

**"İçtihat Metni"**

Mahkemesi

:Asliye

Ceza

Fuhuş suçundan sanık ...'un 5237 sayılı TCK'nun 227/2, 62, 51 ve 52. maddeleri gereğince 1 yıl 8 ay hapis ve 80 Lira adli para cezası ile cezalandırılmasına ve hapis cezasının ertelenmesine ilişkin Erzincan 1. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 14.12.2006 gün ve 528-855 sayılı hükmün, sanık tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 5. Ceza Dairesince 18.12.2008 gün ve 6799-11676 sayı ile; "Hükümden sonra 08.02.2008 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren ve TCK.nun 7/2. maddesi uyarınca sanık yararına olan 5728 sayılı Kanunun 562. maddesinin 1. fıkrası ile değişik ...nün 231/5. maddesinde hapis cezası için öngörülen sınırın 2 yıla çıkarılması ve anılan maddenin 2. fıkrası ile de 231/14. maddesindeki soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suç olma koşulunun kaldırılması karşısında, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağına karar yerinde tartışılması lüzumu" gereğince hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

Yerel mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda 28.04.2009 gün ve 119-255 sayı ile; sanığın TCK'nun 227/2, 62, 52 ve 53. maddeleri uyarınca 1 yıl 8 ay hapis ve 80 Lira adli para cezasıyla cezalandırılmasına, CMK'nun 231/5. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir.

Sanık hakkında denetim süresi içinde işlediği hırsızlık suçundan verilen mahkûmiyet hükmünün Yargıtay 2. Ceza Dairesince onanarak kesinleşmesinden sonra hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar veren mahkemeye ihbarda bulunulmuştur.

Bu ihbar üzerine, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını ele alan Erzincan 1. Asliye Ceza Mahkemesince 12.03.2014 gün ve 170-214 sayı ile; CMK'nun 231/11. maddesi gereğince hükmün açıklanmasına, sanığın TCK'nun 227/2, 62, 52 ve 53. maddeleri uyarınca 1 yıl 8 ay hapis ve 80 Lira adli para cezasıyla cezalandırılmasına ve hak yoksunluğuna karar verilmiş, hükmün sanık tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 18. Ceza Dairesince 30.11.2016 gün ve 13193-18388 sayı ile; "Vicdani kanının olduğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre, yapılan incelemede başkaca nedenler yerinde görülmemiştir.

Ancak;

Organize suçların toplum için yarattığı yıkıcı tehlike ve gelişen teknolojik gelişmeler karşısında örgütlü olarak işlenen terör ve çıkar amaçlı suçlarla mücadele için ceza muhakemesinde yeni koruma tedbirlerine başvurulması zorunluluğu son 50 yılda zorunluluk haline gelmiş bu kapsamda yer alan koruma tedbirlerinden biri olan gizli soruşturmacı tedbiri pozitif hukukumuza ilk kez 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ile girmiştir. Daha sonra yürürlüğe giren CMK ile bu koruma tedbiri 139. maddede yeniden düzenlenmiştir. CMK'nın 139. maddesi uyarınca gizli soruşturmacı tedbirine ancak CMK'nın 139. maddesinde sayılan katalog içerisinde yer alan suçları işleyen örgüt ve örgüt mensubu suçlu aleyhine başvurulabilir. Örgüt faaliyeti kapsamında işlenmeyen suçlar yönünden gizli soruşturmacı görevlendirilemez. Ancak parada sahtecilik, uyuşturucu madde ticareti ile fuhuş gibi suçlarda faile ulaşmak ve delil elde etmek amacıyla kolluk görevlisinin kimliğini gizleyerek delil toplanmasının hukuka uygun olup olmadığı ile bunun hangi hallerde hukuka uygun sayılacağına tespiti gerekir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 12.05.2015 gün ve 454-156 sayılı kararında CMK'nın 139. maddesi dışındaki suçlar yönünden de kolluk görevlilerinin CMK'nın 160 ve devamı maddeleri uyarınca Cumhuriyet Savcısının emri doğrultusunda ve genel yetkileri ile görevleri kapsamında, suç ve failini belirlemek ve suçla ilgili delilleri toplamak amacıyla alıcı rolüne girerek suça azmettirmeden ve teşvik etmeden şüpheliden uyuşturucu madde satın almasını mümkün görmüştür. Aynı kararda bu durumda görev yapan görevlinin gizli soruşturmacı değil 'gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi' olduğunu, gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisinin suça teşvik etmeden veya azmettirmeden elde ettiği delillerin hukuka uygun olacağına hükmetmiştir.

AİHM verdiği kararlarda, gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi yöntemine başvuru halinde, yapılan başvuruları AİHM'nin 6. maddesi kapsamında ele almaktadır. Aşağıda AİHM kararlarında kabul edilen ilkelere yer verilecektir. Öğretide 'gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisinin' CMK'nın 160 ve devamı maddeleri uyarınca görevlendirilmesi yeterli görülürken, V. Özer Özbek uygulamada sıkça başvuru ve muhakemede tanık olarak dinlenebilen gizli soruşturma yapan polis tedbirinin kapsam ve sınırlarının belirsizliği bakımından bunun hukuk devleti bakımından ciddi sorunlar yarattığı düşüncesindedir. (Prof. Dr. Veli Özer Özbek) (CHKD. Cilt 2. sayı 1-2-2014 s. 142.) Dairemizce YCGK kararları, AİHM kararları ve CMK'daki düzenleme bir arada değerlendirildiğinde CMK'nın 139. maddesi dışında kalan suçlar yönünden adli kolluk görevlisinin kimliğini gizlemesi halinde rolü 'gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi' olarak kabul edilmektedir. Bu kişinin elde ettiği delillerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için aşağıda belirtilen koşulların varlığı aranmaktadır. 1- Gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi hiç bir zaman kışkırtıcı ajan gibi hareket edemez. Önceden failde bulunmayan suç işleme kastı yaratılarak, fail suç işlemeye azmettirilmemelidir.

Her ne kadar organize suçlardaki artış uygun önlemler alınmasını gerektirse de adil yargılamadan vazgeçilmemeli, bu nedenle amaca ulaşmak uğruna adil yargılama hakkı feda edilerek polisin kışkırtması sonucu elde edilen delil meşru kabul edilmemelidir. (Teixeria de Cortro Peri (36)/ Portekiz davası Başvuru No:44/1997/828/1034)

Gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi soruşturma sırasında pasif bir davranışta bulunmanın ötesine geçmemeli, suçun işlenmesine teşvik eder bir tarzda etki uygulamamalıdır.(Costro/Portekiz per. 38) Somut olayda polis memurlarının faili suça kışkırtması ve mücadelesi olmadan suçun işlendiğine ilişkin delil elde edilemiyorsa, polis memurunun kışkırtıcı ajan rolüne geçtiğinin ve adil yargılama hakkının ihlal edildiğinin kabulü gerekir. (Aynı yönde Costro-Portekiz per.39)

Mahkemelerce sadece gizli görevlinin tutanaklarına dayanarak değerlendirme yapılmamalıdır, tutanaklar başka sonuca götürecek unsurlarla teyit edilmelidir. (a Contrario, Burak-Hun-Türkiye davası) (Hun-Türkiye davası başvuru no:17570/04) Sanık suç işleme potansiyeline sahip bir kişi olsa bile somut olayda görevlinin müdahalesinden önce failin suç işleme hazırlığında olduğunun başka delillerle desteklenmesi gerekir. Yani failin müdahale olmadan suçu işleyeceğinin başka delillerle kanıtlanması gerekir. (Hun-Türkiye davası)

2- CMK'nın 160 ve devamı maddeleri uyarınca Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılan bir görevlendirmenin bulunması gerekir. CMK'nın 160 ve 161. maddeleri uyarınca Cumhuriyet Savcısının gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi görevini, yazılı veya acele hallerde sözlü olarak vermesi gerekir. Cumhuriyet Savcısının yazılı veya sözlü emri olmadan yine CMK'nın 161/2. maddesi uyarınca adli kolluk görevlisinin Cumhuriyet Savcısına bilgi vermeden kimliğini gizleyerek adli işlem yapması hukuka aykırı olup elde ettiği delil de hukuka aykırı olduğundan, bu şekilde elde edilen CMK'nın 216/3. maddesi gereği hükme esas alınamaz. Kimliğin gizlenerek adli işlem ifası olağan bir işlem olmayıp ikincil bir tedbirdir. Bu tedbirin gerekliliği ve orantılılığının mutlaka Cumhuriyet Savcısı tarafından denetlenmesi gerekir.

AİHM Hun-Türkiye davasında bu konuya şöyle temas etmiştir. 'AİHS sınırları belirlendiğinde ve güvence altına alındığında gizli ajanla müdahaleye tolerans gösterebilir'

AİHM İsviçre-Lüdi kararında İsviçre makamlarının Alman polisi tarafından haberdar edilmesi, olayın soruşturma hâkiminin bilgisi dahilinde yürütülmesi nedeniyle 6. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. (Lüdi-İsviçre kararı başvuru No:12433/86)

3- Kolluk görevlisinin tutanağı delil olarak kabul edildiğinde diğer delillerle birlikte tutanağa da dayanılıyorsa mutlaka tutanak düzenleyiciler dinlenmeli, sanığa, tutanak ve düzenleyicilerinin anlatımlarına karşı savunma yapma imkanı sağlanmalıdır.

AİHM Calabro-İtalya kararında 'Gizli ajanın ifadeleri, başvuranın mahkûmiyetinde belirleyici faktör olmamıştır. Buna ek olarak başvurana yargılama aşamasında, soruşturmada görev alan polis memurlarını sorgulama, polis operasyonunun niteliği ve kullanılan usulleri netleştirme fırsatı vermiştir. Bu nedenle adil yargılama hakkı ihlal edilmemiştir' sonucuna ulaşmıştır.(Başvuru No:58895/0011 Mart 2002)

Ayrıca bir suç işlendiğini öğrenen kolluk görevlilerinin, gecikmeksizin durumu Cumhuriyet Savcısına bildirerek şüphelilerin yakalanması ve suç delillerinin elde edilmesini temin amacıyla CMK'nın 116 ve devamı maddeleri uyarınca usulüne uygun arama kararı alarak işlem yapması gerektiği, CMK'nın 119. maddesi uyarınca konutta yapılacak aramanın ancak hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabileceği, CMK'nın 123. maddesi uyarınca, ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerlerinin, muhafaza altına alınabileceği, yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya ise elkonulabileceği, CMK'nın 127. maddesinde ise, hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlilerinin, elkoyma işlemini gerçekleştirebileceği, hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işleminin, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması gerektiği, hâkimin, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklaması; aksi hâlde elkoymanın kendiliğinden kalkacağı düzenlenmiştir. Somut olayda, yukarıda sözü edilen yasal düzenlemelere aykırı şekilde İl Jandarma Komutanlığına sanığın fuhuş yaptırdığının ihbar edilmesi üzerine, Cumhuriyet savcısının CMK'nın 160 vd. maddelerine göre yaptığı yazılı veya sözlü bir görevlendirme bulunmaksızın, İl Jandarma Komutanlığı'nın düzenlediği operasyon kapsamında kolluk görevlisinin, sanığı cep telefonundan arayarak müşteri kılığında pazarlık yaptığı, kararlaştırılan yerde buluşunca da önceden seri numarası alınmış parayı sanığa verdiği, sanığın paraları cebine koyması üzerine kolluk personeli olduğuna dair kimliğini açıkladığı, akabinde sanığın yakalandığı ve üzerinde seri numaraları alınmış paraların ele geçirildiği, Cumhuriyet savcısının talimatı üzerine sanığın yanında bulunan mağdurun da yakalandığı konu ile ilgili tahkikatın yapılarak, tahkikat evrakları ile şüpheli ve mağdurun mevcutlu olarak gönderildiği belirtilmiştir.

Belirtilen ilkelere uygun bir gizli soruşturma için adli kolluk görevlendirmesi yapılmadan, adli kolluk görevlilerinin sanığı arayıp fuhuş pazarlığı yaparak sanığı teşvik etmeleri, Cumhuriyet savcısının yaptığı yazılı veya sözlü bir görevlendirme bulunmaksızın yapılan işlemler sonucunda mahkumiyet kararına dayanak olan delillerden yakalama tutanağı ve mağdurun sanığa suç isnadı içeren beyanlarına ulaşılması nedeniyle, bu delillerin hukuka uygun kabul edilemeyeceği, dolayısıyla sanığın üzerine atılı fuhuş suçunu işlediğine ilişkin, hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş delil bulunmadığının anlaşılması karşısında, sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi,

2-Kabule göre de;  
a) TCK'nın 53/1-b maddesinde yer alan hak yoksunluğunun, uygulanmasına ilişkin hükmün, Anayasa Mahkemesinin 08.10.2015 tarih ve 2014/140 esas,

2015/85 sayılı kararıyla iptal edilmesi nedeniyle uygulanma olanağının ortadan kalkmış olması,

b) Sanığın, mağdura yönelik fuhuş suçunu değişik zamanlarda birden fazla kez işlemesi karşısında TCK'nın 43/1. maddesi uygulanmaması" isabetsizliklerinden hükmün bozulmasına karar verilmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise 06.01.2017 gün ve 150717 sayı ile; "İtiraza konu uyuşmazlık sanık ... hakkında, 'Bir Kimseyi Fuhuşa Teşvik Etmek veya Yaptırmak veya Aracılık Ettirmek' suçundan hakkında TCK'nun 227/2. maddesi uyarınca verilen kararda, elde edilen delillerin de hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delil niteliğinde bulunup bulunmadığına ilişkindir. Ceza Muhakemesi Kanununun 'Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi' başlıklı 139. maddesinin suç tarihinde yürürlükte bulunan hali;

'1) Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararı ile kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir

2) Soruşturmacının kimliği değiştirilebilir. Bu kimlikle hukukî işlemler yapılabilir. Kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belgeler hazırlanabilir, değiştirilebilir ve kullanılabilir.

3) Soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili Cumhuriyet Başsavcılığında muhafaza edilir. Soruşturmacının kimliği, görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulur.

4) Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür.

5) Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz.

6) Soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz.

7) Bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

2. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),

3. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315).

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

c) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar' şeklindedir.

06.03.2014 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6526 sayılı Kanunun 13. maddesi ile CMK'nun 139. maddesinin birinci fıkrası 'soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi hâlinde kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. Bu madde uyarınca yapılacak görevlendirmeye ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oybirliği aranır' şeklinde değiştirilmiş, altıncı fıkrasına ise 'suçla bağlantılı olmayan kişisel bilgiler derhâl yok edilir' cümlesi eklenmiştir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu tarafından kanuna eklenen madde gerekçesinde;

'Kışkırtıcı ajan kullanılmasının hukuk devleti ilkesi bakımından büyük sorunlar yaratması karşısında, batı ülkelerinde giderek artan ve buna paralel olarak da toplum hayatında tamiri kabil olmayan yaralar açan organize suçlulukla mücadelede gizli soruşturma yapan bir görevliden yararlanma düşüncesi ortaya çıkmıştır. Gizli soruşturmacı, kışkırtıcı ajan değildir. Bunun kışkırtıcı ajandan en önemli farkı, gizli soruşturmacının hiç bir zaman azmettiren durumunda bulunamamasıdır.

Gizli soruşturmacı, görevi sırasında suç işlemeyecektir. Gizli soruşturmacının, içine girdiği örgüt içerisinde uzun süre kalabilmesi, onun 'uydurma kimlik' sahibi olması ve bu kimlik altında bazı işlemlerde bulunabilmesine de bağlıdır.

Karşılaştırmalı hukukta, bu tedbirler vasıtasıyla bireyin temel hak ve özgürlüklerine ağır biçimde müdahale edilmesi nedeniyle, tedbire karar verme yetkisi konusunda özel yetki kuralları öngörülmüştür' denilmektedir. Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin, 'Tanımlar' başlıklı 4. maddesinin (ç) bendinde gizli soruşturmacının; 'Gerektiğinde örgüt içine sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve örgütün işlediği suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisini' ifade ettiği belirtilmiştir. 5271 sayılı CMK'nun 139. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları ile Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin, 4. maddesinin (ç) bendi içeriği birlikte değerlendirildiğinde gizli soruşturmacının sadece 5271 sayılı CMK'nun 139. maddesinin yedinci fıkrasında belirtilen suçların, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmeleri şartıyla görevlendirilebileceği kabul edilmelidir. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmeyen suçlar için gizli soruşturmacı görevlendirilemez. Nitekim öğretideki hâkim görüş de CMK'nun 139/7. maddesinde belirtilen suçların ancak bir örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde gizli soruşturmacı kullanılabilirliği yönündedir

Ancak kolluk görevlilerinin, CMK'nun 160 ve devamı maddeleri uyarınca Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda ve genel yetkileri ile görevleri kapsamında, suç ve failini belirlemek ve suçla ilgili delilleri toplamak amacıyla, alıcı rolüne girerek, suça azmettirmeden veya teşvik etmeden şüpheliden fuhuş amaçlı kadın istemesi ve pazarlık yapması mümkündür. Bu durumlarda adli kolluk görevlisinin 5271 sayılı CMK'nun 139. maddesi uyarınca değil, 160 ve devamı maddeleri uyarınca görevlendirilmesi yeterlidir. Gizli görevlinin işlenen veya işlenmek üzere olan suçu ortaya çıkartmak için şüphelilerle temas kurarak suçüstü yakalanmalarını sağlaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun bulunmuştur. (AİHM'nin Ludi/İsviçre, 15.06.1992 gün ve 12433/1986 sayılı kararı)

Ancak görevlinin suç işlemeye niyeti olmayan kişileri suç işlemeye teşvik ve azmettirmesi AİHS'nin ihlali olarak kabul edilmiştir. (AİHM'nin Teixeira de Castro/Portekiz, 09.06.1998 gün ve 25829/94 sayılı kararı) Maddi olayda, İl Jandarma Komutanlığı'na sanığın fuhuş yaptırdığının ihbar edilmesi üzerine, İl Jandarma Komutanlığı'nın düzenlediği operasyon kapsamında kolluk görevlisinin, sanığı cep telefonundan arayarak müşteri kılığında pazarlık yaptığı, kararlaştırılan yerde buluşunca da önceden seri numarası alınmış parayı sanığa verdiği, sanığın paraları cebine koyması üzerine kolluk personeli olduğuna dair kimliğini açıkladığı, akabinde sanığın yakalandığı ve üzerinde seri numaraları alınmış paraların ele geçirildiği, Cumhuriyet savcısının talimatı üzerine sanığın yanında bulunan mağdurun da yakalandığı konu ile ilgili tahkikatın yapılarak, tahkikat evrakları ile şüpheli ve mağdurun mevcutlu olarak gönderildiği dosya kapsamından anlaşıldığından;

Maddi olayda, TCK 227. maddesinde yazılı fuhuş suçuyla ilgili olarak gizli soruşturmacı görevlendirilemez böyle bir görevlendirme CMK'nun 139. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Fuhuş suçu örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş bir suç olmadığı gibi CMK'nun 139/7. maddesinde sayılı suçlar kapsamında da bulunmamaktadır.

Bunun dışında, CMK'nun 160/2. maddesi kapsamında, Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda ve genel görevleri kapsamında kolluk görevlilerinin, kimliklerini

gizleyip alıcı rolüne girerek sanıklardan fuhuş suçuna ilişkin kadın temin etmelerinin istenmesi mümkün olduğundan, somut olaydaki iki kolluk görevlisini, gizli soruşturmacı değil 'kimliğini gizleyen kolluk görevlisi' olarak kabul etmek gerekir.

Kolluk görevlileri, öncelikle suç işlenmesinin önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması, suç işlenmesinden sonra ise işlenmiş olan suçun tespit edilerek, bu konudaki delillerin toplanması ve suç işlediği belirlenen kişinin başka bir suç işlemeye yönlendirilmeden yakalanıp adalet önüne çıkarılması sağlama görevi bulunmaktadır.

Kolluk görevlisi, işlenen fuhuş suçunu ortaya çıkartmak için şüphelilerle temas kurarak suçüstü yakalanmalarını sağlaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun olduğu bunun dışında görevlilerin, sanık ...'u suç işlemeye niyeti olmadığı halde suç işlemeye teşvik ve azmettirmesinin söz konusu olmadığı sanıkların bu işi herkesçe bilinir şekilde yaptığı ve görevlilerce suçüstü yakalandığı açıkça anlaşılması karşısında, sanığın üzerine atılı fuhuş suçunu işlediğine ilişkin, hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş delil bulunmadığının kabul edilmesi gerekir” düşüncesiyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.

CMK'nun 308. maddesi uyarınca inceleme yapan Yargıtay 18. Dairesince 08.02.2017 gün ve 393-1476 sayı ile; itiraz nedenlerinin yerinde görülmediğinden bahisle Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

TÜRK MİLLETİ ADINA  
CEZA GENEL KURULU KARARI

Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlıklar;

1- Resmi kimliğini gizleyerek soruşturma yapan adli kolluk görevlilerinin Cumhuriyet savcısı tarafından CMK'nun 160 ve devamı maddelerine uygun şekilde görevlendirilip görevlendirilmedikleri, bu bağlamda adli kolluk görevlilerinin faaliyetleri çerçevesinde elde edilip mahkûmiyet kararına esas alınan delillerden, yakalama tutanağı ve mağdurun sanığa suç isnadı içeren beyanlarının hukuka aykırı olup olmadıklarının,

2- Resmi kimliğini gizleyerek soruşturma yapan adli kolluk görevlilerinin kışkırtıcı ajan (ajan provokatör) konumunda bulunup bulunmadıkları, başka bir anlatımla sanığın adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesine ilişkin ise de; öncelikle bu hususun tespiti bakımından tutanak tanıklarının dinlenmesinin gerekli olup olmadığına, Belirlenmesine ilişkindir.

Suç tarihi itibarıyla sanık ...'un yirmi üç yaşında, bekar ve sabıkasız, mağdure ...'nın ise otuz sekiz yaşında olduğu, Kolluk tarafından düzenlenen 19.06.2006 tarihli tutanağa göre; Erzincan ili şehir merkezi ile yakın belde ve köylerinde sanığın yerli ve yabancı uyruklu kadınları erkeklere para karşılığında pazarlayarak fuhuş yaptırdığının yapılan istihbarat çalışmaları sonucunda belirlendiği, kolluk görevlilerinin pazarlık yaparak sanığı suç üstü yakalamak amacıyla yapacağı operasyonda kullanılmak üzere 9 adet 20 Liranın suretini alıp seri numaralarını tespit ettiği, Kolluk tarafından düzenlenen 19.06.2006 tarih ve 20.20 saatli yakalama tutanağına göre; 19.06.2006 tarihinde saat 19.30 sıralarında, sanığın para karşılığı fuhuş yaptırdığının ihbar edildiği, kolluk görevlilerinin telefonla ulaştıkları sanığın, elinde bir bayan bulunduğunu ve 30 Lira karşılığında ilişkiye gireceğini ifade etmesi üzerine Erzincan-Kemah karayolunda buluşmak üzere sözleşildiği, sanığın sevk ettiği ve içinde mağdurenin de bulunduğu 24 D. ... plakalı araç ile Kemah yolu köprüsünden geçerken kolluk görevlilerine takip etmeleri için işaret verdiği, sonrasında kolluk görevlilerinin sanık ile buluşarak tekrar pazarlık yaptıkları, mağdurenin iki kişi ile 60 Lira karşılığında ilişkiye gireceğini söylemesi üzerine kolluk görevlilerinin daha önceden Erzincan Cumhuriyet Başsavcılığına bildirerek seri numaralarını tespit ettikleri 3 adet 20 Lirayı sanığa verdikleri,

sanığın seri numaraları tespit edilen paraları alarak cebine koyması üzerine kolluk görevlilerinin gerçek kimliklerini açıklayarak sanığı yakaladıkları, yapılan üst aramasında seri numaraları tespit edilmiş paraların sanığın sağ pantolon cebinde ele geçirildiği, mağdurenin de nöbetçi Cumhuriyet savcısının sözlü talimatı üzerine yakalandığı,

Kolluk tarafından düzenlenen teslim-tesellüm belgesine göre; 19.06.2006 tarihinde saat 19.30 sıralarında kolluğa, sanığın para karşılığı fuhuş yaptırdığının ihbar edildiği, sanığın sevk ve idaresinde bulunan 24 D. ... plakalı araç ile geldiği, pazarlık yapılmasına müteakip sanığın yakalandığı, Mehmet Yetim üzerine kayıtlı aracın trafik şube müdürlüğü ekiplerine teslim edildiği, Dosya içerisinde Cumhuriyet savcısı ile iletişime geçildiğine dair yakalama tutanağı haricinde başka bir belge ve Cumhuriyet savcısı tarafından verilen sözlü emirlerin yazılı hâle getirildiği ayrı bir tutanağın bulunmadığı, Erzincan İl Jandarma Komutanlığınca hazırlanan soruşturma fezlekesinin 20.06.2006 tarihinde Erzincan Cumhuriyet Başsavcılığına sunulduğu ve aynı tarihte evrakın Cumhuriyet savcısının havalesi ile soruşturma defterine kaydedilmesine karar verildiği, Yakalama tutanağını düzenleyen kolluk görevlileri Ayhan Akgün ve Mehmet Demirbaş'ın tanık sıfatıyla dinlenmeksizin hüküm kurularak sanığın mahkûmiyetine karar verildiği, Anlaşılmaktadır.

Mağdure ...; altı yıl önce Türkiye'ye gelerek Mahmut Yılmaz'la evlenip boşandığını, boşandıktan sonra fuhuş yaparak geçimini sağladığını, en son Konya ilinde iken daha önce tanıdığı ve sanık ile dost hayatı yaşayan Manana Alaverdaşvili isimli arkadaşının bir ay kadar önce kendisini Erzincan'a çağırdığını, Erzincan'a geldikten sonra sanığa ait araçta kalmaya başladığını, sanığın temin ettiği erkeklerle para karşılığında sanığa ait araç içinde cinsel ilişkiye girdiğini, bu şekilde kaç kez cinsel ilişkiye girdiğini hatırlamadığını, cinsel ilişki karşılığında müşterilerden temin edilen 60 Lirayı bazen sanığın bazen de kendisinin aldığı, rızasıyla fuhuş yaptığını ve sanığın kendisini zorlamadığını beyan etmiştir. Sanık ...; otobüs terminalinde tanıştığı mağdureyi evine götürdüğünü, ailesinin kabul etmemesi üzerine birlikte kendisine ait otomobilde birlikte yaşamaya başladıklarını, mağdureye fuhuş yapması için aracılık etmediğini, olay günü yanında bulunan mağdurenin kendisini bekleyenler olduğunu söylediğini, bu esnada telefonla arandığını ve arayan şahsın yanında bulunan mağdureyi almak istediğini söylediğini, mağdurenin arayan kişilerle anlaştığını ve para alacağını söylemesi üzerine geri döndüklerini, mağdurenin şahıslardan aldığı 60 Lirayı kendisine verdiğini, bu arada şahısların Jandarma personeli olduklarını söyleyip mağdureyi yakaladıklarını, kendisinin fuhuşa aracılık etmediğini, şahıslarla mağdurenin anlaşmış olabileceğini savunmuştur.

Uyuşmazlık konularının sırasıyla ele alınmasında fayda bulunmaktadır. 1- Resmi kimliğini gizleyerek soruşturma yapan adli kolluk görevlilerinin Cumhuriyet savcısı tarafından CMK'nun 160 ve devamı maddelerine uygun şekilde görevlendirilip görevlendirilmedikleri, bu bağlamda adli kolluk görevlilerinin faaliyetleri çerçevesinde elde edilip mahkûmiyet kararına dayanak olan delillerden, yakalama tutanağı ve mağdurenin sanığa suç isnadı içeren beyanlarının hukuka aykırı olup olmadıkları; Tarihsel süreç incelendiğinde daha önce kolluğa ait olan soruşturma yetkisinin insan haklarının korunması amacıyla Cumhuriyet savcılarına verildiği görülmektedir. Bu nedenle 1412 sayılı CMUK'nun 156. maddesinde düzenlenen "Zabita makam ve memurları suçluları aramakla ve işin tenviri için lazım gelen acele tedbirleri almakla mükelleftir. Bu makam ve memurlar tanzim ettikleri evrakı hemen müddeiumumiliğine gönderirler" hükmüne 5271 sayılı CMK'nda yer verilmemiş, bu kapsamda; "Bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevi" başlıklı 160. maddesi;

"(1) Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini

veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. (2) Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adlî kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür”,

“Cumhuriyet savcısının görev ve yetkileri” başlıklı 161. maddesi ise; “(1) Cumhuriyet savcısı, doğrudan doğruya veya emrindeki adlî kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir; yukarıdaki maddede yazılı sonuçlara varmak için bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir. Cumhuriyet savcısı, adlî görevi gereğince nezdinde görev yaptığı mahkemenin yargı çevresi dışında bir işlem yapmak ihtiyacı ortaya çıkınca, bu hususta o yer Cumhuriyet savcısından söz konusu işlemi yapmasını ister.

(2) Adlî kolluk görevlileri, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhâl bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeye ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür

(3) Cumhuriyet savcısı, adlî kolluk görevlilerine emirleri yazılı; acele hâllerde, sözlü olarak verir” şeklinde düzenlenmiş, 5271 sayılı CMK henüz yürürlüğe girmeden önce 5353 sayılı Kanun ile maddenin 3. fıkrasına “Sözlü emir, en kısa sürede yazılı olarak da bildirilir” cümlesi eklenmiştir.

Görüldüğü üzere 5271 sayılı CMK'da adli kolluk görevlileri kendilerine yapılan bir suça ilişkin ihbar veya şikâyetleri, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri derhâl Cumhuriyet Başsavcılığına bildirecek ve Cumhuriyet savcısının emirleri doğrultusunda işin aydınlatılması için gerekli soruşturma işlemlerine başlayacaktır. Buna göre kolluk sadece ilgili Cumhuriyet savcısının her somut işlem bakımından vereceği emir üzerine yetki kazanmaktadır. (Yener Ünver-Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet, Ankara, 2017, s. 198) Cumhuriyet savcısı tarafından verilen emirler yazılı, acele hâllerde ise sözlü olarak verilecektir. Acele hâllerde verilen sözlü emir, en kısa sürede yazılı hâle dönüştürülerek mümkün olması hâlinde en seri iletişim vasıtasıyla ilgili kolluğa bildirilecek, aksi hâlde ilgili kolluk görevlilerince yazılı emrin alınması sağlanacaktır. Ancak, kolluk görevlisi emrin yazılı hâle getirilmesini beklemeden sözlü emrin gereğini yerine getirmek zorundadır. Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Kolluk tarafından düzenlenen 19.06.2006 tarihli yakalama tutanağında sanığa teslim edilecek paraların seri numaralarının alınması işleminin Erzincan Cumhuriyet Başsavcılığına bildirildiği ve mağdurenin de Cumhuriyet savcısının sözlü talimatı üzerine yakalandığının belirtilmesi karşısında, Cumhuriyet savcısının kolluğa yapılan ihbardan haberdar edildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Öte yandan, CMK'nun 161/3. maddesinde yer alan “Sözlü emir, en kısa sürede yazılı olarak da bildirilir” hükmünün, esasen kolluğun muhakeme süjesi olan Cumhuriyet savcısının talimatları doğrultusunda hareket etmesini ve kolluk tarafından yapılan bütün işlemlerin yargısal denetime açık olmasını sağlayan, bu suretle keyfiliği önleyerek kişilerin adil yargılanma hakkını güvence altına alan bir düzenleme olduğu nazara alındığında; acele hâl sebebiyle sözlü olarak verdiği emirleri yazılı olarak bildirmeyen Cumhuriyet savcısının, olaydan bir gün sonra kolluk tarafından kendisine teslim edilen fezlekeyi soruşturma defterine kaydetmesinin, yapılan işlemlerin talimatları doğrultusunda gerçekleştirildiğini gösterdiği, bu anlamda yürütülen soruşturmada kanun koyucunun anılan düzenleme ile ulaşmak istediği amacın gerçekleştiği ve gelinen aşamada sözlü emirlerin yazılı hale getirilme şartına uyulmamasının sonuca etkili olmadığı kabul edilmelidir.

Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının bu uyuşmazlık yönünden kabulüne karar vermek gerekir. Çoğunluk görüşüne katılmayan Ceza Genel Kurulu Üyesi ...; "Gizli soruşturmacı

görevlendirilmesi tedbirinin Ceza Muhakemesi Kanununda (CMK) düzenlenmiş olması gözetildiğinde, bu tedbirin adli olduğunu göstermektedir. Koruma tedbiri olmaktan çok delile başvurmak için kullanılan bir araştırma vasıtası olduğu kabul edilmektedir. Bahri Öztürk-Behiye Eker Kazancı-Selim Soyer Güleç: Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, Ankara, 2013, s.235 vd.) Gizli soruşturmacı, işlenmiş bir suç konusunda araştırma yapan ve delil toplayan bir kamu görevlisidir.

5271 sayılı CMK'da düzenlenen ve özel bir tedbir olan gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ikincil nitelikte bir tedbir olmakla istisnâ niteliktedir. Bu nedenle genişletilmesi olanaksızdır. Ceza Muhakemesinde kıyas her ne kadar olanaklı ise de sınırlayıcı hükümler ile istisnâ hükümlerde kıyas yasaklanmıştır (Yener Ünver-Hakan Hakeri: Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2011, s.25 vd). Öte yandan CMK. m.139'da düzenlenen gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri bir başka yöntemle aşılamaz. Bir başka ifade ile anılan madde farklı isimlendirilme/nitelendirme ile bertaraf edilemez. Sözelimigizli görev yapan polis/kamu görevlisi gibi bir isimlendirme ile CMK. m.139'un alanı genişletilemez. Bu bağlamda Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu(PVSK) Ek Madde 7 ile de aşılamaz. Kaldı ki, anılan madde CMK. 139. maddesini de kapsamamaktadır. Gizli soruşturmacının CMK'nun 139. maddesinde düzenlenmiş olması karşısında 'artık bu hükümde gösterilen şartlara aykırı olarak ceza soruşturmalarında x muhbir' kullanılabilmesi engellenmiştir. Buna rağmen x muhbir kullanıldığı takdirde bu kullanımın doğal sonucu da hukuka aykırılık olacaktır. Dolayısıyla, gizli soruşturmacı olarak kullanılan x muhbirin tanıklığı da kabul edilmemelidir. (Ersan Şen: Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı X Muhbir, 5. Baskı, Ankara, 2011, s.223 vd.) Öte yandan Gizli Soruşturmacı görevlendirilmesi olanaksız olan bir suçta ise esasen CMK. 139. maddeye hiçbir şekilde başvurulamaz.

Bu bağlamda hemen belirtilmektedir ki gizli soruşturmacı ve buna tekabül eden - hukuka aykırı da olsa- yapılan görevlendirmeler sonucu, görevli suç işlemeye azmettirmemez, suça kışkırtamaz. Gerçekten de hukukun üstünlüğünün eriştiği günümüzün çağdaş hukuk anlayışında kışkırtıcı ajanın suç işletmesi kabul edilemeyeceği gibi, ajanın cezalandırılması da gerekmektedir. (Ozan Ercan Taşkın: Kışkırtıcı Ajan, Ankara, 2011, s. 263 vd.) Gizli Soruşturmacı görevlendirilmesinin mümkün olmadığı somut olayda, görevlendirilen görevli; sanığı yönlendirmiş -ki iddianame de olay öncesine ilişkin değildir- elde edilen delillerin hukuka uygunluğu bulunmamaktadır. CMK. 139'un öngördüğü koşulların CMK. 160. maddeyle aşılması kabul edilemez. İstisnai ve özel sınırlayıcı hüküm bu şekilde bertaraf edilirse ortada hukuk devleti ilkesinin ihlal edileceğine kuşku bulunmamaktadır. Bu düşüncelerle çoğunluğun düşüncelerine katılmıyorum" görüşüyle, Diğer yedi Ceza Genel Kurulu Üyesi de; benzer düşüncelerle karşıoy kullanmışlardır.

2- Resmi kimliğini gizleyerek soruşturma yapan adli kolluk görevlilerinin kışkırtıcı ajan (ajan provokatör) konumunda bulunup bulunmadıkları, başka bir anlatımla sanığın adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesine ilişkin olarak; öncelikle bu hususun tespiti bakımından tutanak tanıklarının dinlenmesinin gerekli olup olmadığının değerlendirilmesine gelince; Uyuşmazlığın çözümü için Ceza Muhakemesi Kanununun 139. maddesinde düzenlenen gizli soruşturmacı kavramına değinmekte fayda bulunmaktadır. "Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi" başlıklı CMK'nun 139. maddesi "(1) (Değişik: 21/2/2014-6526/13 md.) Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi hâlinde, kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. Bu madde uyarınca yapılacak görevlendirmeye hâkim tarafından karar verilir. (Mülga son cümle: 24/11/2016-6763/27 md.)(...)

(2) Soruşturmacının kimliği değiştirilebilir. Bu kimlikle hukukî işlemler yapılabilir. Kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli

belgeler hazırlanabilir, değiştirilebilir ve kullanılabilir.

(3) Soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili Cumhuriyet Başsavcılığında muhafaza edilir. Soruşturmacının kimliği, görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulur. (Ek cümleler: 15/8/2017-KHK-694/142 md.) Soruşturmacı, kovuşturma evresinde tanık olarak dinlenmesinin zorunlu olması halinde, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan veya ses ya da görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlenir. Bu durumda 27/12/2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanununun 9 uncu maddesi hükmü kıyasen uygulanır.

(4) Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür.

(5) Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz.

(6) Soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz. (Ek: 21/2/2014-6526/13 md.) Suçla bağlantılı olmayan kişisel bilgiler derhâl yok edilir.

(7) Bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;  
1. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),  
2. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),

3. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315).

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

c) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar” şeklindedir.

Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere gizli soruşturmacı kanundaki şartlara uyarak örgüt faaliyeti çerçevesinde veya örgütlü olup olmadığı önemli olmaksızın uyuşturucu ticareti suçlarında görev yapan kişilerdir. Somut olayda sanığa atılı fuhuş suçunun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmemiş olması nedeniyle gizli soruşturmacı görevlendirilmesi mümkün değildir. Ancak bu durum kolluk görevlisinin resmi sıfatını gizleyerek işlenen suçun tespiti, önlenmesi ve delillerin toplanması amacıyla soruşturma yapmasını da engellemeyecek, kolluk görevlisi 5271 sayılı CMK'nun 160 ve devamı maddeleri uyarınca Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda ve genel yetkileri ile görevleri kapsamında, suç ve failini belirlemek ve suçla ilgili delil toplamak için suça azmettirmeden veya teşvik etmeden bilgi toplayabilecektir. Bu durumlarda adli kolluk görevlisinin CMK'nun 139. maddesi gereğince değil, aynı kanunun 160 ve devamı maddeleri uyarınca görevlendirilmesi yeterlidir. (Yener Ünver- Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı, 9. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 474)

Ajan provokatör ise suç işleme kararı olmayan bir kimsede suç işleme kararı oluşturan, başka bir anlatımla o kimseyi suça azmettiren veya suça teşvik eden kimse olarak tanımlanmaktadır. (Ersan Şen, Türk Hukukunda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir, 5. Baskı, Ankara, Seçkin, 2011, s. 239) Ajan provokatörler kişinin suç işlenmesini teşvik etmekte ya da kişiyi suç işlemeye azmettirmekte ve bu yolla başka türlü suç işlemeyecek bir kimsenin suç işlemesini sağlamaktadırlar. Bu yönüyle ajan provokatör, gizli soruşturmacıdan ve resmi sıfatını gizleyerek soruşturma yapan kolluk görevlilerinden ayrılmaktadır. Bu bağlamda ajan provokatör kullanıldığı iddiasıyla yapılan başvuruları AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen adil yargılanma hakkı çerçevesinde inceleyen AİHM;

Rajcoomar-Birleşik Krallık kararında; uyuşturucu satışı fikri önce resmi sıfatını gizleyerek soruşturma yapan kolluk görevlilerinden çıksa da tahliye olduktan sonra suç teşkil edecek davranışlarla para kazanmak için arayış içinde olan

başvurucunun çok sayıda resmi sıfatını gizleyerek soruşturma yapan kolluk görevlisi ile iletişime geçtiğini gözeterek suçla mücadele için kolluk görevlilerinin resmi sıfatını gizleyip soruşturma yapmasının her durumda sözleşmenin ihlali sonucunu doğurmayacağını ve soruşturmada ajan provokatör kullanılmadığını, (Başvuru no: 59457/00, 14.12.2004)

Teixeira de Castro-Portekiz kararında; başvurucunun daha önce bir suç kaydı olmamasını dikkate alarak başvurucunun suç işlemeye meyilli olduğuna ilişkin iddiayı destekleyecek bir kanıtın bulunmadığını, kolluk görevlilerinin başvurucuyu suç işlemeye tahrik ettiklerini ve bu tahrik olmasaydı suçun işleneceğine dair bir belirtinin olmadığını ifade ederek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini, (Başvuru no: 25829/94, 09.06.1998)

Ramanauskas-Litvanya kararında; yolsuzlukları önleme biriminde çalışan ve resmi sıfatını gizleyen görevli tarafından üçüncü bir kişinin aklanması için üst üste yapılan rüşvet tekliflerini önceleri kabul etmeyen başvurucunun sonunda rüşvet teklifini kabul ettiği olayda, görevlinin beyanları ve görevli ile başvurucu arasındaki görüşmelere dair gizli kayıtlar gözetilerek başvurucunun suç işleme eğilimi bulunduğuna ilişkin somut bir kanıt olmaksızın, söylentiler üzerinden açık bir şekilde suç işlemeye teşvik edildiğini, görevlilerin davranışının var olan bir suç faaliyetinin pasif bir şekilde soruşturulmasının ötesinde ve suç işlenmesini teşvik etme niteliğinde olduğunu, bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini, (Başvuru no: 74420/01, 05.02.2008)

Hun-Türkiye kararında; kolluk adına çalışan ve uyuşturucu alıcısı gibi hareket eden üçüncü kişinin başvurucuyu arayarak kendisine uyuşturucu temin etmesini istediği, başvurucunun da bu teklifi kabul edip uyuşturucuyu teslim etmek için bu kişi ile buluşmasının ardından uyuşturucu karşılığında seri numaraları önceden tespit edilen paraları aldığı ve sonrasında kolluk tarafından yakalandığı olayda, kolluk adına çalışan üçüncü kişinin uyuşturucu temini için başvurucuyu aramasından önce, başvurucunun suç teşkil eden bir eylem hazırlığında olduğunu gösteren hiçbir delil olmadığını, kolluğun yönlendirmesi ile hareket eden üçüncü kişinin olayda pasif bir şekilde davranmayıp başvurucuyu suç işlemeye teşvik ettiğini ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini, (Başvuru no:17570/04, 15.12.2009)

Belirtmiştir.

Bir sanığın suç işlemeye teşvik edildiği kanısı uyandıığında ceza mahkemeleri, dava dosyasındaki delilleri dikkatli bir şekilde incelemelidir. Zira yargılamanın AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında adil olması için, kolluk görevlilerinin suça teşviki sonucunda elde edilen delillerin tümünün dışarıda tutularak bir karar verilmesi gerekmektedir. (AİHM, Sepil-Türkiye, Başvuru no:17711/07, 12.11.2013)

Öte yandan 5271 sayılı CMK'nun "Doğrudan soru yöneltme" başlıklı 201. maddesi ile Cumhuriyet savcısı, müdafii veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukata doğrudan, sanık ve katılana ise mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile sanık, katılan, tanık, bilirkişi ve duruşmaya çağırılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak soru yöneltme hakkı tanınmıştır. AİHS'nin "Adil yargılanma hakkı" başlıklı 6. maddesinin 3/d bendine göre de herkes iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek hakkına sahiptir.

Yapılan yargılama sırasında tanık dinletme hakkı da dahil olmak üzere delillerin ibrazı ve değerlendirilmesi, adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul edilen silahların eşitliği ilkesi kapsamında kabul edilmektedir. Silahların eşitliği ilkesi davanın taraflarının usuli haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelir. (AYM; B.N: 2013/1134, 16.05.2013 ve B.N: 2014/9817, 26.02.2015)

Sanığın mahkumiyetinin, mahkeme huzurunda dinlenmeyen tanıkların karara

esas alınan ifadelerine dayandığı hallerde bir denge gözetilmeli ve sanığın savunma hakkının kısıtlanmaması için tanıkların adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ilkesine uygun şekilde dinlenmeleri gerekmektedir. (D.J. Harris- M. O'Boyle- E.P. Bates- C. M. Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi, s. 328)

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde; Sanığın, kendisini arayan şahsın mağdureyi almak istediğini söylediğini, mağdurenin de arayan kişilerle anlaşıp para alacağını ifade etmesi üzerine geri döndüklerini, şahıslarla kendisinin anlaşmadığını, ancak mağdurenin anlaşmış olabileceğini savunması, hükme esas alınan ve düzenleyicileri dinlenmeyen yakalama tutanağında, sanığın fuhuş için aracılık yaptığı hususunda ihbar yapıldığının belirtilmesi karşısında; tutanağı düzenleyen kolluk görevlilerinin tanık sıfatıyla dinlenip, sanığın fuhuş için aracılık yaptığı hususundaki ihbar ile bu ihbar sonrasında sanıkla gerçekleştirilen görüşme içeriklerinin nelerden ibaret olduğu hususlarının CMK'nun 201. maddesi ile AİHS'nin 6. maddesinin 3/d bendinde tanınan haklar da gözetilmek suretiyle sorulması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayini gerekirken eksik araştırma ile hüküm kurulması isabetsizdir. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının değişik gerekçe ile kabulüne karar verilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan iki Ceza Genel Kurulu Üyesi; itirazın reddine karar verilmesi gerektiği görüşüyle karşıoy kullanmışlardır. Tutanak tanıklarının dinlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılması karşısında, resmi kimliğini gizleyerek soruşturma yapan adli kolluk görevlilerinin kışkırtıcı ajan (ajan provokatör) konumunda bulunup bulunmadıkları, başka bir anlatımla sanığın adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğine ilişkin uyuşmazlık konusu bu aşamada değerlendirilmemiştir.

**SONUÇ:**

Açıklanan

nedenlerle;

- 1- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının;
  - a. Resmi kimliğini gizleyerek soruşturma yapan adli kolluk görevlilerinin Cumhuriyet savcısı tarafından CMK'nun 160 ve devamı maddelerine uygun şekilde görevlendirilip görevlendirilmedikleri, bu bağlamda adli kolluk görevlilerinin faaliyetleri çerçevesinde elde edilip mahkûmiyet kararına esas alınan delillerden, yakalama tutanağı ve mağdurenin sanığa suç isnadı içeren beyanlarının hukuka aykırı olup olmadıklarına ilişkin uyuşmazlık konusu bakımından KABULÜNE, 20.02.2018 tarihinde yapılan birinci müzakerede yasal çoğunluk sağlanamadığından, 13.03.2018 tarihinde yapılan ikinci müzakerede oyçokluğuyla,
  - b. İkinci uyuşmazlık konusu bakımından ise DEĞİŞİK GEREKÇEYLE KABULÜNE, 13.03.2018 tarihinde yapılan müzakerede oyçokluğuyla,
- 2- Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 30.11.2016 tarih ve 13193-18388 sayılı bozma kararının KALDIRILMASINA,
- 3-Erzincan 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 12.03.2014 gün ve 170-214 sayılı mahkûmiyet hükmünün, yakalama tutanağını düzenleyen kolluk görevlileri tanık sıfatıyla dinlenmeksizin eksik araştırmayla hüküm kurulması isabetsizliğinden BOZULMASINA,
- 4- Dosyanın, mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, karar verildi.