutmak doğru değildir. Bu tür suçlar günün menfaat odaklarına göre değişiklik gösterirler.⁸⁹

Bu suçlardan bazıları şunlardır: illegal uyuşturucu madde ticareti, illegal silah ticareti, kıymetli evrak sahtekârlığı, altın kaçakçılığı, tarihi eser kaçakçılığı, sermaye yatırım dolandırıcılığı, kara para aklama⁹⁰, sübvansiyon, ihale ve kredi kartı yolsuzlukları, ödeme araçlarının kötüye kullanımı ve sahtekarlığı, sahte para imali, sigorta şirketleri aleyhindeki dolandırıcılık, yüksek değerdeki motorlu taşıtlar ile tır, konteynır ve gemi yüklerinin kaçırılması, çöplerin illegal imhası ve başka ülkelere gönderilmesi, illegal organ ticareti, illegal teknoloji transferi, elde edilen eşyanın merkezi bir sistemde değerlendirildiği hırsızlık türleri, yabancı ülkelere illegal işçi gönderilmesi, tehdit yoluyla koruma parası alınması, “terörizm”, illegal şans oyunları⁹¹, nükleer madde kaçakçılığı, zehirli atıkların yasa dışı yollarla

⁸⁷ SCHNEIDER: Neuere Kriminologische Forschungen, 816'dan naklen Adem SÖZÜER: 259.

⁸⁸ M. Ruhan ERDEM: 45.

⁸⁹ Feridun YENİSEY: 115.

⁹⁰ “Kara para elde etmek ciddi bir organizasyon gerektirmektedir. Elde edilen kara paranın aklanması da teknik bir kadro ile, planlı hareketle ve örgüt tarafından gerçekleştirilebilir. Bu nedenle nerede kara para varsa orada suç örgütü, nerede suç örgütü varsa orada kara para vardır denilebilir.” Mustafa TAŞKIN: 24

⁹¹ Adem SÖZÜER: 261.

etkisiz hale getirilmesi⁹², tefecilik⁹³, yasa dışı göçmen nakli, fuhuş, cins hayvan ticareti, korsanlık, adam kaldırma, bilişim suçları, ihaleye fesat karıştırma, menfaat karşılığı adam öldürme, iş adamlarının fidye karşılığı kaçırılması, dilencilik⁹⁴⁻⁹⁵, hayali ihracat suçları olarak sıralamak mümkündür.

1.1.6. Örgütlü Suçun Ortaya Çıkma Nedenleri

Örgütlü suçun ortaya çıkma nedenleri bakımından ilk dikkate alınan husus toplumsal yapıdaki keskin bölünmeler, zengin-yoksul farkının derinleşmesi gibi, sosyo-ekonomik olayların toplumsal değerler üzerindeki olumsuz etkileridir.⁹⁶

Örgütlü suçun ortaya çıkmasına ve artmasında genel değer yargılarının değişimi, memur ahlakının zayıflaması, idarenin iyi işlememesi, bazı resmi kurumların bu kimseleri koruması, kontrollerin azalması da etken olarak gösterilebilir.⁹⁷

Örgütlü suçun ortaya çıkmasındaki en büyük etken belki de devlet otoritesinin zayıflaması buna bağlı olarak adli mekanizmanın işlerliğini kaybetmesidir. Örneğin yetmişli yılların İtalya'sında eşyaları çalınan biri, malın değerinin üçte biri karşılığında eşyalarını geri alabileceği için, polistense mafyaya gitmeyi uygun bulurdu. Devlet organları bu tür durumlarda görevlerini yerine getirmekten acizdi. Mafya aracı olduğu işlerin yüzde 90'ında başarı sağlarken; devlet organları ise olayların yüzde 75'inde

⁹² M. Ruhan ERDEM: 46.

⁹³ Ali ŞAFAK: 31.

⁹⁴ Ümit KOCASAKAL: 143.

⁹⁵ Ülkemizde son zamanlarda özellikle Doğu ve Güney Doğu Anadolu bölgelerinde yaşayan fakir insanların küçük yaştaki çocuklarının suç örgütlerince belirli bir meblağ karşılığı kiralanıp, büyük şehirlerde zorla dilendirildiği bilinmektedir. Suçun önemi gereği, bir kimseyi dilendiren kimseler 5237 sayılı Ceza Kanununa göre cezalandırılacak; dilencilik yapan kimselere ise 5326 sayılı Kabahatler Kanunu gereğince idari para cezası uygulanacaktır.

⁹⁶ Adem SÖZÜER: 263.

⁹⁷ Yener ÜNVER: "Federal Almanya'da Terör ve Organize Suçlulukla İlgili Düzenlemeler", Nurullah Kunter'e Armağan (İstanbul, 1998), 389.

bir şey bulamamakta, yüzde 15'inde suçluları bulmakta, yüzde 10'unda ise çalınan malları bulabilmekteydi.⁹⁸

Serbest piyasa ekonomisinin uygulanması sonucu şekillenen küreselleşme akımı, örgütlü suçun faaliyetlerinin kolaylaşmasına yol açmıştır.⁹⁹ Ayrıca iletişim araçlarındaki gelişmeler, ülkeler arasındaki sınırların kalkması suç örgütlerine yeni imkanlar sunmuş, onlar da bu imkanları en iyi şekilde kullanmayı bilmişlerdir. Örneğin özellikle İtalyan mafyası Avrupa Birliği'ne dâhil ülkelerdeki sınır kontrollerinin kaldırılmasından sonra rahatça İtalya dışındaki ülkelerde de faaliyet göstermeye başlamıştır.

Örgütlü suç, özellikle köklü sosyal, siyasal değişikliklerin yaşandığı karmaşa ve çatışma dönemlerinde ortaya çıkmaktadır.¹⁰⁰ Örneğin, Sovyetler Birliği'nin parçalanması ve bu ülkedeki yaşam standardının ani düşüşü bölgedeki suç örgütlerinin faaliyetlerini önemli ölçüde etkilemiştir.¹⁰¹ Bu tarihten itibaren Rus ve Doğu Avrupa kökenli suç örgütlerinin faaliyetlerinde kayda değer bir artış yaşanmıştır.

Son yıllarda özellikle Avrupa'daki suç örgütlerinin Rus ve Doğu Avrupa kökenli olması dikkat çekmektedir. Orta ve Doğu Avrupa'nın eski sosyalist ülkelerinin ekonomik yeniden yapılanma sürecinde kaynak bulma zorlukları ile karşılaşmaları, bu ülkeleri yabancı sermaye girişlerine mümkün olduğunca az zorluk çıkarma yoluna itmiştir. Söz konusu ülkelerin örgütlü suç konusunda mevzuatlarının yetersizliği ve ekonomik sistemlerinin serbest piyasa ekonomisine geçişte yeniden yapılanma sürecinde bulunması, terör ve suç örgütlerinin istismar ettikleri bir ortam yaratmıştır.¹⁰²

⁹⁸ Pino Arlacchi: Mafya Ahlakı Kapitalizmin Ruhu, Çev. Bahadır Sina ŞENER (İstanbul, 2000), 54.

⁹⁹ Ümit KOCASAKAL: 133

¹⁰⁰ Mustafa AVCI: "Örgütlü Suç Kavramı", http://www.akader.org/khuka/2003_mart/orgutlu_suc.htm 8.05.2004.

¹⁰¹ Effi Lambropoulou: "Criminal 'organisations' in Greece and Public Policy: From Non-Real to Hyper-Real?", International Journal of the Sociology of law, 2003, 72.

¹⁰² Türk Demokrasi Vakfı: 93.

1.2. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DURUM

1.2.1. Fransa

Fransa'da örgütlü suç kavramı ceza mevzuatına önce 2 Şubat 1981 kanunu ile ve hırsızlığın bir ağırlatıcı sebebi olarak girmiş, sonra patlayıcı maddeler, yangın marifetiyle mülkiyetin tahribi suçlarını da kapsar hale getirilmiştir. YFCK, bu ağırlatıcı sebebi ayrıca dolandırıcılık, yataklık, kalpazanlık, fuhuş için aracılık, kişilerin kaçırılması (insan ticareti) suçlarını da kapsar hale getirmiştir.¹⁰³ Yeni Fransız Ceza Kanunu (YFCK) 132-71. maddesi suç örgütü (örgütlü çete) (Bande organise) kavramını şöyle tanımlıyor: " Bu kanuna göre suç örgütü (örgütlü çeteler), kendilerini bir veya birden çok maddi fiillerle ortaya koyan suçların hazırlanması maksadıyla oluşturulmuş bütün gruplar veya birleşmeler (Entente) dir."¹⁰⁴

Fransa'da mafya daha çok Monako, Antibes, Nice, Fréus, Villefranche-sur-Mer gibi güney bölgelerinde yoğunlaşmaktadır. Bunun nedeni, suç örgütlerinin tercih ettikleri finans piyasası olan Basel ve Cenevre'ye bu bölgelerin yakın olmasıdır.¹⁰⁵ Suç örgütleri Fransa'yı daha çok transit ülkesi olarak kullanmaktadırlar. Uyuşturucu, sigara ve maddelerin kaçakçılığı, kara para aklama Fransa'da sık görülen örgütlü suç çeşitleridir. Özellikle kara para aklama Fransa'da oldukça yaygındır.¹⁰⁶

Örgütlü suç ve kartellerini ve suç sonucu elde edilmiş kara para aklama şebekelerini izleyip mücadele eden başlıca Fransız kurumları Genel İstihbarat Servisi, adli polis, gümrüklerdeki bilgi toplama birimleri, jandarma örgütü ve aynı anda birçok bakanlığa bağlı olarak çalışan ve özellikle kara

¹⁰³ Sulhi DÖNMEZER: "Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 Sayılı Kanunla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri", İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, www.izmirbarosu.org.tr/yayinlar/index.htm, 11.10.2004

¹⁰⁴ Sulhi DÖNMEZER, "Çetelerle Mücadele"

¹⁰⁵ Jean ZIEGLER: 90.

¹⁰⁶ Vesile Sonay EVİK: Çıkar Amaçlı, 55.

para aklanmasında kullanılan yolları araştırıp ortaya çıkarmakta uzmanlaşmış olan TRACFİN¹⁰⁷ adlı kuruluştur.

Genel istihbarat servisinin hazırladığı analiz raporu Fransa'da yerleşmiş suç örgütlerinin aşağıdan yukarıya doğru bir sınıflandırmasını yapmaktadır:

1-Piramidin birinci tabanını oluşturan çeteler, sadece tehdit yoluyla para kazanma, her türlü haraç, küçük esnafın, randevu evlerinin, eroin satıcılarının ve Doğu Avrupa kökenli yabancı işçilerin zorunlu korunması gibi adi işlerle uğraşır.

2-İkinci basamak: gerçek sınır ötesi örgütlü suç, geniş kapsamlı suç şebekeleri halinde, bazen kendi adına bazen de başka kıtalardaki kartellerle ortak teşebbüs halinde çalışmaktadır. Bu tip örgütler tercihen Paris'te ya da güneyde, Cote d'Azur'de yerleşmişlerdir.

3-Üçüncü basamak: Rus, Özbek, Kazak, Çeçen, Moldovalı, Polonyalı vb. finans örgütleri Fransa'da tamamen yasal biçimde faaliyet gösterir, çete savaşlarına taraf olmadan finansman şirketleri, bankaları, gayrimenkul tröstlerini yöneterek eski Sovyetler Birliği'nden veya dünyanın diğer yörelerinden gelen sermayeyi Fransa içinde çalıştırırlar. Bu tip örgütlerin tek amacı vardır: suça dayalı parayı aklamak, bu sermayeyi gayrimenkul ve borsa gibi alanlarda çoğaltmak. Böylesi gruplar servet yöneticileri gibi hareket ederler. Doğudan gelen sermaye için kabul komitesi rolünü üstlenirler.

4- Piramidin en tepesinde, Fransa'dan hareketle devasa fonları, dünya üzerindeki mali spekülasyonlarda, ithalat ihracat işlemlerinde, "ortak teşebbüs"lerde karteller adına kullanan iş adamları bulunur. Böylesi iş adamları için en iyi örnek, eski kızıl ordu stoklarından gelen nükleer madde

¹⁰⁷ TRACFİN: Yeraltı Finans Şebekelerine Karşı İşlem ve Bilgilerin Değerlendirilmesi anlamındaki Traitement des renseignements et action contre les circuits financiers clandestins'in kısaltılmasıdır.

ve silahların çok uluslu pazarlarda pazarlanmasını, Rus üretimi 150 kamyonun Kongo-Brazzaville Cumhuriyetine satılmasını, Abhazya'daki taş ocaklarının Paris'te Champs-Elyées'deki büroların işletilmesi sayılabilir.¹⁰⁸

1.2.2.Yunanistan

Yunanistan'da örgütlü suç özellikle terörizm, uyuşturucu madde kaçakçılığı¹⁰⁹, izinsiz silah ticareti¹¹⁰, ekonomik suçlar, orman tahribi suçları, antika eşya kaçakçılığı, alanlarında ortaya çıkmaktadır.¹¹¹

Terörizmin önlenmesi bakımından 1990 yılında “Terör Mağdurlarının Finansal Yönden Desteklenmesi Hakkında Kanun” ile “Toplumun Organize Suçluluktan Korunması Hakkında Kanun” 1991 yılında ise “Şiddet ve Terör Eylemlerinden Zarar Görenlerin Korunması Hakkında Kanun” yürürlüğe konulmuştur.¹¹² 1993 yılında 2145 sayılı “Suçtan Doğan Kazanç Yasası” Yunan Parlamentosu tarafından kabul edilmiştir. Bu yasanın ‘Suç faaliyetlerinden elde edilen varlıkların aklanmasının önlenmesi’ başlıklı üçüncü bölümünde, suç faaliyetlerinden doğan kazancın aklanmasına ceza öngören ve bu tür ‘meşrulaştırma’ çabalarının tespiti ve denetimi için belli önlemler getiren 5. ve 6. Maddeler mevcuttur.¹¹³ İlk defa bu yasa ile kara paranın aklanması özel bir suç haline gelmiştir. 1995'te ilave mevzuat (2331/1995 sayılı Yasa) kabul edildi ve bununla ekonomik suçlarla bağlantılı belirli cezai faaliyetler ayrıntılı olarak tanımlandı ve yasalastırıldı.

Yunanistan'da örgütlü suça yönelik en somut adımın 2001 yılında atıldığı söylenebilir. Yunanistan'ın taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve

¹⁰⁸ Jean ZIEGLER: 90.

¹⁰⁹ Uyuşturucu işinde olan suç grupları Yunanistan'ı hem bir nakliye güzergahı hem de kara para aklama merkezi olarak kullanmaktadırlar. Effi Lambropoulou: 76

¹¹⁰ Aynı şekilde silah ticareti de Yunanistan'ı geçiş güzergahı olarak kullanır ve uyuşturucu ticareti ile aynı güzergah kullanılır.

¹¹¹ Adem SÖZÜER: 264.

¹¹² Adem SÖZÜER: 264.

¹¹³ Effi Lambropoulou: 77

Avrupa Sözleşmeleri göz önüne alınarak 2928 sayılı özel bir ceza kanunu kabul edilmiştir. 2001 Yasası ‘suç örgütlerini’ ağır suçlar işlemek için belirli bir yapıya sahip çete oluşturan ya da uzun bir dönem işbirliği yapan, yargı mensuplarına, tanıklara, bilirkişilere, tercümanlara vs. karşı şiddet kullanan ya da şiddet kullanma tehdidinde bulunan ve yolsuzluk yoluyla nüfuz kullanan üç ya da daha fazla kişiden müteşekkil grup olarak açıkça tanımlamıştır. Yasa ağır cezalar öngörmektedir, bu tür suçlarla ilgili jüriler sadece hâkimlerden oluşur ve bu jüriye vatandaşların katılımı mümkün değildir. Yasa ceza muhakemeleri usulü kanununda elektronik gözetim, sivil polisler ve DNA kanıtları gibi önleyici (proactive) tedbirleri de içerir. Mahkeme güçlü suç göstergelerinin bulunduğu durumlarda, sanık için zorunlu olan ancak zorlayıcı olmayan DNA incelenmesini talep edebilir. Suç örgütlerinin dağıtılmasına sivil polislerin katılımı da düzenlenmiştir, ancak suçun işlenmesi ya da teşebbüsünde suç ortaklığı veya işbirliği yapmaları yasaklanmıştır. İlaveten, ismini gizleyen tanıkların ifadelerine izin verilse de bu ifadeler sanıkların mahkum edilmesinde dikkate alınmaz.¹¹⁴

1.2.3. Amerika Birleşik Devletleri

Federal Adalet Bakanlığı örgütlü suç (organize suçluluk) konusunda bir tanım geliştirmiştir: “rüşvet veya kamu görevlilerini yolsuzluğa bulaştırmak suretiyle faaliyet yürütmek üzere kısmen veya tamamen yasa dışı araçlarla finansal veya ekonomik bir kazanca ulaşmak için bireylerin veya grupların sürekli, yapılaşmış ve disiplinli bir biçimde bir araya gelmeleridir.”¹¹⁵

Örgütlenmiş suçun Amerika’da güçlenmesinde 1920 ve 1933 yılları arasındaki içki yasağı en önemli rolü oynamıştır. Gerçekten de bu yıllarda örgütlenmiş suç astronomik karlar elde etmiş ve büyük bir mali güce ulaşmıştır. Bunun birinci sebebi Amerika’da tüketilen alkolün büyük bir kısmı Avrupa’dan gelmekteydi ve Avrupalı üreticiler bu yasağa dayanamazlardı.

¹¹⁴ Effi Lambropoulou: 84.

¹¹⁵ M. Ruhan ERDEM: 30.

İkincisi, bir konudaki talebi kismadan onu yasaklamak bu konuya olan yoğun talebi görmezlikten gelmek demektir. Nitekim Amerikan halkı da bu yasağı doğru bulmamış ve alkol kaçakçılarının faaliyetlerini doğru bulmuştur.¹¹⁶

Bu ülkede organize suçluluğun en önemli biçimi, bütün ülkede örgütlenmiş biçimde faaliyet gösteren ve İtalyan asıllılardan oluşan ailelerdir.(la Cosa Nostra= LCN) LCN aileleri sıkı bir hiyerarşi içinde örgütlenmiş olup, bütün üyelerin dışa karşı susma yükümlülüğü vardır. Bu örgütlerden muhbir veya tanıklık yapan kişi bulmak çok az sayıda mümkün olabilmektedir. LCN'lerin diğer örgütlere göre daha tehlikeli olması bu ailelerin bütün ülke düzeyinde yaygın ve etkin bir şekilde örgütlenmeleridir.

Bundan başka İtalyan Comorra, Sicilya Mafyası, JaponYakuza, Çinli Triads ve Tongs örgütleri ABD'deki diğer önemli suç örgütleri olarak zikredilebilir.¹¹⁷

Bu örgütlerin yanı sıra son yıllarda ABD'de Rus suç örgütleri yaygınlaşmaya başlamıştır. Rus suç örgütlerinin 1970-1990 yılları arasında Amerika'da gelişmesine karşın, bunların sayılarındaki en kayda değer artış 90'lı yıllarda yaşanmıştır. FBI'ın 1993 yılında yayınladığı bir raporda Amerika'da Rus kökenli 15 suç örgütünün bulunduğu belirtilmiştir.¹¹⁸

Rus suç örgütleri California eyaletinde Los Angeles, San Francisco, San Jose, Sacramento ve San Diego gibi birçok büyük şehirde faaliyette bulunmaktadır. Bu örgütler daha çok gasp, fuhuş, sigorta dolandırıcılığı, oto hırsızlığı, kalpazanlık, kredi kartı sahtekârlığı, uyuşturucu kaçakçılığı, kara para aklama ve cinayet suçlarını işlemektedir.¹¹⁹

¹¹⁶ Altan KAYNAK: 102.

¹¹⁷ Adem SÖZÜER: 267.

¹¹⁸ Daniel E. Lungren: Russian Organized Crime, <http://members.tripod.com/~orgcrime/ruscali.htm> 7.04.2005

¹¹⁹ Daniel E. Lungren: Russian Organized Crime

1.2.4. İtalya

İtalya'da örgütlü suçtan mafya adı verilen örgütler anlaşılmaktadır. Bu örgütlerin en başında Sicilya kökenli Cosa Nostra adlı suç örgütü gelmektedir. Diğer önemli suç örgütleri ise Ndrangheta, Camorra, Sacra Corona Unita'dır.¹²⁰ İtalya örgütlü suçun bütün siyasal ve ekonomik sistemi önemli ölçülerde etkilediği ülkelerin başında gelmektedir. Öyle ki mafya bölgelerinde yapılacak kamu ihaleleri için başlangıç fiyatları yüzde 15 artırılmaktaydı. Mafya bu tarz ihalelerde resmen bir maliyet unsuru olarak hesaplanmaktaydı.¹²¹

Bu nedenledir ki, İtalya organize suçlulukla mücadeleyi yalnızca kovuşturma makamları yoluyla değil, bütün toplum kesimlerince yürütmektedir.¹²² Bu doğrultuda, okullarda, kiliselerde, kadın kuruluşlarında belirli programlar uygulanmaktadır. Örneğin her derece kurullarda “mafya türü kültür ve yöntemler” anlatılıp, demokratik, insan haklarına saygılı hukuk sistemi verilmesine çalışılmakta, ülkenin geleceği açısından olması gereken yapı üzerinde öğrencilerin görüş üretmeleri için çaba gösterilmektedir.¹²³

Örgütlü suç deyince akla ilk gelen suç türü elbette uyuşturucu ticaretidir. Uyuşturucu ile daha etkin mücadele etmek amacıyla İtalyan Ceza Kanununda uyuşturucu trafiğini cezalandıran, ancak yetersiz bulunan hükümler iptal edilmiştir. Bunun yerine uyuşturucu trafiği ile global mücadele amacıyla, 9 Ekim 1990 tarih ve 309 sayılı Yasa kabul edilmiştir.¹²⁴ Bu kanunun 74. maddesindeki uyuşturucu madde üretimi ve kaçakçılığı amacıyla örgütlenme, adam kaldırma suçları örgütlü suç (organize suçluluk) türleridir.¹²⁵ Ayrıca gasp, soygun, tefecilik, cürüm eşyasını satın alma ve

¹²⁰ Vesile Sonay EVİK: Çıkar Amaçlı, 35.

¹²¹ Pino Arlacchi: 128.

¹²² Adem SÖZÜER: 265.

¹²³ Çetin ÖZEK: “Organize Suç”, 251–252.

¹²⁴ Çetin ÖZEK: “Organize Suç”, 282.

¹²⁵ Vesile Sonay EVİK: Çıkar Amaçlı, 9

saklama suçları diğer önemli örgütlü suç çeşitleridir. 1990 yılında sadece bu suçların 26 milyar liralık iş hacmine sahip olduğu belirtilmektedir.¹²⁶

İtalya'da örgütlü suça (organize suçluluğa) karşı girişilen mücadele 1965 tarihli 575 sayılı “Mafyaya Karşı Düzenlemeler” adlı kanun ile başlamıştır.¹²⁷ Mafya tipi örgütlenmelerin ilk kez suç tipi olarak düzenlendiği kanun ise 13.09.1982 tarihli 646 sayılı “Malvarlığı Niteliğinde Önleme Tedbirleri Hakkında Düzenlemeler” adlı kanundur.¹²⁸ Kara paranın aklanmasıyla mücadele etmek amacıyla 03.05.1991 tarihli 143 sayılı kanun kararname kabul edilmiştir. Bu kanunla kara paranın finans sistemine girmesini ve peşin para ve hamiline hisse senedi kullanımını önleyici tedbirler kabul edilmiştir.¹²⁹ 1991 yılında “Organize Suçluluğa Karşı Mücadelede Enformasyon ve Kovuşturma Alanlarında Acil Önlemlerin Koordinasyonu Hakkında Kanun”, 1992 yılında da “Organize Suçlar Çerçevesinde İşlenen Fiillerin Araştırılması ve Yargılanmasının Koordine Edilmesi Hakkında Kanun” yürürlüğe girmiştir.

Mafya tipi örgütlenme suçu için tutuklama zorunluluğu getirilmiştir. Hazırlık soruşturması süreleri yeniden gözden geçirilmiştir. Ağır suçlar için hazırlık soruşturması süresi 6 aydan 1 yıla çıkarılmıştır. Bir yıllık süre 18 aya, mafyanın işlediği suçlarda 2 yıla kadar uzatılabilecektir.¹³⁰

Emniyet kuvvetlerinin organizasyonu ile ilgili olarak, görevi mafya suçları ile ilgili önleyici bilgi toplamak ve bu konudaki araştırmaların adli polis ile eşgüdümlü olarak yürütmesini sağlamak olan İçişleri Bakanlığı Kamu Güvenliği Dairesine bağlı Anti Mafya Araştırmaları Müdürlüğü kurulmuştur.¹³¹

¹²⁶ Durmuş TEZCAN: “Organize Suçlar ve Bu Suçlarda Mağdurun Hakları ve Tanıkların Korunması”, AD, C. 91, 3 (Nisan, 2000), 12.

¹²⁷ Vesile Sonay EVİK: Çıkar Amaçlı, 90.

¹²⁸ Vesile Sonay EVİK: Çıkar Amaçlı, 91.

¹²⁹ Vesile Sonay EVİK: Çıkar Amaçlı, 106.

¹³⁰ Vesile Sonay EVİK: Çıkar Amaçlı, 108.

¹³¹ Francesco PALAZZO: “Organize Suçluluğa Karşı İtalyan Mevzuatı”, Çev. Ümit KOCASAKAL, İBD, C. 70, S. 10–11–12, yıl 1996, 827.

Bundan başka Mafya Üzerine Parlamento Soruşturma Komisyonu, Organize Suçlulukla Mücadele Genel Kurulu, İç ve Dış İstihbarat Birimi, Ulusal Anti Mafya Başkanlığı, Anti Mafya Bölge Savcılıkları örgütlü suçla mücadele için kurulmuş birimlerdir.

1.2.5. Rusya

Onlarca yıl Avrupa ve dünyayı tehdit eden İtalyan mafyasının zayıflamasından sonra oluşan boşluk ortamından en çok Rus suç örgütleri yararlanmışır. Berlin duvarının yıkılması da Rus mafyası “Organiztsya”nın iş hacmini yüzlere katlamasına yaramış, Rus suç örgütleri dünyanın dört bir tarafında özellikle Amerika’da egemenliğini kanıtlamıştır.¹³²

Bu suç örgütlerinin bu denli büyümelerinde komünist rejimin etkisi büyük olmuştur. Eski Sovyetler Birliğinde mafyanın kaynağı ve gelişmesi üç ana durumla ilişkilidir: 1- Merkezi Hükümet gücünün yokluğu¹³³, bu durum hükümet otoritesinin halk kitleleri tarafından reddedilmesini körüklemekteydi. 2- Aşırı derecede bürokrasinin varlığı 3- Karaborsanın finanssal potansiyeli. Bu durumlar tek başına veya birlikte mafyanın gelişmesini sağlayabilirler. Bu üç durumdan tarihsel olarak birbiriyle bağlantılı olan ikisi- aşırı bürokrasinin varlığı ve karaborsa- Sovyetler Birliğinin, yıkılış tarihi olan 1991 yılı öncesine kadar karakteristik özelliğiydi.¹³⁴

Litvanya eski başkan yardımcısı Algirdas Katkus 1995 yılında yaptığı bir konuşmasında “batılıların inandığının aksine mafya komünizm sonrası dönemin bir ürünü değildir, gerçekte o KGB tarafından organize ve kontrol

¹³² Sedat GÜNER: 57.

¹³³ “Rus Mafyası SSCB’nin çöküşünden faydalanan belki de tek kurumdur. Eski imparatorluğu yöneten güçlü parti mekanizması ortadan kalktıktan sonra ortaya çıkan 15 devlet, tüm Avrasya kıtasını doğal etki alanı olarak gören suçlular için kolay lokmalar olmuştur.” Stephen HANDELMAN : “Rus Mafyası”, Çev. Mesut Hakkı Caşın. GZÜ HFD(Naci Kınacıoğluna Armağan), C. 1, 2(Aralık 1997), 312

¹³⁴ Annelise Anderson: “The Red Mafia: A Legacy of Communism” <http://members.tripod.com/~orgcrime/ruslegacy.htm> 7.04.2005

edilmekte, mafyanın üye ihtiyacı KGB tarafından karşılanmaktadır.”¹³⁵ demektedir. Bu da Rus suç örgütlerinin Batıdaki suç örgütlerinden farklı bir yapı arz etmelerinin sebebidir. Batıdaki mafyalar, ceza kanunlarındaki hükümlerle belirlenen yasaklardan doğdu. Rusya’daki mafya ise suç şebekelerinin devleti dolandırmasına olanak tanıyan kanunlarla düzenlenmiş ekonomik hatalardan doğmuştur.¹³⁶ Örneğin Gorbaçov döneminde (1985-1991) Mayıs 1987’de yürürlüğe giren Bireysel İş Kanunu ve 1988 yılında yürürlüğe giren Kooperatifler Kanunu, yeraltı ekonomisini büyük ölçüde etkilemiştir. Bu kanunlar (her ne kadar birçok kısıtlamalar getirseler de) özel iş alanlarını 1 Ocak 1990 itibariyle kanuni hale getirmişlerdir. Bu dönemde faaliyette olan 200.000 civarında kooperatif mevcuttu. Bu kooperatiflerden birçoğu eski yeraltı şebekeleriydi ve bunlar bu kanunlarla yasal hale dönüşmüşlerdir.¹³⁷

Rusya İçişleri Bakanlığı’nın verilerine göre, organize suçlar 550 bankayı, diğer bir deyişle, Rusya’nın kredi ve finans kurumlarının neredeyse yarısını kontrol edebilir duruma gelmiştir. Aynı kaynaklara göre organize suçlar, 40.000’den fazla iş alanını da kontrolü altında bulundurmaktadır. Rusya Federasyonu’ndaki 5.700 çetenin ülkedeki siyasal ve ekonomik hayata tümüyle nüfuz ettiği; suç şebekelerinin kontrolü altındaki firmalar arasında, devlet iştiraki 500 büyük firmanın da yer aldığı belirtilmektedir.¹³⁸ Rusya’nın büyük şehirlerindeki özel kuruluşların ve ticaret bankalarının %80’inin karlarının %10-20’sini suç örgütlerine haraç olarak verdikleri tahmin edilmektedir.¹³⁹

¹³⁵ William Norman Grigg: “Dirty cops in the Former Soviet Union Run Both Sides of the Law” <http://members.tripod.com/~orgcrime/ruscartel.htm> 7.04.2005

¹³⁶ Sedat GÜNER: 57.

¹³⁷ Annelise Anderson: The Red Mafia

¹³⁸ http://www.elele.gen.tr/organize_suclar/nitelik.html#top 10.01.2005

¹³⁹ Daniel E. Lungren: Russian Organized Crime

1.2.6. Almanya

Almanya’da örgütlü suç olarak adlandırılabilir suçlardan en çok uyuşturucu madde ticareti suçuna rastlanılmaktadır.¹⁴⁰ Doğu ülkeleri ile eskiden var olan sınır kontrollerinin yeni siyasi gelişmeler sonucunda azalması nedeniyle, Almanya’dan çalınan lüks otomobillerin eski doğu bloğu ülkelerinde satılması olaylarında büyük bir artış söz konusudur.¹⁴¹ Ayrıca kara para aklama fiilleri, giderek uluslar arası mafya halini alan çöp mafyasının faaliyetleri¹⁴² de örgütlü suçun görünüş biçimleri arasında sayılabilir.

Örgütlü suçun Almanya’da hızla yayılması Alman makamlarını harekete geçirmiştir. Neticede 23.09 1992 tarihli “İllegal Uyuşturucu Madde Ticareti ve Organize Suçluluğun Diğer Ortaya Çıkış Biçimleriyle Mücadele Kanunu” yürürlüğe girmiştir. Bu kanun ile Alman makamları yeni yetkilere kavuşmuş ve bazı yeni yaptırım ve suç tipleri oluşturulmuştur.¹⁴³

Al. CK’nun 261. maddesiyle kara paranın aklanması bağımsız bir suç türü olarak düzenlenmiştir.¹⁴⁴

Al. CMUK md. 100a/1, c ve md. 112 değiştirilmiştir. Böylece terörist olduğundan şüphelenilen kimselerin haberleşmelerinin dinlenmesi ve banda kaydedilmesine olanak sağlanmıştır. Bu kimseler hakkında kaçma ve delilleri karartma şüphesi olmasa bile tutuklama kararı verilebilmesi mümkün kılınmıştır. Al. CMUK md. 11 de değiştirilmiştir. Bu sayede CK. Md. 129/a’da belirtilen suçun işlendiği şüphesi var ise sanığın yakalanması amacıyla polis kamuya açık cadde ve meydanlarda kontroller yapabilecektir.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Adem SÖZÜER: 268.

¹⁴¹ Adem SÖZÜER: 268.

¹⁴² Yener ÜNVER: 387.

¹⁴³ Adem SÖZÜER: 269.

¹⁴⁴ Yener ÜNVER: 392.

¹⁴⁵ Yener ÜNVER: 400.

23.09.1992 tarihli Kanun ile örgütlü suçla daha etkili mücadele etmek amacıyla yeni soruşturma tedbirleri getirilmiştir. Teknik araçlarla haberleşmenin denetlenmesi, şüpheli sayısını en aza indirmeye yönelik bilgisayar analizi olan trol ağı metodu, verilerin mekanik olarak karşılaştırılması, gizli gözetlemeye alma ve esas konumuz olan gizli soruşturmacı kullanılması bu yeni soruşturma tedbirleridir.

15.07.1992 tarihli kanunla tanıklara karşı yapılan tehditler ve öç alma gibi fiillere karşı onların ve yakınlarının hayat, sağlık ve özgürlüklerini daha etkili şekilde koruyabilmek için kişilikleri ve kimlikleri hakkında bilgi vermemeleri olanağı getirilmiştir.¹⁴⁶

25.10. 1993 tarihli Kara Para Aklama Konusunda Kanun'un 2. paragrafına göre özellikle bankalar için 30.000 Mark yukarısı peşin yatırma ve çekme işlemlerinde kimlik belirtme yükümlülüğü getirilmiştir.¹⁴⁷

28.10.1994 tarihli bir kanunla 09.06.1989 tarihli Pişmanlık Kanununa eklenen 5. madde ile örgütlü suç(organize suçluluk) açısından pişmanlık hükümlerinin uygulanması imkanı getirilmiştir.¹⁴⁸

1.3. TÜRK HUKUKUNDA DURUM

Kıbrıs çıkarması sonrası ABD'nin Türkiye'ye ambargo uygulaması suç örgütlerinin işine yaramıştır. Devlet döviz sıkıntısı çekerken kaçakçılık ve uyuşturucu nedeniyle suç örgütlerinde büyük miktarda döviz bulunmaktaydı. Diğer taraftan hammadde ve yarı mamul madde ithal ederek üretim yapan sanayiciler yaşanan döviz sıkıntısı nedeniyle suç örgütleri ile tanışmış ve

¹⁴⁶ Vesile Sonay EVİK: Çıkar Amaçlı, 120.

¹⁴⁷ Vesile Sonay EVİK: Çıkar Amaçlı, 117.

¹⁴⁸ Vesile Sonay EVİK: Çıkar Amaçlı, 120.

karaborsa alımlarla işlerini yürütmek zorunda kalmışlardır.¹⁴⁹ Bu da suç örgütlerinin gerek büyümesine neden olmuş gerekse de iş dünyasını tanıyıp ilerde kendilerini gizlemek amacıyla yasal işletmeler kurmalarını kolaylaştırmıştır.

1980'li yılların sonuna doğru askeri rejim yerini sivil yönetime bırakmıştır. Sivil iktidarlar ihracatın artırılması yönünde çalışmalarına hız vermiştir. İhracatın artırılması için verilen teşvikler sonucunda suç örgütlerinin yurt dışında bulundurdıkları dövizlerinin Türkiye'ye getirmelerine olanak sağlanmıştır.¹⁵⁰ Ülkeye uygulanan ambargoyu fırsat bilerek yurda kaçak mal sokup bunları karaborsa satarak zenginleşen suç örgütleri, yurt dışındaki gelirlerini ülkeye getirerek daha da zenginleşmişler ve güçlenmişlerdir.

Ülkemiz son yıllarda, ekonomik alanda büyük bir değişim yaşamıştır. Batılı gelişmiş ülkelerin tedricen yüz yıllık bir süreçte gerçekleştirdikleri ekonomik kabuk değişimini ülkemiz kısa bir süreçte gerçekleştirme gayreti içerisine girmiştir. Bu radikal değişimlerle birlikte yapılması gereken uyum yasalarındaki gecikmeler ve son on dokuz yıldır ülkenin zamanını ve dinamizmini başka alanlara kanalize eden terör örgütü PKK'nın faaliyetleri, bu boşluktan yararlanan suç örgütlerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur.¹⁵¹

Türkiye'nin coğrafi konumu da örgütlü suçun doğmasında ve gelişmesinde önemli rol oynamıştır. Özellikle uyuşturucu ticaretinde üretici konumda olan uzak doğu ülkeleri ile tüketici durumundaki batı ülkeleri arasında köprü durumunda bulunması suç örgütlerinin gelişmesinde etkili olmuştur.¹⁵² Ayrıca Türkiye'nin dört bir yanı dünyanın istikrarsız bölgeleri ile

¹⁴⁹ Murat ÇULCU: Mafya Üzerine Notlar (İstanbul, 1998), 29.

¹⁵⁰ Önder AYTAÇ, İhsan BAL: "Medyanın Gözüyle Organize Suçlar", ABD, yıl 1999–56, sayı 1, 55.

¹⁵¹ Ömür TOPAÇ: "Organize Olmuş Suç Örgütleriyle Yapılabilecek Hukuksal Mücadele Yöntemleri", ABD, yıl 1997, S. 2, 70.

¹⁵² Mustafa TAŞKIN: 26.

çevrili durumdadır. Ortadoğu, Kafkaslar, Balkanlar'da süregelen istikrarsızlık suç örgütleri için uygun bir ortam oluşturmaktadır.¹⁵³

Ayrıca hantal işleyen bürokrasi ve yargı nedeniyle vatandaşlar haklarına çok geç kavuşabilmektedir. Bu da vatandaşı başka arayışlara itmekte vatandaş adeta suç örgütleri ile iş birliğine itilmektedir. Örgütlü suçun görünümülerinden birisi olan çek-senet mafyasının bu yüzden ortaya çıktığı söylenebilir.

İç göçün kontrol edilememesi de örgütlü suçun gelişmesinde bir etken olarak görülebilir. Zira doğu bölgelerinden büyük kentlere yapılan göç sonucu buralarda nüfus patlamaları yaşanmış ve işsizlik baş göstermeye başlamıştır. Maddi kaygılar nedeniyle, işsiz kalan bu kesim az bir ücret karşılığında suç örgütlerinin eleman ihtiyacını karşılamıştır.

Toplumda yaşanan ahlaki yozlaşmanın da örgütlü suçu tetiklediği söylenilebilir. Zira toplumda doğrular ve yanlışlar yer değiştirmiş¹⁵⁴, büyük soyguncu ve vurgunculara gıpta ile bakılmaya başlanmış, suç örgütü liderleri saygın iş adamları olarak görülmeye başlanmıştır.

Örgütlü suçun ortaya çıkmasında bir diğer etken kentleşme olarak görülmektedir. Toplum hayatının yazılı kurallarının yanında yazılı olmayan kuralları da vardır. İşte yazılı olmayan sosyal ahlak kurallarını ihlal edenler kınama veya toplumdan dışlanma gibi bir takım yaptırımlarla karşılaşır. Ancak Türkiye'de köylerden kentlere doğru uzun zamandan beri süregelen göçlerle yaşanan kentleşme olgusu, sosyal ahlak kurallarına uygun yaşama konusundaki hassasiyeti ortadan kaldırmıştır. Bu da en çok suç örgütlerinin işine yaramıştır. Zira bu sayede suç örgütleri eleman bulmada hiçbir zaman sıkıntı yaşamamışlardır.¹⁵⁵

¹⁵³ Türk Demokrasi Vakfı: 93.

¹⁵⁴ Ümit CEYLAN: 48.

¹⁵⁵ Mustafa TAŞKIN: 50

Örgütlü suçla mücadelede gerekli duyulan yöntemleri kimi ülkeler ceza kanunlarına yeni hükümler ekleyerek; kimi ülkeler ise bu yöntemleri yeni kanunlarla getirmiştir.¹⁵⁶ Ülkemiz ise bu ikinci gruba girmektedir. Ülkemizde örgütlü suçla mücadele konusunda yapılan düzenlemeler ise şunlardır: 1990 tarih ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzlukla Mücadele Kanunu, 1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 1996 tarih ve 4208 sayılı Kara Paranın Önlenmesine Dair Kanun, 1999 tarih ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu¹⁵⁷.

1.4. ÖRGÜTLÜ SUÇLA MÜCADELEDE YENİ YÖNTEMLERE İHTİYAÇ DUYULMASI

Suç örgütlerinin dışa kapalı yapısı ve faaliyetlerinde hızla gelişen teknolojinin olanaklarından yararlanmaları, sanıklar arasındaki ilişkilerin niteliği, derinliği ve karmaşıklığı nedeniyle bu tür suçların ortaya çıkarılıp kovuşturulması oldukça zorlaşmış, hatta imkânsız hale gelmiştir.¹⁵⁸ Diğer taraftan suç örgütlerinin varlıkları ve işledikleri suçlar itibari ile verdikleri zararlar bireysel suçlara nazaran oranlanamayacak kadar büyüktür. Bu durum suç örgütleri ile mücadelede yeni yol ve yöntemlerin bulunmasını ve kullanılmasını zorunlu kılmıştır.¹⁵⁹

Hukuk devletlerini oluşturan üç unsurun varlığından söz edilmektedir. Bunlar; insan haklarının hiçbir şekilde ihlal edilmemesi, adaletin tam olarak gerçekleştirilmesi ve güvenliğin düzenli ve sürekli olarak sağlanmasıdır.¹⁶⁰ Hukuk devleti olmanın bir gereği olarak, örgütlü suçlarla bile mücadele ederken yukarıda sayılan kıstaslar göz önünde bulundurulmalıdır. Devlet

¹⁵⁶ Hikmet Sami TÜRK: “Çıkar Amaçlı suç Örgütleri İle Mücadele”, AD, C. 91, 3 (Nisan,2000), 5.

¹⁵⁷ Bu kanun 23.03.2005 tarih ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ile 01.06. 2005 tarihi itibari ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁵⁸ M. Ruhan ERDEM: 19

¹⁵⁹ Adem SÖZÜER: 256.

¹⁶⁰ Önder AYTAÇ, İhsan BAL: 73.

hukuk kuralları çerçevesinde kalarak bu mücadelesini yürütmek zorundadır.¹⁶¹ Suç örgütleri ise kural tanımamaktadır. Onlar için hukukun hiçbir anlamı yoktur. Devleti kısıtlayan bazı kurallar mevcut iken suç örgütleri için bu söz konusu değildir. Diyebiliriz ki devletin bu tür kısıtlamalarla bağlı olması onun elini, hiçbir kural tanımayan suç örgütleri karşısında zayıflatmaktadır.

Ancak bir hukuk devletinden ülkesinde işlenen suçlara seyirci kalması beklenemez. Suçlarla mücadele etmeyen veya edemeyen, onları önlemeye çalışmayan, önleyemediklerini koğuşturmayan veya koğuşturamayan devlete hukuk devleti denemez.¹⁶²

Yakalama, tutuklama, arama, el koyma gibi klasik koruma tedbirlerinin örgütlü suçlara yönelik soruşturmalarda yetersiz kalması ve bu tedbirlerle hüküm kurmaya yetecek delillerin elde edilememesi karşısında hukuk devletleri istisnai diye adlandırabilecek yeni yöntemler aramaya yönelmişlerdir.¹⁶³ Bu kapsamda özellikle, “suçların belirlenip kovuşturulması”, “kanıtların sağlanması”, “zanlıların konumu”, “koruma tedbirleri” ve “yargılama yöntemi” ne ilişkin “istisnai” ceza yargılaması kuralları kabul edilmiştir.¹⁶⁴

İstisnai koruma tedbirlerinin getirilmesi tek başına örgütlü suçla mücadelede yeterli değildir. Suç örgütlerinin işledikleri suçların ekonomik amaçlı suçlar olması, bu suçlarla mücadele eden birimlerin de ekonomi ve mali konularda uzmanlaşmasını gerekli kılmaktadır. Bu doğrultuda Japonya ve Almanya gibi ülkelerde savcılarının ekonomik suçlar konusunda

¹⁶¹ Cumhuriyet ŞAHİN: “Organize Suçlulukla Mücadele ve Tanığın Korunması”, YTD, Yargı Reformu Özel Sayısı (Temmuz-Ağustos, 1996), 690.

¹⁶² Bahri ÖZTÜRK: Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları (Ankara, 1995), 52.

¹⁶³ Bahri ÖZTÜRK: Delil Yasakları, 68.

¹⁶⁴ Mustafa AVCI: Örgütlü Suç

uzmanlaşmakta ve örgüt suçlarının kovuşturulmasında bu ekipler kullanılmaktadır.¹⁶⁵

Bir başka görüş ise bu suçlarla mücadelede ABD’de uygulanan ispat yükümlülüğü metodundan yararlanılabileceğini belirtmektedir.¹⁶⁶ “ABD’de organize suçlardan yakalanan ve mahkum olan kişi malvarlığını yasal yollardan edindiğini kanıtlayacaktır. Kanıtlayamazsa malvarlığının tümüne el konur. El konan maddi varlık bu suçlarla mücadele eden polis teşkilatının güçlendirilmesinde kullanılır. Söz konusu örgütlerin maddi varlıklarının büyüklüğü nedeniyle bu uygulamayla, bu tür örgütlerle mücadele eden teşkilatlar ileri düzeyde güçlendiği gibi söz konusu örgütlerde ekonomik yönden yıkılmaktadır.”

Amerika’daki alkol yasağını referans olarak gösteren bir görüş ise örgütlü suçun yöneldiği bazı suçların yasal hale getirilmesi gerektiği görüşündedir. Böylece örgütlü suçun beslendiği kaynaklar kurutulacaktır. “Yasa dışı kumar yasal hale getirilmelidir. Bu durum piyasaya rekabeti de getirecektir. Uyuşturucu, aşırı beslenme gibi insan sağlığına zararlıdır. Aşırı beslenme sonucunda kalp krizinden ölenlerin sayısı uyuşturucudan ölenlerin sayısından daha fazladır. Ancak hayatımızı korumak için çikolatalı kek ve benzeri yiyecekler yasaklanmamaktadır.”¹⁶⁷ Bu görüşün kabul edilmesi olanaksızdır. Örgütlü suçun yöneldiği suçlar toplum düzenini, kamu barışını derinden etkileyen suçlardır. Bir hukuk devletinden beklenen şeyin, bu suçlarla mücadele ederken, bu suçları yasal hale getirmesi değildir herhalde.

Örgütlü suçun özellikleri ve toplumda oluşturduğu korku ve tehlike göz önüne alındığında, bu suçla mücadele etmek amacıyla istisnai koruma tedbirlerin kabul edilmesi normaldir. Bu koruma tedbirleri olağan koruma

¹⁶⁵ Mustafa TAŞKIN: 224

¹⁶⁶ Ömür TOPAÇ: “Organize Suç Örgütleriyle Hukuksal Mücadele Yöntemleri”, Yeni Yüzyıl (18.02.1997), 14.

¹⁶⁷ Kirby Ferris: “How To Defeat Organized Crime”, <http://members.tripod.com/~orgcrime/defeatoc.htm> 7.04.2005

tedbirlerine nazaran zanlının aleyhine bir durum oluşturabilir. Ancak örgütlü suçun daha ağır cezalandırılması gereken suç ve suçluları kapsamamasından dolayı, bu suç farklı bir takım usul kurallarının uygulanmasını gerektirir.¹⁶⁸

Bu tedbirlere ihtiyaç duyulmasının bir diğer nedeni de, eğer bu tedbirlere başvurulmaz ise suç örgütleri günden güne güçlenmeye devam eder. Daha sonra İtalya örneğinde yaşandığı gibi, siyaset ve kamu kurumları üzerinde hakimiyet kurup hukuk devletini işlemez hale getirir. Bu nedenle hukuk devletlerine, bu suçluluk türü ile mücadele etmek için, yeni mücadele yöntemlerinin sağlanması gerekir.¹⁶⁹ Suç örgütlerinin tüm dünyadaki yıllık karları 1 trilyon dolar düzeyinde tahmin edilmektedir. Bu yaklaşık olarak ABD bütçesine denk ve gelişmiş ülkelerin bütçelerini karşılayabilecek bir rakamdır.¹⁷⁰ Sırf bu gösterge bile bu suçlarla mücadelenin ne kadar elzem olduğunu göstermektedir.

¹⁶⁸ Mustafa AVCİ: Örgütlü Suç

¹⁶⁹ Yener ÜNVER: 425.

¹⁷⁰ Hasan KÖROĞLU: Örgütlü Suçluluk, (Ankara, 2001), 21.

İKİNCİ BÖLÜM

ÖRGÜTLÜ SUÇLA MÜCADELEDE GİZLİ SORUŞTURMACI KULLANILMASI

2.1. TANIM

2.1.1. Kavram- Terim

Konumuzu oluşturan gizli soruşturmacı¹⁷¹ kurumunun karşılığı olarak doktrinde gizli görevli¹⁷², gizli ajan, yeraltı ajanı veya sadece ajan¹⁷³ terimleri kullanılmaktadır.

Daha önce de suçlulukla mücadelede fiili olarak kullanıldığı bilinen bu kurumun yasal olarak ilk düzenlemesi 4422 sayılı kanunla olmuştur.¹⁷⁴ Bu kanun 5. maddesinde “gizli görevli” terimini tercih etmiştir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ise 139. maddesinde “gizli soruşturmacı” terimini tercih etmiştir. Biz de kanundaki bu düzenlemeye sadık kalmak amacıyla “gizli soruşturmacı” terimini kullanmayı uygun bulduk.

Gerek 4422 sayılı ÇASÖMK gerekse de 5271 sayılı CMK gizli soruşturmacıyı tanımlamış değildir. Bu kavramla ilgili bir tanıma 4422 sayılı Kanunun Uygulanması Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinde rastlamaktayız. Buna göre “gizli görevli, gerektiğinde örgüt içine sızarak

¹⁷¹ Cumhuriyet ŞAHİN: “Tanığın Korunması”, 691

¹⁷² Aytekin GELERİ/Hakan İLERİ: Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, (Ankara, 2003), 177; Bahri ÖZTÜRK/Veli Özer ÖZBEK/Mustafa Ruhan ERDEM: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Altıncı Baskı, (Ankara, 2001), 668; Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gereklettiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği, (Ankara, 2003)

¹⁷³ Aytekin GELERİ, Hakan İLERİ: Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, 177

¹⁷⁴ Karşı görüş için bkz. Ali ŞAFAK: 121

gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisidir.”

Doktrinde ise gizli soruşturmacı, ”özellikle örgütlü suçla (organize suçla) mücadele için özel olarak eğitilmiş olan, yetki ve sorumluluklarını bilen, görevi örgütlü suçla (organize suçlulukla) mücadele çerçevesinde bir suç organizasyonu içine farklı kimlikle belirli bir süre için sızarak delil toplamak; mümkün ise örgüt tarafından işlenmesi düşünülen suçları önlemek olan bir polis memurudur”¹⁷⁵ şeklinde tanımlanmıştır.

Her iki tanımda ve CMK 139/1. madde düzenlemesinde gizli soruşturmacının bir kamu görevlisi olması şart koşulmuştur. Bu yüzden özel kişiler gizli soruşturmacı (görevli) olarak görev yapamazlar. Alman CMUK 110a/2 de gizli soruşturmacının bir polis memuru olacağı belirtilmektedir. Bizim mevzuatımızda ise gerek yürürlükten kaldırılan 4422 sayılı kanunda gerekse de CMK’da gizli soruşturmacının bir kamu görevlisi olacağı belirtilmektedir. Bunun nedeni, ülkemizde örgütlü suçun en çok görülen şekillerinden olan vergi kaçakçılığı ve gümrük suçları ile mücadele etmek amacıyla, vergi ve gümrük memurlarının da gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmesine olanak sağlamak olduğu söylenebilir.¹⁷⁶ Gizli soruşturmacının kamu görevlisi olması konusuna ileride ayrıca değinilmeye çalışılacaktır.

2.1.2. Gizli Soruşturmacının Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

2.1.2.1. Bilgi Veren

Koğuşturma makamlarınca belirli suçların işlendiği bilinen veya tahmin edilen belirli yerlerde bulunup da, kural olarak belirli bir menfaat karşılığında

¹⁷⁵ Bahri ÖZTÜRK/V.Ö. ÖZBEK/M.R. ERDEM: Uygulamalı, 669

¹⁷⁶ Veli Özer ÖZBEK: CMK İzmir Şerhi, (Ankara, 2005), 591

işlendiği veya işlenmekte olduğu ileri sürülen suçlarla ilgili bazı bilgileri koğuşturma makamlarına aktaran kimselere bilgi veren denmektedir.¹⁷⁷ Bu kimseler daha çok suçlu çevrede bulunan ve suçlu kimselerle diyalogu olan kimseler olabilir.¹⁷⁸

Bilgi veren tanık durumunda da olabilir. Ancak her bilgi veren tanık olmadığı gibi her tanık da bilgi veren değildir. Tanımımızdan da anlaşılacağı gibi bilgi veren doğrudan doğruya veya dolaylı olarak suçlarla ilgili olan bir kimsedir.¹⁷⁹ Ancak bilgi veren suçla ilgili doğrudan doğruya öğrendiği bilgiler bakımından tanıklara ilişkin hükümlere tabidir.¹⁸⁰

Bilgi veren sıfatı gizli soruşturmacı sıfatı ile birleşemez. Zira bilgi veren bir özel kişi iken gizli soruşturmacı bir kamu görevlisidir.¹⁸¹ Gizli soruşturmacının kanunda sayılan, gerektiğinde örgüt içine sızmak, delil toplamak gibi görevleri varken; bilgi verenin böyle bir sorumluluğu yoktur.

2.1.2.2. Güvenilir Kişi

Herhangi bir koğuşturma makamına dâhil olmayan ve uzunca süre, güven ilişkisine dayanarak, suçların aydınlatılmasında yardımcı olan ve kimlikleri kural olarak gizli tutulan kimselerdir.¹⁸² Güvenilir kişiler ceza adalet sistemi özellikle de örgütlü suçla mücadelede çok önemli kimselerdir. Ancak bu önem onların kişilikleri ile ilgili olmayıp, bu kişilerin soruşturma makamlarına aktardıkları bilgilerin önemli olmasındandır.¹⁸³

¹⁷⁷ ÖZTÜRK/ÖZBEK/ERDEM: Uygulamalı, 672

¹⁷⁸ Cumhuriyet Şahin: "Tanığın Korunması", 693

¹⁷⁹ ÖZTÜRK/ÖZBEK/ERDEM: Uygulamalı, 673

¹⁸⁰ ÖZTÜRK/ÖZBEK/ERDEM: Uygulamalı, 673

¹⁸¹ Veli Özer ÖZBEK: CMK İzmir Şerhi, 593; Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 31

¹⁸² Kleinknecht/Meyer, Strafprozessordnung mit GVB Nebengesetzen, München 1991'den naklen Cumhuriyet ŞAHİN: Tanığın Korunması, 692 Ayrıca bkz. Mustafa Ruhan ERDEM: 82

¹⁸³ Aytekin GELERİ, Hakan İLERİ: Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, 199

Bu kimseler yardımlarını genellikle belirli bir menfaat almak amacıyla yaparlar. 10.7.2003 tarih ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 35. maddesi gereğince muhbirin yardımı ile gerçekleştirilen yakalamalarda ele geçen maddenin cins ve miktarına göre ikramiye ödemesi yapılması imkânı getirilmiştir. Bu hükmün suiistimallere açık olduğu söylenebilir. Zira kaçak olarak ithal ettiği malları buluntu şeklinde yakalatıp alacağı ikramiye ile risksiz bir kazanç elde etmek görülebilen bir yöntemdir. Bu yüzden güvenlik kuvvetlerinin güvenilir kişi kullanırken azami dikkat göstermeleri gerekmektedir.¹⁸⁴

Gizli soruşturmacının örgüt içinde tek başına hareket etmesi çoğu zaman imkânsızdır, ona kefil olacak ve onun örgüt içine sızmasına yardım edecek bir güvenilir kişiye ihtiyaç vardır.¹⁸⁵ Bu yüzden sayılan olumsuzluklarına rağmen güvenilir kişi kullanılması örgütlü suçla mücadelede önemli bir yöntemdir.

Güvenilir kişi ile ilgili bir diğer sorun da bu kimselerin verdikleri bilgilerin ne denli güvenilir olduğudur. Zira bu kişiler ilgili kolluk görevlisinin gözüne girebilmek için bazen gerçekleri değil de kolluk görevlisinin duymak istediği şeyleri bilgi diye verebilir. Bu yüzden bu kişinin getirdiği bilgiler, daha önce rüştünü ispatlamış bir güvenilir kişiden de istenip bunların karşılaştırılması yapılmalı; bazen de örgüt ile ilgili emin olunan bilgiler bu kimseden istenmeli ve getirdiği bilgiler yine karşılaştırılmalı ve bu kimsenin güvenilirliğinden emin olunmalıdır.¹⁸⁶

Güvenilir kişi polisle belirli bir süre birlikte çalışan kişidir. Bu işbirliği sadece bir konuda bilginin verilmesi ile sınırlı olmayıp süreklilik oluşturur¹⁸⁷; bilgi verenin bilgi sağlayabileceği olaylarla karşılaşması ve bildiklerini polis

¹⁸⁴ Emniyet Genel Müdürlüğü: 2000 Genelgeleri, (Ankara, 2001), 21

¹⁸⁵ Joseph D.Pistone: Donnie Brasco My Undercover Life in the Mafia,(New York, 1987) 27

¹⁸⁶ Aytekin GELERİ/Hakan İLERİ: "Organize Suçlarla Mücadelede Gizli Görevli ve Bilgi Kaynağı Kullanma", Organize Suçlarla Mücadele ve Polis, (Ankara, 2003), 271

¹⁸⁷ Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 34

hizmetine sunmasında genelde bir tesadüfîlik vardır ve bu tür işlem kısa süreli olup söz konusu olayla sınırlıdır.¹⁸⁸

Güvenilir kişi örgüt üyesi olabilmesi nedeniyle aynı zamanda şerik durumundadır.¹⁸⁹ Yani güvenilir kişi sıfatı sanık sıfatı ile birleşebilir. Ancak bilgi veren için böyle bir şey söz konusu değildir. Bilgi veren aynı zamanda sanık olamaz.¹⁹⁰

4422 sayılı kanunun yürürlükte olduğu dönemde bu kanunun 7/3. maddesinde “muhibir” den bahsedilmekte ve muhibirlerin de tanıklara ilişkin koruma hükümlerinden yararlanacağı belirtilmekteydi. Bu kanunun uygulamasına ilişkin yönetmeliğin 4. maddesinde ise muhibir tanımlanmıştı. Buna göre “ suçlar veya suçların failleri, iz, eser, emare ve delilleri hakkında yardım sağlayan, geçici olarak istihbarat işlerinde kullanılan veya yardımlarından, verdikleri bilgilerden yararlanan kişilerdir.” Yönetmeliğin bu tanımla güvenilir kişi ve bilgi veren kavramlarını muhibir kavramı altında birleştirmeye çalıştığı izlenimi uyanmaktadır.¹⁹¹

Yukarıda yapılan izahlardan da anlaşılacağı gibi bu iki kurum birbirlerinden farklıdır. Her iki kurum da koğuşturma makamlarına, örgüte yönelik bilgi aktarmaktadır. Bu aktarım örgüt dışından olduğu zaman bilgi veren; örgüt içinden olduğu zaman ise güvenilir kişi söz konusudur.¹⁹²

Ceza Muhakemesi Kanununda ise ne güvenilir kişiye ne de bilgi veren kurumuna ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Doktrinde Özbek, bilgi veren kurumu hakkında yasal bir düzenleme bulunmamasının onun suçlulukla mücadelede kullanılamayacağı anlamına gelmeyeceğini, aynı durumun

¹⁸⁸ Aytekin GELERİ/Hakan İLERİ: Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, 198

¹⁸⁹ Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 35

¹⁹⁰ Ali ŞAFAK: 129

¹⁹¹ Veli Özer ÖZBEK: CMK İzmir Şerhi, 593

¹⁹² Cumhur ŞAHİN: Ceza Muhakemesinde İspat(Delillerin Doğrudan Doğruları İlkesi), (Ankara,2001), 122

güvenilir kişi bakımından da geçerli olduğunu savunmaktadır.¹⁹³ Kanaatimizce bu iki kurum yasal dayanaklarının olmaması sebebiyle örgütlü suçla mücadelede kullanılmamalıdır.¹⁹⁴ Gizli soruşturmacı gibi, bu kurumlar da temel hak ve hürriyetlere ağır bir müdahale teşkil ederler. Anayasamızın 13. maddesi ise temel hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlandırmaların ancak kanunla yapılabileceğini belirtmektedir. Ayrıca kamu hukukunda yetkisizlik kuralı, yetkililik ise istisnadır. İdarenin bir konuda yetkili olabilmesi için o konuda açık bir yasal düzenlemenin olması gerekmektedir. Aksi takdirde bu şekilde elde edilecek delillerin ceza muhakemesinde kullanılamaması problemi ile karşı karşıya kalınır ki, bu durum örgütlü suçla mücadelenin ağır bir yara alması anlamına gelir.

2.1.2.3. Kışkırtıcı Ajan

Kışkırtıcı ajan (tahrikçi), sırf kendilerine bir çıkar sağlamak maksadıyla bir kimseyi suç işlemeye sevk ettikten sonra onu ele veren kişidir.¹⁹⁵ Bir diğer tanımda ise suçun tamamlanması veya teşebbüs aşamasında kalması suretiyle bundan bizzat failin ceza görmesini isteyen kişidir.¹⁹⁶ Kışkırtıcı ajanın suçun işlenmesinden doğrudan bir menfaati yoktur. O belli başlı saiklerle tahrikte bulunabilir.¹⁹⁷

Erem kışkırtıcı ajanı ikili bir ayrıma tabi tutmaktadır. Buna göre tahriki yapan eğer bir zabıta görevlisi ise “kışkırtıcı ajan”; özel nedenlerle hareket edenler için ise “kışkırtıcı” terimi kullanılacaktır.¹⁹⁸ Yüce’ ye göre ajan, suç işlemeye kararlı ve hazır kimseyi yakalamak veya yakalatmak için suça iten

¹⁹³ Veli Özer ÖZBEK: CMK İzmir Şerhi, 594

¹⁹⁴ bkz. Mustafa Ruhan ERDEM: 180

¹⁹⁵ Sulhi DÖNMEZER/Sahir ERMAN: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. 2, On ikinci bası, (İstanbul, 1999), 497

¹⁹⁶ Carrara (F.), Programa... II, (1882)’den naklen Faruk EREM: Kışkırtıcı Ajan, (Ankara, 1974), 4

¹⁹⁷ Füsün SOKULLU-AKINCI: Polis Toplumsal Kurum Olarak Gelişmesi Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları, (İstanbul, 1990), 92

¹⁹⁸ Faruk EREM: “İdarenin Kışkırtıcı Ajan Kullanması”, Onar Armağanı, (İstanbul, 1977), 271

kişi; kışkırtıcı ajan ise suçu işletip yakalatmak üzere bir kimsede suç kararı uyandıran kişidir.¹⁹⁹ Biz bu ayrımlara katılmamakla birlikte, tahrik edenin ister zabıta görevlisi isterse de özel bir kimse olması durumunda da “kışkırtıcı ajan” olacağı kanısındayız. Nitekim Soyaslan da bu tarz bir ayırım yapmadan kışkırtıcı ajanın (tahrikçi ajan) genel olarak güvenlik güçleri mensubu olduğunu ancak, güvenlik güçleriyle işbirliği eden, suçlunun bu yolla açığa çıkmasına yardımcı olan kişilerin de kışkırtıcı ajan (tahrikçi ajan) sayılabileceklerini belirtmektedir.²⁰⁰

Kışkırtıcı ajanın suçun işlenmesini istemesine rağmen, doğrudan doğruya suçtan doğan neticeyi istemediği için azmettirenle farklı olduğu düşünülebilir.²⁰¹ Ancak failin bu suçtan bir menfaat elde etmesinin suçun işlenmesine veya en azından teşebbüs aşamasında kalmasına bağlı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Kışkırtıcı ajanın failin işleyeceği fiilin neticelerini bildiği ve istediği açıktır.²⁰² Bu yüzden, her ne kadar arada bazı farklar olsa da kışkırtıcı ajanının azmettiren durumunda bulunabilmesi mümkündür.²⁰³

Suçta sevk edilen kimse tahrikçinin hareketinden önce bu suçu işlemeyi hiç niyet etmemiş, suç işleme fikri tamamen tahrikçinin kışkırtmaları sonucu doğmuşsa, kışkırtıcı ajanı azmettirmeden sorumlu tutmak gerekir. Eğer suç işleyen kimsede bir suç işleme fikri oluşmuş, tahrikçinin hareketi bu fikri karar haline dönüştürmüşse, bu durumda da kışkırtıcı ajanı, suça teşvik eden durumunda olacağı için yine sorumlu tutmak gerekecektir.²⁰⁴

¹⁹⁹ Turhan Tufan YÜCE: “Ajan Vasıtasıyla İşletilen Suçların Cezalandırılması ve İlgili Yargıtay Kararları Üzerinde Düşünceler”, SÜHFD, S.1, C. 1, Ocak-Haziran 1988, 13

²⁰⁰ Doğan SOYASLAN: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Üçüncü Baskı, (Ankara, 2005), 486

²⁰¹ ÖZTÜRK/ÖZBEK/ERDEM: Uygulamalı, 676; Yargıtay da kışkırtıcı (tahrikçi) ajanı, “suçun işlenmesini isteyen ve bir kimseyi suç işlemeye sevk eden kimsedir” şeklinde tanımlamıştır. (YCGK. E. 1986/6-497 K. 1987/118 T. 16.3.1987) Kazancı Yargıtay Kararları CD’si.

²⁰² Faruk EREM: Kışkırtıcı Ajan, 9

²⁰³ ÖZTÜRK/ÖZBEK/ERDEM: Uygulamalı, 676

²⁰⁴ DÖNMEZER/ERMAN: Nazari ve Tatbiki C. 2, 502; “Tahrikçi ajan, suçun işlenmesini isteyen ve bir kimseyi suç işlemeye sevk eden kimsedir. İncelenen olayda polis, hareketin başlangıcında sanığı suça teşvik ve azmettirmemiş olduğundan tahrikçi ajan durumunda değildir. Polisin müdahalesi sanığın elverişli şekilde başlattığı hareketle netice arasına girmesi ve neticenin oluşmasını engellemektir. Bu nedenle burada

Her ne kadar gizli soruşturmacının kışkırtıcı ajandan bozma bir kurum olduğu söylene de²⁰⁵, gizli soruşturmacı kışkırtıcı ajandan farklıdır. İlk olarak kışkırtıcı ajan bir kamu görevlisi olabileceği gibi bir özel şahıs da olabilir. Gizli soruşturmacı ise yalnızca kamu görevlisi olabilir.

İkincisi, kışkırtıcı ajanın azmettiren ya da teşvik eden konumunda bulunabilmesine karşılık; gizli soruşturmacı hiçbir zaman azmettiren konumunda bulunamaz. CMK md. 139/5'te gizli soruşturmacının suç işleyemeyeceği yazılı olduğu için gizli soruşturmacının cezalandırılmamak için, suçun hazırlanmasına karışmamış ve suç işleme iradesi bulunmayan kişileri suça yöneltmemiş olması gerekir.²⁰⁶

Kışkırtıcı ajanın aslında güvenilir kişinin (bilgi kaynağının) yapmış olduğu bir faaliyet türü ve kışkırtıcı ajan da bilgi kaynağının bir başka şekilde ifade edilmesi gerektiği iddia edilmektedir.²⁰⁷ Her ne kadar güvenilir kişi müessesesi ile kışkırtıcı ajanlık birbirine yaklaşıp da bu kimselerin suça iştirake ve suçun işlenmesindeki saikleri oldukça farklıdır. Güvenilir kişi, örgüt elemanı olması ve örgüte maddi manevi yarar sağlamak amacıyla suça iştirak eder. Ajanın ise amacı faili yakalatmak, cezalandırılmasını sağlamaktır.²⁰⁸

2.1.2.4. Gizli Soruşturma Yapan Polis

Gizli soruşturma yapan polis gizli soruşturmacı kurumuna en çok benzerlik gösteren kurumdur. Gizli soruşturmacı ile bu kurum arasındaki

tahrikçi ajan durumundan söz edilemez." (YCGK. E. 1986/6-497 K. 1987/118 T. 16.3.1987) Kazancı Yargıtay Kararları CD'si.

²⁰⁵ ÖZTÜRK/ÖZBEK/ERDEM: Uygulamalı, 669

²⁰⁶ Nur CENTEL/Özlem ÇAKMUT/ Hamide ZAFER: Türk Ceza Hukukuna Giriş, (İstanbul, 2005), 538

²⁰⁷ Aytekin GELERİ/Hakan İLERİ: "Gizli Görevli ve Bilgi Kaynağı Kullanma", 261; ÖZBEK de kışkırtıcı ajanın bağımsız, kendine özgü bir kurum olmadığını, güvenilir kişi ya da gizli soruşturma yapan polis kavramları ile örtüştüğünü belirtmektedir. Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 45

²⁰⁸ Faruk EREM: "İdarenin Kışkırtıcı Ajan Kullanması", 273

temel fark gizli soruşturmacının uydurma kimliğe sahip olmasıdır.²⁰⁹ Ancak uygulamada gizli soruşturma yapan polisin de zaman zaman uydurma kimlik kullandığı görülmektedir. Eğer polis bu kimliği sadece sanığa yönelik olarak kullanıyorsa gizli soruşturma yapan polisten, bu kimlikle genel hukuki işlemler de yapılmakta ise gizli soruşturmacıdan bahsetmek gerekecektir.²¹⁰

Böyle bir ayrımın 4422 sayılı kanun döneminde geçerli olmadığını belirtmek gerekir. Zira bu kanunun 5. maddesinde gizli soruşturmacının uydurma kimlik kullanacağına ilişkin bir düzenleme mevcut değildi. CMK md. 139/2’de ise gizli soruşturmacının kimliğinin değiştirilebileceği belirtilmiştir.

Konumuzla ilgili olan Christou&Wright davasını burada zikretmekte fayda vardır. “Londra’da yaygınlaşan mücevher hırsızlığı ile mücadele etmek amacıyla sivil polisler tarafından işletilen “Stardust Jewelers” isimli bir mücevherci dükkânı açılmıştır. Çalıntı mücevherlerin alındığı imajı etrafa bilinçli olarak yayılmıştır. Dükkânın değişik yerlerine ses ve görüntü kayıt cihazları yerleştirilerek tüm alış-veriş işlemleri kaydedilmiştir. Çalıntı olduğu sanılan mücevherleri getirenlerin belli bölgelere dokunmaları sağlanarak parmak izleri elde edilmiş, mücevherleri nereden aldıklarına dair sorular sorulmuştur. İki yıl devam eden bu operasyon sonunda çok sayıda kişi mahkemeye sevk edilmiştir.”²¹¹

Olayda polisin “gizli soruşturma yapan polis” şeklinde çalıştığı anlaşılmaktadır. Ancak bu gibi bir faaliyetin ancak “gizli soruşturmacı” tarafından yapılması halinde hukuka uygun olacağını belirtmek gerekir. Polislerin açmış olduğu bu dükkâna suçlu kimselerin yanında normal vatandaşların da gelmesi muhtemeldir. Polisler değiştirilmiş kimliklerini yalnız suçlulara karşı değil, üçüncü şahıslara karşı da kullanacaklardır. Bu yüzden

²⁰⁹ M. Ruhan ERDEM: 80; Walter GROPP: “Organize Suçlulukla Mücadelede Yeni Araştırma Metodları”, Çev. Feridun YENİSEY, Facultatis Decima Anniversaria, Marmara Üniversitesi Hukuk fakültesi 10. Yıl Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, (İstanbul, 1993), 97

²¹⁰ Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 39

²¹¹ Ali ŞAFAK/Vahit BIÇAK: Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, (Ankara, 2005), 300

bu tarz bir eyleme ancak biraz sonra belirteceğimiz şartların oluşması halinde başvurulabilecektir. Yoksa elde edilen delillerin muhakemede kullanılamaması gerekir.

Diğer bir farkın da gizli soruşturma yapan polis memurunun gizli soruşturmacı kullanılmasını gerektiren suçlardan daha hafif suçlar için kullanıldığı ve bu polis memurunun gizli soruşturmacıdan nitelik olarak daha alt basamakta bulunduğu savunulmaktadır.²¹² Bu görüşe katılmadığımızı belirtelim. Gizli soruşturma yapan polis, genelde uyuşturucu madde suçları, kaçakçılık suçları, örgütlü suçlar gibi suçlara yönelik olarak kullanılmaktadır. CMK md. 139/7'de ise gizli soruşturmacının hangi suçlara yönelik olarak kullanılacağı liste şeklinde sayılmıştır. Bu maddede sayılan suçlara baktığımızda bu suçların da gizli soruşturma yapan polisin kullanıldığı suçlarla paralellik gösterdiğini görmekteyiz. Bu yüzden biz aradaki farkın sadece uydurma kimlik kullanma hususunda olduğu görüşündeyiz.

2.1.3. Gizli Soruşturmacı Kullanılmasının Amacı

Koruma tedbirlerine ceza muhakemesinin yapılması veya muhakemenin sonunda verilecek kararları yerine getirmek amacıyla başvurulur. Bu bakımdan koruma tedbirlerini amaç açısından sanığın muhakemede hazır bulunmasını, delillerin korunmasını, hükmün yerine getirmesini sağlayan koruma tedbirleri olarak üçlü bir ayrıma tabi tutabiliriz.²¹³ Gizli soruşturmacının görevi örgüte ilişkin araştırmada bulunmak ve örgütün faaliyeti çevresinde işlenen suçlarla ilgili delil toplamak olduğu için, gizli soruşturmacının delillerin korunmasını sağlayan bir koruma tedbiri olduğu söylenebilir.

İlk bölümde örgütlü suçtan bahsedebilmek için örgüt üyeleri arasında bir hiyerarşik ilişkinin olması gerektiği belirtilmişti. Bu ilişkide örgütün en

²¹² Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 39

²¹³ Nur CENTEL/Hamide ZAFER: Ceza Muhakemesi Hukuku, (İstanbul, 2005), 245

tepesinde suç planlarını yapan, emirleri veren bir beyin bulunur. Bu beyin aynı zamanda ceza hukuku açısından bir azmettirendir. Ancak bu kimse koğuşturma makamları tarafından tespit edilmemek amacıyla azmettireceği kimselere doğrudan emir vermez, ara beyinler kullanılır. Öztürk, böyle durumlarda azmettirmeye azmettirme, hatta azmettirmeye azmettirmeye azmettirme durumlarının çıktığını belirtmektedir.²¹⁴

Örgüt çerçevesinde işlenen bir suç ortaya çıkarılsa bile, bu suçun arkasındaki esas failin ortaya çıkarılması çoğu zaman imkânsızdır. Bu yüzden örgütlü suçla mücadelede yetersiz kalan geleneksel koruma tedbirlerinin yanında özel eğitilmiş polis memurlarının gizli soruşturmacı olarak kullanılması kaçınılmazdır.²¹⁵ Gizli soruşturmacı kullanılmasındaki temel amaç gizli delil elde etmekten başka bir şey değildir.

2.2. GİZLİ SORUŞTURMACI KULLANILMASININ ŞARTLARI

2.2.1. Gizli Soruşturmacının Kanunla Düzenlenmesi Zorunluluğu

Gizli soruşturmacı kurumu hukuk hayatımıza ilk kez 4422 sayılı kanun ile girmiştir. Ancak bu kanunun yürürlükte olduğu dönemden önce de gizli ajan kullanıldığı bilinmektedir. Bunun yasal dayanağının CMUK 154/1²¹⁶ ve 156/1²¹⁷ maddeler olduğu söylenmekteydi.²¹⁸ Ayrıca PVSK ek 7. maddesinde polisin; Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanununda Jandarmanın; 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununda Milli

²¹⁴ ÖZTÜRK/ÖZBEK/ERDEM: Uygulamalı, 669

²¹⁵ Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 56

²¹⁶ CMUK 154/1. madde şu şekildedir: “Cumhuriyet Savcısı yukarıdaki maddede yazılı neticelere varmak için bütün memurlardan her türlü malumatı isteyebilir. Gerek doğrudan doğruya ve gerek zabıta makam ve memurları vasıtasıyla her türlü tahkikatı yapabilir.”

²¹⁷ CMUK 156/1. madde şu şekildedir: “Zabıta makam ve memurları suçları aramakla ve işin tenviri için lazım gelen acele tedbirleri almakla mükelleftir. Bu makam ve memurlar tanzim ettikleri evrakı hemen savcılığa gönderirler.”

²¹⁸ Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 69

istihbarat teşkilatının istihbarat faaliyetinde bulunarak bilgi toplayabileceği belirtilmekteydi. Bu düzenlemelerin de gizli soruşturmacı kullanılmasına yasal dayanak yapılabileceği iddia edilmekteydi.²¹⁹

Kamu hukukunda yetkisizlik kural yetkililik ise istisnadır. Bu temel kuraldan hareketle dahi gizli soruşturmacının yasal dayanağının olmasının şart olduğunu söyleyebiliriz. Bu kadar önemli bir konuda yukarıda adı geçen kanunlardaki genel düzenlemelerle yetinilmesi; polisin görevinden hareketle bu tür tedbirlerin icra edilebileceği sonucuna varılması bir hukuk devletinde kabul edilemez.²²⁰ Gizli soruşturmacının (ajanın) faaliyette bulunabilmesi için yasal düzenleme yapılması hukuk devleti olmanın bir gereğidir.²²¹⁻²²²

Gizli soruşturmacı temel hak ve hürriyetlere müdahale oluşturan bir soruşturma tedbiridir. Temel hak ve hürriyetlere müdahale oluşturan her tedbirin yasal bir dayanağının olması gerektiği anayasamızda vurgulanmıştır (Anayasa md. 13). Bu yüzden de gizli soruşturmacı kullanılması için yasal bir dayanağın olması gerekecek, böyle bir yasal dayanak olmadığı zaman gizli soruşturmacının elde etmiş olduğu deliller ceza muhakemesinde delil olarak kullanılamayacaktır.²²³

²¹⁹ 3/7/2005 tarih ve 5397 sayılı kanunun 1. maddesi ile PVSK ek 7. maddesinde; 2. maddesi ile Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun ek 5. maddesinde; 3. maddesi ile Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6. maddesinde yapılan değişiklik ile sadece iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izlemeye yer verilmiştir. Bu yüzden artık bu kanunlara dayanarak gizli soruşturmacı tedbirine başvurulamayacaktır.

²²⁰ Bahri ÖZTÜRK: Delil Yasakları, 75

²²¹ Nur CENTEL: "Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler", Hukuk Araştırmaları, C. 8, S. 1-3, yıl 1994, 83; Aytekin GELERİ, Hakan İLERİ: Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, 44; CENTEL/ZAHER: 322; Walter GROPP: 93; Hakan İLERİ: Türk Hukukunda Gizli Bilgi Toplama Teknikleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Ankara, 2002), 125

²²² AİHM de 2.08.1984 tarihli Malone/Birleşik Krallık kararında kişilerin özel hayatı için gizli nitelikte ve potansiyel tehlike taşıyan bir müdahaleyi, hangi olaylarda ve ne gibi koşullar altında gerçekleştirebileceklerini yeterli ölçüde açıklıkla düzenleyen bir kanunun var olması gerektiğini vurgulamıştır. Bu karar için bkz. Adem SÖZÜER: "Türkiye'de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi", İÜHFMTürkan Rado'ya Armağan, C. LV, S. 3, yıl 1997, 74

²²³ Mustafa Ruhan ERDEM: 184

2.2.2. Gizli Soruşturmacının Kamu Görevlisi Olması

CMK md. 139/1’de gizli soruşturmacı olarak kamu görevlilerinin görevlendirileceği belirtilmektedir. Bu yüzden kimlerin gizli soruşturmacı olarak görevlendirileceği “kamu görevlisi” ne verilecek anlamla yakından ilgilidir.

Kamu görevlisi tanımıyla ilgili 765 sayılı TCK md. 279’da bir düzenleme mevcuttu. Madde kamu görevi gören kimseleri memur; kamu hizmeti görenleri ise hizmetli olarak tarif etmiştir.^{224_225}

Burada o zaman kamu görevi ve kamu hizmeti kavramlarının açıklanması gerekmektedir. Bir görüş kamu görevi ve kamu hizmeti şeklinde bir ayrımın sağlıklı olmadığı görüşündedir.²²⁶ Buna karşılık devlet idaresinin faaliyetlerinin hukuki veya sosyal faaliyet olup olmadığına göre bir ayrım yapılmaktadır.²²⁷ Devlete ait iktidar ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilen faaliyetler kamu görevi; böyle bir iktidar ve yetkinin kullanılmasını gerektirmeyen faaliyetler ise kamu hizmetidir.²²⁸ Gerek kamu görevinin ve gerekse de kamu hizmetinin görülmesinin devamlı veya geçici olmasında veya hizmetin paralı veya ücretsiz, zorunlu veya ihtiyari yapılmasının bir önemi yoktur.²²⁹

²²⁴ İbrahim DÜLGER: Zimmet ve İhtilas Cürümleri (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), (Konya, 1990), 7; Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK: “Ceza Hukukunda Memur ve Hizmetli Kavramı”, AD, C. 61, S. 1, yıl 1970, 8; Mehmet Emin ARTUK/Ahmet GÖKÇEN/ Caner YENİDÜNYA: Ceza Hukuku Özel Hükümler, (Ankara, 2005), 360; İzzet ÖZGENÇ: TCK Gazi Şerhi, 102; Faruk EREM/Nevzat TOROSLU: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (Ankara, 2000), 145; Doğan SOYASLAN: “Ceza Hukukunda Memur Kavramı”, AÜHFD, cilt 45, sayı 1–4, yıl 1996, 45

²²⁵ Buna karşılık Özgenç kamu görevlisi kavramıyla memur kavramının eş anlamlı olmadığını belirtmektedir. “Memur, bir kamu görevlisi çeşididir. Ama her kamu görevlisi memur değildir. Bu itibarla kamu görevlisi kavramı, memur kavramından daha geniş bir anlam muhtevasına sahiptir”. bkz. İzzet ÖZGENÇ: TCK Gazi Şerhi, 103

²²⁶ ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA: Özel Hükümler, 360; Doğan SOYASLAN: “Ceza Hukukunda Memur”, 49

²²⁷ İzzet ÖZGENÇ: TCK Gazi Şerhi, 102; İbrahim DÜLGER: 9; Doğan SOYASLAN: “Ceza Hukukunda Memur”, 46; Faruk EREM/ N. TOROSLU: 146

²²⁸ İzzet ÖZGENÇ: TCK Gazi Şerhi, 103

²²⁹ Doğan SOYASLAN: “Ceza Hukukunda Memur”, 45

Bu açıdan kamu görevlisini şöyle tarif edebiliriz: devlete has hukuki bir iktidar ve yetkiyi kullanarak hukuki tasarruf veya fiilin icrasını gerçekleştirenlerle, bu hukuki tasarruf ve fiilin icrasına kamu hukuku usulüne uygun bir şekilde katılan ve yardım eden kimseler²³⁰ kamu görevlisidir.

Yeni Ceza Kanunu, 6/c maddede kamu görevlisini şu şekilde tanımlamıştır: “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” kamu görevlisidir. Bu tanım ile hukukumuzda mevcut olan kamu görevlisi-memur tartışmasına son noktanın konduğu savunulmaktadır.²³¹

4422 sayılı kanunun 5. maddesinde de, CMK 139. maddesinde de gizli soruşturmacının kamu görevlisi olacağı yazmaktadır. Bu bakımdan özel kişiler gizli soruşturmacı olamazlar, özel şahıslar muhbir statüsündedir.²³² Al. CMUK 110a/2 de gizli soruşturmacının bir polis memuru olacağı belirtilmektedir. Bizim hukukumuzda ise gizli soruşturmacının polis memuru olması şart değildir. Daha önce de belirttiğimiz gibi bunun nedeni, ülkemizde örgütlü suçun sık görülen şekillerinden olan silah ve vergi kaçakçılığı suçlarında, bu konunun uzmanı gümrük ve vergi memurlarının da gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmelerinin önünü açmaktır.

2.2.3. Suç Şüphesinin Varlığı

Ceza Muhakemesinde şüphe, gerçekliği konusunda bazı maddi vakıalar bulunan fakat doğruluğu araştırılarak delillerle ispat edilmeye muhtaç bir iddiayı ifade eder.²³³ Hukuk devleti açısından bir suç şüphesinden bahsedebilmek için, bunun mutlaka delillerle desteklenmesi gerekmektedir.²³⁴

²³⁰ İbrahim DÜLGER: 15

²³¹ Veli Özer ÖZBEK: TCK İzmir Şerhi, C. 1, İkinci Baskı, (Ankara, 2005), 179

²³² Feridun YENİSEY: 124

²³³ M. Bedri ERYILMAZ: “Kolluğun Yetkileri Açısından Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile Yeni CMUK Tasarısının Karşılaştırılması ve Yeni Tasarının Düşündürdükleri”, ABD, C. 57, S. 1, yıl 2000, 71, dn. 12

²³⁴ ÖZTÜRK/ÖZBEK/ERDEM: Uygulamalı583

Şüphede, basit ve yoğun şüphede olmak üzere ikiye ayrılır.²³⁵ Cumhuriyet savcısının suçun işlenip işlenmediği hakkında soruşturma başlatabilmesi için gerekli olan şüphede basit şüphede denir (CMK md. 160/1). Bu tanımdan anlaşılan; soruşturmanın başlatılabilmesi için genellikle şüphenin belirli bir kimseye yönelmiş olması gerekmediğidir.²³⁶ Genelde savcıcı harekete geçiren failin öğrenilmesinden ziyade fiilin öğrenilmesidir. Yoğun şüphede yeterli ve kuvvetli şüphede olmak üzere ikiye ayrılır. Eldeki delillere nazaran, yapılacak duruşmada sanığın mahkum olması ihtimali, beraat etmesi ihtimalinden daha kuvvetli ise yeterli şüpheden; sanığın mahkum olması ihtimali kuvvetle muhtemel ise kuvvetli şüpheden bahsedilir.²³⁷

4422 sayılı kanunun 8. maddesi gizli görevli kullanılmasında 2. maddedeki esaslara uyulacağını belirtmiştir. Bu durumda gizli soruşturmacı kullanılması için o dönemde “kuvvetli belirtilerin varlığı” gerekmektedir. Ancak kuvvetli belirti deyiminden kuvvetli şüphenin mi kastedildiği anlaşılamamaktaydı.²³⁸ Yasa koyucunun, temel hak ve hürriyetlere ağır müdahale oluşturan gizli soruşturmacı gibi tedbirlerin “basit şüphede” dayanılarak kullanılmasını istemediği için, böyle bir yola başvurduğu belirtilmektedir.²³⁹ Bu yüzden bir suçun işlendiği veya buna iştirak edildiği konusunda somut olaylara dayanan bir olasılığın mevcut olması, bu tedbire başvurmak için yeterli görülmelidir.²⁴⁰ Ancak tedbire başvurmak için kuvvetli şüphenin varlığını aramak hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Yukarıda kuvvetli şüphenin tanımında, sanığın mahkum olmasının kuvvetle muhtemel olmasının gerektiğini belirtmiştik. Zira bu aşamada diğer koruma tedbirlerine de başvurulabileceği için “gizli soruşturmacının ikincillik ilkesi” de buna engel olmaktadır.

²³⁵ ÖZTÜRK/ÖZBEK/ERDEM: Uygulamalı, 583; M. Ruhan ERDEM/Ö.ÖZBEK: “Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, Prof. Dr. Seyfullah EDİS’e Armağan, (İzmir, 2000), 276

²³⁶ M. Ruhan ERDEM: 317

²³⁷ ÖZTÜRK/ÖZBEK/ERDEM: Uygulamalı, 584

²³⁸ Dönmezer’e göre buradaki belirti daha delil seviyesine ulaşmamıştır. Sulhi DÖNMEZER: Çetelerle Mücadele; Öztürk ise buradaki kuvvetli belirtinin “kuvvetli şüphede” anlamında kullanıldığı kanısındadır. bkz. ÖZTÜRK/ÖZBEK/ERDEM: Uygulamalı, 689

²³⁹ M. Ruhan ERDEM: 378

²⁴⁰ M. Ruhan ERDEM: 379; Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 75

CMK md. 139 ise gizli soruşturmacının kullanılabilmesi için kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunmasını, bunun yanında başka surette delil elde edilememesini şart koşturmuştur. Kanımızca kanun koyucu burada çelişkili bir hüküm oluşturmuştur. Çünkü kuvvetli suç şüphesinin olması için ortada suçun işlendiği konusunda deliller bulunmalı ve bu delillerin sanığın mahkum olmasını kuvvetle muhtemel hale getirmesi gerekmektedir. Demek ki, başka tedbirlerle delil elde edilmiştir. Böyle olunca da bu aşamadan sonra gizli soruşturmacının kullanılmasına olanak kalmamıştır.²⁴¹

Kanunun bu açık düzenlemesine rağmen Özbek burada da kuvvetli şüphe sebeplerinden “basit bir başlangıç şüphesinden daha yoğun ama yeterli ya da kuvvetli şüphe derecesine ulaşması zorunluluğu bulunmayan şüphe derecesi olarak anlaşılması gerektiğini” iddia etmektedir.²⁴² Her ne kadar bu tedbire başvurmada kuvvetli şüphenin aranması, bu tedbiri kullanılamaz hale getirecekse de, kanunun açık düzenlemesi karşısında burada aranılan şüphenin kuvvetli şüphe olduğunu kabul etmek gerekecektir.

2.2.4. Başka Delillerle Amaca Ulaşılmasının Mümkün Olmaması

İkincillik ilkesi aslında orantılılık ilkesinin somutlaşmış biçimini ifade eder.²⁴³ Orantılılık ilkesi ise, bir ceza muhakemesi işleminin yapılması ile sağlanması beklenen yarar ve verilmesi ihtimal dahilinde olan zarar arasında makul bir oranın bulunmasını, oransızlık durumunda işlemin yapılmamasını ifade eder.²⁴⁴ Bu bakımdan orantılılık ilkesi işlenen suçun ağırlığıyla, alınacak tedbirin ağırlığı arasında bulunması gereken dengedir.²⁴⁵

²⁴¹ bkz. CENTEL/ZAFER: 323

²⁴² Veli Özer ÖZBEK: CMK İzmir Şerhi, 567

²⁴³ M. Ruhan ERDEM:320

²⁴⁴ Bahri ÖZTÜRK: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşurma Mecburiyeti İlkesi,(Ankara, 1991), 73

²⁴⁵ Adem SÖZÜER: “Haberleşmenin Denetlenmesi”, 73; Aytekin GELERİ/Hakan İLERİ: Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, 252

Bu ilke gereğince gizli soruşturmacı gibi soruşturma tedbirleri, diğer koruma tedbirlerine nazaran temel hak ve hürriyetlere daha ağır bir müdahale teşkil ettiği için, ancak diğer soruşturma tedbirlerinin olayı aydınlatma imkanı olmadığı durumlarda kullanılabilecektir.²⁴⁶ AİHM de bu gibi tedbirlere ancak maddi olayların tespitin başka yöntemlerle mümkün olmaması veya çok güç olması halinde başvurulabileceğine karar vermiştir.²⁴⁷ CMK 139. madde de anlattıklarımıza paralel olarak, gizli soruşturmacı kullanılmasına “başka surette delil elde edilememesi halinde” başvurulacağını belirtmiştir. Diğer tedbirlerin yetersizliğine karar verecek kişi ise hâkimdir.²⁴⁸

Bu ilke aynı zamanda gizli soruşturmacının güvenliği ile de alakalıdır. Eğer örgüt hakkında başka koruma tedbirleri ile delil elde edilebiliyorsa, bu durumda gizli soruşturmacının hayatı tehlikeye atılarak, örgüt içine dahil edilmesi yoluna gidilmemelidir.²⁴⁹

4422 sayılı kanununun 2. maddesi gereğince bu kanunda belirtilen koruma tedbirleri klasik koruma tedbirlerinin yeterli olmadığına anlaşıldığı halde uygulanacaktı. Bu kanunun 5. maddesinde bu husus bir kez daha vurgulanmıştı. Öztürk, 5. maddede “diğer tedbirlerin yeterli olmadığına anlaşıldığı halinde” gibi bir ifadenin gereksiz olduğunu, zira 8. maddenin 2. maddeye yaptığı atıf nedeniyle bu durumun bu maddeden anlaşıldığını savunmaktadır.²⁵⁰ Ünver ise 5. maddedeki diğer tedbirlerden maksadın bu kanundaki tedbirlere işaret etmek olduğunu söylemiştir.²⁵¹ Biz de bu görüşe iştirak etmekteyiz. Diğer türlü, kanun koyucunun bu hususu bir kez daha vurgulamasının bir anlamı kalmazdı. Bu bakımdan hakim olaya bakacak klasik koruma tedbirleri ile sonuca ulaşıyorsa onları uygulattırarak, bunlar yeterli olmazsa 4422 sayılı kanunda yazılı tedbirlere başvuracak, bunlar da

²⁴⁶ Erkan CANAK: 163; ERDEM/ÖZBEK: 280

²⁴⁷ AİHM 06.09.1978 tarihli Klass ve Diğerleri/Almanya kararı, Osman DOĞRU: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C. 1, (İstanbul, 2004), 260

²⁴⁸ Sulhi DÖNMEZER: Çetelerle Mücadele

²⁴⁹ Aytekin GELERİ/Hakan İLERİ: “Gizli Görevli ve Bilgi Kaynağı Kullanma”, 248

²⁵⁰ ÖZTÜRK/ÖZBEK/ERDEM: Uygulamalı, 671

²⁵¹ M. Naci ÜNVER: 8

yeterli olmazsa son çare olarak gizli soruşturmacı kullanılmasına karar verecekti.

CMK açısından ise durum karmaşık bir yapı seyretmektedir. 4422 sayılı kanunun yürürlükten kalkmasından sonra gizli soruşturmacı ve diğer tedbirler CMK' ya nakledilmiştir. Bu kanunda da gizli soruşturmacı tedbirine diğer tedbirlerin yeterli olmadığı durumda başvurulabileceği yazmaktadır. Sorun ise aynı düzenlemenin 134. maddedeki “Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma”, 135. maddedeki “İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” ve 140. maddedeki “Teknik araçlarla izleme” koruma tedbirleri için de geçerli olmasıdır. Böylece bu koruma tedbirlerinden hangisinin önce hangisinin sonra uygulanacağı konusunda belirsizlik ortaya çıkmıştır.

2.2.5. Listede Yer Alan Suçlardan Birisinin İşlenmiş Olması

Gizli soruşturmacı genelde örgütlü suça yönelik olarak kullanılır. Ancak örgütlü suç(organize suçluluk) konusunda üzerinde herkesin uzlaştığı bir tanım mevcut olmadığı için, gizli soruşturmacının hangi suçlara yönelik olarak kullanılacağı bir sorun arz etmektedir. Bazı ülkeler bu sorunu, gizli soruşturmacının görevlendirileceği suçlar bakımından genel ilkeler belirleyerek; bazıları ise söz konusu suçları liste içerisinde tek tek belirleyerek aşmaya çalışmaktadır. Genel ilkeler şeklindeki düzenlemelerin olumlu yanı, bazı suçların dışarıda kalma tehlikesi doğmaz. Ancak böyle bir düzenleme hukuk açısından belirlilik ilkesine aykırıdır. Suçların tek tek liste halinde sayılması ise her ne kadar bazı suçların liste dışında kalması sonucunu doğursa da belirlilik ilkesine uygundur.²⁵²

4422 sayılı kanun döneminde ise ne cezalandırılabilirlik sınırı öngörülmüş ne de suçlar liste halinde sayılmıştı. Kanunun 1. maddesinde suç

²⁵² Walter GROPP: 101

örgütü tanımlanmış, 5. maddede ise gizli soruşturmacının 1. maddede sayılan suçlara yönelik olarak kullanılabileceği belirtilmişti. Kanunun 16. maddesinin düzenlemesi gereğince gizli soruşturmacı ayrıca,

- Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar
- Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu
- Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun
- 765 sayılı TCK 403,404, 406. maddelerde yer alan suçların teşekkül halinde işlenmesi durumunda da kullanılabilecekti.

CMK 139. maddede ise gizli soruşturmacının hangi suçlara yönelik olarak kullanılacağı liste halinde sayılmıştır. Bu yüzden gizli soruşturmacı artık kanunda sınırlı sayıda belirtilen suçların ortaya çıkarılmasına yönelik olarak kullanılabilir. Bunun nedenini bu koruma tedbirinin özel hayata ağır bir müdahale teşkil ediyor olmasında aramak gerekir.²⁵³ Kanunun bu şekilde bir liste getirmesi yerinde olmuştur.²⁵⁴ Listede belirtilen suçlar şunlardır,

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

²⁵³ M. Volkan DÜLGER: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Organize Suçla Mücadelede Özel Koruma Tedbirleri”

²⁵⁴ Veli Özer ÖZBEK: CMK İzmir Şerhi, 607

Gizli soruşturmacının genelde örgüte yönelik olarak kullanılmasından dolayı, örgütlü suçun temel düzenlemesi olan TCK 220. maddesi ilk bölümde ayrıntılı olarak incelenmeye çalışılmıştır. Burada CMK 139'da sayılan, gizli soruşturmacının kullanılabileceği diğer suç türlerine değinilmeye çalışılacaktır.

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

Çalışmanın ilk bölümünde tipik örgütlü suç çeşitleri arasında ilk olarak uyuşturucu madde ticareti suçu zikredilmiştir. Ancak bu kabul, suçun ferden işlenebilmesine engel değildir. Nitekim kanun koyucu TCK md. 188'deki suçun ferden işlenebilen bir suç olduğunu kabul etmiş; bunun yanında suçun örgüt tarafından işlenmesini ise ağırlatıcı neden olarak saymıştır (TCK md. 188/5). CMK md. 139'da ise gizli soruşturmacının kullanılabileceği suçlar arasında TCK md. 188 de sayılmış, bu suçun örgüt tarafından işlenmesi gerektiğine dair bir şart ise maddede yer almamaktadır. Bu yüzden bu suç ister ferden işlenmiş olsun, isterse de bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olsun, her iki duruma yönelik olarak gizli soruşturmacı kullanılmasına karar verilebilir.

Maddede uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin ve aynı etkiyi gösteren diğer ilaç ve sentetiklerin kötüye kullanımlarının yaptırım altına alınarak güçlü bir sosyal savunmanın sağlanması amacıyla uyuşturucu veya uyarıcı etki yapan ve kişide bağımlılık meydana getiren bütün maddelerin bu suçun konusunu oluşturacağı kaydedilmiştir.²⁵⁵

Maddenin birinci fıkrasında tarif edilen suç seçimlik hareketli bir suçtur. Buna göre uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihraç etmek hareketlerinden birisinin yapılmasıyla bu fıkra da belirtilen suç işlenmiş sayılır.

²⁵⁵ İzzet ÖZGENÇ: TCK Gazi Şerhi, 931

İmal, kimyevi tertiplere uygun olarak bir uyuşturucu maddeyi fenni esas ve usullere göre işleminden geçirilmesi sonucu uyuşturucu madde meydana getirmektir.²⁵⁶ Yargıtay'a göre basit işlemlerle uyuşturucu elde edilmesi imal sayılmaz.²⁵⁷

Sözlük anlamıyla ihraç, üretim fazlası malın yurt dışına satılmasıdır.²⁵⁸ Uyuşturucu madde açısından ise yurt içinde imal edilen uyuşturucu veya uyarıcı maddenin yurt dışına satılmak amacıyla çıkarılmasıdır. Sanığın uyuşturucu maddeyi imal etmesi ayrı bir hareket, bu maddeyi satması yani ihraç etmesi ayrı bir hareket teşkil ettiği için, bu gibi durumlarda sanığın iki ayrı suç işlediği kabul edilmelidir. Yani sanık hakkında TCK md. 188/1 iki defa uygulanmalıdır.²⁵⁹

Sözlük anlamıyla ithal etmek, bir ülkeye başka ülkelerden mal getirmek veya satmaktır.²⁶⁰ Yargıtay'a göre yurt dışından ithal edilen uyuşturucu, aradan uzun zaman geçmeden yurt içinde satılmışsa, sadece ithalden dolayı ceza verilmelidir.²⁶¹

Sanık kendi ihtiyacını karşılayacak miktarda uyuşturucuyu yurda sokmuşsa, fiil ithal değil kullanma ve bulundurma olarak değerlendirilmelidir.²⁶² Aynı şekilde bu miktardaki uyuşturucunun yurt dışına çıkarılması halinde ihraç suçu da oluşmaz. Yine kullanmak ve bulundurmak suçu oluşur(TCK md. 191). Burada bir hususa değinmek gerekir. Kullanmak ve bulundurmak suçu TCK md. 191'de düzenlenmiştir. Bu maddedeki suç ise CMK md. 139'daki listede yer alan suçlardan olmadığı için, bu suça yönelik gizli

²⁵⁶ Erhan GÜNAY: Uygulamalı Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat, Üçüncü Baskı, (Ankara, 2005), 62

²⁵⁷ “Kenevir bitkisinin sapçık ve yapraklarının kurutulup ufalanarak toz esrar haline getirilmesi teknik yöntemi gerektirmeyen basit bir işlem olduğu gibi maddenin kimyasal yapısında değişiklik de sağlamadığından esrar imal etme sayılamaz.”(YARGITAY 10. CD, T. 21.05.1992, E. 1992/5557, K. 1992/6015) Kazancı Yargıtay Kararları CD'si

²⁵⁸ Türk Dil Kurumu: C.1, 1053

²⁵⁹ Erhan GÜNAY: 65

²⁶⁰ Türk Dil Kurumu: C.1, 1122.

²⁶¹ Yargıtay 5. CD, T. 22.11.1984, E. 1984/3404, K. 1984/4440.

²⁶² Erhan GÜNAY: 68.

soruşturmacı kullanılamaz. Örneğin gizli soruşturmacı TCK md. 188'deki suçların işlendiği şüphesi ile bir örgüte yönelik olarak görevlendirilsin. Örgüt üyelerinin uyuşturucu madde sattığı yönünde deliller elde etsin. İşte gizli soruşturmacının elde ettiği bu deliller örgüt hakkında yapılan duruşmada kullanılabilir. Ancak uyuşturucuyu kullanım amaçlı satın alan kimseler hakkındaki duruşmada ise, bu suç listede yer alan suçlardan olmadığı için, kullanılamaz.

TCK 188. maddenin 3. fıkrasında uyuşturucu veya uyarıcı madde ticaretine ilişkin çeşitli fiiller ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Burada da yine seçimlik hareketli bir suç mevcuttur. Bu hareketler satmak, satışa arz etmek, başkalarına vermek, sevk etmek, nakletmek, depolamak, satın almak, kabul etmek ve bulundurmaktan ibarettir. Bu hareketlerden birisinin yapılmasıyla maddede sayılan suç işlenmiş sayılır.

Bu fıkra ile ilişkin belirtilmesi gereken bir husus, satmak fiilinin yurt içi ile sınırlı olması gerektiğidir. Eğer uyuşturucu satışı yurt dışına yapılırsa artık satmadan değil, uyuşturucu ihracından söz edilir. Bu durumda faili md. 188/1'den sorumlu tutmak gerekir. Bir diğer husus, satın almanın kazanç sağlamak amacıyla yapılması gerektiğidir. Eğer fail uyuşturucu maddeyi sırf kullanmak amacıyla almış ise bu maddedeki suç değil, TCK md. 191'deki suçu işlemiş olur.²⁶³

²⁶³ “Sanık, uzun bir süredir yurt dışında işçi olarak çalışmaktadır. Bu süre zarfında eline geçen ve çalışmaya devam ettiği sürece geçecek olan para miktarı, özel arabasının oluşu ve aynı araba ile götürdüğü anlaşılan hediyelerin değeri göz önünde tutulduğunda; arabasında yakalanan esrarların yurt dışında satışından elde edilebilecek para miktarı çok düşük seviyede kalmaktadır. Bu miktar para için, kişiliği açıklanan sanığın "müebbet ağır hapis cezası" ile cezalandırılmasını gerektiren bir suç işlemeyi göze aldığını kabul etmek, olayları normal çerçevesi içinde değerlendiren bir düşünüş ve yorum tarzı sayılamaz... Objektif bir değerlendirişte: Esrar satışı ve ticareti yaptığı belirlenemeyen sanığın, suç konusu esrarı kendi ihtiyacında kullanmak üzere çalıştığı yere götürdüğünü kabulde zorunluluk bulunmaktadır. Esasen sanık, esrar kullandığını ve bu amaçla arabasına koyduğunu kabul etseydi, yukarıda açıklanan Ceza Genel Kurulu Kararı ışığında kendisine uygulanacak yasa hükmü, TCK. nun 404/2. maddesiydi. Sanık tüm cezalardan kurtulmak amacıyla "suç konusu esrarı arabasına başkaları tarafından konulmuş olabileceğini, kendisinin esrar kullanmadığını" ileri sürdü diye, sanığın TCK.403/1 – 2. maddesiyle cezalandırılmasına karar vermek, sanığın asıl eylemini değil, ikrarda bulunmamasını cezalandırmak anlamında bir uygulamaya yol

2.2.5.2. Silahlı Örgüt ve Bu Örgüte Silah Sağlama (TCK md. 314 ve 315)

Silahlı örgüt suçu da genel örgütlü suç gibi amaç suç açısından bir hazırlık hareketi mahiyetindedir. Ancak devlete karşı suçlar açısından ağır zarar tehlikesi yarattığı için bu eylemin cezalandırılması amaçlanmıştır.²⁶⁴

Silahlı örgüt TCK md. 220’de tarif edilen örgütün özel bir şekli olarak tarif edilmiştir. Ancak bu maddede düzenlenen örgütten temel bazı farklılıkları vardır. TCK md. 220’deki örgüt kanunlarda suç olarak belirtilen hareketleri işlemek amacıyla kurulurken; silahlı örgüt ancak devletin güvenliğine karşı suçlar²⁶⁵ ve Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçları işlemek amacıyla kurulabilir.²⁶⁶ Bir diğer fark da silahlı örgütün kurulmuş olması için bu örgütün silahlı olması şart iken; TCK md. 220’deki örgütün silahlı olması bir ağırlatıcı nedendir.

TCK md. 314/3’ün atfı nedeniyle silahlı örgütten bahsedebilmek için TCK md. 220’deki örgüte ilişkin şartların oluşması gerekir. Yani silahlı örgütün de en az üç kişi ile kurulması, örgüt içerisinde belli bir hiyerarşinin olması, örgütün süreklilik arz etmesi gerekmektedir. Bunun yanında örgütün kurulması için asgari üç kişinin bir araya gelmesi gerekli ise de bu sayı örneğin “anayasayı ihlal” suçu açısından elverişli sayılamaz.

Kişilerin örgütün hiyerarşik yapısı içerisindeki durumlarının yalnızca md. 314’ün cezalandırdığı zarar tehlikesi açısından nedensel bir değer ifade

açacağından kabul edilemez.” (YCGK, T. 28.6.1982, E. 1982/5–271, K. 1982/315) Kazancı Yargıtay Kararları CD’si.

²⁶⁴ Çetin ÖZEK: Silahlı Çete, 360

²⁶⁵ Bu suçlar Türk Ceza Kanunu’nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü bölümünde yer alan “devletin birliğinin ve ülke bütünlüğünü bozmak”, “düşmanla iş birliği yapmak”, “devlete karşı savaşa tahrik”, temel milli yararları karşı faaliyetinde bulunmak için yarar sağlama”, “yabancı devlet aleyhine asker toplama”, “askeri tesisleri tahrip ve düşman askeri hareketleri yararına anlaşma”, “düşman devlete maddi ve mali yardım” suçlarından ibarettir.

²⁶⁶ Bu suçlar Ceza Kanunu’nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Beşinci bölümünde yer alan “Anayasayı ihlal”, “cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı”, “yasama organına karşı suç”, “hükümete karşı suç”, “Türkiye Cumhuriyeti hükümetine karşı silahlı isyan”, “suç için anlaşma” suçlarından ibarettir.

ettiği, bunun amaç suçlar açısından bir etkinliğinin olmadığı düşünülebilir.²⁶⁷ Örneğin örgütün yönetici konumunda bulunan bir kimse “düşmanla iş birliği yapmak” suçunda önem taşımayan bir konumunda bulunabilir. Bu düşüncenin Yeni Ceza Kanunu karşısında geçerli olmadığı kanısındayız. Zira TCK md. 314/3’ün yollaması gereğince silahlı örgüt yöneticileri de bu örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı fail gibi sorumlu olacaktır. Yani örgüt yöneticilerinin amaç suçlar açısından katılımlarının derecesinin bir önemi yoktur. Onlar sırf örgüt yöneticisi olmalarından dolayı fail gibi sorumludurlar.

TCK md. 315’te “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 saklanmasını ve taşınmasını cezalandırmaktadır.”²⁶⁸

Görüldüğü gibi burada da seçimlik hareketli bir suç söz konusudur. Yani fail maddede sayılan hareketlerden birini yaptığı anda suç oluşacaktır. Failin cezalandırılabilmesi için, onun, yaptığı hareketlerin örgütün faaliyeti çerçevesinde olduğunu bilmesi gerekir.

2.2.5.3. 6136 Sayılı Kanundaki Silah Kaçakçılığı Suçu (md. 12)

Maddenin birinci fıkrasında sayılan eylemlerden birinin işlenmesi durumunda suç oluşmaktadır. Buradaki suç seçimlik hareketli bir suçtur.²⁶⁹ Bu maddeye göre ateşli silahlarla bunlara ait mermileri ülkeye sokmak veya ülkeye sokmaya çalışmak ve bunların ülkeye sokulmasına aracılık etmek; 3763 ve 5591 sayılı kanun hükümleri dışında imal etmek; kanunsuz olarak

²⁶⁷ Çetin ÖZEK: Silahlı Çete, 367

²⁶⁸ TCK md. 315 Gerekçesi, İzzet ÖZGENÇ: TCK Gazi Şerhi, 1105

²⁶⁹ Nevzat TANKUT/Alı PARLAR: Ateşli Silahlar Bıçaklar Av Tüfekleri ve Patlayıcı Maddeler, (Ankara, 2004), 79

yapılmış ve kaçak olarak yurda sokulmuş ateşli silah ve mermileri bir yerden diğer yere taşımak veya yollamak veya taşımaya bilerek aracılık etmek; satmak veya satmaya aracılık etmek veya bu amaçla bulundurmamak eylemleri cezalandırılmıştır.

Maddedeki ifadeden ülkeye sokulacak ateşli silah veya mermilerin miktarı konusunda bir açıklık yoktur. Ayrıca sadece ülkeye sokulmak yeterli görülüş, bunun kazanç sağlamak amacıyla yapılması şart koşulmamıştır. Ancak Yargıtay istikrar arz eden kararlarında yurda birkaç adet kullanım amaçlı silah sokulmasının 12. maddenin uygulanması için yeterli olmadığını, bu durumda bu kanunun 13/1. maddedeki suçun oluştuğu kabul edilmiştir.²⁷⁰

Bu suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi suçun ağırlatıcı nedenidir(md. 12/3). Maddeye göre teşekkülün varlığı için iki kişinin önceden anlaşarak birleşmesi ve bu yasanın 12. maddesinin birinci fıkrasındaki eylemleri işlemek amacıyla örgütlenme ve iş bölümü yapmaları ve bu birlikteliğin süreklilik arz etmesi gerekmektedir. Yeni Ceza sistemimize göre bir örgütün varlığından bahsedebilmek için en az üç kişinin bir araya gelmesi gerekmektedir. Bu yüzden bu maddede bir değişiklik yapılarak, buradaki örgütün de en az üç kişi ile kurulabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

Bu suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde faille hem silah kaçakçılığı suçundan hem de örgüt suçundan dolayı ceza vermek gerekir. Nitekim Yargıtay isabetli bir şekilde bu yönde karar vermiştir.²⁷¹

²⁷⁰ “sanığın yasal olarak kurulup faaliyette bulunan silah fabrikası atölyesinde ustabaşı olarak görev yaptığı sırada elde ettiği silah parçalarından imal ettiği bir adet silahı başka bir şahsa satmaktan ibaret eyleminin 6136 sayılı yasanın 12/1 maddede ve fıkrasında tanımı yapılan imal suçunu oluşturmayacağı, eylemin aynı yasanın 13/1. madde ve fıkrasındaki suçu oluşturacağı gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı biçimde hüküm kurulması.” (Yargıtay 8. CD, T. 15.04.2002, 12272/5082) TANKUT/PARLAR: 85; aynı yönde Yargıtay 8. CD, T. 5.12.2001, 6975/16930, Yargıtay 8. CD, T. 16.04.2001, 3256/9295

²⁷¹ “Vasat adlı yasa dışı örgüt üyesi olan sanık N.N.’in Şanlıurfa’da temin ettiği üç adet tabancayı naklederek Gaziantep’teki örgüt elemanlarına vermesinden ibaret eyleminin

2.2.5.4. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74. Maddelerinde Tanımlanan Suçlar

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununa göre yurt içinde korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarının istisnalar²⁷² dışında yurt dışına çıkarılması yasaktır (md. 32). Md. 68 ise bu yasağa aykırı hareket edenleri cezalandırmıştır. İşte korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının bu kanuna aykırı şekilde yurt dışına çıkarılacağı veya çıkarıldığı yönünde kuvvetli şüphe varsa, bu suçların araştırılması için gizli soruşturmacı görevlendirilebilecektir.

Bu kanun kapsamında gizli soruşturmacının görevlendirilebileceği bir diğer suç ise md. 74'te düzenlenen "izinsiz araştırma, kazı ve sondaj yapılması" suçlarıdır. Bu kanunun 35. maddesine göre, sondaj ve kazı yapma hakkı sadece Kültür Bakanlığına aittir. Ancak, bilim ve mali yeterliliği bu bakanlıkça takdir ve kabul olunan Türk ve yabancı heyet ve kurumlara, bakanlık teklifi üzerine bakanlar kurulu kararı ile izin verilebilir.²⁷³

Define aramak için de, bu kanunun 6. maddesinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlığı olarak belirtilen yerler ile tespit ve tescil edilen sit alanları ve mezarlıklar haricinde olmak kaydıyla, Kültür ve Turizm Bakanlığınca define arama ruhsatnamesi verilebilir(md. 50). İşte bu izin ve ruhsatname alınmadan yapılan faaliyetler bu kanunun 74. maddesindeki suçları oluşturur.

6136 sayılı yasanın 12/1. madde ve fıkrasında tanımı yapılan silah nakletme suçunu oluşturduğu ve bu nedenle de eylemleri TCK'nun 168/2. madde ve fıkrası kapsamı içinde değerlendirilemeyeceği kabul edilmiştir."(Yargıtay 8. CD, T. 15.09.1999, 9484/11861), TANKUT/PARLAR: 92

²⁷² "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 zerine Bakanlar Kurulunca karar verilir."(md. 32/1 ikinci cümle).

²⁷³ Sabih KANADOğLU: Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, İkinici Baskı, (Ankara, 2003), 425

2.3. GİZLİ SORUŞTURMACI KULLANILMASI USULÜ

2.3.1. Gizli Soruşturmacı Seçimi

2.3.1.1. Gizli Soruşturmacı Talebi

Gizli soruşturmacının nasıl görevlendirileceği hakkında CMK md. 139'da bir düzenleme mevcut değildir. Şu ana kadar da bu usulü düzenleyen bir yönetmelik yapılmamıştır. Bu hususla ilgili ayrıntılı bir düzenleme 4422 sayılı kanunun uygulanması hakkında yönetmelikte yer almaktaydı.

Yönetmeliğe göre, diğer tedbirlerin yeterli olmadığına anlaşılmaması halinde gizli soruşturmacı tedbiri kolluk tarafından Cumhuriyet savcısına iletilir (md. 26). Cumhuriyet savcısının yazılı talebi üzerine hâkim karar verir. Burada Cumhuriyet savcısı kolluğun talebi ile bağlı değildir. Yani kolluk tedbire başvurulması gerektiğini belirtse de Cumhuriyet savcısı bu durumu takdir edecek ve gerekli görürse hâkimden bu yönde bir karar vermesini talep edecektir. Kimin gizli soruşturmacı olarak görevlendirileceğine ise soruşturmayı yürüten kolluk biriminin amiri karar verecektir (md. 29/2). Ancak bu hususta görevlendirilecek kişinin rızasının alınması şarttır (md. 29/2). Gizli soruşturmacıya ilişkin bilgiler koruma birimine gönderilir. Koruma birimince soruşturmacıya bir kod numarası verilir. Bundan sonra soruşturmacı ile ilgili bütün işlemlerde bu kod numarası kullanılır.

Gizli soruşturmacı kullanılmasına ilişkin talepte şu hususlar yer alacaktır (md.27):

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

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin kolluk tarafından Cumhuriyet savcısından isteneceği belirtilmişti. Ancak bu hususun Yeni CMK karşısında geçerliliği kalmamıştır. CMK md. 161/2'ye göre “adli kolluk görevlileri, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhal bildirmek ve Cumhuriyet savcısının adliyeyle ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.” Görüldüğü gibi CMK’na göre soruşturma evresinde tek yetkili ve sorumlu Cumhuriyet savcısıdır. Kolluk savcının emri olmadan bir işlem yapamayacaktır ve kolluk tarafından yapılan tüm işlemlerden savcının haberi olacaktır.²⁷⁴ Bu yüzden gizli soruşturmacı kullanılması gerekip gerekmeyeceğine ancak savcı karar verebilir. Kovuşturma evresinde ise mahkeme de resen bu tedbirin kullanılmasına karar verebilir.

2.3.1.2. Gizli Soruşturmacıda Bulunması Gereken Özellikler

Birinci bölümde gizli soruşturmacının araştırmakla görevli olduğu örgütün kavramsal çerçevesi çizilmeye çalışılmıştır. Ceza Kanunumuz açısından bir örgütten bahsedebilmek için üye sayısının en az üç kişi olması gereklidir (TCK md. 220/1). Yani gizli soruşturmacı üç kişilik basit bir çeteye yönelik olarak da görevlendirilebilecektir. Ancak, uygulamada bu kurumdan beklenenin organize şekilde çalışan profesyonel suç örgütlerinin ortaya çıkarılmasıdır. Bu yüzden bu tarz örgütlere yönelik kullanılacak soruşturmacının özenle seçilmesi, örgütlü suçla mücadelede oldukça önemlidir.

Bu açıdan gizli soruşturmacıda bulunması gereken özelliklerden önemli gördüğümüz bazıları²⁷⁵ iyi rol yapabilme, iyi bir hafızaya sahip olma, gizli bilgi toplama teknik ve materyallerini kullanabilme, göreviyle ilgili hukuki

²⁷⁴ Bahri ÖZTÜRK/Mustafa Ruhan ERDEM: Ceza Muhakemesi Hukuku, Dokuzuncu Baskı, (Ankara, 2006), 274

²⁷⁵ Kinnee, K.B., (1994) Practical Investigation Techniques, Boca Raton, London, Tokyo: CRC Pres, s.81’den naklen Aytekin GELERİ/Hakan İLERİ: “Gizli Görevli ve Bilgi Kaynağı Kullanma”, 241

konularda bilgi sahibi olma ve gizli soruşturmacının görevlendirileceği örgüte bekâr olarak takdim edilmesi gerektiği şeklinde sıralanabilir.

2.3.1.2.1. İyi Rol Yapma

Gizli soruşturmacı, örgüt tarafından deşifre edilmemek için çok iyi bir aktör olmalıdır.²⁷⁶ Gizli soruşturmacı çoğu zaman profesyonel suç örgütlerine yönelik olarak kullanılır. Bu örgütler her türlü polis hareketini çok iyi bilmektedirler. Gizli soruşturmacı iyi rol yapsa bile bu, kendisinin tespit edilmesini engellemeyebilir. Suç örgütleri geçmiş tecrübelerine dayanarak bir kimsenin polis olup olmadığını anlayabilir. Bu yüzden gizli soruşturmacının, meslekten önceki yaşantısında suçlu çevreyle bir şekilde tanışmış görevliler ve henüz polis mantığıyla hareket etmeyen, mesleğe yeni başlamış kimseler arasından seçilmesi yerinde olur kanısındayız.²⁷⁷

2.3.1.2.2. İyi Bir Hafızaya Sahip Olma

Gizli soruşturmacı dinleme cihazı, ses kayıt cihazı gibi cihazları kullanabilir ve bazen de bunları kullanması soruşturma açısından oldukça önemlidir. Ancak gizli soruşturmacının bu cihazlarla yakalanması, onun gizli soruşturmacı olduğunun anlaşılmasına ve muhtemelen hayatına mal olabileceği için risklidir. Bu yüzden soruşturmacının gerek edindiği bilgileri soruşturma makamlarına aktarması sırasında, gerekse de ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenmesi sırasında, örgüt ile ilgili bilgileri en ince ayrıntısına kadar hatırlaması, örgütlü suçla mücadele için çok önemlidir.

²⁷⁶ Aytekin GELERİ/Hakan İLERİ: "Gizli Görevli ve Bilgi Kaynağı Kullanma", 242

²⁷⁷ Police Undercover Work, <http://faculty.ncwc.edu/toconnor/205/205lect08a.htm> 11.04.2005

2.3.1.2.3. Gizli Bilgi Toplama Teknik ve Materyallerini Kullanabilme

Her ne kadar riskli olsa da gizli soruşturmacının yeri geldiğinde ses kayıt cihazı, gizli kamera ve dinleme cihazı gibi cihazları kullanma hususunda uzman olması gerekmektedir.²⁷⁸

2.3.1.2.4. Göreviyle İlgili Hukuki Konularda Bilgi Sahibi Olmalı

Gizli soruşturmacı soruşturma konusu suçla ilgili başka suretle delil elde edilememiş ise ancak bu durumda kullanılabilecektir (CMK md. 139/1). Gizli soruşturmacının elde edeceği bilgiler soruşturma açısından oldukça önemlidir, belki de elde edilen yegâne delildir. Bu yüzden soruşturmacının elde ettiği delillerin hukuka uygun olması gerekmektedir. Çünkü CMK md. 217/2 gereğince hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller suçun ispatında kullanılamaz. Bu gibi tehlikeleri gidermek amacıyla, gizli soruşturmacı olarak görevlendirilecek kimselerin hukuki konularda özel eğitime tabi tutulmaları gerekmektedir.

2.3.1.2.5. Gizli Soruşturmacının Takdim Edilmesi

Gizli soruşturmacı, görevlendirileceği örgüt içine bekâr olarak takdim edilmelidir. Zira örgüt tarafından gizli soruşturmacı hakkında yapılacak muhtemel bir araştırmada, gizli soruşturmacının bekâr olması sebebiyle, muhtemelen gizli soruşturmacının kişisel bilgileri ve komşuları araştırmaya konu edilir.²⁷⁹ Gizli soruşturmacı evli olarak takdim edilirse eş ve çocukları da araştırma konusu edilir ki; bu ise hem görev süresi boyunca hem de görevden sonra bu kimselerin hayatlarının tehlike altında bulunmasına neden olabilir.

²⁷⁸ Aytekin GELERİ/Hakan İLERİ: "Gizli Görevli ve Bilgi Kaynağı Kullanma", 244

²⁷⁹ Joseph D. Pistone: 40

2.3.2. Karar Vermeye Yetkili Makam

2.3.2.1. 4422 sayılı Kanun Döneminde

Bu kanun döneminde tedbire kural olarak hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısı karar verirdi. Tedbire Cumhuriyet savcısının karar vermesi halinde, bu karar hakkında 24 saat içinde hakim onayı alınmalıydı. "Gecikmesinde sakınca bulunan hal", derhal o tedbire başvurulmadığında eser, iz, delil, emarelerin kaybolacağı bir hali ifade eder.²⁸⁰ Burada karşımıza çıkan ilk sorun 24 saatlik sürenin ne zaman başlayacağıdır. Doktrinde Erdem, savcının kararından itibaren değil de işlemin uygulanmaya başlamasından itibaren sürenin işleyeceğini savunmaktadır.²⁸¹

Ayrıca hakim, savcının vermiş olduğu kararı onaylamazsa 24 saat içinde elde edilen deliller ne olacaktır? Yine Erdem bu kanunun eski tasarısında "bu süre içinde yapılan işlemler geçerliliğini korur" hükmünün kanuna alınmadığını, kanun koyucunun bundan maksadının bu delillerin değerlendirilmemesi olduğu gerekçesiyle, bu sürede elde edilen delillerin değerlendirilemeyeceği görüşündedir.²⁸²

Bir diğer sorun gizli soruşturmacı görevlendirilip görevlendirilmeyeceğine ve bu hususun hakime götürülüp götürülmeyeceği kimin takdirindedir? Kolluk bunu bizzat hakimden isteyebilir mi? Kanımızca bu konuda takdir yetkisi Cumhuriyet savcısına aittir, kolluk Cumhuriyet savcısı kanalıyla bu talebini hakime iletebilir. Yargıtay da iletişimin dinlenmesi konusunda vermiş olduğu bir kararında bu yönde karar vermiştir.²⁸³

²⁸⁰ Sulhi DÖNMEZER: Çetelerle Mücadele

²⁸¹ M. Ruhan ERDEM:340

²⁸² M. Ruhan ERDEM:340; Aksi görüş için bkz. Sulhi DÖNMEZER: Çetelerle Mücadele

²⁸³ "yukarıda söz edilen yasal düzenlemeler karşısında 4422 sayılı kanunun 2. maddesinde öngörülen iletişimin dinlenmesi veya tespiti ile ilgili olarak hâkimden karar alınmasının değerlendirilmesi cumhuriyet savcılığına ait bir yetki ve görevdir. Kollukça cumhuriyet savcılığından bu konuda bir istemde bulunulduğunda cumhuriyet savcılığı tarafından

Karar vermeye yetkili hâkim hazırlık soruşturması esnasında DGM yedek hâkimidir. Kamu davasının açılmasından sonra ise DGM karar verecektir. Gecikmesinde sakınca olan hallerde ise DGM Cumhuriyet başsavcılığı karar verecekti.

4422 sayılı kanunun yürürlükte olduğu sırada, 16.6.2004 tarihli ve 5190 sayılı Kanunun 3. maddesiyle, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Aynı kanunun 1. maddesi ile de 1412 sayılı CMUK'a 394/a maddesi eklenmiştir. Bu maddeye göre 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarla ilgili davalar, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür. Bundan sonra gizli soruşturmacı görevlendirilmesine karar verecek hakim bu mahkemelerde görev yapan, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca görevlendirilen ağır ceza mahkemesi üyesidir. Yetkili Cumhuriyet savcısı ise bu mahkemelerde görev yapan Cumhuriyet savcılarıdır.

2.3.2.2. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda

CMK md. 139'a göre de tedbire kural olarak hâkim, gecikmesinde sakınca olan bir hal varsa Cumhuriyet savcısı karar verir. Bu maddede dikkat çeken en önemli husus, Cumhuriyet savcısının vermiş olduğu kararların hâkim onayına sunulmamasıdır. Özbek haklı olarak, bu hususun anayasaya aykırı olduğunu savunmaktadır. Zira Anayasa 20 ve 21. maddelerde arama ve el koyma tedbirlerine Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilmesi halinde bu karar 24 saat içinde hâkim onayına sunulması gerekmektedir.

yapılacak değerlendirme sonucunda iletişimin dinlenmesi veya tespiti gerektirir.” (Yargıtay 8. CD. 21.12.2000, E. 2000/27613, K. 2000/215000) Erkan CANAK: 170

Böyle bir düzenlemeye, bu tedbirlerden daha ağır bir tedbir olan gizli soruşturmacı kullanılması için de yer verilmeliydi.²⁸⁴

Karar vermeye hangi hâkim ve savcının yetkili olduğu ise kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu yüzden kovuşturma evresinde, listede sayılan suçlar hangi mahkemenin görevine girmekte ise kararın da o mahkemece; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısı tarafından verilmelidir. Soruşturma evresinde ise Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hakimi karar verir. Ancak bu kanunun 250. maddesi gereğince kurulacak ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda ise, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca görevlendirilecek ağır ceza mahkemesi üyesi; gecikmesinde sakınca olan hallerde ise yine aynı kurul tarafından görevlendirilen Cumhuriyet savcıları tarafından karar verilir.

2.3.3. Süre Sınırı

4422 sayılı kanun döneminde gizli soruşturmacı kullanılması tedbirine en çok üç ay için izin verilebilir, bu süre en çok iki defa üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılabilirdi. Uzatma kararı verilebilmesi için gerekli koşulların halen mevcut olduğunun açıkça öngörülmesi gerekmekteydi.²⁸⁵ Her ne kadar hukuk devleti ilkesine bağlılıktan dolayı süre açısından böyle bir sınırlama yapılmışsa da, bunun, tedbirin amacına bakıldığında pek gerçekçi olmadığı anlaşılır.²⁸⁶ Bir suç örgütüne, özellikle de profesyonel şekilde çalışan bir örgüte kimin üye olacağı konusunda oldukça katı sınırlamalar bulunmakta ve her isteyen örgüte üye olamamaktadır. Bir suç örgütüne üye olabilmek için etnik köken, akrabalık, ırk, sabıka kaydı gibi şartlar aranabilmektedir. Bu şartları taşıyan adayın genelde, o örgütte yönetici konumunda bulunan birisi tarafından tavsiye edilmesi gerekmektedir. Bu da

²⁸⁴ Veli Özer ÖZBEK: CMK İzmir Şerhi, 607

²⁸⁵ M. Ruhan ERDEM: 345

²⁸⁶ Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 25

çoğu zaman tek başına yeterli olmamaktadır. Örgüte üye olmak isteyen adaydan, üyelik yeterliliğini ispatlayan bazı davranışları yapması istenmektedir. İlgili kişinin adaylık süresi birkaç ay ile birkaç sene arasında değişebilmektedir.²⁸⁷ Bu yüzden dokuz aylık bir süre içerisinde gizli soruşturmacının, örgütün içine sızmasını, örgüt hakkında bilgi toplamasını ve böylece örgütü çökertmesini beklemek hayalcilikten başka bir şey değildir.

CMK md. 139'da ise gizli soruşturmacının süresine dair bir açıklık yoktur. O zaman, bu tedbire herhangi bir süre kısıtlaması olmadan başvurulabilecektir.²⁸⁸ Böyle bir düzenleme, tedbirin etkinliğini artırdığı için olumlu karşılanabilirse de kanaatimizce oranlılık ve dürüst işlem ilkeleri açısından sakıncalıdır. Bu sakıncayı bertaraf etmek için de tedbirin uygulanmasına ilişkin koşullar bulunmaya devam ettiği sürece, her defasında örneğin 3 ayı geçmemek üzere bu süre uzatılabilir ve hatta birden fazla uzatma da mümkün kılınabilir. Böylece tedbirin devam edip etmeyeceği hususunda hâkimin denetimi periyodik olarak sağlanmış olacaktır.

2.3.4. Kararın Kalkması

Gizli soruşturmacı tedbirinin süresi belirsiz olduğu için ne zaman sona ereceği de belirsizdir.²⁸⁹ 4422 sayılı kanunda tedbire azami dokuz aylık bir süre için karar verilebildiği için, bu sürenin sonunda tedbir kendiliğinden kalkacaktı. Bu kanunda sayılan suçların işlendiğine dair şüphe ortadan kalkarsa gizli soruşturmacı tedbirine son verilecektir. Cumhuriyet savcısının tedbire karar vermesi halinde, bu karar yirmi dört saat içinde hakim tarafından onaylanmaz veya hakim bu süre içinde tedbiri reddederse, tedbir Cumhuriyet savcılığı tarafından kaldırılır. Doktrinde bazı yazarlar yalnızca şüphenin değil, tedbirin uygulanma koşullarından birinin ortadan kalkması

²⁸⁷ Hasan DURSUN: 14

²⁸⁸ Veli Özer ÖZBEK: CMK İzmir Şerhi, 607

²⁸⁹ Veli Özer ÖZBEK: CMK İzmir Şerhi, 626

halinde de tedbire son verilmesi gerektiğini haklı olarak savunmaktaydı.²⁹⁰ Bunun yanında şüphe sebebinin ortadan kalkması halinde tedbirin sona ermesine karar verecek olan makam savcılıktır. Yani tedbire karar veren hakim bile olsa durum değişmeyecektir. Bizce hâkim tarafından verilen bir kararın savcı tarafından denetlenmesi kabul edilemez. Bu yüzden savcının tedbire karar verdiği durumlar da dâhil, tedbirin kalkmasına hakim karar vermelidir.²⁹¹ Gizli soruşturmacı tedbirine bir diğer son verme nedeni de 4422 sayılı kanununun uygulanması hakkında yönetmelikte yer almaktadır. Buna göre “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.” (md. 29/5). Buna göre gizli soruşturmacının hayatının tehlikeye düşmesi halinde, kolluk görevlisi bu durumu Cumhuriyet savcısına iletcek, savcı da derhal tedbirin uygulanmasına son verecektir.

CMK’da ise gizli soruşturmacı tedbirinin nasıl kaldırılacağına yönelik bir hüküm mevcut değildir. Bizce bu kanunda da listede sayılan suçların işlendiğine dair şüphenin kalkması, diğer tedbirlerle delil elde edileceğinin anlaşılması ve gizli soruşturmacının veya yakınlarının hayatının tehlikeye düşmesi durumlarında tedbire hâkim tarafından son verilmelidir. Ama yine de bu hususun kanunda açıkça düzenlenmesinin gerekli olduğu kanısındayız.

2.3.5. İlgiliye Haber Verme

Gizli soruşturmacının can güvenliğinin sağlanması, bu tedbirin etkin bir şekilde kullanılması ve neticede istenilen delillere ulaşmak için, bu tedbire sanığın haberi olmadan başvurmak zorunludur. Gerek Anayasa md. 36, gerekse de AİHS md. 6/3a gereğince sanığa en azından tedbirin

²⁹⁰ ÖZTÜRK/ÖZBEK/ERDEM: Uygulamalı, 696; M. Ruhan ERDEM: 347; ERDEM/ÖZBEK; 291

²⁹¹ Aynı yönde bkz. ÖZTÜRK/ÖZBEK/ERDEM: Uygulamalı, 696; ERDEM/ÖZBEK: 291

uygulanması bittikten sonra haber verilmesi gerekmektedir. Aksi bir davranış sanığın muhakemenin gidişine aktif olarak etkide bulunma ve savunma hakkının ihlali anlamına gelir. Sanığın muhakemenin gidişine aktif olarak etkide bulunduğunu söyleyebilmek için, gizli elde edilen bilgilere gerek duyulmamış olması halinde bile, bunlardan haberdar olması gerekir.²⁹²

Alman CMUK md. 110d'ye göre, gizli soruşturmacı, eğer alenen herkesin girmesine açık olmayan bir eve girmesi halinde, ev sahibi bu durumdan haberdar edilecektir. Ancak araştırma amacının tehlikeye düşmesi, kamu emniyetinin, gizli soruşturmacının hayatı veya beden bütünlüğü veya bir başka şahsın hayatı veya beden bütünlüğü, gizli soruşturmacının daha sonra bir başka işte görevlendirilmesi tehlikeye düşecekse ilgililere haber verilmeyecektir. Bu gibi tehlikeler olmadığı müddetçe belgeler dosyaya alınacağı için sanık da gizli soruşturmacının kullanıldığından haberdar olacaktır (Alman CMUK md. 110d/2). AİHM getirilen bu tarz kısıtlamaları sözleşmeye uygun bulmuştur.

4422 sayılı kanununda ilgiliye bilgi verilmesi konusunda herhangi bir düzenleme mevcut değildi. Hakkında tedbir uygulanan kişinin tedbirin hukuka aykırı olması halinde buna karşı denetim muhakemesine başvurma imkânını ortadan kaldırıldığı için, bu durumun hak arama özgürlüğünü düzenleyen Anayasa md. 38/4'e ve AİHS'ne aykırı olduğu savunulmaktaydı.²⁹³

CMK'da da gizli soruşturma kararından ilgililere haber verilip verilmeyeceği konusunda bir hüküm mevcut değildir. Yalnız CMK md. 137'de, "İletişimin dinlenmesi, tespiti ve kayda alınması" halinde ilgililere nasıl haber verileceği düzenlenmiştir. Buna göre "tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma evresinin bitiminden itibaren en geç on beş gün içerisinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgisine yazılı olarak bilgi verir." Bilgi

²⁹² M. Ruhan ERDEM: 350

²⁹³ ERDEM/ÖZBEK: 290

verme sadece şüpheli ve sanıkla sınırlı olmayıp, tedbirin uygulanması sırasında tedbire maruz kalan üçüncü kişiler bakımından da geçerli olmalıdır.²⁹⁴

Maddeden çıkan sonuç, tespit ve dinlemeye ilişkin tutanakların yok edilmesi halinde ilgiliye haber verileceğidir. Yoksa bu kayıtlar delil olarak kullanılacaksa ilgiliye haber verilmeyecektir.²⁹⁵ Böyle bir düzenlemenin “ilgiliye haber vermekle” elde edilecek hukuki güvenceyi sağlayamayacağı kanısındayız. Zira belgeler yok edildikten sonra ilgiliye haber verildiği için, ilgili neye dayanarak yapılan uygulamanın hukuka aykırı olduğunu savunacaktır? Daha önce bahsettiğimiz gibi, sanığın muhakemenin gidişine aktif olarak etkide bulunmasını sağlamak için, elde edilen deliller kullanılmamış bile olsa, bunlardan ilgisine haber vermek gerekir.

Her ne kadar yeterli güvence getirmese de iletişimin tespiti hakkında getirilen ilgiliye haber verme durumundan, kıyasen gizli soruşturmacı kullanılmasına karar verilmesi halinde de başvurulabileceği kanısındayız.

Gizli soruşturmacı kullanılmasına hem soruşturma aşamasında, hem de kovuşturma aşamasında başvurulabilir. CMK md. 137/2'deki düzenlemeden ise sadece soruşturma evresinde başvuru tedbirler hakkında haber verileceği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Bu yüzden tedbire soruşturma aşamasında karar verilmişse ilgiliye haber verilecek, kovuşturma aşamasında karar verilirse haber verilmeyecektir. Kanımızca bu durumda da en azından hükümde, tedbire başvurulduğunun ve sonuçlarının yazılması yerinde olur. Böylece sanık hükmü temyiz ettiği zaman verilen kararlar Yargıtay'ın denetiminden geçeceği için, sanığa bir hukuki güvence sağlanmış olur.

²⁹⁴ Veli Özer ÖZBEK: CMK İzmir Şerhi, 577

²⁹⁵ Veli Özer ÖZBEK: CMK İzmir Şerhi, 577

2.4. GİZLİ SORUŞTURMACININ KORUNMASI

2.4.1. Tedbirin Uygulanması Sırasında

Yapılan soruşturmanın başarıya kavuşmasının belki de en önemli yolu gizli soruşturmacının güvenliğinin sağlanmasıdır. Gizli soruşturmacının kimliğinin gizli tutulması esastır. Gizli soruşturmacı talebinde dahi gizli soruşturmacının kimliği açıklanmaz. Ancak gizli soruşturmacıyı karar verecek hâkim, savcı ve görevli kolluğun bileceğine kuşku yoktur.²⁹⁶

4422 sayılı kanunun Uygulanması hakkında Yönetmeliğin 38. maddesinde gizli soruşturmacının ve ailesinin korunması için bir koruma biriminin²⁹⁷ kurulacağı öngörülmekteydi. Gizli soruşturmacıya ilişkin bilgiler bu birime gönderilir ve koruma birimi gizli soruşturmacıya bir kod numarası verir, bundan sonraki bütün işlemler bu kod numarası ile yapılır. Gizli soruşturmacıya ait bütün bilgiler bu birimde saklanır. Gizli soruşturmacının can güvenliğini sağlamak ve hayatının tehlikeye düştüğü anda operasyona son verilmesinden sorumlu olmak üzere bir kolluk görevlisinin görevlendirileceği belirtilmekteydi (md. 29).

Bu durum ile ilgili CMK md. 139'da ise sadece gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgelerin Cumhuriyet Savcılığında muhafaza edileceği ve gizli soruşturmacının kimliğinin gizli tutulacağı belirtilmektedir. Bu yüzden en kısa zamanda gizli soruşturmacının görevlendirilmesi hakkında ayrıntılı bir yönetmeliğinin çıkarılması gerekmektedir.

CMK' nun bu konuda getirdiği en büyük yenilik ise gizli soruşturmacıya uydurma bir kimliğin verilebilmesidir. 4422 sayılı kanun dönemindeki

²⁹⁶ Sulhi DÖNMEZER: Çetelerle Mücadele

²⁹⁷ Bu yönetmeliğin 4. maddesinde koruma birimi "gizli görevli kullanılması ile tanık, muhbir ve kolluk görevlilerinin korunması hakkındaki tedbirlerin uygulanmasında görev alacak kimseleri ifade eder." Biçiminde tarif edilmişti.

tartışmalardan birisi de gizli soruşturmacının uydurma kimlik kullanabilip kullanamayacağıydı. Özbek, memurun uydurma kimlik kullanmasının, yapılan işin bir gereği olduğunu, aksi halde görevlinin örgüt içine girebilmesi, yasanın deyiimiyle sızabilmesinin güçleşeceğini hatta mümkün olmayabileceğini savunmaktadır.²⁹⁸ Bu açıdan uydurma kimlik verilmemesi halinde, nüfus kayıtlarının aleni olmasından dolayı gizli soruşturmacının tespit edilmesi tehlikesi ortaya çıkabilecekti.

4422 sayılı kanunda gizli soruşturmacıya uydurma kimlik verilmesi konusunda bir düzenleme mevcut değildi. Ancak bu kanunun uygulaması hakkında yönetmelikte gizli soruşturmacıya görevi ile ilgili bütün belgelerin verileceği belirtilmekteydi(md. 29/4). Bu hükümden hareket eden bir görüş hükmün açıkça uydurma kimlik kullanılmasından bahsetmemesine rağmen, uydurma kimlik kullanılması görevin gereği olduğundan söz konusu belgelerden birisinin uydurma kimlik olacağını savunmaktaydı.²⁹⁹

Bu görüşe katılmıyoruz. Bilindiği gibi yönetmelikler, kanunlar ve tüzüklerin açıklamasını göstermek için çıkarılır. Her ne kadar yönetmeliklerin çıkarılması için, bunun önceden kanunda veya tüzükte yazması gerekmemekte ise de, kanunun daha önce düzenlemediği bir alanda yönetmelik yapılması da mümkün değildir.³⁰⁰ 4422 sayılı kanunda hiçbir şekilde gizli soruşturmacının sahte kimlik kullanabileceği belirtilmemişti. Hatta yönetmelikte de açıkça gizli soruşturmacıya sahte kimlik düzenleneceği belirtilmemişti. Bu yüzden genişletici yorum yaparak yönetmelikle gizli soruşturmacıya sahte kimlik verilebileceği sonucuna ulaşmak yanlış olur görüşündeydik.

CMK ise gizli soruşturmacının kimliğini değiştirebileceğini ve gerektiğinde bu kimlikle hukuki işlemler yapabileceğini düzenleyerek bu

²⁹⁸ Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 23

²⁹⁹ Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 23; Aytekin GELERİ/Hakan İLERİ: Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, 193

³⁰⁰ Metin GÜNDAY: İdare Hukuku, (Ankara, 1999), 83

tartışmalara son noktayı koymuştur. Tedbirin etkinliğini artıracakı nedeniyle böyle bir düzenlemenin yerinde olduğu kanısındayız.

2.4.2. Tanık Olarak Dinlenmesi Sırasında

Uyuşmazlığın taraflarından olmayan, fakat uyuşmazlık konusu maddi sorunla ilgili, duyu organlarından en az biri aracılığıyla bilgi edindiği, adli bir faaliyet yürüten resmi makamlarca varsayılan üçüncü kişiye, tanık denir.³⁰¹ Suç örgütleri işlediği suçun ardından delilleri de ustaca yok edebilmektedirler. Bunun sonucunda tanık beyanları bazen örgütün işlediği suçun tek delili haline gelecektir. Ancak kişilerin örgüt aleyhine tanıklık yapması kolay bir iş değildir. Çünkü örgütün bir sırrına vakıf olanlar ya susarlar ya da konuşmadan susturulurlar.³⁰² Bu bakımdan örgüt aleyhine tanıklık yapma cesareti gösteren kimselerin en iyi şekilde korunmaları, daha sonraki soruşturma ve kovuşturmada tanık bulma ihtimalini kuvvetlendirecektir.

Ceza Muhakemesi Hukukumuzda doğrudan doğruyalık ilkesi geçerlidir.³⁰³ Bu ilkeye göre mahkeme olanaklar ölçüsünde tanığı duruşmada bizzat ve doğrudan doğruya dinlemesi gerekir.³⁰⁴ Bu ilkenin kabul edilmesinin nedeni tanığın doğruyu söyleyip söylemediğinin kişisel izlenimlere dayanarak tespit edilmesi; ayrıca sanığın CMK'dan ve AİHS'inden kaynaklanan tanığa soru sorabilme hakkının sağlanması içindir. Eğer olayın delili bir tanığın ifadesine dayanmaktaysa, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenmelidir. Daha önce düzenlenmiş tutanağın veya yazılı açıklamanın okunması ile yetinilemez (CMK md. 210).

³⁰¹ Metin FEYZİOĞLU: Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, (Ankara, 1996), 28; Aytekin GELERİ/Hakan İLERİ: Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, 239

³⁰² Mustafa TAŞKIN: 261

³⁰³ Doğrudan doğruyalık ilkesi, esas hakkında hüküm verecek olan mahkemenin delillerle doğrudan doğruya temasa geçmesi anlamına gelir ve hakime, sanıktan ve diğer delillerden elde ettiği kişisel izlenime dayanarak karar vermesi zorunluluğu yükler. M. Ruhan ERDEM: 295; bkz. Cumhur Şahin: Ceza Muhakemesinde İspat, 25 vd.

³⁰⁴ M. Ruhan ERDEM: 295

Ancak tanığın aleni duruşmada dinlenmesi, özellikle gizli soruşturmacının daha sonraki soruşturmalarda kullanılamamasının yanında, onun yaşamını da tehlikeye sokar.³⁰⁵ Ayrıca kimliği saklı tutulan tanık, tanıklık ettiği olayları hangi sebeple öğrenmiş olduğunu da açıklamak zorundadır. Yani gizli soruşturmacı duruşmada bu sıfatını açıklamak zorunda kalacaktır.³⁰⁶ Bu konu hakkında gizlilik söz konusu değildir.³⁰⁷ Oysa örgütlü suçla mücadele edilebilmesinin temel şartı, tanıkların etkin bir şekilde korunmasının sağlanmasıdır. Bunun için tanıkların duruşmada gizli olarak dinlenmelerinin sağlanması ve tanıklıktan sonra da kendilerinin ve yakınlarının can güvenliğinin sağlanması gerekir.³⁰⁸

1412 sayılı CMUK döneminde gizli soruşturmacı, güvenilir kişi ya da muhbir olarak koğuşturma makamları ile işbirliği içinde olması nedeniyle tehlikeye muhatap olan tanıkların güvenliğini sağlamak amacıyla, CMUK md. 88'in³⁰⁹ kıyasen uygulanabileceği savunulmaktaydı.³¹⁰ Buna göre gizli soruşturmacı hakkındaki bilgilerin ortaya çıkması onun hayatı için tehlike arz edeceği ve bu durum da onun bir daha gizli soruşturmacı olarak kullanılmasına engel olacağından; bu durum, maddede ifade edilen "memleketin selametine zarar verecek" nitelikte görülüp, kurumun en yüksek amiri tarafından gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenmesi engellenebilir.

Bu görüşün CMK karşısında artık geçersiz olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü CMUK md. 88'in karşılığı olan CMK md. 125'e göre, hapis cezasının alt sınırı beş yıl ve daha fazla olan suçlarla ilgili bilgileri içeren belgeler,

³⁰⁵ Cumhuriyet Şahin: Ceza Muhakemesinde İspat, 122; Cumhuriyet Şahin: "Tanığın Korunması", 692; Aytekin GELERİ/Hakan İLERİ: Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, 239; M. Ruhan ERDEM: 297

³⁰⁶ Aytekin GELERİ/Hakan İLERİ: Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, 241

³⁰⁷ Veli Özer ÖZBEK: CMK İzmir Şerhi, 203

³⁰⁸ Metin FEYZİOĞLU: 272

³⁰⁹ CMUK madde 88: Resmi dairelerde saklı evrak ve sair vesikalar münderecatının ifşası memleketin selametine zarar vereceği o dairenin en büyük amiri tarafından beyan edilirse bu evrak ve vesikaların gösterilmesi ve teslimi istenmez. Şu kadar ki bu beyan kafi görülmez ise o dairenin mensup olduğu Bakanlığa müracaat olunabilir.

³¹⁰ Cumhuriyet ŞAHİN: Ceza Muhakemesinde İspat, 123; Aytekin GELERİ/Hakan İLERİ: Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, 239

Devlet sırrı³¹¹ olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Bundan böyle mahkemeler maddi gerçeği ortaya çıkarmak için idarenin iznine ihtiyaç duymadan gerekli her türlü belgeyi inceleyebilecektir.³¹²

Tehlikede bulunan tanıkların korunmasına ilişkin sınırlı bir düzenleme ise CMK md. 200'de yer almaktadır. Buna göre eğer tanığın, sanığın yüzüne karşı doğruyu söyleyemeyeceğinden endişe edilirse, mahkeme, sorgu ve dinleme sırasında o sanığın duruşmadan çıkarılmasına karar verebilir. Bu, sanığa kanun tarafından tanınmış olan hazır bulunma hakkını ortadan kaldırmayan, sadece tanığın doğru söylemesini amaçlayan bir hükümdür. Müdafii elde edilen tanık beyanlarını içeren tutanakları hiçbir kısıtlamaya tabi olmadan alabileceği için, bu tedbir tanığa tam bir koruma sağlamamaktadır.³¹³ Zira maddedeki asıl amaç tanığın korunması değil, onun doğru söylemesini sağlamaktır.

Terörle Mücadele Kanunu'nun 12. maddesi, zaruret bulunması halinde bu kanun kapsamına giren suçların soruşturması sırasında sanıkların ve tanıkların ifadesini alan veya olay ve tespit tutanağı düzenleyen zabıta amir ve memurlarının tanık olarak dinlenebileceğini düzenlemişti.³¹⁴ Bu maddenin ikinci fıkrasında bu kimselerin mutlaka gizli duruşmada dinlenebileceği belirtilmekteydi. Ancak bu hüküm Anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.³¹⁵

³¹¹ Devlet sırrı kavramı kanunun 47/1. maddesinde tanımlanmıştır: "açıklanması, devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, Devlet sırrı sayılır."

³¹² Veli Özer ÖZBEK: CMK İzmir Şerhi, 465

³¹³ Metin FEYZİOĞLU: 267

³¹⁴ Metin FEYZİOĞLU: 267

³¹⁵ Vicdani delil sisteminin uygulandığı ceza yargılamasında, kimin dinlenip, kimin dinlenemeyeceğine yargıç takdir edip karar verecektir. 12. madde ile getirilen düzenleme, yargı organına bir yön çizerek, söz konusu kişilerin dinlenmeleri yoluna gidilmemesini telkin etmektedir. Bu açıdan, yargı organına ait yetkiye müdahale edilmekte ve kuvvetler ayrılığı ilkesi zedelenmektedir. Ayrıca, sözü edilen kişilerin dinlenmelerine karar verilirse, duruşmanın (mutlaka) gizli yapılması gerekeceği yolundaki düzenleme de, yargıya müdahale olduğu gibi, duruşmaların açıklığı kuralına aykırıdır. Çünkü Anayasa'nın 9. ve 6. maddelerine göre yargı yetkisi mahkemelere aittir, devredilemez. "Dinlenebilme" ve "gizli duruşma" yolundaki sınırlama ve düzenlemeyle, yargıya ait bu yetki ve takdir hakkına yasama organınca el atılmaktadır... İnceleme

Tanığın korunmasına dair bir hüküm de ÇASÖMK md. 7 de yer almaktaydı. Maddeye göre tehlikede bulunan tanıklar için her türlü tebligatın yapılacağı ayrı bir adres tespit edilebilir ve tanığın kimliği soruşturmanın her aşamasında gizli tutulabilir (md. 7/1a). Tanığın verdiği bilgilerden hareketle diğer delillerin tespitinin mümkün olması halinde, kimliği soruşturmanın her aşamasında gizli tutulabilir (md. 7/1b). Maddenin üçüncü fıkrası gereğince bu korumalardan gizli soruşturmacı da yararlanabilecekti. Görüldüğü gibi bu kanunda gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenmesini engelleyen bir düzenleme mevcut değildi.³¹⁶ Ayrıca md. 7/1b fıkra da geçen “tanığın verdiği bilgilerden hareketle diğer delillerin tespitinin mümkün olması halinde kimliği, soruşturmanın hiçbir aşamasında açıklanmaz” hükmünden, eğer gizli soruşturmacı soruşturma devresinde dinlenmiş ve verdiği bilgiler hüküm kurmaya yetecek derecede olursa, onun artık son soruşturmada dinlenmesine gerek kalmayacağı anlaşılmaktadır. Yine de dinlenmelerine karar verilirse, bu durumda kimlik bilgilerinin açıklanmayacağı anlaşılmaktadır.³¹⁷

Yeni CMK md. 58 tanıklara sorulacak soruları ve tanıkların korunmasını düzenlemektedir. Doktrinde Öztürk, CMK md. 160/2 gereğince kolluğun soruşturmasını yapmış olduğu bir fiile ilişkin olarak açılmış davada tanık olarak dinlenmesinin mümkün olmaması gerektiğini savunmaktadır.³¹⁸ Bu görüşten yola çıkarak, acaba gizli soruşturmacı da bir kolluk görevlisi olduğuna göre o da mı duruşmada tanık olarak dinlenemeyecektir? Bu soruya olumlu cevap verilmesi, gizli soruşturmacının gerek CMK md. 58’de getirilen koruma hükümlerinden, gerekse de Tanık Koruma Kanununda

konusu kuralda, tanık olarak dinlenecek zabıta amir ve memurlarının ifadelerinin gizli duruşmada alınacağı öngörülmekle, Anayasa’nın 141. maddesine aykırı bir düzenleme getirilmiştir. Anayasa’ya göre genel ahlakın ve kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı durumlarda ancak mahkemece verilebilecek olan duruşmanın kapalı yapılması kararı, bu kuralla zorunlu duruma getirilmekte ve yargıcın takdir hakkı kaldırılmaktadır.”(AYMK, 31.3.1992, E.1991/18, K. 1992/20) <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1992/K1992-20.htm>, 22.02.2006

³¹⁶ M. Ruhan ERDEM: 298; Aytekin GELERİ/Hakan İLERİ: Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, 240

³¹⁷ Aytekin GELERİ/Hakan İLERİ: Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, 241

³¹⁸ ÖZTÜRK/ERDEM: Ceza Muhakemesi, 353

getirilecek hükümlerden yararlanamaması anlamına gelir. Sonuçta, elimizde gizli soruşturmacının güvenliği için sadece onun kimliğinin gizli tutulacağı hükmü kalır ki, sırf bu düzenlemeyle örgütlü suçla mücadele imkânsız hale gelir. Bu gerekçelerle gizli soruşturmacının, soruşturmakla görevli olduğu örgüt hakkında tanıklık yapabileceği ve neticede tanıklara getirilen koruma hükümlerinden yararlanabileceği kanısındayız.

CMK md. 58/2'ye göre tanık olarak dinlenecek kimselerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır. CMK md. 58/3'te ise, daha önce hukukumuzda tartışılan bir kurum olan tanığın uzaktan dinlenmesi mümkün hale getirilmiştir.

Doktrinde Öztürk tanıkların ses ve görüntülerinin aktarılması suretiyle dinlenmesinin, yasal zemininin bulunmaması nedeniyle “vasıtasızlık ilkesine” aykırı olduğu görüşündeydi.³¹⁹ Şahin ise, bu yolla olayın aydınlatılmasındaki kamusal yarar ile sanığın savunma hakkı arasındaki dengenin kurulabildiğini, zira bir yanda tanığı korurken diğer yanda sanığa, iddia tanığına soru sorma hakkı da verilmektedir. Bu yüzden sanığın savunma hakkı kısıtlanmamış olmaktadır.³²⁰ Nitekim Öztürk de CMK döneminde yazdığı eserinde CMK md. 58'deki düzenlemenin “vasıtasızlık ilkesini” mümkün olduğunca muhafaza etmeye çalıştığını belirtmiştir.³²¹

³¹⁹ “örneğin organize suçlulukla ilgili bir olayda, önemli bir tanığın kimliğini saklı tutsa veya bunu tutanaklara değiştirerek kaydetse; duruşmada da tanığı savunma makamında bulunanlarla salondaki izleyicilerin kendisini göremeyeceği bir şekilde dinlense veya duruşma salonunun yanındaki bir odada bulundurulup oradan duruşma salonuna sesin gelmesi sağlansa veya yüzünün görüntüsü tanımaya engel olacak şekilde değiştirilerek video kamera ile duruşma salonuna görüntü ve ses aktarılrsa, bu suretle elde edilen tanık beyanı, en başta vasıtasızlık ilkesine aykırı olduğu için hukuka aykırı olur ve bu suretle elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılamaz.” Bahri ÖZTÜRK: Delil Yasakları, 107; Aynı yönde Bkz. Veli Özer ÖZBEK: CMK İzmir Şerhi, 206; Metin FEYZİOĞLU: 272

³²⁰ Cumhuriyet ŞAHİN: Ceza Muhakemesinde İspat, 120

³²¹ ÖZTÜRK/ERDEM: Ceza Muhakemesi, 359

CMK md. 201'e göre müdafinin tanığa doğrudan; sanığın ise mahkeme başkanı veya hâkim aracılığıyla soru sorabilme hakkı vardır. Adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS md. 6'nın üçüncü fıkrasının "d" bendine göre sanık, iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek; savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek hakkına sahiptir.³²² AİHM, mahkemede mahkûmiyet hükmünün savcılıkta ifade veren fakat sonradan açık duruşmada vicahi olarak dinlenilmeyen ve sorgulanmayan tanıkların ifadesine dayandırılmasını sözleşmenin md. 6/1 ve md. 6/3d hükümlerine aykırı olduğuna karar vermiştir.³²³ Buna karşılık sanığa tanık beyanlarını tartışıp çürütmek, tanığa gerekli soruları gerekli zamanda ve uygun şekilde yöneltmek imkânı verilmesi halinde sözleşmenin md. 6/3-d hükmü ihlal edilmemiştir.³²⁴ Mahkemeye göre, kimliği gizli tutulan tanığın dinlenmesi sırasında müdafii hazır bulunmuşsa sözleşmeye aykırılık yoktur.³²⁵

Görüldüğü gibi AİHM gerekli olduğunda tanığın kimliğinin gizli tutulmasını ve tanığın uzaktan dinlenmesini, sanığa yeterli savunma imkânı verildiği takdirde AİHS'ne aykırı bulmamaktadır. CMK md. 58/3'e baktığımızda tanık hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan, hâkim

³²² Şeref GÖZÜBÜYÜK/Feyyaz GÖLCÜKLÜ: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Beşinci Bası, (Ankara, 2004), 306

³²³ AİHM 17.7.2001 tarihli Zana, Dicle ve Doğan/Türkiye davası. GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ: 307; Mahkeme Unterpertinger/Avusturya davasında polise sanığın gıyabında ifade veren iki tanığın bilahare tanıklıktan çekilerek duruşmaya katılmaması üzerine kendilerinin polise verdikleri ilk ifadeleri okunarak mahkûmiyet kararı verilmesini; Kostovski/Hollanda davasında da polis ve sorgu yargıcına ifade veren ve kimlikleri sanıktan saklanan iki tanığın duruşmada okunan eski ifadelerine dayanılarak sanığın mahkûm edilmesini, sanığa tanık beyanlarını tartışıp çürütmek, onlara gerekli soruları gerekli zamanda ve uygun şekilde yönetmek olanağı verilmediği gerekçesiyle 6. maddenin 3. fıkrasının "d" bendine aykırı bulmuştur. GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ: 309; Yine AİHM Barbera, Messegue ve Jaborda/İspanya kararında başvuruçuları suçlayıcı ifade veren ve başvuruçular tarafından daha önceden müdahale edilmesi ve sorgulanması ya da sorgulatılması mümkün olmayan tanıkların yazılı ifadelerine dayanılarak hüküm verilmesini sözleşmeye aykırı bulmuştur. Sibel İNCEOĞLU: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, (İstanbul, 2002) 276

³²⁴ Cumhuriyet ŞAHİN: Ceza Muhakemesinde İspat, 131

³²⁵ AİHM Doorson/Hollanda kararı. Cumhuriyet ŞAHİN: Ceza Muhakemesinde İspat, 130

tarafından dinlenebilecektir.³²⁶ Burada tanığın açıklamaları doğrudan doğruya herhangi bir değişikliğe uğramadan duruşmaya aktarılabilecektir. Bu yüzden doğrudan doğruyalık ilkesi de ihlal edilmemiş olacaktır. Sanık ve müdafisine tanığa soru sorma imkânı sağlandığı için savunma hakkının da herhangi bir kısıtlamaya uğramadığı görüşündeyiz.

Gizli soruşturmacının güvenliği ile ilgili bir diğer sorun da, gizli soruşturmacı kullanılmasına ilişkin kararın dava dosyasında yer alıp almayacağıdır. Müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir (CMK md. 153/1). Kovuşurma evresinde ise, dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir, bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir (CMK md. 153/4). Her ne kadar soruşturma evresinde müdafîinin bu hakkı soruşturmanın amacını tehlikeye düşüreceği anlaşıldığında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararı ile kısıtlanabilirse de kovuşturma aşamasında savcının böyle bir yetkisi yoktur. Görüldüğü gibi eğer gizli soruşturmacı kararı dosyada bulunur ise gizli soruşturmacının tespiti oldukça kolay olacaktır. Bu yüzden CMK md. 139/3 hükmünü dar yorumlayarak, gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgelerin yalnızca ilgili Cumhuriyet savcılığında muhafaza edileceğini, başka bir yerde ve özellikle dosyada bu bilgilerin bulunmayacağını anlamak gerekir.

2.4.3. Tanık Olarak Dinlendikten Sonra

Tanıklara sadece ceza muhakemesinde koruma sağlamak tek başına yeterli değildir. Suç örgütlerinin intikam almak veya bundan sonra kendi aleyhlerinde tanıklık yapacaklara gözdağı vermek amacıyla, tanıkları

³²⁶ “İfade alan hakim tanık için tahsis edilmiş odada bulunacağı için CMK’nun Mainz modelini seçtiğini söyleyebiliriz. İngiliz modeli olarak bilinen diğer model de ise tanık, güvenilir bir kişi ile aynı odada bulunmakta, duruşma salonunda yer alan hâkim bir ekran aracılığıyla tanığı görmekte ve mikrofon yardımıyla onu duymaktadır. Tanığın açıklamaları ve cevapları ses ve görüntü olarak duruşma salonuna aktarılmaktadır.”
Cumhur ŞAHİN: Ceza Muhakemesinde İspat, 142

öldürdüğü ya da başka tehlikelere maruz bıraktıkları bilinmektedir.³²⁷ Bu yüzden örgütlü suçla mücadelede görev alan gizli soruşturmacının ve tanıkların muhakemeden sonra da korunmaları gerekmektedir.

4422 sayılı ÇASÖMK, tanıkların korunması hususunda TMK md. 20’de düzenlenen tedbirlerin geçerli olduğunu belirtmiştir. ÇASÖMK md. 7 hükmü gereğince bu tedbirlerden gizli soruşturmacı da yararlanacaktır. Buna göre, gizli soruşturmacının talep halinde estetik cerrahi yoluyla fizyolojik görünümü değiştirebilecek; nüfus kaydı, ehliyet, evlenme cüzdanı, diploma ve benzeri belgeleri değiştirilebilecek, askerlik işlemleri yeniden düzenlenecek, menkul ve gayrimenkul malvarlıklarıyla ilgili hakları, sosyal güvenlik ve diğer hakların korunması gibi hususlarda düzenleme yapılacaktır. Gizli soruşturmacı emekli olduktan sonra da, görev yaptığı Bakanlık veya Kamu Kurum ve Kuruluşlarına ait konutlardan Maliye ve Gümrük Bakanlığınca rayiç kiralara dikkate alınarak tespit olunacak kira bedeli ile kiralama esaslarına göre yararlandırılacaktır (TMK md. 20). Bu tedbirler ihtiyaç halinde eş ve çocuklar için de geçerlidir (4422 s. Kanunun Uygulanması Hk. Yönetmelik md. 31/2).

Bunun yanında Tanık Koruma Kanun Tasarısında da alınacak koruma tedbirleri belirtilmiştir. Ancak bu kanun suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgüt çerçevesinde ve terör örgütü çerçevesinde işlenilen suçlar ile Türk Ceza Kanununda ve ceza hükmü içeren özel kanunlarda yer alan ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve üst haddi on yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından bir koruma öngörmüştür (Tasarı md. 3).

Tasarı, hakkında koruma tedbiri uygulanacak kimseler yönünden de bir sınırlamaya gitmiştir. Tasarı md. 4’e göre hakkında koruma tedbiri uygulanacak kimseler:

³²⁷ Veli Özer ÖZBEK: CMK İzmir Şerhi, 203

- Ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenenler ile 04.12.2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 236. maddesine göre tanık olarak dinlenen suç mağdurları.
- Tanık olarak dinlenenlerin nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy, üçüncü derece dâhil kan veya ikinci derece dâhil kayın hısımları ve evlatlık bağı bulunanlar ile yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler.

Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun Uygulanması Hakkında Yönetmeliğe göre sadece eş ve çocuklar bu koruma hükümlerinden yararlanabilirken; tasarı bu kapsamı oldukça genişletmiş, hatta tanıklık yapan kimse ile aralarında hısımlık ilişkisi olmayan kimselerin bile bu hükümlerden yararlanmasına olanak sağlamıştır.

Yine tasarı TMK md. 20'ye benzer hükümler getirmenin yanında daha başka koruma tedbirleri de öngörmüştür. Tasarı md. 5'e göre getirilen koruma tedbirleri şunlardır:

(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,

d) Fizikî koruma sağlanması,

e) Silâh ruhsatı verilmesi,

f) Kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi:

1. Adlî 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.

g) Geçici olarak geçimini sağlama amacıyla maddî yardımda bulunma,

h) İşe yerleştirilmesi veya çalışan kişinin iş yerinin ya da alanının değiştirilmesi veya öğrenim görenin devam etmekte olduğu her türlü eğitim ve öğretim kurumunun değiştirilmesi,

i) Yurt içinde başka bir yerleşim biriminde yaşamasının sağlanması,

j) Uluslararası anlaşmalara ve karşılıklılık ilkesine uygun şekilde, geçici olarak başka bir ülkede yerleştirilmesinin sağlanması,

k) Fizyolojik görünümün değiştirilmesi:

1. Estetik cerrahi yoluyla fizyolojik görünümün değiştirilmesi ve buna uygun kimlik bilgilerinin yeniden düzenlenmesi,

2. Estetik cerrahi gerektirmeksizin fizyolojik görünümün değiştirilmesi ve buna uygun kimlik bilgilerinin yeniden düzenlenmesi.

(2) Bu maddede yazılı olan tedbirlerden biri veya bir kaç 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.

2.5. GİZLİ SORUŞTURMACININ ELDE ETTİĞİ DELİLLER

2.5.1. Delillerin Sınıflandırılması

2.5.1.1. Doğrudan Delil- Dolaylı Delil Bakımından

Doğrudan deliller, uyuşmazlık konusu olayı doğrudan aydınlığa kavuşturan delillerdir.³²⁸ Örneğin, bankanın soyulduğunu fark eden ve soyguncuları kovalayan güvenlik görevlisinin tanıklığı doğrudan delildir.

Dolaylı deliller, uyuşmazlık konusu olayı dolaylı olarak aydınlığa kavuşturan delillerdir.³²⁹ Adam öldürmeden yargılanan sanığı olay günü kanlar içinde gören kimsenin tanıklığında olduğu gibi.

Duruşmada dolaylı deliller de ikame edilecek ve hüküm kurulmasında bu delillerden de faydalanılacaktır. Ancak dolaylı deliller asıl olayı tek başına ispat gücüne sahip değildir. Onlar doğrudan delillerden elde edilen kanaati destekleyici niteliktedirler.³³⁰ Bu yüzden doğrudan tanığın muhakemede dinlenmesi mümkün olmasına rağmen, dolaylı tanık dinlenerek hüküm kurulması maddi gerçeğin araştırılması ilkesine aykırıdır. Dolaylı tanık dinlenmiş bile olsa, eğer doğrudan tanığa da ulaşılabiliriyorsa, doğrudan tanık da duruşmada dinlenmelidir.³³¹

Zira bir vasıtanın delil olarak değerlendirilebilmesi için onun olayın bir parçası olması ve/veya olayı yansıtmaması buna ek olarak delilin akla, maddi

³²⁸ ŞAFAK/BİÇAK: 286

Tosun'a göre "bir kimsenin beş duyusuyla suçun kurucu unsurları hakkında topladığı bilgiler dolaysız delillerdir." Öztekin TOSUN: Türk Suç Muhakemesi Dersleri, C. 1, (İstanbul, 1984), 739; Centel ise, mahkemenin hükümle çözmesi gereken asıl olayı ispatlayan delillerin doğrudan delil olduğunu belirtmiştir. CENTEL/ZAFER: 184

³²⁹ ŞAFAK/BİÇAK: 286; Yine Tosun'a göre "bir bilgi ile başka bir delil elde edildiğinde bu bilgiye dolaylı delil denir." Öztekin TOSUN: 739; Centel'e göre ise "hakkında karar verilmesi gereken esas olaya bağlı olan yan olayları açıklayan delillere dolaylı delil denir." CENTEL/ZAFER: 184

³³⁰ CENTEL/ZAFER: 184

³³¹ Cumhuriyet ŞAHİN: Ceza Muhakemesinde İspat, 115

gerçeğe ve hukuka uygun olması gerekir.³³² Tosun buna ek olarak delilin muhakeme için önemli olmasının da gerektiğini belirtmektedir.³³³ Bu şartları yerine getiren deliller ister dolaylı olsun ister doğrudan olsun ceza muhakemesinde kullanılabilecektir. Ancak dolaylı deliller çoğu zaman suçun işlendiğini kesin olarak ortaya koyamayacağı için daima başka delillerle desteklenmeye çalışılmalıdır.^{334_335}

Bu açıdan baktığımızda gizli soruşturmacının elde ettiği deliller hem doğrudan delil olabilir, hem de dolaylı delil olabilir. Örneğin örgütün gizli soruşturmacının önünde birisini öldürmesi, bir bankayı soyması, örgüt liderinin gizli soruşturmacı olduğu halde telefonla silah kaçakçılığı operasyonunu idare etmesi gibi olaylar hakkında gizli soruşturmacının duruşmada dinlenmesi bir doğrudan delildir. Buna karşılık bir örgüt mensubunun diğerine işlemiş olduğu bir suçu gizli soruşturmacı varken anlatması olayında gizli soruşturmacı bir dolaylı delildir.

2.5.1.2.- Beyan Delili

“Bir olayı gören, duyan veya olay hakkında herhangi bir şekilde bilgisi olan kişilerin bu hususu sözlü olarak ifade etmelerine beyan denir.”³³⁶ Beyan delilleri tanık beyanı, sanık beyanı ve diğer beyanlar olmak üzere bir

³³² ÖZTÜRK/ERDEM: Ceza Muhakemesi, 347

³³³ “delilin suç ile ilgili olması, onun göz önünde tutulması için gereklidir, fakat suç ile ilgili olan delil eğer muhakeme bakımından faydasız ise onun da üzerinde durmaya gerek yoktur.” Öztekin TOSUN: 713

³³⁴ Cumhur ŞAHİN: Ceza Muhakemesinde İspat, 114

³³⁵ “Ceza Yargılamasının amacı hiç bir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, Ceza Yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır. Ceza Yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde, mahkûmiyet kararından söz edilemez. Bu ilke evrenseldir.

0 halde, sanığın üzerine yüklenen suçtan cezalandırılmasına yeterli, kesin ve inandırıcı kanıtlar elde edilemediğine göre direnme kararının bozulmasına karar verilmelidir.” (Yargıtay CGK. 19.04.1993, E. 1993/6–79, K. 1993/108) Kazancı Yargıtay Kararları CD’si.

³³⁶ ŞAFAK/BIÇAK: 290

sınıflandırılmaya tabi tutulabilir.³³⁷ Bu başlık altında incelemeye çalışılacak konu, gizli soruşturmacının örgüt üyelerinden elde ettiği beyan delilleridir.

Gizli soruşturmacı görevi sırasında ya doğrudan ya da dolaylı olarak belirli suçların işlendiğini içeren beyanlara vakıf olabilir. Akla şöyle bir soru gelebilir “gizli soruşturmacı, elde ettiği bu beyanlar hakkında normal bir tanık olarak mı, yoksa ifade almış olan görevli sıfatıyla mı dinlenecektir?”

Gizli soruşturmacı örgütlü suçla mücadele etmek amacıyla kabul edilmiş bir koruma tedbiridir. Gizli soruşturmacının yapmış olduğu şey delil toplamaktır. “ifade almış görevli” ise CMK md. 147 çerçevesinde sanığın ifadesini alan kolluk görevlisidir. Bu görevli duruşmada ancak son çare olarak dinlenebilir. Bu kişiler ayrıca ifade tutanağının içeriği ve ifadeyi vermiş olan kişinin ifade sırasındaki açıklamaları konusunda tanıklık eder.³³⁸ Buna karşılık gizli soruşturmacı elde ettiği delillerin mahiyetine göre ya doğrudan ya da dolaylı tanık statüsündedir. Bu yüzden gizli soruşturmacının ifade almış görevli olarak değil, normal bir tanık olarak dinlenmesini kabul etmek gerekir.

2.5.1.3. Belge Delili

Uyuşmazlık konusu olayı çözmeye faydalanan her türlü yazıya belge denir.³³⁹ Belgelerin kim tarafından yazıldığı veya düzenlendiği önemli değildir.³⁴⁰

Gizli soruşturmacının bir uyuşturucu madde sevkıyatını gizli olarak video kaydına alması ya da bir uyuşturucu alış-verişini gizlice fotoğraflaması, örgüt mensupları arasındaki konuşmaları kaydetmesi sonucu elde edilen deliller birer yazılı belge niteliğindedir. Ancak şunu belirtelim bu tarz elde edilen delillerin yazılı belge olduğu konusunda doktrinde fikir birliği yoktur.

³³⁷ ŞAFAK/BIÇAK: 290

³³⁸ Cumhur ŞAHİN: Ceza Muhakemesinde İspat: 117

³³⁹ ŞAFAK/BIÇAK: 310

³⁴⁰ ÖZTÜRK/ERDEM: 361; ŞAFAK/BIÇAK: 310

Bazı yazarlar bunları yazılı belge sayarken³⁴¹; diğer yazarlar ise bunların keşfe konu belirti olarak kabul edilebileceklerini savunmaktadır.³⁴²

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında ses bantlarının tek başına delil vasfında olamayacağını belirtmiştir. Bu kayıtların diğer yan delillerle desteklenmesi gerekmektedir.³⁴³ Anayasa Mahkemesi de bir Cumhuriyet Senatosu üyesinin yasama dokunulmazlığının kaldırılması istemini incelediği bir kararında aynı yönde görüş belirtmiştir.³⁴⁴ Bu kararlar karşısında elde edilen ses bantları, gizli soruşturmacı tarafından elde edilmiş bile olsa tek başına mahkûmiyet hükmü kurulmasına yetmeyecek, bunun yanında diğer delillerin de bulunması gerekecektir.

2.5.1.4. Belirti Delili

Keşif faaliyetine konu olan ve olaydan geriye kalan her türlü iz ve eserlere belirti denir.³⁴⁵ Doktrinde bazı yazarlar belirtileri “maddi delil” olarak adlandırmaktadır.³⁴⁶ Belirtiler günümüz ceza muhakemesi için oldukça önemlidirler.³⁴⁷ Örneğin, maktulün vücudundan çıkan bir mermi çekirdeği ile

³⁴¹ KUNTER/Feridun YENİSEY: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, (İstanbul, 1998), 600; Öztekin TOSUN: 765; ÖZTÜRK/ERDEM: 364; Bahri ÖZTÜRK: “Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesi hukukundaki Değeri”, Prof. Dr. Seyfullah EDİS’e Armağan, (İzmir, 2000), 226; ŞAFAK/BIÇAK: 311

³⁴² CENTEL/ZAFER: 219; Şahin de bu kayıtların belge olamayacağı görüşündedir. Cumhur ŞAHİN: Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, (Ankara, 1994), 161

³⁴³ “Teyp bantlarının tek başına delil vasfını haiz olamayacağı düşünülmenden ve dosyada sanıkların suç konusu sözleri sarf ettiklerine dair banttan başka hiçbir delil bulunmadığı gözetilmeden yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay 9.CD. 5.10.1984, E. 1984/1835, K. 1984/2346) zikreden Bahri ÖZTÜRK: “Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlar...”, 227

³⁴⁴ “Başkaca inandırıcı ve pekiştirici kanıtlar bulunmadıkça yalnızca ses bantlarının ve gizli ajan raporlarının, bir yurttaşta yapılan “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasını teğyir ve tebdile ve bu yasa ile kurulmuş Türkiye Büyük Millet Meclisini İskata veya görevini yapmaktan men’e cebren teşebbüs gayesiyle gizlice ittifak kurmak” gibi çok ağır bir isnada yasama dokunulmazlığının kaldırılması yönünden ciddilik kazandırabilmesi bir hukuk Devletinde düşünülemez.” Anayasa Mahkemesi 18.08.1971, E. 1971/41, K. 1971/67. <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1971/K1971-67.htm>.

³⁴⁵ CENTEL/ZAFER: 222

³⁴⁶ ŞAFAK/BIÇAK: 313

³⁴⁷ Bahri ÖZTÜRK: “Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlar...”, 228; Cumhur ŞAHİN: Ceza Muhakemesinde İspat, 185; ÖZTÜRK/ERDEM: Ceza Muhakemesi, 368

olay mahallinde bulunan bir tek mermi kovanının aynı silahtan atılmış olduğunun tespiti gibi.

Belirtiler çoğu zaman olayı kesin olarak aydınlatmadıkları için, tek başlarına ispata ulaşmakta yeterli olmaz, başka delillerle de desteklenmeleri gerekir.³⁴⁸ Ancak bazı durumlarda ispatlanması gereken husus sadece belirtilerle de ispatlanabilir. Örneğin, maktulün bedeninden onlarca merminin çıkarılması, onun canavarca bir hisle öldürüldüğüne delil olabilmektedir.

Suç örgütleri, özellikle de profesyonel şekilde çalışan örgütler işledikleri suçların arkasında en ufak bir delil bırakmamaya özen gösterirler. Bunlar hakkında tanık bulmak da çoğu zaman imkânsız olacağı için, örgüt mensubu bulunan gizli soruşturmacının olay mahallinden toplayacağı mermi kovanları, parmak izleri, saç kılları, tükürük ve cinsel salgılar, kan izleri belki de olayın aydınlatılmasındaki en büyük etmen olacaktır.

2.5.2. Delillerin Yargılamada Kullanılması

Ceza muhakemesinde karar verme yetkisini haiz olan yetkililerin, toplanan delillerden sonuç çıkarıp bu sonucu kararlarında kullanmalarına delillerin değerlendirilmesi denir.³⁴⁹ CMK md. 217/2 gereğince “yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir”. Bu hükmün mefhumu muhalifinden hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin yüklenen suç açısından bir ispat vasıtası olamayacağıdır. Çalışmamızın bu bölümünde, aslında bir delil elde etme aracı olan, gizli soruşturmacı tarafından elde edilen delillerin hukuka uygunluk sınırı çizilmeye çalışılacaktır.

³⁴⁸ KUNTER/YENİSEY: 601; CENTEL/ZAFER: 222; Öztekin TOSUN: 767

³⁴⁹ ÖZTÜRK/ERDEM: 425

2.5.2.1. Delil Yasakları

Hukuk devleti esaslarına uygun bir ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamalara delil yasakları denmektedir.³⁵⁰ Şen ise şu şekilde bir tarif getirmiştir: “ delillerle ilgili bir ceza yargılaması normuna ve eğer bu şekilde özel bir norm yoksa ceza yargılaması hukuku dışında kalan diğer bir norma, ihlalin önem ve derecesi ne olursa olsun aykırı davranılmak ya da bu normların kapsam ve/veya amaçlarının dışına çıkılmak suretiyle elde edilen deliller ile bu delillere dayanılarak elde edilen delillere hukuka aykırı deliller” denir.³⁵¹

Ceza Muhakemesi Kanunu’nda delil yasakları ile ilgili birçok hüküm bulunmaktadır. Örneğin CMK md. 147 ifade ve sorgunun nasıl yapılacağı anlatılmış, md. 148’de ise yasak ifade ve sorgu yöntemlerine yer verilmiştir. Türk hukukunda bilgi almaya yönelik faaliyetin hâkim tarafından yapılmasına sorgu; kolluk veya savcı tarafından yapılmasına ise ifade alma denmektedir.³⁵² Yeni CMK ifade alma ve sorguyu aynı biçimde düzenlediği için artık böyle bir ayrımın önemi kalmamıştır.

Burada akla şöyle bir soru gelebilir: gizli soruşturmacı da bir kolluk görevlisi olduğuna göre, gizli soruşturmacının yaptığı faaliyet bir sorgu işlemi midir? Bu soruya bağlı olarak, gizli soruşturmacı da CMK md. 147’deki hakları sanığa hatırlatmak zorunda mıdır? Bu haklar hatırlatılmadan yapılan işlem CMK md. 148 gereğince yasak sorgu olarak mı değerlendirilecektir? Zira gizli soruşturmacının yaptığı faaliyet ifade alma olarak değerlendirilecekse, ifade almadan önce sanığa yasal haklarının

³⁵⁰ Bahri ÖZTÜRK: Delil Yasakları, 8; ÖZTÜRK/ERDEM: Ceza Muhakemesi, 436; Bahri ÖZTÜRK: “Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlar”, 221

³⁵¹ Ersan ŞEN: Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, (İstanbul,1998), 23

³⁵² KUNTER/YENİSEY: 414; Şahin ise böyle bir ayrımı kabul etmemekte ve gerek kolluk, gerek savcılık ve gerekse de hakim tarafından yapılan işlemin sorgu olduğunu savunmaktadır. Cumhur ŞAHİN: Kolluk Tarafından Sorgulama, 64; Aynı yönde ÖZTÜK/ERDEM: 399

hatırlatılması gerekir. Ayrıca kişiler kendi aleyhlerine ifade vermek zorunda olmadıkları için elde edilen delillerin duruşmada kullanılamaması tehlikesi doğacaktır.³⁵³ Bu sorulara olumsuz yanıt vermek gerekmektedir. Zira bunun aksinin kabulü kurumun getiriliş amacıyla bağdaşmaz ayrıca, gizli soruşturmacı kurumunun uygulanamaması sonucunu doğurur. Gizli soruşturmacı, adından da anlaşılacağı gibi gizli bir soruşturma tedbiridir. Gizli soruşturmacının ve onun elde etmiş olduğu delillerin sanıktan gizlenmesi gerekmektedir. Sanığın bundan haberdar edilmesi, bu tedbirin etkinliğini yitirmesine neden olacaktır.³⁵⁴ Ancak bundan, sanığın bu tedbirden hiçbir zaman haberdar olmayacağı anlamı da çıkarılamaz. Adil bir muhakeme açısından ilgiliye en azından tedbir uygulandıktan sonra haber verilmelidir. Bu konuya “ilgiliye haber verme” başlığı altında tekrar değinilecektir.

Gizli soruşturmacı hukuk devleti çerçevesinde, suçlulukla daha etkin mücadele etmek amacıyla kabul edilmiş bir kurumdur. Gizli soruşturmacının elde ettiği deliller hukuka uygun olmalıdır. Hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller ise, açıkladığımız nedenlerden dolayı CMK md. 148 bağlamında değil, CMK md. 217/2 gereğince delil olarak değerlendirilemeyecektir.

Yargıtay CMUK döneminde vermiş olduğu kararlarında delil yasaklarının, bir temel hak ve hürriyeti ihlal etmediği durumlarda da uygulanacağını yani hukuka aykırılık, bir temel hak ve hürriyeti ihlal etmemiş bile olsa elde edilen deliller hükme esas alınamayacaktır.³⁵⁵⁻³⁵⁶

³⁵³ Mustafa TAŞKIN: 253

³⁵⁴ AİHM, yukarıda bahsedilen Klass kararında devletin bu tür tehditlerle mücadele edebilmek için kendi egemenlik alanında faaliyet gösteren yıkıcı unsurları ulusal güvenlik veya suç ve düzensizliğin önlenmesi amacıyla gizli izlemeye almasının demokratik bir toplum için gerekli olduğunu kabul etmiştir. Ancak devletin bu konuda sınırsız bir takdir yetkisi yoktur. Hangi izleme sistemi benimsenirse benimsensin kötüye kullanmaya karşı yeterli ve etkili güvencelerin bulunması gerekir. Osman DOĞRU: 259

³⁵⁵ Yargıtay 10. CD, 31/05/1994, 5735/8126 zikreden Veli Özer ÖZBEK: CMK İzmir Şerhi, 847: “Sanığa hakları, adli tatilde yapılan duruşmada hatırlatılmışsa ve dava adli tatilde görülmesi gereken acele işlerden değilse, 135. madde hükmüne aykırı davranışın sonuç üzerinde etkili olup olmadığı aranmaksızın, bu hükmün uygulanması zorunludur. Aksine düşünce, bu maddenin yasaya konuluşu ile güdülen amacına aykırı düşer, keyfi davranışlara yol açar ve maddenin işlemez hale gelmesi sonucunu doğurur.” Yargıtay CGK., 13/3/1995, 6-31/57 zikreden Cumhuriyet ŞAHİN: “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka

Böyle bir kabul ceza muhakemesinin kilitlenmesine, özellikle örgütlü suçla mücadelenin sekteye uğramasına neden olur. Zira örgütlü suçla mücadelede delil elde edilmesi son derece güçtür. Gizli soruşturmacı ve buna benzer koruma tedbirleri bu yüzden kabul edilmiştir. Buna karşılık basit bir hukuka aykırılığın bin bir güçlkle elde edilen delilleri kullanılamaz hale getirmesi kabul edilemez.³⁵⁷ Çok ilginçtir ki, Yargıtay hukuka aykırı şekilde elde edilen delilin kullanılması halinde, sanık beraat etse dahi hükmün bozulması gerektiğini belirtmiştir.³⁵⁸ CMK md. 290'a göre (CMUK md. 309) "sanığın yararına olan hukuk kurallarına aykırılık, sanık aleyhine hükmün bozdurulması için Cumhuriyet savcısına bir hak vermez." Buna aleyhe bozma yasağı denmektedir. Bu yüzden sanığın lehine olan beraat kararının bozdurulması yanlıştır.³⁵⁹

Aykırı Deliller ve Değerlendirilmeleri Sorunu", Prof. Dr. Nurullah KUNTER' e Armağan, (İstanbul, 1998), 347

³⁵⁶ BIÇAK bu duruma "Kesin Ret Yaklaşımı" ismini vermektedir. Buna göre "Kesin red yaklaşımı usulsüz ulaşılan delillerin hiçbir şekilde hükme esas alınmaması gereğini ifade eder." Vahit BIÇAK: "Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımların Değerlendirilmesi", İnsan Hakları Yıllığı, S. 17-18, 1997, 250

³⁵⁷ Bahri ÖZTÜRK: "CMUK Reformu ve Delil Yasakları, SÜHFD, cilt 4, sayı 1-2, yıl 1994, 46; Ancak durumun çok da korkulacak seviyede olmadığını belirtmek gerekir. Zira Amerika'da yapılan araştırmaya göre "kesin ret yaklaşımının" işlemesi neticesinde beraat oranının çok da yüksek olmadığı gözlemlenmiştir. "Sadece toplam davaların %1 i kesin ret kuralının işlemesi neticesi kaybedilmiştir, bunların çoğu da çok ciddi suçlar değildir. Birçok davada usulsüz ulaşılan deliller reddedildiği halde yine de mahkûmiyet kararına ulaşılmıştır." Vahit BIÇAK: "Usulsüz Ulaşılan Deliller", 255

³⁵⁸ " duruşmaya sanığın kimliğinin saptanması, iddianame okunduktan sonra 135. maddeye göre sorguya çekilmesi ile başlanacaktır. Bu hükme uyulmadığı takdirde duruşma açılmış sayılmaz, duruşmanın açılmamış sayılması halinde de kanıt toplanamaz, mevcut kanıtlar derlendirilemez ve hüküm kurulamaz." (YCGK. , 19/12/1994, 6-322/343) zikreden Veli Özer ÖZBEK: CMK İzmir Şerhi, 847; Aynı yönde Ersan ŞEN: 142; KESKİN de "CMUK'un sorguyu düzenleyen 135. maddesi, adil bir yargılamada maddi gerçeği bulmayı hedefleyen ceza muhakemesinde emredici nitelikte, kamu düzeninden olan bir ceza muhakemesi normudur. Sorgunun hukuka uygun bir şekilde yapılmasındaki menfaat, ceza muhakemesininidir. Sorgu elbette savunma bakımından kabul edilmiş bir kurum değildir. Sorguda, hem iddia makamının hem savunma makamının hem de yargılama makamının yararı vardır. Dolayısıyla sorgunun sadece savunma lehine getirilmiş bir hüküm olduğunu iddia etmek doğru değildir. Adil yargılama sadece sanık için değildir. Adil yargılama hem sanık için, hem de katılan için hem de toplum içindir." gerekçesiyle Yargıtay kararı yönünde görüş bildirmiştir. Serap KESKİN: Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, (İstanbul, 1997), 178

³⁵⁹ Bahri ÖZTÜRK: Delil Yasakları, 18

Görüldüğü gibi Yargıtay'ın tutumu, en ufak bir hukuka aykırılıkta bile elde edilen delillerin değerlendirilemeyeceği yönündedir. Örneğin gizli soruşturmacı görevlendirilirken ikincillik ilkesine riayet edilmemiş ise, yüklenen suç gizli soruşturmacı tarafından elde edilen deliller ile ispat edilemeyecektir. Öztürk, bu sakıncayı gidermek için delil yasakları hükümlerinin Alman Anayasa Mahkemesince kabul edilen “değerler tartımı teorisine” imkân verecek şekilde yeniden düzenlenmesini önermektedir.³⁶⁰

CMK md. 217/2 de CMUK md. 254/2 gibi mutlak bir hüküm içermektedir. Bu yüzden CMUK md. 254/2 hakkında yaptığımız açıklamaların md. 217/2 için de geçerli olduğu kanısındayız.

CMK md. 217/2 hükmünün mutlak anlaşılmasının bir diğer sonucu, delillerin doğrudan veya dolaylı elde edilmelerinin arasında hiçbir fark olmamasıdır. Burada önemli olan delil veya delillerin elde edilmesi sırasında, bir şekilde herhangi bir hukuka aykırılığın yapılmasıdır.³⁶¹ Kaymaz ise, haksız beraat kararlarının önüne geçmek için, mutlak delil yasakları ihlal edilmişse dolaylı delillerin yargılamada değerlendirilmemesini ve hazırlık soruşturmasının başlaması için başlangıç şüphesi olmamasını; ancak elde edilmesinde uyulması gerekli kurallara uyulmaması nedeniyle hukuka aykırı hale gelen deliller vasıtasıyla elde edilen delillerin kullanılabilmesini savunmaktadır.³⁶² Maddenin açık hükmü gereğince böyle bir sonuca ulaşılamayacağı kanaatindeyiz. Örneğin, gizli soruşturmacı ikincillik ilkesine riayet edilmeden görevlendirilsin. Soruşturmacının ele geçirdiği delillerden birinde başka bir suçun işlendiğinin kanıtı bulunsun. İşte elde edilen bu delil,

³⁶⁰ Bu teoride “ilk planda birey açısından onun temel hak ve özgürlüklerine müdahalenin tarzı ve yoğunluğu; kamu açısından da, fonksiyon yeteneği olan bir ceza adaletinin güvence altına alınmasına yönelik menfaat göz önüne alınmaktadır. Bununla birlikte gerektiğinde delilin hukuka uygun yollarla elde edilmiş olup olmadığı da belirleyici olabilmektedir.” ÖZTÜRK/ÖZBEK/ERDEM: Uygulamalı, 701

³⁶¹ Bahri ÖZTÜRK: Delil Yasakları, 33; M. Ruhan ERDEM: 370; Cumhuriyet ŞAHİN: Kolluk Tarafından Sorgulama, 231

³⁶² Seydi Kaymaz: Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, (Ankara, 1997), 274

hukuka aykırı elde edilen delillerin dolaylı etkisi nedeniyle değerlendirilemeyecektir.

Daha önce de söylediğimiz gibi, gizli soruşturmacı bir suçun azmettiricisi olamaz. Böyle bir durumda onun kışkırtıcı ajandan bir farkı kalmaz. Kışkırtıcı ajanın ise delil elde etmede kullanılması yasaktır; bu yasağa aykırı olarak elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılamaz.³⁶³ Ortada herhangi bir kışkırtma yokken sanığın gizli soruşturmacıya kendiliğinden yaptığı açıklamalar delil olarak kullanılabilir.³⁶⁴ Ayrıca gizli soruşturmacı iki kimse arasında yapılan konuşmalara kulak misafiri olması sebebiyle bir suçun işlendiğini öğrenirse, elde edilen bu bilgiler de hukuka uygundur. Zira burada fail bir başka kimsenin varlığı sırasında suç ortağıyla konuşmama imkânına sahipken konuşmaya devam etmiştir. Burada gizli soruşturmacı failin hareketine herhangi bir etkide bulunmamıştır.³⁶⁵ Amerikan Yüksek Mahkemesi ise U.S/Henry davasında zanlının, hüccesine, diğer bir mahkûm gibi yerleştirilen polis memuruna yapmış olduğu ikrarı, hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş bir delil sayarak dikkate almamıştır.³⁶⁶

Gerek 4422 sayılı kanunda, gerekse de CMK da gizli soruşturmacının kendisine verilmiş olan değiştirilmiş kimlikle, hak sahibinin rızası ile bir eve girmesinin mümkün olduğu hakkında bir hüküm yoktur. Bizim hukukumuzun aksine Alman hukukunda bu konu ile ilgili bir hüküm mevcuttur. Al. CMUK 110b/2. maddesine göre “gizli ajanın herkesin giremeyeceği bir eve girmesi gerekiyorsa onay verme yetkisi hâkime aittir.” Bunun uzantısı olarak 110c maddesinde gizli soruşturmacının kendisine verilen değiştirilmiş kimlikle hak

³⁶³ Bahri ÖZTÜRK: Delil Yasakları, 8; AİHM de Teixeira de Castro/Portekiz kararında başvurunun daha önce bir suç kaydının olmamasını ve bir yargıç tarafından verilen ve gözetim altında tutulan bir uyuşturucu trafiği operasyonunun mevcut olmamasını dikkate alarak, iki polis memurunun başvurunun suç teşkil eden eylemlerini pasif bir biçimde soruşturmadıklarını, suçun işlenmesini teşvik edici bir biçimde bir etki yarattıklarını belirterek sözleşmeye aykırı bulmuştur. Sibel İNCEOĞLU: 279

³⁶⁴ Seydi KAYMAZ: 25

³⁶⁵ Sibel İNCEOĞLU: 283

³⁶⁶ Füsün SOKULLU-AKINCI: 166

sahibinin rızası ile ilgilinin evine girebileceği düzenlenmiştir. 110c c.2 de ise uydurma kimliğin kullanılması dışında bir aldatma yoluna gidilerek hak sahibinin rızasının alınması suretiyle konuta girilmesi yasaklanmıştır. Bu bakımdan gizli soruşturmacı gizli olarak veya sayaç okuyucusu olarak kendisini tanıtmak suretiyle konuta giremez.³⁶⁷ Bu düzenlemelerin neticesinde gizli soruşturmacının konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işlemiş olması bakımından özel bir hukuka uygunluk nedeninin olduğu; yani belli koşullar altında gizli soruşturmacının konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işleyebileceği sonucu çıkarılabilir.³⁶⁸ Buna ilave olarak gizli soruşturmacının bu hareketi hukuka uygun sayıldığı için, bu yolla elde edilen deliller de hukuka uygun sayılacak ve muhakemede değerlendirilebilecektir.

Doktrinde Özbek, “konut dokunulmazlığını ihlal suçu mağdurun rızası olmaksızın konutun içine girilmesiyle gerçekleşeceği için ilgilinin rızasının varlığı gizli görevlinin hareketini tipe uygun olmaktan çıkarır. İlgilinin rızası ile konuta ayak basan gizli soruşturmacı onun konuta girme hakkı bakımından değil, kimliği hakkında hile yapmıştır. Bu hile ise hukuki menfaate yabancı olup, ceza hukuku bakımından dikkate alınmaz.”³⁶⁹ görüşündedir. Bizim de savunduğumuz görüşe göre ise, hukukumuzda gizli soruşturmacının konuta girebileceği yönünde bir hüküm olmadığı için, ister sahibinin rızası ile girmiş olsun isterse de gizli bir şekilde girmiş olsun, konuta girmek hile ile olduğu için, gizli soruşturmacının bu hareketi konut dokunulmazlığı suçunu oluşturacaktır.³⁷⁰ Bunun neticesinde, elde edilen deliller hukuka aykırı delil sayılacağı için suçun ispatında kullanılamayacaktır. Ancak, bu sakıncaların giderilmesi için Alman hukukundaki gibi bizim hukukumuzda da, gizli soruşturmacının konuta girmesi meselesi kanuni bir düzenlemeye kavuşturulmalıdır.

³⁶⁷ M. Ruhan ERDEM: 200

³⁶⁸ Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 110

³⁶⁹ Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 111

³⁷⁰ M. Ruhan ERDEM: 200; Hakan İLERİ de bu tarz bir müdahalenin konut dokunulmazlığına müdahale teşkil ettiğini kabul etmektedir. Hakan İLERİ: 37

2.5.2.2. Tesadüfen Ele Geçen Deliller

Yapılan soruşturma ile ilgisi bulunmayan ve soruşturma yapılırken bir başka suçun işlendiğini gösteren ve soruşturma yapılırken ele geçirilen delillere tesadüfen ele geçen deliller denir.³⁷¹ Bu tür delillerin değerlendirilmesi, temel hak ve hürriyetlere müdahale teşkil eder, özel hayata ağır bir müdahalesi olan bu delillerin kullanılmasına sınırlı alanlarda müsaade edilmektedir.³⁷²

Al. CMUK 110e maddesine göre gizli soruşturmacı, aydınlatılması için görevlendirildiği suç dışında başka bir suç hakkında bilgi elde etmişse, eğer bu suç gizli soruşturmacı görevlendirilmesini düzenleyen Al. CMUK 110a I de sayılan suçlardan biri ise, elde edilen bu bilgiler delil olarak değerlendirilebilecektir.

4422 sayılı kanunda tesadüfen ele geçen delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda bir düzenleme mevcut değildi. Ancak doktrinde, bu kanunda bulunan tedbirler sonucu bir başka suça ait bilgiler ele geçirilmiş ise, bu bilgiler kanunda öngörülen 1. ve 16. maddedeki suçlarla ilgili ise değerlendirilmeli; eğer bu suçların haricindeki suçlar hakkında ise değerlendirilemeyeceği görüşü hakimdir.³⁷³ Bu tedbirlere başvurularak elde edilen delillerin, bu tedbirlerin uygulanmasına olanak bulunmayan suçlar hakkında kullanılmasına açık kapı bırakılması, söz konusu tedbirlerin ancak belirli ağırlıktaki suçlar bakımından uygulanabileceği yönündeki güvenceye aykırılık teşkil eder.³⁷⁴

Tesadüfen ele geçen deliller hakkında nasıl bir yol izleneceği CMK md. 138'de düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasında arama neticesinde

³⁷¹ ÖZTÜRK/ERDEM: 601; Aytekin GELERİ/Hakan İLERİ: Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, 243; M. Ruhan ERDEM: 361

³⁷² ERDEM/ÖZBEK: 294

³⁷³ Aytekin GELERİ/Hakan İLERİ: Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, 244; M. Ruhan ERDEM: 365; Hakan İLERİ: 132

³⁷⁴ M. Ruhan ERDEM: 363; ÖZTÜRK/ERDEM: Ceza Muhakemesi, 602

tesadüfen ele geçen delillerin suç ayrımı yapılmaksızın muhafaza altına alınacağı ve durumun Cumhuriyet savcılığına haber edileceği yazmaktadır. Yani arama sonunda bir başka suça ilişkin bir delil elde edilmişse bu delil diğer bir yargılamada da kullanılabilecektir, ele geçen delilin hangi suçla ilgili olduğunun önemi yoktur. Maddenin 2. fıkrasında telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi suretiyle elde edilen tesadüfî deliller, ancak 135. maddedeki listede sayılan suçlara ilişkin ise kullanılabilecektir.

Görüldüğü gibi CMK' da gizli soruşturmacının tesadüfen elde ettiği deliller hakkında bir düzenleme yoktur. Yalnızca md. 139'da "gizli soruşturmacı tarafından elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz" hükmü yer almaktadır. Bu düzenlemenin aksi yorumundan kişisel olmayan verilerin başka bir suçun soruşturması ve kovuşturmasında kullanılabileceği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Öztürk' ün de belirttiği gibi, böyle bir yorum gizli soruşturmacının sadece 139. maddede liste halinde sayılan suçların aydınlatılmasında kullanılabileceği sınırlamasının amacıyla bağdaşmaz.³⁷⁵ Doktrinde bir görüş bu hükümden gizli soruşturmacı görevlendirilmesiyle elde edilen delillerin sadece görevlendirildiği konu ile ilgili davada kullanılabileceğinin anlaşıldığını belirtmektedir.³⁷⁶ Her ne kadar 139. maddede tesadüfen ele geçen delillerin akıbetinin ne olacağı düzenlenmemişse de, bu şekilde ele geçen deliller eğer md. 139/7'deki listede yer alan suçlarla ilgili ise değerlendirilmeli, diğer suçlarla ilgili ise değerlendirilmemelidir.

³⁷⁵ ÖZTÜRK/ERDEM: Ceza Muhakemesi, 606

³⁷⁶ Hans-Heiner KUHNE: "Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Koruma Tedbirleri", HPD, S. 3, Nisan 2005, 45

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

GİZLİ SORUŞTURMACININ CEZAI SORUMLULUĞU

3.1. GİRİŞ

Gizli soruşturmacının içine sızmakla görevli olduğu örgütler, kendilerine yönelik böyle bir tedbirin uygulanabileceğini bilmektedirler. Bu yüzden bu tarz örgütler, örgüte katılan yeni üyelerin soruşturmacı olup olmadığını anlamak için onlara suç işletme yolunu tercih etmektedirler. İşte burada karşımıza gizli soruşturmacının böyle bir durumda ne yapacağı sorunu, başka bir deyişle gizli soruşturmacının suç işleyebilip işleyemeyeceği sorunu çıkmaktadır. 4422 sayılı kanunun 5. maddesi de, CMK 139. maddesi de gizli soruşturmacının görevi esnasında suç işleyemeyeceğini açıkça düzenlemiştir. Böyle bir düzenleme soruna son noktayı koymuş gibi gözükse de, meseleyi daha da karmaşık hale getirmiştir.

Örgütlü suçla mücadelede en etkili soruşturma yöntemi olarak görülen gizli soruşturmacının örgüt içerisine gönderilip polis olduğunu belli etmemesi, organizasyonun güvenliğini kazanması, organizasyon hakkında bilgi toplaması istenirken; öte yandan suç işlememesinin, işlediği takdirde cezalandırılmaktan kurtulamayacağını söylenmesi gerçekçi olmaz. Böyle bir görevi üstlenecek kimse de bulunamaz.³⁷⁷ Gizli soruşturmacıya serbest hareket edebileceği bir alanın tanınmaması, daha az öneme haiz suçları işlemesine izin verilmemesi, hem soruşturmanın akamete uğramasına neden olur, hem de kendi yaşama haklarının yitirilmesine yol açabilir.³⁷⁸ Bu

³⁷⁷ ÖZTÜRK/ÖZBEK/ERDEM: 670; Aytekin GELERİ/Hakan İLERİ: Gizli Görevli ve Bilgi Kaynağı Kullanma, 249; Aytekin GELERİ/Hakan İLERİ: Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, 188

³⁷⁸ Ali ŞAFAK: 123

sakıncayı bertaraf etmek için doktrinde “görevin gerektirdiği suç” kavramı ortaya çıkmıştır.

3.2. GÖREVİN GEREKTİRDİĞİ SUÇLARDAN SORUMLULUĞU

Gizli soruşturmacının ortama uyum sağlayabilmek için zaruri olan sahte kimlik yapmak, konut dokunulmazlığını ihlal etmek gibi suçlara görevin gerektirdiği suç adı verilmektedir.³⁷⁹

Bu açıdan soruşturmacının işleyebileceği suçların başında TCK md. 220’de düzenlenen örgüte üye olmak suçu gelmektedir. 139. maddenin açık düzenlemesi karşısında gizli soruşturmacının suç organizasyonuna katılmasının suç oluşturmamasını, kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmek mümkündür.³⁸⁰ Ayrıca gizli soruşturmacının kimliğinin de değiştirilebileceği ve kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda, gerekli belgelerin hazırlanabileceği ve değiştirilebileceği için, bu gibi durumlarda sahtecilik suçu oluşmaz. Burada da yine kanun emrini icra hukuka uygunluk nedeninin varlığını kabul etmek gerekir.³⁸¹

Gizli soruşturmacı hakkında örgüte üye olmak ve sahte kimlik düzenlemek ve kullanmak suçlarından başka, hukuka uygunluk nedeni öngörülmemişse de Öztürk, gizli soruşturmacının somut olayın özelliklerine göre bazı suçları işleyebileceğini savunmaktadır. Örneğin adam öldürme suçunun işlenmesine engel olacaksa ve kaçınma halinde suç organizasyonunun üyelerinin gizli soruşturmacıdan şüphelenmelerine yol açacaksa, gizli soruşturmacı mevsuf olmayan müessir fiil suçunu

³⁷⁹ ÖZTÜRK/ÖZBEK/ERDEM: Uygulamalı, 677

³⁸⁰ Erkan CANAK: 185; Aytekin GELERİ/Hakan İLERİ: Gizli Görevli ve Bilgi Kaynağı Kullanma, 249; ÖZTÜRK/ÖZBEK/ERDEM: Uygulamalı, 678; Aytekin GELERİ/Hakan İLERİ: Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, 187; Hakan İLERİ: 127

³⁸¹ CENTEL/ZAFER: 323

işleyebilmelidir.³⁸² Bunun yanında Özbek, memurlara görevleri sırasında ağır olmayan bazı suçların işlenmesi için izin verilmesi gerektiğini söylemektedir.³⁸³

Bu yazarların ortak noktası gizli soruşturmacıya çok da ağır olmayan konut dokunulmazlığını ihlal etmek, sahte kimlik yapmak, yasa dışı kumar, hafif müessir fiil gibi suçları işlemesine izin verilmesi gerektiğidir. Ancak unutulmamalıdır ki gizli soruşturmacı genelde örgütlü suçla mücadelede kullanılacaktır. Onun bu tarz ağır olmayan suçları işleyerek örgütün içine sızması ve orada kalması pek gerçekçi bir yaklaşım değildir.³⁸⁴

Buna karşılık gizli soruşturmacı örgütün amaç ve araç suçları bakımından fiili irtikap eden durumunda bulunamaz. Devletin, önlemek ve mücadele etmek zorunda olduğu örgütlü suçları, kendi görevlisi tarafından işletmesi asla kabul edilemez.³⁸⁵ Kendi hukuk normlarına bağlı olmayan bir devletin vatandaşlarından hukuk normlarına itaat etmesini beklemesi çelişkili bir durum olur.³⁸⁶ Gizli soruşturmacı bu suçlara azmettiren de olamaz. Yani örgüt üyelerinde herhangi bir suç işleme düşüncesi yokken onlara gizli soruşturmacı tarafından suç işleme kararı verdirilmesi halinde gizli soruşturmacı amacını aşan bir davranış içine girmiş demektir; böyle bir durumda diğer failerle birlikte kendisi de azmettirdiği suçun cezası ile cezalandırılır. Burada azmettirilen suçun daha önce örgüt veya çete gibi organizasyonlar tarafından defalarca işlenmiş bulunmasının önemi yoktur.³⁸⁷ İleride işlenecek suçları önlemek için suç işletmenin zabitanın görevinde sayılması mümkün değildir. Zabıta her araştırmayı yapabilir, fakat suç tertibine alet olamaz.³⁸⁸ Zabıta kuvvetlerinin asıl görevi, suçun işlenmesine engel olmak ve işlenmiş olan suçların failerini tespit etmektir. Bu

³⁸² Bahri ÖZTÜRK: Delil Yasakları, 86

³⁸³ Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 91

³⁸⁴ M. Ruhan ERDEM: 197

³⁸⁵ Bahri ÖZTÜRK: Delil Yasakları, 86

³⁸⁶ Vahit BIÇAK: "Usulsüz Ulaşılan Deliller, 255

³⁸⁷ Bahri ÖZTÜRK: Delil Yasakları, 95

³⁸⁸ Faruk EREM: Kışkırtıcı Ajan, 13

faaliyetlerinde zabitanın yaptığı işlemlerin insan haklarına ve hukuka aykırı olmaması gerekir.³⁸⁹ Aksi takdirde elde edilen deliller hukuka aykırı olacaktır ve hakim vereceği kararda bu delillere dayanamayacaktır.³⁹⁰ Bir görüş ise, polis memurlarının ileride işlenecek suçları işletmeye yönelik değil de, esasen işlenmekte olan bir suçu meydana çıkarmak amacıyla hareket edebileceğini savunmaktadır. Mesela kaçak eşya ihbarı halinde, bunun doğruluğunu araştırmak için alıcı gibi davranan bir polis memurunun sorumlu olmaması esastır.³⁹¹

Gizli soruşturmacının görevi “gerektiğinde örgüt içine de sızarak gözetlemek izlemek örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili diğer delil, iz, eser ve emareleri toplamaktır. O halde gizli soruşturmacı kullanılması sadece bu amaca ulaşmak bakımından kabul edilebilir.”³⁹²

Yukarıda anlatılanlardan çıkan sonuç şudur: gizli soruşturmacı açısından görevin gerektirdiği suç kavramı sadece “örgüte üye olmak” ve sahte kimlik düzenlemek açısından geçerlidir. Eğer somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni veya şahsi cezasızlık sebepleri bulunmaz ise ortam açısından gerekli olsa dahi, gizli soruşturmacı işlemiş olduğu suçlardan dolayı sorumlu olacaktır.

3.3. ÖRGÜTÜN İŞLEMEKTE OLDUĞU SUÇLARDAN SORUMLULUĞU

CMK md. 139/5 gizli soruşturmacının suç işleyemeyeceğini aynı zamanda örgüt tarafından işlenen suçlardan da sorumlu tutulamayacağını

³⁸⁹ Seydi Kaymaz: 242

³⁹⁰ “Polis ajanı olduğu sonradan anlaşılan sanık tarafından oraya konulduğu bildirilen pankartların delil olarak kabul edilmesi suretiyle hükümlülüğe karar verilmesi yasaya aykırıdır.” YCGK. 14.4.1973 tarihli kararı. Zikreden Faruk EREM: Onar Armağanı, 280

³⁹¹ Füsün SOKULLU-AKINCI: 93; Salama (M.), L’agente provocatore (Bologna, 1937), 79’dan naklen Faruk EREM: Kışkırtıcı Ajan, 11

³⁹² Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 93; Police Undercover Work, <http://faculty.ncwc.edu/toconnor/205/205lect08a.htm> 11.04.2005

belirtmiştir. Burada kanun koyucu gizli soruşturmacı açısından bir izin normu oluşturmayı amaçlamıştır.³⁹³ Yukarıda bahsetmiştik, gizli soruşturmacının örgüte girmesi TCK md. 220 gereğince başlı başına bir suçtur. Ancak bunun, kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeni ile suç olmayacağı belirtilmişti.

Diğer bakımdan örgütün işlemekte olduğu suçlar örgütün amaç ve araç suçlarıdır. Bir amaç etrafında (uyuşturucu ticareti, silah kaçakçılığı, göçmen kaçakçılığı, otomobil hırsızlığı vs.) birleşen örgüte katılan gizli soruşturmacının, amaç suçları ve bu amaçları gerçekleştirmek için işlenen araç suçları işleyebilip işleyemeyeceği bir sorundur. Zira bu suçlar da örgüt tarafından işlenen suçlardır. Özbek, kanun koyucunun örgütün işlemekte olduğu suçlardan kastının sadece örgüte üye olmak olduğunu ancak kanun koyucunun bunu iyi formüle edemediğini, bu yüzden de gizli soruşturmacının görevi esnasında işlediği suçlardan dolayı cezalandırılacağını savunmaktadır.³⁹⁴ Öztürk de gizli soruşturmacının ne amaç ne de araç suçlar bakımından doğrudan doğruya beraber işleyen durumunda olamayacağı gerekçesi ile aynı görüşü savunmaktadır.³⁹⁵ Bizce de gizli soruşturmacı örgüte üye olmaktan ve örgüt tarafından işlenen suçlara iştirak etmemişse bu suçlardan dolayı cezalandırılmayacaktır. Ancak bu suçlara bir iştiraki söz konusu ise, bu durumda da cezalandırılmaktan kurtulamayacaktır.

Başka bir sorun da gizli soruşturmacı örgüt tarafından işlenen suçları öğrendiği zaman ne yapacaktır? CMK md. 139, gizli soruşturmacının örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. TCK md. 279 ise görevi esnasında bir suçun işlendiğini öğrenen ancak bu suçu yetkili makamlara haber vermede geciken kamu görevlisini cezalandırmış; aynı maddenin ikinci fıkrasında ise bu suçun adli kolluk tarafından işlenmesi halinde suçun cezası artırılmıştır. Sadece gizli soruşturmacının huzurunda işlenen bir suçu gizli soruşturmacı, TCK md.

³⁹³ Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 108

³⁹⁴ Veli Özer ÖZBEK: CMK İzmir Şerhi, 625

³⁹⁵ ÖZTÜRK/ÖZBEK/ERDEM: 682

279 gereğince yetkili makamlara haber verirse, onun deşifre olması ve soruşturmanın sonuçsuz kalması kuvvetle muhtemeldir. Ancak gizli soruşturmacı böyle hareket etmez ise TCK md. 279'daki suçu işlemiş olacak mıdır? Burada ikili bir ayrıma gitmenin yararlı olduğu kanısındayız. Bilindiği gibi gizli soruşturmacının görevi örgüt hakkında bilgi toplayıp, topladığı bu bilgilerin soruşturma veya kovuşturmada kullanılması için yetkili makamlara ulaştırmaktır. İşte gizli soruşturmacı görevinin doğal bir uzantısı olarak bu bilgileri geciktirmişse yine hukuka uygunluk sebebinden yararlanacak ve cezalandırılmayacaktır. Ancak gizli soruşturmacı sırf örgüt içindeki bazı kimseleri korumak amacıyla elde ettiği delilleri yetkili makamlara ulaştırmıyorsa bu suçu işlemiş sayılacaktır.

3.4. GİZLİ SORUŞTURMACININ İŞLEMİŞ OLDUĞU SUÇLARDAN CEZALANDIRILMASINA ÇÖZÜM ARAYIŞLARI

3.4.1. Koğuşturma Mecburiyeti İlkesi Bakımından

Ceza muhakemesi hukukumuz açısından koğuşturma mecburiyeti ilkesi geçerlidir. Koğuşturma mecburiyeti, bir fiilin işlendiği haberinin alınması üzerine, bu fiilleri takibe yetkili makamlar tarafından derhal hazırlık soruşturmasına başlanmasını; bunun neticesinde, ceza veya emniyet tedbiri takibini 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 ilkedir.³⁹⁶ Eski CMUK md. 148/2, kanunda aksi hüküm olmadıkça savcının, ceza takibini gerektirecek konularda yeterli delil³⁹⁷ mevcut ise kamu davasını

³⁹⁶ Bahri ÖZTÜRK: Koğuşturma Mecburiyeti, 5

³⁹⁷ YÜCEL bu durumu “yeterli delil testi” ile açıklamaktadır. Yazara göre “bir suçun kimliği bilinen bir kişi tarafından işlendiği; kabul edilebilir, esaslı ve güvenilir delille

açması gerektiğini söyleyerek bu ilkeyi teyit etmişti. Bu maddeye karşılık gelen CMK md. 170/2'ye göre de eğer elde, suçun işlendiğine dair yeterli delil varsa savcı kamu davasını açmalıdır.

Gizli soruşturmacının işlemiş olduğu suçlardan dolayı savcı kamu davasını açmaz ise ne olur? Koğuşturma mecburiyetinin bir sonucu olarak savcının bu kararına karşı denetim yoluna gidilebilir. CMUK da bu kararı cumhuriyet başsavcısı³⁹⁸, vali³⁹⁹, adalet bakanı⁴⁰⁰, denetleyebilmekteydi (CMUK md. 148/2-3).⁴⁰¹

Bundan başka savcının, CMUK md. 164 gereğince yeterli delilin bulunmaması veya keyfiyetin takibe değer görülmemesi halinde⁴⁰² takibe yer olmadığı kararına karşı suçtan zarar gören olmak şartıyla, şikayetçi de,

desteklenmedikçe C. Savcılığınca kamu davası açılmamalıdır. Bu testin gerçekçi olması açısından mahkumiyet olasılığının beraatten fazla olması halinde dava açılması söz konusu olabilmelidir.” Mustafa Tören YÜCEL: “Kamu Davası Açılmasında Takdirilik İlkesi Japonya Modeli”, YD, C. 18, Ekim 1992, S.4, 483; Buna karşılık CİHAN/YENİSEY delilin son soruşturmada mahkeme açısından geçerli olan bir terim olduğunu bu yüzden “şüpheli sebebi” teriminin kullanılması gerektiğini savunmaktadır. Erol CİHAN/Feridun YENİSEY: Ceza Muhakemesi Hukuku, (İstanbul, 1998), 334; Aynı yönde Nurullah KUNTER/Feridun YENİSEY: 187

³⁹⁸ CMUK da başsavcılığın böyle bir yetkisinden açıkça bahsedilmemekteydi. Ancak başsavcı kendi teşkilatının görevine giren, bütün işlerde yetkilidir ve vermiş olduğu emirler bütün savcılar tarafından yerine getirilmelidir. Bu yüzden şartları olmasına rağmen kamu davasının açılmaması durumunda, davanın açılması için başsavcının emir vererek davanın açılmasını sağlaması yetkisi kabul edilmiştir. Bahri ÖZTÜRK: Koğuşturma Mecburiyeti, 152

³⁹⁹ Valiler de kamu davasının açılmasını kendi vilayetlerindeki Cumhuriyet savcılarından isteyebilirlerdi. Bunun üzerine Cumhuriyet savcıları keyfiyeti araştırır ve kamu davasının açılıp açılmayacağına karar verirlerdi. Görüldüğü gibi valilerin bu istekleri Cumhuriyet savcılarını bağlayıcı nitelikte değildi.

⁴⁰⁰ Eğer Cumhuriyet savcısı valinin isteğine rağmen davayı açmaz ve Cumhuriyet savcısının göstermiş olduğu sebepler yeterli bulunmaz ise vali, durumu adalet bakanlığına bildirir. Bakan kamu davasının açılması kanaatinde olursa, kamu davasının açılması için Cumhuriyet savcısına emir verir. Bu durumda artık Cumhuriyet savcısı kamu davasını açmak zorundadır.

⁴⁰¹ Yeni CMK da ise, idari denetim dediğimiz bu yollara yer verilmemiş olması, adil bir muhakeme yapmak açısından oldukça yerinde olmuştur.

⁴⁰² Bu hallerin neticesinde verilen takibe yer olmadığı kararını biraz sonra anlatacağımız maslahata uygunluk ilkesi ile karıştırmamak gerekir. Zira burada savcı soruşturma sonunda bir değerlendirme yapmakta ve toplanılan deliller makul şüpheye ulaşmaz ise takibe yer olmadığına karar vermekte; eğer deliller suçun işlendiği hususunda makul şüpheye ulaşmışsa savcı kamu davasını açmak zorundadır. Burada savcı kamu davası açmamanın toplum ve suçtan zarar gören açısından daha faydalı olup olmadığını takdir etmeye yetkili değildir. Bahri ÖZTÜRK: Koğuşturma Mecburiyeti, 201; Aynı yönde CİHAN/YENİSEY: 335

durumun kendisine tebliği edildiği tarihten itibaren on beş gün içinde itiraz edebilirdi (CMUK md. 165). İtiraz edilecek mercii, Cumhuriyet savcısının mensup olduğu ağır ceza işlerini gören mahkeme dairesine en yakın bulunan ağır ceza işlerini gören mahkeme başkanıdır. Başkan, olayı inceledikten sonra kamu davasının açılmasına karar verirse Cumhuriyet savcısı davayı açmak zorundadır. Talebin ret edilmesi halinde kamu davası ancak, yeni vakıalara ve yeni delillere dayanılarak açılabilirdi.⁴⁰³ CMK md. 173'te, ufak değişikliklerle aynı hususu öngörmüştür. Tekrardan kaçınmak amacıyla ilgili maddeye atıf yapmakla yetiniyoruz.

Görüldüğü gibi koğuşturma mecburiyetinin söz konusu olduğu durumlarda, gizli soruşturmacının işlemiş olduğu suçlardan dolayı savcının kamu davasını açmama ihtimali yoktur. Savcı kamu davasını açmayacak bile olsa, öngörülen denetim yolları sayesinde kamu davasının açılacağı kesindir.

3.4.2. Maslahata Uygunluk İlkesi Bakımından

Ceza muhakemesi hukukumuzda kural olarak koğuşturma mecburiyeti ilkesinin geçerli olduğu söylenmişti. İstisnaların olduğu durumlarda ise “maslahata uygunluk ilkesi” geçerlidir.

Ceza ve emniyet tedbirini gerektiren bir fiilin haberinin alınması üzerine, bu fiili takibe yetkili makam hazırlık soruşturmasına başlayıp başlanamakta; hazırlık soruşturmasının neticesinde ceza ve emniyet tedbiri takibini gerektirecek hususlarda yeterli emareler teşkil edecek vakıalar bulunduğu tespit edilmesi durumunda yetkili makamın kamu davasını açıp açmamakta ve nihayet savcının kamu davasını muhakeme

⁴⁰³ Mahkemenin vermiş olduğu bu kararlar kesindir. Ancak CMUK 343 gereğince bu kararlara karşı Adalet Bakanının Yazılı emir yoluna gidebileceği savunulmaktadır. ÖZTÜRK/ÖZBEK/ERDEM: Uygulamalı, 272

sonuçlanıncaya kadar yürütüp yürütmemekte takdir yetkisinin bulunduğu ilkeye maslahata uygunluk ilkesi denir.⁴⁰⁴

CMUK' ta da yeterli delilin bulunduğu halde savcının kamu davasını açmayabileceği haller düzenlenmişti.⁴⁰⁵ Bu haller, yeni bir suçtan dolayı yapılacak takibatın etkisiz olması (CMUK md. 149), kamu yararı bulunmaması (CMUK md. 346)⁴⁰⁶⁻⁴⁰⁷, denetim muhakemesi davasıdır (CMUK md. 289, 295, 333).

CMK da maslahata uygunluk ilkesinin uygulanacağı hallere yer vermiştir. Ancak CMK CMUK'taki düzenlemelerden oldukça farklı bir yol izlemiştir. Bu ilkeyi düzenleyen CMK md. 171'e göre savcı, şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığı halinde kamu davasını açmayabilecektir. Bu kısa açıklamadan sonra CMK md. 171'in gizli soruşturmacı açısından değerlendirilmesine geçilebilir.

3.4.3. CMK md. 171'in Gizli Soruşturmacı Açısından Değerlendirilmesi

Yukarıda belirttiğimiz gibi CMK md. 171 maslahata uygunluk ilkesinin uygulanması açısından iki husus öngörmüştür. Bunlar 1- şahsi cezasızlık sebeplerinin bulunması 2- etkin pişmanlık halleridir.

⁴⁰⁴ Bahri ÖZTÜRK: Koşuşturma Mecburiyeti, 197; Bahri ÖZTÜRK/Mustafa Ruhan ERDEM Ceza Muhakemesi, 184

⁴⁰⁵ Cumhuriyet ŞAHİN: Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, (Ankara, 2005), 524

⁴⁰⁶ Öztürk bir olayda kamu yararının olup olmadığının tespiti için iki kriterin olduğunu belirtmektedir. 1-sayısal üstünlük 2- ihlal edilen yararın niteliksel üstünlüğü. Yazar ayrıca kamu yararının her somut olayda o olayın özelliği dikkate alınarak tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedir. ÖZTÜRK/ÖZBEK/ERDEM: Uygulamalı, 276; bu kavram için ayrıca bkz. Bahri ÖZTÜRK: Koşuşturma Mecburiyeti, 208 vd.

⁴⁰⁷ CMUK 346. maddeye göre savcı, şahsi dava açılabilen suçlardan dolayı (CMUK 344) kamu davasını ancak kamu yararı bulunması halinde açmaktaydı. CMK da ise şahsi dava düzenlenmemiştir. CMUK 344. maddede sayılan suçlardan dolayı artık maslahata uygunluk değil koşuşturma mecburiyeti ilkesi geçerlidir.

3.4.3.1. Şahsi Cezasızlık Sebeplerinin Bulunması

TCK'da çeşitli maddelerde şahsi cezasızlık sebepleri düzenlenmiştir. Bunlardan ilki TCK md. 22/6'da yer almaktadır. Maddeye göre “taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez” demektir. Hükümde “ve” bağlacı kullanıldığı için kişisel durumun yanında ailevi durumun da aranması gerekir.⁴⁰⁸ Bu hükmün gizli soruşturmacının görev suçlarından dolayı cezalandırılmasına genel bir cezasızlık sebebi oluşturmadığı açıktır. Ancak somut olayda gizli soruşturmacının başına böyle bir durum geldiğinde gizli soruşturmacı da bu hükümden yararlanacaktır.

Diğer cezasızlık sebepleri ise şunlardır,

- Yağma suçları hariç olmak üzere, malvarlığına karşı suçların bazı kimselerin zararına işlenmesi (TCK md. 167/1)
- Yalan tanıklık suçu (TCK md. 273/1)
- Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu (TCK md. 281)
- Suçluyu kayırma suçu (TCK md. 283/3)
- Tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme suçu (TCK md. 284/4)

Bu gibi durumlarda şahsi cezasızlık sebepleri mevcuttur ve savcı kamu davasını açma konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenen bu hükümler, fail ile mağdur arasındaki akrabalık ilişkisinden, ya da belli dereceye kadar olan akrabaların cezalandırılmasını engellemek amacıyla işlenen suçları cezalandırmamak için kabul edilmiştir. Bu yüzden bu hükümlerin görevin gerektirdiği suçlarla bağdaşmadığı görüşündeyiz.

⁴⁰⁸ Veli Özer ÖZBEK: TCK İzmir Şerhi, 275

3.4.3.2. Etkin Pişmanlık Halleri

3.4.3.2.1. Genel Olarak

Burada anlatılacak olan etkin pişmanlık halleri ile TCK md. 36'da düzenlenen "gönüllü vazgeçme" kurumunu karıştırmamak gerekir. Gönüllü vazgeçme, failin suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçmesi veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi halidir (TCK md. 36). TCK sisteminde ise etkin pişmanlık, sadece suç tamamlandıktan sonra belli suçlar bağlamında cezayı kaldırır veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak kabul edilmiştir.⁴⁰⁹

TCK da etkin pişmanlık hükümleri şunlardır:

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

⁴⁰⁹ İzzet ÖZGENÇ: TCK Gazi Şerhi, 489; Cumhur ŞAHİN: CMK Gazi Şerhi, 524; ÖZTÜRK/ERDEM: 185

Bu durumların varlığı halinde savcı yine kamu davasını açıp açmamakta takdir yetkisine sahiptir. Ancak bu takdir yetkisi etkin pişmanlığın kabul edildiği her durum için geçerli değildir. Etkin pişmanlık bir cezasızlık hali olarak değil de sadece bir indirim sebebi olarak öngörülmüşse, dava açılması zorunludur.⁴¹⁰

TCK' da düzenlenen etkin pişmanlık hallerine baktığımızda bunların birçoğunda suçu işleyen fail, hakkında bir işlem yapılmadan önce ya suçunu itiraf etmekte ya da mağdurun zararını karşılamakta ya da örgüt hakkında bilgi vererek örgütün çökertilmesine katkıda bulunmakta ya da suç ortaklarının yakalanmasına yardımcı olmaktadır. Kanaatimizce gizli soruşturmacının bu hükümlerden yararlanmaması için bir engel yoktur. Örneğin, gizli soruşturmacıya örgüt tarafından bir mağazanın soyulması için emir verilse ve gizli soruşturmacı bu emri yerine getirirse ancak, hırsızlık yapacağını soruşturma makamlarına bildirirse ve gizli soruşturmacının vermiş olduğu zararın karşılığı mağdura ödense, gizli soruşturmacı bu durumda etkin pişmanlık halinden yararlanacaktır. Bu tarz bir yaklaşımın gizli soruşturmacı kurumunun konuluş amacı ile bağdaşmadığı düşünülebilir. Ancak gizli soruşturmacı örgüt tarafından verilen emri yerine getirmediğinde hayati tehlikeyle karşılaşacak ayrıca, soruşturmanın da sonuçsuz kalma tehlikesi doğacaktır. Bu yüzden görevi sebebiyle işlemiş olması şartıyla, gizli soruşturmacının uygun olan etkin pişmanlık hükümlerinden yararlandırılması görüşündeyiz. Savcının bu durumda kullandığı takdir yetkisine karşı itiraz yolunun olmaması (CMK 173/5) ayrıca, CMK da şahsi dava yolunun da kabul edilmemesi nedeniyle, suçtan zarar görenin şahsi dava açma imkânı olmadığı için, gizli görevlinin maddede sayılan suçlardan dolayı cezalandırılmaması ihtimalinin oldukça yüksek olduğu kanısındayız.

⁴¹⁰ Cumhuriyet ŞAHİN: CMK Gazi Şerhi, 524

Konumuzla ilgili olduğu için TCK 221. maddede düzenlenen etkin pişmanlık halinin, gizli soruşturmacıya uygulanabilip uygulanamayacağına ayrıca değerlendirme gereği duyulmuştur.

3.4.3.2.2. TCK 221. Maddedeki Etkin Pişmanlık Halleri

3.4.3.2.2.1. Herhangi bir Suçun İşlenmesinden Önce

TCK md. 221'e göre örgüt kurma suçu nedeniyle bir soruşturmaya başlanmadan ve örgütün amacı doğrultusunda suç işlenmeden önce örgütü dağıtan veya verdiği bilgilerle örgütün dağılmasını sağlayan kurucu ve yöneticilere; örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenilen suçlara iştirak etmeksizin gönüllü olarak örgütten ayrılan ve bunu ilgili makamlara bildiren örgüt üyesine; örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenilen suçlara iştirak etmeden yakalanan ve pişmanlık duyarak örgütün dağılmasına veya örgütün mensuplarının yakalanmasına elverişli bilgi veren örgüt üyeleri hakkında cezaya hükmolunmayacağı belirtilmektedir (TCK 221/1–2–3).

Bu durumlardan gizli soruşturmacıyı yararlandırmaya çalışmaya gerek yoktur. Zira daha önce de belirtilmişti, CMK md. 139'a göre gizli soruşturmacı örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu değildir. Maddede ise örgüt tarafından bir suçun işlenmemesi veya üyenin işlenilen suçlara iştirak etmemiş olması bir ön şarttır. Burada gizli soruşturmacı açısından zaten bir hukuka uygunluk nedeni mevcut olduğu için gizli soruşturmacı pişmanlık hükmü nedeniyle değil, hukuka uygunluk nedeninin varlığı nedeniyle ceza almaz.

3.4.3.2.2.2. Örgütün Faaliyeti Çerçevesinde Bir Suç İşlendikten Sonra

Örgütün faaliyeti çerçevesinde bir suç işlendikten sonra örgüt kurucu, yönetici, üye, üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen veya örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kimseler, gönüllü olarak teslim olup bu

suçlarla ilgili bilgi vermesi halinde, bu kimseler hakkında örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçundan dolayı ceza verilmez (TCK md. 221/4).

Bu maddeden çıkan sonuç, bu kimselere örgüt suçundan dolayı ceza verilmeyeceği ancak, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen araç suçlar bakımından eğer hukuka uygunluk nedenleri, şahsi cezasızlık sebepleri veya etkin pişmanlık halleri mevcut değilse cezaya hükmolunacağıdır.

Duruma gizli soruşturmacı açısından baktığımızda gizli soruşturmacı zaten örgüte üye olmak suçundan dolayı cezalandırılmaz. Bunun yanında gizli soruşturmacının araç suçlara iştiraki de yasaktır. 221. madde ise örgüt suçundan başka suçlar için özel bir etkin pişmanlık hali düzenlemediği için, gizli soruşturmacının yukarıda belirttiğimiz etkin pişmanlık kapsamına giren suçları işlemiş olması halinde bu hükümlerden yararlanabileceği; bu kapsam dışında kalan suçları işlemesi halinde cezalandırılmaktan kurtulamayacağı görüşündeyiz.

3.4.4. Kamu Davasının Ertelenmesi Hükümlerinin Uygulanabilirliği

3.4.4.1. Genel Olarak

Erteleme, işlenen 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 neticesini doğuran hukuki bir müessesedir.⁴¹¹ Centel ise ertelemeyi “hüküm

⁴¹¹ Sulhi DÖNMEZER/Sahir ERMAN: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 3, (İstanbul, 1997), 11; Mehmet Emin ARTUK/ A. Caner YENİDÜNYA: “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Erteleme Müessesesi”, Prof. Dr. Sahir ERMAN’a Armağan, (İstanbul, 1999), 55; Timur DEMİRBAŞ: Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara, 2005), 571; Doğan GEDİK: “Karşılaştırmalı Hukukta ve 1999 Tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısında Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kurumu” http://www.turkhukuk sitesi.com/hukukforum/art_showarticle.php?s=206d6a41d39bb0dd9fd22cb6946170a9&id=77 01.02.2006

verildikten sonra cezanın ektirilmesinden koşullu olarak vazgeçilmesi” olarak tanımladıktan sonra verdiği örneklerde, biraz sonra bahsedilecek olan kamu davasının ertelenmesini de zikretmiştir.⁴¹² Buradan sanki kamu davasının ertelenmesi için de fail hakkında hüküm verilmesi gerektiği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Ancak böyle bir sonuca varılması kamu davasının ertelenmesi için yanlış olur.

Yukarıdaki tanıma bakıldığında kamu davasının açılmasının ertelenmesi, duruşmanın ertelenmesi, hükmün ertelenmesi, cezanın ertelenmesi şeklinde dört çeşit ertelemenin olduğu görülür. Çalışmamızda sadece, maslahata uygunluk ilkesinin bir uzantısı olan kamu davasının ertelenmesinin, gizli soruşturmacının işlediği suçlarda uygulanabilirliği inceleme konusu yapılacaktır.

Kamu davasının ertelenmesi, suç işlemiş bulunan fail hakkında, kişiliği ve işlenen suçun önemi nazara alınmak suretiyle hakkındaki kamu davasının açılmasından bazı şartlarla ve belirli bir süre iyi hal sahibi olması halinde vazgeçilmesine denir.⁴¹³ Bu kurum daha önce kısıtlı da olsa hukukumuzda uygulama alanı bulmuştur. Örneğin 765 sayılı TCK’nın 423/2⁴¹⁴ ve 434.⁴¹⁵ maddelerinde, 4454 sayılı “Basın ve Basın Yoluyla Işlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun”⁴¹⁶, 4616 sayılı “23 Nisan 1999

⁴¹² CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: 674

⁴¹³ Doğan GEDİK: Kamu Davasının Ertelenmesi

⁴¹⁴ 765 sayılı TCK madde 423/2: Evlenme vukuu halinde dava ve ceza tecil olunur...

⁴¹⁵ 765 sayılı TCK madde 434: Kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkmlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku amme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesi tecil olunur.

⁴¹⁶ Bu Kanun Anayasa Mahkemesinin 19.09.2000 tarih ve E. 1999/39, K. 2000/23 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Bu kanun ve 4616 sayılı kanunların eleştirileri için bkz. İzzet ÖZGENÇ: “Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme (28.8.1999 tarih ve 4454 sayılı Basın ve Basın Yoluyla Işlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun Hakkında Değerlendirme)”,Anayasa Yargısı, C. 18, 2001, 99 vd.; Uğur ALACAKAPTAN: “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar Işlenilen Suçlardan Dolayı şartla Salıvermeye Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanuna Genel Bir Bakış”, AY, C. 18, 2001, 379 vd.; Timur DEMİRBAş: “Af Tartışmaları ve 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar Işlenilen Suçlardan Dolayı şartla Salıvermeye Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun”, AY, C. 18, 2001, 78 vd.; Sibel İNCEOğLU: “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı erevesinde Af şartla Salıverme Dava ve Cezaların Ertelenmesi”,AY, C. 18, 2001, 41 vd. ; Türkan Yalçın SANCAR: “23

Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun” da kamu davasının ertelenmesine ilişkin hükümler bulunmaktaydı. 5353 sayılı Kanuna İlişkin teklifin 28. maddesinde 5271 sayılı kanunun 171. maddesine “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” ile ilgili fıkraların ekleneceği belirtilmişti.⁴¹⁷ Bu teklif Adalet alt komisyonu tarafından çıkarılmıştır. Ancak 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 19. maddesinde bu kuruma yer verilmiştir.

Teklif e göre savcının kamu davasını erteleyebilmesinin ilk şartı işlenen suçun cezasının ya adli para cezası olması ya da bir yıla kadar hapis cezası olması gerekmektedir. Bu bir yıllık ceza somut olayda faile verilecek ceza değil, soyut kanunda yazılı olan cezadır. Hükmün ertelenmesi müessesesine yöneltlen “sistemin belli bir süre için davayı sürüncemede bırakmak suretiyle delillerin kaybolması tehlikesi ortaya çıkar” eleştirisi, kamu davasının ertelenmesi açısından da söylenebilir. Ancak, Cumhuriyet savcısı şüpheli

Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun’un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları”, AY, C.18, 2001, 149 vd. ; M. Ruhan ERDEM: Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bakış”, AY, C. 18, 2001, 17 vd. ; Adem SÖZÜER: “Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu”, AY, C. 18, 2001, 219 vd.

- ⁴¹⁷ Madde 28- 5271 sayılı Kanunun 171. maddesine aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.
- (2) Bir yıla kadar (bir yıl dâhil) hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiren suçlarda, Cumhuriyet savcısı tarafından deliller toplandıktan sonra, şüpheli sanık hakkında açılacak kamu davası;
- a) Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması,
- b) Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi,
- c) Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması
- d) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi, Koşullarının birlikte gerçekleşmesi halinde, üç yıl süreyle ertelenebilir.
- (3) Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir; bu süre işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyeti halinde ise, kamu davası açılır. Erteleme süresi içinde zamanaşımı işlemez.
- (4) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.”

hakkında kamu davası açmaya yetecek delilleri topladıktan sonra erteleme kararı vereceği için böyle bir tehlikenin olmadığı kanısındayız. Üstelik her davada ve davanın her safhasında delillerin kaybolması tehlikesi vardır.⁴¹⁸

Diğer bir şart ise şüphelinin daha önceden kasıtlı bir suçtan dolayı mahkûm olmamış olması gerekir. Eğer şüpheli taksirli bir fiilden mahkûm olmuş olsa bu, ertelemeye engel olmayacaktır. Buna karşın daha önce alınan ceza, tekerrüre esas teşkil etmeyecek derecede eski olsa bile, ertelemeye engel oluşturacaktır.⁴¹⁹

Savcıda şüphelinin suç işlemeyeceği kanaati varsa; kamu davasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması ve nihayet gerek kamunun gerekse de suçun mağdurunun uğradığı zararın karşılanması halinde savcı kamu davasını üç yıl süreyle erteleyebilir. Bu sürenin sonuna kadar şüpheli tarafından kasıtlı bir suç işlenmez ise savcı kovuşturmaya yer olmadığına karar verir.

3.4.4.2. Kamu Davasının Ertelenmesinin Gizli Soruşturmacı Tarafından İşlenen Suçlara Uygulanabilirliği

Kanun teklifi, kamu davasının ertelenmesinin adli para cezasını ve bir yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlarda uygulanabileceğini öngörmekteydi. Örgüt tarafından gerçekleştirilen bir hırsızlık suçunda gizli soruşturmacı yardım eden olarak bulunabilir. Böyle bir durumda gizli soruşturmacıya verilecek ceza belirtilen sınırın altında olacağı için, gizli soruşturmacı hakkında kamu davasının ertelenmesine karar verilebilir.

⁴¹⁸ Mehmet Emin ARTUK/A.Caner YENİDÜNYA: Erteleme Müessesesi, 77

⁴¹⁹ "...tecilden istifade için, mahkûmiyetin bulunmaması veya bu mahkûmiyetin hukuki neticeleriyle birlikte ortadan kalkmış olması iktiza ettiğine ve asıl ihtilaf mevzuunu teşkil eden meselede olduğu gibi, mahkûmiyetin tekerrüre esas teşkil etmeyecek derecede eski olması, o mahkûmiyeti ortadan kaldıracak hukuki sebeplerden olmadığından, böyle bir vaziyette Ceza kanununun 89'uncu maddesi gereğince cezanın tecil olunamayacağına... ekseriyetle karar verildi. (YİBK. 10.12.1952 E. 1950/7, K. 1952/3)" Timur DEMİRBAŞ: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 576

Erteleme konusunda verilen karar failin kişiliği ile ilgili olduğu için; suçun suç ortaklığı halinde işlenmiş olması durumunda, suç ortaklarından birinin cezasının ertelenmesi, diğerlerinin cezasının ertelenmesini gerektirmemektedir.⁴²⁰ Bu yüzden gizli soruşturmacı ile birlikte suça iştirak eden üyeler, gizli soruşturmacı hakkındaki kamu davasının ertelenmesine rağmen, yargılanabileceklerdir.

Gizli soruşturmacı hakkında yapılacak yargılamada, duruşmaların aleni olması ilkesi gereği, gizli soruşturmacının gerçek kimliğinin ortaya çıkması tehlikesi vardır. Bu yüzden “Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması” şartının gizli soruşturmacı açısından gerçekleştiği kabul edilebilir.

Şurasını da belirtelim ki, ertelemeye suç mağdurunun razı olması veya olmaması savcının takdir hakkını engellemeyecektir. CMK md. 173/5 gereğince de Cumhuriyet savcısının kamu davasını takdiri nedenden dolayı açmama kararına karşı itiraz da mümkün olmadığı için gizli soruşturmacının erteleme kapsamına giren suçları işlediği takdirde hakkında bir soruşturmanın yapılmayacağının ihtimalinin yüksek olduğu söylenebilir.

Görüldüğü gibi “kamu davasının ertelenmesi” kurumunun kısmen de olsa, gizli soruşturmacı tarafından işlenilen suçlara bir çözüm yolu olduğunu söyleyebiliriz. Bu yüzden hem gizli soruşturmacıya uygulanabilirliği, hem de çok ağır hak ihlalleri içermeyen suçların mahkeme önüne getirilerek fazla iş yükü teşkil etmesinin önlenmesi için, bu kurumun Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yerini alması gerekmektedir.

⁴²⁰ Kayıhan İÇEL/Füsun SOKULLU AKINCI/İzzet ÖZGENÇ/Adem SÖZÜER/Fatih S. Mahmutoglu/Yener ÜNVER: İcel Yaptırım Teorisi, 3. kitap, (İstanbul, 2000), 402

3.4.5. Şikâyet Şartı

Soruşturması ve kovuşturması şikâyete bağlı bir fiilden dolayı, şikâyete yetkili kişinin, süresi içinde yazılı olarak, yetkili makamlardan, bu fiil hakkında kovuşturma yapılmasını istemesine şikâyet denir.⁴²¹ Şikâyet suçtan zarar görenin ceza soruşturması yapılmasında sakınca görmediğini ve failin cezalandırılmasını istediğini belirtmesidir.⁴²²

Takibi şikâyete bağlı suçlardan dolayı dava açılabilmesi, bu fiilden zarar görenin şikâyetine bağlı olduğu için şikâyet bir dava şartıdır.⁴²³ Bu şart yerine geldiğinde, eğer ortada yeterli delil varsa savcı kamu davasını açmak zorundadır. Bu bakımdan şikâyet, maslahata uygunluk ilkesine değil koğuşturma mecburiyeti ilkesine ait bir kurumdur.⁴²⁴

Şikâyetin diğer bir özelliği şikâyetin faile değil esasında fiile yönelik olmasıdır. Bunun sonucu olarak, failin birden fazla olması durumunda, bunlardan biri hakkında şikâyet yapılıncaya, hepsi hakkında da şikâyet yapılmış sayılacaktır. Buna “şikâyetin yayılma etkisi” denmektedir.⁴²⁵

Görüldüğü gibi takibi şikâyete bağlı suçlarda şikâyet hakkı bulunan kimsenin şikâyetinde bulunmasına kadar soruşturma makamları harekete geçmemektedir. Bu yüzden şikâyetin görevin gerektirdiği suçlar bakımından sonuç doğurmaya elverişli olduğu gibi bir izlenim uyanmaktadır.⁴²⁶ Ancak hukukumuzda takibi şikâyete bağlı suçların sayısı pek fazla değildir. Bu fiillerden dolayı failin cezalandırılabilme olanağının ortadan kalkması yine

⁴²¹ ÖZTÜRK/ERDEM: 81

⁴²² CENTEL/ZAFER: 459; KUNTER/YENİSEY: 80

⁴²³ ÖZTÜRK/ERDEM: 81

⁴²⁴ Veli Özer ÖZBEK: “Organize Suçlulukla, 267

⁴²⁵ ÖZTÜRK/ERDEM: 83; Centel ise bu ilkeyi “şikâyetin sirayeti” olarak adlandırmaktadır. CENTEL/ZAFER: 460

⁴²⁶ Veli Özer ÖZBEK: “Organize Suçlulukla, 267

şikâyet hakkına sahip olana aittir.⁴²⁷ Ayrıca şikâyetten vazgeçmede de yayılma etki geçerli olduğu için bir fail hakkında şikâyetten vazgeçilmesinden diğer failer de yararlanacaktır. Örneğin gizli soruşturmacının iştirak halinde şikâyete bağlı bir suç işlemesinden sonra, şikâyet hakkı sahibi sadece gizli soruşturmacı hakkında şikâyetten vazgeçemez. Bu vazgeçmeden diğer örgüt mensupları da yararlanır. Görüldüğü gibi gizli soruşturmacı hakkında şikâyet kurumundan yararlanmak ihtiyaca cevap verir nitelikte değildir.

3.4.6. Cezayı Kaldıran Nedenlerin Uygulanabilirliği

3.4.6.1. Kanun Hükmünü İcra

Kanunun, belli durumda bulunan kimselere belirli bir şekilde hareket etmeleri konusunda doğrudan doğruya yetki vermesine kanun hükmünü icra denir.⁴²⁸ Böyle bir cezayı kaldıran nedenin kabul edilmesinin nedeni, kişilere bir yandan kanunla bir takım görevlerin verilmesi, diğer taraftan da bunun gereklerini yerine getirenlerin cezalandırılmasının düşünülemeyeceğidir.

Kanun deyiminden sadece Ceza Kanununu ve diğer kanunları değil; tüzük, yönetmelik gibi diğer yazılı hukuk normlarının da anlamak gerekir.⁴²⁹ Bu yüzden sırf dini veya ahlak kuralları bu kapsamda değerlendirilemez.⁴³⁰

Bazı durumlarda kanun hükümleri belirli şekilde davranmak konusunda sadece belirli kimseleri görevli ve yetkili kılar. Bu gibi durumlarda

⁴²⁷ Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 268

⁴²⁸ Mehmet Emin ARTUK/Ahmet GÖKÇEN/Caner YENİDÜNYA: Ceza Hukuku Genel Hükümler, cilt 1, (Ankara, 2002), 507

⁴²⁹ Hakan HAKERİ: Ceza Hukuku, 134; İzzet ÖZGENÇ: TCK Gazi Şerhi, 343; Doğan SOYASLAN: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 369; Veli Özer ÖZBEK: TCK İzmir Şerhi, 308; DÖNMEZER/ERMAN: Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 2, 84; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: 300; Kayıhan İÇEL/İzzet ÖZGENÇ/Adem SÖZÜER/Fatih S. MAHMUTOĞLU/Yener ÜNVER: Suç Teorisi, İkinci Kitap, (İstanbul, 1999), 126; Timur DEMİRBAŞ: 250; Faruk EREM/Ahmet DANIŞMAN/Mehmet Emin ARTUK: Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Ankara, 1997), 555; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA: Genel Hükümler, 509

⁴³⁰ DÖNMEZER/ERMAN: Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 2, 83

sadece bu kimseler açısından bir cezayı kaldıran sebep söz konusudur. Diğer kimseler açısından böyle bir şey söz konusu değildir.⁴³¹ Bu bakımdan sadece kamu görevlilerinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmesi halinde örgüt üyeliği açısından cezayı kaldıran nedenlerin varlığından bahsedilebilir.

Gerek 4422 sayılı kanun gerekse de CMK bir kamu görevlisinin gizli soruşturmacı olarak suç örgütü içine sızmasını suç olmaktan çıkarmıştır. Ayrıca her iki kanun da gizli soruşturmacının herhangi bir suçu işleyemeyeceğini açıkça düzenlemiştir. Kanun hükmünü icranın bir cezayı kaldıran neden olarak kabul edilebilmesi için, hareketin kanunla öngörülmüş olan yetki sınırı içinde yapılması gerekeceği için⁴³², gizli soruşturmacı, görevin gerektirdiği suçları işlemesi halinde “kanun hükmünü icra” sebebinden yararlanamaz.

Doktrinde Özbek tedbirin zorunlu sonucu olarak gizli soruşturmacı emrinde yazılı olmak kaydıyla soruşturmacının eve girebileceğini ve telefonları dinleyebileceğini savunmaktadır.⁴³³ Gizli soruşturmacının yapacağı bu tarz hareketler bireysel haklara ağır bir müdahale oluşturduğu için bu tedbirlere ancak kanunda açık bir düzenleme mevcut ise başvurulabilir. İletişimin nasıl dinleneceği kanunda açıkça düzenlenmiştir ve kural olarak hâkim kararı gereklidir. Bu hususun gizli soruşturmacı emrinde yazılı olması halinde, buna da kural olarak hâkim karar verecektir. Bu bakımdan sanık açısından yeterli hukuki güvence sağlandığı için gizli soruşturmacı telefonları dinleme yetkisine sahiptir. Ancak Alman Ceza Muhakemesi Kanununun aksine CMK da gizli soruşturmacının konuta girmesi hususu açıkça düzenlenmediği için gizli soruşturmacının konuta giremeyeceği kanaatindeyiz.

⁴³¹ DÖNMEZER/ERMAN: Nazari Ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 2, 84; Hakan HAKERİ: Ceza Hukuku, 134

⁴³² Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 197; İzzet ÖZGENÇ: TCK Gazi Şerhi, 344

⁴³³ Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 198; aynı yönde Ali ŞAFAK: 136

3.4.6.2. Emrin İfası

TCK md. 24/2 ye göre “ yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.” Bu hüküm neticesinde ancak emrin meşru olması halinde emri alan ve emri veren sorumsuz olur. Emir hem şekli anlamda hem de maddi anlamda meşru olmalıdır.⁴³⁴

Şekli anlamda meşruiyet, emri verenin yetkili olması, emri alanın bunu yerine getirmeye yetkili ve görevli olması, kanunun öngördüğü şekil şartlarını taşıması gerekir.⁴³⁵

Maddi anlamda meşruiyette ise, emrin içerik olarak kanunun göstermiş olduğu şartlara uyması gerekir.⁴³⁶ Ayrıca hukuka uygun bir emirden bahsedebilmek için bu emrin kamu hukukuna hâkim olan hiyerarşi çerçevesinde verilmesi gerekir.⁴³⁷

Anayasa md. 137’ye göre “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 emri yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde emri yerine getiren sorumlu olmaz.”⁴³⁸

⁴³⁴ Veli Özer ÖZBEK: TCK İzmir Şerhi, 310

⁴³⁵ Veli Özer ÖZBEK: TCK İzmir Şerhi, 310

⁴³⁶ Veli Özer ÖZBEK: TCK İzmir Şerhi, 310

⁴³⁷ İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER: Suç Teorisi, 131; Hakan HAKERİ: Ceza Hukuku, 215; Timur DEMİRBAŞ: 252; Doğan SOYASLAN: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 369; EREM/DANIŞMAN/ARTUK: Genel Hükümler, 558; DÖNMEZER/ERMAN: 85

⁴³⁸ Bu düzenlemeye paralel bir düzenleme PVSK md. 2/2 de ve DMK md. 11/2 de yer almaktadır.

Bazı durumlarda emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellenmesi halinde bu emrin yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur (TCK md. 24/4). Bu gibi durumlarda ast emrin öz itibarıyla hukuka uygunluğunu araştıramaz, ancak şekil açısından hukuka uygunluğunu araştırmak zorundadır.⁴³⁹ Örneğin PVSK md. 2/B de I den XIII e kadar sayılan durumlarda yetkili amir tarafından verilen sözlü emirlerin derhal yerine getirileceği; Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmetleri Kanunu md. 14/1'e göre asker kişilerin amirlerinin verdikleri emirlere mutlak olarak, üstlerinin verdikleri emirlere ise yasalarda gösterilen hallerde mutlak olarak uymaları gerekir.

Eğer emrin konusu suç teşkil ediyorsa, Anayasa md. 137/2 ve TCK md. 24/ 3'e göre bu emir hiçbir şekilde yerine getirilemez. Yoksa emri yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz. Konusu suç olan emir bakımından emri yerine getirenin memur, polis veya asker olması arasında fark yoktur.⁴⁴⁰

Anayasa md. 137/3 gereğince “acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.” Yani gizli soruşturmacıya kamu düzeni ve güvenliğinin korunması için gerekli ise suç işlemesine izin verilebilecektir.⁴⁴¹ Örneğin gizli soruşturmacının konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işleyebilmesi, uyuşturucu örgütünü ortaya çıkarmak amacıyla uyuşturucu nakli yapması, hafif müessir fiilleri işlemesine izin verilmesi halleri anayasaya aykırılık teşkil etmeyecektir. Ancak Anayasa md. 137 gereğince böyle bir yetkilendirmenin kanunla yapılması gerekmektedir. Gizli soruşturmacı kurumunu düzenleyen CMK 139. maddede ise suç işleyemeyeceği açıkça yazdığı için “emrin ifası” gizli soruşturmacının, işleyeceği suçlardan dolayı cezalandırılmamasına çözüm olmaz.⁴⁴²

⁴³⁹ DÖNMEZER/ERMAN: 89

⁴⁴⁰ İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER: Suç Teorisi, 135; Hakan HAKERİ: Ceza Hukuku, 217

⁴⁴¹ Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 201

⁴⁴² Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 201

3.4.6.3. Zorunluluk Hali

Tehlikeye göğüs germe mecburiyeti olmayan bir kimsenin, kendisine veya bir başkasına ait hakka yönelen ancak kendisinin bilerek sebebiyet vermediği ağır ve mevcut bir tehlikeyi, o tehlike ile orantılı bir biçimde defetmek için suç işlemesine zorunluluk hali denir.

765 sayılı TCK md. 49/2'ye göre sadece nefse ve ırza yönelik olan bir tehlike şartı arandığı için, devlet ve kamunun hukuki menfaatlerine yönelik tehlikelerde zorunluluk halinin söz konusu olmayacağı kabul edilmekteydi.⁴⁴³ TCK md. 25/2'ye göre ise kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelik tehlike olması gerektiği için artık devlet veya kamuya ilişkin menfaatlerde de zorunluluk hali söz konusu olabilir.

Zorunluluk halinden bahsedebilmek için ortada bir tehlikenin varlığı gerekir. Bu tehlike aynı zamanda ağır ve mevcut olmalıdır. Tehlikenin ağır olması demek hem tehlikenin hem de meydana gelecek zararın ağır olması demektir.⁴⁴⁴ Tehlikenin ağır olup olmadığını hukuki ve sosyal değerlere göre belirlemek gerekir. Yoksa failin somut olayda ağır bir tehlikenin varlığını düşünmesi ağır olmayan bir tehlikenin ağır bir tehlike sayılmasını gerektirmez.⁴⁴⁵

Mevcut tehlike, kanunun deyimiyle “muhakkak tehlike” halen var olan, gerçek olan tehlikedir.⁴⁴⁶ Bundan maksat tehlike defedilmediği takdirde tehlikede olan yararın zarar görme ihtimalinin yüksek olmasıdır.⁴⁴⁷ Gelecekte

⁴⁴³ Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 206

⁴⁴⁴ İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER: Suç Teorisi, 168; Veli Özer ÖZBEK: TCK İzmir Şerhi, 323

⁴⁴⁵ DÖNMEZER/ERMAN: 131

⁴⁴⁶ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT: 321

⁴⁴⁷ Hakan HAKERİ: Ceza Hukuku, 222; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA: Genel Hükümler, 527

oluşacak olası tehlikeler ise kural olarak zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmez.⁴⁴⁸ Bir suç örgütünün kurulmuş olması esasen mevcut bir tehlikenin varlığını düşündürülebilir. Ancak bu tarz bir soyut tehlike ve örgütün işleyeceği olası suçlar açısından gelecekte ortaya çıkacak tehlikeler, mevcut tehlike olarak değerlendirilemez.⁴⁴⁹

Zorunluluk halinden bahsedebilmek için tehlikeden başka türlü kurtulma olanağının olmaması gerekir.⁴⁵⁰ Gizli soruşturmacı tedbirine son çare olarak başvurulacağı için, zorunluluk halindeki “başka suretle korunmak olanağının bulunmaması” şartının yerine gelmiş olduğu düşünülebilir. Ancak ikincillik ilkesi tedbirin uygulanmasına ilişkindir, görevin gerektirdiği suçlara yönelik değildir. Ayrıca gizli soruşturmacının devlet otoritesini kullanan bir kamu görevlisi olması sebebiyle, devletin örgütlü suçla mücadelede son çaresinin görevin gerektirdiği suçlar olduğunu söylemek de yanlış olur.

Her ne kadar kanunda açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, tehlikeye göğüs germek zorunda olan kimseler açısından zorunluluk halinin mevcut olmadığı kabul edilmektedir.⁴⁵¹ Çünkü zorunluluk hali hakların çatışmasını düzenleyen bir kurumdur, böyle olunca tehlike anında haklarını feda etmek yükümlülüğü olan bir kimse, bu tehlikeden kaçamaz.⁴⁵² Gizli soruşturmacı da bir kamu görevlisi olduğu ve görevinin suçları önlemek ve işlenmiş suçlar hakkında delil toplamak olduğuna göre görevi gereği işler bakımından zorunluluk hali hükümlerinden yararlanamaz. Ancak bu durumu çok katı uygulamamak lazımdır. Zira hukuk düzeni bir meslekle uğraşan bir kimseden her zaman ve her koşulda hayat ve beden bütünlüğünü tehlikeye atmasını bekleyemez.⁴⁵³

⁴⁴⁸ DÖNMEZER/ERMAN: 129; EREM/DANIŞMAN/ARTUK: Genel Hükümler, 587

⁴⁴⁹ Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 209

⁴⁵⁰ İÇEL/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER: Suç Teorisi, 170; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA: Genel Hükümler, 529; Doğan SOYASLAN: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 383

⁴⁵¹ Doğan SOYASLAN: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 379; Nevzat TOROSLU: 112; DÖNMEZER/ERMAN: 134

⁴⁵² Timur DEMİRBAŞ: 275

⁴⁵³ Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 210

765 sayılı TCK md. 49/3'te zorunluluk hali açısından ihlal edilen menfaat ile korunmak istenen menfaat arasında bir oranın olduğundan bahsedilmemişti. Ancak bu dönemde de doktrinde kurumun hukuki niteliği gereği bir oranın olması gerektiği kabul edilmekteydi. TCK md. 25/2'de ise açıkça bir oranın olması gerektiği belirtilmiştir.

Görevin gerektirdiği suçlarda ihlal edilen menfaat üçüncü kişilere ait menfaat, buna karşılık korunmak istenen menfaat ise ceza muhakemesinin yapılmasındaki kamu menfaatidir.⁴⁵⁴ İnsan haysiyeti kısmen temel hakların çekirdek alanını oluşturur. Bunun sonucu olarak sırf kamu yararının varlığı özel yaşama müdahaleyi haklı kılmaz. Bu yüzden görevin gerektirdiği suçlara müsaade edilmesi, bireylerin vücut dokunulmazlığına ve yaşam haklarına ağır müdahale edilebileceği anlamına gelmez. Sonuç olarak gizli soruşturmacının görevin gerektirdiği suçları işlemesi ile soyut tehlikelere karşı korunmaya çalışılan menfaatler, bireylerin somut olarak etkinleşmiş menfaatlerinin gerisinde kalmalıdır.⁴⁵⁵

Gizli soruşturmacı açısından görevin gerektirdiği suçlar temel hak ve hürriyetlere ağır bir müdahale teşkil edeceği için mutlaka kanunda açık bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Anayasa'nın md. 137'ye göre böyle bir düzenleme mümkünse de hukukumuzda böyle açık bir yetkilendirme veren norm mevcut değildir. Zorunluluk halini düzenleyen normda da ne olası müdahalenin somutlaşmasını, ne de gizli soruşturmacıya verilecek yetkiyi düzenleyen bir hüküm mevcuttur⁴⁵⁶

Bu yüzden görevin gerektirdiği suçlar bakımından zorunluluk hali hükümleri uygulanamaz. Ancak somut olayda gizli soruşturmacının kendisine

⁴⁵⁴ Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 222

⁴⁵⁵ Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 227

⁴⁵⁶ Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 217

veya bir başkasına yönelmiş tehlikeler açısından şartları varsa zorunluluk hali hükümlerinin uygulanmasına ise bir engel yoktur.

3.4.6.4. Meşru Savunma

Meşru savunma, bir kimsenin kendisine veya üçüncü bir kimseye yönelik olan haksız bir saldırıdan korunmak amacıyla, bu saldırıyı defedecek ölçüde kuvvet kullanmasını ifade eder.⁴⁵⁷ Meşru savunmadan bahsedebilmek için saldırının, haksız olması, mevcut olması; saldırıyı defetmenin başka bir yolunun olmaması, saldırı ile savunma arasında orantının olması gerekir.

765 sayılı TCK saldırının “gerek kendisinin ve gerek başkasının nefsine veya ırzına” yönelik olmasını aramıştır. TCK ise herhangi bir hakka yönelik saldırıyı yeterli bulmuştur. Zorunluluk halinde de değindiğimiz gibi, devlet veya kamuya yönelik menfaatlere bir saldırı olduğu durumda da meşru müdafaa hükümleri uygulanabilir.

Saldırı haksız bir saldırı olmalı, suç olması gerekmez. Haksız saldırı “hukuk düzeninin izin vermediği saldırı” demektir.⁴⁵⁸ Bu bakımdan suç örgütünün varlığı haksız bir saldırı olarak nitelendirilebilir. Sırf suç örgütünün varlığı meşru müdafaa hükümlerine başvurmak için yeterli değildir. Örgütün amaç suçları işlemeye başladığı zaman bu amaç suçlara yönelik meşru müdafaa hükümleri uygulanabilir.

Saldırı mevcut bir saldırı olmalıdır. Gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan saldırılar mevcut saldırı olarak kabul edilir.⁴⁵⁹ Bu yüzden gelecekte gerçekleşecek saldırılar hakkında meşru savunmada bulunulamaz.⁴⁶⁰ Çünkü olmadık bir saldırıdan her zaman için vazgeçmek mümkündür.⁴⁶¹ Bu yüzden örgütün ileride amaç suçları işleyeceği düşüncesi

⁴⁵⁷ İzzet ÖZGENÇ: TCK Gazi Şerhi, 368

⁴⁵⁸ CENTEL/ZAHER/ÇAKMUT: 310

⁴⁵⁹ İzzet ÖZGENÇ: TCK Gazi Şerhi, 368; DÖNMEZER/ERMAN: 113

⁴⁶⁰ EREM/DANIŞMAN/ARTUK: 576

⁴⁶¹ Doğan SOYASLAN: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 374

ile meşru savunmada bulunulamaz. “Saldırı ile savunmanın aynı anda olması koşulu görevin gerektirdiği suçlar bakımından mevcut değildir”.⁴⁶²

Meşru savunmada savunma saldırıda bulunan kimseye karşı yapılmalıdır. Görevin gerektirdiği suçların kabul edilmesinin nedeni ise, örgüt tarafından verilen emirlerin yerine getirilerek gizli soruşturmacının kimliğinin deşifre olmasının engellenmesidir. Yani gizli soruşturmacı suç teşkil eden hareketleri, saldırının kaynağı olan örgüte yönelik değil de üçüncü kişilere karşı işleyecektir. Bu yüzden görevin gerektirdiği suçlar açısından meşru savunma hükümleri uygulanamaz.

Saldırıya karşı yapılan savunmanın zorunlu olması, başka bir deyişle saldırıyı başka türlü defetme imkânının bulunmaması gerekir.⁴⁶³ Bu durumun zorunluluk halindeki kadar katı yorumlanmaması gerekir. Devletin örgütlü suçla mücadelede son çaresinin görevin gerektirdiği suçlar olamayacağı görüşünün neticesinde, burada da savunmanın zorunlu olması halinin oluşmadığı kanısındayız. Ancak şunu belirtelim gizli soruşturmacının somut olayda kendisine yönelik saldırılara karşı yapmış olduğu savunmada, şartları oluşmuşsa meşru savunma hükümlerinin uygulanması mümkündür.⁴⁶⁴

⁴⁶² Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 203

⁴⁶³ İzzet ÖZGENÇ: TCK Gazi Şerhi, 374

⁴⁶⁴ Veli Özer ÖZBEK: Organize Suçlulukla, 203

SONUÇ

Örgütlü suçun her ülkede farklılık göstermesinden ötürü üzerinde anlaşılmaya varılan bir örgüt tanımı yoktur. Ancak bir suç örgütünün asgari şu şartları taşıması gerektiği söylenebilir: 1- ikiden fazla kimsenin bir araya gelmesi 2- ağır bir takım suçların işlenme amacı 3- haksız kazanç elde etme amacı 4- örgüt içi hiyerarşinin varlığı 5- iş bölümü 6- süreklilik unsurunun olması.

Bu özelliklerden “süreklilik” kanımızca örgüte karakteristik özelliğini veren unsurdur. Bu unsur örgütü iştirakten ayırır. İştirakte suçun işlenmesi ile birlikte işbirliği sona ererken, örgütlü suçta belirli olmayan suçların tamamlanması amacı vardır.

Örgütlü suçla yıllarca TCK md. 313 çerçevesinde mücadele edilmiştir. Mücadelede TCK hükümlerinin yeterli görülmemesi sonucu 4422 sayılı ÇASÖMK kabul edilmiştir. Gizli soruşturmacı ve diğer gizli soruşturma tedbirleri ilk defa bu kanunla yasal dayanağa kavuşmuştur. Ancak bu tedbirler sadece bu kanunda tanımlanan örgütlere karşı kullanılabilmekteydi. Bunlar kadar tehlikeli olan TCK md. 313'te tarifini bulan örgütlere bu tedbirler uygulanamamaktaydı. 4422 sayılı kanunun yürürlükten kalkması sonucu bu kanunda düzenlenen tedbirler CMK'na aktarılmıştır. TCK'da ise genel bir örgüt tanımı yer almıştır. Bundan böyle ister çıkar amacı gütsün ister gütmesin TCK md. 220'de tanımını bulan örgütlere karşı gizli soruşturmacı tedbirine başvurulabilecektir. Böyle bir düzenleme örgütlü suçla mücadele açısından oldukça yerinde olmuştur.

Örgüt kurma suçu bir tehlike suçudur. 765 sayılı TCK md. 313 örgütün sırf varlığını cezalandırma için yeterli gördüğü için bu suçun soyut tehlike suçu olduğu söylenebilir. Yeni TCK md. 220 ise örgütün varlığının yanında bir araya geliş ve araç ve gereçlerin amaç suçları işlemeye elverişli olması gerekir. Bu yüzden buradaki suç somut tehlike suçudur.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma aynı zamanda amaç suçlar açısından bir hazırlık hareketi mahiyetindedir. Ceza hukukunda kural olarak hazırlık hareketleri cezalandırılmaz. Ancak suçun önemi nedeniyle bazı hazırlık hareketleri cezalandırılmıştır, örgüt suçu da bunlardan bir tanesidir. Bu nedenle sırf örgütün varlığı cezalandırma için yeterlidir, amaç suçların işlenmesine gerek yoktur.

Örgüt içerisinde mevcut olan hiyerarşik yapıdan dolayı örgüt üyeleri genelde kendi özgür iradeleri ile suç işlemezler. Suçların işlenmesine genelde örgüt yöneticileri karar verir. Bu düşünceden hareket eden kanun koyucu TCK md. 220'de örgüt yöneticilerini işlenen suçlar açısından fail gibi sorumlu tutmuştur. Kanımızca sırf örgüt yöneticisi olmak, örgüt çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı azmettiren olmayı gerektirmez. Ancak örgüt içindeki hiyerarşik yapı nedeniyle örgüt yöneticilerini işlenen suçlardan dolayı dolayısıyla fail olarak sorumlu tutabiliriz. Bu durumda dahi, eğer örgüt yöneticileri işlenen suçlarla herhangi bir alakalarının olmadığını ispatlarsa, onları bu suçlardan dolayı sorumlu tutmamak gerekir.

TCK md. 220 “kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar...” ifadesini kullanmıştır. Bu hüküm gereğince kanunlarda yer alan bütün suçların örgütlü suç kapsamında girmesi mümkündür. Ancak suç örgütleri daha çok hızlı biçimde kazanç sağlayabilecek, maliyeti düşük, yakalanma riski az olan suçluluk alanlarına yönelmektedir. Uyuşturucu madde kaçakçılığı gibi uluslar arası bağlantı gerektiren suçlar ise çok büyük ihtimalle örgütlü bir şekilde işlenmektedir. Bu bakımdan soruşturma organlarının bu tarz suçlarda örgüt bağlantılarını ayrıca incelemeleri gerekmektedir.

Suç örgütleri ülkemizdeki bütün kargaşa ortamlarından yararlanmayı bilmiştir. Örneğin Kıbrıs çıkarmasından sonra uygulanan ABD ambargosu en çok suç örgütlerinin işine yaramıştır. 1980'li yıllarda askeri rejimden sivil rejime geçişte de ihracatçıya verilen teşvikten yararlanan suç örgütleri, yurt

dışındaki dövizlerini yurt içine getirmeyi başarmıştır. Son yıllarda terörle yapılan mücadelenin doğurduğu boşluk da suç örgütlerine yaramıştır.

Bu denli tehlikeli görünüm arz eden suç örgütleri ile mücadele etmek amacıyla bazı kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Ancak örgütlü suçla mücadele sadece kanun değiştirip, soruşturma makamlarına geniş yetkiler verilerek yapılamaz. Bunun yanında personele ve malzemeye yatırım yapılması gerekir. Örgütlü suç sonucu el konan malvarlığı değerleri polis teşkilatının güçlendirilmesinde kullanılabilir. ABD’de uygulama bulan bu yöntem sayesinde, kontrol ettikleri para milyar dolarla ifade edilen suç örgütleri ile daha etkin mücadele edilebilir.

Suç örgütlerini dışarıdan yapılan müdahalelerle çökertmek imkânsızdır. Bu yüzden örgütlerin içerisinde soruşturma makamları ile işbirliği yapacak elemanlara ihtiyaç vardır. Bunlardan bir tanesi, belki de en etkili olanı gizli soruşturmacı kullanılmasıdır.

Gizli soruşturmacı hakkında ilk kanuni düzenleme 4422 sayılı kanunla yapılmıştır. Aynı kuruma bazı değişikliklerle CMK’da da yer verilmiştir. Ancak her iki kanunda da gizli soruşturmacı tarif edilmemiştir. Gizli soruşturmacı ile ilgili bir tanıma 4422 sayılı kanunun Uygulanması Hakkında yönetmelikte rastlamaktayız. Buna 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 görevlisidir.”

Gizli soruşturmacının kışkırtıcı ajandan bozma bir kurum olduğu belirtilmektedir. Ancak gizli soruşturmacı hiçbir şekilde kışkırtıcı ajan gibi hareket edemez. Eğer gizli soruşturmacı, hiç suç işleme fikri olmayan bir kimseye suç işletmişse onu azmettirmeden, suç işleme fikri oluşmuş bir kimseye suç işletmişse bu durumda da suça teşvik etmeden sorumlu tutmak gerekir.

Suç örgütlerinde örgüt liderleri, deşifre olmamak için birçok ara beyin kullanırlar. Suç emirleri bu ara beyinlere aktarılır, ara beyinler de örgüt üyelerine işi aktarır. Bazen birden fazla ara beyin kullanılabilir. Böyle olunca da örgüt liderlerinin yakalanması çoğu zaman mümkün olmaz. İşte gizli soruşturmacının esas amacı, örgütün içine sızarak, örgüt hakkında delil toplayıp örgüt liderine ulaşmak ve örgütün çökertilmesini sağlamaktır.

Gizli soruşturmacı kurumu her ne kadar 4422 sayılı kanunla ilk kez kanuni bir dayanağa kavuşmuş olsa da, uygulamada bu kanundan önce de tedbirin kullanıldığı bilinmekteydi. Bunun da yasal dayanağının kolluğa genel yetkiler veren kanun normları olduğu belirtilmekteydi. Gizli soruşturmacı temel hak ve hürriyetlere ağır bir müdahale oluşturan koruma tedbiridir. 1982 Anayasası'nın açık düzenlemesi gereği böyle bir tedbire ancak kanuni bir düzenleme mevcut ise başvurulabilir. Aksi bir düşünce hem idarenin kanuniliği ilkesine hem de hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil eder.

Gizli soruşturmacı kullanılabilmesi için 4422 sayılı kanun “kuvvetli belirtilerin” varlığını aramıştır. Ancak kuvvetli belirtiden kuvvetli şüphenin mi anlaşılacağı belli değildi. CMK ise bu konuya bir açıklık getirmiş ve gizli soruşturmacı için suçun işlendiği konusunda kuvvetli suç şüphesinin aranacağını belirtmiştir. Kanun koyucu, temel hak ve hürriyetlere ağır müdahale oluşturan gizli soruşturmacı gibi tedbirlerin basit şüpheyeye dayanılarak kullanılmasını istememiştir. Kuvvetli şüphenin anlamı: soruşturma organları sanık hakkında çeşitli tedbirlere başvurmuş ve onun suçlu olabileceğine dair kuvvetli emareler toplamıştır. Bu aşamadan sonra gizli soruşturmacı gibi bir tedbire başvurmak oranlılık ve dürüst işlem ilkelerine aykırılık teşkil eder. Bu yüzden bir kanun değişikliği yapılarak, basit şüpheden daha yoğun ancak kuvvetli şüphe derecesine varması zorunlu olmayan, somut tutamak noktalarını gösteren bir şüphe derecesinin aranması gerekir.

Gizli soruşturmacının bir diğer özelliği ikincil bir koruma tedbiri olmasıdır. Yani gizli soruşturmacıya ancak diğer tedbirlerle delil elde edilememesi veya delil elde edilmesinin mümkün olmadığının anlaşılması halinde başvurulabilir. AİHM de bu gibi tedbirlere ancak maddi olayların tespitinin mümkün olmaması halinde başvurulması gerektiği görüşündedir. 4422 sayılı kanundaki düzenleme gereğince ilk başta klasik koruma tedbirlerine başvurulacağı, bunlar yeterli olmaz ise bu kanundaki koruma tedbirlerine başvurulacağı, bunlar da yeterli olmaz ise son çare olarak gizli soruşturmacı kullanılmasına karar verileceği gibi bir sonuç çıkmaktaydı. CMK’da ise “diğer tedbirlerin yeterli olmadığının anlaşılması” koşulu 134, 135 ve 140. maddelerdeki koruma tedbirleri açısından da aranmıştır. Böylece bu koruma tedbirlerinden hangisinin önce, hangisinin sonra uygulanacağı konusunda bir belirsizlik mevcuttur. Kanun koyucunun bu koruma tedbirleri arasında da bir sıralamaya gitmesinin gerektiği kanaatindeyiz.

4422 sayılı kanun md. 1’de suç örgütünü tarif etmiş ve md. 5’te bu örgüte karşı gizli soruşturmacı kullanılacağını belirtmişti. Ancak bu maddedeki örgüt tanımının oldukça geniş olmasından dolayı hangi suçlara karşı gizli soruşturmacı kullanılacağı belli değildi. CMK ise gizli soruşturmacının kullanılacağı suçları liste halinde saymakla bu belirsizliği ortadan kaldırmıştır.

Gizli soruşturmacı kullanılmasına kural olarak hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise savcı karar verecektir. 4422 sayılı kanun savcı kararının 24 saat içinde hâkim onayına sunulmasını şart koşmuştu. CMK’da ise eğer tedbire savcı karar verirse bunun hâkim onayına sunulacağına dair bir hüküm mevcut değildir. Anayasa’ya göre arama ve el koyma tedbirlerine savcının karar vermesi halinde bu karar hâkim onayına sunulmalıdır. Bu tedbirlerden daha ağır bir koruma tedbiri olan gizli soruşturmacı kullanılmasında hâkim onayının aranmaması kanımızca Anayasaya aykırılık teşkil etmektedir.

Hukuk devleti ilkesine bağılılıktan dolayı 4422 sayılı kanunda gizli soruşturmacı kullanılması en çok dokuz aylık bir süreyle sınırlanmıştı. Bu kadar kısa bir sürede profesyonel bir örgütün içine sızmak, örgüt hakkında bilgi toplamak ve örgütü çökertmek hayalcilik olur. Bunu düşünen CMK süre açısından herhangi bir sınır getirmemiştir. Böyle bir düzenleme tedbirin etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamaktadır. Ancak oranlılık ve dürüst işlem ilkelerine aykırıdır. Bu yüzden gizli soruşturmacı, örneğin üçer aylık sürelerle görevlendirilmeli, bunun yanında birden fazla uzatma mümkün olmalıdır. Böylece tedbirin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda hâkimin denetimi sağlanmış olur.

4422 sayılı kanunda gizli soruşturmacı belirli bir süreye bağlı olduğu için bu sürenin dolmasıyla tedbir kendiliğinden ortadan kalkar. Kanunda tedbirin ortadan kalkmasının başka bir nedeni de şüphenin ortadan kalkmasıdır. Kararın kaldırılmasına savcı karar verecekti. Tedbire hâkim bile karar vermiş olsa durum değişmeyecekti. Hâkim tarafından verilen bir kararın savcılıkça denetlenmesi kabul edilemez. Bu yüzden savcının vermiş olduğu kararlar dâhil bütün kararların kaldırılmasına hâkim karar vermeliydi.

CMK'da ise kararın nasıl kaldırılacağı konusunda açık bir düzenleme mevcut değildir. Bizce listede yer alan suçların işlendiğine dair şüphenin kalkması, diğer tedbirlerle delil elde edileceğinin anlaşılması, gizli soruşturmacının kendisinin ve yakınlarının hayat ve beden bütünlüğünün tehlikeye düşmesi durumlarında tedbire hâkim kararıyla son verilmelidir.

Gizli soruşturmacı tedbirine mahiyeti icabı sanığın haberi olmadan başvurulur. Sanığın savunma hakkının kısıtlanmaması amacıyla bu tedbirlerden, en azından tedbirin sona ermesinden sonra, sanığın haberdar edilmesi gerekir. 4422 sayılı kanunda bu yönde bir düzenleme mevcut değildi. CMK'da gizli soruşturmacı açısından bu müessese düzenlenmemiştir. Ancak md. 137'de iletişimin dinlenmesi bakımından getirilen düzenleme kıyas yoluyla gizli soruşturmacıya uygulanabilmelidir.

Anılan maddeye göre kayıtlar yok edildikten sonra ilgiliye haber verilecektir ki, bu düzenlemenin ne derecede bir güvence sağlayacağı şüphelidir.

Gizli soruşturmacının güvenliğinin sağlanması, yapılan soruşturmanın başarıya ulaşması bakımından oldukça önemlidir. Bu yüzden CMK’da gizli soruşturmacıya uydurma kimlik kullanabilmesine olanak sağlanması, hem tedbirin etkinliği açısından hem de gizli soruşturmacının güvenliği açısından olumlu olmuştur. Ayrıca gizli soruşturmacının tanık olarak uzaktan dinlenmesi mümkün hale getirilmiştir. Böyle bir düzenleme hem doğrudan doğruyalık ilkesi ile uyumludur, hem de sanığın tanığa soru sorma hakkı olduğu için savunma hakkını da kısıtlamamaktadır. Gizli soruşturmacının tanık olarak dinlendikten sonra da korunmaya ihtiyacı vardır. Buna ilişkin hükümler “Tanık Koruma Kanunu Tasarısında” yer almaktadır. Tasarı koruma kapsamından tanık ile hısımlık ilişkisi olmayan kimselerin de yararlanmasına olanak sağlamıştır.

Suç örgütlerine yönelik soruşturmalarda delillerin bulunmasının güçlüğü, gizli soruşturmacı kurumunun önemini bir kat daha artırmıştır. Bu yüzden gizli soruşturmacının doğrudan veya dolaylı tanıklık yoluyla elde ettiği deliller, örgüt üyelerinden usulüne göre elde edilen beyanlar, suç mahallinde gizli soruşturmacı tarafından koruma altın alınan belirti delilleri olayın aydınlatılmasında belki de yegâne delillerdir.

Gizli soruşturmacının bu delilleri toplarken hukuk devleti esaslarına uygun davranması gerekir. Bu esaslara aykırı hareket edilmesi neticesinde bin bir güçlkle elde edilen deliller, hukuka aykırı delil olacağı için, CMK md. 217/2 gereğince yüklenen suçu ispat etmede kullanılamaz.

Kışkırtıcı ajanın delil vasıtası olarak kullanılması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Bu yüzden gizli soruşturmacının kışkırtıcı ajan gibi hareket etmesi neticesinde elde ettiği deliller hukuka aykırı delil olarak nitelendirilecektir. Alman CMUK’un aksine CMK’da gizli soruşturmacının,

kendisine verilen uydurma kimlikle hak sahibinin rızası ile konuta girmesi düzenlenmediği için gizli soruşturmacı konuta girip delil toplayamaz. Aksi halde gizli soruşturmacıyı konut dokunulmazlığını ihlal suçundan sorumlu tutmak gerekir.

Gizli soruşturmacının soruşturma yaparken başka bir suçun işlendiğini gösteren deliller elde etmesi halinde, bu delillerin nasıl değerlendirileceği konusunda hukukumuzda bir hüküm mevcut değildir. CMK'ya göre gizli soruşturmacı tarafından elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza koğuşturması dışında kullanılamayacaktır. Burada belirtilen deliller gizli soruşturmacının, soruşturma ile ilgili elde ettiği bilgilerdir. Tesadüfî deliller bakımından ise ele geçen deliller, eğer md. 139/7'deki listede yer alan suçlarla ilgili ise değerlendirilmeli, diğer suçlarla ilgili ise değerlendirilmemelidir.

Gizli soruşturmacının ortama uyum sağlayabilmek için zaruri olan, sahte kimlik yapmak, konut dokunulmazlığını ihlal etmek gibi suçlara görevin gerektirdiği suç denir. Hukukumuzda gizli soruşturmacının sahte kimlik düzenlemek ve kullanmak suçları ile örgüte üye olmak suçundan başka bir hukuka uygunluk hali düzenlenmemiştir. Bu yüzden gizli soruşturmacı, bu suçlar haricindeki bir suçu işlediği zaman, eğer somut olaya ilişkin bir hukuka uygunluk nedeni veya gizli soruşturmacı açısından bir şahsi cezasızlık hali mevcut değilse, cezalandırılmaktan kurtulamaz. Bunun yanında gizli soruşturmacı örgüt tarafından işlenen suçlardan, eğer bu suçlara herhangi bir iştiraki söz konusu değilse sorumlu tutulamaz.

Gizli soruşturmacının, görevi gereği işlemiş olduğu suçlardan cezalandırılmaması açısından koğuşturma mecburiyeti ilkesi uygun değildir. Zira suçun işlendiğine dair yeterli delil olmasına rağmen Cumhuriyet savcısı kamu davasını açmasa bile, bu karara karşı öngörülen denetim yolları sayesinde kamu davası yine açılabilecektir.

Bu suçlardan dolayı cezalandırılmamaya bir çözüm yolunun, hukukumuz açısından koğuşturma mecburiyeti ilkesinin istisnası olan, maslahata uygunluk ilkesi olduğu söylenebilir. CMK'da maslahata uygunluk ilkesi olarak iki husus düzenlenmiştir: 1- şahsi cezasızlık sebepleri 2- etkin pişmanlık halleri. Şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenen hükümler, fail ile mağdur arasındaki akrabalık ilişkisinden, ya da belli dereceye kadar olan akrabaların cezalandırılmasını engellemek amacıyla işlenen suçları cezalandırmamak için kabul edilmiştir. Bu yüzden bu hükümlerin görevin gerektirdiği suçlara uygulanma kabiliyetleri yoktur. TCK'da sayılan etkin pişmanlık hükümlerinden şartları oluşması ve yalnızca görev gereği işlenilen suçlarla sınırlı olmak kaydıyla gizli soruşturmacının da yararlandırılması kanaatindeyiz. Bu gibi durumlarda savcının kamu davasını açmada takdir yetkisinin olması ve bu takdir yetkisine karşı itiraz yolunun da olmaması, gizli soruşturmacıya kısmi bir koruma alanı sağlar.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin etkin pişmanlık hali TCK md. 221'de kabul edilmiştir. Buradaki haller iki gruba ayrılabilir: birincisi herhangi bir suçun işlenmesinden önceki etkin pişmanlık halleri, ikincisi ise örgüt faaliyeti çerçevesinde bir suç işlendikten sonra oluşan etkin pişmanlık halleridir. Birinci durumdaki hallerde gizli soruşturmacı açısından zaten bir hukuka uygunluk nedeni mevcuttur. Bu yüzden gizli soruşturmacıyı etkin pişmanlık hallerinden yararlandırmaya çalışmaya gerek yoktur. İkinci durumda ise sadece örgüt kurmak, yönetmek ve örgüte üye olmak suçlarından dolayı bir etkin pişmanlık hali kabul edilmiştir. Amaç suçları açısından ise etkin pişmanlık hali kabul edilmemiştir. Gizli soruşturmacı örgüte üye olmaktan zaten cezalandırılmaz. Buna karşılık örgütün amaç ve araç suçlarına iştiraki ise yasaktır. Gizli soruşturmacı bu yasağa aykırı hareket edip suç işlerse cezalandırılmaktan kurtulamaz. Bu yüzden gizli soruşturmacı bu durumdaki etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamaz.

Kamu davasının ertelenmesi, suç işlemiş bulunan fail hakkında, kişiliği ve işlenen suçun önemi nazara alınmak suretiyle hakkındaki kamu davasının

açılmasından bazı şartlarla ve belirli bir süre iyi hal sahibi olması halinde vazgeçilmesidir. Müessese 5353 sayılı kanun ile 5271 sayılı CMK'nun 171. maddesine eklenmek istenmişse de bu teklif adalet alt komisyonu tarafından kabul edilmemiştir. Teklif savcıya, belli bir yıla kadar olan suçlar hakkında kamu davasını açmama yetkisi vermekteydi. Savcıda şüphelinin suç işlemeyeceği kanaati varsa; kamu davasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması ve nihayet gerek kamunun gerekse de suçun mağdurunun uğradığı zararın karşılanması halinde savcı kamu davasını üç yıl süreyle erteleyebilir. Erteleme konusunda verilen karar failin kişiliği ile ilgili olduğu için; suçun suç ortaklığı halinde işlenmiş olması durumunda, suç ortaklarından birinin cezasının ertelenmesi, diğerlerinin cezasının ertelenmesini de gerektirmeyecektir. Bu yüzden gizli soruşturmacı hakkında ertelemeye hükmedilse bile bu hükümden diğer örgüt üyeleri istifade edemeyeceklerdir. Görüldüğü gibi kamu davasının ertelenmesi kurumu, gizli soruşturmacı tarafından işlenen suçlara kısmen de olsa bir çözüm getirebilmektedir.

Cezayı kaldıran nedenler ise görevin gerektirdiği suçlara bir çözüm getirmekten uzaktır. Kanun hükmünü icranın bir cezayı kaldıran neden olarak kabul edilebilmesi için, hareketin yetki sınırı içinde yapılması gerekir. Kanunda da gizli soruşturmacının suç işleyemeyeceği açıkça düzenlendiği için görevin gerektirdiği suçlar açısından kanun hükmünü icra hükümleri uygulanamaz.

Emrin ifası hukuka uygunluk nedenlerine baktığımızda, hukuka uygun bir emirden bahsedebilmek için bu emrin kamu hukukuna hâkim olan bir hiyerarşi çerçevesinde verilmesi gerekir. Eğer emrin konusu suç teşkil ediyorsa bu emir hiçbir şekilde yerine getirilemez. Bu yüzden “emrin ifası” da görevin gerektirdiği suçlara çözüm getirmekten uzaktır. Ancak Anayasa md. 137/3 gereğince “ acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır.” Yani gizli soruşturmacıya kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için gerekli ise

ve kanunla olmak kaydıyla suç işlemesine izin verilebilir. Yalnız mevcut kanunlarımızda buna imkân veren bir hüküm bulunmamaktadır.

Zorunluluk halinden bahsedebilmek için ortada ağır ve mevcut bir tehlikenin olması gerekmektedir. Gelecekte oluşacak olası tehlikeler ise, ağır ve mevcut tehlike olarak değerlendirilemeyeceği için zorunluluk hali kapsamında değerlendirilemez. Örgütün kurulması başlı başına bir suç teşkil etse de, örgütün amaç suçları işleyip işlemeyeceği belli değildir. Bu yüzden, örgüt nasıl olsa suç işleyecek düşüncesi ile ileride oluşacak tehlikelere zorunluluk hali hükümleri uygulanamaz. Bir de tehlikeden kurtulmanın başka bir yolunun olmaması gerekir. Gizli soruşturmacının devlet otoritesini kullanan bir kamu görevlisi olması sebebiyle, devletin örgütlü suçla mücadelede son çaresinin görevin gerektirdiği suçlar olduğu söylenemez.

Meşru savunmanın görevin gerektirdiği suçlara çözüm olmadığı açıktır. Zira meşru savunmada savunma saldırıda bulunan kimseye karşı yapılmalıdır. Görevin gerektirdiği suçlardaki amaç ise aslında örgüt tarafından verilen emirlerin yerine getirilerek, gizli soruşturmacının kimliğinin deşifre olmasını engellemektir.

KAYNAKÇA

AKINCI Füsün SOKULLU: Polis Toplumsal Kurum Olarak Gelişmesi Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları, İstanbul 1990

ALACAKAPTAN Uğur : “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenilen Suçlardan Dolayı Şartla Salıvermeye Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanuna Genel Bir Bakış”, AY, C. 18, 2001, 379–400

ALACAKAPTAN Uğur : “Genel Olarak Bazı Suçlar Bakımından Cürüm İşlemek İçin Örgüt Meydana Getirme Suçu”, Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, 25–43, (Cürüm İşlemek)

ANDERSON Annelise : “The Red Mafia: A Legacy of Communism” <http://members.tripod.com/~orgcrime/ruslegacy.htm> 7.04.2005

ARLACCHİ Pino : Mafya Ahlakı Kapitalizmin Ruhü, Çev. Bahadır Sina ŞENER, İstanbul 2000

ARTUK Mehmet Emin /

YENİDÜNYA A. Caner : “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Erteleme Müessesesi”, Prof. Dr. Sahir ERMAN’a Armağan, İstanbul 1999, 55–87

ARTUK Mehmet Emin /

GÖKÇEN Ahmet /

YENİDÜNYA A.Caner : Ceza Hukuku Genel Hükümler, cilt 1, Üçüncü Baskı, Ankara 2002, (Genel Hükümler)

ARTUK Mehmet Emin /

GÖKÇEN Ahmet /

YENİDÜNYA Caner : Ceza Hukuku Özel Hükümler, Altıncı Bası, Ankara 2005, (Özel Hükümler)

AVCI Mustafa : “Örgütlü Suç Kavramı”, http://www.akader.org/khuka/2003_mart/orgutlu_suc.htm 8.05.2004

AYTAÇ Önder/

BAL İhsan : “Medyanın Gözüyle Organize Suçlar”, ABD, yıl 1999–56, sayı 1, 53–74

BIÇAK Vahit : “Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti: Katı ve Esnek Yaklaşımların Değerlendirilmesi”, İnsan Hakları Yıllığı, S. 17–18, 1997, 247–259, (Usulsüz Ulaşılan Deliller)

CANAK Erkan : Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma ve Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçları, İstanbul 2005

CENTEL Nur :“Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler”,Hukuk Araştırmaları, C. 8, S. 1–3,yıl 1994, 69–99

CENTEL Nur / ZAFER Hamide : Ceza Muhakemesi Hukuku, Üçüncü Bası, İstanbul 2005

CENTEL Nur / ÇAKMUT Özlem / ZAFER Hamide : Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2005

CEYLAN Ümit : Organize Suçluluk ve Çıkar Amaçlı Örgüt Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2002

ÇULCU Murat : Mafya Üzerine Notlar, İstanbul 1998

DEMİRBAŞ Timur : “Af Tartışmaları ve 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenilen Suçlardan Dolayı Şartla Salıvermeye Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun”, AY, C. 18, 2001, 78–97

DEMİRBAŞ Timur : Ceza Hukuku Genel Hükümler, İkinci Baskı, Ankara 2005

DOĞRU Osman : İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, C. 1, Birinci Baskı, İstanbul 2004

DÖNMEZER Sulhi : “Çetelerle Mücadele Amacıyla 4422 Sayılı Kanunla Kabul Edilen Koruma Tedbirleri”, İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, www.izmirbarosu.org.tr/yayinlar/index.htm, 11.10.2004, (Çetelerle Mücadele)

DÖNMEZER Sulhi : “Türkiye’de Organize Suçlulukla Mücadelenin Esasları”, GÜHFD, Oğuzman’a Armağan, 1/2002, 11–21

DÖNMEZER Sulhi :“Organize Suçlulukla Mücadele”, GÜHFD, Oğuzman’a Armağan, 1/2002, 3–10, (Organize Suçlulukla...)

DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir : Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. 3, On ikinci Bası, İstanbul 1997, (Nazari ve Tatbiki C.3)

DÖNMEZER Sulhi / ERMAN Sahir : Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. 2, On ikinci Bası, İstanbul 1999, (Nazari ve Tatbiki C.2)

DURSUN Hasan : Organize Suça Genel Bakış, Ankara 2001

DÜLGER İbrahim : Zimmet ve İhtilas Cürümleri (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 1990

DÜLGER M. Volkan : “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Organize Suçla Mücadelede Özel Koruma Tedbirleri”
<http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/aihmdeorganizesuc.htm> 17.08.2004

Emniyet Genel Müdürlüğü: 2000 Genelgeleri, Ankara 2001

ERDEM Mustafa Ruhan : Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara 2001

ERDEM Mustafa Ruhan : Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bakış”, AY, C. 18, 2001, 17–39

ERDEM Mustafa Ruhan /
ÖZBEK Veli Özer : “Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, Prof. Dr. Seyfullah EDİS’e Armağan, (İzmir, 2000), 249–303

EREM Faruk : Kışkırtıcı Ajan, Ankara 1974, (Kışkırtıcı ajan)

EREM Faruk : “İdarenin Kışkırtıcı Ajan Kullanması”, Onar Armağanı, İstanbul 1977, 271–284, (Onar Armağanı)

EREM Faruk /
TOROSLU Nevzat : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2000

EREM Faruk /
DANIŞMAN Ahmet /
ARTUK Mehmet Emin : Ceza Hukuku Genel Hükümler, On Dördüncü Baskı, Ankara 1997

Erol CİHAN/
Feridun YENİSEY : Ceza Muhakemesi Hukuku, Üçüncü Bası, İstanbul 1998

ERYILMAZ M. Bedri : “Kolluğun Yetkileri Açısından Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile Yeni CMUK Tasarısının Karşılaştırılması ve Yeni Tasarının Düşündürdükleri”, ABD, C. 57, S. 1, yıl 2000, 47–96

EVİK Vesile Sonay : Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu, İstanbul 2004, (Çıkar Amaçlı...)

EVİK Vesile Sonay : “Cürüm İşlemek İçin Örgütlenme”, Çetin ÖZEK Armağanı, İstanbul 2004, 365–396, (Cürüm İşlemek...)

FERRİS Kirby : “How To Defeat Organized Crime”,
<http://members.tripod.com/~orgcrime/defeatoc.htm> 7.04.2005

FEYZİOĞLU Metin : Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996

GEDİK Doğan : “Karşılaştırmalı Hukukta ve 1999 Tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısında Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kurumu” (Kamu Davasının Ertelenmesi)
http://www.turkhukusitesi.com/hukukforum/art_showarticle.php?s=206d6a41d39bb0dd9fd22cb6946170a9&id=77 01.02.2006

GELERİ Aytekin /

İLERİ Hakan : “Organize Suçlarla Mücadelede Gizli Görevli ve Bilgi Kaynağı Kullanma”, Organize Suçlarla Mücadele ve Polis, Ankara 2003, 233–301, (Gizli Görevli ve Bilgi Kaynağı Kullanma)

GELERİ Aytekin /

İLERİ Hakan : Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar, Ankara 2003, (Gizli ve Örtülü Yaklaşımlar)

GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat: “Ceza Hukukunda Memur ve Hizmetli Kavramı”, AD, C. 61, S. 1, yıl 1970, 5–12

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref /

GÖLCÜKLÜ A. Feyyaz : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Beşinci Bası, Ankara 2004

GRİGG William Norman : “Dirty cops in the Former Soviet Union Run Both Sides of the Law” <http://members.tripod.com/~orgcrime/ruscartel.htm> 7.04.2005

GROPP Walter : “Organize Suçlulukla Mücadelede Yeni Araştırma Metodları”, Çev. Feridun YENİSEY, Facultatis Decima Anniversaria, Marmara Üniversitesi Hukuk fakültesi 10. Yıl Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu, İstanbul 1993, 91–106

GÜNAY Erhan : Uygulamalı Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat, Üçüncü Baskı, Ankara 2005

GÜNDAY Metin : İdare Hukuku, Dördüncü Baskı, Ankara 1999

GÜNER Sedat : Organize Suç Örgütleri ve Kara Para Aklanması, Ankara 2003

HAKERİ Hakan : Ceza Hukuku, Dördüncü Baskı, Ankara 2005, (Ceza Hukuku)

HAKERİ Hakan : Sorularla Ceza Hukuku, Ankara 2005

HANDELMAN Stephen : “Rus Mafyası”, Çev. Mesut Hakkı Caşın, GZÜ HFD (Naci Kinacioğluna Armağan), C. 1, 2(Aralık 1997), 310–318

İÇEL Kayıhan /

ÖZGENÇ İzzet /

SÖZÜER Adem /

MAHMUTOĞLU Fatih S. /

ÜNVER Yener : Suç Teorisi, İkinci Kitap, Birinci Bası, İstanbul 1999

İÇEL Kayıhan /

AKINCI Füsün SOKULLU /

ÖZGENÇ İzzet /

SÖZÜER Adem /

MAHMUTOĞLU Fatih S. /

ÜNVER Yener :İçel Yaptırım Teorisi, Üçüncü kitap, Birinci Bası, İstanbul 2000

İLERİ Hakan : Türk Hukukunda Gizli Bilgi Toplama Teknikleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2002

İNCEOĞLU Sibel : “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af Şartla Salıverme Dava ve Cezaların Ertelenmesi”,AY, C. 18, 2001, 41–70

İNCEOĞLU Sibel : İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İkinci Baskı, İstanbul 2002

Joseph D.Pistone : Donnie Brasco My Undercover Life in the Mafia, New York, 1987

KANADOĞLU Sabih : Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, İkinci Baskı, Ankara 2003

KAYMAZ Seydi : Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Ankara 1997

KAYNAK Altan : “Örgütlenmiş Suç ve Mafya (LCN)”, Yargıtay Dergisi, C. 1, 4(Ekim,1975), 95–118

KAZAN Turgut : “Organize Suçlarla Mücadelede Koruma Tedbirleri”, http://www.izmirbarosu.org.tr/yargi_reformu2000/turgut_kazan.htm 11.10.2004

KESKİN Serap : Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul 1997

KOCASAKAL Ümit : “Organize Suçluluğun Tanımı Özellikleri ve Kapsamı”, GÜHFD, Oğuzman’a Armağan, 1/2002, 131–162

KÖROĞLU Hasan : Örgütlü Suçluluk, Ankara 2001

KUHNE Hans-Heiner : “Türk Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Koruma Tedbirleri”, HPD, S. 3, Nisan 2005, 44–45

LAMBROPOULOU Effi : “Criminal ‘organisations’ in Greece and Public Policy: From Non-Real to Hyper-Real?”, International Journal of the Sociology of Law, 2003, 69–87

LUNGREN Daniel E. : Russian Organized Crime, <http://members.tripod.com/~orgcrime/ruscali.htm> 7.04.2005

MIHÇAK Muhittin : Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri, Ankara 2003

ÖZBEK Veli Özer : Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği, Ankara 2003, (Organize Suçlulukla)

ÖZBEK Veli Özer : CMK İzmir Şerhi, Ankara 2005, (CMK İzmir Şerhi)

ÖZBEK Veli Özer : TCK İzmir Şerhi, C. 1, İkinci Baskı, Ankara 2005, (TCK İzmir Şerhi)

ÖZEK Çetin : “Silahlı Çete Amaç Suç İlişkisinde İştirak Sorunları”, AÜSBFD, Yılmaz Günel’a Armağan, C. 49, Haziran-Aralık 1994, s. 3–4, 357–378, (Silahlı Çete)

ÖZEK Çetin : “Organize Suç”, Nurullah KUNTER’e Armağan, İstanbul 1998, 195–297, (Organize Suç)

ÖZGENÇ İzzet : “Suç Teşekkülü, Düşünceyi Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti”, İÜHFM, Türkan RADO’ya Armağan, C. LV, S. 3, yıl 1997, 51–63, (Suç Teşekkülü)

ÖZGENÇ İzzet : “Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme (28.8.1999 tarih ve 4454 sayılı Basın ve Basın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin

Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun Hakkında Değerlendirme)”,Anayasa Yargısı, C. 18, 2001, 99–147

ÖZGENÇ İzzet : Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara 2002, (Ekonomik Çıkar Amacıyla...)

ÖZGENÇ İzzet : Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005 (Gazi Şerhi)

ÖZTÜRK Bahri : Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti İlkesi, Ankara 1991, (Koğuşturma Mecburiyeti)

ÖZTÜRK Bahri : “CMUK Reformu ve Delil Yasakları, SÜHFD, cilt 4, sayı 1–2, yıl 1994, 39–49

ÖZTÜRK Bahri : Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ankara 1995, (Delil Yasakları)

ÖZTÜRK Bahri : “Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlarla Yapılan Tespitlerin Ceza Muhakemesi hukukundaki Değeri”, Prof. Dr. Seyfullah EDİS’e Armağan, İzmir 2000, (Ses ve/veya Görüntü Kaydeden Araçlar), 219–233

ÖZTÜRK Bahri /

ERDEM Mustafa Ruhan : Ceza Muhakemesi Hukuku, Dokuzuncu Baskı, Ankara 2006, (Ceza Muhakemesi)

ÖZTÜRK Bahri /

ÖZBEK Veli Özer /

ERDEM Mustafa Ruhan : Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Altıncı Baskı, Ankara 2001, (Uygulamalı)

PALAZZO Francesco : “Organize Suçluluğa Karşı İtalyan Mevzuatı”, Çev. Ümit KOCASAKAL, İBD, C. 70, S. 10–11–12, yıl 1996, 818–829

PAMUK Taner : Çıkar Amaçlı Suç Örgütü ve Bu Örgüte İlişkin Suç Olarak Düzenlenen Fiillerin Türk Ceza Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2003

Police Undercover Work

<http://faculty.ncwc.edu/toconnor/205/205lect08a.htm> 11.04.2005

SANCAR Türkan Yalçın : Çok Faili Suçlar, Ankara 1998

SANCAR Türkan Yalçın : “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenilen Suçlardan Dolayı Şartla Salıvermeye Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun’un Hukuksal Niteliği ve Sonuçları”, AY, C.18, 2001, 149–195

SOYASLAN Doğan : “Ceza Hukukunda Memur Kavramı”, AÜHFD, C. 45, S. 1–4, yıl 1996, 41–53, (Ceza hukukunda Memur)

SOYASLAN Doğan : Ceza Hukuku Özel Hükümler, Beşinci Baskı, Ankara 2005, (Özel Hükümler)

SOYASLAN Doğan : Ceza Hukuku Genel Hükümler, Üçüncü Baskı, Ankara 2005, (Genel Hükümler)

SÖZÜER Adem : “Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu Suçlulukla Mücadele ile İlgili Gelişmeler”, Hukuk Araştırmalar Dergisi, C. 9, 1–3/1995, 255–271

SÖZÜER Adem : “Türkiye’de ve Karşılaştırmalı Hukukta Telefon, Teleks, Faks ve Benzeri Araçlarla Yapılan Özel Haberleşmenin Bir Ceza Yargılaması Önlemi Olarak Denetlenmesi”, İÜHFM Türkan Rado’ya Armağan, C. LV, S. 3, yıl 1997, 65–110, (Haberleşmenin Denetlenmesi)

SÖZÜER Adem : “Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu”, AY, C. 18, 2001, 219–252

ŞAFAK Ali : Suç Organizasyonu ve Kovuşturma Usulü, Ankara 2003

ŞAFAK Ali / BIÇAK Vahit: Ceza Muhakemesi Hukuku ve Polis, Ankara 2005

ŞAHİN Cumhur : Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Ankara 1994, (Kolluk Tarafından Sorgulama)

ŞAHİN Cumhur : “Organize Suçlulukla Mücadele ve Tanığın Korunması”, YTD, Yargı Reformu Özel Sayısı (Temmuz-Ağustos, 1996), 690–695, (Tanığın Korunması)

ŞAHİN Cumhur : “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller ve Değerlendirilmeleri Sorunu”, Prof. Dr. Nurullah KUNTER’ e Armağan, İstanbul 1998, 343–354

ŞAHİN Cumhur : Ceza Muhakemesinde İspat(Delillerin Doğrudan Doğrualığı İlkesi), Ankara 2001, (Ceza Muhakemesinde İspat)

ŞAHİN Cumhur : Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Birinci Baskı, Ankara, 2005, (CMK Gazi Şerhi)

ŞEN Ersan : Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, İstanbul 1998

TANKUT Nevzat /

PARLAR Ali

Maddeler, Ankara 2004

: Ateşli Silahlar Bıçaklar Av Tüfekleri ve Patlayıcı

TAŞKIN Mustafa

: Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri Kara Para İlişkisi ve Türkiye’de Bu Suçlarla Mücadele, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2001

TEZCAN Durmuş

: “Organize Suçlar ve Bu Suçlarda Mağdurun Hakları ve Tanıkların Korunması”, AD, C. 91, 3 (Nisan, 2000), 9–32

TOPAÇ Ömür

: “Organize Olmuş Suç Örgütleriyle Yapılabilecek Hukuksal Mücadele Yöntemleri”, ABD, yıl 1997, S. 2, 70–73

TOPAÇ Ömür

: “Organize Suç Örgütleriyle Hukuksal Mücadele Yöntemleri”, Yeni Yüzyıl (18.02.1997), 14

TOSUN Öztekin

Bası, İstanbul 1984

: Türk Suç Muhakemesi Dersleri, C. 1, Dördüncü

Türk Demokrasi Vakfı

: Terörizm ve Organize Suçlar, Ankara 1999

Türk Dil Kurumu

: Türkçe Sözlük, C. 1, Ankara 1998

TÜRK Hikmet Sami

91, 3 (Nisan,2000), 5–9

: “Çıkar Amaçlı suç Örgütleri İle Mücadele”, AD, C.

ÜNVER M. Naci

İçin Teşekkül Oluşturmak, Ankara 2002

: Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ve Cürüm İşlemek

ÜNVER Yener

: “Federal Almanya’da Terör ve Organize Suçlulukla İlgili Düzenlemeler”, Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998, 385–464

: “Federal Almanya’da Terör ve Organize

YALVAÇ Gürsel

: Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004

YENİSEY Feridun

: “Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Ceza Muhakemesi Tedbirleri”, Hukuk Kurultayı 2000, C. 2, Ankara 2000, 103–145

: “Organize Suçlulukla Mücadelede Özel Ceza

YÜCE Turhan Tufan

: “Ajan Vasıtasıyla İşletilen Suçların Cezalandırılması ve İlgili Yargıtay Kararları Üzerinde Düşünceler”, SÜHFD, S.1, C. 1, Ocak-Haziran 1988, 13–17

: “Ajan Vasıtasıyla İşletilen Suçların

YÜCEL Mustafa

1076

: “Organize Suç”, TBBD, C. 11, s. 3/1998, 1066–

YÜCEL Mustafa Tören : “Kamu Davası Açılmasında Takdirilik İlkesi Japonya Modeli”, YD, C. 18, Ekim 1992, S.4, 476–485

ZIEGLER Jean :Suçun Derebeyleri, Çev. Ali Cevat AKKOYUNLU, İstanbul 1999

ÖZET

Örgütlü suç yıllar boyu ülkelerin başındaki en büyük sorun olmuştur. Bu suçluluk türü ile mücadele etmek amacıyla birçok uluslar arası anlaşma imzalanmıştır. Devletler de kendi iç mevzuatlarında yeni ve gizli koruma tedbirlerini kabul etmiştir. Bu koruma tedbirlerinin kabul edilmesinin nedeni: tutuklama, arama gibi klasik koruma tedbirlerinin bu suç türü ile mücadelede yetersiz kalmasıdır.

Bu tedbirlerden bir tanesi de gizli soruşturmacı kullanılmasıdır. Gizli soruşturmacı temel hak ve hürriyetlere müdahale oluşturan bir koruma tedbiridir. Temel hak ve hürriyetlere müdahale oluşturan her tedbirin yasal bir dayanağının olması gerekir. Gizli soruşturmacı ancak diğer tedbirlerle delil elde edilememesi halinde kullanılabilir. Her suça karşı gizli soruşturmacı tedbirine başvurmak hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Bu yüzden Ceza Muhakemesi Kanunu gizli soruşturmacının kullanılabileceği suçları katalog halinde saymıştır.

Gizli soruşturmacının örgüt tarafından deşifre edilmesi onun çoğu zaman hayatına mal olacağı için gizli soruşturmacı olarak çalışmak isteyen kamu görevlisi bulmak oldukça zordur. Devletin gizli soruşturmacı olarak çalışacak kimselerin can güvenliğini sağlayıcı düzenlemeler yapması gerekir. Gerek Ceza Muhakemesi Kanununda gerekse de Tanık Koruma Kanunu Tasarısında güvenlikle ilgili çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Tanıklar hakkında kabul edilen bu düzenlemelerden gizli soruşturmacının da faydalanması gerekir.

Gizli soruşturmacı hukuk devleti çerçevesinde kullanılan bir koruma tedbiridir. Bu yüzden onun hukuka aykırı şekilde elde ettiği deliller suçun ispatında kullanılamaz. Örneğin gizli soruşturmacı kışkırtıcı ajan gibi hareket edemez. Kışkırtıcı ajan kullanılması hukuk devletinde kabul edilemez. Çünkü suçlarla mücadele ederken kendi görevlisine suç işleten devlete hukuk devleti denemez.

ABSTRACT

Organised crime has been the biggest problem of the countries for years. In order to combat this crime many international treaties were signed. States also made amendments to the domestic law to have new safety precautions because the traditional safety precautions as inquire or arrest are insufficient for combating organised crime.

Use of undercover agent is one of these new precautions. Undercover agent is a safety precaution intervening fundamental rights and freedoms. Every precaution intervening fundamental rights and freedoms must have a legal basis. Undercover agent can be used in case of not finding evidence in other precautions. Use of undercover agent in every situation is not acceptable in the state of law that CMK counts the crimes as catalog in which undercover agent will be used.

If the undercover agent is uncovered, it will cost his life. As a result it is hard to find officers to investigate as undercover agent. The states should make regulations saving the life of the people investigating as undercover agent. Both CMK and TKKT include articles on security. Undercover agent should be accepted as witness so these articles on security will be applied to him.

Undercover agent is a safety precaution which used in the state of law so unlawful evidences found by him can not be used to prove a crime. For an example, undercover agent should not act as agent provocateur. Use of agent provocateur is not acceptable in the state of law. Because the state can not be called as state of law having his officers commit a crime while combating organised crime.