

SORUŞTURMA ORGANLARI HESABINA HAREKET EDEN ÖZEL KİŞİLERİN EYLEMLERİNİN KAMU MAKAMLARINA ATFEDİLEBİLİRLİĞİ – İFADE ALMADA YASAK USUL OLAN “ALDATMA” ÖRNEĞİ ÜZERİNDEN BİR İNCELEME

Reşit KARAASLAN*

ÖZ

Ceza Muhakemesi Kanununun 148. maddesinde ifade alma ve sorguda yasak usuller sayılmış; bu tür usullerle elde edilen ifadelerin rıza verilmiş olsa dahi delil olarak kabul edilmeyeceği belirtilmiştir. Söz konusu hükümde sayılan yasak usullerin birçoğunun ne anlama geldiği ve içeriğinin nasıl doldurulması gerektiği kendiliğinden anlaşılacakla birlikte, aynı hususun aldatma için söylenemeyeceği açıktır. Zira maddede geçen aldatma kötü davranma, işkence, ilaç verme, cebir ve tehditte bulunma gibi diğer yasak usullerden farklı olarak insan onurunun mutlak ve açık ihlali olarak değerlendirilmemektedir. Ayrıca kolluğun başvurduğu her türlü hilenin aldatma kabul edilmesi halinde soruşturma organlarının hareket edemez hale geleceği ortadadır. Dolayısıyla yasak usul olarak aldatmanın ne anlama geldiği belirlenmelidir. İncelenmesi gereken diğer bir husus ise özel kişilerin kolluk görevlilerinin yerine ve onlar adına hareket etmelerinin ne zaman ifade alma olarak kabul edileceği ve bu rol değişiminin hangi durumlarda CMK m. 148 bağlamında “aldatma” olarak değerlendirileceğidir.

***Anahtar Kelimeler:** İfade alma, yasak usul, aldatma, özgür iradeyi sakatlayan aldatma, özel kişilerce elde edilen delil, soruşturmada tuzaga düşürme yaşağı*

“DECEPTION” AS A PROCEDURE FORBIDDEN DURING INTERROGATION AND NATURAL PERSONS’ ACTING ON BEHALF OF LAW ENFORCEMENT OFFICERS

Abstract

Procedures forbidden during the interview and interrogation are listed in the Article no. 148 of Criminal Procedure Code; and it is outlined that the statements based on such procedures cannot be accepted as evidence even if those are given out

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı/ ESKİŞEHİR, **e-posta:** resitkaraaslan@anadolu.edu.tr

ORCID : 0000-0003-2931-4284.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933603

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 21/12/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 31/03/2021

of the suspect's free will. While it could be understood what most of these forbidden procedures mean and what they include, we cannot note the same thing for deception. Because unlike misconduct, torture, administering medicines or drugs, physical coercion and threatening, deception is not considered as absolute and clear violation of human dignity and it has been considered that investigating officers would be incapacitated in the event that all kinds of tricks the law enforcement officers practice are considered as deception. Therefore, what the deception as forbidden procedure means, should be defined. Another issue that needs investigating is when individuals' acting on behalf of and in the name of law enforcement officers will be considered as interrogation and in what cases this role reversal will be considered as deception in terms of the Article no. 148 of Criminal Procedure Code.

Keywords: *Interrogation, forbidden procedure, deception, deception that damages the free will, evidence got by natural persons, prohibition of the trap in the investigation*

GİRİŞ

Şüphe ile başlayan ve şüphenin yenilmesi ile tamamlanan ceza muhakemesi yürüyüşünde¹, şüpheli (CMK m. 2/1-a) ve sanığın (CMK m. 2/1-b) sıradan herhangi bir obje olmadığı, bilakis bu kişilerin şüphenin yenilmesi hususunda önemli roller üstlenen süje² oldukları tartışmasızdır. Bu kişiler, susma haklarını kullanmadıkları sürece³ “açıklama yapma özgürlüğü⁴”

¹ Ceza muhakemesinin yürüyüşü hakkında bakınız Hakan Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku, Nisan Kitabevi, 3. Baskı, Eskişehir, 2019, s. 55 vd.; Cumhur Şahin/Neslihan Gök-türk, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara, 2020, s. 43 vd.

² Süje olarak şüpheli ve sanık hakkında genel açıklamalar için bakınız Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 174 vd.; Karakehya, s. 126 vd.; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara, 2019, s. 217 vd., 559; Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 17. Baskı, Ankara, 2020, s. 226 vd.; Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2020, s. 187 vd.

³ Werner Beulke, Strafprozessrecht, Verlag C.F. Müller, Heidelberg, 13. Auflage, 2016, kn. 125; Claus Roxin/Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht – Ein Studienbuch, Verlag C.H. Beck, 29. Auflage, München, 2017, § 25 kn. 31 vd.; daha detaylı açıklamalar için Philipp Rau, Schweigen als Indiz der Schuld, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2004, s. 31 vd.

⁴ Alman öğretisinde “*Aussagefreiheit*” olarak adlandırılan bu özgürlüğün çıkış noktasının ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerinden olan “*kimsenin kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı ilkesi*” yani “*nemo tenetur ilkesi*” olduğu kabul edilmektedir, Sabine Gleß, Löwe-Rosenberg – Die Strafprozessordnung und das Ge-

çerçevesinde, soruşturma (CMK m. 2/1-e) ve kovuşturma (CMK m. 2/1-f) aşamasında kolluk görevlilerine, Cumhuriyet savcılarına, hâkimlere veya mahkemelere yaptıkları açıklamalar ile maddi gerçeğin bulunmasına yardımcı olabilirler veyahut soruşturma ve kovuşturma makamlarının maddi gerçeğe ulaşmasını engellemeye çalışabilirler⁵. Zira şüpheli ve sanık kendi kaderini kendisi tayin edebilen bir süje olarak kendi özgür iradesine dayanan beyanları ile açıklama yapıp yapmamaya karar verebilecek durumdadır⁶.

Kanun koyucu da şüpheli veya sanığın kendi kaderini tayin edebilmesini sağlayacak mekanizmayı kurmak, korumak ve devamlılığını sağlamak için CMK'da bazı özel düzenlemelere yer vermiştir. Gerçekten de kanun koyucu bir taraftan zorla dahi kişilerin ifadesinin alınmasının veya sorguya çekilmesinin normatif dayanağını ortaya koymuş (CMK m. 145, 146); diğer taraftan ise kamu gücüyle karşı karşıya gelen şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde uyulması gereken hususları belirtmiştir (CMK m. 147, § 136 StPO). Bununla yetinmeyen kanun koyucu şüphelinin ve sanığın beyanının özgür iradeye dayanması gerektiğinin altını çizdikten sonra, bunu engelleyici kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi müdahalelerin yapılmasını kesin bir dille yasaklamış; yasak usullerle elde edilen delillerin rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir (CMK m. 148, § 136a StPO). Hatta kanun koyucu bununla da kalmayıp, hükmün yasak yöntemlerle elde edilen delillere dayanmasını, hukuka kesin aykırılık olarak kabul etmiştir (CMK m. 289/1-i).

Şüpheli ve sanık hakları ile kamunun yürütülmekte olan bir soruşturma veya kovuşturmanın tamamlanması hususundaki menfaatini dengelemeye yönelik bu düzenlemelerin⁷ CMK'da bulunmasının amacı, ceza muhakemesinin

richtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 4. Band, Teilband 1 - §§ 112-136a, 27. Auflage, De Gruyter, Berlin, 2019, § 136 kn. 27; “açıklama yapma özgürlüğü” hakkında Türk ve Alman Hukuku karşılaştırmalı detaylı bir çalışma için bakınız Mehmet Arslan, Die Aussagefreiheit des Beschuldigten in der polizeilichen Befragung, Duncker&Humblot, Berlin, 2015, s. 15 vd., 195 vd., 390 vd., 561 vd.

⁵ “Yalan söyleme hakkı” hakkında detaylı açıklamalar için Jens Tobias Gruber, Die Lüge des Beschuldigten im Strafverfahren, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2008, s. 23 vd.

⁶ Kıyaslayınız Serkan Meraklı, “İfade Alma-Sorgu Kuralları ve Bu Kurallara Aykırılık Halinde Elde Edilen Beyanların Hukuki Değeri”, in: Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, Cilt I, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 1575 vd.

⁷ Kıyaslayınız Cumhuriyet Şahin, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1994, s. 99 vd.

amacı olan “maddi gerçeğe ulaşma” ile “her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğe ulaşma çabasının kabul edilmezliği” arasındaki ilişkinin⁸ Kanuna yansıtılmasıdır⁹.

Bu bağlamda kanun koyucunun özellikle CMK m. 148’e özel bir anlam yüklediğini ileri sürmek yanlış olmayacaktır. Zira bu madde, ceza muhakemesi alanında hukuk devletine verilen en önemli görev olan insan onurunu koruma ve onu güvence altına alma yükümlülüğünün normatif düzenlemelerdeki karşılığıdır¹⁰. Bu düşüncenin CMK m. 148’de yasak usul olarak belirtilen kötü davranma, işkence, ilaç verme, cebir ve tehditte bulunma gibi usuller açısından geçerli olduğu tartışmasızdır¹¹. Buna karşın yasak usul aldatmadan bahsedildiği an, hukuk uygulayıcısının ikileme düşme ihtimalinin hiç de azımsanmayacak ölçüde yüksek olduğu bilinmektedir¹². Zira “aldatma” diğer yasak usullerden farklı olarak insan onurunun mutlak ve açık ihlali olarak değerlendirilmemektedir¹³. Keza kolluğun başvurduğu her türlü hilenin “aldatma” kabul edilmesi halinde soruşturma organlarının hareket edemez hale geleceği kabul edilmektedir¹⁴.

Dolayısıyla yasak usul olarak aldatmadan ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır. İşte bu, çalışmanın amacıdır. Çalışmada ilk önce nelerin şüphelinin özgür iradesini sakatlayan ve dolayısıyla yasaklanan “aldatma”, nelerin ise “izin verilen trik/kriminalistik hile¹⁵” olarak kabul edileceği

⁸ Kıyaslayımız Centel/Zafer, s. 6 vd.; Karakehya, s. 6 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 41 vd.; Bahri Öztürk (Ed.), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara, 2019, s. 31; Ünver/Hakeri, s. 45 vd.; Yenisey/Nuhoğlu, s. 79 vd.

⁹ Klaus Volk, Grundkurs StPO, Verlag C.H. Beck, 6. Auflage, München, 2008, § 9 kn. 13.

¹⁰ Gleß, § 136a kn. 1, 3.

¹¹ Gleß, § 136a kn. 39.

¹² Ulrich Eisenberg, Beweisrecht der StPO – Spezialkommentar, Verlag C.H.Beck, 6. Auflage, München, 2008, kn. 654; Klaus Rogall, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band II, §§ 94-136a, 4. Auflage, Carl Heymanns, Köln, 2010, § 136a kn. 56; Şahin, s. 200.

¹³ Lutz Meyer-Goßner/Bertram Schmitt, Strafprozessordnung, Verlag C. H. Beck, 62. Auflage, München, 2019, § 136a kn. 12.

¹⁴ Gleß, § 136a kn. 39.

¹⁵ Timur Demirbaş, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 71, İzmir, 1996, s. 289; Gleß, § 136a kn. 39; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a kn. 15; Rogall, § 136a kn. 56; Jan Schuhr, Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 1, §§ 1-150, Verlag C.H.Beck, 1. Auflage, München, 2014, § 136a kn. 40.

tartışılacaktır¹⁶. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ise “izin verilen trik/kriminalistik hile” noktasında kendine has bir yer teşkil eden ve yasak usul olan aldatma çerçevesinde bugüne kadar özellikle Alman Hukukunda tartışmaları beraberinde getirmiş özel bir sorun ele alınacaktır. Özel kişilerin¹⁷ kolluk görevlilerinin yerine ve onlar adına hareket etmelerinin, şüpheli ile temasa geçip delil elde etmesinin veya en azından bu yönde teşebbüste bulunmasının ne zaman ifade alma (CMK m. 147, § 136 StPO) olarak değerlendirileceği ve bu rol değişiminin hangi durumlarda CMK m. 148 (§ 136a StPO) bağlamında “aldatma” olarak kabul edileceği incelenecektir.

I. KAVRAM OLARAK “ALDATMA”

A. Aldatma Kavramının Altında Yatan Hukuki Düşünce

İfade alanın gerçeği tahrif ederek veya gizleyerek ya da gerçek olmayan hususları gerçekmiş gibi takdim ederek, şüphelinin özgür iradesini ortadan kaldıran veya özgür iradesine zarar veren ve böylece de meram anlatma hakkı, kendini itham etmeme hakkı, susma hakkı gibi ceza muhakemesine hâkim birçok ilkeyi ihlal ederek son tahlilde adil yargılanma hakkını zedeleyen her

¹⁶ Çalışmada kolluk görevlilerinden bahsedilerek yasak usul olan aldatma kavramının soruşturma aşaması ile sınırlandırılması haklı bir gerekçeye dayanmaktadır. Zira delil yasaklarının genellikle kolluk görevlilerinin hatalı eylemleri çerçevesinde tartışılan bir husus olduğu aşikârdır. Ancak pek tabii ki hâkim veya mahkeme tarafından yapılan sorguda da şüpheli veya sanığın aldatılması mümkündür. Bu şekilde bir olay gerçekten de yaşanmıştır. (A) kendisinin işlediği iddia olunan bir suç nedeniyle yürütülen kovuşturmada sanık ve başka bir kovuşturmada da tanık sıfatına sahiptir. Tanık olarak dinlendiği mahkemede (A) açıklama yapmak istemediğini, zira yapacağı açıklamaların kendi aleyhine de olabileceğini belirtir. Bunun üzerine mahkeme başkanı, (A)’nın yargılamasına bakan mahkeme başkanı ile görüştüğünü, bu nedenle “gönül rahatlığı ile konuşabileceğini” belirtir. Bunun üzerine (A) açıklamalar yapar. (A)’nın tanık olarak yaptığı açıklamalar, kendisi hakkında yürütülen kovuşturmada kendi aleyhine kullanılır, detaylar için Volker Galland, “Gleichzeitige Verletzung der §§ 55 und 136a StPO”, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), Yıl 1991, s. 119. Ancak bu gibi durumların istisna olduğu kabul edilip, çalışma soruşturma aşaması ile sınırlandırılmıştır; zira kovuşturma aşamasında kamu makamlarına hesabına hareket eden özel kişilerin varlığı da oldukça uzak bir ihtimaldir.

¹⁷ Bu noktada “resmi sifata sahip olmayan kişi” yerine “özel kişi” kavramının kullanılmış olmasının bilinçli bir tercih olduğu belirtilmelidir. Zira “özel kişinin eylemi” kavramı güvenilebilir kişilerin eylemlerini kapsadığı gibi soruşturmaya gizli olarak katılan bu nedenle ilk etapta resmi sifata sahip olan ancak eylemleri CMK’nın izin verdiği sınırların dışına çıkan bu nedenle hukuken özel kişilerin eylemleri ile aynı şekilde değerlendirilmesi gereken kişilerin de eylemlerini içine alan üst bir ibaredir. Alman Hukukunda da benzer bir tercihin yapıldığı görülmektedir, Sebastian Eckhardt, Private Ermittlungsbeiträge im Rahmen der staatlichen Strafverfolgung, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2009, s. 26 vd.; Martina Matula, Private Ermittlungen, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2012, s. 17 vd., 95 vd.: “Privatperson”.

türlü kasıtlı ya da kasıtlı olmayan davranış olarak tanımlanabilecek aldatma¹⁸, yasak ifade alma usulleri arasında sınırları en belirsiz olanı olarak kabul edilmektedir¹⁹. Zira aldatmanın bir hukuk devletinde kabul edilebilir olmadığı tartışmasızdır. Tartışmasız olan bir başka husus ise aldatmanın diğer yasak yöntemlerden farklı olarak insan onuruna mutlak aykırılık oluşturmadığıdır²⁰. Öyleyse aldatma kavramının içeriği öyle bir şekilde doldurulmalıdır ki, bir yandan ifade alma sırasında karşı karşıya gelen ceza muhakemesi süljelerinden güçsüz ve savunmasız olan şüphelinin CMK m. 147’de yer alan hakların eksiksiz bir şekilde kendisine sunulması suretiyle güçlenmesi ve savunma yapabilir konuma geçmesi ve böylece “silahların eşitlenmesi”; diğer taraftan ise soruşturma makamlarının şüpheyi yenme faaliyetlerinin aksamaması sağlanmalıdır²¹. Bu belirlemenin tam da son noktası, yani şüpheyi yenme faaliyeti çerçevesindeki her hilenin aldatma kabul edilmesi halinde, suçun aydınlatılması sürecinde kamu makamlarının işlevselliğinin felce uğramasının ihtimal dâhilinde olması, öğretinin aldatmayı neden dar yorumladığını²² kendiliğinden anlatır niteliktedir. Zira yapılacak olan dar yorum sayesinde, CMK m. 147’de yer alan hakları eksiksiz bir şekilde garanti altına alınan şüphelinin karşısında, bu kez de kanunun kendisine belli başlı noktalarda hile kullanmasına izin verdiği soruşturma makamları yerini alabilecektir. Bu, yani

¹⁸ Kıyaslayınız Seydi Kaymaz, Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 104; Şahin, s. 203.

¹⁹ Eisenberg, kn. 654; Rogall, § 136a kn. 56; Şahin, s. 200. Aldatmanın sınırının ve içeriğinin belirlenmesinin zor olmasının bir diğer sebebi de ilk etapta aldatma olarak değil de diğer bir yasak usul olarak değerlendirilebilecek bazı durumların, aslında aldatma olarak kabul edilebileceği gerçeğidir. Örneğin CMK m. 148’de sayılan bir diğer yasak usul olan kanuna aykırı bir yarar vaat etme de birçok zaman aldatma olarak kabul edilebilir. Gerçekten de örneğin ifade alanın şüpheliye konuşursa tutuklanmayacağını söylemesi aldatma olarak değerlendirilebilecektir; zira bir kişinin tutuklanma(ma)sı kolluk görevlisinin yetkisi dâhilinde bir konu değildir. Buna karşın ifadeyi alanın kişiye tutuklanmaması için yardımcı olacağını söylemesi veya kanunlarda yer alan etkin pişmanlık gibi usuller hakkında şüphelinin bilgilendirilmesi, kanuna aykırı vaat kabul edilemez. Öyleyse görüldüğü üzere diğer yasak usullerin kapsamında değerlendirilebilecek bazı eylemlerin de bazen aldatma, bazen ise krininalistik hile kabul edilmesi mümkündür, kıyaslayınız Gleß, § 136a kn. 58; Kaymaz, s. 108; Şahin, s. 216.

²⁰ Gleß, § 136a kn. 39; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a kn. 12.

²¹ Kıyaslayınız Matthias Jahn, “Strafprozessrecht als geronnenes Verfassungsrecht - Hauptprobleme und Streitfragen des § 136a StPO”, in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2005, s. 1057 vd.; Ralf Krack, “Der Normzweck des § 136a StPO”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSfZ), Yıl 2002, s. 120 vd.

²² Demirbaş, s. 288; Herbert Diemer, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, Verlag C.H.Beck, 8. Auflage, München, 2019, § 136a kn. 19; Gleß, § 136a kn. 39; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a kn. 12; Rogall, § 136a kn. 56.

şüphelinin haklarını garanti altına almak ile soruşturma makamlarının şüphenin yenilmesi hususundaki menfaatlerini dengelemek, aynı zamanda CMK m. 148’de yer alan aldatmanın altında yatan hukuki düşüncüyü de açıklamaktadır: Susma hakkını kullanmadığı sürece, yani istemesi durumunda maddi gerçeğin ortaya çıkması veya çıkmaması için açıklama yapma özgürlüğüne sahip şüphelinin ağzından çıkan her bir kelime kendisinin özgür iradesine dayanması halinde “delil” olarak değerlendirilebilir. Bu delilin “kullanılabilir” olması ise, kolluğun başvurduğu hilenin “aldatma” olmamasına bağlıdır²³.

Ancak kabul etmek gerekir ki, CMK m. 148’de yer alan aldatmanın içeriğinin hangi düşünce ile doldurulması gerektiğini ortaya koymak yeterli değildir. Önemli olan bu unsurun içeriğinin nasıl doldurulması gerektiğini belirlemektir. Bu noktada öğreti zararsız yalan, ince hile gibi muğlak ifadelerin temel alınmasındansa; aldatma sonucu şüpheli veya sanığın özgür iradesinin sakatlanıp sakatlanmadığı düşüncesinden hareket edilmesinin daha doğru olacağını savunmaktadır²⁴. Ne var ki son tahlilde bu kavramın da yoruma açık olduğu kabul edilmekte ve böylece kavramın içeriği, genellikle kazuistik bir yöntemle belirlenmektedir.

B. Aldatma Kavramının İçeriği

Aldatma kavramının içeriği doldurulurken “aldatmaya konu olabilecek hususlar” ile “aldatmanın işleniş şekli” olmak üzere ikili bir ayırım yapılması uygun olacaktır.

1. Aldatmanın Konusu Olabilecek Hususlar

Aldatma “olaya” veya “hukuki soruna” ilişkin olabilir.

Bugüne kadar ki yargı kararlarına konu olan olayları değerlendiren öğretiyeye göre, olaya ilişkin aldatmaya şu örnekler yol gösterici olacaktır: İfade almanın nedeni olarak şüpheliye bir şahsın ortadan kaybolması bildirilmişken aslında cesedin bulunması nedeniyle soruşturmanın kasten öldürme suçundan dolayı yürütülüyor olması²⁵; gerçekte böyle bir durum olmamasına rağmen şüpheliye, parmak izinin olay yerinde bulunduğuunun

²³ Kıyaslayınız Matthias Jahn, “Strafprozessrecht als geronnenes Verfassungsrecht - Hauptprobleme und Streitfragen des § 136a StPO”, in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2005, s. 1057 vd.; Krack, s. 120 vd.

²⁴ Demirbaş, s. 289; Şahin, s. 201.

²⁵ BGH, Urteil vom 31-05-1990 - 4 StR 112/90 (BGHSt 37, 52).

söylenmesi²⁶; şüphelinin olayın olduğu saatte başka yerde olduğuna dair sunduğu kanıtların çürütül(e)memesine rağmen, şüpheliye sunduğu alibinin gerçeği yansıtmadığının kesin olarak anlaşıldığının bildirilmesi²⁷; mağdurun herhangi bir hayati tehlikesinin bulunmamasına rağmen şüpheliye mağdurun öldüğünün söylenmesi²⁸; mağdurun ölmesine rağmen şüpheliye mağdurun herhangi bir hayati tehlikesinin bulunmadığının söylenmesi ve böylece olayı basite indirgemek suretiyle ikrar elde etmeye çalışmak²⁹; herhangi bir görgü tanığının olmamasına ya da var olan görgü tanığının herhangi bir kimseyi betimleyememesine rağmen, şüpheliye tanık beyanlarından bahsedilmesi³⁰; suç ortaklarının örneğin şerikin ya da birlikte failin suçu ikrar ettiğinin söylenmesi³¹.

Hukuki soruna ilişkin aldatma hususunda ise şu örnekler yol gösterici olacaktır: Kolluğun şüpheliye kendisinin yalnızca tanık olarak dinlendiğini belirtmesi ve bu sebeple susma hakkının bulunmadığını ve/veya gerçeği söyleme mecburiyeti olduğunu söylemesi³²; kolluğun şüpheliye yapılan konuşmanın teknik anlamda ifade verme olmadığını, yapılanın yalnızca olayın aydınlatılması amacıyla gerçekleştirilen bir ön dinleme, dostane muhabbet olduğunu belirtmesi, ifade vermenin daha sonra gerçekleştirileceğine dair açıklamada bulunması³³; sükût ikrardan gelir denilerek, şüpheliye, susmasının suçluluğuna delil olarak değerlendirileceğinin bildirilmesi³⁴. Hukuki soruna ilişkin aldatmaya verilebilecek başka örnekler de mevcuttur: Şüpheliye yurtdışında işlenen eylemlerin yurtiçinde hiçbir şekilde cezalandırılmadığının açıklanması ve bu nedenle korkusuz bir şekilde beyanda bulunabileceğinin söylenmesi³⁵; karşılığında hapis cezası da öngörülen bir eylem için, itham

²⁶ Eisenberg, kn. 656.

²⁷ Eisenberg, kn. 656.

²⁸ Eisenberg, kn. 656.

²⁹ Eisenberg, kn. 656.

³⁰ Gleß, § 136a kn. 40; Şahin, s. 204.

³¹ Gleß, § 136a kn. 40; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 246; Şahin, s. 204. İfade alanın amacına ilişkin aldatmaya ise örnek olarak, kolluk görevlilerinin şüpheliye kendi amaçlarının verilen ifadeden şüphelinin aleyhine sonuç doğuracak bir çıkarım olmadığı izlenimi uyandırması verilebilir, Gleß, § 136a kn. 40; Rogall, § 136a kn. 62; Şahin, s. 205.

³² Eisenberg, kn. 658; Şahin, s. 203.

³³ Gleß, § 136a kn. 40; Rogall, § 136a kn. 62.

³⁴ Eisenberg, kn. 658; Şahin, s. 203.

³⁵ Eisenberg, kn. 658.

konusu suçun yalnızca para cezası ile cezalandırıldığıının açıklanması³⁶; 18 yaşından küçüklerin hiçbir şekilde cezalandırılmadığının belirtilmesi³⁷; işlenen suçun açıkça zamanaşımına uğramamasına rağmen, itham konusu suçun zamanaşımına uğradığının açıklanması, yapılacak açıklamaların bu nedenle yalnızca dosyanın kapatılması için formalite olduğunun söylenmesi³⁸; ikrarın mutlaka ve her zaman cezayı hafifletici bir sebep olarak nazara alınacağıının açıklanması³⁹.

2. Aldatmanın İşleniş Şekli

(1) Tartışmasız olan husus, bilerek ve istenerek yapılan ve objektif olarak yanlış olan açıklamaların ve/veya yönlendirmelerin her halükârda aldatma olduğudur. Bu noktada aldatmanın konusu olabilecek hususlar arasında da bir ayırım yapılmamaktadır, diğer bir ifadeyle aldatmanın hukuki ya da fiili duruma ilişkin olmasının bir önemi bulunmamaktadır⁴⁰. Öğreti bu noktada bir adım daha ileri gitmekte ve aldatmanın mutlaka sözle yapılmasının gerekmediğini belirtmektedir. Öğretiye göre belli başlı davranışlar da bu kategori altında değerlendirilmelidir. Bu duruma örnek olarak da kolluğun suçta kullanılan silahı bulamadığı olayda, kullanılan silahın teknik özellikleri ile aynı başka bir silahı şüphelinin önüne koyarak, şüpheliye olayda kullanılan silahın bulunduğu izlenimini vermesi gösterilmektedir⁴¹.

(2) Buna karşın aldatmanın bilerek ve istenerek yapılmadığı, kolluğun şüphelide dikkatsizlik, yanlışlık sonucu yani taksirle sebep olduğu hataların aldatma kabul edilip edilmeyeceği hususu tartışmalıdır⁴².

Baskın görüşe göre taksirle sebep olunan aldatma, CMK m. 148 anlamında aldatma kabul edilemez⁴³. Zira CMK m. 148'de geçen aldatmanın maddi ceza hukukundaki karşılığı dolandırıcılık suçundaki aldatmadır. Tıpkı orada

³⁶ Gleß, § 136a kn. 40; Eisenberg, kn. 658; Şahin, s. 203.

³⁷ Eisenberg, kn. 658.

³⁸ Eisenberg, kn. 658.

³⁹ Gleß, § 136a kn. 40; Şahin, s. 204.

⁴⁰ Şahin, s. 207.

⁴¹ Gleß, § 136a kn. 41.

⁴² Demirbaş, s. 291.

⁴³ BGH, Beschluss vom 07-06-1983 - 5 StR 409/81 (BGHSt 31, 395); BGH, Urteil vom 24.08.1988 - 3 StR 129/88 (BGHSt 35, 328); BGH, Urteil vom 17.11.1989 - 2 StR 418/89 (NSTZ 1990, 195); Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a kn. 13; Rogall, § 136a kn. 59.

olduğu gibi şekli ceza hukukunda da aldatma belli bir amaca yönelmiş belli bir gaiye ulaşmak için ortaya konulmuş bir oyundur. Taksirle dolandırıcılıktan bahsetmek mümkün olmadığına göre, yanlışlıkla neden olunan aldatmadan da bahsetmek olanaksızdır⁴⁴.

Buna karşın haklı olarak savunulan diğer bir görüşe göre ise, maddi ceza hukuku ile şekli ceza hukuku arasında bir bağlantı kurmak hatalıdır. Aldatma unsurunun içeriği yalnızca CMK m. 148'in altında yatan hukuki düşünce ile açıklanmalıdır⁴⁵. Bu görüşün sonucu olarak da ifade alan kişinin bilgisizliğinden, dikkatsizliğinden, somut olayı kendinden kaynaklanan nedenlerle yanlış yorumlamasından dolayı yaptığı ve bu nedenle şüphelinin özgür iradesini sakatlayan açıklamaların da aldatma olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu noktada aldatmanın konusu olabilecek hususlar arasında da bir ayırım yapılmamaktadır, diğer bir ifadeyle aldatmanın hukuki ya da fiili duruma ilişkin olmasının bir önemi bulunmamaktadır⁴⁶. Dolayısıyla örneğin karşılığında hapis cezası da öngörülen bir eylem için, itham konusu suçun yalnızca para cezası ile cezalandırıldığına açıklanması, ifade alanın kötü niyetli olup olmamasından tamamen bağımsız olarak aldatma kabul edilmelidir. Keza örneğin ifade devam ederken gelen bir bilgiyi kolluk görevlisinin yanlış yorumlaması ve mağdur ile diğer failin ismini karıştırması sonucu, şüpheliye diğer suç ortağının yakalandığını söylemesi durumunda da CMK m. 148 anlamında aldatma mevcuttur⁴⁷.

(3) Aldatmanın hukuki ya da fiili duruma ilişkin bazı bilgilerin saklanması veya açıklanmaması suretiyle de işlenebileceği genel olarak kabul görmektedir. Ancak öğretiyi haklı olarak iki hususun dikkatten kaçırılmaması gerektiğini ifade etmektedir: Bunlardan birincisi CMK m. 148 hükmünün izin verilen trik/kriminalistik hile olarak da adlandırılan sorgu tekniklerini yasaklamadığıdır.

⁴⁴ Rogall, § 136a kn. 59.

⁴⁵ Demirbaş, s. 291; Eisenberg, kn. 664a; Gleß, § 136a kn. 49 vd.; Şahin, s. 207. Bu görüşü savunan yazarlara göre maddi ceza hukuku ile şekli ceza hukuku arasında bir bağlantı kurmak hatalıdır; zira TCK m. 157'de yer alan aldatma unsuru ile netice haksızlığı yasaklanmaktadır. Buna karşın CMK m. 148'de yer alan aldatma yasağının amacı, şüphelinin özgür iradesinin sakatlanmasının önlenmesidir. Öyleyse CMK m. 148'de yer alan aldatma ile TCK m. 157'den farklı olarak netice değil, özgür iradeyi sakatlayan eylemlerin engellenmesi amaçlanmaktadır. Diğer bir ifadeyle yasaklanan şey, hareketin haksızlığıdır. Dolayısıyla CMK m. 148 anlamında aldatmanın kasten veya taksirle meydana getirilmesi arasında bir fark bulunmamaktadır, bakınız Eisenberg, kn. 664a.

⁴⁶ Gleß, § 136a kn. 49 vd.; Eisenberg, kn. 664a; Kaymaz, s. 106.

⁴⁷ Şahin, s. 207.

İkincisi ise CMK m. 148 anlamında aldatmadan bahsedilebilmesi için hilenin varlığının tak başına yeterli olmadığıdır; aldatma şüphelinin özgür iradesi üzerinde de etkili olmalıdır⁴⁸. Diğer bir ifadeyle öğretiyeye göre şüphelinin irade hürriyeti üzerinde hiçbir etki doğurmayan hileli davranış, sırf hileli olduğu için hukuka aykırı kabul edilmemektedir⁴⁹.

Bilginin saklanması suretiyle aldatma unsuruna bu şekilde yaklaşıldığı zaman, ortaya çıkan tablo şu şekilde özetlenebilir: CMK m. 147 ile soruşturma makamlarına yüklenen aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmediği durumlarda otomatikman CMK m. 148 bağlamında aldatmadan bahsetmek hatalı bir yaklaşım olacaktır. Ne zaman ki CMK m. 147’de yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi sonucu şüphelinin özgür iradesi sakatlanmıştır, bu durumda yasak usul sonucu elde edilmiş bir delilin varlığından bahsedilebilecektir. Bu, örneğin şüphelinin müdafî yardımından yararlanma hakkının açıklanmaması veya susma hakkının olduğunun şüpheliye bildirilmemesi durumlarında mevcuttur⁵⁰.

Her aldatmanın özgür iradeyi sakatlayan aldatma olmadığı hususu fiili duruma ilişkin bazı bilgilerin saklanması veya açıklanmaması hali için de geçerlidir. Buna göre soruşturma makamı tabiri caizse “elindeki tüm kartları masaya sermek” zorunda değildir⁵¹. Zira kolluğun şüpheliye hangi bilgilere sahip olduğunu açıklamak veya açıklamamak suretiyle ifade almayı yönlendirmeye çalışması tamamen ifade alma tekniğini ilgilendiren bir durumdur⁵² ve CMK m. 148 böylesi kriminalistik hileyi yasaklamak amacı gütmemektedir. İfade almanın amacı, şüpheliye kendisine yüklenen suçun anlatılması ve şüphelinin bu iddiaya yanıt vermesidir; yoksa soruşturma makamlarının suç hakkında elde ettikleri tüm bilgiyi şüpheliye aktarması değildir. Öyleyse kolluk görevlisi şüpheliye gerçek dışı bir şey söyleyemese de tüm gerçeği de aktarmak zorunda değildir; kolluk görevlisi şüphelinin söylediklerinin doğru olup olmadığını kontrol etmek amacıyla sahip olduğu bazı bilgileri şüpheliye aktarmayabilir⁵³. Bu bağlamda örneğin suçta kullanılan

⁴⁸ Gleß, § 136a kn. 42 vd.

⁴⁹ Şahin, s. 204.

⁵⁰ BGH, Beschluss vom 19. 10. 2005 - 1 StR 117/05 (NSTZ-RR 2006, 181).

⁵¹ Kaymaz, s. 106.

⁵² İfade alma/sorguya çekme taktikleri hakkında detaylı açıklamalar için Öztürk (Ed.), s. 374 vd.

⁵³ Gleß, § 136a kn. 43; Şahin, s. 204 vd.

silahın bulunduğunu kolluk görevlisi şüpheliye söylemek zorunda değildir; zira CMK m. 148 ile yasaklanan husus bulunmadığı halde silahın bulunduğu şeklindeki ifadelerle şüphelinin özgür iradesinin sakatlanmasıdır.

(4) Aldatmanın işleniş şekli hususunda üzerinde tartışılan diğer bir husus ise, soruşturma makamlarının şüphelide var olan hatadan yararlanması halidir. Diğer bir ifadeyle soruşturma makamlarının aktif bir davranışla şüpheliyi hataya düşürmeleri durumunda, diğer şartların da varlığı halinde, CMK m. 148 anlamında aldatmadan bahsetmek hususunda herhangi bir duraksama yaşamaya gerek bulunmamaktadır⁵⁴. Buna karşın soruşturma makamlarının şüphelide hali hazırda var olan bir hatayı kullanmasının, soruşturma makamlarının kendisinin sebep olmadığı şüphelideki bir hatadan faydalanmasının CMK m. 148 anlamında aldatma olarak değerlendirip değerlendirilmeyeceği hususunda bazı noktalara dikkat edilmesi gerekmektedir. Zira ifade alma soruşturma makamları ile şüphelinin karşı karşıya geldiği ve birbirleri ile iletişime geçtikleri bir zaman dilimidir. İletişimin olduğu her yerde taraflardan birinin iletişim konusu hakkında hataya sahip olması ve diğer tarafın da kendisinin sebep olmadığı bu hatadan faydalanması, kendi lehine kullanması hukukun cevaz verdiği bir durumdur. Kanun koyucu iletişimde bulunan taraflardan birinde var olan hatayı karşı tarafın kullanmasını engellemek istediği zaman, bunu açıkça düzenlemek zorundadır⁵⁵.

CMK m. 148’de yer alan aldatma unsuruna da bu şekilde yaklaşmak ve sağlıklı sonuçlar için hukuki ve fiili olay ayırımı yapmak yerinde olacaktır:

CMK m. 147, kanun koyucunun iletişime geçen taraflardan birini koruma altına aldığı normlara örnektir. Dolayısıyla şüphelide var olan hukuki olaya ilişkin bir hata söz konusu olduğunda, soruşturma makamları bu hatayı düzeltmekle yükümlüdürler. Zira bir hukuk devletinde soruşturma makamları ile karşı karşıya geldiklerinde kişiler, CMK m. 147’de yer alan aydınlatma yükümlülüğünün ceza adalet sistemine katılan makamlarca güvence altına alındığına dair haklı güven duyarlar. Bu nedenle örneğin bir şüphelinin kendisine baro tarafından bir müdafî atanacağını bilmemesi sebebiyle müdafî istemediğini söylemesi durumunda, kolluk görevlisi şüphelide var olan bu hatayı düzeltmekle yükümlüdür⁵⁶. Hatta öğretî CMK m. 147/1-b’de yer alan şüpheliye “*yüklenen suç anlatılır*” ifadesinden dolayı, işlenen suçla ilişkin

⁵⁴ Eisenberg, kn. 669.

⁵⁵ Kıyaslayımız Gleß, § 136a kn. 1, 3, 46 vd.

⁵⁶ Şahin, s. 206.

şüphelide var olan hukuki hatanın da düzeltilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Buna örnek olarak da etkin pişmanlık gibi kanun koyucunun o suça ilişkin lehte bazı düzenlemeler yaptığını düşünen şüphelinin sırf bu hatadan dolayı açıklama yapmaya hazır olduğu durumlar gösterilmektedir⁵⁷.

Tamamen farklı değerlendirilmesi gereken husus ise şüphelide var olan fiili olaya ilişkin hatanın soruşturma makamlarınca kullanılmasıdır; zira ceza adaletine katılan kamu organlarının var olan fiili hatayı düzeltmesini emreden bir normun var olmaması karşısında bu makamların şüphelide var olan hatayı kullanmaları yasak usul olarak değerlendirilemez. Buna örnek olarak şüphelinin belirli delillerin zaten bulunmuş olduğuna dair hatası zikredilebilir⁵⁸. Bu noktada öğretinin haklı olarak ortaya koyduğu tek sınır, kolluğun var olan hatayı herhangi bir biçimde kuvvetlendirmesi diğer bir ifadeyle hatayı derinleştirmesidir. Böylesi bir durum mevcut ise, şüphelide var olan hata kullanılamaz⁵⁹.

Mevcut olan hatanın kullanılması ile mevcut olan hatanın derinleştirilmesi arasındaki sınırın her zaman kolay çizilemediği de bir gerçektir. Örneğin suç işlerken filme alındığını düşünen şüpheli kolluk görevlisine dönerek hiçbir şansı kalmadığını söylemiştir. Bunun üzerine kolluk görevlisi yalnızca kafa sallamıştır. Yukarıda belirtilen genel kurallar çerçevesinde bu durumda var olan hatanın izin verilen ölçüde kullanıldığı kabul edilebilir. Buna karşın aynı örnekte kolluk görevlisi sadece kafa sallamasa, ayrıca bir de şüphelinin sözlerini açıkça teyit etse, bu durumda var olan bir hatanın derinleştirilmesi söz konusu olacağından, CMK m. 148 anlamında aldatmanın var olduğu kabul edilmelidir⁶⁰.

(5) Bu başlık altında üzerinde durulması gereken son husus imalı soru, çift anlamlı soru, telkin edici soru gibi isimlerle adlandırılabilen, soru sorulan kişiyi belli bir tarafa yönlendirmeyi amaçlayan (evet-hayır sorularında olduğu gibi) yahut lafız ve kapsam bakımından belirli bir cevabı gerektiren veya kesin olmayan ve hatta olup olmadığı dahi belli olmayan bir olguyu, kesinmişçesine veyahut olmuşçasına kabul ederek formüle edilen sorulardır. Bu tip sorulara çeşitli örnekler vermek mümkündür: Olay yerinde olmadığını

⁵⁷ Kıyaslayımız Gleß, § 136a kn. 47.

⁵⁸ Eisenberg, kn. 669.

⁵⁹ Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a kn. 17.

⁶⁰ Kıyaslayımız Eisenberg, kn. 669.

söyleyen şüpheliye “olay yerini neden terk ettiniz?”⁶¹; olay yerinde kimseyi görmediğini söyleyen kişiye, “söz konusu kişiyi herhalde akşam saatlerinde olay yerinde gördünüz?”⁶²; banka soygununu tek olarak işlediğini söyleyen kişiye “suç ortağın ne tür bir arabayla kaçtı?”⁶³ veyahut “Ahmet’le hırsızlık yaptın değil mi?”⁶⁴ diye sorulması; meşru savunma çerçevesinde hareket ettiğini söyleyen kişiye “şahsa vurduğunuzu kabul ediyorsunuz o zaman”⁶⁵; şahısla uzun bir zamandır görüşmediğini söyleyen kişiye, yalnızca birkaç gün önce oynanan bir maça atfen “o zaman en son Türkiye – Sırbistan maçı olduğu akşam beraberiniz”⁶⁶ denmesi.

Gerek “kolluk karşısındaki kişinin doğru söyleyip söylemediğini bu tip sorularla anlayabilir, dolayısıyla bu tip sorular her halükârda caizdir” diyen görüş⁶⁷ gerekse de “bir hukuk devletinde hiç kimse gafil avlanmamalıdır, dolayısıyla bu tip sorulara hiçbir zaman cevaz verilmemelidir” diyen görüş⁶⁸, CMK m. 148’in altında yatan hukuki düşünce ile yani şüphelinin haklarının korunması ile kamunun suçların aydınlatılması hususundaki menfaatinin dengelenmesi ile bağdaşmamaktadır⁶⁹. Daha önce belirtildiği üzere CMK m. 148 her türlü hileyi değil, yalnızca şüphelinin özgür iradesini sakatlayan hileyi aldatma olarak kabul etmektedir. Buna karşın yukarıda verilen örneklerde istisnasız şekilde özgür iradeyi sakatlayan bir aldatmanın mevcut olduğunu söylemek zordur⁷⁰. Örneğin olay yerinde olmadığını söyleyen şüpheliye “olay yerini neden terk ettiniz?” diye sormak, şüphelinin özgür iradesini sakatlamamakta, yalnızca bu kişinin doğru söyleyip söylemediğini kontrol etmeye yardımcı olmaktadır. Keza kolluğun meşru savunma çerçevesinde hareket ettiğini söyleyen kişiye “şahsa vurduğunuzu kabul ediyorsunuz

⁶¹ Kıyaslayınız Karsten Gaede, Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 2, §§ 151-332, Verlag C.H.Beck, 1. Auflage, München, 2016, § 241 kn. 22.

⁶² Eisenberg, kn. 589 dn. 58.

⁶³ Volker Prasch, Die List in der Vernehmung und Befragung des Beschuldigten, Köln, 2002 <<https://kups.ub.uni-koeln.de/1009>> Erişim Tarihi 29 Mart 2021, s. 225.

⁶⁴ Kaymaz, s. 108.

⁶⁵ Kıyaslayınız Eisenberg, kn. 672.

⁶⁶ Kıyaslayınız Prasch, s. 231.

⁶⁷ Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a kn. 25.

⁶⁸ Prasch, s. 224 vd.

⁶⁹ Eisenberg, kn. 672; Gleß, § 136a kn. 51; Şahin, s. 208.

⁷⁰ Bu noktada belirtmek gerekir ki şüphelinin veya sanığın çocuk olması gibi özel durumlarda farklı düşünmek uygun olabilir, Şahin, s. 208.

o zaman” demesi, otomatikman kolluğun önyargılı olduğu ve bu nedenle şüphelinin ne derse desin meramını anlatmakta başarısız olacağı anlamına gelmemelidir. İfade almadaki somut duruma bağlı olarak kolluğun bu sorusu, şüphelinin mağdura vurup vurmadığını kontrol etmeye yönelik sıradan bir soru olarak da algılanabilir. Buna karşın, meşru savunmadan bahsetmenin mümkün olmadığı bir olayda kolluğun şüpheliye “meşru savunma çerçevesinde hareket ettiğiniz belli olmasına rağmen, siz hala mağdura vurduğunuzu ikrar etmiyor musunuz?” diye sorması farklı değerlendirilmelidir⁷¹.

II. SORUŞTURMA MAKAMLARI HESABINA HAREKET EDEN ÖZEL KİŞİLERCE ELDE EDİLEN DELİL

A. SORUNA GENEL BAKIŞ

Şu ana kadar yapılan açıklamalar, şüphelinin, karşısındaki kişinin kamunun ajanı olduğu hususunda tam bir bilince sahip olduğu durumlarda, diğer bir ifadeyle soruşturma makamları adına hareket ettiği her halinden anlaşılan kişi ile şüphelinin karşı karşıya geldiği durumlarda CMK m. 148 anlamında aldatmadan ne anlaşılması gerektiğini ve aldatmanın işleniş şekillerinin neler olduğunu ortaya koymuştur.

Ancak şüphelinin karşısındaki kişinin, soruşturma makamları adına hareket eden resmi sığata sahip bir kişi olmaması da mümkündür. Keza resmi sığata sahip kişinin bu sıfatını açıkça belli etmeden şüpheliyle iletişime geçerek delil elde etmeye çalışması da olasıdır. Diğer bir ifadeyle şüphelinin, kendisiyle iletişime geçen kişinin soruşturma makamları ad ve hesabına hareket ettiğini bilmemesi ve bu bilgisizliği sırasında kendi aleyhine beyanda bulunması ihtimal dâhilindedir. Böylesi bir ihtimalde soruşturma makamları ad ve hesabına hareket ettiği açıkça anlaşılmayan kişinin eyleminin CMK m. 148 anlamında aldatma olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği incelenmesi gereken önemli bir husustur.

Etrafıca açıklamaları hak eden bu sorun, bir taraftan özel kişilerce delil elde edilen olaylara diğer taraftan da gizli koruma tedbirleri kapsamında kimliğini saklayan kolluk görevlisi ile şüphelinin bir araya geldiği olaylara

⁷¹ Eisenberg, kn. 672. Öğretide aldatmanın işleniş şekli olarak incelenen bir başka husus ise ifade alma sırasında gizli ses-görüntü kaydı alınmasıdır. Kabul gören görüşe göre şüpheliye hiçbir bilgi vermeksizin veya herhangi bir kaydın olmayacağına dair güvence verilmesine rağmen (off-record/kayıt dışı konuşma) ifade alma sırasındaki beyanın kayda alınması aldatma olarak kabul edilmelidir, Gleß, § 136a kn. 52; Şahin, s. 208 vd.; ayrıca bakınız CMK m. 147/1-h.

benzemektedir. Ancak bu yakın ilişki, bu alanlarda ortaya konan genel ilkelerin olduğu gibi şüphelinin iletişime geçtiği kişinin soruşturma makamları ad ve hesabına hareket ettiği olaylara aktarılabilmesi anlamına gelmemektedir. Zira özel kişilerin delil elde etmeye yönelik girişimde bulunmalarını yasaklayan bir normun bulunmaması ve bu nedenle bu tür eylemlerin caiz olması⁷² ile özel kişilerin delil elde etmeye çalışırken yapmış oldukları eylemlerin soruşturma makamlarına isnat edilip edilmeyeceği meselesi⁷³ birbirleriyle karıştırılmaması gereken iki ayrı husustur. Keza gizli koruma tedbirlerinin aldatma üzerine kurulmuş bir yapı olduğu inkâr edilemese de bu aldatma bizzat kanun koyucu tarafından öngörülmüş ve delile ulaşmak için hukuka uygun addedilmiş bir yoldur. Bizzat kanun koyucunun cevaz verdiği bir yöntemin, öngörülen kuralların dışına çıkılmadığı sürece, yasak usul olarak değerlendirilemeyeceği izahtan varestedir.

Öyleyse birbiri ile karıştırılmaması gereken üç ihtimal, konunun daha rahat anlaşılabilmesi için net şekilde ortaya konulmalıdır:

(1) Şüpheli ile iletişime geçen ve delil etme amacıyla hareket ettiğini saklayan kişi, yalnızca kendi ad ve hesabına hareket edebilir. Bu ihtimal bugüne kadar Yargıtay kararlarına⁷⁴ konu olan ve Türk Hukukunda “özel kişilerce elde edilen delillerin akıbeti” başlığı altında tartışılan tek olay grubu olarak dikkat çekmektedir⁷⁵. Yargıtay kararlarına konu olan olaylarda yetkili mercilerce

⁷² Gunhild Godenzi, *Das strafprozessuale Verbot staatlicher Beweismittelhehlerei: Königsweg oder Luftschloss?*, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, Yıl 2008, s. 503 vd.; Hannah Stoffer, *Wie viel Privatisierung verträgt das strafprozessuale Ermittlungsverfahren?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, s. 142 vd.

⁷³ Godenzi, s. 503 vd.; Stoffer, s. 217 vd., 263 vd., 321 vd., 358 vd., 426 vd.

⁷⁴ YCGK, E. 2012/5-1270, K. 2013/248, T. 21.5.2013; YCGK, E. 2010/5-187, K. 2011/131, T. 21.6.2011.

⁷⁵ Kıyaslayınız Devrim Aydın, *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 211 vd.; İsa Başbüyük, “İletişim Sırasında Elde Edilen Gizli Ses Kayıtlarının Ceza Muhakemesinde Delil Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 1, Yıl 2017, s. 161 vd. <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/753614>> Erişim Tarihi 29 Mart 2021; Fatih Birtek, *Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 317 vd.; Ali İhsan Erdağ, “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişimin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD)*, Yıl 2011, Sayı 92, s. 31 vd. <<http://tbddergisi.barobirlik.org.tr/m2011-92-668>> Erişim Tarihi 29 Mart 2021; Ersan Şen, *Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1998, s. 162 vd.; Yusuf Yaşar, “Bir Suçun İspatı Amacıyla İletişimin Kayda Alınmasının Hukuki Niteliği”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, Yıl 4, Sayı 14, Temmuz 2013, s. 353 vd.

suç şüphesinin öğrenilerek soruşturmaya başlanılmayan bir dönemde, katılan sanıkla yapmış olduğu görüşmeleri kaydetmiştir. Yargıtay bu şekilde elde edilen delillerin ceza muhakemesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesini tartışmıştır. Yargıtay'a göre hukuka aykırı elde edilen bir delilin varlığından bahsedilemez. Keza özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı işlenen suçlardan birinin oluştuğunun da kabulü mümkün değildir⁷⁶. Yargıtay'ın

⁷⁶ Yarg. 18. CD., 16.05.2017, E. 2015/33931, K. 2017/5905: "Ceza Genel Kurulunun 21.05.2013 tarih ve 2012/5.MD-1270 esas ve 2013/248 Sayılı kararında da belirtildiği üzere, 5271 Sayılı CYY'nın 135. maddesi anlamında iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kaydı alınması, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma sırasında iki kişi arasında gerçekleştirilen görüşmenin, ancak bir üçüncü kişi tarafından uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınması halinde mümkün olacaktır. Bu yöntemle elde edilen kanıtların hukuka uygun kabul edilmeleri için de yasada öngörülen usuller dairesinde bu işlemlerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Kendisine karşı suç işlendiği gerekçesiyle bir kişinin, bir başkasıyla yaptığı telefon görüşmeleri ile ortam konuşmalarını kayda alması işleminin 5237 Sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi olanaklı değildir. Çünkü yapılan işlemin anılan madde kapsamında değerlendirilmesi için maddede belirtilen işlemlerin bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma sırasında bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesi gereklidir. Katılanın sanıkla telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt ettiği sırada, sanık hakkında yetkili organlarca başlatılmış bir soruşturma veya kovuşturma bulunmadığından, dolayısıyla 5271 Sayılı CYY'nın 2. maddesinde tanımlanan şüpheli veya sanık kavramlarının konuşmalarını kayıt edildiği aşamada sanık yönünden söz konusu olmaması, 5271 Sayılı CYY'nın 135. maddesinde düzenlenmiş olan iletişimin denetlenmesi tedbirinin yalnızca şüpheli veya sanık sıfatına sahip kişiler hakkında uygulanmasının mümkün bulunması karşısında da, katılan tarafından elde edilen kayıtların 5271 Sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve hâkim kararı olmaksızın gerçekleştirildiklerinden bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi isabetli bir yaklaşım tarzı değildir. Somut olay bu kapsamda değerlendirildiğinde; henüz yasaya göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilerek soruşturmaya başlanılmayan bir dönemde katılanın sanıkla telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kaydetmek suretiyle elde ettiği kayıtların 5271 Sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi olanağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, 5237 Sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve hâkim kararı olmaksızın gerçekleştirildiklerinden bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi isabetli değildir. Diğer taraftan, katılan tarafından elde edilmiş olan kayıtların 5237 Sayılı TCY'nın Özel Hükümler başlıklı İkinci kitabının kişilere karşı suçlar başlıklı ikinci kısmının dokuzuncu bölümünde düzenlenen özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar kapsamında kabulü de olanaklı değildir. Zira katılan eylemi bir başkasının özel hayatına müdahale olmayıp, kendisine karşı işlendiğini düşündüğü suçla ilgili olarak kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyerek, yetkili makamlara sunmak amacıyla güvence altına almaktır. Kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkânının olmadığı ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda alması halinin hukuka uygun olduğunun kabulü zorunludur. Aksi takdirde kanıtların kaybolması ve bir daha elde edilememesi söz konusudur. Öğretide, 'Meşru müdafaa olarak değerlendirilebilecek, örneğin hakaret, tehdit veya şantaj suçlarına muhatap olan ve o an konuşmaları kayıt altına alan mağdurun elde ettiği bu delil hukuka uygun sayılacaktır' (Şen, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, 2. Baskı, sf. 74), 'kayıt altına alma' gerçekleşen bir haksız saldırıya karşı, 'kayıtları takip organlarına verme' ise tekrarı muhakkak bir haksız saldırıya karşı yapılmaktadır.

ulaştığı sonucun doğru olup olmadığı bu çalışmada değerlendirilmeyecektir. Zira delil elde etme saikiyle eylemde bulunan özel kişinin hareketi sözlük anlamı itibarıyla aldatma olarak değerlendirilebilecek ise de bu kişi ne kimliğini saklayan bir kamu görevlisi ne de soruşturma makamları ad ve hesabına hareket bir kişidir. Delil toplayan kişi yalnızca kendi ad ve hesabına hareket etmektedir. Bu durumda ifade almadan bahsedilemeyeceğine göre yasak usul olan aldatmadan da bahsetmek olanaksızdır; dolayısıyla da CMK m. 148'in bu başlık altında değerlendirilebilecek eylemlere doğrudan uygulanması söz konusu olamayacaktır⁷⁷.

(2) Bu çalışmanın kapsamı dışında kalması gereken diğer bir konu ise koruma tedbirleri kapsamında hareket eden ve bu nedenle soruşturma makamları adına hareket ettiğini gizleyerek şüpheli ile temasa geçen kamu görevlilerinin eylemleridir.

Bilindiği üzere kişiye yönelik koruma tedbirleri, gözaltına almada, tutuklamada olduğu gibi bazen görünen, derhal fark edilen şekilde gerçekleşmekte bazen ise gizli soruşturma tedbirleri olarak ortaya çıkmaktadır.

Yani her ikisi de meşrudur. Netice olarak, meşru savunma çerçevesinde hareket ettiğinden, üzerinde durulan sorunda mağdurun eyleminin haberleşmenin gizliliğini ihlal veya kişiler arasındaki konuşmaların kayda alınması ya da benzeri başka bir suça vücut vermediği gibi, yapmış olduğu kayıtların da hukuka uygun olarak ele geçirilmiş olduklarından pekâlâ delil olarak değerlendirilebileceği söylenebilir.” (Erdağ, TBB Dergisi, 2011(92), sf. 54) şeklinde görüşler mevcuttur. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Katılanın, sanıkla telefonda yaptığı görüşmeleri kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların, 5271 Sayılı CYY'nin 135. maddesi kapsamında değerlendirmesi, bu bağlamda hâkim kararı olmadığından bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi olanaklı olmayıp, kendisine karşı işlendiğini iddia ettiği tehdit ve hakaret suçlarıyla ilgili olarak, bir daha elde edilme olanağı bulunmayan kayıtların, yetkili makamlara sunulmak amacıyla toplandığının, dolayısıyla hukuka uygun olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu itibarla, katılanın sanıkla telefonda yaptığı görüşmeyi kaydetmek suretiyle elde ettiği hukuka uygun olduğu kabul edilen kayıtların değerlendirilmesi suretiyle sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi, bozmayı gerektirmiştir.” (kazancı)

⁷⁷ Bu nedenle gerek delil yasaklarına ilişkin normların herkes için geçerli olduğunu ve bu nedenle özel şahıslarca elde edilen hukuka aykırı delillerin kesinlikle değerlendirilemeyeceğine ilişkin görüş (Ünver/Hakeri, s. 634 vd.) hakkında gerekse de delil yasaklarına ilişkin normların yalnızca soruşturma ve kovuşturma makamlarını muhatap aldığını belirterek özel şahıslarca elde edilen hukuka aykırı delillerin - delil elde edilirken ağır insan hakkı ihlali olması durumu istisna olmak üzere - ceza muhakemesinde kullanılabileceğini haklı olarak savunan görüş (Beatrice Brunhöber, “Privatisierung des Ermittlungsverfahrens im Strafprozess”, in: Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA), Yıl 2010, s. 586 vd.; Godenzi, s. 503 vd.; Johannes Kaspar, “Strafprozessuale Verwertbarkeit nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung”, in: Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA), Yıl 2013, s. 210 vd.; Stoffer, s. s. 217 vd., 263 vd., 321 vd., 358 vd., 426 vd.) hakkında değerlendirme yapılmasına bu çalışma kapsamında gerek bulunmamaktadır.

Bu tür tedbirlerden biri de kolluk görevlilerinin kendi kimliklerini saklamak suretiyle soruşturma yapmalarıdır. Gizli olarak soruşturmaya katılan kişi, bazen gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi⁷⁸ bazen ise gizli soruşturmacı⁷⁹ olarak kabul edilmektedir⁸⁰. Ne var ki gizli olarak soruşturmaya katılan kişinin ne zaman gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi ne zaman ise gizli soruşturmacı olarak kabul edileceği her zaman kolay yanıtlanabilecek bir soru değildir⁸¹. Ancak Yargıtay kararlarına konu olan olaylar ve bunların hukuki değerlendirmeleri göz önünde bulundurulduğunda denilebilir ki örneğin uyuşturucu madde ticareti⁸² konusunda görünüşte satıcı veya alıcı olarak görev

⁷⁸ Kıyaslayınız CMK m. 160, 161. Alman Hukukunda bu kişilere gizlice soruşturan polis memuru (*nicht offen ermitteltnde Polizeibeamte – NoeP*) da denilmektedir, Gottfried Plagemann, “Alman Hukukunda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (CHKD)*, Cilt 2, Sayı 1-2, 2014, s. 163 <<https://dergipark.org.tr/pub/iuchkd/issue/1330/15686>> Erişim Tarihi 29 Mart 2021.

⁷⁹ Kıyaslayınız CMK m. 139 ve § 110a StPO (*verdeckter Ermittler - VE*), metin için Feridun Yenisey/Salih Oktar, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu – Strafprozessordnung (StPO)*, Almanca Metin – Türkçe Çeviri, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 133.

⁸⁰ Gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi kavramı kanuni dayanağını, bir suçun işlendiği izlenimini öğrenen Cumhuriyet savcısının emrindeki kolluk görevlilerince her türlü araştırmayı yapacağını düzenleyen genel hüküm niteliğindeki CMK’nın 160 ve 161. maddelerinde bulmaktadır. Buna karşın gizli soruşturmacı kavramı ise CMK m. 139 göz önüne alındığında, var olması gereken suç şüphesi, kimin hangi süre için tedbire başvurabileceği, söz konusu suçun katalog suçlardan birisi olması ve daha birçok açıdan çok daha katı ve farklı usul ve esaslara tabi kılınmıştır, kıyaslayınız YCGK, 26.05.2015, E: 2015/10-68, K: 2015/166.

⁸¹ İki kavram arasındaki fark şu şekilde özetlenebilir: Belli bir şüpheliye veya az sayıda şüpheliye temas ederek, sürekli olmayan şekilde, yani bir defa veya ara sıra, kimliğini saklayarak soruşturma yapan kişinin gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi olduğu kabul edilmektedir. Öyleyse bir kimsenin gizli soruşturmacı kabul edilebilmesi için, bu kişinin, gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisinden farklı olarak, sadece isim ve adres gibi bilgilere ilişkin değil, aile durumu ve diğer kişisel verileri de kapsayacak şekilde uydurma bir kimliğe sahip olması gerekmektedir. Ayrıca bu uydurma kimliğin gizli olarak soruşturmaya katılan kişiye uzun süreli olarak verilmesi de diğer bir şarttır, kıyaslayınız Muhammed Demirel, “Uyuşturucu Madde Ticareti Suçlarında Alıcı Kılığına Giren Kolluk Görevlisinin Hukuki Niteliği ve Cezalandırılabilirliği”, in: *Ceza Hukuku Dergisi (CHD)*, Yıl 2018, Sayı 38, s. 103 vd.; Plagemann, s. 163 vd.

⁸² Kıyaslayınız YCGK, 26.05.2015, E: 2015/10-68, K: 2015/166: “19.11.2012 günü saat 13.30 sıralarında, Fatih İlçesi’nde gezmekte olan alıcı rolündeki görevlilerin yanına gelen ve kendisini G. olarak tanıtan bir kişinin görevlilere “burada ne geziyorsunuz” dediği, görevlilerin “öylesine dolaşıyoruz” diye cevap vermesi üzerine “hiç öylesine dolaşılıyor haliniz yok, şekliniz kaymış oğlum, sizin halinizden ben anlarım, isterseniz size yardımcı olurum” dediği, görevliler “nasıl yardımcı olabilirsin” diye sorduğunda “ne istiyorsunuz, taş mı, toz mu, ot mu arıyorsunuz, söyleyin bakalım” deyince, görevlilerin “sende ne var” demesi üzerine “bende yok ama size kanal yaparım” diyerek görevlilere “(...) nolu telefonu arayın, A. diye bir arkadaş var, kendisi hasta, senin yanına daha önce uğramış, tribe girdi, doktor parası 150 Liraymış deyin, parola bu, ikna olmazsa ben konuşurum, hadi arayın” dediği, bu

yapan kişi veya gerçek kimliğini saklayarak, farklı soruşturmalarda aynı takma isimle sürekli olmayan bir şekilde görev yapan kişi, gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisidir; zira tüm bu sayılan hallerde soruşturmacı kimliğini sadece şüpheliye karşı saklamaktadır. Buna karşın gerçek olmayan kimlik ne zaman ki bir soruşturmada uzun süreli kullanılır ve bu kimlik ile önceden somutlaştırılmayan, sayısı belli olmayan kişiler, gizli olarak soruşturmaya katılan kişinin kimliği hakkında yanıtılır, bu durumda soruşturmacının gizli soruşturmacı olduğu kabul edilir⁸³.

şahsın verdiği telefonu arayan görevlilerin telefonu açan şahsa parolayı söyledikleri ve iki saat sonra Fatihte buluşmak üzere randevulaştıkları, saat 16.10 sıralarında randevu yerine gelen sanığın görevlilere “ben sizi tanımıyorum, sizi kim gönderdi” diye sorduğu, görevlilerin “Gani” diye cevap verdikleri, sanığın “isimden çıkaramadım, yüzünü görsem tanırım, bu işler sıkıntılı, normalde ben içirmeden kimseye mal vermem ama şu an yer müsait değil, buraya kadar gelmişsiniz, size yardımcı olayım, boş gitmeyin bari, ne istiyorsunuz?” dediği, görevlilerin “sen de ne var” diye sordukları, sanığın “bende eroin var, 200 Lira verin size on numara mal getireyim” demesi üzerine görevlilerin sanığa 200 Lira parayı verdikleri, parayı alan sanığın “on dakika bekleyin malı alıp geleyim” diyerek gittiği ve bir süre sonra beyaz kağıda sarılı vaziyette daralı ağırlığı 2,3 gram gelen eroin maddesini görevlilere verip “beni her zaman arayabilirsiniz, numaramı biliyorsunuz, artık sizi tanıyorum, fotoğrafınızı aldım” diyerek uzaklaşıp gittiği, alıcı görevlilerin yeni deliller elde etmek için herhangi bir müdahalede bulunmadıkları, 14.03.2013 günü saat 11.00 sıralarında sanığı telefonla arayan görevlilerin saat 13.30 sıralarında Mısır Çarşısı önünde sanıkla buluştukları, sanığın ceketinin sağ dış cebinden çıkardığı çizgili beyaz kâğıda sarılı daralı ağırlığı 2,5 gram gelen eroin maddesini görevlilere verdiği ve anlaştıkları gibi 150 Lirayı alarak gittiği, görevlilerin tüm bu alışverişleri ve diyalogları gizli kamera ile kaydederek, sanıktan satın aldıkları uyuşturucu maddeleri tutanakla teslim ettikleri, anlaşılmaktadır. Ancak örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmeyen suçlar için gizli soruşturmacı görevlendirilemez. Nitekim öğretideki hâkim görüş de CMK’nın 139/7. maddesinde belirtilen suçların ancak bir örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde gizli soruşturmacı kullanılabilceği yönündedir. 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, suçla azmettirmeden veya teşvik etmeden şüpheliden uyuşturucu madde satın alması mümkündür. Bu durumlarda adli kolluk görevlisinin 5271 sayılı CMK’nın 139. maddesi uyarınca değil, 160 ve devamı maddeleri uyarınca görevlendirilmesi yeterlidir. Somut olayda; sanığa isnat olunan uyuşturucu madde ticareti suçunun bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmemiş olması nedeniyle, mahkemece 5271 sayılı CMK’nın 139. maddesi uyarınca “gizli soruşturmacı” görevlendirilmesine karar verilmesi isabetli bulunmayıp, alıcı rolüne girerek sanıktan uyuşturucu madde satın alan görevlinin gizli soruşturmacı değil “gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi” olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu görevlinin ancak suçla azmettirmeden veya teşvik etmeden elde ettiği deliller hukuka uygun olacaktır.” (kazancı)

⁸³ Ancak pek tabii ki altı çizilmesi gereken husus önceki dipnotta zikredilen kararın 24.11.2016 tarih ve 6763 sayılı Kanunla yapılan değişikliklerden önceki bir zamana ilişkin olduğudur. Şu anda yürürlükte olan CMK m. 139/7-a (1) uyarınca uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK m. 188) suçu çerçevesinde gizli soruşturmacı, söz konusu suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde yapıp yapılmadığına bakılmaksızın görevlendirilebilmektedir. Söz konusu değişiklik hakkında detaylı açıklamalar için bakınız Koray Doğan, “Soruşturma-

İster gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisinin isterse de gizli soruşturmacının eylemleri söz konusu olsun, her iki ihtimalde de hile ve aldatmaca olduğu açık olmakla birlikte⁸⁴, bu eylemlerin CMK m. 148 bağlamında aldatma olmadığı aşikârdır⁸⁵. Zira tüm bu tedbirler hukuki dayanaklarını CMK'dan almaktadır ve bizzat kanunun cevaz verdiği bir yöntemin yasak usul olarak değerlendirilmesi mümkün değildir⁸⁶.

Ancak bu sonuç, CMK'da öngörülen kuralların dışına çıkılmadığı sürece geçerlidir. Öyleyse bu noktada çok önemli bir hususun altı çizilmedir. Yukarıda ulaşılan sonuç yalnız ve yalnız soruşturmaya gizli olarak katılan kamu görevlisinin, kimliğini gizlemek suretiyle şüpheli ile temasa geçmesinin

da Tuzağa Düşürme Yasası", Dr.Dr.h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 969 vd., özellikle 973 vd. Söz konusu bu değişikliğin ne ölçüde yerinde olduğu öğretide haklı olarak sorgulanmaktadır. Gerçekten de öğretiye göre "*Kanaatimizce de münferit olaylarda, bir örgütle mücadele söz konusu değil iken alıcı kılığında uyuşturucu satıcısı ile irtibata geçen (...) kolluk görevlisi, bir gizli soruşturmacı değil kimliğini gizleyen kolluk görevlisi statüsündedir. Bu tür işlemler için gizli soruşturmacı görevlendirilmesine gerek yoktur. Doğası gereği bir gizli soruşturmacıdan söz edilebilmesi için bir suç örgütüne ihtiyaç vardır. Gizli soruşturmacı münferit bir olay için değil, suç faaliyetleri süreklilik arz eden örgüt hakkında bilgi edinmek, özellikle hiyerarşik yapıyı ortaya koyabilmek için görevlendirilir. (...) CMK m. 139/7'de yapılan değişiklik ise gizli soruşturmacı ile kimliğini gizleyen kamu görevlisi arasındaki ayrımı aykırı şekilde, süreklilik arz etmeyen uyuşturucu ticareti suçları bakımından da gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin önünü açtığı için yerinde değildir.*", Doğan, s. 975 vd.

⁸⁴ Arndt Sinn, "Ermittlungen im Darknet", in: Fasikül Hukuk Dergisi, Yıl 2018, Sayı 104, s. 13; Arndt Sinn, "Karanlık Ağ'da Soruşturma", (Çev. Köker N), in: Fasikül Hukuk Dergisi, Yıl 2018, Sayı 104, s. 22.

⁸⁵ Aynı sonucun bilişim teknolojileri kullanılarak uygulanan koruma tedbirleri olan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (CMK m. 135), teknik araçlarla izleme (CMK 140) gibi tedbirler için de geçerli olacağı kuşkusuzdur; zira tüm bu tedbirler hukuki dayanaklarını CMK'dan almaktadır ve bizzat kanunun cevaz verdiği bir yöntemin, belirlenen kuralların dışına çıkılmaması şartıyla, yasak usul olarak değerlendirilmesi mümkün değildir, kıyaslamamız Gleß, § 136a kn. 4.

⁸⁶ Kıyaslamamız Gleß, § 136a kn. 4. Ancak bu kişilerce yapılan eylemlerin CMK m. 148 anlamında aldatma kabul edilmeyeceğinin belirtilmesi yalnızca bu çalışmanın kapsamıyla ilgili bir husustur. Diğer bir ifadeyle soruşturmaya gizli olarak katılan kamu görevlilerinin eylemleri gerek maddi gerekse de şekli ceza hukuku bakımından birçok başkaca problemi beraberinde getirmektedir. Bu noktada özellikle belirtilmesi gereken husus gizli olarak soruşturmaya katılan bir adli kolluk görevlisinin, bu kişi ister gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi isterse de gizli soruşturmacı olarak soruşturmaya katılsın, suç şüphesi altındaki kişiyi bir suç işlemek için provoke etmesi ve bu suçun işlenmesi sırasında da şüphelinin yakalanması olarak ifade edilen devlet eliyle provokasyon halidir. Ajan provokatör ve bununla ilgili hukuki sorunlar açısından bakınız, Doğan, s. 969 vd.; Dieter Rössner/Christoph Safferling, 30 Probleme aus dem Strafprozessrecht, Verlag Franz Vahlen, München, 2017, s. 15 vd.; Goya Tyszkiewicz, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme, Duncker&Humblot, Berlin, 2014, s. 19 vd.

yasak usul olmadığını ifade etmektedir. Keza CMK m. 148 anlamında aldatma olmayan diğer bir durum soruşturmaya gizli olarak katılan kişilerin CMK m. 139, 160, 161 hükümleri ile hukuka uygun addedilen eylemleridir. Buna örnek olarak gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisinin veya gizli soruşturmacının şüpheliye uyuşturucu madde satması veya bu kişiden uyuşturucu madde alması, şüpheli ile yapılacak olan veya yapılmakta olan bir sevkiyat sebebiyle yemek yenmesi, sevkiyatın sağlanması için gerekli olan işlerin birlikte veya koordineli şekilde şüpheli ile yapılması, şüpheli ile seyahat edilmesi verilebilir.

Bu anlatımlardan da anlaşılacağı üzere, CMK m. 139, 160, 161 hükümlerinin çizdiği sınır, soruşturmaya gizli olarak katılan kişilerin eylemlerinin belli durumlarda CMK m. 148 anlamında aldatma olarak kabul edilebileceğine de işaret etmektedir. Daha basit bir ifadeyle örneğin⁸⁷ CMK m. 139, gizli soruşturmacının kimliğini saklamasını ve bu şekilde kendisine verilen görevi yerine getirirken yapması zorunlu olan eylemleri meşrulaştırmaktadır. Buna karşın CMK m. 139, şüphelinin özgür iradesini sakatlayan aldatmaya izin vermemektedir⁸⁸.

Bu durumu bir örnekle açıklamak uygun olacaktır: CMK m. 139, gizli soruşturmacının şüpheliye, soruşturma konusu suç ile ilgili doğrudan soru sormasına olanak vermektedir. Ancak gizli soruşturmacı işlendiği iddia edilen suçun soruşturulması için gereken genel çerçevenin dışına çıkarak, somutlaştırılmış, spesifik tek bir husus hakkında şüpheliden bilgi almak amacıyla hareket ederse, bunun için şüpheli ile özel bir ilişki yaratırsa veyahut var olan ilişkiyi sırf bir hususa ilişkin bilgiyi almak adına kötüye kullanırsa ya da şüphelinin aleyhine olan bir beyanı şüpheliden elde etmek amacıyla şüpheli üzerinde baskı kurarsa, *bu durumda detayları çalışmanın ilerleyen kısımlarında etraflıca açıklanacağı üzere*, fonksiyonel anlamda ifade almadan bahsedilmelidir⁸⁹. Bunun sonucu olarak da bu tür eylemler

⁸⁷ Bu açıklamalar *mutatis mutandis* gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi için de geçerlidir.

⁸⁸ Gunnar Duttge, “Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.07.2007 – 3 StR 104/07”, in: Juristen Zeitung (JZ), Yıl 2008, s. 261 vd.; Bijan Nowrouzian, “Darf der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren getäuscht werden? – Zur grundsätzlichen Zulässigkeit aktiver Täuschung im Ermittlungsverfahren”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), Yıl 2015, s. 625 vd.; Plagemann, s. 185; Michael Soiné, “Kriminalistische List im Ermittlungsverfahren”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), Yıl 2010, s. 597 vd.

⁸⁹ Kıyaslayınız EGMR Urt. v. 5.11.2002 (Beschwerde Nr. 48539/99) - Allan v.UK (JR 2004, 129); Große Kammer des EGMR, Urt. v. 21.1.2009 (Beschwerde-Nr. 4378/02) – Bykov v.

CMK m. 148 anlamında aldatma kabul edilir; zira şüphelinin kendi aleyhine delil vermeye hile yoluyla neden olunmasını, CMK m. 139 hukuka uygun hale getirmemektedir⁹⁰.

Benzer düşünceler susma hakkını kullanan şüpheli için de geçerlidir. Şüpheli susma hakkını kullanmış ise, artık bu kişinin karşısına gizli soruşturmacının⁹¹ çıkartılması ve bu sayede şüphelinin kendini suçlayıcı beyanda bulunmasına tabiri caizse zemin hazırlanması da yasak usul olarak değerlendirilmelidir. Zira susma hakkını kullanan şüphelinin karşısına bu kişinin daha önceden tanıdığı veya örneğin tutukevinde yeni tanıştığı ve “kendi mahallesinden” olduğunu düşünerek güven duyduğu gizli soruşturmacının çıkartılması, CMK m. 139 hükmü ile hukuka uygun hale getirilemeyen hile olarak değerlendirilmelidir⁹².

(3) Düşünülebilecek son ihtimal ise soruşturma makamları adına hareket ettiğini gizleyerek şüpheli ile temasa geçen özel şahısların ve/veya son tahlilde özel kişi olmakla birlikte sahip olduğu bazı özelliklerden dolayı güvenilir kişi⁹³ olarak ayrı bir isimlendirmeyi hak eden kişilerin eylemleridir. Özel şahısların veyahut bir örgüte üye olan veya olmayan ancak her hâlükârda suç örgütü ile bağlantısı olan, kolluk görevlilerine olabildiğince düzenli aralıklarla bilgi sızdıran ve bu sayede soruşturmalarda resmi makamlara yardım eden; hiçbir şekilde kolluk görevlisi olmayan ancak kimliği saklı tutulan, işadamı, taksi şoförü, hayat kadını, otel sahibi, esnaf, memur gibi aslında farklı işlerle iştigal eden kimse olarak tanımlanabilecek güvenilir kişilerin⁹⁴ eylemleri yukarıda yer alan diğer iki ihtimalin iç içe geçmiş halidir.

İşte tam da bu durum, hukuki değerlendirmeyi oldukça zorlaştırmaktadır. Gerçekten de ilk ihtimalden farklı olarak özel kişi kendi ad ve hesabına hareket

Russland (JR 2009, 514).

⁹⁰ Kıyaslayımız Duttge, s. 261 vd.; Nowrousian, s. 625 vd.; Plagemann, s. 185; Soiné, s. 597 vd.

⁹¹ Bu açıklamalar *mutatis mutandis* gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi için de geçerlidir.

⁹² Kıyaslayımız Duttge, s. 261 vd.; Nowrousian, s. 625 vd.; Plagemann, s. 185; Soiné, s. 597 vd.

⁹³ Alman Hukukunda “*Vertrauensperson – V-Mann/V-Person*” olarak isimlendirilen bu kişiler hakkında bakınız Plagemann, s. 164 vd.

⁹⁴ Güvenilir kişi hakkında oldukça detaylı açıklamalar için Veli Özer Özbeke, Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerekirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 33 vd.

etmemekte, böylece “ifade almadan bahsedilemeyeceğinden bahisle CMK m. 148’in uygulama alanı bulamayacağını” söylemek mümkün olmayacaktır. İkinci ihtimalden ise farklı olarak, şüpheli ile karşı karşıya gelen kişi bir kamu görevlisi değil, aksine bir özel kişidir. Bu tür kişilerin kimliklerini saklayarak şüpheli ile temasa geçmesine cevaz veren bir normun bulunmaması karşısında, ikinci ihtimalden farklı olarak “kanunun izin verdiği bir eylemin yasak usul olan aldatma olarak değerlendirilmesi mümkün değildir” denemeyecektir.

(4) Bu anlatılanlar ışığında çalışmanın bundan sonraki bölümünde ele alınacak esas sorun ortaya net şekilde konulabilir: Resmi sığfata sahip olmayan kişilerin, örneğın güvenilir kişilerin kolluk görevlilerinin yerine ve onlar adına hareket etmelerinin, şüpheli ile temasa geçip delil elde etmesinin veya en azından bu yönde teşebbüs etmesinin ne zaman ifade alma (CMK m. 147, § 136 StPO) olarak değerlendirileceğı ve bu rol değışiminin hangi durumlarda CMK m. 148 (§ 136a StPO) bağlamında “aldatma” olarak kabul edileceğı incelenektir. Ayrıca gizli soruşturmacının veya gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisinin susma hakkını etkisiz kılmaya yönelik, CMK m. 139, 160, 161 hükümleri ile hukuka uygun addedilemeyen ve bu nedenle hukuken özel kişilerin eylemi olarak irdelenebilecek⁹⁵, hilelerinin hangi durumlarda CMK m. 148 (§ 136a StPO) bağlamında “aldatma” olarak kabul edileceğı de değerlendirilecektir.

B. ÖZEL KİŞİLERİN EYLEMLERİNİN RESMİ MERCİLERE İSNADİYETİ

1. UYGULAMADAN ÖRNEK OLAYLAR

Olay 1: (A) hakkında uyuşturucu madde ticareti yaptığı iddiası ile soruşturma yürütölmektedir. (A)’nın eşı olan (B) kocasının daha az ceza alması için kolluk görevlisi (C)’nin yanına giderek, diğere şüpheli (D) ile görüşebileceğini belirtir. (B) ayrıca (C)’nin istemesi ve gerekli ekipmanı sağlaması halinde (D) ile yaptığı görüşmeyi kayıt altına alabileceğini belirtir. Bunun üzerine (C) gerekli ekipmanı sağlar. Ayrıca CMK m. 140 uyarınca gerekli izinler de alınır⁹⁶. (D) ile görüşmesini kayda alan (C), (D)’ye bu

⁹⁵ Bu nedenle çalışmanın bundan sonraki başlığında yer alan “özel kişi” ibaresi çalışmanın alanını daraltmamaktadır; zira “özel kişi” güvenilir kişilerin ve soruşturmaya gizli olarak katılan ancak eylemleri CMK’nın izin verdiği sınırların dışına çıkan kişilerin de eylemlerini içine alan bir ibaredir. Alman Hukukunda da benzer bir tercihin yapıldığı görölmektedir, Eckhardt, s. 26 vd.; Matula, s. 17 vd., 95 vd.

⁹⁶ Bu olayda CMK m. 140’ın şart koştuğı gerekli izinlerin alınmış olması, tek başına CMK m. 148 bağlamında aldatmanın varlığını reddetmek için yeterli değildir. Yukarıda CMK m.

konuşmanın yalnızca ikisi arasında kalacağına dair söz verir. Görüşme sırasında (D) kendi aleyhine açıklamalarda bulunur⁹⁷.

Olay 2: (A), işleyeceği bir suça eşlik etmesi için (B)'den yardım ister. Uzun yıllardan bu yana güvenilir adam olarak polise bilgi sızdıran (B), bu istek üzerine kolluk görevlilerinin yanına gider, emniyet amirliğinin telefonundan (A)'yı arayarak, eşlik edeceğini belirtir. CMK m. 135 bağlamında herhangi bir karar alınmamış olmasına rağmen⁹⁸, kolluk görevlisi (C), bu görüşmeyi dinler. Görüşme sırasında (A) kendi aleyhine açıklamalarda bulunur⁹⁹.

Olay 3: Kolluk görevlisi (C), mağdur (B)'den şüpheli (A)'yı aramasını ister. Bu isteği kabul eden (B), (C)'nin görev için kendisine verilen telefonundan (A)'yı arar. Görüşmeyi (C) de dinler. Bu görüşmede (A) kendi aleyhine açıklamalarda bulunur¹⁰⁰.

Olay 4: Şüpheli (A), daha sonra tanık olarak dinlenen (B)'ye 11.02.1994 tarihinde işlenen yağma ile ilgili olarak ikrar içerikli açıklamalarda bulunur. (B), kolluk görevlisi (C)'ye şüpheli (A)'nın kendisine telefonda yapmış olduğu açıklamaları anlatır. Bunun üzerine (C), CMK m. 135 bağlamında herhangi bir karar alınmamış olmasına rağmen güvenilir kişi olarak gördüğü (B)'den (A)'yı aramasını ve suç konusu olaya dair bilinçli sorular sorarak aynı konuşmayı tekrarlamasını ister. (A)'nın Mısır kökenli olması ve (B) ile olan telefon görüşmesini Arapça gerçekleştirmesinden dolayı, (A) ile

139 örneği çerçevesinde ortaya konan düşünce tarzı burası için de geçerlidir.

⁹⁷ BGH, Beschluss vom 31.03.2011 - 3 StR 400/10 (NStZ 2011, 596).

⁹⁸ Bu olayda CMK m. 135'in aradığı şartların gerçekleşmemiş olması, dinlemeyi hukuka aykırı hale getirecektir. Ancak söz konusu bu hukuka aykırılığın varlığı, soruşturma organlarının izlediği yolun CMK m. 148 anlamında aldatma olarak kabul edilip edilmeyeceği sorusuna yanıt vermeyecektir. Bu nedenle somut olayda yasak usul olarak aldatmanın varlığı ayrıca araştırılmalıdır. Keza somut olayda CMK m. 135'e uygun davranılmış olsaydı da bu durum kolluğun takip ettiği yolun aldatma olmadığı anlamına gelmeyecekti. CMK m. 135'e uygun davranılması elde edilen delili koruma tedbiri çerçevesinde hukuka uygun hale getirmektedir. Bu şekilde hukuka uygun hale gelen delil son tahlilde izlenen yol nedeniyle CMK m. 148 anlamında yasak usul olarak değerlendirilebilir. Öyleyse bu ve aşağıdaki olaylarda CMK m. 135'e uygun davranılmış olması ya da davranılmamış olması tek başına, yasak usul olarak aldatmanın varlığını ret ya da kabul için yeterli bir dayanak noktası olmayacaktır. Bu nedenle, CMK m. 135'e uygun hareket edildiğinin ya da CMK m. 135'e aykırı hareket edildiğinin belirtilmesi yalnızca karara konu olan olayı mümkün mertebe eksiksiz aktarma düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Öyleyse son tahlilde yukarıda CMK m. 139 örneği çerçevesinde ortaya konan düşünce tarzı burası için de geçerlidir.

⁹⁹ BGH, Urteil vom 17.03.1983 - 4 StR 640/82 (BGHSt 31, 304).

¹⁰⁰ BGH, Urteil vom 08.10.1993 - 2 StR 400/93 (BGHSt 39, 335).

(B) arasındaki görüşmeyi yalnızca (C) değil aynı zamanda tercüman (D) de dinlemiştir. Özellikle (D)'nin tanık sıfatıyla anlatımları, (A) hakkındaki mahkûmiyet kararının en önemli gerekçesi olur¹⁰¹.

Olay 5: (A), karısının öldürülmesi için suç örgütlerine mensup kişilerle görüşmeler yapmakta, bu kişilere binlerce Euro para önermektedir. 01.03.2006 tarihinde (A) adam öldürmeye akim kalan azmettirmeden¹⁰² dolayı 5 yıl hapis cezası ile cezalandırılır. Hapishanede geçirdiği süre zarfında (A), bir mafya örgütü lideri olan (B) ile tanışır ve karısının öldürülmesi için (B)'ye 150.000 Euro para önerir. (B) bu teklifi kabul ettiğini açıklar. Ancak 20.03.2007 tarihinde (B) durumu infaz kurumu müdürüne anlatır. Bunun üzerine kolluk kuvvetleri olayı aydınlatmak için çalışmalara başlar. 24.05.2007 tarihinde gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi (C), (B)'nin adamı olarak (A)'yı infaz kurumunda ziyaret eder. Bu görüşmede (C), (A)'ya iki kadın fotoğrafı gösterir ve öldürülmesi istenen kadının hangisi olduğunu sorar. (C)'nin fotoğraflarını gösterdiği kadınlardan biri (A)'nın eşi olan (D) diğeri ise (D)'ye benzeyen başka bir kadın olan (E)'dir. (C), (A)'ya emin olmak için sorduğunu, öldürülmesi istenen kişinin (D) olduğunu bildiğini ama bir aksilik olmaması için (A)'nın son kez onayını alması gerektiğini belirtir. (A) bunun üzerine başını sallayarak onaylar. (A)'nın başını sallaması (A) hakkında ikinci defa yapılan adam öldürmeye akim kalan azmettirme ilişkin yargılamada (A) aleyhine delil olarak kullanılır¹⁰³.

Olay 6: (A) işlediği iddia edilen bir suç nedeniyle tutukludur. Bu soruşturmadan tamamen bağımsız başka bir soruşturma kapsamında şüpheli olan (B), kolluk görevlisi (C) tarafından tabiri caizse “ayarlanır”. (C) ile (B) arasındaki anlaşmaya göre (B), (A) ile aynı koğuşa girecek, (C)'nin direktifleri ile belirlenmiş soruları (A)'ya soracak; eğer ki istenilen bilgiler elde edilirse,

¹⁰¹ BGH, Beschluss vom 22.03.1995 - 5 StR 680/94 (NStZ 1995, 410); BGH, Vorlagebeschluss vom 20.12.1995 - 5 StR 680/94 (NStZ 1996, 200); BGH, Beschluss vom 13.05.1996 - GSSt 1/96 (BGHSt 42, 139 = NStZ 1996, 502). Türk Hukukuna ilişkin herhangi bir açıklama yapmayan, olayı yalnızca Alman Hukuku bakımından irdeleyen Türkçe bir çalışma için Ufuk Toprak, “Şüphelinin Susma Hakkının Güvenilir Kişiye Başvurulması Yöntemiyle İhlaline Alman Yargıtayı Kararları Işığında Kısa Bir Bakış”, in: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Cilt 1, Yıl 2, Sayı 7, Yıl 2011, s. 257 vd.

¹⁰² Alman Ceza Kanunu'nun 30. paragrafına göre (§ 30 StGB), birini suç işlemeye azmettiren kişi, azmettirmenin sonuçsuz kalması halinde, azmettirilen suça teşebbüsle cezalandırılmaktadır. Sonuçsuz (akim) kalan azmettirmenin Türk Hukukunda cezalandırılmıyor olması, karara konu olan olayda yasak usul olan aldatmanın kabul edilip edilmeyeceğine yönelik açıklamalar açısından herhangi bir öneme sahip değildir.

¹⁰³ BGH, Beschluss vom 18.05.2010 - 5 StR 51/10 (BGHSt 55, 138).

(B) kendisi hakkındaki soruşturmada bazı kolaylıklar elde edecektir. Her şey anlaşmaya uygun yürür. (A) koğuştta (B) ile yaptığı konuşma sırasında kendi aleyhine açıklamalarda bulunur. (B), (A)'nın bu açıklamalarını, (A)'ya karşı yürütölen kovuşturmada mahkeme önünde tanık sıfatıyla tasdik eder¹⁰⁴.

Olay 7: (A) işlediğı iddia edilen bir suç nedeniyle tutukludur. Bu soruşturmada tamamen bağımsız başka bir soruşturma kapsamında şüpheli olan (B) de aynı yerde tutuklu olarak bulunmaktadır. Zamanla (A), (B)'ye güvenir ve (A) kendi aleyhine açıklamalarda bulunur. (B) duyduklarını kolluk görevlisi (C)'ye anlatır¹⁰⁵. Somut olayda *olay 6*'dan farklı olarak (B) (C)'nin bilgisi dâhilinde hareket etmemiştir.

Olay 8: (B) işlediğı iddia edilen bir suç nedeniyle tutukludur. (B) bulunduğu koğuştta diğere tutuklulara, kendisinin doğaüstü güçlere sahip olduğunu belirtmekte ve onların kahve fallarına bakarak kendileri hakkındaki soruşturmalara pozitif şekilde etki edebileceğini söylemektedir. Ancak (B)'nin bir de şartı bulunmaktadır. Gerçekten de (B) doğaüstü güçleri ile kolluk görevlilerini, savcılarını, hâkimleri vs. etkileyebilmesi için diğere tutuklulara işledikleri iddia olunan suç hakkında kendisine detaylı açıklamalarda bulunmaları gerektiğini belirtmektedir. Tutuklu (A), (B)'ye inanır. (A) kendi aleyhine açıklamalarda bulunur. (B) duyduklarını kolluk görevlisi (C)'ye anlatır. Somut olayda (B)'nin (C)'nin bilgisi dâhilinde hareket edip etmediğı kesin olarak ortaya konulamamıştır¹⁰⁶.

Olay 9: İspanya/Mayorka'da bulunan evinde 15 yaşındaki bir çocuğı öldürdüğü iddiasıyla (A), Almanya'ya döndüğünde tutuklanmıştır. İfade alma sırasında (A) susma hakkını kullanmıştır. (A)'dan bilgi almak amacıyla gizli soruşturmacı (B) görevlendirilmiştir. Tutukluluk süresi boyunca da (B), (A)'nın güvenini kazanmıştır. (A) ve (B), içeriden çıktıkları zaman birlikte yapacakları işlerin hayalini kurmuşlar, bu işlerin planlarını yapmışlardır. Her şey (B)'nin planladığı şekilde ilerler. Dışarıda oldukları bir zaman, (B)'nin sorduğı ısrarlı sorular üzerine (A), olayı tüm detaylarıyla anlatır. (A)'nın bu şekilde hareket etmesinin önemli bir sebebi, (B)'nin (A)'ya kendisi hakkında her şeyi bilmediğı sürece yeterli güven duymayacağını ve ortak iş yapmayacağını söylemesidir. Oysaki (A)'nın dışarıda tutunmasının yegâne

¹⁰⁴ BGH, Urteil vom 28.04.1987 - 5 StR 666/86 (BGHSt 34, 362).

¹⁰⁵ BGH, Urteil vom 27.09.1988 - 1 StR 187/88 (NJW 1989, 843).

¹⁰⁶ BGH, Urteil vom 21.07.1998 - 5 StR 302/97 (BGHSt 44, 129).

yolu (B) ile arasını iyi tutmasıdır¹⁰⁷.

Olay 10: Uzun yıllardan bu yana güvenilir adam olarak polise bilgi sızdıran (B), kolluk görevlisi (C)'nin talimatıyla şüpheli (A)'nın yakın çevresi ile ilişkiye girer, bu kişilerin güvenini kazanır. (A)'nın nişanlısı (D), (B)'ye (A)'nın aleyhinde kullanılabilecek açıklamalarda bulunur. (A) hakkında yürütülen kovuşturmada (D) tanıklıktan çekinme hakkını kullanır. Buna rağmen (B), (D)'den duyduğu bilgileri mahkemede anlatır. Bu anlatımlar üzerine (A) hakkında mahkûmiyet kararı verilir¹⁰⁸.

Olay 11: (A) işlediği iddia edilen bir suç nedeniyle tutukludur. Kolluk görevlisi (C), (A)'nın eşi olan (B) ile (A)'nın baş başa görüşmelerine izin verir. (A) ve (B) buldukları odada gözle görülen hiçbir kayıt cihazı vb. diğer teknik cihazın olmamasına güvenerek, baş başa kimsenin dinlemediği bir görüşme yaptıkları inancıyla konuşmaya başlarlar. Bu konuşma sırasında (A) kendi aleyhine açıklamalarda bulunur. Oysaki kolluk görevlisi (C), (A) ve (B)'nin bulunduğu odayı gizlice dinlemekte ve kayda almaktadır¹⁰⁹.

Olay 12: (A) işlediği iddia edilen bir suç nedeniyle tutukludur. Kolluk görevlilerine yardım eden bilirkişi (B), (A)'nın sesinin kayda alınması durumunda ses kaydı karşılaştırması yapabileceğini belirtir. Ancak ifade alma sırasında (A) ses kaydı karşılaştırılması yapılmasını, dolayısıyla sesinin kaydedilmesini reddetmiştir. (A) infaz kurumuna geri döndüğünde, orada infaz koruma memuru olan (C) ile yaptığı görüşmeler kayda alınır. Bu konuşmalarda (A) işlediği iddia edilen suç hakkında herhangi bir açıklama yapmamış, (C) de bu yönde bir soru sormamıştır. (A) ile (C) arasındaki görüşmede sadece (A)'nın infaz kurumundaki düzeni ile ilgili konuşmalar yapılmıştır. Zira amaç sadece (A)'nın sesinin kayda alınmasıdır. Ses kaydı karşılaştırması sonucu (A) hakkında mahkûmiyet kararı verilir¹¹⁰.

Olay 13: (A)'nın işlediği iddia edilen cinsel saldırı nedeniyle ifadesi alınmaktadır. Mağdur olan (B), kolluk görevlisi (C)'ye, kendisine cinsel

¹⁰⁷ BGH, Urteil vom 26.07.2007 - 3 StR 104/07 (BGHSt 52, 11). Türk Hukukuna ilişkin herhangi bir açıklama yapmayan, olayı yalnızca Alman Hukuku bakımından irdeleyen Türkçe bir çalışma için Ufuk Toprak, "Gizli Soruşturmacı Yöntemiyle Şüphelinin Susma Hakkı Arasındaki Uyum Sorununa Kısa bir Bakış", in: Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 6, Sayı 62, Yıl 2011, s. 52.

¹⁰⁸ BGH, Urteil vom 21.07.1994 - 1 StR 83/94 (BGHSt 40, 211).

¹⁰⁹ BGH, Urteil vom 29.04.2009 - 1 StR 701/08 (BGHSt 53, 294).

¹¹⁰ BGH, Urteil vom 09.04.1986 - 3 StR 551/85 (BGHSt 34, 39).

saldırıda bulunan kişiyi sesinden tanıyabileceğini belirtir. Bunun üzerine (B), (C)'nin gözetiminde (A)'nın ifadesinin alındığı odanın yanındaki odaya geçirilir. (B) burada yan odada ifadesi alınan (A)'yı sesinden tanıdığını belirtir. (B)'nin bu açıklaması (A) hakkında verilen mahkûmiyet kararında önemli rol oynar¹¹¹.

Olay 14: (A) hakkında işlediği iddia olunan bir suç nedeniyle CMK m. 135'te yer alan şartlara uygun bir şekilde koruma tedbiri uygulanmakta yani (A)'nın telefonu dinlenmekte ve kayıt altına alınmaktadır. Kolluk görevlisi (C), (A)'nın kocası olan (B)'yi arar ve gerçeğe uygun olarak (A) hakkında yürütülen soruşturmada bahseder ve (A)'nın yakalanması için gerekli işlemlerin başlatıldığını açıklar. Her şey (C)'nin planladığı gibi ilerler. Gerçekten de (B), (C)'nin verdiği bilgiler karşısında derhal karısı (A)'yı arar ve onu uyarır. Bu konuşma sırasında (A) kendi aleyhine açıklamalarda bulunur. Bu açıklamalar (A) hakkında verilen mahkûmiyet kararında önemli rol oynar¹¹².

2. ALMAN FEDERAL YÜKSEK MAHKEMESİNİN (BGH) GÖRÜŞÜ

Alman Federal Yüksek Mahkemesinin (BGH) özel kişilerin resmi makamlar ad ve hesabına hareket ederek delil toplamaya çalıştığı olaylara yaklaşımı hakkında bir özet çıkartılmak istendiğinde, yukarıda verilen tüm örnek olayların tek tek incelenmesine gerek bulunmamaktadır. Bunun yerine *olay 4'e* ilişkin Mahkemenin 5. Dairesinin vermiş olduğu kararı¹¹³ ve daha sonra aynı olaya ilişkin Mahkemenin Büyük Senatosunun ortaya koymuş olduğu kararı¹¹⁴ ana hatlarıyla zikretmek yeterli olacaktır¹¹⁵.

¹¹¹ BGH, Urteil vom 24.02.1994 - 4 StR 317/93 (BGHSt 40, 66).

¹¹² BGH, Urteil vom 09.05.1985 - 1 StR 63/85 (BGHSt 33, 217).

¹¹³ BGH, Beschluss vom 22.03.1995 - 5 StR 680/94 (NStZ 1995, 410); BGH, Vorlagebeschluss vom 20.12.1995 - 5 StR 680/94 (NStZ 1996, 200).

¹¹⁴ BGH, Beschluss vom 13.05.1996 - GSSt 1/96 (BGHSt 42, 139 = NStZ 1996, 502).

¹¹⁵ Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, çalışmanın konusu yasak usul olan aldatmadır. Dolayısıyla örnek olaylarda tartışılması gereken diğer hususlar çalışmanın konusu değildir. Örneğin *olay 10'*da elde edilen delil tanıklıktan çekinme hakkı kullanıldığı için muhakemede delil olarak kullanılamaz. Güvenilir kişinin duyduğunu anlatan tanık olarak dinlenmesi de hukuka uygun değildir. Keza *olay 11'*de yine de hukuka aykırı delilin varlığı kabul edilmelidir. Zira CMK m. 140 kişilerin kamuya açık yerlerde ve işyerlerinde takip edilmesine izin vermektedir. *Olay 14'*te de hukuka aykırı delilin varlığı kabul edilmelidir. CMK m. 135 iletişimin dinlenmesine ve kayda alınmasına izin vermekte ise de bu izin, kolluk görevlilerinin sebep olmadığı, tamamen şüphelinin kendi hâkimiyeti çerçevesinde icra edilen

(a) Alman Federal Yüksek Mahkemesinin (*BGH*) 5. Dairesine göre, kolluğun, özel kişileri “ayartarak”, sahnelenen oyuna uygun olarak bu kişilerin şüpheli ile telefon görüşmesi yapmasını sağlaması ve yapılan bu telefon görüşmesini dinlemesi; bunu yaparken de oynanan bu gizli oyunun doğal sonucu olarak şüpheliye haklarının bildiril(e)memesi, § 136 StPO’nun (CMK m. 147) ihlal edilmesi demek değildir. Zira Daireye göre “ifade alma” teknik olarak anlaşılması gereken bir kavramdır. Kolluğun şüpheliden bilgi almaya çalıştığı her hal ve durum ifade alma olarak değerlendirilemez. Kanuna göre ifade alma esnasında uyulması gereken bilgilendirme/aydınlatma yükümlülüğü (§ 136 StPO, CMK m. 147) yalnızca şekli anlamda ifade alma halinde, yani soruşturma makamı adına hareket eden kişinin şüphelinin karşısına resmi görev ve amacını belli ederek çıktığı durumlarda yerine getirilmesi gereken bir zorunluluktur. Dolayısıyla da yalnızca şekli anlamda ifade almadan bahsedildiği bu durumlarda, şüpheli *nemo tenetur* ilkesinin bir uzantısı olarak susma hakkı hususunda bilgilendirilmelidir. Öyleyse kişinin kendini itham etmeme hakkının ihlalden kaynaklanan delil yasağı da yalnızca şekli anlamda ifade alma sırasında ihmal edilen aydınlatma yükümlülüğünün sonucunda söz konusu olacaktır. Somut olayda ise özel kişi kolluğun kendisinden sorulması istediği soruları sormuş olsa dahi, resmi sıfatla hareket eden kimse konumunda değildir; bu sebeple § 136 StPO’nun (CMK m. 147) *doğrudan* bir ihlali söz konusu değildir.

Ancak Daireye göre *nemo tenetur* ilkesinin uzantısı olan susma hakkının ihlalden ve buna bağlanan delil yasağından yalnızca şekli anlamda ifade almadan bahsedildiği zamanlarda söz etmek, şüpheli hakları açısından sakıncalı sonuçları beraberinde getirecektir. Şüpheli, şekli anlamda ifade alma sırasında sahip olduğu haklardan, “ifade alma benzeri” durumlarda da faydalanmalıdır¹¹⁶. Diğer bir ifadeyle Daireye göre özel kişilerin kolluk tarafından bilinçli şekilde kullanıldığı durumlarda şüphelinin ağızdan çıkan her bir kelime, bu kelime kolluk tarafından yapılan ifade almada şüphelinin ağızdan çıkmış gibi değerlendirilmelidir. Zira kolluk tarafından sahnelenen oyun sırasında ağızdan çıkan kelime ile şekli anlamda ifade alma sırasında ağızdan çıkan kelime arasında delil değeri bakımından bir fark yoktur.

telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması için geçerlidir. Ancak bu açıklamalar, somut olaylarda aldatmanın olup olmadığı hakkında bir değerlendirme yapılmasına görüldüğü üzere yetmemektedir. Dolayısıyla aldatmanın olup olmadığı ayrıca incelenmelidir.

¹¹⁶ İfade alma benzeri durum, Alman Hukukunda “*vernehmungsähnliche Situation*” olarak adlandırılmaktadır.

Öyleyse kolluk tarafından sahnelenen oyun sırasında elde edilen delilin akıbeti şekli anlamda ifade almada kazanılan delilin tabi olduğu kurallara göre incelenmelidir.

Bu açıklamalar ışığında, Daireye göre her ne kadar somut olayda § 136 StPO'nun (CMK m. 147) *doğrudan* ihlali yoksa da § 136 StPO'nun (CMK m. 147) *dolaylı* ihlali vardır. Zira bir hukuk devletinde mademki kolluk ile karşı karşıya gelen şüpheliye susma hakkı tanınmıştır; öyleyse bu hak şüphelinin kolluk ad ve hesabına hareket eden özel kişi ile karşı karşıya geldiğinde de tanınmalıdır. Aksi düşünce, yani kolluk ad ve hesabına hareket eden özel kişinin “ifade alma benzeri” bir durumda elde ettiği bilgilerin hukuki değerlendirilmesinde § 136 StPO'nun (CMK m. 147) göz ardı edilmesi, *nemo tenetur* ilkesinin ve buna bağlı olarak susma hakkının kullanılmasının dolaylı ihlali anlamına gelecektir. Daireye göre bu açıklamalar ışığında somut olayda susma hakkının ihlalinin doğan bir delil yasağını kabul etmek gerekmektedir.

Daire son olarak kolluğun şüpheliden bilgi almak için özel kişileri kullanmasının § 136a StPO (CMK m. 148) anlamında aldatma olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin açıklamalarda bulunmuştur: Daireye göre şüpheli ile temasa geçen kişinin, kolluk ad ve hesabına delil toplayan bir kişi olduğunu saklaması her ne kadar sözlük anlamıyla aldatma olarak değerlendirilebilecek ise de bu durum tek başına § 136a StPO (CMK m. 148) anlamında aldatmanın kabulü için yeterli değildir; zira § 136a StPO (CMK m. 148), yasak usul olan aldatmadan bahsedilebilmesi için hilenin şüphelinin özgür iradesini sakatlayacak kadar ağır olmasını şart koşmaktadır¹¹⁷.

Alman Federal Yüksek Mahkemesinin (BGH) 5. Dairesi, *olay 4'e* ilişkin verdiği bu kararı, konunun önemine istinaden Büyük Senatoya taşımıştır.

(b) Büyük Senato, 5. Daireden farklı olarak Kanunun ifade almadan yalnızca şekli anlamda ifade almayı anladığını belirtmiş, “ifade alma benzeri” durum diye bir kavramın yürürlükteki hukukta var olmadığını altını çizmiştir. Diğer bir ifadeyle Büyük Senato, § 136 StPO'nun (CMK m. 147) *doğrudan* ihlali edilmediği hususunda 5. Daire ile aynı yönde görüş bildirmiş; buna karşın § 136 StPO'nun (CMK m. 147) *dolaylı* ihlali noktasında ise 5. Daireden farklı içtihatla bulunmuştur; zira ifade alma benzeri durum uydurma bir kavramdır.

Büyük Senato, § 136a StPO (CMK m. 148) bağlamında da 5. Daireden daha dar bir yorumu tercih etmiştir. Gerçekten de Büyük Senato,

¹¹⁷ BGH, Beschluss vom 22.03.1995 - 5 StR 680/94 (NStZ 1995, 410); BGH, Vorlagebeschluss vom 20.12.1995 - 5 StR 680/94 (NStZ 1996, 200).

5. Daireden farklı olarak “özgür iradeyi sakatlamaya elverişli aldatmanın bulunmamasından” değil, “aldatmanın bulunmamasından” bahsetmiştir. Büyük Senatoya göre, Kanunda kullanılan şekliyle aldatma somut olayda bulunmamaktadır; zira hiç kimse bir başkasıyla yaptığı telefon görüşmesinin içeriğinin kolluğa aktarılmayacağına dair güven beslememelidir. Diğer bir ifadeyle suçun aydınlatılması söz konusu olduğunda herkes, telefonda yaptığı görüşmelerden kolluğun bir şekilde haberdar olabileceğini bilmek ya da bunu öngörebilir durumda olmak zorundadır.

Tüm bu açıklamalardan sonra Büyük Senato düşüncelerini bir kez daha şu şekilde özetlemiştir: § 136 StPO (CMK m. 147), şekli anlamda ifade almadan bahsedilebilen durumlarda şüphelinin konuşma veya konuşmama hakkını bilerek hareket etmesini güvence altına almaktadır. İfade alma benzeri durumlarda, aydınlatma/bilgilendirme zorunluluğundan bahsedilemez. Soruşturma makamları adına hareket eden özel kişilerin gerçek amacını saklayarak şüpheliden bilgi edinmeye çalışması, § 136a StPO (CMK m. 148) anlamında aldatma olarak değerlendirilemez¹¹⁸.

3. ALMAN ÖĞRETİSİNİN YAKLAŞIMI

Alman öğretisinin soruşturma organları ad ve hesabına hareket eden özel kişilerin eylemlerinin resmi makamlara isnat edilip edilmeyeceği hususunda ne şekilde bir yol izlediği sorusu cevaplanmak istendiğinde ortaya çıkan tablo şu şekilde özetlenebilir: Öğretide yapılan tartışmalar yukarıda zikredilen ve Alman Hukukunda yol gösterici kabul edilen iki karar arasındaki benzerlikler ve farklılıklar çerçevesinde şekillenmektedir. Dolayısıyla da ifade almadan ne anlaşılması gerektiği hususunda tartışmalar yaşanmakta, buna karşın kolluğun özel kişileri ayartıp delil elde etmesinin yasak usul olmadığı genel olarak kabul edilmektedir.

(1) Gerçekten de özel kişilerin iletişime geçme saikini sakladıkları olaylarda ifade almadan veya en azından ifade alma benzeri durumdan bahsedilip edilemeyeceği hususunda görüş ayrılığı yaşanmaktadır. Ancak bir hususun altı çizilmelidir. Öğreti, Büyük Senatonun hiçbir şüpheye yer bırakmayan açıklamalarına rağmen son tahlilde özel kişilerin kolluk makamlarının ad ve hesabına delil topladığı durumlarda da ifade almadan bahsedilmesi gerektiğini belirtmekte; tartışma § 136 StPO (CMK m. 147) hükmünün doğrudan mı dolaylı mı uygulama bulacağı hususunda yaşanmaktadır.

¹¹⁸ BGH, Beschluss vom 13.05.1996 - GSSt 1/96 (BGHSt 42, 139 = NStZ 1996, 502).

Gerçekten de öğreti kamu makamları adına hareket eden özel kişilerin şüpheli ile karşı karşıya geldiği durumların da aydınlatma/bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazarların bir kısmı resmi sığata sahip olmayan ancak resmi makamın sahnelediği oyun çerçevesinde hareket eden kişilerin şüpheli ile karşı karşıya geldikleri durumları ifade alma olarak değerlendirmekte ve böylece § 136 StPO'nun (CMK m. 147) doğrudan uygulama alanı bulunduğunu belirtmekte¹¹⁹; bir kısmı ise bu tip durumlarda şekli anlamda ifade almadan bahsedilemeyeceğini ancak ifade alma benzeri durumun varlığından dolayı § 136 StPO'nun (CMK m. 147) kıyasen (analog) uygulanması gerektiğini savunmaktadır^{120, 121}

(2) Buna karşın iş özel kişilerin eylemlerinin kamu organlarına § 136a StPO'da (CMK m. 148) yer alan aldatma unsuru üzerinden isnat edilip edilmeyeceğine dair soruya cevap vermeye geldiği zaman, öğreti ile *BGH*'nin büyük ölçüde görüş birliğine vardığı görülmektedir.

Gerçekten de öğretideki baskın görüş yukarıda özetlenen kararlarda yer alan gerekçelerle meseleye yaklaşmaktadır. Bu nedenle öğreti, şüphelinin haklarının özel kişilerin soruşturma makamlarının ad ve hesabına hareket

¹¹⁹ Gleß, § 136a kn. 15.

¹²⁰ Beulke, kn. 481d vd.; Eisenberg, kn. 571, 638; Robert Esser, Grenzen für verdeckte Ermittlungen gegen inhaftierte Beschuldigte aus dem europäischen nemo-tenetur-Grundsatz", in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2004, s. 100; Karsten Gaede, "Beweisverbote zur Wahrung des fairen Strafverfahrens in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere bei verdeckten Ermittlungen", in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2009, s. 495 vd.; Joachim Renzikowski, "Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.07.2007 – 3 StR 104/07", in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2008, s. 167; Claus Roxin, "Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg", in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), Yıl 1995, s. 467 vd.; Claus Roxin, "Zum Hörfallen-Beschluss des Großen Senats für Strafsachen", in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), Yıl 1997, s. 19 vd.; Schuhr, § 136a kn. 81.

¹²¹ Büyük Senato ile aynı yönde görüş bildiren yazarlar da mevcuttur, Hans-Heiner Kühne, Strafprozessrecht, C.F. Müller Verlag, 7. Auflage, Heidelberg, 2007, kn. 891; Michael Lemke, Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, C.F. Müller Verlag, 4. Auflage, Heidelberg, 2009, § 136a kn. 5; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a kn. 4. Diğer bir görüş ise yapılan tartışmaların temeline ifade alma kavramının oturtulmasını hatalı olarak değerlendirmekte, Kanunun şekli anlamda ifade almadan bahsettiğini, ifade alma benzeri durum kavramının muğlak bir ifade olduğunu, usul kanunlarının bu kavramın içeriğini dolduramayacağını, tartışmanın Alman Anayasasında yer alan insan onuru kavramı çerçevesinde yürütülmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu görüşün doğal bir sonucu olarak da özel kişilerin kamu ad ve hesabına hareket ettikleri olaylarda, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali § 136 StPO (CMK m. 147) çerçevesinde değil, yalnızca § 136a StPO (CMK m. 148) çerçevesinde değerlendirilmelidir, MAHLSTEDT, s. 50 vd., 137, 138 vd.

ederek dolandırıldığı olayları, bilgilendirilme hakkı, susma hakkı, açıklama yapma(ma) hürriyeti gibi hepsi birbiriyle bağlantılı olan haklar çerçevesinde ve/veya *nemo tenetur* ilkesi çerçevesinde değerlendirmekte ve son tahlilde yalnızca § 136 StPO'nun (CMK m. 147) ihlal edildiği sonucuna varmaktadır. Baskın görüşe göre, şüphelinin yapılan görüşmenin içeriğinden kolluk görevlilerinin haberinin olmayacağına dair inancının özel kişi tarafından zedelenmesi, aldatmanın kabulü için yeterli değildir; zira aldatma § 136a StPO'nun (CMK m. 148) şart koştuğu ölçüde şüphelinin özgür iradesini zedelememektedir¹²².

Azınlıkta kalan görüş ise, öğretinin büyük kısmının ve *BGH*'nin aldatma unsuruna ilişkin açıklamalarını fazla yüzeysel bulmakta, konuya daha detaylı yaklaşıldığı zaman¹²³ ulaşılabilecek sonucun farklı olacağını savunmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre de soruşturma makamları özel kişileri delil etmek amacıyla kullanabilir; bu kişilerin kimliklerini saklaması da aldatma değildir. Ancak yasak usul olarak aldatmanın olup olmadığı kimliğin saklanması çerçevesinde değil, özel kişinin şüpheli ile iletişime geçme saikini saklaması çerçevesinde ele alınmalıdır. Bir hukuk devletinde § 136a StPO (CMK m. 148) hükmünün varlığı, kanun koyucunun elde edilen delil bakımından kalite zafiyeti yaşanmamasını istediğine işaret etmektedir. Dolayısıyla kimliğini saklayan özel kişi ile iletişime geçen şüphelinin kendi aleyhine delil verirken özgür iradesiyle hareket ettiği savunulabilecek bir görüş değildir. Keza *BGH* ve öğretilerde çok sayıda yazar tarafından kullanılan “şüpheli ile iletişime geçen özel kişinin kolluğa duyduklarını anlatması ile herhangi bir kişinin bir suç ile ilgili duyduklarını kolluğa aktarması arasında hukuken bir fark yoktur” şeklindeki yaklaşım da isabetsizdir. Şüpheli kişi karşısındaki kişinin gerçek kimliğini düşünerek değil, gerçek saikini düşünerek iletişime geçmektedir. Şüpheli, iletişime geçtiği kişinin kolluk adına çalışan bir kişi olduğunu bilseydi, kendi aleyhine olan açıklamaları yapmayacaktı. Bu, tek başına yasak

¹²² Gleß, § 136a kn. 44; Lemke, § 136a kn. 6; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a kn. 4 vd.; Rogall, § 136a kn. 67 vd.; Claus Roxin, “Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSZ), Yıl 1995, s. 465 vd.; Claus Roxin, “Zum Hörfallen-Beschluss des Großen Senats für Strafsachen”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSZ), Yıl 1997, s. 18 vd.

¹²³ Mahkeme kararlarında ve öğretilerde § 136a StPO'nun yeterince tartışılmadığı hususunda Matthias Jahn, “Ausforschung einer Beschuldigten durch Wahrsagerin in der Untersuchungshaft - BGHSt 44, 129”, in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2000, s. 442 vd.; Martin Popp, “Polizeilich veranlaßtes Telefongespräch mit dem Tatverdächtigen”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSZ), Yıl 1998, s. 95 vd.

usul olan aldatmanın kabulü için yeterlidir¹²⁴.

4. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Özel kişinin kolluk görevlilerinin yerine ve onlar adına hareket etmesinin, şüpheli ile temasa geçip delil elde etmeye çalışmasının ne zaman ve hangi şartlar altında ifade alma (CMK m. 147) olarak değerlendirileceği ve bu rol değişiminin hangi durumlarda CMK m. 148 bağlamında “aldatma” olarak kabul edileceği hususunda, görülebildiği kadarıyla, yol gösterici kabul edilebilecek bir yargı kararı Türk Hukukunda mevcut değildir¹²⁵.

¹²⁴ Beulke, kn. 136, Eisenberg, kn. 638; ayrıca bakınız Kühne, kn. 896.

¹²⁵ Kıyaslayınız Mehmet Arslan, Die Aussagefreiheit des Beschuldigten in der polizeilichen Befragung, Duncker&Humblot, Berlin, 2015, s. 488. Ancak yine de şu karar zikredilmelidir: Yarg. 1. CD., T. 16.02.2004, E. 2003/3819, K. 2004/299: “İncelenen dosyaya göre; belediyede temizlik işçisi olarak çalışan maktûlün her zamanki gibi, olay günü de saat 01.00 civarında evine geldiği, kapının, karısı olan sanık M. tarafından açıldığı, ardından yemek yediği ve sabah saat 10.00 sıralarında öldüğünün M. tarafından komşulara duyurulduğu dosya kapsamı ile sabittir. Tanık S. dışında görgü tanığı bulunmayan olay tartışmalı olup, tam olarak açıklığa kavuşmamıştır. Öyle ki; öncelikle olay gecesi evde olduğuna ilişkin kuşku bulunmayan ve olayı görmediğini duymadığını söyleyen M.’den şüphelenilmiş, nitekim baştan itibaren sanık muamelesi gören M., 27.2.2002 tarihinde tutuklanmış, 8.3.2002 tarihli iddianame ile de kocasını öldürmekten hakkında kamu davası açılmıştır. Başlangıçta diğer sanıklara yönelik bir kuşku oluşmamıştır. Ne zaman ki, olay gecesi evde olduğu anlaşılan, M. ile maktûlün müşterek çocukları 1995 doğumlu S., anneannesinin yanından amcası D. tarafından alınmış, bundan sonra D., S.’nin olay hakkında bilgisi olduğundan bahisle, onun söylediklerini teyp kasetine kaydederek C. Savcısına getirmiştir, o zaman diğer sanıklar hakkında da kovuşturma başlatılmıştır. Çünkü kasetteki kayda göre, S. dayıları, C. ve E.’yi suçlamakta, öldürücü hareketi ise dayısı C.’nin yaptığını söylemektedir. S.’nin benzer beyanları C. Savcısı huzurunda da 21.5.2002 tarihinde tekrar etmesi üzerine, C. ve E. aynı gün gözaltına alınmışlar ve 24.5.2002 tarihine kadar gözaltında tutulmuşlardır. 24.5.2002 tarihinde her ikisinin de kolluk tarafından ifadeleri alınmak istenmiş, ancak her ikisi de kollukta susma hakkını kullanacaklarını, C. Savcısına ifade vermek istediklerini belirtmişlerdir. Aynı tarihte sanıklar C. Savcısı huzurunda hazır edilirken, bir kolluk görevlisi ile C. arasında geçen konuşmalarla, C.’nin kendisinin de yardımı olmakla birlikte suçu E.’nin işlediği şeklindeki ikrarlarını kapsayan ve gizli çekildiği anlaşılan videokaseti C. Savcısına sunulmuştur. Bu kasetteki görüntülerin 21.5.2002 ile 24.5.2002 arasındaki bir tarihte çekildiği anlaşılmaktadır. Sonuçta, soruşturmanın devam eden aşamalarında her iki sanıkta suçu inkâr etmiş, C., kasetteki mülakati işkence görmekten korktuğu için yaptığını söylemiştir. Mahkeme, belirtilen delillere istinaden hüküm kurmuştur. Şu hâlde yerel mahkeme hükmünü üç önemli delile dayandırmıştır. Bu delillerden birincisi, küçük S.’nin konuşmalarının yer aldığı ve amcası D. tarafından kaydedilen teyp kasetidir. İkincisi, S.’nin kasetteki kayıtları teyit eden aşama ifadeleri, üçüncüsü ise polis tarafından C.’den habersiz olarak gizli kamera ile kaydedilmiş olan, C.’nin ikrarını havi videokasetidir. Gerekçeli kararın 4. sayfasının son paragrafındaki ifade aynen şöyledir: “ C.’nin görüntülü kasete alınan oluş kısmında açıklanan ikrarının baskıya dayalı olduğu ve ifadenin usule uygun şekilde alınmadığı yolundaki savunmaları yerinde değildir, bilirkişi ve taraf vekilleri hazır olduğu halde mahkeme heyetine kasetin ifadesinde ifadesinin alınması sırasında ve öncesinde zabıtaca sanık C.’ye herhangi bir baskı yapılmadığı ifadesine başlarken biraz tutuk olduğu, 5-10 saniye

Ancak Türk Hukukunda da tıpkı Alman Hukukunda olduğu gibi kolluk görevlilerinin ad ve hesabına hareket eden özel kişilerin delil elde etmesini yasaklayan bir normun bulunmadığı düşünüldüğü zaman, Türkiye’de de kolluk görevlilerinin sahneye koydukları oyunlarda, şüpheli ile iletişime geçen kişinin özel bir kişi olması pek tabii ki mümkündür. Dolayısıyla meselenin Türk Hukuku bakımından da ele alınması gereklidir. Ancak bu yapılırken iki ülke hukuku arasındaki farklılıklar nedeniyle, Alman Hukuku çerçevesinde ortaya konan ilkelerin Türk Hukukuna olduğu gibi aktarılmasının mümkün olmadığı unutulmamalıdır¹²⁶.

sonra rahat bir şekilde adeta amacına ulaşmış bir insanın iç huzuru içerisinde olayı anlattığı görülmüştür Bu nedenlerle sanıklar vekilinin bu yöne ilişkin savunmaları kabule şayan görülmemiştir.” Yine gerekçeli kararın 4. sayfasının 3. paragrafının son cümleleri şu şekildedir: “Olay mahallinin görüntülenmesiyle ilgili kaset çözümü ve sanık C.’nin poliste ikrarı ve olayın oluşunu açıklayan konuşması ile ilgili görüntü kasetinin çözümü hakkında tespit tutanağı ve kasetin heyetçe izlenmesinde görüldüğü üzere tanık S.’nin anlatımlarıyla esas itibarıyla örtüşmektedir, bu durumda tanık S.’nin ifadesine itibar edilmemesi yönündeki savunma yerinde görülmemiştir.” Buradaki ifadelerden, C.’nin ikrarını içeren videokasetinin hükme esas alındığı, suçun sübutu, sanıkların suç içerisindeki etkinlikleri ve iştirakin derecesinin münhasıran bu delile dayandırıldığı, dosya içerisinde mevcut olduğu belirtilen diğer delillerin bu delili destekleyen yan deliller olarak değerlendirildiği görülmektedir. 3842 Sayılı Kanun ile değişik CMUK’un 135/a maddesi yasak sorgu yöntemlerini tarif etmiştir. Yine 3842 Sayılı Kanun ile değişik CMUK’un 254/2. hükmü yer almaktadır. Bu düzenlemeler karşısında yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen delillere itibar edilerek mahkûmiyet hükmü kurulamayacağı açıktır. Dosyadaki olayda, sanık C. kollukta ifade vermeyeceğini açıkça belirtmiştir. Buna rağmen, kendisiyle sohbet havasında yapılan mülakatın habersiz olarak videoya kaydedilmesi suretiyle, sanık aldatılarak özgür iradesiyle savunma yapması engellenmiştir. Bu nedenle, yasak sorgu yöntemleriyle elde edildiği anlaşılan videokasetin delil olarak hükme esas alınması mümkün değildir.” (Kazancı)

¹²⁶ Bu noktada şu açıklamaların faydalı olacağı düşünülmektedir. (1) Alman Ceza Usul Kanunu (StPO), CMK’dan farklı olarak şüpheli (*Beschuldigter*) kavramını soruşturma evresine ait bir kavram olarak değil, üst bir başlık olarak değerlendirmiş; kendisine karşı ceza muhakemesi yürütülen kişiyi ifade etmek için kullanılmıştır. Hal böyle olunca § 157 StPO bir kez daha ayırım yapmış ve “*Angeschuldigter*” kavramı ile aleyhine savcılık tarafından kamu davası açılması maksadıyla mahkemeye başvurulmuş kişiyi (“*ara soruşturmadaki sanık*”, Yenisey/Oktar, s. 255), “*Angeklagter*” kavramı ile ise aleyhine savcılık tarafından açılan kamu davasının mahkeme tarafından kabul edilip hakkında yargılama başlanan kişiyi (“*ceza davalısı sanık*”, Yenisey/Oktar, s. 255) ifade etmiştir, Friedrich-Christian Schroeder/Torsten Verrel, Strafprozessrecht, Verlag C.H.Beck, 7. Auflage, München, 2017, kn. 69, 166, 178 (söz konusu bu eserin Türkçe çevirisi için bakınız Friedrich-Christian Schroeder/Torsten Verrel, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Çev. Oktar S), Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 72, 144, 153.) (2) Alman Ceza Usul Kanunu, yine CMK’dan farklı olarak ifade alma ve sorguya çekme kavramlarının ne anlama geldiğini belirtmemiştir (sırf bu durum dahi Almanya’da doçentlik tezlerine konu olmaktadır, bakınız Antje Schumann, Verhör, Vernehmung, Befragung, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, s. 3 vd.). Hal böyle olunca da CMK m. 147’in karşılığı olan ve “şüphelinin ilk sorgusu” başlığını taşıyan § 136 StPO’nun ve CMK m. 148’in karşılığını oluşturan § 136a StPO’nun yalnızca hâkimlik sorgusu için geçerli olduğu kabul edilmektedir. Savcılığın ve kolluk görevlisinin şüpheliyi sorgulamasının hukuki daya-

a. İfade Alma Kavramı Ne Anlama Gelmektedir?

Türk Hukuku bakımından değerlendirme yapılırken öncelikle ifade alma teriminden ne anlaşılması gerektiği ortaya konmalıdır:

CMK'da yer alan düzenlemeler, özellikle de CMK m. 147 ile ifadenin tutanağa bağlanacağına, bu tutanakta ifade alma işleminin nerede ve ne zaman yapıldığının ve tarihe ilişkin bilgilerin yer alacağına keza ifade almada hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatlarının neler olduğunun belirtileceğinin ortaya konması; CMK m. 148/4 ile müdafî hazır bulunmadan kollukça alınan ifadenin hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmayacağına belirtilmesi; CMK m. 148/5 ile de şüphelinin tekrar ifadesinin alınması gerektiğinde bunun savcı tarafından yapılacağına emredilmesi, ifade almadan şekli anlamda ifade almanın anlaşıldığını ortaya koymaktadır¹²⁷.

Ancak ifade almanın şekli anlamda anlaşılması ciddi sıkıntıları beraberinde getirmektedir. Kanun koyucunun bir taraftan şüphelinin özellikle susma hakkı hususunda bilgilendirilmesini emrettiğini belirtmek ancak bunu yalnızca şekli anlamda ifade alma hali için geçerli kılmak, buna karşın aynı kanun koyucunun şekli anlamda bir ifade almadan bahsedilmediği durumlarda şüphelinin susma hakkını korumadığını iddia etmek, kolluk görevlilerine adeta CMK m. 147'de yer alan aydınlatma/bilgilendirme yükümlülüğünü nasıl görmezden gelebilecekleri, bunları nasıl dolanabilecekleri hususunda yol göstermek olacaktır¹²⁸. Bunun ise bir hukuk devletinde kabul edilemez

nağını § 163a StPO oluşturmakta ve bu kişilerin şüphelinin sorgusu sırasında §§ 136, 136a StPO'nun belirlediği kurallara uymaları gerektiği kabul edilmektedir.

¹²⁷ Türk öğretisinde de şekli anlamda ifade almadan hareket edildiği kabul edilebilir, kıyaslayınız Centel/Zafer, s. 265 vd.; Ahmet Gökçen/Mehmet Emin Aşahin/Kerim Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 315 vd.; Karakehya, s. 208 vd.; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 243 vd.; Öztürk (Ed.), s. 359 vd.; Ünver/Hakeri, s. 573 vd.; Yenisey/Nuhoğlu, s. 616.

¹²⁸ Bu noktada şu açıklamaların faydalı olacağı düşünülmektedir. Gerek Alman gerekse de Türk Hukukunda şüpheli sıfatının ne zaman başladığı hususunda farklı fikirler ileri sürülebilir. Gerçekten de sübjektif teoriye göre şüpheli sıfatının kazanıldığı an, yetkili makamların iradi bir işlemi yaptıkları andır. Diğer bir ifadeyle kamu makamlarının kişiyi açıkça bir suçla itham etmesi ile kişi şüpheli sıfatını taşımaya başlar. Objektif teori ise şüpheli sıfatının kazanılması için soruşturmanın şeklen başlamış olmasını şart koşmaktadır. CMK m. 48'in varlığı, yani şüpheli-tanık kavramının kanun koyucu tarafından kabul edilmesi nedeniyle her iki teoriyi reddeden karma teoriye göre ise, şüpheli sıfatı bir tedbire başvurulması ile kazanılır. Bu bakımından kolluğun şüphe duyduğu izlenimini veren ilk soru ile şüpheli sıfatı kazanılmış olur, teoriler hakkında Şahin, s. 38 vd.; Rössner/Safferling, s. 2 vd. Tam da bu an ile yani kolluğun o kişiye karşı belli bir oranda şüphe duyduğu izlenimini yaratan ilk soruyu

olduğu açıktır¹²⁹. Öyleyse yalnızca üniformalı ya da üniformalı olmasa bile soruşturma makamları adına hareket ettiği her halinden anlaşılabilir kolluk görevlisi ile şüphelinin karşı karşıya gelmesine değil¹³⁰, soruşturma makamları adına hareket eden özel kişilerin gerçek amacını saklayarak şüpheliden bilgi edinmeye çalışmasını da ifade alma olarak değerlendirilmek en uygun yol olacaktır.

Ulaşılan bu sonuç İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (*İHAM*) vermiş olduğu kararlar ile de uyumludur:

sorması ile ifade alma (CMK m. 147) başlamıştır. Dolayısıyla kolluk kişiye haklarını söz konusu soruyu sormadan bildirmek zorundadır. Bu bakımdan örneğin şahsın açıklamalarından sonra kolluğun kişiyi var olan şüpheye rağmen tanık olarak dinleyip kolluğun kişiye haklarını “duyacaklarını duyduktan sonra” bildirmesi, CMK m. 148 anlamında aldatma kabul edilmelidir; zira “*her ne kadar soruşturma makamları şüphelinin değerlendirilmesinde bir ölçüde takdir yetkisine sahip iseler de somut şüphe durumunda veya soruşturma makamının kendi tahminine göre şüpheli olarak görünen kişiyi bu role dâhil etmekte keyfi olarak gecikme hakkı yoktur*”, Şahin, s. 43. Ancak gerçek hayatta ifade almanın başlama anı ve/veya bir kimsenin şüpheli sıfatını kazanması anı her zaman kolay saptanamamaktadır. Bundan dolayı Alman öğretisinde kolluğun “*ön bilgi edinme faaliyetlerinin*” (*informativische Befragung*) ifade alma olmadığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla kolluk, araştırmanın hemen başında, soruşturulması gereken bir suç olup olmadığını öğrenmek, kimlerin hangi sıfatla (tanık veya şüpheli) olayla ilgililerinin bulunup bulunmadığını anlamak için, ön bilgi edinmeye yönelik sorular sorabilir. Bu durumda tıpkı olay yerindeki şahıslarla yapılan “*spontan açıklamalarda*” (Şahin, s. 86; Ünver/Hakeri, s. 576) olduğu gibi, kolluğun CMK m. 147’den kaynaklanan herhangi bir bilgilendirme yükümlülüğü bulunmamaktadır (Yenisey/Nuhoğlu, s. 564 vd.); zira irtada teknik olarak ifade alma bulunmamaktadır, Eisenberg, kn. 509, Şahin, s. 59 vd. Ancak ne zaman ki soruşturmanın devamında kendisinden ön bilgi alınan kişinin şüpheli olduğu anlaşılır ve bu kişinin CMK m. 147’de yer alan hakları hatırlatılmadan ön bilgi alma çerçevesinde yaptığı açıklamaların kendisinin aleyhine olduğu anlaşılırsa, bu bilgilerin şüpheliye veya daha sonraki sanığa karşı kullanılması mümkün değildir, Eisenberg, kn. 510.

¹²⁹ Kıyaslayınız Duttge, s. 261.

¹³⁰ Bu noktada Şahin’in CMUK ve CMK arasındaki terminoloji farklılıklarına da dikkat etmek suretiyle yapmış olduğu şu açıklamayı aynen aktarmanın faydalı olacağı düşünülmektedir: “*Sorgu, sadece sanığın şekli anlamda sorgusu, kapalı bir mekânda, karakoldaki sorgu odası denen yerde veya savcı ya da hâkim huzurunda yapılan bir faaliyet olarak anlaşılabilir. Böyle bir anlayış, sorgu kavramını son derece sınırlandırmak sonucunu doğurur. Gerçekte sorgu, koşturma organının, sanığın kendini suçlaması sonucunu doğurabilecek bir açıklamada bulunmasını gerektiren veya onu bu yönde bir beyanda bulunmaya sevk edecek her türlü davranışı içine alacak şekilde geniş anlaşılmalıdır. Sorgu kavramının ancak bu şekilde anlaşılması halinde sanığın, başta susma hakkı üzere, hazırlık soruşturmasında ve dolayısıyla sorguda sahip bulunduğu hakları bir anlam ifade edebilir. Bu nedenle CMUK’nun 135. Maddesinde yer alan ve sanığın, ilk olarak, karakolda ve mahkemede yapılacak olan sorgusundan önce haklarının öğretileceği şeklinde bir anlayışa sevk eden ifade biçimi, kanaatimizce isabetli olmamıştır.*” (Şahin, s. 64). Pek tabii ki bu açıklamalar öncelikle şüpheli sıfatının kazanılması anına ilişkindir. Ancak bunun, özel kişilerin kamu makamlarının ad ve hesabına hareket ettikleri olaylara da aktarılması mümkündür.

(1) *İHAM*, *Allan vs. UK* kararında ifade alma teriminin içeriğinin fonksiyonel bir bakış açısı ile doldurulması gerektiğini belirtmiştir. Yukarıda verilen örneklere oldukça benzeyen bir olayı¹³¹ değerlendiren Mahkeme, İngiltere'nin Sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini belirtmiştir. *İHAM*, öncelikle Sözleşmenin yalnızca devletleri muhatap aldığını ifade eden 1. maddesi hakkında açıklamalarda bulunmuştur. Mahkemeye göre her ne kadar somut olayda adil yargılanma hakkını ihlal eden kişi resmi sığata sahip bir kolluk görevlisi değilse de özel kişinin kamu makamları ad ve hesabına hareket ettiği düşünöldüğünde, bu kişinin eylemi kamu makamlarına isnat edilmelidir. Mahkeme daha sonra da kişinin kendini itham etmeme hakkına ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Mahkemeye göre bu hak adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçasıdır. Bu hak, kamu organlarının sahnelediği bir oyun aracılığıyla ihlal edilirse, ihlali fiiliyatta gerçekleştiren kişi özel kişi olsa dahi, Sözleşmeye aykırılık doğacaktır. Zira kamu makamları susma hakkını kullanan şüpheli üzerinde güvenilir kişi aracılığıyla güç kullanmış/baskı kurmuş, uyguladığı bu güç/kurduğu bu baskı, şüpheliyi kendini itham etmeye zorlamıştır¹³².

Söz konusu bu kararın ne anlama geldiği ortadadır: Özgürlüğünden alıkonulan ve susma hakkını kullanan şüpheliden bilgi almak amacıyla kamu makamları özel kişileri “ayartır” ve kamu makamları bu özel kişiler aracılığıyla şüphelinin karşısına çıkarsa, fonksiyonel olarak ifade almadan bahsetmek gerekmektedir. Öyleyse bu karar ile Mahkeme, kamu makamları ile şüphelinin karşı karşıya geldiği durumlarda, şüphelinin özgür iradesini sakatlayan ve kamuya isnat edilen haksız eylemleri yalnızca şekli anlamda ifade alma ile sınırlamamış; haksız ve irade özgürlüğünü sakatlan eylemlerin özel kişilerin kamu adına şüpheli ile karşı karşıya geldiği anlarda da mevcut

¹³¹ Başvurucu (*Allan*) ve bir başka suç ortağı olduğu iddia edilen kişi (G), birden çok yağma işledikleri iddiasıyla yakalanmıştır. Başvurucunun, (G) ile kaldığı oda sürekli olarak dinlenmiş ve kayda alınmıştır. Başvurucu, ifadesi alınırken sürekli olarak susma hakkını kullandığını beyan etmiştir. Kolluk, Başvurucu ile (G) arasındaki konuşmalardan herhangi bir delil elde edemeyince, bu sefer Başvurucunun kaldığı odaya güvenilir kişi olan (H)'yi yerleştirmiştir. Kolluk görevlilerince (H)'ye verilen görev Başvurucuyu “konuşturmak”tır. İlerleyen tarihlerde bir gün, kolluk Başvurucunun bir kez daha ifadesine başvurmak için, onu polis merkezine götürür. Bu sırada diğer kolluk görevlileri de (H)'nin vücuduna ses kayıt sistemi yerleştirir. Polis merkezinden döndükten sonra (H), Başvurucuya çeşitli sorular sorar. (H) yerleştirilen sistemin çalışmadığını, ancak polis merkezinden döndükten sonra Başvurucunun suçunu ikrar ettiğini açıklar. (H)'nin bu açıklamaları mahkûmiyet kararında rol oynar.

¹³² EGMR Urt. v. 5.11.2002 (Beschwerde Nr. 48539/99) - *Allan v.UK* (JR 2004, 129).

olabileceğini belirtmiştir¹³³.

(2) *Allan vs. UK* kararı her ne kadar oldukça ilerici bir karar olsa da karara konu olan olayda Başvurucunun kamu makamlarının gözetiminde bulunuyor olması ve susma hakkını kullanmış olması, fonksiyonel ifade almaya ilişkin ortaya konan ilkelerin uygulama alanına ilişkin bazı soru işaretlerine neden olmuştur¹³⁴. Daha basit bir ifadeyle şüpheli örneğin gözetiminde değilse, daha önce hiç şekli anlamda ifade alma gerçekleşmemişse ve de şüpheli susma hakkını kullanmamışsa, fonksiyonel ifade almadan yine de bahsedilebilecek midir? Bu soruya yanıt oldukça kafa karıştırıcı ve yanlış anlaşılmalara meydan verecek şekilde kaleme alınsa da yine *İHAM* tarafından *Bykov vs. Rusya* kararında cevaplanmıştır.

Karara konu olan olayı¹³⁵ değerlendiren Mahkeme, oyçokluğuyla Rusya'nın Sözleşmenin 6. maddesini değil, 8. maddesini ihlal ettiğini belirtmiştir. Bu çalışma için önemli olan husus, Rusya'nın 6. maddeyi ihlal etmediğine dair kabulün gerekçesidir. Bu nedenle açıklamalar yalnızca bu bölümle ilgili olarak sınırlandırılabilir:

Mahkemeye göre Rusya 6. maddeyi ihlal etmemiştir; zira somut olayda *Allan vs. UK* kararına konu olan olaydan farklı olarak Başvurucu ne gözetim altına alınmış veya tutuklanmış ne de daha önce susma hakkını kullanmıştır. Ayrıca Başvurucu, güvenilir kişi sıfatıyla kolluk makamları ad ve hesabına çalışan

¹³³ Bu yönde detaylı açıklamalar için Esser, s. 102 vd.

¹³⁴ Karsten Gaede, "Beweisverbote zur Wahrung des fairen Strafverfahrens in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere bei verdeckten Ermittlungen", in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2009, s. 496 vd.

¹³⁵ Başvurucunun (*Bykov*) Eylül 2000'de yanında çalışan (V)'ye eski ortağı (S)'yi öldürmesini söylediği iddia edilmektedir. (V), Başvurucunun söylediği iddia olunan emri kolluk görevlilerine aktarır ve hatta (V) yanında Başvurucunun verdiği iddia edilen silahı da getirir. Bunun üzerine kolluk görevlileri, (S)'nin evinde iki ceset bulunduğu, bunlardan birinin (S) olduğu yönünde haber kanallarında sahte bir haber dolaşmasını sağlar. Bu yönde haberlerin çıkmasından sonra (V), kolluk görevlilerinin talimatıyla, Başvurucunun evine gider. Bu ziyaretten önce (V) ayrıca kolluk görevlilerinin kendisine sağladığı ekipmanlar ile donatılır. Başvurucunun yanına giden (V), Başvurucuya talimatını yerine getirdiğini belirtir ve hatta (S)'ye ait olduğunu iddia ettiği bir takım kişisel eşyaları teslim eder. Bu eşyalar daha sonra Başvurucuda bulunur. Rus Mahkemesi Başvurucuyu akim kalan adam öldürmeye azmettirmeden dolayı cezalandırır. Mahkeme, Başvurucu hakkında mahkûmiyet kararı verirken, öncelikle (V)'nin anlatımlarına, çok sayıda tanık ifadesine, Başvurucu ile (S) arasındaki eskiye dayanan husumeti ortaya koyan kanıtlara dayanır. (V)'nin kolluk görevlilerinin sahnelediği oyun çerçevesinde Başvurucunun yanına gittiği zaman kayıt altına alınan konuşmalara ise mahkûmiyet gerekçesinde yer verilirse de mahkûmiyet kararına bu kayıtlar tek başına gerekçe oluşturamaz.

kişinin “patronu” konumundadır ve dolayısıyla da onunla konuşurken, tamamen özgür iradesi çerçevesinde hareket edebilmektedir. Diğer bir ifadeyle *Allan vs. UK* kararına konu olan olaydan farklı olarak kamu makamları şüpheli üzerinde güvenilir kişi aracılığıyla güç kullanmamış/baskı kurmamış, şüpheliyi kendini itham etmeye zorlamamıştır¹³⁶.

Mahkemenin bu açıklamaları, ilk bakışta şüphelinin örneğin gözaltında olmadığı, susma hakkını kullanmadığı olaylarda fonksiyonel ifade almadan bahsedilemeyeceği şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Ancak bu çıkarım yanıltıcı olacaktır. Mahkemenin *Allan vs. UK* kararına atıf yapması dahi tek başına, şüphelinin kamu makamlarının gözetimde olmadığı, susma hakkını kullanmadığı olaylarda dahi güvenilir kişi olan özel kişinin eylemlerinin kamu makamlarına isnat edilebileceği anlamına gelmektedir. Daha basit bir ifadeyle, Mahkeme Başvurucunun “dışarıda” olmasına önem atfetmemiştir. Mahkemeye göre karara konu olan olay ile *Allan vs. UK* kararına konu olan olay arasındaki fark başkadır. *Bykov vs. Rusya* kararına konu olan olayda, Başvurucu yalnızca ses kayıtları dolayısıyla değil, diğer birçok başka delile dayanarak mahkûm edilmiştir. Dolayısıyla Mahkemeye göre *Bykov vs. Rusya* kararına konu olan olayda, *Allan vs. UK* kararına konu olan olaydan farklı olarak kamu makamları Başvurucu üzerinde yeterli “baskı” kuramamıştır¹³⁷.

Bu, şu anlama gelmektedir: Şüpheli ile kamu makamları daha önce şekli anlamda ifade almada karşı karşıya gelmese de ve/veya şüpheli susma hakkını kullandığını belirtmese de kamu makamları özel kişileri kullanarak şüpheli üzerinde açıklama yapması yönünde baskı kurabilir. Baskı kurulduğu an, bu baskının bizatihi kendisi adil yargılanma özgürlüğünü ihlal edebilir; zira şüphelinin “dışarıda” olduğu durumlarda dahi kamu makamlarının sahneye koydukları oyun, şüphelinin açıklama yapma(ma) özgürlüğünü zedeleyebilecektir¹³⁸.

(3) Tüm bu açıklamalardan sonra CMK m. 147, 148 anlamında ifade almadan ne anlaşılması gerektiği şu şekilde ifade edilebilir: İfade alma, resmi

¹³⁶ Große Kammer des EGMR, Urt. v. 21.1.2009 (Beschwerde-Nr. 4378/02) – Bykov v. Russland (JR 2009, 514).

¹³⁷ Karsten Gaede, “Beweisverbote zur Wahrung des fairen Strafverfahrens in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere bei verdeckten Ermittlungen”, in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2009, s. 497.

¹³⁸ Karsten Gaede, “Beweisverbote zur Wahrung des fairen Strafverfahrens in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere bei verdeckten Ermittlungen”, in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2009, s. 497.

sıfata sahip ya da sahip olmayan ancak her halükârda kamu makamları ad ve hesabına hareket eden kişilerin, şüpheliden işlendiği iddia olunan suç hakkında bilgi almaya çalışmasıdır. Şüphelinin gözaltı, tutukluluk gibi kamu makamlarının gözetiminde olup olmaması önemli değildir. Keza daha önceden şekli anlamda bir ifade alma sırasında şüpheli ile kamu makamlarının karşı karşıya gelmiş olup olmaması da önemli değildir. Şüphelinin daha önce susma hakkını kullanıp kullanmadığı da önemsiz diğer bir husustur¹³⁹. Bu bakımdan “ifade alma benzeri durum” terminolojisini kabul edip etmemek yalnızca bir tercih meselesidir. Böylesi bir terminoloji kabul edilmese dahi CMK m. 147, 148 hükümlerinin uygulama alanı şekli anlamda ifade alma ile sınırlanamaz.

b. CMK m. 148’in İradeyi Bozan Aldatmayı Şart Koşmaması Ne Anlama Gelmektedir?

İfade almanın şekli anlamda değil fonksiyonel anlamda anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi, tek başına yukarıda zikredilen örneklerde otomatikman, başkaca hiçbir inceleme yapmadan yasak usul olan aldatmanın varlığını kabul etmek demek değildir. Zira yasak usul aldatmanın varlığı için öncelikle bir hile olacak ve bu hile, şüphelinin özgür iradesini sakatlayacaktır. Ancak özgür iradeyi sakatlayan hile, CMK m. 148 (§ 136a StPO) anlamında aldatmadır.

İşte tam da bu noktada iki ülke hukuk sistemi arasındaki en temel farklardan birine dikkat çekmek ve Alman Hukukunda ortaya konulan düşüncelerin olduğu gibi Türk Hukukuna aktarılamayacağına işaret etmek gerekmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere Alman Hukukunda yukarıdaki örnek olayların § 136a StPO anlamında aldatma olarak değerlendirilmemesinin altında yatan temel gerekçe, söz konusu olaylardaki aldatmanın, özgür iradeyi sakatlayan aldatma olmadığıdır. Diğer bir ifadeyle somut olaylardaki aldatma, Kanunun aradığı “özgür iradeyi sakatlama” eşliğini geçememektedir¹⁴⁰.

¹³⁹ Kıyaslayınız Armin Engländer, “Das nemo-tenetur-Prinzip als Schranke verdeckter Ermittler”, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), Yıl 2008, s. 167.

¹⁴⁰ BGH, Beschluss vom 13.05.1996 - GSt 1/96 (BGHSt 42, 139 = NStZ 1996, 502); Gleß, § 136a kn. 44; Lemke, § 136a kn. 6; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a kn. 4 vd.; Rogall, § 136a kn. 67 vd.; Claus Roxin, “Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), Yıl 1995, s. 465 vd.; Claus Roxin, “Zum Hörfallen-Beschluss des Großen Senats für Strafsachen”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), Yıl 1997, s. 18 vd.

Ancak CMK m. 148, böylesi bir eşiği şart koşmamaktadır. Bilindiği üzere yasak usulleri düzenleyen norm, Türk Hukukuna mülga CMUK zamanında girmiştir. Yasak usulleri düzenleyen CMUK m. 135a/1 hükmüne göre “İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi *iradeyi bozan* bedeni veya ruhi *müdahaleler* yapılamaz.” Buna karşın yasak usulleri düzenleyen CMK m. 148/1 ise “Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal *müdahaleler* yapılamaz.” hükmünü içermektedir¹⁴¹.

Görüldüğü üzere CMK m. 148/1, CMUK m. 135a/1’den farklı olarak “*iradeyi bozan müdahalelerden*” değil, yalnızca “*müdahalelerden*” bahsetmiştir. Bu durumun ne anlama geldiği açıktır: Türk Hukukunda, Alman Hukukundan farklı olarak, yasak usul olan aldatmadan bahsedilmek için, aldatmanın şüphelinin özgür iradesini zedelemesi şart değildir¹⁴². Aksi düşünce CMK m. 148/1’in ilk cümlesinden de çıkartılamaz; zira ilk cümle CMUK m. 135a/1’de de yer almaktaydı.

Çalışmada kabul edilen bu görüşe çeşitli açılardan karşı çıkmak pek tabii ki mümkündür. Gerçekten de CMK m. 148/1 hükmünün ilk cümlesinin sonunu ve ikinci cümlesinin başlangıcını “*özgür iradeyi engelleyici nitelikte*” şeklinde beraber okumak mümkündür. Keza CMK m. 148’in gerekçesinde yer alan “*Birinci fıkranın ikinci tümcesinde yer alan ve özgür iradeyi engelleyici nitelikteki eylemler arasında örnek olarak gösterilmektedir: Kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddet gibi*

¹⁴¹ Bu noktada CMK m. 148’in değil, CMUK m. 135a/1’in § 136a StPO ile uyumlu olduğu belirtilmelidir. § 136a StPO - Verbotene Vernehmungsmethoden; Beweisverwertungsverbot: “(1) Die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten darf nicht beeinträchtigt werden durch Mißhandlung, durch Ermüdung, durch körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln, durch Quälerei, durch Täuschung oder durch Hypnose.” Metnin çevirisi: “Kötü davranma, yorma, vücuda yapılan müdahaleler, ilaç vermek, işkence, aldatma veya hipnoz *suretiyle*, şüphelinin iradi karar verme ve iradi faaliyette bulunma özgürlüğü engellenemez.” (Yenisey/Oktar, s. 121).

¹⁴² Bu yönde haklı çıkarım için Mehmet Arslan, “Şüphelinin İfade Verme ve İrade Özgürlüğü”, Dr.Dr.h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 794: “148. maddede artık “*iradeyi bozan*” tabirine yer verilmemiş olmasının, şüphelinin ifade verme özgürlüğünün lehine anlaşılması gerekir. Bunun sonucu olarak, maddede belirtilen veya irade özgürlüğünü diğer şekillerde ihlal eden yöntemlere başvurulmuş olması halinde; bunun gerçekten iradeyi bozup bozmadığı konusunda ayrıca olumlu bir tespitle bulunulması gerekli değildir.”

bazı araçlar uygulanamaz. Bu hallerin ortak nitelikleri ruhsal veya bedensel müdahale olarak, iradeyi bozmalarıdır.” şeklindeki açıklamalar hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde kanun koyucunun şüphelinin özgür iradesini zedeleyen aldatmayı şart koştuğunu göstermektedir. Lakin yine de birinci ve ikinci cümlelerin farklı cümleler olduğu keza gerekçenin bağlayıcı olmadığı unutulmamalıdır.

Ancak ister “aldatmanın şüphelinin özgür iradesini zedelemesi şart değildir” şeklinde ifade edilebilecek burada savunulan görüş isterse de “aldatmanın şüphelinin özgür iradesini zedelemesi şarttır” şeklindeki aksi görüş kabul edilsin, son tahlilde bu görüş ayrılığının en azından bu çalışmada incelenen temel mesele bakımından çok büyük bir fark yaratmadığı göz ardı edilmemelidir. Zira hangi görüş kabul edilirse edilsin, bir sonraki başlıkta detaylıca açıklanacağı üzere soruşturma organları adına hareket eden özel kişilerin elde ettikleri delilin akıbetinin Türk ve Alman Hukuklarında farklı değerlendirilmesinin sebebi, aldatmanın özgür iradeyi sakatlamasının gerekip gerekmediğine dair yapılan tartışma değil, iki ülke hukuk sisteminin delil yasaklarına farklı bakışıdır.

c. Delil Yasaklarına İlişkin Türk ve Alman Hukuklarındaki Farklı Yaklaşım Yasak Usul Aldatma İçin Ne Anlama Gelmektedir?

Türk Hukukunun aldatmanın kabulü için herhangi bir eşik öngörmemesinin doğru bir tercih olmadığı belirtilmelidir. Zira aldatma kavramının içeriği öyle bir şekilde doldurulmalıdır ki, bir taraftan CMK m. 147’de yer alan haklar garanti altına alınmalı diğer taraftan ise soruşturma makamlarının şüpheyi yenme faaliyetlerinin aksamaması sağlanmalıdır¹⁴³. Bu nedenden dolayı CMK m. 148’in açık hükmüne rağmen, “tıpkı Alman Hukukunda” olduğu gibi, ancak ve ancak özgür iradeyi sakatlayan aldatmadan bahsedildiği durumlarda, yasak usul olarak aldatmanın varlığı kabul edilmelidir.

Ancak “tıpkı Alman Hukukunda olduğu gibi” şeklindeki ifade, yukarıda zikredilen örnek olaylara ilişkin verilen kararlarda “özgür iradeyi sakatlayan aldatmayı” reddederken ileri sürülen “özel kişilerin gerçek saiklerini saklamaları aldatma değildir, zira insanlar karşısındaki kişinin ne saikle hareket ettiğinden bağımsız olarak, kendi aleyhine delil vermek zorunda olmadığını

¹⁴³ Kıyaslayımız Mathias Jahn, “Strafprozessrecht als geronnenes Verfassungsrecht - Hauptprobleme und Streitfragen des § 136a StPO”, in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2005, s. 1057 vd.; Krack, s. 120 vd.

bilmektedirler” şeklindeki düşüncenin¹⁴⁴ de Türk Hukukuna aktarılması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Aksine delil yasaklarına ilişkin Türk ve Alman Hukuklarındaki farklı yaklaşım, yukarıda zikredilen örnek olaylarda farklı düşünülmesini gerekli kılmaktadır.

Alman Hukukundaki yaklaşımın neden reddedilmesi gerektiğine ilişkin açıklamalara Alman Hukukundan bir örnekle başlamak yararlı olacaktır. Yukarıda zikredilen *olay 5*'i inceleyen *BGH*, kararında aldatmanın varlığını dahi tartışmamış¹⁴⁵, sanki Kanunda aldatmayı yasaklayan bir norm yokmuş gibi davranmıştır¹⁴⁶. *BGH*'nin aldatmadan tek kelime dahi bahsetmemesinin sebebinin ne olduğu bilinmemekle birlikte, kesin olan tek husus, bu tercihi haklı kılan hiçbir nedenin olmadığıdır¹⁴⁷.

Alman Hukukunun bu isteksizliğinin nedeni üzerinde durulmalıdır: Alman Hukuku, Türk Hukukundan farklı olarak, delil yasakları hususunda genel geçer bir kurala yer vermemiştir. Diğer bir ifadeyle Alman Hukukunda, Anayasa m. 38/6'nın ve CMK m. 217/2'nin karşılığı bulunmamaktadır. Alman Hukuku § 136a StPO'nun (CMK m. 148) da dâhil olduğu yalnızca birkaç normda elde edilen delilin kullanılmasını mutlak biçimde yasaklamış; bunun dışında delil yasakları meselesini öğreti ve içtihadı bırakmıştır¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Kıyaslayınız *BGH*, Urteil vom 17.03.1983 - 4 StR 640/82 (BGHSt 31, 304); *BGH*, Urteil vom 08.10.1993 - 2 StR 400/93 (BGHSt 39, 335); *BGH*, Beschluss vom 22.03.1995 - 5 StR 680/94 (NStZ 1995, 410); *BGH*, Vorlagebeschluss vom 20.12.1995 - 5 StR 680/94 (NStZ 1996, 200); *BGH*, Beschluss vom 13.05.1996 - GSSSt 1/96 (BGHSt 42, 139 = NStZ 1996, 502); *BGH*, Urteil vom 21.07.1998 - 5 StR 302-97 (BGHSt 44, 129); *BGH*, Urteil vom 09.04.1986 - 3 StR 551/85 (BGHSt 34, 39); *BGH*, Urteil vom 24.02.1994 - 4 StR 317/93 (BGHSt 40, 66); *BGH*, Urteil vom 09.05.1985 - 1 StR 63/85 (BGHSt 33, 217).

¹⁴⁵ *BGH*, Beschluss vom 18.05.2010 - 5 StR 51/10 (BGHSt 55, 138).

¹⁴⁶ Aynı yönde eleştiri için Stoffer, s. 385.

¹⁴⁷ Kıyaslayınız Joachim Kretschmer, “Schutz vor staatlich veranlassten Zwang und inszenierter Täuschung”, in: Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS), Yıl 2010, s. 345 vd.; § 136a StPO'nun mahkeme kararlarında yeterince tartışılmadığı hususunda Matthias Jahn, “Ausforschung einer Beschuldigten durch Wahrsagerin in der Untersuchungshaft - BGHSt 44, 129”, in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2000, s. 442 vd.; Popp, s. 95 vd.

¹⁴⁸ Alman Hukukuna özgülenmiş delil yasaklarına ilişkin Almanca çok sayıda kaynak olsa da bu ülke hukukuna ilişkin bir çeviri için bakınız Claus Roxin, “İspat Hukukunun Esasları” (Çev. Ünver Y), in: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 4, Sayı 8, Yıl 2005/2, s. 265 <<https://ticaret.edu.tr/uploads/kutuphane/dergi/s8/M00131.pdf>> Erişim Tarihi 29 Mart 2021.

Delil yasaklarına ilişkin hangi yaklaşımın benimsenmesi gerektiği bu çalışmanın konusu değildir. Bu nedenle sadece bu çalışma kapsamında önemli olan hususlara değinmek yeterlidir:

(1) Türk Hukuku, delil yasakları meselesine, hukuk uygulayıcısına oyun alanı bırakmayan, götürü¹⁴⁹ şekilde yaklaşmaktadır. Ne var ki bu “radikal değerlendirme karşıtı yaklaşım¹⁵⁰”, “değersiz hatalar¹⁵¹” göz ardı edilmek istendiği zaman, Anayasa ve Kanundaki açık düzenlemeleri reddetmek durumunda kalan Yargıtay uygulamasına sebebiyet vermektedir¹⁵². Daha

¹⁴⁹ Anayasa m. 38/6: “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*”; CMK m. 217/2: “*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*”

¹⁵⁰ Hans Kudlich (Çev. Tepe, İ), “Bağımlı Delil Değerlendirme Yasaklarının Gerçekleşmesinde Kanıtama Yükünün Dağıtımı İçin Bir Model Olarak Objektif İsnadiyet Teorisi”, in: Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Prof. Dr. Veli Özer Özbek’e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 331.

¹⁵¹ Kudlich (Çev. Tepe), s. 331 dn. 11.

¹⁵² YCGK, E. 2011/8-278, K. 2012/96, T. 13.03.2012: “Arama kararının ne şekilde infaz edileceği, aramanın yapıldığı 15.02.2007 tarihinde yürürlükte olan 5271 sayılı CYY’nin 119. maddesinin 4. fıkrasında; “Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur” şeklinde belirtilmiştir. Buna göre, konutta yapılan arama sırasında; Cumhuriyet savcısının, (veya) İhtiyar heyetinden iki kişinin, (veya) iki komşunun, Hazır bulundurulması gerekmektedir. Buna karşın uyumsuzluğa konu olayda, aramaya on dört kolluk görevlisi ile sanığın katıldığı, bununla birlikte Yasanın arama sırasında bulunmasını istediği diğer kişilerin katılmadığı, bunun da şeklen hukuka aykırı olduğu ve 5271 sayılı CYY’nin 217. maddesinin 2. fıkrasında; “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir” şeklindeki hüküm uyarınca, arama sonucu elde edilen delilin hukuka uygun biçimde elde edilen delil niteliğinde bulunmadığı ileri sürülebilir ise de; usulüne göre alınmış bir arama kararı bulunan somut olayda, bu karara ve kararın infazı sırasında yapılan işlemlere yönelik bir itiraz vaki olmadığı gibi, arama işlemine ve arama yapılırken bir takım haklarının ihlal edildiğine yönelik olarak sanıktan gelen herhangi bir yakınma da bulunmamaktadır. Bu nedenle, sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşulun ihlal edilmesine dayanılarak aramanın hukuka aykırı sayılmayacağı ve ele geçirilen delillerin “hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil” olarak nitelenemeyeceğinin kabulü gerekmektedir. Öğretide de; Prof. Bahri Öztürk, Doç. Dr. Mustafa Ruhan Erdem ve Doç. Dr. Veli Özer Özbek tarafından hazırlanan Uygulamalı Ceza Muhakemesi isimli eserde bu konudan bahsedilirken, ikili bir ayırım yapılarak, bu tasnifte; hak ihlalinin niteliği üzerinde durulup, bir hukuk devletinde bazı hakların mutlak, diğer bazı hakların ise nisbi koruma altında bulundurulduğu belirtildikten sonra; buna bağlı olarak “mutlak delil yasakları” ve “nisbi delil yasakları” kavramlarının ortaya çıktığı ifade edilmiştir. Buna göre mutlak delil yasakları; 1- Sanığın kendisini suçlandırıcı beyanda bulunmaya zorlaması, 2- Bir kimsenin yakınlarını suçlandırıcı beyanda bulunmaya zorlanması, 3- Sanığa kendisi ile ilk temasa geçen yetkili tarafından bazı haklarının hatırlanmaması, (susma hakkı, müdafı tayini isteme hakkı gibi) 4- Hayatın gizli alanına (özel hayatta değil) yapılan müdahaleler, Olarak sayılmış, bunların dışında kalan durumlarda ise hâkim tarafından oranlılık (ölçülülük) ilkesi göz önünde tutularak “kamu yararı” bakımından bir değerlendirme yapılması gerekliliğinden bahsedilmiştir. Bu bağlamda; illiyet

da önemlisi, delil yasakları meselesine “basit” yaklaşım, CMK’nın içindeki ahengi de bozmaktadır. Anayasa m. 38/6’ya ve de CMK m. 217/2’ye yer verilen bir sistemde CMK m. 148/3 hükmünün ne amaca hizmet ettiği anlaşılammaktadır¹⁵³.

(2) Alman Hukuku ise delil yasaklarına götürü şekilde yaklaşmamaktadır. Bu da delil yasaklarına ilişkin ortaya konan görüşlerin kimi zaman kafa karıştırıcı, birçok zaman kazuistik ve somut olaya bağlı olsa da¹⁵⁴ son tahlilde yaşayan bir canlı gibi sürekli kendini yeni olaylara hazırlayabilmesine imkân tanımaktadır.

Ne var ki bu durum, her zaman şüpheli lehine olmamaktadır:

§ 136 StPO’da (CMK m. 147) yer alan aydınlatılma hakkının ihlal edilmesine ne sonuç başlanacağı önceleri oldukça tartışmalıydı. *BGH*, önceleri § 136 StPO (CMK m. 147) hükmünün basit, yalın bir düzen normu

bağı, etkileme gücü ve hak ihlali kriterlerine yer vermeden yapılan bir değerlendirmenin; “herhangi bir hakkın ihlal edilmediği her türlü basit şekli aykırılıkların da mutlak bozma sebebi sayılması” gerektireceği için, böyle bir yaklaşımın ceza yargılamasında hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına, adalet ve eşitlik ilkelerinin zedelenmesine yol açabilecek son derece ağır sonuçları da birlikte getireceği kuşkusuzdur. Her şekle aykırılığın aynı zamanda bir hak ihlaline de yol açacağı şeklindeki bir kabul isabetli olmayacağından, olayımızda olduğu gibi “Cumhuriyet savcısı, iki ihtiyar heyeti üyesi veya iki komşu” bulunmadan yapılan bir aramada, CYY’nin 119. maddesine şekli bir aykırılık söz konusu ise de herhangi bir hakkın ihlal edildiği söylenemeyecektir. Usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sadece arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle “hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil” sayılmaları ve mahkûmiyet hükmüne dayanak teşkil edememeleri kabul edilemez. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 26.06.2007 gün ve 147-159 sayılı kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır.” (kazancı)

¹⁵³ Bu hususta oldukça yerinde bir tespit için Cem Şenol, Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 407 vd.: “Diğer ülke sistemlerinin tecrübelerinden yararlanılması doğru bir yaklaşım olsa da sistemin diğer bileşenleri göz önüne alınmadan ve gereği gibi anlaşılmeden kopyalanması, sadece sorunlu hukuk uygulamalarına yol açmaktadır. Bu duruma iyi bir örnek, CMK m. 217/2’deki mutlak nitelikteki genel yasağın yanında, CMK m. 148/3’te, şüpheli veya sanıktan yasak sorgu yöntemlerinin uygulanması ile elde edilen beyanların kullanılmasına ilişkin yasağa ayrıca yer verilmiş olmasıdır. Kanatimizce bu hüküm hukuki değil, sadece tarihi ve psikolojik bir değere sahiptir.”

¹⁵⁴ Alman Hukukunun delil yasakları yaklaşımı hakkında etraflıca açıklamalar için Şenol, s. 163 vd. Ayrıca Türk Hukuk literatüründe delil yasakları hususunda sürekli atıf yapılan Anglosakson Hukuku bakımından çok detaylı açıklamalar için Murat Volkan Dülger, Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 129 vd.

olduğunu belirtmiş ve kamu organlarının şüphelinin bilgilendirilme hakkını ihlal etmelerine herhangi bir sonuç bağlamamıştır¹⁵⁵. Daha sonraları ise *BGH*, ihlali yapan kişiye göre bir ayrıma gitmiştir. Hâkimin, aydınlatma görevini ihlal etmesine “duruşma için ne geçerliyse, önsoruşturma için de o geçerlidir” düşüncesi ile değer atfetmiştir¹⁵⁶. Daha sonra ise *BGH* bir adım daha ileri gitmiş, kolluk tarafından şüphelinin aydınlatılma hakkının ihlal edilmesini de delil yasağı olarak nitelemiştir¹⁵⁷.

§ 136 StPO’nun (CMK m. 147) uygulama alanının genişlemesi, § 136a StPO’nun (CMK m. 148) uygulama alanının daralmasına neden olmuştur. Zira delil yasağına ilişkin değerlendirme § 136a StPO’nun (CMK m. 148) uygulama alanından çıkartılıp, § 136 StPO’nun (CMK m. 147) uygulama alanına dâhil edilmiştir¹⁵⁸.

İşte tam bu nokta şüpheli için olumsuzlukları beraberinde getirmiştir. § 136a StPO (CMK m. 148) elde edilen delilin kullanılmasını mutlak şekilde yasaklamaktayken, § 136 StPO (CMK m. 147) elde edilen delilin kullanılmasını mutlak şekilde yasaklamamaktadır; zira bu hükme aykırılık, yasak usullerden farklı olarak kanun yoluyla değil, yalnızca içtihat yoluyla delil yasaklarına dâhil edilmiştir¹⁵⁹.

İçtihat yoluyla yaratılan delil yasağının ne anlama geldiği de açıklanmalıdır: Her somut olayda mahkeme delil elde etmeyi düzenleyen hükmün ihlali olan netice ile işlendiği iddia olunan suçun aydınlatılmasındaki toplumsal menfaati tabiri caizse bir terazinin iki kefesine oturarak, bir karşılaştırma yapacaktır¹⁶⁰.

¹⁵⁵ *BGH*, Urteil vom 31.05.1968 - 4 StR 19/68 (BGHSt 22, 170).

¹⁵⁶ *BGH*, Beschluss vom 14.05.1974 - 1 StR 366/73 (BGHSt 25, 331); *BGH*, Beschluss vom 07.06.1983 - 5 StR 409/81 (BGHSt 31, 401).

¹⁵⁷ *BGH*, Beschluss vom 27.02.1992 - 5 StR 190/91 (BGHSt 38, 214).

¹⁵⁸ Kıyaslayınız Tobias Mahlstedt, Die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei – Informelle Informationserhebung und Selbstbelastungsfreiheit, Duncker&Humblot, Berlin, 2011, s. 30 vd., 50 vd., 137, 138 vd.

¹⁵⁹ Kıyaslayınız *BGH* Beschluss vom 09.01.2020 – 5 StR 628/19 (BeckRS 2020, 1419).

¹⁶⁰ Kıyaslayınız *BGH*, Urteil vom. 03.05.2018 – 3 StR 390/17 (NSStZ 2019, 227); *BGH*, Urteil vom 06.03.2018 – 1 StR 277/17 (NSStZ 2019, 36); *BGH*, Ur. v. 6.10.2016 – 2 StR 46/15 (BGHSt 61, 266); *BGH*, Urteil vom 20. 12. 2012 - 3 StR 117/12 (BGHSt 58, 84); *BGH*, Ur. v. 22. 12. 2011 – 2 StR 509/10 (BGHSt 57, 714); *BGH*, Ur. v. 13. 1. 2011 – 3 StR 332/10 (BGHSt 56, 127); *BGH*, Urteil vom 14. 8. 2009 - 3 StR 552/08 (BGHSt 54, 69); *BGH*, Urteil vom 18. 4. 2007 - 5 StR 546/06 (BGHSt 51, 285); *BGH*, Urteil vom 22. 11. 2001 - 1 StR 220/01 (BGHSt 47, 172); *BGH*, Urteil vom 11. 11. 1998 - 3 StR 181–98

Alman Hukuku, kendini itham etmeme hakkı, susma hakkı gibi hakların ihlali ile bu ihlal sayesinde elde edilen delil ve bu delil ile aydınlatılan suçun haksızlık içeriğini tıpkı bir terazide olduğu gibi karşılaştırırken, bir adım daha ileri gitmekte ve tartının dengesinin kamu makamları lehine bozulması için değişik enstrümanları da mahkemelere sunmaktadır.

İlk enstrüman “nitelikli aydınlatma”, “nitelikli bilgilendirme” (*qualifizierte Belehrung*) olarak adlandırılan yükümlülüktür¹⁶¹. Bu kavram, şüphelinin hakları hususunda bilgilendirilmediği bir anda yaptığı açıklamaların, belirli bir usulden sonra kullanılabilmesine hizmet etmektedir¹⁶². Buna göre ilk ifade alma sırasında hakları konusunda bilgilendirilmeyen şüpheli ile kamu makamları bir kez daha ifade alma için karşı karşıya geldiklerinde, söz konusu bu ikinci ifade almada kamu makamları eğer ki ilk olarak usulüne uygun şekilde § 136 StPO’da (CMK m. 147)¹⁶³ yer alan hakları şüpheliye bildirir ve de daha sonra ikinci ifade almaya kadarki açıklamalarının hiçbirisinin muhakemede kullanılmayacağını belirtirse, şüphelinin nitelikli aydınlatmadan sonraki beyanları, yani ikinci ifade almadaki açıklamaları, muhakemede kullanılabilir¹⁶⁴.

İkinci enstrüman ise “itiraz çözümü” (*Widerspruchslösung*) olarak adlandırılan husustur¹⁶⁵. Buna göre şüphelinin hakları hususunda doğru bir şekilde bilgilendirilmemesi durumunda veya şüphelinin ifadesinin müdafii

(BGHSt 44, 243); BGH, Beschluss vom 27-02-1992 - 5 StR 190/91 (BGHSt 34, 218); BGH, Urteil vom 17-03-1983 - 4 StR 640/82 (BGHSt 31, 304); BGH, Urteil vom 22. 2. 1978 - 2 StR 334/77 (BGHSt 27, 355); BGH, Urteil vom 21. 2. 1964 - 4 StR 519/63 (BGHSt 19, 325).

¹⁶¹ Bu konuda Türkçe açıklamalar için Meraklı, s. 1572 vd.

¹⁶² BGH, Urteil vom 18. 12. 2008 - 4 StR 455/08 (BGHSt 53, 112).

¹⁶³ Türk Hukuku bakımından dikkat edilmesi gereken husus, CMK m. 148/5 hükmüne göre şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı doğduğunda, bu işlemin ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacağıdır. Bu hükmün şüpheli açısından olumlu olduğu kesindir. Ancak yasak usulle elde edilen delilin kesin olarak kullanılamayacağı açıkken, söz konusu hükmün CMK m. 148’de değil konuyla ilgili olan CMK m. 147’de düzenlenmesi gerekirdi. Bu bağlamda içerik olarak doğru hükmün yanlış yerde düzenlendiği belirtilmelidir.

¹⁶⁴ Gleß, § 136 kn. 81, 106; Karl Heinz Gössel, in: Löwe-Rosenberg – Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 1. Band, Einleitung; §§ 1-47, 27. Auflage, De Gruyter, Berlin, 2016, “Einleitung Abschnitt L – Beweisverbote”, kn. 161; Klaus Rogall, “Grund und Grenzen der qualifizierten Belehrung im Strafprozess”, in: Festschrift für Klaus Geppert, De Gruyter, Berlin, 2011, s. 519 vd.

¹⁶⁵ Bu konuda Türkçe açıklamalar için Şenol, s. 181 vd.; Ufuk Toprak, “Alman Hukukunda Soruşturma Aşamasında Usule Aykırı Elde Deliller ve İtiraz Çözü-mü”, in: Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 6, Sayı 56, Yıl 2011, s. 31 vd.

hazır bulunmaksızın alınması durumunda, söz konusu hukuka aykırılığı mahkeme, ancak ve ancak sanığın veya müdafin duruşmada bunu dile getirmesi halinde dikkate alabilecektir. İtiraz olmadığı sürece § 136 StPO'nun (CMK m. 147)¹⁶⁶ ihlalinden kaynaklanan hukuka aykırılık, delilin muhakemede kullanılabilmesine engel teşkil etmeyecektir¹⁶⁷.

Kendiliğinden anlaşılma ile birlikte, altı çizilmesinde fayda bulunan nokta gerek nitelikli aydınlatma yükümlülüğünün¹⁶⁸ gerekse de itiraz çözümünün¹⁶⁹, § 136a StPO'nun (CMK m. 148) mutlak değerlendirme yasağı öngörmesi sebebiyle yasak usullerle elde edilen deliller açısından uygulama olanağının bulunmadığıdır.

(3) Bu başlık altında son olarak, kamu makamları ad ve hesabına delil elde etmek için eylemde bulunan özel kişilerin faaliyetlerinin § 136a StPO'nun (CMK m. 148) uygulama alanından çıkartılıp, § 136 StPO'nun (CMK m. 147) uygulama alanına dâhil edilmesinin Türk Hukuku açısından ne anlama geldiği açıklanmalıdır.

Türk Hukukunun ortaya koymaya çalıştığı radikal yaklaşım, değersiz hatalar söz konusu olduğunda isabetsiz ve uygulanamazdır¹⁷⁰; buna karşın CMK m. 148/3 ile Anayasa m. 38/6, CMK m. 217/2 hükümlerinin ortaya koymak istedikleri konsept dikkate alındığında, yasak usuller söz konusu

¹⁶⁶ Türk Hukuku bakımından dikkat edilmesi gereken husus, CMK m. 148/4 hükmüne göre müdafî hazır bulunmaksızın alınan ifadenin, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmayacağıdır. Bu hükmün şüpheli açısından olumlu olduğu kesindir. Ancak yasak usulle elde edilen delilin kesin olarak kullanılmayacağı açıkken ve de rıza olsa dahi bu tür delillerin kullanılmayacağı da zaten düzenlenmişken, söz konusu hükmün CMK m. 148'de değil konuyla ilgisi olan CMK m. 147'de düzenlenmesi gerekirdi. Bu bağlamda içerik olarak doğru hükmün yanlış yerde düzenlendiği belirtilmelidir.

¹⁶⁷ Detaylar için Bernd Kuhn, "Die Widerspruchslösung", in: Juristische Arbeitsblätter (JA), Yıl 2010, s. 891 vd.

¹⁶⁸ Gössel, kn. 162; Klaus Rogall, "Grund und Grenzen der qualifizierten Belehrung im Strafprozess", in: Festschrift für Klaus Geppert, De Gruyter, Berlin, 2011, s. 538 vd.

¹⁶⁹ Gössel, kn. 55.

¹⁷⁰ Bahri Öztürk, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, İnsan Hakları Merkezi, Ankara, 1995, s. 47 vd.: "İllet bağ, etkileme gücü ve hak ihlali kriterlerine yer vermeyen bir değerlendirme, herhangi bir hakkın ihlal edilmediği her türlü basit şekli aykırılıkların da mutlak bozma sebebi sayılmasını gerektireceğinde uzun vadede son derece ağır sonuçların doğmasına yol açabilir. Burada her şekli aykırılık aynı zamanda hak ihlaline de yol açar gibi toptancı bir iddianın ileri sürülmesi mümkündür; ancak böyle bir iddianın gerçeklerle alakası bulunmamaktadır."

olduğu zaman Türk Hukukunun konuya Alman Hukukundan çok daha cesurca yaklaşabileceği ortadadır. Zira yukarıda örnek olarak zikredilen olaylarda Alman Hukukunun özgür iradeyi sakatlayan aldatmayı reddetmesinin altında yatan neden, aslında somut olaylarda özgür iradeyi sakatlayan aldatmanın olmaması değil; Alman Hukukunun delil yasaklarına ilişkin şüpheli, çekingen yaklaşımıdır. Hal böyle olunca da yukarıda örnek olarak zikredilen olaylarda özgür iradeyi sakatlayan aldatmanın mevcut olup olmadığı, Alman Hukukundaki baskın görüşün ortaya koyduğu düşüncelerden bağımsız bir şekilde değerlendirilmelidir¹⁷¹.

d. Sorunun Çözümü: Maddi Ceza Hukukunda Kabul Edilen Objektif İsnadiyet Teorisinin Şekli Ceza Hukukuna Aktarılması

Hukuk sistemi otonomi prensibine dayanmaktadır. Nasıl ki maddi ceza hukukunda rıza üzerine işlenen fiil haksızlık teşkil etmez¹⁷², şekli ceza hukukunda da şüphelinin rızası ile vermiş olduğu beyan, beyanın şüphelinin lehine ya da aleyhine olup olmamasına bakılmaksızın, delil yasaklarına tabi olmaz. Ancak otonomi prensibi de belli sınırlara tabidir. Gerçekten de TCK m. 26/2 rıza hususunda bir sınırlama öngörmüş ve rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmasını şart koşmuştur. Keza CMK m. 148/3 yasak usullerle elde edilen ifadelerin rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak kullanılamayacağını belirtmiştir.

Otonomi prensibinin doğal sonucu, kişinin ne tür tehlikelere atılacağına keza tehlikelere karşı nasıl ve hangi oranda kendisini koruyacağına ya da kendisine sunulan hukuki olanaklardan ne ölçüde imtina edeceğine kendisinin

¹⁷¹ Bu noktada Kaymaz'ın CMUK ve CMK arasındaki terminoloji farklılıklarına da dikkat etmek suretiyle yapmış olduğu şu açıklamayı aynen aktarmanın faydalı olacağı düşünülmektedir: “*Yaygın olarak kullanılan bir aldatma yöntemi, gözüaltına alınan veya tutuklanan sanığın yanına suçlu görünümünde bir zabıta memurunun konulması ve bu memurun sanık ile sohbet esnasında öğrenmiş olduğu bilgiler; sanığın söylemiş olduğu sözler ile ilgili olarak tanık sıfatıyla dinlenerek delil elde edilmesidir. (...) Ancak bu yöntem, öncelikle dürüstlük ilkesine aykırı olduğu gibi, bu şekildeki bir uygulama ile sanığın susma hakkı da bertaraf edilmektedir. Ayrıca bu koşullar altında konuşan sanığın beyanlarının serbest irade ürünü olduğunu söylemek de güçtür. Çünkü sanığın beyanlarının serbest irade ürünü olduğunu söyleyebilmesi için, sanığın konuştuğu kişinin memur olduğunu bilmesi ve söylemiş olduğu sözlerin aleyhine delil olarak kullanılacağı konusunda bilgi sahibi olması gereklidir. Bu bakımdan zabitanın hile yolu ile sanıktan elde ettiği bilgiler ile ilgili olarak tanıklık yapması suretiyle elde edilen deliller hukuka aykırıdır.*”, Kaymaz s. 105 vd.

¹⁷² Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 493 vd.; Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 288 vd.; İzzet Özgenc, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 374 vd.

karar vereceğidir¹⁷³. Bu düşünce, maddi ceza hukukunda objektif isnadiyet teorisi çerçevesinde kendisine yer bulmaktadır. Fail, tipik neticeyi gerçekleştiren hukuken önemli bir tehlike ya da risk yaratmış ise netice ona objektif olarak isnat edilebilir; zira artık netice üçüncü bir kişinin ya da bir rastlantının eseri değil, bilakis failin eseridir. Buna karşın bir kimsenin kendi isteği ile nedensellik sürecine katılması ve zarar görmesi durumunda, gerçekleşen netice buna katılan diğer kişiye isnat edilmemektedir¹⁷⁴.

Ancak bu anlatımlardan, “mağdurun kendisi için tehlike yarattığı durumlarda, netice faile isnat edilemez” şeklinde bir sonuç çıkartılmamalıdır. Objektif isnadiyet teorisi iki hususun birbiriyle karıştırılmaması gerektiğini ifade eder. Eğer mağdur olayın gelişimine tamamen hâkim olarak, kendisinin zarar görmesini göze alarak, neticenin meydana gelmesini sağlayacak şekilde hareket etmiş ise, bu neticeye katkı sunan üçüncü kişi, neticeden sorumlu değildir. Buna karşın eğer mağdur olayın gelişimine tamamen hâkim değilse, kendi özgür iradesini sakatlayan durumlar mevcut ise ve üçüncü kişi de bunu bilerek mağdurun kendisi için tehlike yarattığı olaya nedensel katkıda bulunmuş ise, üçüncü kişinin sorumluluğu gündeme gelecektir¹⁷⁵.

Öyleyse kişinin verdiği rızanın aldatma gibi bir nedenden dolayı geçersiz olması veya üçüncü kişinin, mağdurun sahip olduğu bilgiden daha fazla bilgiye sahip olması ya da mağdurun sahip olmadığı özel bir bilgiye sahip olması sebebiyle, rızanın sakatlandığı hallerde, üçüncü kişiyi neticeden sorumlu tutmak gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle üçüncü kişi, mağdurun rızasının herhangi bir sebeple sakatlandığı bir olayda, tipik eylemin geneline hâkim ise ve bu nedenle de tipik olayın gelişimini dizginleyebilme egemenliğine sahip ise, mağdur kendisi için bir tehlike yaratmış olsa dahi, neticeden sorumlu tutulacaktır. Zira mağdur, otonomisinin sekteye uğradığı bu tip durumlarda, bağımsız ve özgür iradesiyle hareket edememektedir. Böylesi bir durumda

¹⁷³ Jörg Eisele, *Freiverantwortliches Opferverhalten und Selbstgefährdung*, in: *Juristische Schulung (JuS)*, Yıl 2012, s. 577 vd.; Thomas Rönnau, “Grundwissen – Strafrecht: Einverständliche Fremdgefährdung”, in: *Juristische Schulung (JuS)*, Yıl 2019, s. 119 vd.; Gerhard Timpe, “Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung”, in: *Juristische Rundschau (JR)*, Yıl 2014, s. 53 vd.

¹⁷⁴ Kıyaslayınız Akbulut, s. 340 vd.; Koca/Üzülmez, s. 137 vd.; Özgenç, s. 191 vd., 196 vd.

¹⁷⁵ BGH, Urteil vom 05.08.2016 – 1 StR 328/15 (BGHSt 61, 21); BGH, Urteil vom 28.01.2014 – 1 StR 494/13 (BGHSt 59, 150); BGH, Urteil vom 29.04.2009 – 1 StR 518/08 (BGHSt 53, 288); BGH, Urteil vom 20.11.2008 – 4 StR 328/08 (BGHSt 53, 55); BGH, Urteil vom 11.12.2003 – 43StR 120/03 (BGHSt 49, 34); BGH, Urteil vom 07.02.2001 – 5 StR 474/00 (BGHSt 46, 279); BGH, Urteil vom 14.02.1984 – 1 StR 808/83 (BGHSt 32, 262).

üçüncü kişi tıpkı dolaylı faillikte olduğu gibi, mağduru adeta araç olarak kullanmaktadır¹⁷⁶.

Fark edileceği üzere objektif isnadiyet teorisi çerçevesinde ortaya konulan “riskin dağıtılması” düşüncesinin ceza muhakeme hukukuna da aktarılması mümkündür. Öyleyse özel kişilerin kolluk görevlilerinin yerine ve onlar adına hareket etmelerinin sonucunda şüphelinin kendini itham eden açıklamalarının hangi durumda CMK m. 148 anlamında aldatma kabul edileceği hususunda ve bu aldatma sonucu şüphelinin özgür iradesinin sakatlanmasının ne zaman kamu makamlarına isnat edilen netice olacağına belirlenmesinde objektif isnadiyet teorisinden faydalanmak mümkündür¹⁷⁷. Zira “kamu makamlarının özel kişiler aracılığıyla şüpheli ile temasa geçmesi” objektif isnadiyet teorisi terminolojisi ile “failin hukuken önemli sayılan risk yaratması” ve de “özgür iradesi zedelenmiş şüphelinin kendini itham eden açıklamalarda bulunması” objektif isnadiyet teorisi terminolojisi ile “failin eseri olan netice” olarak değerlendirilebilecektir.

Öyleyse ortaya çıkan tablo şu şekilde özetlenebilir:

(1) Kamu makamlarınca sahneye konulan bir oyunun sonucu olan özel kişi ile şüpheli arasındaki görüşme, özel bir görüşme olarak kabul edilemez. Bu görüşmenin hem yapılış şeklinin hem de içeriğinin kamu makamlarına isnat edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla şüphelinin özgür iradesinin sakatlandığını reddeden görüşlerin ısrarla vurguladığının aksine, özel kişinin şüphelinin anlattıklarını kolluk görevlilerine nakletmesi, hayatın içindeki olağan risk olarak değerlendirilemez. Diğer bir ifadeyle “hiç kimse bir başkasıyla yaptığı telefon görüşmesinin içeriğinin kolluğa aktarılmayacağına dair güven beslememelidir; şüpheli ile iletişime geçen özel kişinin duyduklarını kolluğa anlatması ile herhangi bir kişinin bir suç ile ilgili duyduklarını kolluğa aktarması arasında hukuken bir fark yoktur, ikincisinde olduğu gibi ilk ihtimalde de elde edilen delil hukuka uygundur¹⁷⁸” şeklindeki yaklaşım isabetli değildir.

¹⁷⁶ Eisele, s. 577 vd.; Rönnau, s. 119 vd.; Timpe, s. 53 vd.

¹⁷⁷ Aynı yönde haklı çıkarım için Jürgen Wolter, “Staatlich gesteuerte Selbstbelastungsprovokation mit Umgehung des Schweigerechts – Zur objektiven Zurechnung im Strafprozessrecht, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), Yıl 2012, s. 240 vd.

¹⁷⁸ BGH, Beschluss vom 22.03.1995 - 5 StR 680/94 (NStZ 1995, 410); BGH, Vorlagebeschluss vom 20.12.1995 - 5 StR 680/94 (NStZ 1996, 200); BGH, Beschluss vom 13.05.1996 - GSSt 1/96 (BGHSt 42, 139 = NStZ 1996, 502).

Kabul etmek gerekir ki başkalarının hukuka uygun davranacağına ilişkin güven sınırsız değildir. Keza bir suç isnadı altında kamu organları ile karşı karşıya gelindiğinde, herkes, kendisinden kamu organlarının delil elde etmeye çalışacağını bilir. Ancak bir hukuk devletinde herkes kamu organlarının CMK'nın belirlediği sınırlar içerisinde hareket edeceğine dair güven duyar. Bu haklı güven ne zaman ki kamu organlarının yönlendirmesiyle oynanan bir oyun neticesinde boşa çıkartılır, bu halde elde edilen delilin kalitesi¹⁷⁹ zedelenmiş olur ve bunun da kamu makamlarına isnat edilmesi gerekir. Dolayısıyla şüpheli ile iletişime geçen özel kişinin kolluğa duyduklarını anlatması ile herhangi bir kişinin bir suç ile ilgili duyduklarını kolluğa aktarması arasında hukuken önemli bir fark bulunmaktadır. Kamu makamlarının özel kişileri, sırf şüpheli ile görüşmek amacıyla harekete geçirmesi durumunda, kamu organları şüphelinin duyduğu haklı güveni zedelemekte; oynanan oyundan bir haber olan şüpheliyi işlediği iddia olunan suçun aydınlatılmasında, tıpkı dolaylı failin başkasını suçta araç olarak kullanması gibi, bir araç olarak kullanmakta, kısacası ondan hukuk devletinin izin verdiği çerçevenin dışına çıkarak yararlanmaktadır¹⁸⁰.

Öyleyse özel kişinin gerçek saikini soruşturma makamlarının sahnelediği oyun çerçevesinde saklanması ve şüpheli ile yaptığı örneğin telefon görüşmesinin ya da baş başa görüşmenin içeriğini kolluğa aktarması, tek başına şüphelinin özgür iradesini sakatlamaya yeterli bir aldatmadır. Aksine bir düşünce şüpheliyi ceza muhakemesinin süjesi değil, yalnızca kendisinden bilgi elde edilen objesi haline getirmek demek olacaktır. Bunun ise, amacı, maddi gerçeği her ne pahasına olursa olsun bulmak olmayan modern ceza muhakemesi hukuku ile bağdaşmadığı açıktır.

(2) Şüphelinin kamu organlarınca sahneye konulan oyun sonucunda kendi aleyhine delil verdiği olaylar ile objektif isnadiyetin ortadan kalktığı kişinin kendisini isteyerek zarara veya tehlikeye soktuğu olayların benzer şekilde değerlendirilemeyeceği ortadadır. Dolayısıyla “şüpheli kendi aleyhine delil vermek zorunda olmadığını bilmektedir; buna rağmen şüpheli kendini itham etmişse, aleyhe yapılan açıklamalar artık şüphelinin kendi sorumluluk alanına dâhildir” şeklindeki düşünce¹⁸¹ isabetsizdir. Zira şüphelinin açıklamalarını

¹⁷⁹ Kıyaslayınız Kudlich (Çev. Tepe), s. 331 dn. 7.

¹⁸⁰ Haklı güven unsuruna dayanan diğer yazarlar için Wolter, s. 239 dn. 16; Rüdiger Zuck, “Faires Verfahren und der Nemo tenetur-Grundsatz bei der Besuchüberwachung in der Untersuchungshaft”, in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2010, s. 21.

¹⁸¹ Wolfgang Mitsch, “Tod auf Mallorca – Verwertungsverbot wegen unzulässiger verdeckter

“kişinin kendi eyleminden sorumlu tutulması” düşüncesinden hareketle şüpheliye isnat edebilmek için şüphelinin somut olaya hâkim olabilmesi gereklidir. Bu şekilde bir hâkimiyetin olmadığı yerde ise kişinin kendi aleyhine delil vermesine ilişkin riskin şüpheliye yüklenmesi mümkün değildir¹⁸².

(3) Çok gerekli olan hukuki değere ulaşmak, örneğin işlenen bir suçun aydınlatılmasında kamunun sahip olduğu menfaati korumak için daha az öneme sahip olan hukuki değer ihlal edilmesine, örneğin izin verilen trik çerçevesinde kamu makamlarının kriminalistik hilelere başvurusu suretiyle şüpheliye aldatılmasına cevaz veren düşünce de objektif isnadiyet teorisindeki ismiyle izin verilen risk düşüncesi¹⁸³ de şüphelinin haklarının makul ölçüde korunmasına yardım edecektir. Gerçekten de özel kişinin gerçek saikini saklamak suretiyle şüpheli ile temasa geçmesinde izin verilen risk, şüphelinin karşısındaki kişinin kimliği hususunda aldatılmasıdır. Buna karşın ne zaman ki kamu makamları özel kişiler vasıtasıyla şüphelinin kendisi aleyhine delil vereceği bir ortamı hazırlar, bu durumun kamu makamlarına isnat edilmesi gereklidir. Diğer bir ifadeyle şüphelinin kendi aleyhine delil vermesine neden olan olaylar silsilesinin bizatihi kendisi özgür iradeyi sakatlayan aldatma olarak kabul edilmelidir; zira susma hakkının dolanılması *nemo tenetur* ilkesinin anayasal koruma altında olması sebebiyle izin verilen riskin alanına dâhil değildir¹⁸⁴.

e. Şekli Ceza Hukukuna Özgü Objektif İsnadiyet Teorisinin Somut Olaylara Aktarımı

Şu ana kadar ki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, somut olayda CMK m. 148 anlamında yasak usul olan aldatmanın olup olmadığına dair değerlendirme iki aşamalıdır. İlk aşamada aldatmadan bahsedilip bahsedilemeyeceği incelenmelidir. İkinci aşamada ise aldatmanın, şüphelinin özgür iradesini sakatlayan bir aldatma olup olmadığı değerlendirilmelidir.

(1) (a) Gerçeğin tahrif edilmesi veya gizlenmesi ya da gerçek olmayan hususların gerçekmiş gibi takdim edilmesi halinde aldatma mevcuttur. Öyleyse *olay 7* ve *olay 8*'de aldatmadan söz etmek mümkün değildir. Özel

Ermittlungsmethoden”, in: Juristische Ausbildung (JURA), Yıl 2008, s. 214.

¹⁸² Kretschmer, s. 346.

¹⁸³ Kıyaslayınız Akbulut, s. 343 vd.

¹⁸⁴ Kıyaslayınız Duttge, s. 261 vd.; Nowrousian, s. 625 vd.; Plagemann, s. 185; Soiné, s. 597 vd.

kişi (B)'nin eyleminin kamunun denetim ve gözetiminde olan cezaevinde olması sonucu değiştirmemektedir. Zira (B) yalnızca kendi hesabına hareket eden kişidir. Şüpheli (A)'nın kendi aleyhine açıklamalarda bulunması, kişinin kendi sorumluluğunda kendisini zarara sokması olarak değerlendirilmelidir¹⁸⁵.

(b) Aldatma şüpheliye karşı yapılmalıdır; zira CMK m. 148 şüphelinin haklarını korumaya yönelik bir normdur. Diğer bir ifadeyle hile kabul edilebilecek eylemler, şüpheliye değil de üçüncü şahıslara yönelirse, bu hilenin CMK'da yer alan diğer hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Öyleyse *olay 10*'da da aldatmanın varlığı reddedilmelidir¹⁸⁶.

(c) CMK m. 148 anlamında aldatmanın kabul edilebilmesi için özel kişilerin eylemlerinin soruşturma makamlarına isnat edilebilmesi gereklidir. Öyleyse yalnızca kendi ad ve hesabına hareket ettiğini saklayan kişilerin eylemleri değil (*olay 7* ve *olay 8*) aynı zamanda kolluk görevlilerinin adına hareket ettiğini bilmeyen özel kişilerin de eylemleri CMK m. 148'in uygulama alanına girmemektedir. Diğer bir ifadeyle özel kişilerin eylemlerinin resmi mercilere isnat edilebilmesi için özel kişinin, kolluk görevlilerinin ad ve hesabına hareket ettiğini biliyor olması şarttır. Öyleyse *olay 11*¹⁸⁷ ve *olay 14*'te¹⁸⁸ de CMK m. 148 anlamında aldatmadan bahsetmek mümkün değildir.

(2) (a) Kamu makamlarının oynadığı oyun çerçevesinde şüpheli ile iletişime geçen özel kişinin kolluğa duyduklarını anlatması ile herhangi bir kişinin bir suç ile ilgili duyduklarını kolluğa aktarması arasında hukuken önemli bir fark bulunmaktadır. Hatta bu fark o denli önemlidir ki, ikinci ihtimalde aldatmadan dahi bahsedilemezken (*olay 7* ve *olay 8*), ilk ihtimalde özgür iradeyi sakatlayan aldatmanın varlığından şüphe edilmemelidir. Gerçekten de bu ihtimalde, yani kamu makamlarının özel kişiyi sırf şüpheli

¹⁸⁵ Ulaşılan bu sonuç *olay 8*'de (B)'nin eylemlerinden kolluk görevlilerinin haberi olmamasını şart koşmaktadır.

¹⁸⁶ Ancak hemen ifade edilmelidir ki, *olay 10*'da elde edilen delil tanıklıktan çekinme hakkı kullanıldığı için muhakemede delil olarak kullanılamaz. Güvenilir kişinin duyduğunu anlatan tanık olarak dinlenmesi de hukuka uygun değildir.

¹⁸⁷ Ancak hemen ifade edilmelidir ki *olay 11*'de yine de hukuka aykırı delilin varlığı kabul edilmelidir. Zira CMK m. 140 kişilerin kamuya açık yerlerde ve işyerlerinde takip edilmesine izin vermektedir.

¹⁸⁸ Ancak hemen ifade edilmelidir ki *olay 14*'te yine de hukuka aykırı delilin varlığı kabul edilmelidir. CMK m. 135 iletişimin dinlenmesine ve kayda alınmasına izin vermekte ise de bu izin, kolluk görevlilerinin sebep olmadığı, tamamen şüphelinin kendi hâkimiyeti çerçevesinde icra edilen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması için geçerlidir.

ile görüşme yapması amacıyla harekete geçirmesi durumunda, özgür iradesi sakatlanan şüpheli işlediği iddia olunan bir suçun aydınlatılmasında araç olarak kullanılmaktadır. Zira kolluk görevlilerinin müdahalesi olmasaydı, özel kişi ile şüpheli arasında vuku bulan konuşma meydana gelmeyecekti; şüpheli kendini itham eden açıklamalarda bulunmayacaktı. Dolayısıyla özel kişinin yaptığı konuşmanın kendisi ifade alma benzeri durum kabul edilmelidir ve özel kişinin eylemi sonucu susma hakkının dolanılması kamu makamlarına atfedilmelidir. Öyleyse *olay 1*, *olay 2*, *olay 3* ve *olay 4*'te özgür iradeyi sakatlayan aldatmanın varlığını reddetmeyi gerektiren hiçbir gerekçe söz konusu değildir.

Özel kişinin icra ettiği fonksiyonun saklanması sebebiyle aynı şekilde değerlendirilmesi gereken diğer bir olay grubu da şüphelinin, söylediği sözlerin aleyhine kullanılabileceğine ihtimal vermediği, bu yönde haklı olarak güven duyduğu; buna karşın kamu makamlarının sahneledikleri oyun suretiyle şüpheliyi aldattığı durumlardır. Buna örnek *olay 6*'dır. Burada kolluk özel kişiyi “ayartmakta” bunun sonucu olarak da şüpheli “yakayı ele vermektedir”¹⁸⁹.

(b) Soruşturmaya gizli olarak katılan kamu görevlisinin, kimliğini gizlemesinin ve yerine getirilmesi CMK m. 139, 160, 161 hükümleri ile hukuka uygun addedilen diğer eylemleri gerçekleştirmesinin, CMK m. 148 anlamında aldatma olmadığı ortadadır. Bu bağlamda *olay 5*'te özgür iradeyi sakatlayan aldatmadan bahsetmek mümkün gözükmemektedir.

Buna karşın CMK m. 139, 160, 161 hükümlerinin izin verdiği alanın dışına çıkılması durumunda farklı düşünmek gerekmektedir. Şüpheli ile kamu makamları daha önce şekli anlamda ifade almada karşı karşıya gelme de ve/veya şüpheli susma hakkını kullandığını belirtme de kamu makamları özel kişileri kullanarak şüpheli üzerinde açıklama yapması yönünde baskı kurabilir. Baskı kurulduğu an, bu baskının bizatihi kendisi adil yargılanma özgürlüğünü ihlal edebilir; zira şüphelinin “dışarıda” olduğu durumlarda dahi kamu makamlarının sahneye koydukları oyun, şüphelinin açıklama yapma(ma) özgürlüğünü zedeleyebilecektir. Bu nedenle *olay 9*'da özgür iradeyi sakatlayan aldatmadan bahsedilmelidir.

(c) *Olay 12* ve *olay 13*'te de aldatmanın kabulü gereklidir. Zira bu olaylarda şüphelinin yaptığı konuşmanın amacı saptırılmıştır. Aldatmadan

¹⁸⁹ Aynı sonuç *olay 8*'de özel kişinin eyleminden kamu makamlarının haberdar olması ihtimalinde de geçerlidir.

bahsedilebilmesi için bu, yeterlidir. Ancak bu iki olayı diğer olaylardan ayıran bazı noktalar dikkat çekmektedir. Gerçekten de şüpheli kendi aleyhine beyanda bulunmamaktadır. Yalnızca şüphelinin sesi, şüphelinin ne söylediğinden bağımsız olarak, delil olarak kullanılmaktadır. Hal böyle olunca, bu iki olayda *nemo tenetur* ilkesine herhangi bir aykırılığın olmadığı, zira yalnızca şüphelinin kendi beyanları ile kendisi aleyhine delil verdiği zamanlarda bu ilkenin geçerli olduğu iddia edilebilir. Bu iddia kesinlikle yanlış olmamakla birlikte, *olay 12* ve *olay 13*'te isabetsiz bir sonuca yol açacaktır. Zira bu olaylarda yasak usul olan aldatmanın kabul edilmemesi halinde, şüphelinin elinden kendini aktif ya da pasif şekilde savunma hakkı alınmış olacaktır. Gerçekten de şüpheli kendi lehine açıklamalarda bulursa dahi konuştuğu an, kendi işlediği iddia olunan bir suçun aydınlatılmasında araç olarak kullanılmış olacaktır. Susması halinde ise kendisinin lehine olabilecek hususlar hakkında açıklama yapma özgürlüğünden alıkonulmuş olacaktır. Oysaki susma, konuşma, konuştuğu zaman da doğruyu ya da yanlış söyleme hakkı, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın şüpheliye sunulmuş bir haktır. Öyleyse son tahlilde *olay 12* ve *olay 13*'te özgür iradeyi sakatlayan aldatmanın varlığı kabul edilmelidir.

SONUÇ

Çalışmada ilk önce şüphelinin özgür iradesini sakatlayan aldatmadan ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmuş daha sonra ise özel kişilerin kolluk görevlilerinin yerine ve onlar adına hareket ettikleri durumlarda ne zaman ifade almadan bahsedilebileceği açıklanmış ve son olarak da bu rol değişiminin hangi şartlar altında aldatma olarak kabul edileceği açıklanmıştır.

(1) İfade alanın gerçeği tahrif ederek veya gizleyerek ya da gerçek olmayan hususları gerçekmiş gibi takdim ederek, şüphelinin özgür iradesini zedeleyen her türlü kasıtlı ya da kasıtlı olmayan davranışına aldatma denilmektedir.

(2) Ne var ki bu tanım şüphelinin, karşısındaki kişinin kamunun ajanı olduğu hususunda tam bir bilince sahip olduğu durumlara özgülenmiştir. Buna karşın bilinmektedir ki ceza soruşturmasında her zaman kolluk görevlisi ile şüpheli değil, bazı durumlarda soruşturma organları ad ve hesabına hareket eden özel kişi ile şüpheli karşı karşıya gelmektedir.

(a) Özel kişi ile şüphelinin karşı karşıya geldiği durumların hukuki değerlendirilmesi yapılırken öncelikle ifade alma teriminden ne anlaşılması gerektiği ortaya konmalıdır: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (*İHAM*) vermiş olduğu kararlar da dikkate alındığı zaman ifade almadan yalnızca şekli anlamda ifade alma anlaşılmalıdır. İfade alma, resmi sığata sahip

ya da sahip olmayan ancak her halükârda kamu makamları ad ve hesabına hareket eden kişilerin şüpheliden bilgi almaya çalışmasıdır. Öyleyse kamu makamları ad ve hesabına hareket eden kişilerin de eylemleri ifade alma olarak kabul edilmelidir. Bu bağlamda şüphelinin gözaltı, tutukluluk gibi kamu makamlarının gözetiminde olup olmaması, keza daha önceden şekli anlamda bir ifade almanın gerçekleşip gerçekleşmemesi, gerçekleşmiş ise bu esnada şüphelinin susma hakkını kullanıp kullanmadığı değer atfedilmeyen hususlardır.

(b) CMK m. 147’de yer alan ifade almanın, şekli anlamda değil fonksiyonel anlamda anlaşılması gerektiğinin belirtilmesi dolayısıyla da özel kişilerin kolluk ad ve hesabına hareket ettiği olayların da ifade alma benzeri durum kabul edilmesi ancak bu esnada zorunlu olarak şüphelinin aydınlatılma yükümlülüğünün ihmal edilmesi otomatikman, başkaca hiçbir inceleme yapılmaksızın yasak usul olan aldatmanın kabul edileceği anlamına gelmemektedir. Zira CMK m. 148’in açık hükmüne rağmen her hile değil yalnızca özgür iradeyi sakatlayan hile, CMK m. 148 anlamında aldatmadır.

(3) Özel kişilerin kolluk ad ve hesabına hareket ettiği olaylarda ne zaman özgür iradeyi sakatlayan aldatmadan bahsedileceği objektif isnadiyet teorisi çerçevesinde değerlendirilmelidir. Zira “kamu makamlarının özel kişiler aracılığıyla şüpheli ile temasa geçmesi” objektif isnadiyet teorisi terminolojisi ile “failin hukuken önemli sayılan risk yaratması” ve de “özgür iradesi zedelenmiş şüphelinin kendini itham eden açıklamalarda bulunması” objektif isnadiyet teorisi terminolojisi ile “failin eseri olan netice” olarak değerlendirilebilecektir.

Bu belirleme ışığında soruşturma organları hesabına hareket eden özel kişilerin eylemlerinin hangi durumda kamu makamlarına atfedilebileceği ve hangi şartlar altında yasak usul olan aldatmadan bahsedilebileceği şu şekilde özetlenebilir: Bir suç isnadı altında kamu organları ile karşı karşıya gelindiğinde, herkes, kendisinden kamu organlarının delil elde etmeye çalışacağını bilir. Ancak bir hukuk devletinde herkes kamu organlarının CMK’nın belirlediği sınırlar içerisinde hareket edeceğine dair güven duyar. Bu haklı güven ne zaman ki kamu organlarının yönlendirmesiyle oynanan bir oyun neticesinde boşa çıkartılır, bu halde elde edilen delilin kalitesi zedelenmiş olur ve bunun da kamu makamlarına isnat edilmesi gerekir. Gerçekten de kamu makamları özel kişileri, sırf şüpheli ile görüşmek amacıyla harekete geçirdiğinde, şüphelinin sahip olduğu haklı güven zedelenmekte; oynanan oyundan bir haber olan şüpheli işlediği iddia olunan suçun aydınlatılmasında

bir araç olarak kullanılmaktadır. Kamu makamlarının süje olan şüpheliden bir obje gibi yararlandığı bu tip durumlarda yasak usul olan aldatmadan bahsetmek gerekmektedir.

(4) Tüm bu açıklamalar ışığında *olay 7, olay 8, olay 10, olay 11 ve olay 14*'te CMK m. 148 anlamında aldatmadan bahsetmek olanaksızdır. *Olay 5*'te ise aldatma mevcuttur, ancak söz konusu aldatma özgür iradeyi sakatlayan aldatma değildir. *Olay 1, olay 2, olay 3, olay 4, olay 6, olay 9, olay 12 ve olay 13*'te ise aldatma mevcuttur ve söz konusu aldatma özgür iradeyi sakatlayan aldatma olarak değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Arslan M, “Şüphelinin İfade Verme ve İrade Özgürlüğü”, Dr.Dr.h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 787-816.
- Arslan M, Die Aussagefreiheit des Beschuldigten in der polizeilichen Befragung, Duncker&Humblot, Berlin, 2015.
- Aydın D, Ceza Muhakemesinde Deliller, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Başbüyük İ, “İletişim Sırasında Elde Edilen Gizli Ses Kayıtlarının Ceza Muhakemesinde Delil Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 1, Yıl 2017, s. 161-204 <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/753614>> Erişim Tarihi 29 Mart 2021.
- Beulke W, Strafprozessrecht, Verlag C.F.Müller, Heidelberg, 13. Auflage, 2016.
- Birtek F, Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Brunhöber B, “Privatisierung des Ermittlungsverfahrens im Strafprozess”, in: Goltammer’s Archiv für Strafrecht (GA), Yıl 2010, s. 571-588.
- Centel N/Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.

- Demirbaş T, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 71, İzmir, 1996.
- Demirel M, “Uyuşturucu Madde Ticareti Suçlarında Alıcı Kılığına Giren Kolluk Görevlisinin Hukuki Niteliği ve Cezalandırılabilirliği”, in: Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Yıl 2018, Sayı 38, s. 101-159.
- Diemer H, “§ 136a StPO”, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, Verlag C.H. Beck, 8. Auflage, München, 2019.
- Doğan K, “Soruşturmada Tuzağa Düşürme Yasağı”, Dr.Dr.h.c. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 969-989.
- Duttge G, “Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.07.2007 – 3 StR 104/07”, in: Juristen Zeitung (JZ), Yıl 2008, s. 261-264.
- Dülger M V, Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Eckhardt S, Private Ermittlungsbeiträge im Rahmen der staatlichen Strafverfolgung, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2009.
- Eisele J, “Freiverantwortliches Opferverhalten und Selbstgefährdung”, in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2012, s. 577-584.
- Eisenberg U, Beweisrecht der StPO – Spezialkommentar, Verlag C.H. Beck, 6. Auflage, München, 2008.
- Engländer A, “Das nemo-tenetur-Prinzip als Schranke verdeckter Ermittler”, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), Yıl 2008, s. 163-167.
- Erdağ A İ, “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişimin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBDD), Yıl 2011, Sayı 92, s. 31-61 <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2011-92-668>> Erişim Tarihi 29 Mart 2021.
- Esser R, “Grenzen für verdeckte Ermittlungen gegen inhaftierte Beschuldigte aus dem europäischen nemo-tenetur-Grundsatz”, in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2004, s. 98-107.

- Gaede K, “§ 241 StPO”, Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 2, §§ 151-332, Verlag C.H. Beck, 1. Auflage, München, 2016.
- Gaede K, “Beweisverbote zur Wahrung des fairen Strafverfahrens in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere bei verdeckten Ermittlungen”, in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2009, s. 493-502.
- Gallandi V, “Gleichzeitige Verletzung der §§ 55 und 136a StPO”, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), Yıl 1991, s. 119-120.
- Gleiß S, “§§ 136, 136a StPO”, Löwe-Rosenberg – Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 4. Band, Teilband 1 - §§ 112-136a, 27. Auflage, De Gruyter, Berlin, 2019.
- Godenzi G, “Das strafprozessuale Verbot staatlicher Beweismittelhehlerei: Königsweg oder Luftschloss?”, in: Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (GA), Yıl 2008, s. 500-515.
- Gökçen A/Alşahin M E/Çakır K, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Gössel K H, “Einleitung Abschnitt L – Beweisverbote”, in: Löwe-Rosenberg – Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 1. Band, Einleitung; §§ 1-47, 27. Auflage, De Gruyter, Berlin, 2016.
- Gruber J T, Die Lüge des Beschuldigten im Strafverfahren, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2008.
- Jahn M, “Ausforschung einer Beschuldigten durch Wahrsagerin in der Untersuchungshaft - BGHSt 44, 129”, in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2000, s. 441-445.
- Jahn M, “Strafprozessrecht als geronnenes Verfassungsrecht - Hauptprobleme und Streitfragen des § 136a StPO”, in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2005, s. 1057-1062.
- Karakehya H, Ceza Muhakemesi Hukuku, Nisan Kitabevi, 3. Baskı, Eskişehir, 2019.
- Kaspar J, “Strafprozessuale Verwertbarkeit nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung”, in: Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (GA), Yıl 2013, s. 206-225.

- Kaymaz S, Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Krack R, “Der Normzweck des § 136a StPO”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), Yıl 2002, s. 120-124.
- Kretschmer J, “Schutz vor staatlich veranlassten Zwang und inszenierter Täuschung”, in: Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS), Yıl 2010, s. 343-347.
- Kudlich H, (Çev. Tepe, İ), “Bağımlı Delil Değerlendirme Yasaklarının Gerçekleşmesinde Kanıtlanma Yükünün Dağıtımını İçin Bir Model Olarak Objektif İsnadiyet Teorisi”, in: Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Prof. Dr. Veli Özer Özbek’e Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 329-359.
- Kuhn B, “Die Widerspruchslösung”, in: Juristische Arbeitsblätter (JA), Yıl 2010, s. 891-893.
- Kühne H-H, Strafprozessrecht, C.F. Müller Verlag, 7. Auflage, Heidelberg, 2007.
- Lemke M, “§§ 136, 136a StPO”, Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, C.F. Müller Verlag, 4. Auflage, Heidelberg, 2009.
- Mahlstedt T, Die verdeckte Befragung des Beschuldigten im Auftrag der Polizei – Informelle Informationserhebung und Selbstbelastungsfreiheit, Duncker&Humblot, Berlin, 2011.
- Matula M, Private Ermittlungen, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2012.
- Meraklı S, “İfade Alma-Sorgu Kuralları ve Bu Kurallara Aykırılık Halinde Elde Edilen Beyanların Hukuki Değeri”, in: Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt I, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 1549-1632.
- Meyer-Goßner, L/Schmitt B, Strafprozessordnung, Verlag C. H. Beck, 62. Auflage, München, 2019.
- Mitsch W, “Tod auf Mallorca – Verwertungsverbot wegen unzulässiger verdeckter Ermittlungsmethoden”, in: Juristische Ausbildung (JURA), Yıl 2008, s. 211-215.

- Nowroussian, B, “Darf der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren getäuscht werden? – Zur grundsätzlichen Zulässigkeit aktiver Täuschung im Ermittlungsverfahren”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSStZ), Yıl 2015, s. 625-628.
- Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara, 2019.
- Özbek V Ö, Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Özgenç, İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Öztürk B (Ed.), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 13. Baskı, Ankara, 2019.
- Öztürk B, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, İnsan Hakları Merkezi, Ankara, 1995.
- Plagemann G, “Alman Hukukunda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi (CHKD), Cilt 2, Sayı 1-2, 2014, s. 157-187 <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/iuchkd/issue/1330/15686>> Erişim Tarihi 29 Mart 2021.
- Popp M, “Polizeilich veranlaßtes Telefongespräch mit dem Tatverdächtigen”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSStZ), Yıl 1998, s. 95-96.
- Prasch V, Die List in der Vernehmung und Befragung des Beschuldigten, Köln, 2002 <<https://kups.ub.uni-koeln.de/1009>> Erişim Tarihi 29 Mart 2021.
- Rau P, Schweigen als Indiz der Schuld, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2004.
- Renzikowski J, “Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.07.2007 – 3 StR 104/07”, in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2008, s. 164-167.
- Rogall K, “§§ 136, 136a StPO”, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band II, §§ 94-136a, 4. Auflage, Carl Heymanns, Köln, 2010.
- Rogall K, “Grund und Grenzen der qualifizierten Belehrung im Strafprozess”, in: Festschrift für Klaus Geppert, De Gruyter, Berlin, 2011, s. 519-547.

- Roxin C/Schünemann B, Strafverfahrensrecht – Ein Studienbuch, Verlag C.H. Beck, 29. Auflage, München, 2017.
- Roxin C, “İspat Hukukunun Esasları” (Çev. Ünver Y), in: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 4, Sayı 8, Yıl 2005/2, s. 265-289 <<https://ticaret.edu.tr/uploads/kutuphane/dergi/s8/M00131.pdf>> Erişim Tarihi 29 Mart 2021.
- Roxin C, “Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), Yıl 1995, s. 465-469.
- Roxin C, “Zum Hörfallen-Beschluss des Großen Senats für Strafsachen”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), Yıl 1997, s. 18-21.
- Rönnau T, “Grundwissen – Strafrecht: Einverständliche Fremdgefährdung”, in: Juristische Schulung (JuS), Yıl 2019, s. 119-123.
- Rössner D/Safferling C, 30 Probleme aus dem Strafprozessrecht, Verlag Franz Vahlen, München, 2017.
- Schroeder F-C/Verrel T, Ceza Muhakemesi Hukuku, (Çev. Oktar S), Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Schroeder -C/Verrel T, Strafprozessrecht, Verlag C.H.Beck, 7. Auflage, München, 2017.
- Schuhr J, “§§ 136, 136a StPO”, Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 1, §§ 1-150, Verlag C.H.Beck, 1. Auflage, München, 2014.
- Schumann A, Verhör, Vernehmung, Befragung, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.
- Sinn A, “Ermittlungen im Darknet”, in: Fasikül Hukuk Dergisi, Yıl 2018, Sayı 104, s. 6-15.
- Sinn A, “Karanlık Ağ’da Soruşturma”, (Çev. Köker N), in: Fasikül Hukuk Dergisi, Yıl 2018, Sayı 104, s. 16-23.
- Soiné M, “Kriminalistische List im Ermittlungsverfahren”, in: Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), Yıl 2010, s. 596-602.
- Stoffer H, Wie viel Privatisierung verträgt das strafprozessuale Ermittlungsverfahren?, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.

- Şahin C/Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara, 2020.
- Şahin C, Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1994.
- Şen E, Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1998.
- Şenol C, Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Timpe G, “Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung”, in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2014, s. 52-63
- Toprak U, “Alman Hukukunda Soruşturma Aşamasında Usule Aykırı Elde Deliller ve İtiraz Çözümü”, in: Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 6, Sayı 56, Yıl 2011, s. 31-37.
- Toprak U, “Gizli Soruşturmacı Yöntemiyle Şüphelinin Susma Hakkı Arasındaki Uyum Sorununa Kısa bir Bakış”, in: Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 6, Sayı 62, Yıl 2011, s. 52-61.
- Toprak U, “Şüphelinin Susma Hakkının Güvenilir Kişiye Başvurulması Yöntemiyle İhlaline Alman Yargıtayı Kararları Işığında Kısa Bir Bakış”, in: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Cilt 1, Yıl 2, Sayı 7, Yıl 2011, s. 257-286.
- Tyszkiewicz G, Tatprovokationals Ermittlungsmaßnahme, Duncker&Humblot, Berlin, 2014.
- Ünver Y/Hakeri H, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 17. Baskı, Ankara, 2020.
- Volk K, Grundkurs StPO, Verlag C.H. Beck, 6. Auflage, München, 2008.
- Wolter J, “Staatlich gesteuerte Selbstbelastungsprovokation mit Umgehung des Schweigerechts – Zur objektiven Zurechnung im Strafprozessrecht, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), Yıl 2012, s. 238-245.
- Yaşar Y, “Bir Suçun İspatı Amacıyla İletişimin Kayda Alınmasının Hukuki Niteliği”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Yıl 4, Sayı 14,

Temmuz 2013, s. 353-396.

Yenisey F/Nuhoğlu A, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, 2020.

Yenisey F/Oktar S, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu – Strafprozessordnung (StPO), Almanca Metin – Türkçe Çeviri, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Zuck R, “Faires Verfahren und der Nemo tenetur-Grundsatz bei der Besuchsüberwachung in der Untersuchungshaft”, in: Juristische Rundschau (JR), Yıl 2010, s. 17-21.

