

Gizli Soruşturmacının Konuta Girme Yetkisi ve Bu Yetkinin Kapsamı Üzerine Bir İnceleme^(*)

Arş. Gör. Ali BOYRACI^(**)

Öz

Türk hukukunda gizli soruşturmacının konuta girme yetkisinin bulunup bulunmadığı oldukça tartışmalı bir konudur. Bu durumun temel sebebi ise kanunda konuya ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır. Oysa Türk hukukundan farklı olarak, Alman hukukunda gizli soruşturmacının konuta girme yetkisi ile ilgili özel bir hüküm sevk edilmiştir. Buna göre, gizli soruşturmacı, mahkeme tarafından onay verilmesi (Alman CMK §110b paragraf 2 bent 2) ve değiştirilmiş kimliğini kullanarak ilgilinin rızasını elde etmesi (Alman CMK § 110c) şartıyla, herkesin girmesine açık olmayan (açık bir rıza bulunmaksızın girilmesi mutad olmayan) bir konuta girebilecektir. Bununla birlikte, Alman CMK § 110c hükmünün anayasaya uygun olup olmadığı Alman hukukunda tartışmalıdır. Bu çalışmada gizli soruşturmacının konuta girme yetkisi ve bu yetkinin kapsamına ilişkin Alman hukukundaki kanuni düzenleme, öğretideki görüşler ve yargı kararları ile Türk hukukundaki öğreti görüşleri incelenerek, konuya ilişkin değerlendirmelerimize ve önerilerimize yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Gizli Soruşturmacı, Konut, Kanunen İzin Verilen Hile, Arama, El Koyma.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 07.10.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 28.11.2024.

Atıf Şekli: Ali Boyracı, 'Gizli Soruşturmacının Konuta Girme Yetkisi ve Bu Yetkinin Kapsamı Üzerine Bir İnceleme' (2024) 14(2) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1239, 1304.

DOI: 10.52273/sduhfd..1562692.

^(**) Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Erzurum, Türkiye.

E-posta: aliboyraci@atauni.edu.tr.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1112-4108>.

A Comprehensive Examination of the Legal Authority and Parameters of Undercover Agents' Power to Enter a Private Residence

Abstract

The authority of an undercover agent to enter a private residence is a matter of considerable debate within the Turkish legal system. The absence of explicit statutory provisions concerning the issue underlies the root cause of this situation. While Turkish Law remains silent on the matter, German Law has enacted a specific statutory provision pertaining to the authority of the undercover agents to enter private residences. Under these circumstances, an undercover agent may lawfully enter a private residence that is not ordinarily accessible without express permission, subject to the dual requirements of a judicial authorization (GCPC §110b paragraph 2 sentence 2) and the acquisition of consent from the relevant individual through the use of their false identity (GCPC §110c). However, the provision of GCPC § 110c has been subject of the constitutional challenges within the German legal system. In this study, we examined legal provisions, doctrine views and case law in German Law and the doctrine views in Turkish Law. Then we presented our opinions and suggestions.

Keywords

Undercover Agent, Residence, Legally Permitted Deception, Search, Seizure.

Extended Summary

In German Law, the power of undercover agents to enter private residences is expressly regulated by statute. The Article of 110b/paragraph 2-sentence 2 of the German Criminal Procedure Code (GCPC) stipulates that judicial approval is a prerequisite for undercover agents to enter private residences. Additionally, pursuant to the Article of 110c of the GCPC, the entry of undercover agents into private residences is contingent upon obtaining the consent of the relevant individual. Consequently, despite judicial approval, it can be said that it is not possible for undercover agents to secretly enter a private residence. It follows that the entry of undercover agents into a private residence is conditional upon securing both judicial approval and the consent of the relevant individual. In addition, pursuant to Article 110c/paragraph 2 of the GCPC, undercover agents are prohibited from employing any form of fraud, other than the use of a false identity, in order to secure the consent of the relevant individual.

In German Law, undercover agents who has gained lawful entry to a residence is generally deemed to have the authority to conduct observations, examine items in plain view and engage in conversations with suspect or others present. However, undercover agents do not have the authority to conduct a covert search within a residence. Because search is governed by the explicit safeguards provided in Article 102 of the GCPC and these safeguards do not permit undercover agents to engage in such activities. Therefore according to majority opinion in doctrine, the investigative conduct of undercover agents within a residence must not amount to a search as prescribed by Article 102 of the GCPC.

Turkish Criminal Procedure Code (TCPC) is silent on the question of whether undercover agents have the authority to enter private residences. Although Article 139/paragraph 4 of the TCPC permits undercover agents to investigate and collect evidence concerning offenses committed in the context of organized criminal activities, it does not explicitly authorize them to enter private residences. Therefore, the legality of undercover agents entering a residence is a controversial issue in Turkish doctrine. The majority opinion of the doctrine argue that, given the lack of an explicit statutory provision, undercover agents are not authorized to enter private residences. Additionally, the acquisition of consent from the relevant individual through the use of a false identity by undercover agents do not authorize them to enter the private residences. Given that undercover agents used a false identity, the consent from the relevant individual is obtained by fraud. However Article 26/paragraph 2 of the Turkish Penal Code (TPC) expressly stipulates that consent obtained by fraud is legally void.

In our opinion, undercover agents have the authority to enter a private residence within the framework of Article 139/paragraph 4 of the TCPC. While the mentioned article does not expressly grant such power, the broad authority to conduct any investigation and collect evidence necessarily includes the power to enter a private residence. However, given that Article 21 of the Turkish Constitution requires a judicial order for entry into a private residence, the judge's order must clearly indicate that the

undercover agent is authorized to enter a private residence. Despite the requirement under Article 21 of the Turkish Constitution and Articles 139/Paragraph 1 and 139/paragraph 4 of the TCPC for a judicial authorization for an undercover agent to enter a private residence, such authorization does not, in itself, confer the authority to secretly enter a private residence. Therefore, the consent of the relevant individual is a necessary for entry. Consequently, we conclude that under Turkish Law, as in German Law, the concurrent existence of a judicial authorization and the consent of the relevant individual is a prerequisite for an undercover agent to enter a private residence.

It can be argued that an undercover agent who enters a private residence lawfully also has the authority to gather evidence. Despite having the authority to gather evidence in a private residence, an undercover agent must adhere to the rules governing evidence collection. Since the Article 140/paragraph 5 of the TCPC expressly prohibits the making of audio or visual recording within a private residence, it follows that an undercover agent is precluded from conducting such recordings in a private residence. However, an undercover agent is permitted to eavesdrop on conversations and engage in them while inside a private residence. Besides, since there is no such prohibition for workplaces, an undercover agent can make audio or video recordings in a workplace. Furthermore, search and seizure is established as a legal procedure with the knowledge of the relevant individual. Thus, an undercover agent is not authorized to carry out covert searches within a private residence. Nevertheless, an undercover agent is permitted to identify evidences that is in plain view within a private residence.

Criminal organizations frequently carry out their operations in locations that are classified as private residences. The dismantling of a criminal organization necessitates the arrest of high-level individuals who serve as the organizations's founder, manager or financier. However, the existing legal powers granted undercover agents within a private residence are insufficient to arrest these high-level individuals and dismantle the criminal organization. Consequently, it is recommended that undercover agents be authorized to conduct covert search and seizure within private residences.

Giriş

Gizli soruşturmacının yetkileri 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m.139/4'te düzenlenmiştir. Buna göre, “*Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür*”. Söz konusu maddede gizli soruşturmacının bir konuta girme yetkisinin bulunup bulunmadığına ilişkin açık bir hükme yer verilmediği gerekçesiyle, öğretilerdeki ağırlıklı görüşe göre, mevcut durumda, gizli soruşturmacının bir konuta girme yetkisi bulunmamaktadır¹. Ayrıca ilgili kişinin konuta girme konusunda rıza göstermesi de bu değerlendirmede bir değişikliğe yol açmayacaktır. Çünkü gizli soruşturmacı CMK m.139/2 uyarınca değiştirilmiş bir kimlik kullandığı için ilgili rızası hile ile elde edilmiş olacağından, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m.26/2 uyarınca bu rızaya hukuken geçerlilik tanınamayacaktır².

Türk hukukunun aksine Alman hukukunda ise gizli soruşturmacının konuta girme yetkisine ilişkin özel bir hükme yer verilmiştir. Gerçekten de Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (Alman CMK / Strafprozeßordnung- StPO) § 110b paragraf 2 bent 2'ye göre, gizli soruşturmacı ancak mahkemenin onayı ile herkesin girmesine açık olmayan bir konuta girebilecektir. Esasen Alman CMK § 110b paragraf 1 cümle 1 uyarınca kural olarak, gizli soruşturmacının görevlendirilmesine onay verme yetkisi savcıya aittir³. Ancak kanun koyucu, konutun temel hak ve özgür-

¹ Mustafa Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, (Seçkin Yayınevi 2001) 199, 200; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar, Esra Alan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü ve Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (17.Baskı, Seçkin Yayınevi 2023) 576. Benzer görüş için bkz. Özdem Özaydın, ‘Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Soruşturmacının Hareket Sınırını Aşması ve AİHM’in Konuya Yaklaşımı’, (2021) 16 (47) CHD 493, 499; Ramadan Sanıvar, ‘Ceza Muhakemesinde Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Tedbiri’ (2019) 14 (40) CHD 403, 439; Mehmet Işık, ‘Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi’, (2014) (110) TBBD 383, 392-393; Göksel Yüksel, ‘5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde “Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi”’, (2011) (3) ABD 287, 294; Gülsüm Cansu Dikkat, ‘Gizli Soruşturmacı’, (Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi SBE 2019) 117; Sarper Alptekin, ‘Ceza Muhakemesinde Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi’, (Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi SBE 2017) 75; Özlem Selvi Kılıbaş, ‘Ceza Muhakemesinde Gizli Soruşturmacı’, (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE 2010) 61.

² Alptekin, (n 1) 75; Kılıbaş, (n 1) 61; Fevzican Bingül, ‘Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi’ (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2023) 66; Erdem, (n 1) 200.

³ Niclas-Frederic Weisser, ‘Zum Betretungsrecht von Wohnungen bzw. Hotelzimmern durch einen nicht offen ermittelnden Polizeibeamten (noeP)’ 2018 (2) NZWiSt 59, 60; Stephan Weil, ‘Verdeckte Ermittlungen im Strafverfahren und die Unverletzlichkeit der Wohnung’

lüklerin korunması açısından taşıdığı önemi göz önüne alarak, konuta girilebilmesi için mahkeme tarafından onay verilmesini öngörmüştür⁴. Ayrıca Alman CMK §

(1992) 25 (7) ZRP 243, 244; Klaus Rogall, 'Strafprozessuale Grundlagen und Legislative Probleme Des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren' (1987) 42 (18) JZ 847, 852; Simon Henrichs ve Karin Weingast, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (Christoph Barthe ve Jan Gericke) (9. Auflage, Verlag C. H. Beck 2023) § 110b Rn.1. Söz konusu onay, başsavcı ya da onun özel olarak belirlediği bir savcı tarafından verilecektir. Bkz. Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn. 1. Burada gizli soruşturmacının savcının emriyle değil, onayıyla görevlendirildiğini belirtmek gerekir. Zira kanun koyucu, -her ne kadar kanunda açıkça ifade edilmiş olsa da- görevlendirme için polis memurunun rızasının şart olduğunu düşündüğü için bilinçli bir tercih yaparak madde metninde emir/karar (die Anordnung) değil, onay (die Zustimmung) kavramına yer vermiştir. Bkz. Jörn Hauschild, Münchener Kommentar zur StPO (Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider) (Band 1, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck 2023) § 110b Rn. 4, 20; Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn. 1. "...Savcı ve hâkim, polise, iradesi dışında gizli soruşturmacı kullanılmasını emreder ancak polisin, gizli soruşturmacıya yönelik tehlikeyi değerlendirerek bunun sorumluluğunu üstlenmesi gerektiği için, gizli soruşturmacı kullanılmasına onay verebilir..." BGH, 1-98 (NJW 1998 3578); "...Alman CMK § 110b paragraf 1'e göre, gizli soruşturmacının görevlendirilmesinde savcının ve Alman CMK § 110b paragraf 2 çerçevesinde hâkimin onayının gerektiği bir gerçektir...Ancak bu düzenlemelerden, hâkim ya da savcıya, gizli soruşturmacının seçimini ve görevlendirilmesini yönetme yetkisi verilebileceği sonucu çıkmamaktadır. Böyle bir operasyon emri verme kararı polisin sorumluluğundadır. Savcıya ve hâkime sadece (emir verme yetkisi değil) onay verme hakkı tanınmıştır...Çünkü polisin iradesi dışında polis kuvvetlerinin personeli üzerinde tasarrufta bulunmalarına izin verilmemektedir. Bununla birlikte Alman CMK § 110b paragraf 3 uyarınca isminin açıklanmasını isteme hakkından dolayı olarak savcının veya hâkimin, münferit olaylarda polis tarafından (gizli soruşturmacı olarak) görevlendirilmesi planlanan polis memurunun kişiliğine ilişkin endişeler sebebiyle onay vermeyebileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak bu durum yalnızca savcının veya hâkimin gizli soruşturmacının görevlendirilmesini reddetmelerine dayanık oluşturabilecek bir hüküm olup tek başına bir yönlendirme yetkisinin bulunduğu kabulüne götüren bir hüküm olarak değerlendirilemez..." BGH, 733 94 (NJW 1995 2570). Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, soruşturma makamının özel bir koruma ve gözetim yükümlülüğünün olduğu bir soruşturma tedbiridir. Gerçekten de soruşturmacı, önceden belli olmayan uzun bir süre boyunca soruşturma faaliyeti yürütmek için görevlendirilmektedir. Dolayısıyla bu görevlendirmenin yapılabilmesi için gerekli hazırlıkların tamamlanması, özel bir maliyet ve zaman gerektirmektedir. Bu çerçevede, göreve uygun bir polis memurunun bulunup bulunmadığına kolluk kuvvetleri karar verebilir. Diğer bir deyişle, polis memurunun karşılaşacağı tehlikeler ve sürecin yoğun bir hazırlık gerektirmesi dikkate alındığında, ancak kolluk kuvvetlerinin, gizli soruşturmacıya başvurmanın uygun olup olmadığına yönelik sağlıklı bir değerlendirme yapabileceği söylenebilir. Bkz. Hauschild, (n 3) Rn. 4; Gottfried Plagemann, 'Alman Hukuku'nda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri' (2014) 2 (1-2) CKHD 157, 177, 178. Benzer yönde bkz. Kurt Rebmann, 'Der Einsatz Verdeckt Ermittler Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung', (1985) (1/2) NJW 1, 6; Sigrid Hegmann, BeckOK StPO (Ed. Jürgen Graf) (52. Edition, C.H.Beck 2024) § 110b Rn. 2.

⁴ Bununla birlikte, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde savcı ve savcıya ulaşamaması durumunda ise kolluk amiri, gizli soruşturmacının konuta girebilmesine onay verme yetkisine sahiptir (Alman CMK § 110b paragraf 2 bent 2 cümle 2 ve cümle 3). Aşağıda konu ile ilgili daha ayrıntılı bilgi verilmiştir.

110c' de gizli soruşturmacının değiştirilmiş kimliğini kullanmak suretiyle, ilgili kişinin rızasını alarak bir konuta girebileceği ve söz konusu rızayı elde ederken, değiştirilmiş kimlik kullanmanın ötesinde bir hileye başvuramayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla soruşturmacının bir konuta ancak mahkeme tarafından onay verilmesi ve ilgilinin rızasının bulunması şartıyla girebileceği söylenebilir. Bununla birlikte, Alman öğretisinde Alman CMK § 110c'nin anayasaya uygun olup olmadığına ilişkin uzun zamandan beri süregelen bir tartışma bulunmaktadır.

Öğretide Alman CMK § 110b paragraf 2 cümle 1 ve § 110c'ye uygun olarak konuta girmenin, gizli soruşturmacıya konut içerisinde delil elde etme yetkisi verdiği kabul edilmektedir. Ancak bu yetkinin sınırlı olduğunu belirtmek gerekir. Buna göre, soruşturmacı konutta gözlemde bulunabilecek, etrafı inceleyerek açıkça görülen suç delillerini tespit edebilecek veya şüphelinin ya da diğer kişilerin birbirleriyle yaptığı konuşmaları dinleyip bunlara katılabilecektir⁵. Buna karşın, öğretideki hâkim görüş, soruşturmacının konut içerisindeki faaliyetlerinin arama boyutuna ulaşmaması gerektiği yönündedir. Diğer bir anlatımla, soruşturmacı, konut içerisinde gizlice bir arama faaliyetinde bulunmamalıdır⁶.

Çalışmanın amacı, gizli soruşturmacının bir konuta girme yetkisinin bulunup bulunmadığına yönelik Türk öğretisinde yaşanan tartışmaya katkı sunmaktır. Bu çerçevede, ilk olarak konuya ilişkin Alman hukukundaki kanuni düzenlemeler, öğreti görüşleri ve yargı kararları incelenecektir. Ardından Türk hukukundaki öğreti görüşlerine yer verilecektir. Son olarak ise genel bir değerlendirme yapılarak tespit edilen sorunlara ilişkin çözüm önerilerimiz sunulacaktır.

I. Konut Kavramı

Çalışmamızın konusu gizli soruşturmacının bir konuta girme yetkisinin bulunup bulunmadığı tartışması ile ilgili olduğundan, burada öncelikle konut kavramından ne anlaşılması gerektiğinden bahsetmenin faydalı olacağını düşünmekteyiz.

⁵ Hans Hilger, 'Neues Strafverfahrenrecht durch das OrgKG -2.Teil-' (1992) (11) NSTz 523, 525, d.161; Hauschild, (n 3) § 110c Rn. 7.

⁶ Hans Hilger, 'Verdeckte Ermittler, V-Leute', Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70.Geburtstag (Udo Ebert, Claus Roxin, Peter Rieß ve Eberhard Wahle) (Walter de Gruyter 1999, 207, 217-218); Plagemann, (n 3) 179; Hauschild, (n 3) Rn. 6, 7; Hauschild, (n 3) Rn. 18; Weisser, (n 3) 61; Ulrich Eisenberg, 'Straf(verfahrens-) rechtliche Maßnahmen gegenüber "Organisiertem Verbrechen"', (1993) 16 NJW 1033, 1038; Hilger, 'Neues Strafverfahrenrecht' (n 5) 525, d.161; Pierre Hauck, Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar (Volker Erb, Robert Esser, Ulrich Franke, Kirsten Graalman-Scheerer, Hans Hilger ve Alexander Ignor) (3.Band, 26. Auflage, Walter de Gruyter GmbH 2014) § 110c Rn. 1.

Konut, günlük dilde, insanların süreklilik arz edecek şekilde içinde yaşadıkları bir yer olarak kullanılmaktadır⁷. Ancak hukuki anlamda ise daha geniş bir yorumla tabi tutulmaktadır⁸. Buna göre, insanların yaşamını sürdürdükleri, işlerini yaptıkları veya bir faaliyet icra ettikleri ve genellikle üçüncü kişilerin erişimine açık olmayan sabit, hareketli ya da yüzer bir alan konut olarak nitelendirilmektedir⁹. Dolayısıyla bir yerin konut olarak değerlendirilebilmesi için sabit olması şart olmadığı gibi, sürekli bir şekilde yaşanan bir mekân olması da gerekli değildir. Burada önem arz eden husus söz konusu yerin, kişisel ve mekânsal mahremiyetin bulunduğu, başkasının izinsiz girmesine kapalı bir ortam olmasıdır¹⁰. Bu çerçevede yaşanan bir evin odaları, ev ile doğrudan mekânsal bir bağlantıya sahip olmasa da çatı katı, garaj, kiler gibi yerler ile çitle çevrilmek veya farklı bir şekilde belirlenmek suretiyle, üçüncü kişilerin izinsiz girişine açık olmadığı anlaşılan bahçe gibi eve ait diğer alanlar; restoran, mağaza, büro, ofis, atölye, depo, ambar gibi işyerleri; otel odaları, karavan, içinde yaşanan otomobil, gemi gibi ulaşım araçları, taşınabilir evler ve çadırlar konut

⁷ Türk Dil Kurumu (TDK) Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi 18 Haziran 2024).

⁸ Alman hukukunda tarihsel süreç içerisinde konut dokunulmazlığı kavramı, anayasa hukuku açısından önemli bir yere sahip olmuştur. Gerçekten de Almanya'nın anayasa ile ilgili tüm pozitif hukuk düzenlemelerinde (Prusya Anayasası, Weimar Cumhuriyeti Anayasası ve Federal Almanya Cumhuriyeti'nin mevcut Anayasası) konut dokunulmazlığına açıkça yer verilmiş ve geleneksel olarak konut, geniş bir koruma alanı sağlayacak şekilde yorumlanmıştır. Bkz. Christian Rückert, Münchener Kommentar zur StPO (Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider) (Band 1, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck 2023) § 100c Rn. 6.

⁹ Weil, (n 3) 244; Michael Tsambikakis, Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar (Volker Erb, Robert Esser, Ulrich Franke, Kirsten Graalman-Scheerer, Hans Hilger ve Alexander Ignor) (3.Band, 26. Auflage, Walter de Gruyter GmbH 2014) § 102 Rn. 29, 627, 628; Hauschild, (n 3) Rn. 3; Rückert, (n 8) Rn. 7, 8; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (21.Baskı, Seçkin Yayınevi 2023) 505-507; Faruk Turinay, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Teknik Araçlarla İzleme', (2021) 12 (46) TAAD 413, 435. Weisser de Alman Anayasası'nın konut dokunulmazlığı hakkını güvence altına alan 13. maddesi kapsamında konut kavramının geniş yorumlanması ve kişinin fiilen kaldığı veya kullandığı herhangi bir odanın konut olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. Weisser, (n 3) 61.

¹⁰ Hauschild, (n 3) Rn.3; Henrichs ve Weingast, (n 3) § 100c Rn. 8; Tsambikakis, (n 9) Rn. 29-30, 627, 628; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (18.Baskı, Seçkin Yayınevi 2023) 450; Tezcan, Erdem ve Önok, (n 9) 506; Turinay, (n 9) 434, 435; Veli Özer Özbek, 'Teknik Araçlarla İzleme ve Gizli Soruşturmacı Tedbirleri', Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Projesi Teknik Araçlarla İzleme ve Gizli Soruşturmacı Tedbirleri (Haz.: Juan Carlos Da Silva, Albrecht Stange ve Veli Özer Özbek) 121; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (16.Baskı, Seçkin Yayınevi 2023) 429.

kapsamında değerlendirilmektedir¹¹. Buna karşılık gözaltı odaları, tutukluların/hükümlülerin barındığı tutukevi/cezaevi odaları ile ziyaretçi odaları¹², içerisinde yaşama amacına tahsis edilmemiş otomobil gibi ulaşım araçları konut olarak kabul edilmemektedir¹³.

Öte yandan Alman hukukunda hukuka aykırı olarak işgal edilen bir yerin Alman Anayasası (Alman AY / Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland- GG)'nın 13. maddesi anlamında konut olarak kabul edilip edilemeyeceği ve bu anlamda madde tarafından sağlanan korumadan yararlanıp yararlanamayacağı tartışmalı bir husustur¹⁴. Gerçekten de bir görüşe göre konut kavramı, hukuka uygun veya aykırı bir şekilde kullanılıp kullanılmadığına bakılmaksızın, bir kimsenin fiilen işgal ettiği yerleri ifade etmektedir¹⁵. Dolayısıyla bu görüşe göre, bir yerin konut olarak nitelendirilebilmesi için o yerin hukuka uygun bir şekilde elde edilmesi şart değildir. Diğer görüş ise hukuka aykırı biçimde bir yerde bulunan kişilerin Alman AY m.13 çerçevesinde korunamayacağını düşünmektedir. Bu nedenle de hukuka aykırı bir şekilde ele geçirilen ve kullanılan bir yer konut olarak kabul edilemeyecektir¹⁶. Esasen buradaki tartışmanın salt teorik bir anlam ifade etmediğini, pratik bir sonucunun bulunduğunu belirtmek gerekir. Buna göre örneğin, hakkında yürütülen soruşturma işlemleri neticesinde uyuşturucu işleriyle uğraşan bir suç örgütünün lideri olduğu tespit edilen (C)'nin, iş adamı (B)'ye ait olan villaya zorla el koymak suretiyle burada yaşadığı anlaşılır. İşte bu durumda (C)'ye karşı görevlendirilecek gizli soruşturmacının söz konusu villaya girip giremeyeceği sorusunun cevabı, bu villanın konut olarak nitelendirilip nitelendirilememesine göre değişebilecektir.

¹¹ Rückert, (n 8) Rn. 9-14; Tsambikakis, (n 9) Rn. 29-30, 627, 628; Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn.8. Ayrıca bkz. Weisser, (n 3) 61; Hauschild, (n 3) Rn. 3; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 10) 450; Tezcan, Erdem ve Önok, (n 9) 506; Turinay, (n 9) 434, 435; Özbek, 'Gizli Soruşturmacı Tedbirleri' (n 10) 121; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi* (n 10) 429. Ayrıca bkz. Hegmann, (n 3) § 110c Rn. 1.

¹² Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (n 10) 450; Tezcan, Erdem ve Önok, (n 9) 508, 509. Alman Federal Yüksek Mahkemesi de bir kararında cezaevi ziyaretçi odasının Alman AY m.13 kapsamındaki korumadan yararlanamayacağını, diğer bir anlatımla, konut olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiş ve bu odada sanık ile gizli soruşturma yapan kolluk görevlisi arasında gerçekleştirilen görüşmenin, sanığın konut dokunulmazlığı ve özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlâl etmediği sonucuna varmıştır. Bkz. BGH 51 10 (JuS 2010 833).

¹³ Rückert, (n 8) Rn. 14; Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn.8.

¹⁴ Benzer bir tartışma Türk hukukunda da bulunmaktadır. Bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, (n 9) 508. Yazarlar, hukuka aykırı olarak ele geçirilen bir yerin de konut olarak nitelendirileceğini kabul etmektedir.

¹⁵ Henrichs ve Weingast, (n 3) §§ 102 Rn.8, 110c Rn.1.

¹⁶ Hauschild, (n 3) Rn. 4.

Kanaatimizce de bir yerin konut sayılabilmesi için önemli olan husus, o yerin, izinsiz girilmesi durumunda ilgili kişiye rahatsızlık verecek, mekânsal ve kişisel mahremiyet sağlayan ve başkasının izinsiz girmesine kapalı olan bir ortam olmasıdır. Bu sebeple bir yerin hukuka uygun bir şekilde ele geçirilip geçirilmemesinin, konut olarak nitelendirilme üzerinde bir etkisinin bulunmadığını düşünmekteyiz. Dolayısıyla ilk görüşün daha isabetli olduğu söylenebilir.

Nihayet kafe, restoran, eğlence mekânı gibi ilgilinin açık bir rızasına ihtiyaç duyulmaksızın girilebilecek yerler çalışmamız kapsamında değildir. Çünkü gizli soruşturmacının da tıpkı üçüncü kişiler gibi bu yerlere girme yetkisinin bulunduğu hususu tartışmalı değildir¹⁷. Gerçekten de örneğin, (§)'nin kendisine ait eğlence mekânında uyuşturucu sattığının öğrenilmesi üzerine açılan soruşturmada görevlendirilen gizli soruşturmacı (G)'nin, bilgi almak amacıyla söz konusu eğlence mekânına girebileceği konusunda şüphe yoktur. Nitekim Alman CMK § 110b paragraf 2 bent 2'de de "*herkesin girmesine açık olmayan bir konut (eine Wohnung, die nicht allegemein zugänglich)*" ifadesi kullanılmış olup hükmün mefhum-u muhalifinden gizli soruşturmacının da herkesin girmesine açık olan (açık bir rıza ile girilmesi mutad olan) bir konuta girebileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu çalışma, gizli soruşturmacının örneğin, barınma amacıyla kullanılan bir ev ya da üçüncü kişilerin izinsiz girişine kapalı olan bir büro gibi ancak ilgilinin açık bir rızası ile girebileceği konutlara girme yetkisinin bulunup bulunmadığı hususuna odaklanmaktadır.

II. Alman Hukukundaki Durum

A. Kanuni Düzenleme

Alman hukukunda gizli soruşturmacının konuta girme yetkisi özel olarak düzenlenmiştir. Gerçekten de Alman CMK § 110b paragraf 2 bent 2 hükmüne göre, gizli soruşturmacı, mahkeme tarafından onay verilmesi şartıyla, herkesin girmesine açık olmayan (açık bir rıza bulunmaksızın girilmesi mutad olmayan) bir konuta girebilecektir. Esasen Alman CMK § 110b paragraf 1 cümle 1 uyarınca gizli soruşturmacı prensip olarak savcının onayıyla görevlendirilmektedir¹⁸.

¹⁷ Hauschild, (n 3) Rn. 17; Hauck, (n 6) § 110b Rn. 5a; Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn. 6; Hegmann, (n 3) Rn. 4.

¹⁸ Weisser, (n 3) 60; Weil, (n 3) 244; Rogall, 'Legislative Probleme Des Einsatzes Verdeckter Ermittler' (n 3) 852; Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn. 1. Söz konusu onay, başsavcı ya da onun özel olarak belirlediği bir savcı tarafından verilecektir. Bkz. Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn. 1.

Ancak kanun koyucu şüphelinin temel hak ve özgürlüklerine ciddi müdahalede bulunma imkânı verdiği gerekçesiyle, gizli soruşturmacının konuta girebilmesi için mahkeme tarafından onay verilmesini şart koşmuştur¹⁹. Böylelikle temel hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korunmasını amaçlanmıştır²⁰. Ancak gizli soruşturmacının herkesin girmesine açık olmayan (açık bir rıza bulunmaksızın girilmesi mutad olmayan) bir konuta girebilmesi için Alman CMK § 110b paragraf 1 cümle 1 uyarınca mahkemenin onayı gerekli fakat yeterli değildir. Nitekim “Konuta Girme Yetkisi” başlığını taşıyan Alman CMK § 110c hükmüne göre, “Gizli soruşturmacılar, kendilerine verilmiş olan değiştirilmiş kimliği kullanarak, hak sahibinin (muvafakatı ile) kabul ettiği hallerde, bir konuta girebilirler (Cümle 1). Konuta kabul daveti, değiştirilmiş kimliğin kullanılmasının ötesinde, konuta girme yetkisine sahip bulunduğu konusunda hile yapılarak sağlanamaz (Cümle 2)²¹”. Dolayısıyla gizli soruşturmacının herkesin girmesine açık olmayan (açık bir rıza bulunmaksızın girilmesi mutad olmayan) bir konuta girebilmesi için mahkeme tarafından onay verilmesi (Alman CMK § 110b paragraf 2 bent 2) ve ilgilinin rızasının olması (Alman CMK § 110c) şartının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir²². Bununla birlikte, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde²³

¹⁹ Alman CMK § 110b paragraf 1 cümle 2’ye göre, gecikmesinde sakınca bulunan durumda, savcı da soruşturmacının konuta girmesine onay verebilecektir. Savcı tarafından hazırlanan dosyanın mahkemeye sunulması ve mahkemenin inceleme yaparak bir karar vermesi belirli bir süre gerektirecektir. İşte söz konusu sürenin beklenmesi durumunda, tedbirle istenilen amaca ulaşmak mümkün olmayacaksa, gecikmesinde sakınca bulunan bir hâlin var olduğu kabul edilebilecektir. Bkz. Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn. 2. Ancak Alman CMK § 110b paragraf 1 cümle 4 uyarınca savcının gecikmesinde sakınca bulunduğu bahisle verdiği bu karar, mahkemenin onayına sunulacak ve mahkeme tarafından üç iş günü içerisinde onay verilmezse tedbir sona erecektir.

²⁰ Karl Heinz Schnarr, ‘Zur Verknüpfung von Richtervorbehalt, staatanwaltschaftlicher Eilanordnung und richterlicher Bestätigung’, (1991) (5) NSTZ 209, 210.

²¹ Çeviri için bkz. Feridun Yenisey ve Salih Oktar, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO)*, (2.Baskı, Beta Yayınevi 2015) 136, 137. *Hauck*’ a göre, bu hükmün kabul edilmiş mak-sadı, gizli soruşturmacının hedef kişilerin konutlarına girememesi durumunda suç ortamına sızmasının pek de mümkün olmaması gerçeğine dayanmaktadır. Bkz. Hauck, (n 6) Rn. 1.

²² Plagemann, (n 3) 180; Matthias Jahn, ‘Strafprozessrecht: Beweisverwertungsverbot bei verdecktem Verhör’, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 18.05.2010 - 5 StR 51/10, (2010) (9) JuS 832 834; Hauschild, (n 3) Rn.18; Henrichs ve Weingast, (n 3) § 110c Rn. 2; Hegmann, (n 3) Rn. 4.

²³ Savcı tarafından hazırlanan dosyanın mahkemeye sunulması ve mahkemenin inceleme yaparak bir karara ulaşması belirli bir süre gerektirecektir. İşte söz konusu sürenin beklenmesi durumunda, tedbirle istenilen amaca ulaşmak mümkün olmayacaksa, gecikmede sakınca bulunan hâlin varlığı kabul edilebilecektir. Bkz. Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn. 2. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 4. maddesinde de gecikmesinde sakınca bulunan hâl, “*derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin*

savcı; savcıya ulaşılamaması durumunda ise kolluk amiri de gizli soruşturmacının konuta girmesine onay verebilecektir (Alman CMK § 110b paragraf 2 cümle 2 ve cümle 3²⁴). Ancak savcı veya kolluk amiri tarafından verilen bu onay, mahkemeye sunulacak ve mahkemenin üç iş günü içerisinde muvafakat göstermesi hâlinde tedbir sona erdirilecektir (Alman CMK § 110b paragraf 2 cümle 4).

Alman CMK § 110c hükmü göz önüne alındığında, mahkemenin onayı bulunsa bile soruşturmacının herkesin girmesine açık olmayan (açık bir rıza bulunmaksızın girilmesi mutlak olmayan) bir konuta gizlice girmesinin mümkün olmadığı söylenebilir²⁵. Bununla birlikte, söz konusu hükmün soruşturmacıya yalnızca ilgilinin rızası ile konuta girme yetkisi tanıdığı fakat mutlaka ilgili kişinin de orada bulunduğu sırada konuta girme gibi bir zorunluluk öngörmediği kabul edilmektedir. Bu çerçevede örneğin, ilgili kişinin, soruşturmacıya, bazı tadilat işlemlerini yapması veya bir eşyayı kendisine getirmesi için konutun anahtarını vermesi durumunda, soruşturmacının belirtilen amaçla tek başına konuta girmesi hukuka uygundur. Buna karşılık soruşturmacının konuta ilgili kişinin söylediğinden farklı bir amaç için girmesi ise Alman CMK § 110c'ye aykırı olacaktır²⁶.

Nihayet Alman CMK § 110c cümle 2'de gizli soruşturmacının konuta girmek için kendisine verilen değiştirilmiş kimliği kullanmanın ötesine geçerek bir aldatma unsuruna başvurmak suretiyle ilgilinin rızasını alması yasaklanmıştır. Buna göre örneğin, gizli soruşturmacının, ilgilinin rızasını almak için elektrik şirketinde görevli olduğunu ve binada kaçak ihbarında bulunulduğunu veya konuta girmesini gerektiren başka herhangi bir mesleği yaptığını söyleyerek konuta girme yetkisi yoktur²⁷.

kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimâlinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâli" olarak tanımlanmıştır.

²⁴ CMK'nın ilk hâlinde, gizli soruşturmacının sulh ceza hâkimi ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise Cumhuriyet savcısının kararı ile görevlendirileceği hükme bağlanmıştı. Ancak bu düzenleme 21.02.2014 tarihli 6526 sayılı Kanun'un 13/1. maddesi ile değiştirilerek gizli soruşturmacının ağır ceza mahkemesi tarafından oybirliği ile görevlendirileceği öngörülmüştü. Nihayet 24.11.2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'un 27/1. maddesiyle "ağır ceza mahkemesi tarafından oybirliği" ile ifadesi "hâkim tarafından" şeklinde değiştirilmiştir. Dolayısıyla Türk hukukunda mevcut durumda gizli soruşturmacı görevlendirme yetkisi münhasıran sulh ceza hâkimine ait olup gecikmesinde sakınca bulunan bir hâlin varlığından bahisle, Cumhuriyet savcısına ya da kolluk amirine böyle bir yetki tanınmamıştır.

²⁵ Hauck, (n 6) Rn. 3; Hauschild, (n 3) Rn.18; Henrichs ve Weingast, (n 3) § 110c Rn. 2; Hegmann, (n 3) Rn. 4; Weisser, (n 3) 61.

²⁶ Hauschild, (n 3) § 110c Rn. 27.

²⁷ Hauck, (n 6) Rn. 2; Hauschild, (n 3) § 110c Rn. 28; Hegmann, (n 3) § 110c Rn. 2; Helmut Frister, Handbuch des Polizeirechts (Matthias Bäcker, Erhard Denninger ve Kurt Graulich) (7. Auflage, C. H. Beck 2021) Rn. 341, 342. *Hilger*, gizli soruşturmacının konuta girmek amacıyla

B. Konuta Giren Gizli Soruşturmacının Yetkileri

Alman öğretisinde Alman CMK § 110c hükmü ile gizli soruşturmacıya yalnızca kendisine verilen değiştirilmiş kimliği kullanmak suretiyle bir konuta girme izninin verildiği ancak bu iznin konutta arama yapmak gibi bir yetkiyi içermediği kabul edilmektedir²⁸. Dolayısıyla soruşturmacı, mahkemenin onayını ve ilgilinin rızasını alarak konuta girmiş olsa dahi örneğin, ilgilinin geçici süreyle orada bulunmamasından yararlanarak “gizli arama” şeklinde bir faaliyet yürütemeyecektir²⁹. Diğer bir anlatımla, gizli soruşturmacının delil toplamak için konutta icra edeceği faaliyetler, Alman CMK § 102 anlamında arama boyutuna ulaşmamalıdır³⁰. Bu çerçevede özellikle gizli soruşturmacının konuta girmeden önce orada arama yapmak için plan hazırlayıp konuta girdikten sonra bu plan dâhilinde hareket edemeyeceğini belirtmek gerekir. Aksi yöndeki uygulama Alman CMK § 110c hükmü ile verilen yetkinin aşılmasına yol açacağı gibi, Alman AY m.13’ de güvence altına konut dokunulmazlığı hakkının da ihlâl edilmesi sonucunu doğuracaktır³¹. Bu kapsamda örneğin, örgütün yürüttüğü uyuşturucu ticaretine ilişkin tüm bilgilerin örgüt yöneticisi (E)’nin bilgisayarında olduğu bilgisini alan gizli soruşturmacı (G)’nin, değiştirilmiş kimliğini kullanmak suretiyle (G)’nin rızasını alarak konuta girip söz konusu bilgisayarı ele geçirmek için konut içerisinde arama yapması, hem Alman CMK § 110c hem de Alman AY m.13’ e aykırı olacaktır. Çünkü kanun koyucu, Alman CMK § 110c cümle 2’de açık bir şekilde, cümle 1’in gizli soruşturmacıya konuta girme konusunda kamu gücüne dayalı üstün bir yetki tanımadığına işaret etmiştir³². Gerçekten de Alman CMK § 110c cümle 2 ile gizli soruşturmacının konuta girebilmek amacıyla değiştirilmiş kimliğini kullanmasının ötesinde bir hileye başvurusu yasaklanmıştır. Bu durumda soruşturmacı ya üçüncü kişiler gibi hareket etmeli ya da gerçek kimliğini ifşa etmelidir. O hâlde konutta arama ve el koyma tedbirini

ilgili kişinin rızasını alırken kendisini “elektrik sayacı okuyucusu” ya da “apartman yönetiminin bir çalışanı” şeklinde tanıtamayacağını örnek olarak vermektedir. Bkz. Hilger, ‘Neues Strafverfahrenrecht’ (n 5) 525, d.160.

²⁸ Hauck, (n 6) Rn. 1; Hilger, ‘Verdeckte Ermittler’ (n 6) 217, 218; Hauschild, (n 3) § 110c Rn. 7.

²⁹ Hauschild, (n 3) Rn.18; Plagemann, (n 3) 179.

³⁰ Hauck, (n 6) Rn. 1; Weisser, (n 3) 61; Hilger, ‘Verdeckte Ermittler’ (n 6) 217, 218; Eisenberg, (n 6) 1038; Hilger, ‘Neues Strafverfahrenrecht’ (n 5) 525, d.161; Hauschild, (n 3) § 110c Rn.6.

³¹ Hilger, ‘Verdeckte Ermittler’ (n 6) 217-219; Weisser, (n 3) 61; Hauschild, (n 3) § 110c Rn.6.

³² Hilger, uygulamada bazı gizli soruşturmacıların Alman CMK § 110c hükmünün bu şekilde yorumlamadıklarını, maddeyle kendilerine yasal olarak konuta girme yetkisi verildiği gerekçeyle, kabul edilemez yöntemlerle veya amaçlarla konutlara girdiklerini belirtmektedir. Bkz. Hilger, ‘Verdeckte Ermittler’ (n 6) 219.

uygulamak isteyen gizli soruşturmacı, bu tedbirleri ancak gerçek kimliğini ifşa ederek icra edebilecektir³³. Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkemesi (Bundesgerichtshof- BGH) de bir kararında arama koruma tedbirini düzenleyen Alman CMK § 102 ve devamı maddelerinde muhatabından habersiz olarak yürütülebilecek gizli arama kararı verilebilmesi için yasal bir dayanağın bulunmadığını ifade etmiştir. Ayrıca Alman CMK' ya uygun bir arama tedbirinin, ancak işlemin yapılacağı yerde fiziksel olarak bulunan görevliler tarafından, ilgili kişiye, açıkça bir suç isnadı üzerine soruşturma yürütüldüğünün bildirilmesi suretiyle uygulanabileceğini eklemiştir³⁴.

Bununla birlikte, gizli soruşturmacının konutta olduğu süreç içerisinde gözlemlenme, etrafı incelemek suretiyle açıkça olan eşyalara göz atma ya da şüpheliyle veya konutta yer alan diğer kişilerle konuşma yapma yetkisine sahip olduğu kabul edilmektedir³⁵. Buna göre soruşturmacının, konut içerisinde şüpheliyle veya diğer kişilerle gerçekleştirdiği konuşmalar ile ilgili olarak hazırladığı tutanağın belge delili olarak kullanılması veya soruşturmacının duruşmada tanık olarak dinlenebilmesi mümkün olduğu gibi, diğer şartların da varlığı hâlinde, konut içerisindeki gözlemlerinin arama kararı verilmesine dayanak teşkil etmesi de mümkündür³⁶. Gerçekten de örneğin, konuta giren gizli soruşturmacının açık bir şekilde mutfak masasının üzerinde bulunan bir miktar uyuşturucu maddeyi veya ateşli bir silahı görmesi durumunda, Alman CMK § 102 uyarınca arama kararı verilebilecektir.

Nihayet gizli soruşturmacının ilgili kişinin davetinin bulunması ve konutta arama, el koyma işlemi yapmayarak kendisini yalnızca konuta girmekle sınırlaması şartıyla, sahte alıcı kılığına girmek suretiyle³⁷ konutta uyuşturucu satın

³³ Hilger, 'Verdeckte Ermittler' (n 6) 219; Hauschild, (n 3) § 110c Rn.7.

³⁴ Bkz. BGHStB 18 06 (NJW 2007 930).

³⁵ Hilger, 'Neues Strafverfahrenrecht' (n 5) 525, d.161; Hauschild, (n 3) § 110c Rn.7.

³⁶ Hauschild, (n 3) § 110c Rn.7.

³⁷ Yargıtay, gizli soruşturmacının sahte alıcı kılığına girmek suretiyle şüpheliden uyuşturucu madde satın almasını "güven alımı" olarak nitelendirmektedir. Bkz. Yargıtay 10 CD, 4525/268, 10.01.2024; Yargıtay 20 CD, 15770/121, 14.01.2016; Yargıtay 20 CD, 14985/5043, 08.12.2015; Yargıtay 20 CD, 889/4086, 15.10.2015. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise bu durumu "test purchase (test alımı)" şeklinde isimlendirmektedir. Bkz. *Kuzmina and Others v Russia App no 66152/14, 76054/14, 77426/14, 15189/15, 23497/15, 23896/15, 28472/15, 29068/15, 30920/15 (ECHR, 20 April.2021)*; *Lagutin and Others v Russia App no 6228/09, 19123/09, 19678/07, 52340/08, 7451/09 (ECHR, 24 April 2014)*; *Veselov and Others v Russia App no 23200/10, 24009/07, 556/10 (ECHR, 02 October 2012)*; *Vanyan v Russia App no 53203/99 (ECHR, 15 December 2005)*.

alma gibi bir işlem gerçekleştirmesinin de hukuka uygun olduğu ifade edilmektedir. Çünkü gizli soruşturmacı burada konuta girme konusunda kamu gücüne dayalı ayrıcalıklı bir yetkiye başvurmamakta, aksine uyuşturucu satın almak isteyen üçüncü bir kişi gibi hareket etmektedir³⁸.

C. Gizli Soruşturmacıya Konuta Girme Yetkisi Veren Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 110c Hükmünün Anayasaya Uygunluğu Sorunu

1. Genel Olarak

Alman öğretisinde gizli soruşturmacıya ilgilinin rızasını almak suretiyle bir konuta girme yetkisi tanıyan Alman CMK § 110c hükmünün anayasaya uygun olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Buna göre, bazı yazarlar söz konusu hükmün konut dokunulmazlığı hakkını güvence altına alan Alman AY m.13'e aykırı olduğunu iddia ederken, diğer yazarlar aksi kanaattedir. Aşağıda bu görüşlere yer verilecektir.

2. Öğretideki Görüşler

a. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 110c Hükmünün Anayasaya Aykırı Olduğunu Savunan Görüş

Gizli soruşturmacının bir konuta girmesi, konut dokunulmazlığı hakkını güvence altına alan Alman AY m.13' e bir müdahale teşkil etmektedir. Ancak bu görüşü savunan yazarlara göre, soruşturmacının ilgili kişinin rızası ile bir konuta girmesine izin veren Alman CMK § 110c hükmü, Alman AY m.13' te belirtilen sınırlamalara uygun olmadığı için anayasaya aykırıdır³⁹. Gerçekten de Alman AY m.13 fıkra 1'de temel prensip olarak, konutun dokunulmaz olduğu belirtildikten sonra diğer fıkralarda ise bu prensibin istisnalarına yer verilmiştir. Buna göre, Alman AY m.13 fıkra 2'de, hâkim kararına veya gecikmesinde sakınca bulunan bir hâlin varlığı durumunda kanunda gösterilen diğer mercilerin kararına dayanılarak ve kanunda belirtilen şekilde konutta arama yapılabileceği düzenlenmiştir. Maddede bahsedilen kanuni düzenleme Alman CMK § 102 vd.

³⁸ Hilger, 'Verdeckte Ermittler' (n 6) 219, 220.

³⁹ Hauck, (n 6) Rn. 12; Plagemann, (n 3) 181, 182; Claus Roxin, 'Zum Einschleichen polizeilicher Scheinaufkäufer in Privatwohnungen (BGH, StV 1997, 233)' (1998) (1) StV 43, 43-44; Eisenberg, (n 6) 1036, 1038; Frister, *Handbuch* (n 27) Rn.342; Helmut Frister, 'Zur Frage der Vereinbarkeit verdeckter Ermittlungen in Privatwohnungen mit Art. 13 GG', (1993) (3) StV 151, 153-154; Hartmut Schneider, 'Ausgewählte Rechtsprobleme des Einsatzes verdeckter Ermittler -Eine Zwischenbilanz-' (2004) (7) NStZ 359, 366-367; Hauschild, (n 3) § 110c Rn. 13-15.

hükümleridir. Söz konusu hükümler incelendiğinde, konutta gerçekleştirilecek arama işleminin, ilgilinin haberdar edildiği “açık bir koruma tedbiri” olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Alman AY m.13 fıkra 7⁴⁰’de ise “önleyici bir tedbir olarak”, belirli şartların varlığı hâlinde, şüphelinin içerisinde bulunduğu müdahalede bulunabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca 26.03.1998 tarihli Anayasada Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes) ile Alman AY m.13’ e, fıkra 2’den sonra gelmek üzere bir düzenleme eklenerek (fıkra 3 ile fıkra 6) bazı şartların varlığı hâlinde, konut içerisinde teknik araçlarla akustik dinleme yapılabilmesine imkân tanınmıştır⁴¹. Ancak bu düzenlemelerde adli ya da önleyici amaçlarla, bir konut içerisinde yapılan konuşmaların dinlenmesi öngörüldüğünden, teknik araçlarla izleme tedbiri (Alman CMK § 100c, CMK m.140) ile ilgilidir. Dolayısıyla Alman AY m.13 fıkra 3 ile fıkra 6 arasında yer alan bu hükümler de gizli soruşturmacının bir konuta girme yetkisinin anayasal dayanağı olarak gösterilemez⁴².

Görüldüğü üzere, gizli soruşturmacıya konuta girme yetkisi veren Alman CMK § 110c, konut dokunulmazlığına müdahale edilmesine imkân tanıyan ve

⁴⁰ Alman Anayasasının ilk hâlinde bu düzenleme fıkra 3’te yer almaktaydı. Ancak 26.03.1998 tarihli Anayasada Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes) ile birlikte fıkra 3 ile fıkra 6 arasında konut içerisinde teknik araçlarla akustik dinleme yapılmasına izin veren yeni bir düzenleme eklenmiştir. Bu değişiklikle fıkra 3’te yer alan söz konusu düzenleme, fıkra 7’ye teselsül ettirilmiştir.

⁴¹ Alman AY m.13 fıkra 3’e göre, belirli olguların kanunda özel olarak düzenlenmiş ağır bir suçun işlendiği şüphesini doğurması hâlinde, olguların diğer yöntemler kullanılarak araştırılması orantısız derece zor olacak veya bu yöntemlerden bir sonuç alınamayacaksa, mahkeme kararına istinaden sanığın bulunduğu konutta teknik cihazlar kullanılarak dinleme yapılabilecektir. Tedbir belirli bir zamanla sınırlı olacak ve tedbirin uygulanmasına üç hâkimden oluşan bir mahkeme heyeti tarafından karar verilebilecektir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, karar bir hâkim tarafından da alınabilecektir. Alman AY m.13 fıkra 4’te ise bir tehlikenin önlenmesi amacıyla, mahkeme kararına dayanılarak teknik araçlar kullanılmak suretiyle bir konutun izlenmesine izin verilmiştir. Fakat gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, söz konusu tedbire kanunla belirlenmiş başka bir makam tarafından da karar verilebilecek ve bu durumda yetkili makam kararını derhâl mahkemenin onayına sunacaktır. Alman AY m.13 fıkra 5’e göre, teknik araçlar yalnızca konutta çalışan kişilerin korunması amacıyla kullanılacaksa, tedbirin uygulanmasına kanunla belirlenen bir makam karar verebilecektir. Bu şekilde elde edilen bilgilerin başka bir şekilde kullanılmasına, yalnızca cezai kovuşturma ya da bir tehlikenin önlenmesi amacıyla ve tedbirin yasallığının bir mahkeme tarafından tespit edilmesi hâlinde izin verilecektir. Alman AY m.13 fıkra 6’ da ise Federal Hükümetin, her yıl Federal Meclise, 3. fıkraya, Federasyonun yetki alanı ile sınırlı olarak 4. fıkraya ve yargısal denetimin gerektirdiği ölçüde 5. fıkraya dayanılarak teknik araçların kullanılması konusunda bilgi vereceği hüküm altına alınmıştır.

⁴² Plagemann, (n 3) 181, 182.

Alman AY m.13 fıkra 2 ile fıkra 7 arasında düzenlenen istisnai düzenlemeler ile örtüşmemektedir⁴³. Nitekim Alman AY m.13 fıkra 2’de açık bir koruma tedbiri olarak aramadan bahsedilmektedir. Oysa gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, gizli bir koruma tedbiri olduğu için Alman CMK § 110c’nin bu fıkroda öngörülen istisnai düzenlemenin kapsamında yer almadığı anlaşılmaktadır⁴⁴. Konut doku-

⁴³ Hauck, (n 6) Rn. 12; Plagemann, (n 3) 181, 182; Roxin, (n 39) 43, 44; Eisenberg (n 6) 1038; Frister, *Privatwohnungen* (n 39) 153, 154; Schneider, (n 39) 367; Weil, (n 3) 245, 246; Weisser, (n 3) 61; Hauschild, (n 3) § 110c Rn. 13-15.

⁴⁴ *Weil*’ e göre konutta icra edilecek çeşitli gizli soruşturma yöntemlerini de arama olarak nitelendirmek ilk bakışta makul görünebilir. Çünkü konutta gerçekleştirilen arama işlemi de bir olayın araştırılması bağlamında, bir eşyanın veya bir kişinin ele geçirilmesi, diğer bir anlatımla, gizlenen bir şeyin ortaya çıkarılması amacıyla yapılmaktadır. Ancak arama tedbiri ile gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri arasında ciddi farklılıklar bulunduğunu söylemek gerekir. Bu kapsamda ilk olarak, aramanın temel karakteristiği, muhatabının bilgisi dâhilinde icra edilen açık bir tedbir olmasıdır. Arama tedbirinde görevliler, ilgili kişinin açıkça görebileceği biçimde konuta girmekte ve araştırma faaliyetinde bulunmaktadır. Buna karşın yalnızca gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri değil, bütün gizli koruma tedbirlerinde tam tersi bir yaklaşım sergilenmekte ve bu tedbirler araştırma yapılırken ilgili kişinin durumdan haberdar olmaması esasına dayanmaktadır. İkinci olarak, arama tedbirinde görevliler aktif bir rol oynayarak süreci yönlendirmekte ve kontrolü elinde tutmaktadır. Gerçekten de arama sırasında görevliler tüm konutu kendi inisiyatifi ile inceleyip gerekli gördükleri hâllerde konuta müdahale (örneğin, mutfak dolaplarını sökme gibi) edebilmektedir. Oysa gizli soruşturmacı kontrolü elinde bulundurmamakta ve şüphelinin kendisine sözlü, görsel veya yazılı olarak ilettiği bilgileri toplamakla sınırlı bir görev icra etmektedir. Diğer bir ifadeyle, şüpheliyi, fiziksel veya psikolojik baskı altına alarak işlendiği iddia edilen suç ile ilgili bilgi vermeye zorlama yetkisi olmadığından, burada soruşturmacının daha pasif bir konumda yer aldığı söylenebilir. Son olarak, arama tedbirine daha çok belirli bir kişiyi veya eşyayı ortaya çıkarmak için başvurulurken, gizli soruşturmacının öncelikli amacı, işlendiğinden şüphe duyulan suçla ilgili bilgi elde etmektir. Ancak tüm bu farklılıklara karşın gizli soruşturmacının bir konuta değiştirilmiş bir kimlik kullanarak girmesinin, ileride yürütülecek arama işlemine hazırlık olarak nitelendirilip Alman AY m.13 fıkra 2 çerçevesinde değerlendirilmesi gündeme gelebilir. Ancak yazar bu görüşün isabetli olmadığı kanısındadır. Çünkü öncelikle gizli soruşturmacının konuta girmesinin, daha sonraki aşamada bir arama işlemi ile sonuçlanıp sonuçlanmayacağı belirli değildir. Öte yandan bu değerlendirme, temel hak ve özgürlükleri hukuka aykırı biçimde sınırlandıran müdahalelerin meşrulaştırılması anlamına geleceğinden, makul bir yaklaşım değildir. Ayrıca gizli soruşturmacının, konut içerisinde şüpheli ile yaptığı görüşmenin, arama işlemine nazaran temel hak ve özgürlüklere daha az müdahale teşkil ettiği de iddia edilebilir. Fakat yazar, şüphelinin, konutuna gizlice yapılan müdahale hakkında bilgi sahibi olmaması durumunda, bu müdahaleye tepki vermesinin mümkün olmadığından hareketle, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin özel bir niteliğe sahip olduğunu ifade etmektedir. Sonuç olarak *Weil*’ a göre, yukarıda ifade edilen tüm farklılıklar göz önünde bulundurulduğunda, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri, arama olarak nitelendirilemeyecektir. Bu nedenle Alman AY m.13 fıkra 2’de yalnızca “arama”dan söz edilmiş olup temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran düzenlemeler açısından kıyas yapılması olanağı da bulunmadığından, gizli soruşturmacının bir konuta girmesi, Alman AY m.13 fıkra 2 kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bkz. Weil, (n 3) 245, 246.

nulmazlığına müdahalede bulunulmasına izin veren Alman AY m.13 fıkra 7’de ki istisnai düzenleme ise kamu güvenliğine ve düzenine yönelik acil bir tehlikeye son verme amacını taşıyan önleyici bir tedbir mahiyetindedir. Buna karşın gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, hukuki niteliği itibarıyla önleyici bir tedbir olmayıp suç şüphesinin ortaya çıkmasından sonra suçun aydınlatılması ve suç failinin/faillerinin yakalanması için başvurulmuş bastırıcı nitelikte bir tedbirdir. Esasen Alman CMK’ da bir tehlikenin önlenmesine yönelik değil, bir suç şüphesinin ortaya çıkmasından sonra yürütülecek sürece ilişkin kurallar düzenlenmiştir. Dolayısıyla Alman CMK § 110c hükmünün, Alman AY m.13 fıkra 7 kapsamında da yer almadığı görülmektedir⁴⁵. Benzer şekilde Alman AY m.13 fıkra 3 ile fıkra 6 arasındaki hükümler de gizli soruşturmacı ile ilgili olmayıp bir konutta yapılan konuşmaların adli veya önleyici amaçlarla teknik bir araç kullanılarak dinlenmesi hususunu düzenlemektedir.

Öte yandan bu görüşe taraftar olan yazarlar, Alman CMK § 110c’de öngörülen “ilgilinin rızasının” da hukuken geçerli bir rıza olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadır. Bu yazarlardan *Eisenberg*’ e göre, prensip olarak konut sahibi, konutuna kimlerin girebileceğine karar verme yetkisine sahip olduğundan, sahibinin rızasıyla konuta girilmesi durumunda, konut dokunulmazlığına

⁴⁵ Hauck, (n 6) Rn. 19; Roxin, (n 39) 43, 44; Eisenberg, (n 6) 1038; Frister, *Privatwohnungen* (n 39) 153, 154; Schneider, (n 39) 367; Hauschild, (n 3) § 110c Rn. 13-15. *Weil*’e göre, özellikle örgütlü suçluluk alanında, çoğu durumda, işlenmiş olan suçların soruşturulması ile ileride işlenecek suçların önlenmesi arasında bir ayırım yapmak zor görünmektedir. Diğer bir ifadeyle, örgütlü suçluluk söz konusu olduğunda, önleyici nitelikteki tedbirler ile bastırıcı nitelikteki tedbirlerin iç içe geçmesi mümkündür. Ancak yazar, Alman Federal Anayasa Mahkemesi nüfus sayımı kararında, vatandaşların kişisel verilerinin herhangi bir sınır olmadan toplanmasının, işlenmesinin ve saklanmasının, bilgi edinme çerçevesinde kendi kaderini tayin etme hakkına bir müdahale oluşturduğunu belirtmiş ve bu hakkın korunmasına ilişkin en önemli araçlardan birinin de devletin veri toplamasının belirli bir amaçla sınırlı olması gerekliliğine dikkat çekmiştir. Dolayısıyla belirli bir amaçla toplanan veriler, herhangi bir sınıra tabi olmaksızın başka bir amaç için kullanılmamalıdır. O hâlde Alman AY m.13 fıkra 3’ün açık bir biçimde tehlikenin önlenmesi amacıyla konuta müdahalede bulunulmasına izin verdiği gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, gizli soruşturmacı konuta, bir tehlikeyi önlemek için değil, bir soruşturma faaliyeti yürütmek için girdiği sürece, soruşturmacının bu faaliyetinin Alman AY m.13 fıkra 3 kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı söylenebilir. Bkz. *Weil*, (n 3) 245, 246. Buna karşılık *Rebmann*’ a göre, veri toplamanın ve işlemenin tehlikeleri açısından düşünüldüğünde, Alman Federal Anayasa Mahkemesi nüfus sayımı kararında olaya kişilik hakları perspektifinden bakmış ve incelemesini, devletin, vatandaşların kişisel verilerini toplu bir şekilde elde etmek için yaptığı müdahaleler ile sınırlı tutmuştur. Bu nedenle, suçların soruşturulması için şüphelilerin kişisel verilerinin elde edilmesi bu kapsamda değerlendirilemez. Diğer bir anlatımla, suç soruşturması çerçevesinde bilgi toplama faaliyetinin yürütülmesi, istatistiksel amaçlarla toplu bir şekilde kişisel verilerin toplanmasından farklı bir değerlendirme tabi tutulmalıdır. Bkz. *Rebmann*, (n 3) 4.

hukuka aykırı bir müdahalenin olduğu söylenemez. Ancak buradaki rızanın, konut dokunulmazlığına bir müdahalede bulunduğu gerçeğini değiştirmediğini belirtmek gerekir. Çünkü konutun koruma alanının kapsamı, ilgililerin inisiyatifine bırakılmamış, doğrudan Anayasa tarafından belirlenmiştir. Dolayısıyla ilgilinin rızası yalnızca konuta yönelik müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırabilir. Bu sebeple Alman AY m.13 fıkra 1 anlamındaki rızanın, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku tarafından ortaya konan rıza kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku bakımından rızanın geçerli olabilmesi için ise hile ile sağlanmamış olması şarttır. Zira temel hak ve özgürlükler, kişilere kendilerini devlet tarafından yapılacak müdahalelere karşı koruma amacıyla sağlanan haklar olarak karşımıza çıkmaktadır. Fakat bir kimsenin kendisini devlet tarafından yapılacak müdahaleye karşı koruyabilmesi için öncelikle söz konusu müdahale ile ilgili bilgi sahibi olması şarttır. Oysa ilgili kişi, değiştirilmiş bir kimlik kullanan gizli soruşturmacının gerçek kimliğini bilmeden onun konuta girmesine müsaade ettiğinden, burada devletin hileye başvurduğu görülmektedir. Dolayısıyla hileye dayanan bir rıza çerçevesinde kişilerin konutuna müdahale edilmesi, hukuken kabul edilmesi mümkün olmayan bir duruma yol açmaktadır. Ayrıca bu yöntemin, polislerin faaliyetlerini kişilere karşı açık ve öngörülebilir biçimde yürütmesini gerektiren prensibe aykırı olduğunu da belirtmek gerekir⁴⁶.

Roxin' e göre, Alman AY m.13, kişilerin, devletin müdahalesi olmadan konutunda huzur ve sükun içerisinde bulunma (konutunda yalnız bırakılması) hakkını korumaktadır. Bu nedenle konut sahibinin, kendi rızasıyla, devlet karşısında bu hakkından feragat etmesi⁴⁷, yalnızca konutuna girmek isteyen devlet otoritesini temsil eden bir kimse olduğunu bilmesi durumunda anlam ifade edebilecektir. Aksi hâlde gösterilen rızanın hukuken bir geçerliliği olduğu söylenemeyecektir. Bu durum bir doktorun, hastasına, tıbbi müdahalenin olası sonuçları ve riskleri hakkında bilgi vermemesine benzemektedir. Nasıl ki doktorun yeterli aydınlatmayı yapmadığı hâllerde hastanın rızası olsa bile yapılan tıbbi müdahale hukuka uygun kabul edilemeyecekse, devletin de soruşturma faaliyetinde bulunduğunu gizlemesi hâlinde de konut sahibinin gösterdiği rıza, hu-

⁴⁶ Eisenberg, (n 6) 1038.

⁴⁷ Aksi yöndeki *Duttge'*ye göre ise hak sahibinin, bir kimsenin konutuna girmesine rıza göstermesi, kısmen dahi olsa, konut dokunulmazlığı hakkından feragat ettiği anlamına gelmemektedir. Çünkü burada konut sahibi, sadece kendisine anayasa ve yasalar tarafından sağlanan bir temel hakkını kullanmaktadır. Bkz. Gunnar Duttge, 'Strafprozessualer Einsatz von V-Personen und Vorbehalt des Gesetzes', (1996) 51 (11) JZ 556, 562.

kuken geçerli sayılmayacak ve Alman AY m.13' ün ihlâli gündeme gelecektir. O hâlde Alman CMK § 110c uyarınca rızanın bulunduğu gerekçesiyle, konut dokunulmazlığına hukuka aykırı bir müdahalede bulunulmadığını savunmak, makul bir yaklaşım değildir. Gerçekten de anayasa koyucu temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran müdahalelere ilişkin genel bir hüküm koymamış, her bir temel hak ve özgürlüğe müdahale koşullarını açıkça ve ayrıca göstermiştir (numerus clausus). Bu nedenle Alman CMK § 110c'de yapıldığı gibi hileye dayanan bir rızaya binaen konuta girilebileceğinin öngörülmesi, Alman AY m.13' te düzenlenmeyen bir müdahale nedeni yaratılması anlamına gelmektedir. Sonuç olarak salt gizli soruşturmacının değil, devlet otoritesini temsil eden herhangi bir görevlinin, resmi kimlikleri konusunda kişileri aldatmak suretiyle onların konutlarına girmeleri Alman AY m.13' e aykırıdır⁴⁸.

Weil da gizli soruşturmacı değiştirilmiş bir kimlik kullandığı için konut sahibi tarafından verilen rızanın hukuken geçerli olmadığını savunmaktadır. Yazar bu görüşünü şu üç gerekçeye dayandırmaktadır: ilk olarak, Alman AY m.13 devletin müdahalesine karşı konutu korumayı amaçladığından, bir konuta hileye başvurularak girilmesi ile cebir kullanılarak girilmesi arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Çünkü her iki durumda da konuta yönelik bir müdahale söz konusudur. İkinci olarak, temel hak ve özgürlüklerin amacı, hak sahibini kendisinden daha üstün konumda olan devlete karşı korumaktır. Bu amaç ise Alman AY m.1 fıkra 3'te ifade edildiği üzere, devlet otoritesini sınırlandırmak ve temel hak ve özgürlüklere müdahale koşullarını açıkça belirlemek suretiyle yerine getirilmektedir. Dolayısıyla devletin, kişileri hile ile kandırmasına izin verilmesi, temel hak ve özgürlükleri koruyan sistemi etkisiz hâle getirecektir. Üçüncü olarak ise Alman AY m.13 tarafından güvence altına alınan konuta girilmesine yönelik rızanın hukuken geçerli sayılabilmesi için bunun gönüllü olarak verilmesi gerekir. Rızanın gönüllü olarak verildiğinin kabul edilebilmesi için ise ilgilinin konutuna müdahalede bulunan kişinin gerçek kimliği ve bu müdahalenin anlamı, önemi ve kapsamı hakkında bilgilendirilmiş olması şarttır. Bununla birlikte yazar, ilgilinin, konutuna giren kişi hakkında ayrıntılı bir bilgi sahibi olmayı önemsemediği istisnai durumlarda, gizli soruşturmacının değiştirilmiş kimliğini kullanmak suretiyle elde ettiği rızanın hukuka uygun olabileceğini belirtmektedir⁴⁹.

⁴⁸ Roxin, (n 39) 43, 44. Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. Plagemann, (n 3) 181; Hauschild, (n 3) § 110c Rn. 13, 14; Frister, *Privatwohnungen* (n 39) 153; Schneider, (n 39) 366, 367.

⁴⁹ Weil, (n 3) 244, 245.

Bu görüşe taraftar olan yazarlardan farklı olarak, *Schneider* ise gizli soruşturmacının bir konuta girmesinin olağan bir durum olarak karşılanması gerektiği görüşündedir. Gerçekten de soruşturmacının konuta girmesine yönelik bir yasağın kabul edilmesi, anayasal sistemin gerektirdiği biçimde ciddi suçların soruşturulmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ve bu suçlarla mücadele bakımından bir zafiyete yol açabilecektir. Bu sebeple, Alman Federal Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht- BVerfG), Alman CMK § 110c hükmünün anayasaya aykırı olduğu şeklinde bir karar verinceye kadar soruşturma makamlarınca gizli soruşturmacının konuta girmesine yönelik bir uygulamanın yapılması anlaşılabilir bir durumdur. Bununla birlikte, hukukun üstünlüğü ilkesi göz önüne alındığında, Alman AY m.13'te yer alan ve konuta müdahaleye izin veren istisnai düzenlemeler arasına bir hüküm eklenerek, halihazırda gri bir alan oluşturulan bu konunun netliğe kavuşturulması en uygun çözüm olacaktır⁵⁰. Görüldüğü üzere, *Schneider* da Alman CMK § 110c hükmünün Alman AY m.13 ile bağdaşmadığını düşünmekte fakat pratik bazı gerekçelerle mevcut durumda gizli soruşturmacıların değiştirilmiş kimliğini kullanarak ilgilinin rızasını almak suretiyle konuta girebileceğini düşünmektedir.

b. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu § 110c Hükmünün Anayasaya Aykırı Olmadığını Savunan Görüş

Bu görüşe taraftar olan yazarlardan *Hilger*, esasen Alman CMK § 110c hükmünün konuta müdahale etme yetkisi veren ve Alman AY m.13 fıkra 2 ve fıkra 3'te öngörülen istisnai düzenlemelerin kapsamında yer almadığını kabul etmektedir. Yazara göre ilgili kişi, gizli soruşturmacının gerçek kimliğini bilseydi onun içeri girmesine izin vermeyeceğinden, burada ilgilinin rızasının da hukuken geçerli olmadığı düşünülebilir. Dolayısıyla soruşturmacının değiştirilmiş kimliğini kullanarak elde ettiği rıza sonucu konuta girmesinin, Alman AY m.13 fıkra 1'e de uygun olmayacağı ileri sürülebilir. Buna karşın yazara göre kanun koyucu, Alman CMK § 110c hükmüyle gizli soruşturmacıya, "üstün bir kamusal (egemen) yetki" vermediği için söz konusu hüküm Alman AY m.13'e aykırı de-

⁵⁰ Schneider, (n 39) 367. *Frister*'e göre ise değiştirilmiş kimliğini kullanarak bir konuta girmesine müsaade edilmeyen gizli soruşturmacının herhangi bir operasyonel değerinin bulunmadığı gerekçesiyle, soruşturmacının konuta girme yetkisinin olmadığı şeklindeki görüş pek sorgulanmamaktadır. Oysa kendisini yasal hükümlere dayanarak teşekkül etmiş bir topluluk olarak gören bir devlette, cezai alanlarda icra edilen soruşturma ve kovuşturma yöntemleri de anayasada belirtilen sınırlamalara uygun olarak belirlenmelidir. Bu nedenle, gizli soruşturmacının konuta girme yetkisi bulunmadan kullanılması mümkün değil ise o hâlde bu soruşturma yönteminden tamamen vazgeçilmesi gerekmektedir. Bkz. *Frister, Privatwohnungen* (n 39) 155.

ğildir⁵¹. Nitekim gizli soruşturmacıya ilişkin Alman CMK § 110a vd. hükümlerini ihdas eden Yasadışı Uyuşturucu Ticareti ve Diğer Organize Suçlarla Mücadele Kanunu'nda (Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität- OrgKG), Alman AY m.19 fıkra 1 cümle 2 uyarınca⁵², Alman AY m.13' e herhangi bir atıfta bulunulmaması da bu görüşü destekler mahiyettedir. Ayrıca Alman CMK § 110c cümle 1'de gizli soruşturmacının ancak ilgilinin rızasını almak suretiyle bir konuta girebileceğine ilişkin düzenleme de soruşturmacının, konut dokunulmazlığına kamusal (egemen) bir müdahalede bulunmadığının diğer bir kanıtıdır. Esasen gizli soruşturmacı, kamusal otoriteye dayanan egemen bir yetki kapsamında kendi inisiyatifiyle hareket etmemekte ve özellikle konuta girme talebinde bulunmamakta, yalnızca konuta girmek amacıyla kendisinin başlatmadığı bir süreci takip etmektedir⁵³. Yine yazara göre, soruşturmacının gerçek kimliği konusunda bilgi sahibi olmadığı doğru olmakla birlikte, burada ilgili kişinin gizli soruşturmacıyı davet etmesi ile kimliğini bilmediği herhangi bir özel kişiyi davet etmesi arasında fark yoktur. Dolayısıyla soruşturmacı resmi sıfatının kendisine tanıdığı yetkiye dayanarak konuta girmeye çalışmamalı, maddede öngörülen sınırlamaya uygun olarak, ilgili kişi tarafından davet edildikten sonra konuta girmelidir⁵⁴. Bu sınırlamanın temel amacı ise gizli soruşturmacının faaliyet alanına belirli kısıtlamalar getirmek suretiyle, kişilerin soruşturma işlemleri sırasında göz ardı edilen birer nesne hâline getirilmelerinin önüne geçmektir⁵⁵. Nitekim Alman CMK § 110c cümle 2 ve cümle 3 de bu kanaati desteklemekte-

⁵¹ Benzer yönde bkz. Hegmann, (n 3) § 110c Rn. 1. Aksi düşüncedeki *Hauck*'a göre ise gizli soruşturmacı soruşturma işlemi yapmak ve delil toplamak amacıyla bir konuta girdiğinden, Alman CMK § 110c' nin gizli soruşturmacıya konuta girme noktasında egemen bir yetki vermediği savı, ikna edici bir argüman değildir. Bkz. *Hauck*, (n 6) Rn. 13a.

⁵² Alman AY m.19 fıkra 2 cümle 1'e göre, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi için ilgili kanunda hangi temel hak ve özgürlüğe müdahalede bulunulmasına izin verildiğinin ismen zikredilerek ve Alman AY' nin ilgili maddesine atıfta bulunularak açıkça belirtilmesi zorunludur.

⁵³ Hans Hilger, 'Verwertbarkeit der Aussage eines ohne richterliche Zustimmung als Scheinkäufer eingesetzten Polizeibeamten' Anmerkung zu BGH Urteil vom 06.02.1997 - 1 StR 527/96, (1997) (9) NSTZ 448, 449.

⁵⁴ Hilger, 'Verdeckte Ermittler' (n 6) 217. Aksi görüşte olan *Schneider*'e göre ise gizli soruşturmacı, bir soruşturma faaliyeti kapsamında konuta girdiği için Alman AY m.13'e yönelik kamu otoritesine dayanan egemen bir müdahalenin bulunduğu kabul edilmeli ve konuta girmenin ilgilinin davetiyle yapılması ile gizli soruşturmacının kendi inisiyatifiyle gerçekleşmesi arasında herhangi bir fark gözetilmemelidir. Bkz. *Schneider*, (n 39) 366.

⁵⁵ Hilger, 'Verdeckte Ermittler' (n 6) 221; Hilger, 'Neues Strafverfahrenrecht' (n 5) 525, d.160; Henrichs ve Weingast, (n 3) § 110c Rn.2.

dir. Gerçekten de gizli soruşturmacının konuta girmek amacıyla değiştirilmiş kimlik kullanmanın ötesinde hileli davranışlara başvurması durumunda Alman AY m.13'e yönelik bir müdahalenin varlığı söz konusu olacağından, Alman CMK § 110c cümle 2, soruşturmacının bu tür davranışlara başvurmasını yasaklamaktadır. Böylece soruşturmacının ilgili kişi üzerinde egemen bir yetki kullanmasına izin verilmemektedir. Benzer değerlendirme Alman CMK § 110c cümle 3 için de yapılabilir. Bu hüküm soruşturmacının konutta gizli bir şekilde faaliyet yürütmesine örneğin, arama yapmasına, müsaade etmediği için soruşturmacının egemen bir yetki kullandığından ve Alman AY m.13' e müdahale ettiğinden bahsedilemeyecektir⁵⁶. Esasen bu düzenleme gizli soruşturmacıya iki seçenek sunmaktadır. Buna göre, soruşturmacı ya özel bir kişi gibi davranmalı ya da gerçek kimliğini ifşa ederek faaliyette bulunmalıdır. Sonuç olarak yazara göre, gizli soruşturmacının Alman CMK § 110c cümle 2 ve 3'te öngörülen düzenlemelere uygun olarak, değiştirilmiş kimliği ile ilgilinin rızasını aldıktan sonra konuta girmesi, kamu otoritesine dayanan egemen bir yetki kullanılması anlamına gelmediği için Alman CMK § 110c anayasaya uygundur. Bu nedenle de Alman AY m.19 paragraf 1 cümle 2 uyarınca OrgKG' da değişiklik yapılarak Alman AY m.13' e atıfta bulunulması şart değildir⁵⁷.

Benzer şekilde OrgKG'nın gerekçesinde belirtilen "yüksek statüde yasal menfaatlerin korunduğu ve gizli soruşturmacının görevlendirilmesinde orantılılık ilkesinin gözetildiği" şeklindeki ifadeden hareketle, kanun metnini hazırlayanlara göre de Alman CMK § 110c uyarınca soruşturmacının bir konuta girmesinin, Alman AY m.13 anlamında anayasaya aykırı olmadığı söylenmektedir⁵⁸.

⁵⁶ Aksi görüşteki *Frister ve Weil*' e göre, gizli soruşturmacının, konutta arama yapmak gibi delil araştırmasında bulunmayıp sadece gözlem yapması veya konuşulanları dinlemesinin bir önemi yoktur. Çünkü konut dokunulmazlığını düzenleyen Alman AY m.13 kural olarak, devletin bir konuta hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştireceği her türlü müdahaleyi yasaklamıştır. Bu yasak, polis memurlarının konuta fiziksel olarak girip soruşturma faaliyeti yürütmesi de dâhil olmak üzere, konutta kalmasını kapsamaktadır. Bu nedenle bir konuta giren, konutta kalan ve konuşulanlara katılmak veya dinlemek suretiyle bilgi toplayan gizli soruşturmacının Alman AY m.13 anlamında konut dokunulmazlığına yönelik müdahalede bulunduğu kabul edilmelidir. Zira konutlar prensip olarak, kamu otoriteleri için bilgi kaynağı olma niteliğinden başışık tutulmuştur. Bkz. *Frister, Privatwohnungen* (n 39) 153; *Weil*, (n 3) 244.

⁵⁷ *Hilger, Scheinkäufer* (n 53) 449. Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. *Duttge*, (n 47) 561, 562.

⁵⁸ Bkz. *Frister, Privatwohnungen* (n 39) 151; *Hauschild*, (n 3) § 110c Rn.8; *Hauck*, (n 6) Rn.12; *Hegmann*, (n 3) § 110c Rn. 1. *Plagemann*' a göre kanun koyucu, anayasa hukuku açısından ortaya çıkan bu sorunu açık bir biçimde ihlal etmek suretiyle, madde gerekçesindeki bu ifadeye yer vererek gizli soruşturmacının konuta girmesinin anayasaya uygun olduğunu belirt-

Öte yandan ne “atıf şartı” başlığını taşıyan OrgKG § 11’de ne de diğer maddelerde Alman AY m.13’ e atıfta bulunulmuştur. Esasen taslak metnin ilk hâlinde OrgKG § 11’de, Alman AY m.13’ te güvence altına alınan konut dokunulmazlığı hakkının bu Kanun ile sınırlandırıldığından söz edilmiş ancak kanunlaşan metinde bu düzenleme yer almamıştır⁵⁹. Dolayısıyla bu durum da OrgKG tasarısını hazırlayanların, Alman CMK § 110c’nin, konut dokunulmazlığına bir müdahalede bulunmadığı ve dolayısıyla Alman AY m.13’e aykırılığın söz konusu olmadığı kanaatine sahip olduğunu göstermektedir. Çünkü aksi durumda Alman AY m.19 cümle 2 uyarınca, OrgKG’ da, Alman AY m.13’e atıfta bulunan bir düzenlemeye yer verilirdi⁶⁰.

Bu görüşü savunan diğer bir yazar olan *Rogall* ise ilgilinin rızasının hukuken geçersiz olduğu durumlarda⁶¹, bir temel hak ihlâline yol açmamak için yasal bir dayanağın zorunlu olduğunu ifade etmektedir. Bu çerçevede konut dokunulmazlığına müdahalede bulunulmasına izin veren istisnai düzenlemelerden biri de Alman AY m.13 fıkra 2’dir. Gerçekten de söz konusu hükme göre, açık bir kanuni düzenleme olması koşuluyla, arama yapmak amacıyla bir konuta girilmesi, hukuka aykırı bir müdahale olarak nitelendirilemez. Esasen böyle bir kanuni düzenlemeye Alman CMK §§ 102 vd.’nda yer verilmiştir. Gerçekten de gizli soruşturmacının bir konuta girmesi, Alman CMK §§ 102 vd. anlamında bir “arama hazırlığı” veya “arama başlangıcı” olarak değerlendirilebilecektir. Dolayısıyla yazara göre, Alman AY m.13 fıkra 2 ve Alman CMK §§ 102 vd. hükümleri,

mekle yetinmiştir. Bkz. Plagemann, (n 3) 180. *Frister ve Schneider* ise OrgKG tasarısını hazırlayanların, yüksek statüde yasal menfaatlerin korunduğu ve gizli soruşturmacının görevlendirilmesinde orantılılık ilkesinin gözetildiği gerekçesiyle, Alman CMK § 110c uyarınca soruşturmacının konuta girmesinin, Alman AY m.13 anlamında anayasaya aykırı olmadığı görüşünün tutarlı olmadığını düşünmektedir. Buna göre, Alman CMK’ da konutta yapılacak gizli operasyonlar için özel usul düzenlemeleri yer almaktadır. Gerçekten de konutta icra edilecek gizli operasyonlar, Alman AY m.13’e müdahalede bulunmuyorsa, bu hâlde, gizli soruşturmacının genel olarak erişilebilir olmayan (açık bir izin olmaksızın girilemeyen) konuta girebilmesi için mahkemeden onay alınmasını (Alman CMK § 110b paragraf 2 bent 2) ve operasyondan sonra da ilgililere haber verilmesini (Alman CMK § 110 d cümle 1) öngören düzenlemelerin varlık nedenini izah etmek mümkün değildir. Bkz. *Frister, Privatwohnungen* (n 39) 152, 153; *Schneider*, (n 39) 366. Benzer yönde eleştiriler için bkz. *Hauck*, (n 6) Rn.12, 13.

⁵⁹ Bkz. *Hauschild*, (n 3) § 110c Rn.8.

⁶⁰ Buna karşın *Frister* ise Alman AY m.19 fıkra 1 cümle 2 uyarınca, OrgKG’ da, Alman AY m.13’ e açık bir atıf yapılmadığından, Alman CMK § 110c hükmü anayasaya aykırı olduğu kanaatindedir. Bkz. *Frister, Privatwohnungen* (n 39) 153.

⁶¹ Yazar, gizli soruşturmacının değiştirilmiş kimliğini kullanmak suretiyle ilgilinin rızasını alması hâlinde, bu rızanın hukuken geçersiz olduğunu açıkça belirtmemekle birlikte, eserinde yaptığı açıklamalardan hareketle, bu görüşte olduğunu düşünmekteyiz.

gizli soruşturmacının konuta girmesinin yasal dayanağını teşkil ettiğinden, burada anayasaya aykırı bir durum bulunmamaktadır⁶².

3. Yargının Konuya Yaklaşımı

Alman Federal Yüksek Mahkemesi 1997 yılında verdiği bir kararda, öncelikle konu ile ilgili öğretide savunulan karşıt görüşlere yer vermiş ve konuya ilişkin içtihat hukukunda da henüz bir karar verilmediğini ifade etmiştir. Ardından kanun koyucunun Alman CMK § 110c hükmünü tesis ederken konu ile ilgili net bir açıklama yapmadığını, Alman AY m.19 paragraf 1 cümle 2 hükmü uyarınca Alman AY m.13' e herhangi bir atıfta bulunmadığını ve yalnızca OrgKG'nın gerekçesinde "yüksek statüde yasal menfaatlerin korunduğu ve gizli soruşturmacının görevlendirilmesinde orantılılık ilkesinin gözetildiği" şeklinde bir ifadeye yer verdiğini belirtmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme, her ne kadar OrgKG' de, Alman AY m.13' e herhangi bir atıf yapılmamış olsa da kanun koyucunun Alman CMK § 110b paragraf 2 bent 2'de öngördüğü adli denetim mekanizması ile Alman AY m.13 fıkra 2'de yer alan sınırlama sebebine yakın bir hüküm oluşturduğu görüşündedir. Dolayısıyla Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin gizli soruşturmacının bir konuta girebilmesi için mahkemenin onayının aranmasını, temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından önemli bir güvence olarak kabul ettiği söylenebilir.

Öte yandan Yüksek Mahkeme aynı kararda, ilgili kişi tarafından konuta girilmesine rıza gösterilmesinin, temel hak ihlâlini reddetmek için bir sebep teşkil edebileceğini değerlendirmiştir. Ancak anayasa hukuku ile ceza hukuku kapsamında korunan alanların farklılık gösterebileceği gerekçesiyle, bu değerlendirmeyi, ilgilinin rızasının StGB § 123' te düzenlenen konut dokunulmazlığının ihlâli suçunun oluşmasını engellemesi durumu ile karşılaştırmanın her durumda isabetli olmayabileceği hususunu da eklemiştir.

⁶² Rogall, 'Legislative Probleme Des Einsatzes Verdeckter Ermittler' (n 3) 853. Aksi kanaatte olan *Weil* ise gizli soruşturmacının konuta girmesinin, ileride icra edilecek arama işlemine hazırlık olarak veya arama başlangıcı olarak nitelendirilmesini isabetli bulmamaktadır. Çünkü soruşturmacının konuta girmesinden sonra, orada herhangi bir arama işlemi yapılıp yapılmayacağı henüz belli değildir. Ayrıca bu görüş, gizli soruşturmacının konuta yönelik hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirdiği müdahalenin meşrulaştırılması anlamına geleceği için makul değildir. Bkz. *Weil*, (n 3) 245, 246. *Weisser* de gizli soruşturmacının konuta girmesinin, arama başlangıcı veya arama hazırlığı olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindedir. Çünkü burada gizlenen bir kişinin yahut eşyanın ortaya çıkarılması gibi bir amaç olmadığı gibi arama, muhatabın bilgisi dâhilinde icra edilen açık bir koruma tedbiri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. *Weisser*, (n 3) 61.

Ancak Alman Federal Yüksek Mahkemesi, tüm bu tespitlerden sonra kendi görüşüne ilişkin bir değerlendirme yapmadan sorunun cevabını açık bırakmayı tercih etmiştir⁶³. Ayrıca yaptığımız araştırmalar neticesinde, bugüne kadar konunun Alman Federal Anayasa Mahkemesi' ne taşındığına ilişkin bir bilgiye de rastlanmamıştır.

III. Türk Hukukundaki Durum

A. Genel Olarak

Alman hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda gizli soruşturmacının konuta girebileceğine dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Gerçekten de gizli soruşturmacıya ilişkin yasal düzenleme olan CMK m. 139' da konu ile ilgili özel bir hüküm sevk edilmemiştir. İşte bu durum Türk öğretisinde gizli soruşturmacının konuta girme yetkisinin bulunup bulunmadığı hususunda tartışmaların yaşanmasına ve bu çerçevede çeşitli görüşlerin ortaya atılmasına neden olmuştur. Aşağıda bu görüşler incelenecektir.

B. Öğretideki Görüşler

1. Gizli Soruşturmacının Konuta Girme Yetkisinin Olmadığını Savunan Görüş

Öğretideki hâkim görüşe göre, konut dokunulmazlığına müdahale oluşturduğundan, bir konuta girilebilmesi için açık bir kanun hükmünün var olması şarttır. Her ne kadar CMK m.139/4' te gizli soruşturmacının görevlendirildiği örgütün işlediği suçlara ilişkin olarak her türlü araştırmada bulunabileceği ve delil toplayabileceği belirtilmiş ise de söz konusu maddede soruşturmacının konuta girme yetkisinin olduğuna dair bir ifade yoktur. Dolayısıyla CMK' da konu ile ilgili açık bir düzenleme bulunmadığı için gizli soruşturmacının gerek şüphelilerin gerekse de üçüncü kişilerin konutuna girme yetkisine sahip olmadığını kabul etmek gerekir⁶⁴. Ayrıca gizli soruşturmacının değiştirilmiş kimliğini kullanarak ilgilinin rızasını elde etmesi de bu kabulde bir değişikliğe yol açmayacaktır. Çünkü soruşturmacı gerçek kimliğini gizleyen değiştirilmiş bir kimlik kullandığı için, burada ilgilinin rızası hile ile alınmış olacağından, bu rıza TCK m.26/2 anlamında geçersiz sayılacaktır⁶⁵. O hâlde, gizli soruşturmacının değişti-

⁶³ Bkz. BGH 527 96 (NStZ 1997 448).

⁶⁴ Erdem, (n 1) 199, 200; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü ve Tok, (n 1) 576. Benzer görüş için bkz. Özaydın, (n 1) 499; Sanıvar, (n 1) 439; Işık, (n 1) 392, 393; Yüksel, (n 1) 294; Dikkat, (n 1) 117; Alptekin, (n 1) 75; Kılıbaş, (n 1) 61.

⁶⁵ Erdem, (n 1) 200; Alptekin, (n 1) 75; Kılıbaş, (n 1) 61; Bingöl, (n 2) 66.

rılmış kimliğini kullanarak ilgilinin rızasını almak suretiyle konuta girebilme yetkisine sahip olabilmesi için CMK m.139' a, Alman CMK § 110c' ye benzer bir hüküm eklenmelidir⁶⁶.

Bu görüşü savunan *Turhan* ise CMK' da, Alman CMK § 110c'ye benzer bir düzenleme olmadığı tespitinde bulunduktan sonra, gizli soruşturmacının ancak hâkim kararı ile konuta girebileceğini belirtmektedir. Ancak Türk hukukunda bu konuda açık bir düzenlemenin bulunmaması, soruşturmacının başkasına ait konuta giremeyeceği sonucunu doğurmaktadır. Ancak yazar, bu durumu eleştirmekte ve başkasının konuta girme yetkisi bulunmayan bir gizli soruşturmacının, örgütün güvenini kazanarak görevini yerine getirmesinin de pek mümkün gözükmediğini belirtmektedir⁶⁷.

2. Gizli Soruşturmacının Konuta Girme Yetkisinin Sınırlı Olduğunu Savunan Görüş

Ünver ve Hakeri' ye göre, gizli soruşturmacının konuta girme yetkisinin bulunup bulunmadığı konusu, konutuna girecek kişi göz önüne alınarak ikili bir ayırım yapılmak suretiyle değerlendirilmelidir. Buna göre, gizli soruşturmacının tedbirin uygulandığı şüphelilerin konutuna girme yetkisi yoktur. Çünkü bu kişilerin, gizli soruşturmacının konutlarına girmesine rıza göstermesi pek olası görünmemektedir. Esasen rıza gösterebilirler bile, şüpheli/sanık haklarının güvenceye alınması maksadıyla, ceza muhakemesi sürecinde uygulanan tedbirlerin bazı şart ve teminatlarla kabul edilmesi ve rızanın bu şartlardan birini veya birkaçını ortadan kaldırdığının kanunda açıkça belirtilmemiş olması sebebiyle, söz konusu rıza hukuken geçerli sayılamaz. Buna karşılık gizli soruşturmacının tedbirin muhatabı olan şüphelilerin dışındaki üçüncü kişilerin konutlarına bu kişilerin rızasını almak suretiyle girebilmesi mümkündür. Çünkü bu durumda üçüncü kişinin rızası, TCK m.26/2 anlamında ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi çerçevesinde geçerli kabul edilecektir⁶⁸.

⁶⁶ Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özyayın, Erden Tütüncü ve Tok, (n 1) 576; Bingül, (n 2) 66; Dikkaş (n 52) 118; Müge Aydın, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Soruşturmacı' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2021) 78.

⁶⁷ Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Asil Yayın Dağıtım 2006) 278. Benzer eleştiri için bkz. Yüksel, (n 1) 294; Sanıvar, (n 1) 439.

⁶⁸ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (19.Baskı, Adalet Yayınevi 2022) 482, 483.

3. Gizli Soruşturmacının Konuta Girme Yetkisi Olduğunu Savunan Görüş

Bu görüşe taraftar olan *Nuhoğlu*, her ne kadar mevcut durumda CMK' da konu ile ilgili açık bir düzenleme bulunmasa da gizli soruşturmacının değiştirilmiş kimliğini kullanmak suretiyle, ilgilinin rızasını elde ederek bir konuta girme yetkisinin bulunduğu kanaatindedir. Ayrıca yazar, söz konusu rızanın hile ile elde edilmemesi gerektiğini de belirtmektedir⁶⁹. Yine yazara göre, ilgilinin rızası ile konuta girmek, gizli soruşturmacıya delil araştırma ve toplama yetkisi vermektedir. Ancak soruşturmacı, konutta delil toplarken kanunda belirtilen delil yasaklarına uymak zorundadır. Bu kapsamda örneğin, CMK m.140/5'e göre konut içerisinde teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulamayacağından, soruşturmacı konuta bir cihaz yerleştirerek ses ve/veya görüntü kaydı alamayacaktır⁷⁰.

Eryılmaz' a göre ise gizli soruşturmacı, örgüte ilişkin her türlü araştırmayı yapmak ve örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri elde etmek amacıyla görevlendirildiğinden, soruşturmacının, örgütün ve örgüt üyelerinin her türlü faaliyetlerini izlemesi gerekli olup bu çerçevede örgütün faaliyet yürüttüğü her yerde bulunma yetkisi de vardır. Dolayısıyla CMK m.139' a göre görevlendirilen bir gizli soruşturmacı, ayrıca bir karara ihtiyaç bulunmaksızın, örgütün faaliyet gösterdiği konut, işyeri gibi kamuya açık olmayan yerlere de girebilecektir⁷¹.

IV. Konu ile İlgili Değerlendirmelerimiz

A. Gizli Soruşturmacının Konuta Girme Yetkisinin Bulunup Bulunmadığına İlişkin Görüşümüz

1. Genel Olarak

Türk öğretisinde gizli soruşturmacının konuta girme yetkisinin bulunup bulunmadığının tartışmalı olmasının temel sebebi, gizli soruşturmacı görevlendi-

⁶⁹ Ayşe Nuhoğlu, 'Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi', Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı (C.2, 2008) 1064. Esasen gizli soruşturmacının ilgilinin rızasını kendisine verilen değiştirilmiş kimliğini kullanarak alması da bir tür "hile" olarak değerlendirilebileceği için, yazarın burada Alman CMK § 110c cümle 2'de yer alan düzenlemede olduğu gibi, soruşturmacının değiştirilmiş kimliğini kullanmanın ötesinde başka bir hileli davranışta bulunamayacağını kastettiği söylenebilir.

⁷⁰ Nuhoğlu, (n 69) 1064.

⁷¹ Bkz. Mesut Bedri Eryılmaz, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, (Seçkin Yayınevi 2012) 544.

rilmesi tedbirinin kanuni dayanağı olan CMK m.139' da, Alman CMK §§ 110b paragraf 2 bent 2 ve 110c'de olduğu gibi, konuya ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır. Oysa konuta girme yetkisi bulunmayan bir gizli soruşturmacının görevini yerine getirmesi pek mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla CMK m.139' da açık bir hüküm sevk edilmemiş olsa da, amaçsal yorum yöntemini kullanarak, gizli soruşturmacının CMK m.139/1, CMK m.139/2 ve CMK m.139/4 çerçevesinde, “görevlendirme kararında konuta girme yetkisinin bulunduğu açıkça belirtilmesi” ve “değiştirilmiş kimliğini kullanarak ilgilinin rızasını elde etmesi” şartıyla, konuta girme yetkisine sahip olduğu kanaatindeyiz. Bununla birlikte, AY m.13 hükmü⁷² ve konu ile ilgili Anayasa Mahkemesi (AYM) kararları⁷³ dikkate alındığında, öğretilerde yaşanan tartışmaların ve uygulamada karşılaşılabilecek tereddütlerin giderilmesi açısından, Alman hukukunda olduğu gibi, CMK m.139' da değişiklik yapılarak, gizli soruşturmacının konuta girme yetkisinin bulunduğuna ilişkin özel bir hüküm eklenmesinin en isabetli çözüm olduğunu düşünmekteyiz.

2. Sulh Ceza Hâkiminin Görevlendirme Kararında Soruşturmacının Konuta Girme Yetkisinin Olduğunu Açıkça Belirtmesi

CMK m.139' da konuya ilişkin açık bir hüküm sevk edilmemiş olsa da gizli soruşturmacının CMK m.139/4 çerçevesinde konuta girme yetkisine sahip olduğu kanaatindeyiz. Gerçekten de CMK m.139/4 ile soruşturmacıya görevi kapsamında, “her türlü araştırmada bulunma ve delil toplama” yetkisi verilmiş-

⁷² Söz konusu maddeye göre, “**temel hak ve hürriyetler**, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak **kanunla sınırlanabilir.**”

⁷³ “...Anayasa uyarınca temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların öncelikle kanunla öngörülmüş olması gerekir. **Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre de, Anayasa'nın 13.maddesinde yer alan kanunilik ölçütünün karşılanması için müdahale şekli anlamda bir kanuna dayanmalıdır. Bununla birlikte temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli değildir. Kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirmekte olup bu noktada kanunun niteliği önem kazanmaktadır. Kanunla sınırlama ölçütü sınırlamanın erişilebilirliğini, öngörülebilirliğini ve kesinliğini ifade etmekte; böylece uygulayıcının keyfi davranışlarının önüne geçtiği gibi kişinin hukuku bilmesine de yardımcı olmakta; bu yönüyle hukuk güvenliği teminatı sağlamaktadır. Kanunun bu gerekliliklere uygun olduğunun söylenebilmesi için yeterince ulaşılabilir olması, vatandaşların belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmesi, ayrıca ilgili normun keyfiliğe karşı uygun bir koruma sağlama, yetkili makamlara verilen yetkinin genişliğini ve icra edilme biçimlerini yeterli bir netlikte tanımlaması gerekmektedir...**” Anayasa Mahkemesi, Başvuru No: 2017/38953, 23.07.2020.

tir. Söz konusu maddede, açık bir şekilde konuta girme hususundan bahsedilmediği doğrudur. Ancak gizli soruşturmacı konuta, araştırma ve delil toplama faaliyetinin bir parçası olarak girdiğinden, CMK m.139/4 ile tanınan her türlü araştırmada bulunma ve delil toplama yetkisinin, konuta girmeyi de kapsadığını düşünmekteyiz. Bununla birlikte, AY m.21'e göre, "*Kimsenin konutuna dokunulamaz... Kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi ... veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça ... kimsenin konutuna girilemez.*" Dolayısıyla bu hüküm, konuta müdahalede bulunulabilmesi için hâkim tarafından özel olarak konuta girme yetkisi veren bir kararın bulunmasını zorunlu gördüğünden, gizli soruşturmacının konuta girebilmesi için CMK m.139/1 uyarınca sulh ceza hâkimi tarafından verilen genel görevlendirme kararının yeterli olmadığı kanaatindeyiz. Bu nedenle sulh ceza hâkiminin, CMK m.139/1 kapsamında gizli soruşturmacı görevlendirilmesine karar verirken, CMK m.139/4 çerçevesinde soruşturmacının konuta girebilme yetkisinin bulunduğunu özel olarak belirtmesi şarttır. Ancak bu durumda da gizli soruşturmacıya verilen konuta girme yetkisinin nasıl sınırlandırılacağı meselesi gündeme gelmektedir. Türk hukukunda, Alman hukukundan farklı olarak, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi yalnızca bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiş olup bu tedbire önleyici amaçla başvurulması ise kabul edilmemiştir⁷⁴. Gerçekten de CMK m.139/1 ve CMK m.139/4'ten de anlaşılacağı üzere, gizli soruşturmacıya kural olarak belirli bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen/işlenmekte olan suçlarla ilgili araştırma yapmak ve delil toplamak amacıyla başvurulduğundan, sulh ceza hâkiminin görevlendirme kararında, soruşturma kapsamında tespit edilen örgüt kurucusu, yöneticisi veya üyesi olan şüphelilere de yer vermesi gerekmektedir.

⁷⁴ Veli Özer Özbek, 'Türk Hukuku'nda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu' (2014) 2 (1-2) CKHD 135, 146; Alptekin, (n 1) 54; Bingül, (n 2) 34; Aydın, (n 66) 12; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi* (n 10) 415. Aksi görüşteki *Centel ve Zafer*' e göre, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi hem adli hem de önleyici bir niteliğe sahiptir. Bkz. Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (20.Bası, Beta Yayıncılık 2021) 521. Oysa 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) Ek madde 7'de, önleyici amaçla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi (fıkra 2) ve teknik araçlarla izleme (fıkra 6) tedbirlerinin uygulanabileceği kabul edilmişken, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine yer verilmemiştir. Buna karşın Alman Federal Polis Kanunu (Bundespolizeigesetz- BPolG) § 28, Federal Kriminal Polis Kanunu (Bundeskriminalamtgesetz- BKAG) § 45, Federal Anayasayı Koruma Kanunu (Bundesverfassungsschutzgesetz- BVerfSchG) § 9a ve bazı eyalet polis kanunlarında örneğin, Schleswig-Holstein Eyaleti İdari Kanunu (Landesverwaltungsgesetz- LVwG) § 185 hükümleri uyarınca önleyici polis faaliyeti kapsamında gizli soruşturmacı görevlendirilebilecektir.

tedir⁷⁵. Dolayısıyla konuta girme yetkisinin söz konusu şüphelilerin konutları ile sınırlı tutulması düşünülebilir. Fakat soruşturmacı görevlendirilirken şüphelilerin henüz varlığından haberdar olunmayan konutları bulunabileceği gibi, üçüncü kişilerin konutlarına girme ihtiyacı da ortaya çıkabilir. Dolayısıyla burada asıl sorun, gizli soruşturmacının, henüz tespit edilmemiş konutlara girme yetkisinin nasıl belirleneceğidir. İşte Alman öğretisinde görevlendirme kararında girilmesine izin verilen konutların ayrıntılı bir biçimde belirtilmesinin gerekli olmadığı kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla, soruşturmacıya konuta girme konusunda genel bir yetki verilebileceği savunulmaktadır⁷⁶. Ancak gizli soruşturmacıya herhangi bir sınırlama olmaksızın herkesin konutuna girebileceğine ilişkin genel bir yetki verilmesini, temel hak ve özgürlüklere müdahalede gözetilmesi gereken orantılılık ilkesi ile bağdaştırmak güç görünmektedir. Bu sakıncayı gidermek için bazı yazarlar, soruşturmacıya konuta girme hususundaki genel yetkinin somut olayın kesinlikle gerekli kıldığı durumlarda sınırlı olarak verilebileceğini belirtmektedir⁷⁷. Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkemesi de bir kararında gizli soruşturmacıya ancak sıkı koşullar çerçevesinde henüz varlığı bilinmeyen konutlara girebilme izni verilebileceğine hükmetmiştir⁷⁸. Dolayısıyla Alman Fe-

⁷⁵ Yürütülen soruşturma faaliyeti çerçevesinde her olayda örgüt kurucusu, yöneticisi veya üyesinin gerçek kimliğiyle tespit edilmesi mümkün olmayabilir. Dolayısıyla gizli soruşturmacı görevlendirilebilmesi için söz konusu şüphelilerin ismen bilinmesinin şart olmayıp bir birey olarak teşhis edilmesinin (bireyselleştirme) yeterli olduğu söylenebilir. Bkz. Hauschild, (n 3) Rn. 16; Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn. 5; Hegmann, (n 3) Rn. 3.

⁷⁶ Hauschild, (n 3) Rn. 19; Hauck, (n 6) Rn. 12; Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn. 6.

⁷⁷ Hauschild, (n 3) Rn. 19. *Henrichs ve Weingast* ise Alman CMK § 110b paragraf 2 bent 2'nin lafzını ve amacını göz önüne alarak, hükmün sadece belirli bir ya da birden fazla konuta girme yetkisinden söz etmediği, aksine soruşturmacıya, sınırlı bir süre için konutlara girme hususunda genel bir yetki verdiği görüşündedir. Bkz. Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn. 6.

⁷⁸ "...Hakime sunulan formda "Bu nedenle Alman CMK § 110a paragraf 1 cümle 4'e göre önemli bir suç işlendiğine dair şüphe bulunmaktadır" ifadesi yer almaktadır. Operasyonun gerekliliği altı çizilerek gerekçelendirilmiştir: (gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine başvurulmaksızın) soruşturmada sonuç alınması imkansız ya da önemli ölçüde daha zordur. **Operasyonun yapılacağı üç şehir belirtilmiştir. Daha sonra da "Bu operasyon sırasında gizli soruşturmacının muhtemelen henüz bilinmeyen konutlara (Alman CMK § 110b paragraf 2 bent 2 anlamında) girmek zorunda kalacağı göz ardı edilemez" denilmiştir...**Sistematik olarak, Anayasanın 13. maddesi göz önüne alındığında, gizli soruşturmacının bilinmeyen bir ya da birden fazla konuta girebildiği bu tür operasyonlara rıza gösterilmesi (Alman CMK § 110b paragraf 2 bent), Anayasa § 13 paragraf 2 göz önüne alındığında, Alman CMK § 105 çerçevesinde bir arama emrinden daha düşük şartlara tabi tutulamaz...Bu gerekçelendirme yükümlülüğü, burada olduğu gibi, belirli bir şüpheliye karşı uygulanan tedbirin, aynı zamanda yaşamın en kişisel alanına müdahale etmesi ve ilgili kişiler için muhtemelen telafisi mümkün olmayan zararlara yol açması durumunda daha da sıkı uygulanmalıdır..." BGH 685 95 (NStZ 1997 249).

deral Yüksek Mahkemesi'nin katı bir gerekçelendirme yükümlülüğü altında, soruşturmacıya konuta girme konusunda genel bir yetki verilmesini hukuka uygun bulduğu söylenebilir.

Kanaatimizce de soruşturmacının girebileceği konutların önceden belirlenmesi mümkün olmadığından, görevlendirme kararında soruşturmacıya konutlara girebileceği konusunda “görevlendirildiği örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili araştırmada bulunmak ve delil toplamak amacıyla konuta girebilir” şeklinde genel bir yetki verilmesi, en uygun çözümdür. Ancak bu kabulün orantılılık ilkesi açısından yaratacağı sakıncayı gidermek ve toplumsal hayatı ciddi şekilde tehdit eden suçların soruşturulması noktasındaki kamusal menfaat ile şüphelilerin ve/ya da üçüncü kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması konusundaki bireysel menfaati arasında denge kurulması açısından şu hususlara dikkat edilmesi önerilmektedir:

- Gizli soruşturmacıya genel olarak konuta girme yetkisi ancak gerekçesi kararda açıklanmak ve somut olayın koşullarının zorunlu kılması hâliyle sınırlı olmak şartıyla verilmelidir. Dolayısıyla her görevlendirmede otomatikman böyle bir genel yetki tanınmamalıdır.
- Görevlendirme kararında mümkün olduğunca girilmesi muhtemel olan konutlar tarif edilerek sınırlandırılmalıdır. Bu çerçevede, CMK m.139/4' e göre soruşturmacı prensip olarak, örgüt faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili araştırmada bulunma ve delil toplamak için görevlendirildiğinden, “soruşturmacıya verilen konuta girme yetkisinin, şüpheliler ve/veya bunların doğrudan bağlantı hâlinde olduğu üçüncü kişilerce kullanılan konutları kapsayacağını” düşünmekteyiz⁷⁹. Dolayısıyla gizli soruşturmacı kendisine tanınan konuta girme yetkisini, bu yetkinin sınırlarına uygun bir şekilde kullanmalıdır. Buna göre örneğin, gizli soruşturmacı (G), (A) suç örgütünün çökertilmesi amacıyla görevlendirilir ve ardından örgüte sızar. Bir gün örgüt yöneticisi (Ö), silah taciri olan (B) isimli bir şahsın konutuna gidip ondan silah alacaklarını söyler. Bu durumda (G), (B)'nin konutuna girebilecek ve (G)'nin, konut içerisinde görevlendirildiği örgüt ile ilgili elde ettiği

⁷⁹ *Hauschild ile Henrichs ve Weingast* de hâkimin kararında gizli soruşturmacının girmesi mümkün görülen konutları mümkün olduğunca somutlaştırarak, “şüpheli/şüpheliler ya da bunların doğrudan bağlantı hâlinde bulunduğu kişiler tarafından kullanılan konutlar” şeklinde bir sınırlandırma öngörmesi gerektiğini düşünmektedir. Bkz. Hauschild, (n 3) Rn. 19; Henrichs ve Weingast, (n 3) Rn. 6.

deliller, muhakemede kullanılabilir⁸⁰. Buna karşın eğer üçüncü kişi, görevlendirme kararında belirtilen şüphelilerin faaliyetleri ile doğrudan bağlantılı değil ise CMK m.139/4 çerçevesinde soruşturmacının bu kişi ile ilgili araştırmada bulunma ve delil elde etme yetkisi bulunmadığından, onun konutuna da giremeyeceğini düşünmekteyiz. Bu kapsamda örneğin, uyuşturucu ticareti yapan (T) isimli bir suç örgütüne sızan gizli soruşturmacı (P), örgüt üyesi (Ü)'den, (T) örgütü ile herhangi bir bağlantısı bulunmayan, (Y) tarafından kurulup yönetilen ve göçmen kaçakçılığı işi ile uğraşan bir suç örgütü olduğunu öğrenir. İşte burada (P), spesifik olarak (T) isimli suç örgütü hakkında araştırma yapıp delil toplamak için görevlendirildiğinden, (Y)'nin konutuna girme yetkisine sahip değildir. Bu durumda (Y)'nin yönettiği suç örgütü hakkında soruşturma başlatılıp CMK m.139'da yer alan şartların gerçekleşmesi hâlinde, ayrı bir gizli soruşturmacı görevlendirilmesi kararı verilmelidir.

2. İlgilinin Rızasının Bulunması

AY m.21, CMK m.139/1 ve m.139/4 çerçevesinde gizli soruşturmacının bir konuta girebilmesi için hâkim tarafından bu konuda özel olarak yetkilendirilmesinin gerekli fakat tek başına yeterli olmadığını düşünmekteyiz. Çünkü bu düzenlemeler çerçevesinde soruşturmacıya “bir konuta gizlice müdahalede bulunma yetkisi” verilmediğinden, soruşturmacı ancak ilgilinin rızası ile konuta girebilecektir. Dolayısıyla gizli soruşturmacının bir konuta girebilmesi için Alman hukukundaki gibi Türk hukukunda da hâkim kararının bulunması ve ilgilinin rızasının elde edilmesi şartlarının bir arada olması gerektiği kanaatindeyiz⁸¹.

⁸⁰ Kanaatimizce (B) hakkında elde edilen deliller ise “tesadüfen elde edilen delil” olarak nitelendirilecektir. Ancak gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanması sırasında tesadüfen elde edilen delillerin akıbeti konusunda açık bir düzenleme olmadığından, söz konusu deliller muhakemede kullanılamamakla birlikte, (B) ile ilgili soruşturma açılması ve koruma tedbirlerine başvurulması için dayanak teşkil edebilecektir. Benzer yönde bkz. Ersan Şen, *Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir*, (6.Baskı, Seçkin Yayınevi 2013) 276; Yasin Sezer, Ali İhsan İpek ve Engin Parlak, *Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme*, (Seçkin Yayınevi 2012) 241; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (11.Baskı, Seçkin Yayınevi 2023) 513. *Canpolat'a* göre ise CMK' da, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri sırasında tesadüfen elde edilen delillere ilişkin açık bir düzenleme olmadığından, elde edilen delil, CMK m.139/7'de düzenlenen katalog suçlardan birine ait olsun veya olmasın, muhakeme sürecinde hiçbir şekilde kullanılamayacaktır. Bkz. Can Canpolat, 'Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi', (Uluslararası Hukuk Kongresi: Güncel Temalar & Başlıklar, Samsun, 05-09.12.2018) 314.

⁸¹ *Yenisey ve Nuhoğlu* da eserlerinde gizli soruşturmacının ancak değiştirilmiş kimliğini kullanmak suretiyle ilgilinin rızasını aldıktan sonra konuta girebileceğini belirtmekte ve bu görüşle-

Bununla birlikte, soruşturmacı değiştirilmiş bir kimlik kullandığı için ilgilinin rızasının hukuken geçerli sayılamayacağı ve bu nedenle soruşturmacının konuta girmesinin hukuka aykırı olacağı yönündeki değerlendirmelere katılmadığımızı belirtmek gerekir. Esasen ilgili kişinin, soruşturmacının gerçek kimliğini bilmediği doğru olup bu bilgiye sahip olsaydı, konutuna girilmesine rıza göstermeyeceği de kuvvetle muhtemeldir. Dolayısıyla soruşturmacının, ilgilinin rızasını elde ederken “hileye” başvurduğu hususunda tereddüt yoktur⁸². Oysa TCK m.26/2’ ye göre, ilgilinin rızasının hukuken geçerli sayılabilmesi için hile ile elde edilmiş olması gerektiği gibi⁸³, CMK m.148’de de aldatmanın yasak bir delil elde etme yöntemi olarak kabul edildiği söylenebilir. Ancak kanun koyucu CMK m.139/2 ile soruşturmacıya, değiştirilmiş bir kimlik kullanma ve bu kimlikle hukuki işlemlerde bulunma yetkisi tanımak suretiyle, soruşturmacının hile unsuruna başvurmasına izin vermiştir. Esasen gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri, toplumsal hayatı ciddi şekilde bozan örgütlü suçlarla mücadelede arama, el koyma, tutuklama gibi açık koruma tedbirlerinin yetersiz kalması nedeniyle ihdas edilen gizli bir koruma tedbir olduğundan⁸⁴, soruşturmacının değişti-

rini de Alman CMK 110c’ ye dayandırmaktadır. Oysa Alman CMK § 110c’ye benzer bir düzenlemeye CMK’ da yer verilmemiştir. Öte yandan yazarlar, açıkça herhangi bir kanuni dayanağa atıfta bulunmadan gizli soruşturmacının açık bir rıza ile girilebilen bir konuta ancak hâkimin onayı ile girebileceğini ifade etmektedir. Ayrıca gecikmede sakınca var ise savcılığın onayının yeterli olduğunu ve savcının onayının da zamanında alınamaması söz konusu ise işlem yapıldıktan sonra (soruşturmacı konuta girdikten sonra) onayın geciktirilmeksizin alınacağını eklemektedir. Bkz. Yenisey ve Nuhoğlu, (n 80) 511, 512. Oysa son anılan hüküm, Alman CMK § 110b paragraf 2 bent 2 cümle 1 ve cümle 4 arasında düzenlenmekte olup benzer bir düzenleme CMK’ da bulunmamaktadır. Söz gelimi CMK m.139, gizli soruşturmacının yalnızca sulh ceza hâkimi tarafından görevlendirileceğini kabul etmiş ve gecikmesinde sakınca olan bir hâlin varlığı durumunda bile savcıya yetki vermemiştir.

⁸² Reşit Karaaslan, ‘Soruşturma Organları Hesabına Hareket Eden Özel Kişilerin Eylemlerinin Kamu Makamlarına Atfedilebilirliği - İfade Almada Yasak Usul Olan “Aldatma” Örneği Üzerinden Bir İnceleme’, (2021) XXV (2) AHBVÜHFD 555, 575; Arndt Sinn, ‘Karanlık Ağda Soruşturma’ (Çeviren: Nilüfer Köker) (2018) (104) Fasikül Hukuk Dergisi 16, 22.

⁸³ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (16.Baskı, Seçkin Yayınevi 2023) 298; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Serkan Meraklı, Pınar Bacaksız ve İsa Başbüyük, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (14.Baskı, Seçkin Yayınevi 2023) 353.

⁸⁴ Özbek, ‘Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu’ (n 74) 135; Canpolat, (n 80) 298; Atacan Köksal, ‘Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi’ (2016) 65 (4) AÜHFD 2133, 2134, 2135, 2139; Yunus Emre Bağlar, ‘Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi’ (2021) 16 (180) THD 1474, 1475; Abdullah Batuhan Baytaç, ‘Gizli Soruşturmacı’, 7.Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali “Terör ve Darbelere Karşı Hukuk Devletin Korunması” Tebliğler, (Ed. Adem Sözüer) (On İki Levha Yayıncılık 2022) 1, 4; Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, (5.Bası, Seçkin Yayınevi 2022) 332; Sezer, İpek ve Parlak, (n 80) 219; Yüksel, (n 1) 292; Engin Parlak, ‘Gizli Soruşturmacı Kavramına Genel Bir Bakış’

rilmiş bir kimlik kullanması, tedbirin niteliğinden kaynaklanmaktadır⁸⁵. Aksi durumda tedbirden elde edilmesi umulan amaca ulaşılması mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla CMK m.139/2 soruşturmacıya görevini yerine getirirken değiştirilmiş kimlik kullanma yetkisi verdiğinden, soruşturmacının bu kimlikle ilgilinin rızasını alıp konuta girmesinin, TCK m.26/2 anlamında hukuka aykırı olmadığı ve CMK m.148 çerçevesinde aldatma olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz⁸⁶. Esasen öğretideki aksi görüşün savunulması hâlinde, gizli soruştur-

(2010) 5 (48) THD 25, 25; Işık, (n 1) 388; Sanıvar, (n 1) 404; Özaydın, (n 1) 493; Aydın, (n 66) 12; Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (14.Bası, Seçkin Yayınevi 2023) 388; Süheyl Donay, *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku*, (Beta Yayıncılık, 2015) 258. Aksi görüşteki *Centel ve Zafer*'e göre ise gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, bir koruma tedbiri niteliğinde olmayıp delil elde etmek için uygulanan bir araştırma vasıtasıdır. Bkz. *Centel ve Zafer*, (n 74) 522.

⁸⁵ *Hilger*, değiştirilmiş kimlik kullanmayan bir kimsenin gizli soruşturmacı olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. *Hilger*, 'Verdeckte Ermittler' (n 6) 209. *Hauschild* de değiştirilmiş kimlik kullanımının gizli soruşturmacının görevlendirilmesi için temel teşkil ettiği görüşündedir. Bkz. *Hauschild*, § 110c (n 3) Rn. 26. *Baytaz* da değiştirilmiş kimlik kullanmayı, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri için olmazsa olmaz bir durum olarak nitelendirmektedir. Bkz. *Baytaz*, (n 84) 5, 18, 19. *Gökçen, Balcı, Alşahin ve Çakır* ise değiştirilmiş kimlik kullanmanın, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirini, diğer koruma tedbirlerinden ayıran unsur olduğunu ifade etmektedir. Bkz. *Ahmet Gökçen, Murat Balcı, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır*, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (6.Baskı, Adalet Yayınevi 2022) 541. Benzer yönde diğer görüşler için bkz. *Rogall*, 'Legislative Probleme Des Einsatzes Verdeckter Ermittler' (n 3) 849; *Michael Soiné*, 'Kriminalistische List im Ermittlungsverfahren' (2010) 11 NSTz 596, 599; *Özbek*, 'Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu' (n 74) 136; *Köksal*, (n 84) 2143; *Bağlar*, (n 84) 1483; *Canpolat*, (n 80) 304; *Hasan Sınar ve Efser Erden*, 'Ceza Muhakemesinde Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesine İlişkin Bir AİHM Kararı Bykov V. Rusya' (2010) 2 (13) 30, 31; *Işık*, (n 1) 397; *Bingül*, (n 2) 53; *Baytaz*, (n 84) 5; *Öztürk, Eker Kazancı ve Soyer Güleç*, (n 84) 339, 342; *Yenisey ve Nuhoğlu*, (n 80) 510; *Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü ve Tok*, (n 1) 574; *Doğan Soyaslan*, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (8.Baskı, Yetkin Yayınları 2020) 289; *Osman Şahin*, 'Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi', (Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi SBE 2019) 42, 43.

⁸⁶ CMK m.148 ve bu hükmün karşılığı olan Alman CMK § 136a ifade alma veya sorgu sırasında uygulanması yasak usulleri düzenlemektedir. Ancak öğretinin çoğunluğu, gizli soruşturmacının şüpheliden bilgi almak için yürüttüğü faaliyetin, CMK m.147 ve Alman CMK § 136 anlamında bir ifade alma ve sorgu olarak nitelendirilemeyeceği yönündedir. Bkz. *Plagemann*, (n 3) 183; *Hauschild*, (n 3) § 110c Rn. 31; *Henrichs ve Weingast*, (n 3) § 110c Rn 17; *Plagemann*, (n 3) 182, 183; *Ellen Schlüchter*, 'V-Mann-Aussage zu Äußerungen von Angehörigen des Angeklagten' Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.07.1994 - 1 StR 83/94 (1995) 7 NSTz 354, 355; *Mahmut Gökçınar*, 'Şüphelinin Kolluk Tarafından Aldatılması' (2023) 31 (2) SÜHFD 665, 672, 673; *Bağlar*, (n 84) 1487; *Yenisey ve Nuhoğlu*, (n 80) 514. Alman Federal Yüksek Mahkemesi Büyük Ceza Dairesi (Großer Senat für Strafsachen) de bir kararında gizli soruşturmacının bu faaliyetinin, Alman CMK § 136 anlamında bir ifade alma işlemi olarak değerlendirilemeyeceğine, "ifade alma benzeri bir işlem (Vernehmung-sähnliches Gespräch-Situation)" olarak nitelendirileceğine karar vermiştir. Bkz. *BGHGSSt 1 96* (NJW 1996 2941). Bununla birlikte, öğretide gizli soruşturmacının da CMK m.148 ve Alman CMK § 136a' da belirtilen yasak ifade veya

macının hukuka uygun delil toplama imkânı olmayacak ve elde edilen delillerin tamamının hukuka aykırı delil olarak nitelendirilmesi gerekecektir. Çünkü gizli soruşturmacı bütün işlemlerinde değiştirilmiş kimlik kullanmaktadır. Bu çerçevede örneğin, örgüt yöneticisinin, bir sohbet esnasında soruşturmacıya, örgütün işlediği suçları anlatması olayında, eğer yönetici, soruşturmacının gerçek kimliğinden haberdar olsaydı, bu bilgiyi paylaşmayacağı için, burada söz konusu bilgi hile ile elde edilmiş olacağından, AY m.38/5 uyarınca nemo tenetur ipsum accusare ilkesine⁸⁷ aykırı kabul edilerek muhakemede kullanılmayacağı sonucuna ulaşılabacaktır.

Konu ile ilgili değinilmesi gereken son husus ise gizli soruşturmacının, ilgili kişinin konutta olmadığı esnada konuta girmesinin mümkün olup olmadığıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere, soruşturmacının konuta gizlice girme yetkisinin

sorgu usullerine başvuramayacağı ancak salt değiştirilmiş kimlik kullanmasının CMK m.148 ve Alman CMK § 136a anlamında bir "aldatma" olarak kabul edilemeyeceği görüşü hâkimdir. Bkz. Plagemann, (n 3) 184; Hauck, (n 6) § 110c Rn.8; Karaaslan, (n 82) 575; Klaus Rogall, 'Selbstbelastungsfreiheit und Vernehmungssähnliche Befragung durch Verdeckten Ermittler', Anmerkung zu BGH Urteil vom 26.07.2007 - 3 StR 104/04, (2008) 2 NSTZ 110, 111; Hauschild, (n 3) §§ Rn. 32a, 110c Rn. 35.; Mark A. Zöllner, 'Beweisrechtliche Probleme beim Einsatz Verdeckter Ermittler' (2014) 2 (1-2) 85, 98; Friedrich Dencker, 'Über Heimlichkeit, Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverfahren' (1994) 2 StV 667, 681, 682; Henrichs ve Weingast, (n 3) § 110c Rn. 20; Bijan Nowrousian, 'Darf der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren getäuscht werden?' (2015) 11 NSTZ 625, 625, 626; Frister, *Handbuch* (n 27) Rn. 326, 327; Rogall, 'Legislative Probleme Des Einsatzes Verdeckter Ermittler' (n 3) 851; Bağlar, (n 84) 1487. Alman Federal Yüksek Mahkemesi Büyük Ceza Dairesi de bir kararında benzer yönde hüküm kurmuştur. Bkz. BGHGSt 1 96 (NJW 1996 2942). *Yenisey ve Nuhoglu* ise gizli soruşturmacının bilgi elde etmek için yaptığı faaliyetin ifade alma olarak nitelendirilemeyeceğinden bahisle, CMK m.148 ve Alman CMK § 136a' da ki yasak yöntemlerin gizli soruşturmacı açısından geçerli olmayacağını belirtmektedir. Bkz. Yenisey ve Nuhoglu, (n 80) 514. Bu görüşe katılmamaktayız. Zira bu görüşün kabul edilmesi durumunda, gizli soruşturmacının, şüpheliye, örneğin, ilaç vermesi, işkence yapması, fiziki müdahalede bulunması hukuka uygun ve meşru bir yöntem olarak değerlendirilecektir.

⁸⁷ Nitekim öğretide isabetli bir şekilde soruşturmacının, şüpheli üzerinde cebir veya tehdit gibi herhangi bir maddi ya da manevi baskı uygulamadan, salt gerçek kimliğini gizleyen değiştirilmiş kimlik kullanmak suretiyle, şüpheliden kendini suçlayıcı beyanlar almasının, nemo tenetur ipsum accusare ilkesine aykırı olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. Plagemann, (n 3) 184, 185; Nowrousian, (n 86) 626, 627; Henrichs ve Weingast, (n 3) § 110c Rn. 18; Z. Özen İnci, 'Şüpheli ve Saniğa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Saniğin Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katılma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler' (2017) 7 (2) Hacettepe HFD 119, 156; Bağlar, (n 84) 1487. *Toprak* da Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin uygulamasının, gizli soruşturmacı kullanımının tek başına nemo tenetur ipsum accusare ilkesini ihlâl etmediği şeklinde olduğunu bildirmektedir. Bkz. Ufuk Toprak, 'Şüphelinin Susma Hakkının Güvenilir Kişiye Başvurulması Yöntemiyle İhlaline Alman Yargıtayı Kararları Işığında Kısa Bir Bakış' (2011) 1 (7) TAAD 257, 269.

bulunmadığı hususunda bir tartışma yoktur. Buna göre, soruşturmacının konuta girebilmesi için ilgilinin rızasının bulunması şarttır. Dolayısıyla burada yasak olan şey, soruşturmacının konuta, ilgilinin rızası dışında müdahale etmesidir. O hâlde kanaatimizce ilgilinin bilgisi dâhilinde olmak koşuluyla, soruşturmacının onun bulunmadığı bir sırada konuta girmesi mümkündür⁸⁸. Diğer bir ifadeyle, soruşturmacının, konuta mutlaka ilgilinin de konutta olduğu sırada girmesi zorunlu değildir. Bununla birlikte, konuta girmek için değiştirilmiş kimlik kullanmanın ötesinde bir hile kullanılmamalı ve konuta girme amacının dışında davranışlarda bulunulmamalıdır⁸⁹. Bu kapsamda örneğin, örgüt yöneticisinin, gizli soruşturmacıyı arayarak ondan işyerinin gizli bölümünde yer alan bürosunda unuttuğu bir belgeyi kendisine getirmesini istemesi durumunda, soruşturmacı büroya girebilecek fakat arama gibi bir faaliyette bulunamayacaktır. Benzer şekilde soruşturmacının, örgüt yöneticisini arayıp -gerçekte öyle olmasına rağmen- cüzdânını depoda unuttuğunu söyleyerek depoya girmesi ve burada suç deliline yönelik araştırma yapması da hukuka uygun olmayacaktır.

B. Konuta Giren Gizli Soruşturmacının Yetkileri

1. Genel Olarak

Konutta delil araştırma ve elde etme faaliyetinde bulunamayacağı kabul edilen bir soruşturmacıya, konuta girme yetkisi tanınmasının da bir anlamı olmayacaktır. Dolayısıyla CMK m.139/4'ten de anlaşılacağı üzere, soruşturmacı konuta delil elde etmek için girdiğinden, konuta girmenin doğal bir sonucu olarak, soruşturmacının burada delil toplayabileceğini düşünmekteyiz. Bununla birlikte, soruşturmacı konut içerisinde delil toplarken, delil elde etme yasaklarına uygun hareket etmekle yükümlüdür⁹⁰. Aşağıda söz konusu yasak çerçevesinde, mevcut hukuki durumda soruşturmacının konut içerisinde sahip olduğu delil toplama incelendikten sonra olması gereken hukuk açısından bazı değerlendirmeler ve önerilerde bulunulacaktır.

⁸⁸ Benzer yönde bkz. Hauschild, (n 3) § 110c Rn. 27.

⁸⁹ Benzer yönde bkz. Hauschild, (n 3) § 110c Rn. 27.

⁹⁰ Yurtcan, *Ceza Yargıcının El Kitabı*, (Seçkin Yayınevi 2019) 148; Sezer, İpek ve Parlak, (n 80) 239, 240.

2. Mevcut Hukuki Durum

a. Soruşturmacının Ses ve/veya Görüntü Kaydı Yapması

i. Konut Açısından Değerlendirme

Konut, özel hayat alanının önemli bir parçasını oluşturduğundan, kanun koyucu konut içerisinde ses ve/veya görüntü kaydı yapılmasına izin vermemiştir⁹¹. Gerçekten de CMK m.140/5'te herhangi bir istisnaya yer verilmeksizin, "Bu madde hükümleri, kişinin konutunda uygulanamaz" denildiği için, suç işlemek amacıyla örgüt kurma (TCK m.220), uyuşturucu madde ticareti (TCK m.188) veya silah kaçakçılığı (Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun m.12) gibi toplumsal yaşamı ciddi şekilde tehdit eden suçlara ilişkin soruşturma veya kovuşturma yürütülüyor olsa dahi, konut içinde ses ve/veya görüntü kaydı alınamayacaktır. Bu çerçevede örneğin, soruşturmacının telefon, video kamera gibi teknik bir cihaz yardımıyla, konutta konuşulanları kaydetmesi veya bir suç delilinin fotoğrafını çekmesi mümkün değildir⁹². Aksi hâlde elde edilen deliller hukuka aykırı olacağından, muhakemede kullanılamayacaktır⁹³. Dolayısıyla mevcut durumda gizli soruşturmacının konut içerisinde ses ve/veya görüntü kaydı yapma yetkisi bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, her ne kadar kayıt yapamazsa da soruşturmacının, bilgi elde etmek amacıyla konut içerisinde bulunan şüphelilerle veya üçüncü kişilerle konuşması ya da onların kendi aralarında gerçekleştirdiği konuşmaları dinlemesi mümkündür. Soruşturmacının bu şekilde elde ettiği bilgiler, duruşmada tanık olarak ifadesine başvurulmak suretiyle, muhakemede delil olarak kullanılabilir. Ancak mahkemenin CMK m.139/3 uyarınca soruşturmacının tanık olarak sorgulanmamasına karar vermesi durumunda, soruşturmacının bu bilgilere ilişkin tuttuğu notlar CMK m.211/1-b uyarınca duruşmada okunabileceği gibi, soruşturmacının rapor verdiği polis amirinin dolaylı tanık olarak dinlenmesi de mümkündür⁹⁴. Ayrıca bu bilgilere dayanılarak, CMK m.116 vd. ve m.123 vd. hükümleri uyarınca arama ve el koyma kararı verilmesi imkânı da bulunmaktadır⁹⁵.

⁹¹ Turinay, (n 9) 435; Sezer, İpek ve Parlar, (n 80) 260; Yurtcan, *Ceza Yargıcının El Kitabı* (n 90) 155, 157; Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, (16.Bası, Seçkin Yayınevi 2019) 471, 474; Şahin ve Göktürk, (n 84) 396, 397.

⁹² Nuhoğlu, (n 69) 1064.

⁹³ Adem Kartal, 'Teknik Araçlarla İzleme ve Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi', (2014) 9 (98) THD 14, 17; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özaydın, Erden Tütüncü ve Tok, (n 1) 580.

⁹⁴ Şahin ve Göktürk, (n 84) 392.

⁹⁵ Wolfgang Müller ve Sebastian Römer, 'Legendierte Kontrollen Die gezielte Suche nach dem Zufallsfund' (2012) 10 NSTZ 543, 547.

ii. İşyeri Açısından Değerlendirme

Yukarıda ilgili bölümde yaptığımız açıklamalarda konut kavramının temel hak ve özgürlükler lehine geniş bir yoruma tabi tutulduğunu ve bu anlamda işyerini de kapsadığını belirtmiştik. Dolayısıyla burada işyeri açısından değerlendirme şeklinde bir başlık açılmasına gerek olmadığı düşünülebilir. Ancak kanun koyucu, teknik araçlarla izleme tedbiri açısından konut ile işyeri arasında bir ayırım yapmış ve söz konusu tedbirin konutta uygulanmasını yasaklamışken, işyerinde uygulanmasına izin vermiştir.

Nitekim CMK m.140/1' da "*şüpheli veya sanığın ... işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir*" ifadesine yer verilmiş olup CMK m.140/5'te ise "*Bu madde hükümleri, kişinin konutunda uygulanamaz*" denilerek, teknik araçlarla izleme tedbirinin konutta uygulanması yasaklanmış iken, bu tedbire işyerinde başvurulmasına müsaade edilmiştir. Ayrıca yakın zamanda yapılan kanun değişikliği ile CMK m.139/4' e konu ile ilgili bir hüküm eklenmiştir. Buna göre, "*Hâkim, soruşturmacının yedinci fıkranın (a) bendinin (1) numaralı alt bendinde yer alan suç bakımından kamuya açık yerlerde ve işyerlerinde delil toplamak amacıyla ses veya görüntü kaydı yapmasına izin verebilir*"⁹⁶. Dolayısıyla gizli soruşturmacıya, şüphelinin konutunda ses ve/veya görüntü kaydı yapmasına izin verilmemesine karşın, işyerinde böyle bir kayıt yapma imkânı tanınmıştır. Ayrıca kanun koyucu burada açık bir rıza ile girilmesi mutat olan ve olmayan işyeri şeklinde bir ayırım yapmadığından, gizli soruşturmacının hem açık bir rıza gerekmeksizin girilmesi mutat olan hem de ancak açık bir rıza ile girilebilen işyerinde ses ve/veya görüntü kaydı alması mümkündür⁹⁷. Bu

⁹⁶ Söz konusu hüküm 28.03.2023 tarihli ve 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 19. maddesiyle eklenmiştir.

⁹⁷ Turinay da CMK m.140/1' de açık bir rıza ile girilebilen işyerleri ile açık bir rızaya ihtiyaç olmaksızın girilebilen işyerleri arasında bir ayırım yapılmadığı için ancak açık bir rıza ile girilebilen işyerlerinde de teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanabileceğini düşünmektedir. Bununla birlikte yazar, olması gereken hukuk bakımından, mahiyet itibarıyla konuta yakın bir nitelik taşıdığı gerekçesiyle, açık bir rıza ile girilen işyerlerinde de tıpkı konutta olduğu gibi teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulamayacağı şeklinde bir düzenleme yapılması gerektiğini düşünmektedir. Bkz. Turinay, (n 9) 438. Aksi görüşteki Centel ve Zafer'e göre, CMK m.140/1 hükmü, teknik araçlarla izlemeye cevaz vermekle birlikte, yalnızca açık bir rıza ile girilebilen bir işyerine girme izni vermemektedir. Çünkü gelişen teknoloji, teknik araçların yardımıyla bir işyerinin uzaktan izlenmesini mümkün kılmıştır. Dolayısıyla yazarlar, açık bir rıza ile girilebilecek bir işyerine CMK m.140/1 uyarınca teknik izleme yapılması amacıyla alet yerleştirilmesi hâlinde, TCK m.116/2 kapsamında konut dokunulmazlığının ihlali suçunun oluşacağı ve bu durumda elde edilen delillerin de hukuka aykırı delil olarak nitelendirileceğini düşünmektedir. Bkz. Centel ve Zafer, (n 74) 527, 528.

çerçevede örneğin, gizli soruşturmacı (S), içerisine sızdığı örgütün yöneticisi olan (Y) ile onun işlettiği eğlence mekanının alt katında bulunan bürosunda sohbet ederken, (Y)'nin tuvalete gitmesinden yararlanarak ses ve/veya görüntü kaydeden bir cihaz yerleştirebilecektir. Ancak soruşturmacının böyle bir faaliyette bulunabilmesi için CMK m.139 uyarınca verilen genel görevlendirme kararı yeterli olmayıp CMK m.139/4-2. cümle çerçevesinde görevlendirme kararında soruşturmacıya, ses ve/veya görüntü kaydı yapma yetkisinin verildiğinin de özel olarak belirtilmesi gerekir⁹⁸.

⁹⁸ Gizli soruşturmacının CMK m.139/4 hükmüne dayanarak kendiliğinden diğer koruma tedbirlerine başvurup başvuramayacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüş, CMK m.139/4'te yer alan "her türlü araştırma" ifadesine dayanarak gizli soruşturmacı görevlendirilmesinin iç içe geçmiş tedbirlerden oluştuğunu savunmaktadır. Buna göre, gizli soruşturmacı, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlara ilişkin araştırma yaparken, diğer koruma tedbirlerine de kendiliğinden başvurabilir. Bkz. Özbek, 'Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu' (n 74) 145, 146; Kılıbaş, (n 1) 77; Adem Kartal, 'Tesadüfen Elde Edilen Deliller', (Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü 2010). Diğer görüş ise konuyu ikiye ayırarak incelemektedir. Bu çerçevede, gizli soruşturmacı birincilik özelliği gösteren tedbirleri kendiliğinden uygulayabilecek iken, ikincilik özelliği gösteren tedbirlere ise kendiliğinden başvuramaz. Buna göre, ayrı bir karar alınmasına ihtiyaç olmadan, CMK m.139/4'e dayanarak şüpheli veya tanıklarla görüşebilir, olay yerinde inceleme yapabilir, ses ve/veya görüntü kayıtlarını, belirti delillerini elde edebilir. Ancak ilgilinin rızası olmadan bilgisayar, bilgisayar özelliğine sahip telefon ya da tablet gibi cihazlardan ses ve/veya görüntü kaydı alamaz, arama, teknik takip, iletişimin denetlenmesi gibi tedbirleri kendiliğinden uygulayamaz. Bkz. Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama İşliğinde Ceza Muhakemesi Hukuku*, (4.Baskı, Adalet Yayınevi 2021) 894. Öğretideki ağırlıklı görüş ise gizli soruşturmacının diğer koruma tedbirlerine kendiliğinden başvuramayacağını savunmaktadır. Bkz. Nuhoğlu, (n 69) 1063, 1064; Köksal, (n 84) 2170; Baytaz, (n 84) 12; Şen, *Gizli Soruşturmacı* (n 80) 232, 233, d.83; Bağlar, (n 84) 1483; Bingül, (n 2) 65; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi* (n 10) 425; Yurtcan, *Ceza Yargıcının El Kitabı* (n 90) 150; Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (n 91) 468; Yenisey ve Nuhoğlu, (n 80) 511, 514; Şahin ve Göktürk, (n 84) 391; Centel ve Zafer, (n 74) 523; Sezer, İpek ve Parlak, (n 80) 229; Turinay, (n 9) 424; Aydın, (n 66) 76, 77; Dikkaş, (n 52) 158; Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma Gezer, Saygılar, Alan, Özyayın, Erden Tütüncü ve Tok, (n 1) 576; Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (n 91) 467, 468. Ünver ve Hakeri ise CMK m.139' da gizli soruşturmacının diğer koruma tedbirlerine kendiliğinden başvurabileceğine ilişkin açık bir düzenlemenin bulunmamasını önemli bir eksiklik olarak değerlendirmekte ve bu durumun öğretide farklı görüşlerin savunulmasına yol açtığını belirtmektedir. Bkz. Ünver ve Hakeri, (n 68) 481.

Kanaatimizce her ne kadar gizli soruşturmacı, CMK m.139/2 ve m.139/4 çerçevesinde ilgilinin rızası ile konuta girip delil araştırması yapabilirse de CMK m.139/4' ün soruşturmacıya diğer koruma tedbirlerine kendiliğinden başvurma yetkisi vermediğini düşünmekteyiz. Aksi görüş, tedbir kararını verecek merci, tedbirin şartları, süresi gibi hususları, diğer bir anlatımla, her tedbirin kendine has özelliklerini dikkate almamaktadır. Ayrıca koruma tedbirlerinin ortak özelliklerinden biri de temel hak ve özgürlüğü sınırlandırmalarıdır. AY m.13' e göre ise temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bununla birlikte, AYM' ye göre, temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran bir kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp aynı zamanda erişilebilir, ulaşılabilir, açık ve anlaşılır da olması gerekir (AYM, T.22.03.2023, E.2022/145,

iii. Suç Merkezi Hâline Getirilen Konut ve Konut-İşyeri (Home-Office) Açısından Değerlendirme

Burada değinilmesi gereken son husus ise bir konutun suç işlemek amacıyla bir merkez hâline getirilmesi veya bir konutun aynı zamanda işyeri olarak da kullanılması durumudur. Gerçekten de CMK m.140/5'in emredici hükmü karşısında, gizli soruşturmacının konut içerisinde ses ve/veya görüntü kaydetmesinin yasak olduğu bilgisine sahip olan suç örgütlerinin, faaliyetlerini konut içerisinde yürütmelerine rastlanabilmektedir⁹⁹. Ayrıca günümüzde yaygın bir şekilde konutun bir kısmından işyeri (ofis, büro vs.) olarak da yararlandırıldığı görülmektedir. Bu kapsamda örneğin, gizli soruşturmacı (G), içerisine sızdığı suç örgütünün kurucusu (Ö)'nün, kırsal bir alanda bulunan villada ailesiyle birlikte yaşadığı ve bu villada bulunan odalardan birini de örgütün suç faaliyetleri yürütmek maksadıyla ofis olarak kullandığı bilgisini edinir. İşte bu durumda soruşturmacının, söz konusu odaya ses ve/veya görüntü kaydeden cihaz yerleştirmesinin ve bu şekilde elde ettiği delillerin hukuka uygun kabul edilerek muhakemede kullanılmasının mümkün olup olmadığı sorusuyla karşılaşmaktadır. Görüldüğü üzere, suç faaliyetlerinin merkezi hâline getirilen konutta ya da konutun işyeri olarak kullanılan kısmında ses ve/veya görüntü kaydı yapılıp yapılamayacağı, tartışmaya değer önemli bir sorun hâline gelmiştir¹⁰⁰. Nitekim konu ile ilgili öğretilerde de farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre, günlük yaşamda home-office olarak isimlendirilen konut-ofislerde olduğu gibi, eğer konut yasal bir biçimde işyeri olarak da kullanılıyorsa, burada herhangi bir sorun yaşanmaz. Bu çerçevede konut-ofisin banyo,

K.2023/59, pa.28, 29 - T.10.05.2023, S.32186; T.23.03.2023, Baş.No.: 2019/40991, pa.82, 83 - T.20.06.2023, 32227). Fakat CMK m.139/4 hükmü, gizli soruşturmacıya diğer koruma tedbirlerini de kendiliğinden uygulama yetkisi verdiği şeklinde yorumlanmaya açık ve anlaşılır bir düzenlemeye sahip değildir. Esasen öğretinin çoğunluğu da hükmü bu şekilde değerlendirmektedir. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu yöndedir (Yargıtay 10 CD, 4525/268, 10.01.2024; 4546/4153, 09.05.2023; 17087/2156, 14.03.2023). Nihayet, CMK m.139/4-2.cümle ve CMK m.140/3-3.cümledeki düzenlemeler de kanun koyucunun gizli soruşturmacının kendiliğinden diğer koruma tedbirlerine başvuramayacağı görüşünde olduğunu göstermektedir. Sonuç olarak, mevcut durumda CMK m.139/4'ün gizli soruşturmacıya diğer koruma tedbirlerine kendiliğinden başvurma yetkisi vermediğini düşünmekteyiz. Benzer şekilde Alman hukukunda da savcı, mahkeme ya da kolluk tarafından Alman CMK §§ 110a ve 110b uyarınca gizli soruşturmacının görevlendirilmesine dair verilen onayın, soruşturmacıya, diğer koruma tedbirlerini de kendiliğinden uygulama yetkisi tanımadığı kabul edilmektedir. Bkz. s. 13-15.

⁹⁹ Turinay, (n 9) 436; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi* (n 10) 429.

¹⁰⁰ Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi* (n 10) 429, 430.

tuvalet ve yatak odası gibi konut olarak kullanılan yerleri hariç olmak üzere, işyeri olarak yararlanılan kısmında CMK m.140 çerçevesinde ses ve/veya görüntü kaydı alınabilecektir. Dolayısıyla burada sorun teşkil eden husus, soruşturma evresinde şüphelinin konutunu aynı zamanda işyeri olarak da kullandığına ilişkin bir şüphenin ortaya çıkmasıdır. Bu sorunun giderilmesinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2/1. maddesindeki işyeri tanımı¹⁰¹ da yeterli çözüm sunmamaktadır. Bununla birlikte, teknik araçlarla izleme bir koruma tedbiri olup temel hak ve özgürlüklere müdahalede bulunduğundan, mevcut boşluğun kıyas yapılmak suretiyle doldurulması da hukuka uygun değildir. Çünkü ceza muhakemesi hukukunda sınırlayıcı hükümlerde kıyas yasağı bulunmaktadır. Dolayısıyla söz konusu yasaktan hareketle, bir konutun aynı zamanda işyeri olarak kabul edilmesi mümkün değildir¹⁰². Görüldüğü üzere bu görüşe göre, yukarıdaki örnekte gizli soruşturmacının ses ve/veya görüntü kaydı yapan cihaz yerleştirmesi hukuka aykırı olacak ve bu suretle elde edilen deliller muhakemede kullanılamayacaktır.

İkinci görüşe göre, CMK m.140' da açık bir hüküm bulunmadığından, burada amaçsal yorum yönteminin benimsenmesi suretiyle bir çözüme varılması en makul yöntem olacaktır. Bu çerçevede hem konut hem de işyeri olarak kullanılan bir yer, işyeri özelliğine sahip olsa da burada konut işlevine üstünlük tanınmalı ve CMK m.140/5 kapsamına girdiği kabul edilerek böyle bir yerde teknik araçlarla izleme tedbiri uygulanmamalıdır. Aksi durum elde edilen ses ve/veya görüntü kayıtlarının, hukuka aykırı delil olarak nitelendirilerek muhakemede kullanılamamasına yol açacaktır¹⁰³. Dolayısıyla bu görüşe göre de yukarıdaki örnekte gizli soruşturmacının ses ve/veya görüntü kaydı yapan cihaz yerleştirmesi hukuka aykırı olacak ve bu suretle elde edilen deliller muhakemede kullanılamayacaktır.

Üçüncü görüş de konut amacına tahsis edilmiş her yerin, bunun yanında başka ek işlevlere sahip olsa bile, konut olarak nitelendirilmesi gerektiğini kabul etmekte ve CMK m.140/5 uyarınca böyle bir yerde teknik araçlarla izleme yapılamayacağını savunmaktadır. Çünkü konut işlevinin yanında işyeri olarak da kullanılan bir yerin, CMK m.140/5 anlamında konut sayılmaması durumunda,

¹⁰¹ Söz konusu maddeye göre, "işveren tarafından mal ve hizmet üretmek amacıyla maddi olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birime işyeri denir".

¹⁰² Özbek, 'Gizli Soruşturmacı Tedbirleri' (n 10) 121, 122; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi* (n 10) 429, 430.

¹⁰³ Ünver ve Hakeri, (n 68) 487.

maddede yer verilen istisnai düzenleme anlamsız hâle gelecektir. Oysa esas olan, yetkinin (teknik araçlarla izleme tedbirinin kapsamı) dar, özgürlüğün (konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği) ise geniş yorumlanmasıdır. Yine bu görüşe göre, ulaşılan sonuca, istisnai hükümlerin dar yoruma tabi tutulabileceği kuralıyla da karşı çıkılmaz. Çünkü bu görüş, konut kavramını (istisna) geniş yorumlamamakta, sadece işlevsel bakımından standart anlamını (içinde yaşanılan yer) muhafaza etmektedir¹⁰⁴. Görüldüğü üzere, bu görüş de yukarıdaki örnekte gizli soruşturmacının ses ve/veya görüntü kaydı yapan cihaz yerleştirmesini hukuka aykırı olduğunu ve bu suretle elde edilen deliller muhakemede kullanılamayacağını savunmaktadır.

Dördüncü görüş ise şüpheli örgüt mensuplarının faaliyetlerini (görüşmelerini, talimatlarını vs.) konut içerisinden yürüttüklerinin kolluk tarafından tespit edilmesi ve bu konutun izlenmesi hâlinde delil toplamanın mümkün olması şartıyla, söz konusu konutta teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanabileceğini belirtmektedir. Diğer bir deyişle, bir yer, resmi olarak konut vasfına sahip olmakla birlikte, bu yerin fiilen suç faaliyetlerinin organizasyonu için bir işyeri olarak kullanıldığı sabit ise artık burada teknik araçlarla izleme yapılabilecektir. Çünkü CMK m.140/5' in amacı, bir kimsenin, ailesi, eşi, çocukları ile yaşadığı hayatın, kolluk güçleri tarafından izlenmemesini güvence altına almaktır. Fakat şüpheli, burada bir suç faaliyeti yürütmekteyse bu yer, en azından söz konusu faaliyete devam edildiği müddetçe, konut olarak nitelendirilemez ve CMK m.140/5'te düzenlenen yasak kapsamında değerlendirilemez¹⁰⁵. Sonuç olarak, bu görüşe göre, yukarıdaki örnekte gizli soruşturmacının ses ve/veya görüntü kaydı yapan cihaz yerleştirmesi hukuka uygun kabul edilecek ve bu suretle elde edilen deliller muhakemede kullanılabilir.

Beşinci görüş, CMK m.140/1' de katalog şeklinde belirtilen suçlardan bir kısmının konutta işlenmesi mümkün olduğu gerekçesiyle, konutta teknik araçlarla izleme tedbirinin yasaklanmasının delil toplamayı güçleştireceğini belirtmektedir. Bu nedenle bazı suçlar açısından, belirli şartlarla, konutta teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulmasına izin verilmelidir. Bu çerçevede örneğin, bir konutun suç örgütü tarafından merkez hâline getirildiğinin somut deliller ışığında ortaya konulması durumunda, söz konusu konutta teknik araçlarla izleme tedbiri uygulanabilmelidir. Fakat bu görüş, dördüncü görüşten farklı

¹⁰⁴ Turinay, (n 9) 439.

¹⁰⁵ Haluk Çolak ve Mustafa Taşkın, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, (Seçkin Yayınevi 2007) 686.

olarak, bu konuda yasal bir değişiklik yapılmasını zorunlu görmektedir¹⁰⁶. Dolayısıyla bu görüşün de mevcut durumda, yukarıdaki örnekte gizli soruşturmacının ses ve/veya görüntü kaydı yapan cihaz yerleştirmesi hukuka uygun bulmadığı ve bu suretle elde edilen delillerin muhakemede kullanılamayacağını savunduğu söylenebilir.

Nihayet son bir görüşe göre, konu ikili bir ayırma tabi tutularak incelenmelidir. Eğer şüpheli, konuttan, suç faaliyetlerini yürütmek için bir merkez olarak yararlanıyorsa, bu yer konut değil, işyeri olarak kabul edilmeli ve teknik araçlarla izleme tedbiri uygulanmalıdır. Fakat bunun için konutun, suç faaliyetlerinin merkezi hâline getirildiğinin ortaya konulması şarttır. Buna karşın bir yerden hem konut hem de işyeri olarak yararlanılıyorsa, CMK m.140/5 gereğince burada teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulmamalıdır¹⁰⁷. Sonuç olarak, bu görüşe göre, yukarıdaki örnekte gizli soruşturmacının ses ve/veya görüntü kaydı yapan cihaz yerleştirmesi hukuka uygun olup bu suretle elde edilen deliller muhakemede kullanılabilir.

Konu ile ilgili kanaatimize gelirse, burada amaçsal yorum yaparak bir çözüme ulaşmanın mümkün olacağını düşünmekteyiz. Buna göre, kanun koyucunun CMK m.140/5 ile konutta teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanmasına izin vermemesinin amacı, kişilerin, konutunda devletin herhangi bir müdahalesi olmadan huzur ve sükûn içerisinde yaşamasını (konutunda yalnız bırakılma) güvence altına almaktır¹⁰⁸. Oysa konutun bir kısmından veya tamamından, suç faaliyetlerini organize etmek için büro veya ofis olarak yararlanılması, kanun koyucu tarafından sağlanan bu hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecektir. Hakkın kötüye kullanılmasının ise hukuk düzeni tarafından korunmayacağı muhakkaktır¹⁰⁹. Dolayısıyla bu durumda artık konutun ilgili kısmının işyeri olarak

¹⁰⁶ İlyas Şahin, *Teknik Araçlarla İzleme*, (2.Baskı, Adalet Yayınevi 2015) 30-32.

¹⁰⁷ Donay, (n 84) 263.

¹⁰⁸ Roxin, (n 39) 43.

¹⁰⁹ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2/1. maddesinde, herkesin, haklarını kullanırken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu ve aynı maddenin ikinci fıkrasında ise bir hakkın açıkça kötüye kullanımının hukuk düzenince korunmayacağı belirtilmiştir. Her ne kadar 5271 sayılı CMK'da ve 5237 sayılı TCK'da konu ile ilgili özel bir düzenleme yer almasa da dürüstlük kurallarına uyma yükümlülüğü ve hakkının kötüye kullanımının hukuk düzenince korunmayacağı kuralı, genel bir hukuk ilkesi olarak kabul edildiğinden, kamu hukukunda ve dolayısıyla ceza hukuku ile ceza muhakemesi hukukunda da uygulama alanı bulmaktadır. Bkz. Recep Çakrak ve Samet İldeş, 'Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Dürüstlük Kuralı ve Uygulama Alanı', (2014) 2 (2) SaÜHFD 47, 47, 72, 73; Ozan Tok, 'Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülmesinin Hakkın

nitelendirilmek suretiyle, CMK m.140/5 ile sağlanan güvencenin kapsamında olmadığı kabul edilerek, bu kısımda teknik araçlarla izleme tedbiri uygulanabilir olmalıdır. Bu çerçevede yukarıdaki örnekte, gizli soruşturmacı (G)'nin, içerisine sızdığı suç örgütünün kurucusu (Ö)'nün, ailesiyle yaşadığı villada bulunan ve örgütün suç faaliyetlerini yürütmek için ofis olarak kullandığı odaya ses ve/veya görüntü kaydeden cihaz yerleştirmesinin hukuka uygun olduğu ve bu suretle elde edilen delillerin muhakemede kullanılabilmesi sonucuna ulaşmak mümkündür. Ancak bunun için görevlendirme kararında soruşturmacıya CMK m.139/4-2. cümle uyarınca ses ve/veya görüntü kaydı yapma yetkisinin verildiğinin özel olarak belirtilmesinin veya böyle bir durumun soruşturmacının görevlendirilmesinden sonra ortaya çıkması hâlinde ise ek bir kararla, böyle bir yetkinin tanınmasının şart olduğunu hatırlatmak gerekir¹¹⁰. Bununla birlikte, CMK m.140/5'te değişiklik yapılarak, suç işlemek amacıyla örgüt kurma, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti ya da silah kaçakçılığı gibi toplumsal düzeni ciddi şekilde tehdit eden suç tiplerinin konut içerisinde işlenmesi hâlinde, ses ve/veya görüntü kaydı yapılmasına açıkça izin verilmesi en isabetli çözüm olacaktır^{111,112}.

Kötüye Kullanılması Yasağı Çerçevesinde Sınırlandırılması', (2015) 21 (1) MÜHF-HAD 239, 239.

¹¹⁰ Bkz. d.98.

¹¹¹ *Ünver ve Hakeri*, CMK m.140/5'te yer alan düzenlemeyi hatalı bulmaktadır. Yazarlara göre, konutta teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulamaması, suç örgütlerinin faaliyetlerini konut içerisinde yürütmelerine yol açacaktır. Dolayısıyla suç örgütü içerisinde yer alan kişiler de kanun boşluklarından yararlandıkları için söz konusu düzenlemeyi kendi lehlerine suistimal edeceklerdir. Ayrıca kara paranın aklanması, çocuk pornografisi gibi suçlar genel olarak konut olarak kullanılan çiftliklerde işlenmektedir. Dolayısıyla mevcut düzenleme, suçla, özellikle örgütlü suçlulukla, mücadelede zafiyete sebep olacaktır. Bu nedenle, kanunda değişiklik yapılmak suretiyle, en azından bazı suçların ve belirli suçların ise örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda, konutta ses ve/veya görüntü kaydı alınmasına izin verilmelidir. Bkz. *Ünver ve Hakeri*, (n 68) s.486. Aksi kanaattaki *Turinay'* a göre ise teknik araçlarla izleme tedbirinin konutta uygulanmasına izin verilmesi, başta cinsel hayat olmak üzere, hayatın kesinlikle müdahale edilemeyecek olan gizli alanına müdahalede bulunulması biçiminde ağır ve telafisi mümkün olmayan bir sonuca yol açacaktır. Ayrıca böyle bir durum, söz konusu tedbirin hukuka aykırı şekilde kötüye kullanılması riskini de bünyesinde barındırmaktadır. Bkz. *Turinay*, (n 9) 436.

¹¹² Nitekim Alman hukukunda belirli şartlarla, konut içerisinde gerçekleştirilen aleni olmayan konuşmaların teknik araçlarla dinlenmesine ve kayda alınmasına izin verilmiştir. Gerçekten de Alman CMK § 100c paragraf 1 hükmüne göre konut içerisinde aleni olmayan konuşmaların teknik araçlarla dinlenmesi ve kaydedilmesi mümkündür. Ancak bunun için;

- bir kimsenin, somut olgular ışığında, fail ya da şerik olarak maddenin ikinci paragrafında sayılan ağır suçlardan birini (cinsel özgürlüğe karşı işlenen bazı suçlar, kasten öldürme, nitelikli kasten öldürme, kişi hürriyetine karşı işlenen bazı suçlar, nitelikli yağma, suçtan kay-

b. Soruşturmacının Konut İçerisinde Arama ve El Koyma Tedbirine Başvurması

Gizli soruşturmacının konut içerisinde uygulayabileceği delil elde etme yöntemlerinden bir diğeri de arama ve el koyma tedbidir. Ancak soruşturmacının bu tedbirlere başvurup başvuramayacağı öğretide tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre, CMK m.116, 119 ve m.127 çerçevesinde yetkili merci tarafından karar verilse bile soruşturmacının arama yapması ve bulunduğu suç eşyasına el koyması mümkün değildir. Bu görüşün gerekçesini, arama ve el koyma tedbirine ilişkin Anayasa ve CMK'da yer alan düzenlemelere dayandırmaktadır. Söz konusu düzenlemelere göre, arama ve el koyma, muhatabının bilgisi dahilinde

naklanan malvarlığı değerlerini aklama, **uyuşturucu ticareti, silah kaçakçılığı, örgütlü olarak işlenen bazı suçlar** vs.) işlediği ya da işlemeye teşebbüs ettiğine yönelik şüphenin bulunması,

- somut olayda işlendiği iddia edilen suçun özel bir ağırlığa sahip olması,
- somut olgular ışığında bu tedbire başvurulmasının, maddi gerçeğin aydınlatılması ya da diğer bir şüphelinin/sanığın bulunduğu yerin tespit edilmesi için gerekli olması,
- diğer tedbirlerin uygulanması suretiyle aynı amaca ulaşılmasının orantısız şekilde zor ya da imkânsız olması, şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Maddenin üçüncü paragrafına göre ise bu tedbire şüpheli/sanık hakkında başvurulabilecek ve tedbir şüphelinin/sanığın konutunda uygulanabilecektir. Ancak Alman CMK § 100c hükmü ile yalnızca konut içerisinde aleni olmayan konuşmaların teknik araçlarla dinlenip kayıt altına alınması düzenlendiğinden, görüntü kaydedilmesine izin verilmemektedir. Dolayısıyla konutta telefon, video kamera gibi teknik bir araç kullanılarak görüntü alınması yasaktır. Bkz. Rückert, (n 8) Rn. 3. Öte yandan somut olgular ışığında;
- şüphelinin söz konusu konutta bulunduğu belirlenmişse,
- tedbirin yalnızca şüphelinin/sanığın konutunda uygulanması hâlinde, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ya da diğer bir şüphelinin/sanığın bulunduğu yerin tespit edilmesi amaçlarına ulaşamayacaksa, üçüncü kişilerin konutlarında da -bu kişiler tedbirden etkilense dahi- teknik araçlarla dinleme ve kayıt yapılabilecektir. Nihayet maddenin dördüncü ve beşinci paragrafına göre, tedbir, özel hayatın çekirdek alanına dâhil olan konuşmaları kapsamaktadır. Dolayısıyla bu tür konuşmaların kayıt altına alındığının fark edilmesi hâlinde, bu kayıtlar derhal silinecektir. Ayrıca işyerlerinde yapılan konuşmalar, prensip olarak, özel hayatın çekirdek alanına dâhil sayılmayacaktır. Alman CMK § 100d' de ise bu tedbire karar vermeye yetkili merci gösterilmiştir. Buna göre, Alman CMK § 100c uyarınca konut içerisinde yapılan konuşmaların dinlenmesine ve kayıt altına alınmasına, savcılığın talebi üzerine, Mahkeme Teşkilat Kanunu (Gerichtsverfassungsgesetz- GVG) § 74a paragraf 4'te gösterilen Eyalet Mahkemesi (Landgericht) karar verecektir. Gecikmede sakınca bulunan durumlarda ise kararı Mahkeme başkanının vermesi de mümkündür. Mahkeme başkanının kararı üç iş günü içerisinde Mahkeme tarafından onaylanmaz ise tedbir sona erdirilecektir. Ayrıca tedbirin uygulanmasına en fazla bir ay süreyle karar verilebilecektir. Ancak tedbirin uygulanma şartlarının devam etmesi hâlinde, her defasında bir aydan fazla olmamak üzere tedbirin uzatılması söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte, tedbirin süresi toplamda altı aya kadar uzatılmış ise bundan sonraki uzatmalar için karar verme yetkisi Yüksek Eyalet Mahkemesi'ne (Oberlandesgericht) aittir.

yürütülen açık bir koruma tedbiridir. Dolayısıyla ne Anayasada ne de CMK da gizli arama ve el koyma şeklinde bir tedbire yer verildiği için, soruşturmacının bu tedbirleri uygulaması söz konusu olmayacaktır¹¹³. Diğer görüş ise gizli soruşturmacının arama ve el koyma tedbirine başvurabileceğini düşünmektedir. Bununla birlikte, görevlendirme kararında arama ve el koyma tedbirini uygulayabileceğinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir¹¹⁴.

Kanunda gizli soruşturmacının arama ve el koyma tedbirini uygulamasına yönelik bir yasak öngörülmediği için teorik olarak CMK m.116 vd. ile m.123 vd.'nda yer alan esas ve usule uygun olmak şartıyla, soruşturmacının arama ve el koyma tedbirlerini uygulayabileceğini¹¹⁵ düşünmekteyiz. Bununla birlikte, konut içerisinde gerçekleştirilecek arama işlemine Cumhuriyet savcısının katılmaması durumunda iki tane işlem tanığı çağrılacak (CMK m.119/4), aranılacak yerin sahibi ya da eşyanın zilyedi de aramada hazır bulunabilecek (CMK m.120/1) ve arama sonrasında istem üzerine tedbirin uygulandığı kişiye, aramanın kanuna uygun bir şekilde yapıldığını gösteren bir belgenin verilecektir (CMK m.121). Ayrıca arama sonucunda elde edilmesi umulan eşyayı yanında bulunduran kişi talep üzerine bunu göstermek ve teslim etmekle yükümlü kılınmış, aksi durumda disiplin hapsine çarptırılacağı öngörülmüştür (CMK m.124). Tüm bu düzenlemeler dikkate alındığında, CMK' nın sisteminde aramanın ve el koymanın muhatabının bilgisi dâhilinde gerçekleştirilen açık bir koruma tedbiri olarak düzenlendiği söylenebilir. Dolayısıyla her ne kadar gizli soruşturmacının arama ve el koyma tedbirine başvurması teorik olarak mümkünse de yürüttüğü görevin bir gereği olarak gerçek kimliğinin saklı kalması zorunlu olduğundan, fiili olarak bu tedbirleri uygulaması mümkün gözükmemektedir.

Öte yandan kanunda "gizli arama ve el koyma" şeklinde bir tedbire yer verilmediğinden, soruşturmacının konut içerisinde gizli bir arama faaliyeti gerçekleştirme yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle örneğin, sulh ceza hâkiminin kararı ve ilgilinin rızasıyla konuta giren soruşturmacı, lavaboyu kullanacağı bahanesiyle, konuttaki diğer odalarda gizlice suç delili araştırıp bunlara el koyması hukuka uygun değildir. Ancak soruşturmacının özel bir araştırma yapmaksızın konutun içinde açık bir şekilde görülen, örneğin, mutfak masasının üzerinde

¹¹³ O. Şahin, (n 85) 76.

¹¹⁴ Özen, (n 98) 887. Ayrıca bkz. Özbek, 'Gizli Soruşturmacı Tedbirleri' (n 10) 176; Sanıvar, (n 1) 439; Aydın, (n 66) 77.

¹¹⁵ Bkz. d.98.

duran uyuşturucu madde veya oturma odasındaki koltukta bulunan silahı tespit etmesi mümkündür. Bu durumda soruşturmacı, ilgili polis amirine haber verdikten sonra CMK m.116 vd. hükümleri uyarınca sulh ceza hâkimi veya gecikmesinde sakınca var ise Cumhuriyet savcısının kararı üzerine ilgili konutta açık bir şekilde arama tedbiri uygulanmak suretiyle, suç delillerinin ve şüphelilerin ele geçirilmesi mümkün olabilecektir¹¹⁶. Sonuç olarak, soruşturmacının konut içerisindeki arama yetkisinin, araştırma yapılmasına gerek olmaksızın açıkta duran suç delillerini gözlemlemekle sınırlı olduğu ve arama boyutuna ulaşan bir faaliyette bulunamayacağı söylenebilir.

Nihayet gizli soruşturmacının konutta delil elde etmek amacıyla, sahte alıcı kılığında uyuşturucu madde gibi suç eşyalarını satın alma yetkisi bulunmaktadır¹¹⁷. Nitekim CMK m.139/7-a-1 hükmüne göre, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (TCK m.188) açısından örgütün varlığı şart olmayıp bu suçun bireysel olarak işlenmesi hâlinde de gizli soruşturmacı görevlendirilebileceği öngörülmüştür¹¹⁸. Bu kapsamda örneğin, (D)'nin konutunda uyuşturucu sattığı bilgisinin edinilmesi üzerine, görevlendirilen gizli soruşturmacı (E), (D) ile temas kurarak ondan uyuşturucu madde satın almak istediğini söyler. (D) ise

¹¹⁶ Müller ve Römer, (n 95) 547.

¹¹⁷ Yargıtay da gizli soruşturmacıların "suçu ve failini belirlemek, suçla ilgili delilleri elde etmek" amacıyla, sahte alıcı kılığında, şüphelilerden uyuşturucu madde satın almasını, meşru bir soruşturma yöntemi olarak nitelendirmektedir. Bkz. Yargıtay 10 CD, 1265/838, 16.03.2016; Yargıtay 20 CD, 15935/1480, 14.03.2016; Yargıtay 9 CD, 218/1858, 24.02.2016, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi 26 Temmuz 2024).

¹¹⁸ Bu düzenleme 24.11.2016 tarihli ve 6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 27. maddesiyle CMK' da dâhil edilmiş olup, söz konusu değişikliğin gerekçesi ise şu şekilde açıklanmıştır: "...Yargıtay Ceza Genel Kurulu, vermiş olduğu bir kararında, gizli soruşturmacının sadece örgüt kapsamında işlenen suçlarda görevlendirilebileceğine, 5271 sayılı Kanunun 139 uncu maddesinin yedinci fıkrasında sayılan ve münferiden işlenen suçlarda gizli soruşturmacı görevlendirilemeyeceğine hükmetmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı ile Yargıtay'ın uyuşturucu suçlarına bakmakla görevli diğer ceza dairelerinin kararları doğrultusunda, bireysel uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçlarında adli kolluk görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilememektedir. **Madde ile uyuşturucu madde ticareti suçları ve özellikle sokak satıcılarıyla daha etkin mücadele edilebilmesi için bireysel olarak işlenen uyuşturucu ticareti suçlarında da gizli soruşturmacı görevlendirilebilmesi amacıyla 5271 sayılı Kanunun 139 uncu maddesinin yedinci fıkrasında düzenleme yapılmaktadır...**" Türkiye Büyük Millet Meclisi, "Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı (1/775) ve Adalet Komisyonu Raporu", Sıra Sayısı: 438, Yasama Dönemi: 26, Yasama Yılı: 2, Madde 28, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss438.pdf> (Erişim Tarihi 27 Temmuz 2024). Bu değişikliğe yönelik eleştiri için bkz. Koray Doğan, 'Soruşturmada Tuzağa Düşürme Yasağı' Dr. Dr. h. c. Silvia Tellenbach' a Armağan, (Seçkin Yayınevi 2018) 969, 973-976.

(E)'den konutuna gelmesini ister. İşte burada sahte alıcı kılığındaki (E)'nin salt uyuşturucu madde alışverişi yapmak için (D)'nin konutuna girmesi mümkündür.

3. Olması Gereken Hukuk Açısından Değerlendirme ve Öneriler

CMK m.139/4, m.139/5 ve m.139/7 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, Türk hukukunda gizli soruşturmacının prensip olarak, suç örgütleriyle mücadele etmek amacıyla ihdas edildiği anlaşılmaktadır¹¹⁹. Suç örgütlerinin ise faaliyetlerini, genellikle ev, depo, ofis, büro, otel odası gibi üçüncü kişilerin ulaşımına açık olmayan ve konut kavramının kapsamına giren kapalı alanlarda gerçekleştirdiği gözlemlenmektedir. Gerçekten de örgütün, silah veya uyuşturucu madde alışverişi gibi işlemleri kamuya açık bir yerde yapmasını beklemek, pek makul bir yakla-

¹¹⁹ Gizli soruşturmacı görevlendirilebilmesi için CMK m.139/7'de belirtilen suçların bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesinin zorunlu olup olmadığı hususu öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, tedbirin amacı ve niteliği dikkate alındığında, gizli soruşturmacının katalogta yer alan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde görevlendirilebileceği söylenebilir. Ancak CMK' da yer alan düzenleme belirsiz olduğundan, kanunda değişiklik yapılarak konuya ilişkin açık bir hüküm sevk edilmelidir. Bkz. Özbek, 'Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu' (n 74) 148; O. Şahin, (n 85) 76; Kılıbaş, (n 1) 48. İkinci görüşe göre, CMK m.139' da yer alan düzenlemelere lafzi yorum yöntemiyle yaklaşıldığında, gizli soruşturmacının sadece örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar için görevlendirilebileceğine dair kesin bir hükme varmak mümkün değildir. Bununla birlikte, amaçsal yoruma başvurulduğunda, bu tedbirin yalnızca örgütlü suçlarda uygulanacağı söylenebilecektir. Bu sonuç ise kişiler bakımından daha lehe bir durum yaratmaktadır. Bkz. Özen, (n 98) 889, 890. Üçüncü görüş ise gizli soruşturmacının örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar açısından görevlendirilebileceği hususunda şüphe olmadığını belirtmektedir. Ancak soruşturmacı, CMK m.139/7'de belirtilen suçlarla sınırlı olmaksızın, örgüt tarafından işlenen bütün suçlar için görevlendirilecektir. Öte yandan örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi şartı bulunmaksızın, CMK m.139/7'de sayılan suçlar, örneğin, 6136 sayılı Kanunda düzenlenen silah kaçaklığı suçu, bakımından da bu tedbire başvurulması mümkündür. Bkz. Çolak ve Taşkın, (n 105) 667. Ayrıca bkz. Ersan Şen, *Yorumluyorum - VII*, (Seçkin Yayınevi 2014) 152. Dördüncü görüş ise gizli soruşturmacının görevlendirilebilmesi için örgüt faaliyeti çerçevesine işlenmiş bir suçun varlığının zorunlu olmadığını savunmaktadır. Bkz. Nuhoğlu, (n 69) 1059; Sezer, İpek ve Parlak, (n 80) 228; Sınar ve Erden, (n 85) 30, 31. Öğretilerdeki çoğunluk görüşüne göre ise kanunda belirtilen istisnalar hariç olmak üzere, gizli soruşturmacı ancak CMK m.139/7'de belirtilen suçların örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması hâlinde görevlendirilebilecektir. Bkz. Doğan, (n 112) 975, 976; Baytaz, (n 84) 11; Bağlar, (n 84) 1481; Canpolat, (n 80) 302; Köksal, (n 84) 2156, 2157; Şen, *Gizli Soruşturmacı* (n 80) 236; Parlak, (n 84) 35, 36; Işık, (n 1) 390, 391; Sanıvar, (n 1) 435, 436; Turhan, *Ceza Muhakemesi* (n 67) 274, 278; Yurtcan, *Ceza Yargıcının El Kitabı* (n 90) 147, 148; Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (n 91) 466; Yenisey ve Nuhoğlu, (n 80) 510, 511; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi* (n 10) 416; Şahin ve Göktürk, (n 84) 389, 390; Soyaslan, (n 85) 290, 291; Aydın, (n 66) 59 60. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Bkz. Yargıtay CGK, 1405/72, 04.03.2021; 207/96, 13.03.2018; 71/319, 03.07.2018; Yargıtay 20 CD, 15770/121, 14.01.2016, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi 28 Temmuz 2024).

şım olmayacaktır¹²⁰. Dolayısıyla konutta delil araştırma ve elde etme, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların aydınlatılarak örgütün çökertilmesi açısından kilit öneme sahip bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna karşılık mevcut durumda gizli soruşturmacının konut içerisindeki yetkisi, şüphelilerin ve/ya da üçüncü kişilerin yaptıkları konuşmaları dinleyerek bu konuşmalara katılmak, özel bir araştırma gerektirmeksizin açıkta görülen suç eşyalarını tespit etmek ve işyeri ile suç merkezi hâline getirilen konut ve konut-işyerinin işyeri olarak kullanılan kısmında ses ve/veya görüntü kaydetmekle sınırlıdır. Oysa soruşturmacının temel görevi, duyduğunu, gördüğünü rapor etmek değil, görevlendirildiği örgütün işlediği suçlarla ilgili somut delilleri toplayarak soruşturma makamlarına iletmektir¹²¹. Ancak gizli soruşturmacıya uyuşturucu madde, silah, örgütün yönetim kadrosunu ya da suç kayıtlarını gösteren dosya veya belge gibi maddi suç delillerini araştırma ve bunlara el koyma yetkisi verilmemiştir¹²². Dolayısıyla mevcut durumda, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanması suretiyle hedeflenen amaca ulaşılmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Bu görüşümüzün gerekçesi ise şu şekilde açıklanabilir:

1. *Soruşturmacının her olayda konut içerisinde özel bir arama yapmaksızın açıkça görülen suç eşyaları ile karşılaşması pek muhtemel olmadığı gibi, bu eşyaların ele geçirilmesiyle örgütün varlığına son verilmesi de olası gözükmemektedir.* Nitekim suç örgütlerinin kurucusu ve/veya yöneticisi konumunda bulunan kişiler, arka planda kalarak faaliyetlerini ön planda yer alan örgüt üyeleri aracılığıyla yürütmektedir. İşte soruşturmacının konut içerisindeki görgüsüne dayanarak alınan arama kararına binaen uyuşturucu, silah gibi eşyaların ele geçirilmesi, örgütün çökertilmesini değil, söz konusu örgüt üyelerinin yakalanmasını sağlayabilir. Oysa suç örgütleri her zaman yeni üyeler bulmaktadır. Dolayısıyla soruşturmacı, suç örgütünün alt kademesinin ötesine geçmek suretiyle, üst yönetim kadrosuna nüfuz etmeli ve örgütün iç işleyişini öğrenerek arka planda faaliyet gösteren yönetici, kurucu, finansör gibi çekirdek kadroyu ortaya çıkarmalıdır¹²³. Çünkü örgütün dağıtılması ancak bu şekilde mümkün olabilir.

¹²⁰ Weisser, (n 3) 59.

¹²¹ Şen, *Yorumluyorum* (n 119) 154.

¹²² Benzer durum Alman hukuku için de geçerlidir. Bkz. II. Alman Hukukundaki Durum, B. Konuta Giren Gizli Soruşturmacının Yetkileri

¹²³ David Ryan Kirkpatrick, 'Der Einsatz Von Verdeckten Ermittlern in Wirtschaftsstrafverfahren' (2019) 4 NStZ 177, 177. *Müller ve Römer*' e göre, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbiri, suç örgütünün iç işleyişine nüfuz ederek uyuşturucu satıcılarının ve kuryelerin yanı sıra bun-

2. *Gizli soruşturmacının konut içerisinde şüphelilerin ve/veya üçüncü kişilerin birbirleriyle yaptığı konuşmalarla ilgili duydukları hakkında duruşmada tanık olarak verdiği beyanlar ve tuttuğu notlar, örgütün dağıtılması için yeterli delil sunmamaktadır.* Gerçekten de CMK m.139/3-2. cümleye göre, soruşturmacı kovuşturma evresinde tanık olarak dinlenmesinin zorunlu olması durumunda, 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu (TTK)'nin 9. maddesi kıyasen uygulanmak suretiyle, gizli tanık tedbirlerine başvurularak dinlenecektir. Ancak TTK m.9/8 hükmünde ise söz konusu tedbirler kapsamında dinlenen bir tanığın beyanının tek başına hükme esas alınamayacağı belirtilmiştir¹²⁴. Nitekim öğretide de gizli tanık ifadelerinin ancak mahkûmiyet hükmünü kuvvet-

ların arkasında bulunan üst düzey kişilere karşı da güvenilir ve sağlam deliller toplamayı ve mümkünse soruşturmanın açığa çıktığı aşamada örgütü dağıtmayı amaçlamaktadır. Bkz. Müller ve Römer, (n 95) 543. Alman Federal Yüksek Mahkemesi

Büyük Ceza Dairesi de bir kararında bu durumu şu şekilde açıklamıştır: “Suç örgütleri, örgütün hiyerarşik olarak en tepesinde bulunan kimseleri, mümkün olduğunca dış dünyadan uzak tutan bir yaklaşımı benimsemektedir. Dolayısıyla polis geleneksel yöntemleri kullanmak suretiyle ancak bu tür suç örgütlerinde ikincil bir rol oynayan örgüt üyelerini ele geçirebilmektedir. Oysa bunlar genellikle yeri doldurulabilir kimseler olduklarından ve örgütün yapısı hakkında bilgi sahibi olmadıklarından, ele geçirilmeleri, örgütün suç faaliyetlerini devam ettirmesini engellemez. Ayrıca bu örgütler, para vererek ya da tehdit ederek, diğer kaynakların da kendileri hakkında bilgi aktarmasını önlemektedir. Öte yandan bir üyenin yakalanması hâlinde örgüt genellikle, söz konusu üyenin ihtiyaç sahibi ailesine maddi destek sağlamak ve örgüt üyesinin savunma masraflarını karşılamaktadır. Böylelikle, yakalanan üyenin örgüt ile iş birliği yapmaya devam etmesi ve örgüt ile bilgilerin ifşa edilmesi engellenmektedir. Öte yandan suç örgütleri, hiyerarşik yapıya ve iş bölümüne dayalı bir prensip çerçevesinde profesyonelce yürütülmekte, kolluk kuvvetlerinin dikkatini çekmemek için sistematik olarak çaba göstermekte, gizliliklerini korumak için kendileri hakkında bilgi verebilecek muhbir vs. kimseleri tehdit, öldürme gibi yöntemlerle sindirmektedir. Oysa örgütlü suçlarla mücadelede başarılı olmak için, örgütün hiyerarşik olarak üst kademesinde yer alanların, organizatörlerin, finansörlerin ve perde arkasında faaliyet gösteren örgütün beyni olan kimselerin ele geçirilip mahkûm edilmeleri gerekmektedir. Bunun için ise suç örgütlerinin çökertilmesi için örgüte sızarak, örgüt hakkında içeriden bilgi edinmek elzem hâle gelmiştir...” BGHGSt 1 83 (NJW 1984 247).

¹²⁴ Buna karşın Alman hukukunda Alman CMK § 68 Paragraf 2 ve Paragraf 3 hükümleri çerçevesinde tam adresi, ikametini, bulunduğu yeri ve/ya da kimliği gizli tutularak dinlenen tanığın beyanının tek başına hükme esas alınmayacağına ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Buna karşın öğretide söz konusu hükümlere dayanılarak gizli tanık sıfatıyla dinlenen tanığın beyanının değerlendirilmesinde katı bir standardın uygulanması ve bu beyanların ancak diğer delillerle desteklenmesi hâlinde hükme esas teşkil edebileceği savunulmaktadır. Özellikle Alman CMK § 68 Paragraf 3 cümle 1 uyarınca kimliğinin gizli tutulmasına ve cümle 3 kapsamında yüzünün kısmen ya da tamamen gizlenmesine karar verilen tanığın jest ve mimikleri ile ilgili bir izlenim edinmek çok zor hatta imkânsız olacağından, bu durumda, tanık beyanına daha dikkatli bir şekilde yaklaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Stefan Maier, Münchener Kommentar zur StPO (Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider) (Band 1, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck 2023) § 68 Rn. 94, 95.

lendirmek için başvurulabilecek bir yan delil olduğu kabul edilmekte ve bu ifadelerin hükme esas teşkil edebilmesi için -diğer gizli tanık ifadeleri hariç olmak üzere- mutlaka başka deliller tarafından desteklenmesi gerektiği kabul edilmektedir¹²⁵. Öte yandan AİHM de mahkûmiyet hükmünün tek başına ya da belirleyici ölçüde sanığın, muhakemenin herhangi bir evresinde güvenirliliğini sorgulayamadığı bir gizli tanığın ifadesine dayandırılmasının, savunma hakkını gereğinden fazla kısıtlayacağı görüşündedir¹²⁶. Benzer şekilde soruşturmacının görgü ve duyusuna dayanarak hazırladığı raporlar da tek başına ya da belirleyici ölçüde mahkûmiyete esas alınamayacaktır.

3. *Mevcut durumda konut içerisinde gizli soruşturmacıya tanınan delil araştırma ve elde etme yetkisi, gizli soruşturmacıya ilişkin CMK m.139 hükmünün niteliğiyle bağdaşmamaktadır.* Çünkü temel hak ve özgürlüklere, diğer gizli koruma tedbirlerine oranla daha ağır müdahalede bulunma imkânı sunması; gizli soruşturmacının seçilmesinin, eğitiminin, örgüt içerisine sızmasının, korunmasının vs. büyük bir organizasyon gerektirmesi ve soruşturmacının gerek kendisinin gerekse de yakınları açısından hayati tehlike riskinin olması hususları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kanun koyucunun gizli soruşturmacı görevlendirilmesini en son çare olarak başvurulması gereken tedbir olarak öngördüğü söylenebilir¹²⁷. Ancak mevcut durumda gizli soruşturmacı, konut içerisinde yalnızca konuşulanlarını dinleyip gözlemlerde bulunmak ve işyeri ile konut-işyerinin işyeri olarak kullanılan

¹²⁵ Faruk Turhan, *Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması*, (Seçkin Yayınevi 2009) 162-165; Burcu Dönmez, 'AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkının Kullanılması' (2016) 127 TBBD 121, 131, 132.

¹²⁶ *Al-Khawaja And Tahery v The United Kingdom App no 26766/05, 22228/06 (ECHR, 15 December 2011); Balta And Demir v Turkey App no 48628/12 (ECHR, 23 June 2015)*. AİHM' in gizli tanıklık kurumuna yaklaşımı ile ilgili ayrıntılı bir inceleme için bkz. Faruk Turhan ve Ozan Can Belci, 'Terör Örgütünün Faaliyeti Çerçevesinde İşlenen Suçların Soruşturulması ve Kovuşturulmasında Tanıkların Kimliğinin Gizli Tutulması - AİHM Kararları Işığında Uygulamanın İncelenmesi', *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Terörizm, Terör Suçları ve İnfaz Hukuku*, II. Cilt (Ed. İzzet Özgenç) (Bireklam Arısı Matbaacılık 2024) 329, 333-351.

¹²⁷ Benzer yönde bkz. Frister, *Handbuch* (n 27) Rn. 327; Rogall, *Selbstbelastungsfreiheit* (n 86) 110; Soiné, (n 79) 597; Nuhoglu, (n 69) 1061; Gökçen, Balci, Alşahin ve Çakır, (n 85) 537; Yenisey ve Nuhoglu, (n 80) 509; Çolak ve Taşkın, (n 105) 665. Yargıtay da bir kararında öncelikle iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (CMK m.135), daha sonra teknik araçlarla izleme (CMK m.140) tedbirine başvurulması ve bunlardan bir sonuç elde edilememesi durumunda ise gizli soruşturmacı görevlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 18 CD, 29755/4468, 09.07.2015, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim Tarihi 06 Ağustos 2024). Aksi görüşte olan *Turinay'* a göre, gizli koruma tedbirleri arasında en son çare olarak başvurulması gereken tedbir, teknik araçlarla izlemedir. Bkz. *Turinay*, (n 9) 431.

kısımında ses ve/veya görüntü kaydı yapabilmektedir. Oysa aynı amaca teknik araçlarla izleme tedbirine başvurmak suretiyle ulaşılabilmektedir. Gerçekten de konut içerisine ses ve/veya görüntü kaydeden bir cihaz yerleştirilerek dinleme ve gözlemde bulunulabilir. Hatta günümüzde teknolojinin gelişmesiyle birlikte, konutun içerisine girmek zorunda kalmadan, konutun dışından teknik cihazlar kullanılarak ortam dinlemesi yapma imkânı da bulunmaktadır. Dolayısıyla mevcut durumda gizli soruşturmacının konut içerisindeki delil araştırma ve elde etme yetkisinin, tedbirin son çare olma özelliği ile uyumlu olmadığı açıkça görülmektedir.

Tespit edilen sorunun çözümüne yönelik önerimize gelince; örgütün üst yönetim kadrosunun tespit edilerek varlığına son verilebilmesi için gizli soruşturmacının maddi delil araştırması ve elde etmesi zorunlu olduğundan, kanunda değişiklik yapılarak soruşturmacıya konut içerisinde gizlice arama yapma ve el koyma yetkisinin verilmesi gerektiği kanaatindeyiz¹²⁸. Ancak bu öneriye çeşitli gerekçelerle itiraz edilmesi mümkündür. Bu çerçevede ilk olarak, temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından sakınca yaratacağı ileri sürülebilir. Gerçekten de soruşturmacının konutta gizlice arama ve el koyma tedbirini uygulamasının temel hak ve özgürlüklere yönelik ciddi bir müdahale oluşturacağı muhak-

¹²⁸ Müller ve Römer'e göre, arama kanunda açık bir koruma tedbiri olarak düzenlenmekle birlikte, kanunda aynı zamanda gizli soruşturmacı görevlendirilmesi gibi gizli koruma tedbirlerine de yer verilmiştir. Oysa aramanın muhatabının bilgisi dahilinde yürütülmesi hâlinde, bu gizli koruma tedbirlerine başvuruyla elde edilmesi umulan amaca ulaşılabilmektedir. Dolayısıyla burada hukukun üstünlüğü ilkesi ile etkin bir ceza soruşturması yürütme gerekliliği arasında denge kurmak amacıyla, hâkim tarafından verilen arama kararının ilgiliye tebliğ edilmeden gizlice bir arama yapılması düşüncesi ileri sürülebilir. Ancak bu düşünce mevcut hukuk düzenine aykırıdır. Çünkü arama, kanunda herhangi bir istisna öngörülmezsizin açık bir koruma tedbiri olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle gizli bir şekilde gerçekleştirilen arama işleminin, kanunda yer alan diğer gizli koruma tedbirlerine atıfta bulunularak ya da etkin bir ceza soruşturması gerekliliği öne sürülerek meşrulaştırılması söz konusu olamaz. Benzer şekilde bu uygulamayı haklı gösterecek genel bir ceza muhakemesi ilkesi de bulunmamaktadır. Bununla birlikte, örgütlü suçluluk gibi aydınlatılması zor olan suç tipleri ile mücadele edilmesi için gizli koruma tedbirlerine ihtiyaç duyulduğu da bir gerçektir. Sonuç olarak yazarlar, mevcut hukuki durumda, arama tedbirinin uygulanabilmesi için öngörülen şartların, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi gibi gizli koruma tedbirleri ile uyumlu olmadığını belirtmekte ve hukukun üstünlüğü ilkesine dayanan etkin bir soruşturma yürütülebilmesi için gerekli yasal değişikliğin yapılmasını önermektedir. Bkz. Müller ve Römer, (n 95) 547. Hauck' a göre ise gizli soruşturmacı bir konuta ilgili kişinin kendi rızası ile göstermeyeceği suç delillerini araştırmak için girmektedir. Esasen bu durum da soruşturmacı tarafından yürütülen faaliyetin arama işlemine benzediğini göstermektedir. Dolayısıyla Alman CMK § 110b ve 110c hükümleri uyarınca mahkemenin kararı ve ilgilinin rızası ile konuta giren bir gizli soruşturmacının, konutta (gizlice) arama yapma yetkisine de sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Bkz. Hauck, (n 6) 110c Rn. 1.

kaktır. Ancak yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, mevcut durumda, gizli soruşturmacıya tanınan sınırlı yetki ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla mücadele edilmesi de mümkün görünmemektedir. Burada yapılması gereken ise çatışma hâlinde olan iki menfaat arasında makul bir dengenin kurulmasıdır. Kanaatimizce adli bir denetim mekanizmasının varlığı, bu denge unsurunun sağlanmasında önemli bir güvence fonksiyonu oluşturmaktadır. Nitekim gizli soruşturmacının gizlice arama ve el koyma tedbirini uygulayabilmesi için CMK m.139 uyarınca görevlendirilmesi yeterli olmayıp bunun için CMK m.116 ve m.123 çerçevesinde arama ve el koyma kararı da verilmesi gerekir¹²⁹. Buna göre, sulh ceza hâkimi somut olayın özelliklerini göz önüne alarak söz konusu tedbirlerin uygulanabilmesi için gereken şartların oluşup oluşmadığını ayrıca inceleyecektir. Öte yandan CMK m.119/2-c hükmüne göre, arama kararı ancak belirli bir süre ile verilebilecektir. Bu sürenin dolmasından sonra soruşturmacının gizlice arama ve el koyma tedbirine başvurması gerekirse, sulh ceza hâkimi tarafından CMK m.116 ve m.123 kapsamında yeniden bir değerlendirme yapılacaktır. Dolayısıyla önerdiğimiz değişikliğin hayata geçirilmesi hâlinde, temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalenin doğuracağı dezavantajlı durumun, söz konusu adli denetim mekanizması ile telafi edileceğini düşünmekteyiz.

İkinci olarak, CMK m.119/2-b'de arama kararında, "*Aranılacak kişi, aranmanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya*"nın açıkça gösterileceği ifade edildiğinden, gizli arama ve el koyma kararının ne şekilde sınırlandırılacağı da bir sorun olarak karşımıza çıkabilecektir. Gerçekten de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de prensip olarak, "arama kararında geniş kapsamlı ifadelerin kullanılmasını" ve "arama kararında aranılacak yerlere ve eşyalara yönelik herhangi bir sınırlama öngörülmeden, soruşturmacılara çok geniş yetkiler verilmesini", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m.8'de düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlâli olarak kabul etmektedir¹³⁰. Bununla birlikte

¹²⁹ Hauck' a göre, mahkemenin Alman CMK § 110b çerçevesinde gizli soruşturmacıya konuta girme onayını vermesi yeterli olup Alman CMK § 105 (CMK m.119'un karşılığı olan bu maddede arama tedbirine başvurulmasına karar vermeye yetkili merci düzenlenmektedir) uyarınca açıkça arama yetkisi bulunduğunu belirtmesi zorunlu değildir. Diğer bir anlatımla, Alman CMK §§ 110b ve 110c'ye uygun olarak, mahkemenin kararına ve ilgilinin rızasına dayanarak bir konuta girmek, soruşturmacıya konutta (gizlice) arama yapma yetkisi de vermektedir. Çünkü Alman CMK § 110b gereğince mahkeme tarafından soruşturmacıya konuta girme onayı verilebilmesi için aranan şartlar, Alman CMK § 105' e göre hâkim tarafından arama kararı verilebilmesi için aranan şartlardan daha hafif nitelikte değildir. Bkz. Hauck, (n 6) Rn. 1.

¹³⁰ ***Arama emrinin içerik ve kapsamı ile ilgili olarak AİHM, belgenin kesin olmayan ifadelerle kaleme alındığını tespit etmektedir. Hakim arama emrini verirken, hiçbir konuda sınırlama***

AİHM, arama kararında aranılacak kişiler ile yerlerin ve eşyaların somutlaştırılması ve böylece polisin yetki sınırının belirlenmesi şeklindeki gerekliliğin, her olayda katı bir biçimde uygulanmasının zorunlu olmadığını, somut olayın özellikleri kapsamında bu konuda esnek davranılabileceğini kabul etmektedir. Gerçekten de Yüksek Mahkeme, planlı bir şekilde büyük ölçekli bir terör saldırısı yapılacağına iddia edildiği bir olayda, aramanın konusunu oluşturan eşyaların kesin bir şekilde belirlenmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle, kolluk kuvvetlerine, aranılacak eşyaya yönelik genel ve geniş kapsamlı bir yetki verilmesini AİHS m.8'e aykırı bulmamıştır¹³¹. Nitekim öğretilerde de şüpheli/sanık hakkında

koymamış, sadece tarihini ve bunun bir defaya mahsus olduğunu belirtmiştir. Aramanın gerekçesi ve neyin arandığı hakkında hiçbir bilgi içermeyen bu emir, bu şekliyle polislerle oldukça geniş bir yetki tanımıştır. Oysa AİHM'nin kanaatine göre, bir arama emri...aramayı yürüten polislerin belirlenen araştırma alanına uyum gösterip göstermedikleri konusunda kontrol imkânı sağlayan asgari bilgiler içermelidir...AİHM, demokratik toplumun menfaati doğrultusunda konut dokunulmazlığının sağlanması dikkate alınarak yapılması gereken bu ihtilaflı müdahalenin izlenen meşru amaçla makul bir orantı göstermediği sonucuna varmaktadır. Dolayısıyla bu noktada, başvurular M... ve S... ile ilgili olarak AİHS'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir..." Bkz. Aydemir v Turkey App no 17811/04 (ECHR, 24 May 2011) pa.98, 100 (Özet Çeviri). "...Özellikle bina aramaları ve el koymalarla ilgili olarak, Mahkeme sürekli olarak sözleşmecî devletlerin belirli suçlarla ilgili fiziksel kanıt elde etmek için bu tür tedbirlere başvurmayı gerekli görebileceğine karar vermiştir. Mahkeme, bu tür tedbirleri haklı çıkarmak için ileri sürülen gerekçelerin "ilgili" ve "yeterli" olup olmadığını...orantılılık ilkesine uyulup uyulmadığını değerlendirecektir...Mahkeme öncelikle ilgili mevzuat ve uygulamanın bireylere istismara karşı yeterli ve etkili güvenceler sağladığından emin olmalıdır. İkinci olarak, Mahkeme, somut olayda söz konusu müdahalenin izlenen amaçla orantılı olup olmadığını belirlemek için her davanın özel koşullarını göz önünde bulundurmalıdır. Mahkeme'nin bu ikinci hususu belirlerken dikkate aldığı kıstaslar, diğerlerinin yanı sıra, arama emrinin verildiği koşullar, özellikle o sırada mevcut olan diğer deliller, arama emrinin içeriği ve kapsamı, arama sırasında bağımsız gözlemcilerin bulunması da dâhil olmak üzere aramanın gerçekleştirilme şekli ve aramadan etkilenen kişinin işi ve itibarı üzerindeki olası yansımaların boyutu olmuştur...Arama emri son derece geniş terimlerle kaleme alınmış, herhangi bir sınırlama olmaksızın "ceza davasının [no. 7806] soruşturulmasıyla ilgili olan her türlü eşya ve belgeye" ayırım gözetmeksizin atıfta bulunulmuştur...Aramanın yapılış şekliyle ilgili olarak, Mahkeme ayrıca, arama emrinin aşırı geniş şartlarının, polise hangi belgelerin cezai soruşturma için "ilgili" olduğunu belirlemede sınırsız takdir yetkisi verdiğini; bunun da kapsamlı bir arama ve el koyma ile sonuçlandığını gözlemlemektedir...Özetle, Mahkeme...başvurucunun konutunda yapılan aramanın "demokratik bir toplumda gerekli olmadığı" kanaatindeydi. Bu nedenle Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir..." Smirnov v Russia App no 71362/01 (ECHR, 07 June 2007) pa.44, 47-49. Benzer yönde bkz. Buck v Germany App no 41604/98 (ECHR, 28 April 2005) pa.45-46, 50, 52-53; Ernst And Others v Belgium App no 33400/96 (ECHR, 15 July 2003) pa.115-117; Roemen And Schmit v Lüksemburg App no 51772/99 (ECHR, 25 February 2003) pa.70-72.

¹³¹ Söz konusu karara konu olan olay özetle şöyledir: Başvurucular (3 kişi) 08.04.2009 tarihinde Terör Kanunu'nun (Terrorism Act 2000) 41. maddesi uyarınca terör eylemi gerçekleştirmek için hazırlık yapmak, terör eylemlerini teşvik etmek ve gerçekleştirmek şüphesiyle tutuklan-

miştir. Aynı gün içerisinde polis, Manchester sulh ceza hakimine başvurarak, başvurularla bağlantılı olan bazı adresler (işyeri, konut) için arama ve el koyma izni talep etmiştir. İlgili polis memuru, talep yazısında belirtilen eşyaların bir terör soruşturması için önemli bir değere sahip olabileceği gerekçesiyle, bunların gizlenmesini, kaybolmasını, zarar görmesini, değiştirilmesini ya da yok edilmesini engellemek amacıyla el konulması gerektiğine inanmak için makul gerekçeler bulunduğunu ifade etmiştir. Söz konusu eşyalar şunlardır: “yazışmalar, broşürler, posterler, dergiler, abonelik formları, kimlik belgeleri, seyahat belgeleri, pasaportlar, haritalar, krokiler, planlar, telefon kayıtları, konaklama bilgileri, literatür/kitaplar, kullanım/kontrol ile ilgili araç belgeleri, diğer mülkler/kilitler/garajlar ve bunların anahtarları ile ilgili yazışmalar, satın alınan mallar için makbuzlar, dini/siyasi inanç kayıtları, el yazısı notlar, makbuzlar, faturalar, sipariş formları, teslimat notları, reklamlar, kara deniz ve hava seyahat bilgileri, bilgisayarlar, bilgisayar ekipmanları, PDA yazılım, donanım, dijital depolama, faksler, yazıcılar, tarayıcılar, fotokopi makineleri, yazıcı kağıtları, DVD’ler, CD’ler, CD Rom’lar, video/ses kasetleri, hafıza çubukları, cep telefonları, sim kartlar, cep telefonu satın alma ve kayıt ve faturalama kanıtları, kredi kartları, kontör kartları, nakit para, çek defterleri, para transfer belgeleri, mali belgeler, kameralar/video ekipmanları, fotoğraflar/negatifler, iletişim cihazları, kimyasal veya ön imleç malzemeleri, hatıra eşyaları/süs eşyaları/bayraklar, eşyaları gizlemek veya taşımak için kullanılan eşyalar, terörizmle bağlantılı olduğu düşünülen her türlü eşya”. Hâkim ise polis memuruna arama yapmak amacıyla gerekli olan kişi ya da kişilerle birlikte, karar verildiği tarihten itibaren 1 ay içerisinde yalnızca bir defa kararda belirtilen binaya girme ve binada arama yapma yetkisi vermiştir. Polis bu karara dayanarak, başvuruların konutlarında yaklaşık 11 gün boyunca arama yapmıştır. Ayrıca başvuruculardan birinin işyerinde de 3 gün boyunca arama yapılmıştır. 21.04.2009 tarihinde başvurucular, herhangi bir suçlama yöneltilmeden serbest bırakılmış ve kendilerine sınır dışı edileceklerine dair tebliğde bulunulmuştur. 22.04.2009 tarihinde ise Göçmen Kanunu uyarınca gözaltına alınarak sınır dışı edilme birimine nakledilmiştir. Ardından başvurucular çeşitli şikâyetlerin yanı sıra haklarındaki arama emirlerinin çok geniş kapsamlı olduğu gerekçesiyle, hâkime başvurmuştur. Hâkim ise söz konusu şikâyetin reddine karar vermiştir. Hâkim ilk olarak, başvurucuların iddiasının çok genel nitelikte olduğunu zira bir davada uzun sayılabilecek bir listenin diğer bir davada uygun kabul edilebileceğini belirtmiştir. İkinci olarak, mevcut olayda polisin tam ne olarak ne aradığını bilmesinin pek mümkün olmadığını ifade etmiştir. Bu sebeple polis, geçmişte bu tür olaylarla ilgili olan eşyalara atıfta bulunmuştur. Üçüncü olarak ise yürütülmekte olan acil bir terör soruşturması kapsamında belli bir yerde arama yapan polisin, X maddesi listede bulunurken, Y maddesi listede olmadığı için ona el koymasının engellenmesi kamu yararına aykırı olacaktır. Nitekim uygun bir şekilde tanımlanmış sınırlar çerçevesinde, listenin kısıtlanmamasında açık bir kamusal yarar mevcuttur. Sonuç olarak hâkim, bu gibi olaylarda arama kararlarının geniş kapsamlı olmasının kaçınılmaz olduğunu belirtmiş ve Terör Kanunu kapsamında kamu güvenliğini sağlama amacına vurgu yaparak, arama kararının çok geniş kapsamlı olduğu veya arama kararının bu şekilde düzenlenmesini hukuka aykırı ya da rasyonel olmadığına dair tartışılabilir durum olduğu yönündeki iddiaları reddetmiştir. Ardından başvurucular çeşitli şikâyetlerin yanı sıra arama kararını geniş kapsamlı olduğu iddiasıyla AİHM’ e müracaat etmiştir. AİHM ise başvuruculardan birinin iş yeri hakkında verilen arama kararına yönelik şikâyeti ile ilgili olarak, iç hukuk yollarını tüketmediği gerekçesiyle ret kararı vermiş, başvurucuların konutları ile ilgili olarak verilen arama kararının geniş kapsamlı olduğu iddiasını ise AİHS m.8 çerçevesinde incelemiştir. Mahkeme, başvurucuların söz konusu arama kararının özel hayatlarına ve konutlarına saygı gösterilmesi hakkına, hukuka uygun olduğuna ve meşru bir amacı bulunduğu hususlarına bir itirazda bulunmadığını tespit etmiştir. Dolayısıyla AİHM bu kararda verilen arama kararının demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına

ğını, diğer bir anlatımla, ulaşılmak istenen amaç ile başvuru amaç arasındaki ilişkinin oran-
tılı olup olmadığını incelemiştir. Söz konusu inceleme kapsamında ise;

- aramanın, hâkim tarafından verilen ve makul bir şüpheye dayanan bir karar üzerine yapılıp yapılmadığı;
- arama kararının kapsamının makul ölçüde sınırlı olup olmadığı ve

- avukat bürosunun aranması söz konusuysa- aramanın mesleki gizliliğe tabi eşyalara el konulmamasını sağlamak için bağımsız bir gözlemcinin huzurunda yapılıp yapılmadığı hususlarını araştıracağını ifade etmiştir. Mahkeme somut olayda arama kararının bir hâkim tarafından, polis memurunun belirlenen adreslerdeki eşyaların bir terör soruşturması açısından önemli bir değere sahip olabileceğine inanmak için makul gerekçeleri bulunduğu dayanılarak verilmiştir. Esasen başvuru da arama kararının verilmesi için makul gerekçe bulunmadığını ileri sürmemiştir. AİHM bu tespitten sonra arama kararının kapsamının çok geniş olduğuna yönelik iddialar hakkında şu değerlendirmede bulunmuştur: "...*Arama kararında nispeten geniş terimlerin kullanıldığı doğrudur. Kararda dosyaların aranması ve bunlara elkonulmasına yönelik verilen yetkinin çerçevesi, belirli ifadeler kullanılarak sınırlandırılmış iken, yazışmaların, kitapların, elektronik cihazların, mali belgelerin ve çok sayıda diğer eşyanın aranmasına ve elkonulmasına ilişkin genel ve sınırsız bir şekilde izin verilmiştir. Ancak kolluk kuvvetleri tarafından yapılan bir aramada el konulacak eşyalar hakkında hazırlanan listenin belirliliği, somut olaydaki iddiaların niteliğine bağlı olarak davadan davaya değişiklik gösterebilecektir. Planlanmış büyük ölçekli bir terör saldırısı iddialarını içeren mevcut dava gibi davalar, bir saldırının hazırlanmakta olduğuna dair makul bir şüpheye yol açacak yeterli kanıt bulunsa da, saldırının amaçlanan niteliği veya hedefleri hakkında spesifik bilgi bulunmaması, arama sırasında aranan eşyaların kesin olarak tanımlanmasını imkansız hale getirdiğinden, özel zorluklar ortaya çıkarmaktadır. Ayrıca, bu tür vakaların karmaşıklığı, izin verilebilecek olandan daha geniş kapsamlı terimlere dayalı bir aramayı haklı gösterebilir. Mevcut davada olduğu gibi, birden fazla şüphelinin bulunması ve şifreli bir dil kullanılması, aranan eşya ve belgelerin özel niteliğini arama öncesinde belirlemeye çalışan polisin karşılaştığı güçlükleri daha da artırmaktadır. Son olarak, durumun aciliyeti göz ardı edilemez. Bir arama emrinde, aranan ve el konulacak eşyaların kesin niteliğinin ayrıntılı olarak belirtilmesi zorunluluğunu 8. madde kapsamında dayatmak, çok sayıda hayatın tehlikede olabileceği bir soruşturmanın etkinliğini ciddi şekilde tehlikeye atabilir. Bu tür durumlarda polise, arama sırasında karşılaşılanlara dayanarak, hangi eşyaların terörist faaliyetlerle bağlantılı olabileceğini değerlendirme ve daha fazla inceleme için bunlara el koyma konusunda bir miktar esneklik tanınmalıdır. Elektronik cihazların aranması özellikle hassas konuları gündeme getirir ve kişisel verilere aşırı müdahaleye karşı koruma sağlamak için özel güvenceler gerektirse de, bu tür aramalar başvuruların şikayetlerine veya bu davadaki yerel yargılamalara konu olmamıştır ve sonuç olarak, taraflar tarafından İngiliz hukukunda bu tür güvencelerin var olup olmadığına dair herhangi bir kanıt sunulmamıştır. Son olarak...Başvurucuların arama sırasında herhangi bir eşyaya el konulmasına itiraz etmemiş olmaları ve soruşturmanın niteliğine atıfta bulunarak haksız yere el konulduğunu veya arandığını iddia ettikleri herhangi bir eşyaya işaret etmemeleri dikkat çekicidir...". Mahkeme bu değerlendirmelerden hareketle, mevcut davada verilen arama kararının kapsamının aşırı ölçüde geniş olarak nitelendirilemeyeceği ve ulusal mercilerin başvuru sahiplerinin özel hayatlarına ve konutlarına saygı gösterilmesi hakkına yaptıkları müdahalenin AİHS m.8/2 çerçevesinde demokratik bir toplumda gerekli olduğu kanaatine ulaşmıştır. Sonuç olarak başvuru sahiplerinin AİHS m.8'de düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlâl edilmediğine karar vermiştir. Bkz. *Sher And Others v the United Kingdom App no 5201/11 (ECHR, 20 January 2015)* pa.7-38, 85-86, 158, 163-165, 171-176.*

verilen arama kararlarında, aramaya konu olan suç delillerinin neler olduğunun tek tek belirtilerek somutlaştırılmasının zorunlu olmadığı savunulmaktadır¹³². Dolayısıyla sulh ceza hâkiminin somut olayın özelliklerini göz önüne alarak, özellikle örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu madde ticareti, silah kaçakçılığı gibi toplumsal yaşamı ciddi şekilde tehdit eden durumlarda, gizli soruşturmacıya genel ve geniş kapsamlı bir arama ve el koyma yetkisi tanımasının, AİHM uygulamasına ve AİHS m.8' e aykırı olmayacağı söylenebilir.

Üçüncü olarak, konut içerisinde gizlice arama ve el koyma yetkisi verilmesi hâlinde gizli soruşturmacı aktif bir davranışta bulunarak suç delillerini elde etme yetkisine sahip olacağından, bu durumun gerek öğreti gerekse de Yargıtay ve AİHM kararları ile uyumlu olmayacağı akla gelebilir. Nitekim hem öğreti¹³³ hem de Yargıtay¹³⁴ ve AİHM¹³⁵, gizli soruşturmacının aktif bir konumda olmama-

¹³² Bkz. Serap Keskin Kızıroğlu, '5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)' (2009) 58 (1) AÜHFD 139, 149. *Yılmaz* da arama kararında suç delillerinin net bir şekilde gösterilmesinin her zaman mümkün olmadığını ve somut olayın şartları çerçevesinde genelleme yapılabileceğini belirtmektedir. Bkz. Zahit Yılmaz, 'Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Kapsamında "Konutta Arama"' (2011) 6 (17) CHD 160, 178. Aksi görüşteki *Y. Yılmaz* ise arama kararında aranılacak eşyanın mutlaka açık bir şekilde ifade edilmesi, hatta mümkün olması hâlinde bu eşyanın tanımlanması gerektiği kanaatindedir. Bkz. Yeşim Yılmaz, 'Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama' (2016) 124 TBBD 247, 267.

¹³³ Centel ve Zafer, (n 74) 522. *Meyer-Mews*, aktif davranışta bulunma yasağının yalnızca gizli soruşturmacı için değil, soruşturma makamları adına çalışan güvenilir kişi, muhbir gibi kişiler açısından da geçerli olduğunu ifade etmektedir. Buna göre, soruşturma makamlarına suçun aydınlatılmasında yardımcı olan kişiler de davranışlarını pasif bir bilgi toplama faaliyeti ile sınırlamalıdır. Bkz. Hans Meyer-Mews, "Wiederaufnahme nach Nichteröffnung - Zeugenseitig provozierte Selbstbelastung", Anmerkung zu BGH, Beschluß vom 01.12.2016 - 3 StR 230/16, NJW, S.25, 2017, s.1831.

¹³⁴ "...Somut olayda, başka bir soruşturmada ele geçen başka suçtan şüpheli S...'ın telefonuna cevap veren polis memurunun, uyuşturucu isteyen sanık ...'ın talebine olumlu cevap vererek cezaevi nizamıesine istediği uyuşturucu maddeyi getirip teslim ettiği anlaşılmasına göre **emniyet mensuplarının müdahalesi yalnızca pasif bir şekilde suç teşkil eden eylemi soruşturmakla sınırlı kalmayıp bir sonuca ulaşmak için yani kanıt toplanarak veya kanıt ileri sürmek için başka türlü işlenemeyecek bir suça yönlendirecek şekilde polisin aktif teşviki mevcut olup, bu davranışın ardından toplanan delillerin kullanılmasının kamu yararını haklı kılmayacağı**, böyle bir uygulamanın esasen faili adil yargılama hakkından yoksun bırakır nitelikte olduğu gözlemlenmeden sanıkların beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi...Yasaya aykırı..." Yargıtay 8 CD, 16283/878, 21.01.2021, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi 18 Ağustos 2024).

¹³⁵ **AİHM**, sınırları belirlendiği ve güvence altına alındığında gizli ajan ile müdahaleye tolerans gösterebilecek bile **polis provokasyonunun ardından toplanan delillerin kullanılmasını kamu yararının haklı kılmayacağını hatırlatmaktadır**. Böyle bir uygulama sanığı, ab initio'dan ve esasen adil yargılama hakkından yoksun bırakır niteliktedir. **AİHM**, belirlenen ajanların -

sı gerektiğini, yalnızca pasif hareketlerle suç delillerini toplayabileceğini kabul etmektedir¹³⁶. Ancak gizli soruşturmacı için kabul edilen aktif davranışta bulunma yasağı, soruşturmacının, şüphelileri, aktif bir şekilde suç işlemeye kışkırtamayacağı anlamına gelmektedir. Diğer bir anlatımla, soruşturmacı, şüphelileri bir suç işlemeye yönlendirecek şekilde aktif bir davranışta bulunmamalıdır. Bu nedenle soruşturmacının konut içerisinde gizlice arama ve el koyma faaliyetinde bulunması söz konusu yasağın kapsamında yer almamaktadır. Dolayısıyla önerdiğimiz değişikliğin öğretideki kabule ve mevcut yargı uygulamasına aykırı olmadığını belirtmek gerekir.

Sonuç

Türk ceza muhakemesi öğretisinde ağırlıklı görüş, gizli soruşturmacının, konuta girme yetkisinin bulunmadığını savunmaktadır. Bu görüşün temel sebebi ise Alman CMK' da konuya ilişkin özel bir hüküm sevk edilmesine rağmen CMK' da benzer bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır. Oysa konuta girme

güvenlik güçleri mensupları veya onların isteğiyle müdahil olan kişiler- yalnızca pasif bir şekilde suç teşkil eden eylemi incelemekle sınırlı kalmayıp bir sonuca ulaşmak için yani kanıt toplamak veya kanıt sürmek için başka türlü işlemeyeceği bir suça azmettiren nitelikte bir kişi üzerinde etkili olursa polisin provokasyonu olduğunu hatırlatmaktadır. Mevcut davada, AİHM, polis operasyonu çerçevesinde müdahil olan ve alıcı olarak davranan X takma adlı bir kişinin kendisine ekstazy tabletleri temin etmesi için başvurunu cebinden aradığını, başvuranın bu talebi kabul ettiğini, talep edilen uyuşturucuları getirttiğini, polis memurlarının başvuru, uyuşturucuları verdiği sırada suçüstü yakaladıklarını, bilahare başvuranın, uyuşturucu edinmek ve satmak suçundan mahkum edildiğini gözlemlemektedir. AİHM, başvuran tarafından işlenen suçu oluşturan unsurlara, yani uyuşturucu edinme ve satma suçuna ajan X'in neden olduğu görüşündedir. Nitekim söz konusu ajan, Hun'un suç teşkil eden eylemini sadece pasif bir şekilde incelememiş, başvuranı telefonla arayarak ve kullanımı ve satışı yasa ile yasaklanan madde temin etmesini talep ederek başvuranı suça azmettirmiştir. Başka bir deyişle, Hükümet'in ifadelerinin aksine, başvuran suç işleme potansiyeline sahip olmuş olsa bile, dosya unsurlarına göre, somut hiçbir unsur, ajan X'in müdahalesinden önce, başvuranın suç teşkil eden bir eylem hazırlığında olduğunu ortaya koymamıştır. Bu bağlamda AİHM, özellikle, başvuranın adli sicilinin temiz olmasını ve organize bir örgütün söz konusu olmamasını dikkate almaktadır. Mevcut davada söz konusu az miktardaki uyuşturucu başvuranın evinde bulunmamıştır. Başvuran, ajan X'in talebi üzerine, uyuşturucuyu üçüncü bir kişiden temin etmiştir (bkz. aynı anlamda, Teixeira de Castro)...Polis soruşturmasının zorluklarına ve önemine dikkat eden AİHM, yukarıda söylenenler göz önüne alındığında, ajan X'in müdahalesi olmadan, söz konusu suçun işlenebileceğini göstermediği kanaatindedir; söz konusu müdahaleyi ve ihtilafli ceza davasında kullanılmasını göz önüne alan AİHM, başvuranın davasının, AİHS'nin 6.maddesinin gerektirdiği hakkaniyete uygun niteliğini kaybettiği sonucuna ulaşmıştır. Bu itibarla, AİHS'nin 6/1 maddesi ihlal edilmiştir..." Burak Hun v Turkey App no 17570/04 (ECHR, 15 December 2009).

¹³⁶ Centel ve Zafer, (n 74) 522.

yetkisine sahip olmayan bir gizli soruşturmacının operasyonel değerinin olduğundan bahsedilemez. Dolayısıyla CMK m.139' da açık bir düzenleme olmasa dahi amaçsal yorum yöntemi uygulanarak, AY m.21, CMK m.139/1, m. 139/2 ve m.139/4 hükümleri çerçevesinde, sulh ceza hâkiminin görevlendirme kararında açıkça belirtmiş olması ve ilgilinin rızasının bulunması şartlarının birlikte gerçekleşmesi hâlinde, soruşturmacının konuta girmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Bununla birlikte, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması istisna olduğundan, soruşturma makamlarına, konut dokunulmazlığına yönelik müdahalede bulunma yetkisinin açık bir şekilde verilmesi gerekir. Bu anlamda AY m.13 hükmü ve konu ile ilgili AYM kararları dikkate alındığında, öğretilerde yaşanan tartışmaların ve uygulamada karşılaşılabilecek tereddütlerin giderilmesi açısından, Alman hukukunda olduğu gibi, CMK m.139' da değişiklik yapılarak, gizli soruşturmacının konuta girme yetkisinin bulunduğu ile ilgili özel bir hüküm eklenmesinin en isabetli çözüm olduğunu düşünmekteyiz.

Öte yandan orantılılık ilkesinin bir gereği olarak, gizli soruşturmacıya konuta girme yetkisi ancak somut olayın gerekli kıldığı durumlarda, gerekçesi ortaya konularak verilmeli ve bu genel yetki, “şüphelilerin ve şüphelilerle doğrudan bağlantısı bulunan üçüncü kişilerin konutları” ile sınırlandırılmalıdır. Ayrıca soruşturmacı, konuta girmek amacıyla ilgilinin rızasını elde ederken, CMK m.139/2 çerçevesinde kendisine verilen değiştirilmiş kimliği kullanmanın ötesinde bir hileye başvurmamalıdır.

Konuta giren gizli soruşturmacının yetkisine gelince; kanun koyucu özel hayatın gizliliği çerçevesinde, CMK m.140/5 hükmü ile teknik araçlarla izleme tedbirinin konut içerisinde uygulanmasına izin vermediğinden, gizli soruşturmacı konutta şüphelilerin veya üçüncü kişilerin birbirleriyle yaptığı konuşmaları dinlenip bu konuşmalara katılabilecek ancak ses ve/ya da görüntü kaydı alamayacaktır. Oysa bu durum örgüt mensuplarının faaliyetlerini konutta yürütmesine yol açabilecektir. Bu nedenle konutun suç işlemek amacıyla bir merkez hâline getirilmesi durumunda, ilgili kısmın işyeri olarak nitelendirilerek CMK m.140/5'te öngörülen korumanın kapsamına dâhil olmadığı kabul edilmesi suretiyle, bu kısımda ses ve/veya görüntü kaydı yapılmasının mümkün olduğu düşünülebilir. Ancak kanun koyucunun CMK m.140/5' te bir değişiklik yaparak suç işlemek amacıyla kurulan bir örgütün faaliyetleri kapsamında işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ile silah kaçakçılığı gibi toplumsal hayatı ciddi şekilde tehdit eden suçlar açısından tedbirin uygulanmasına izin vermesi uygun olacaktır. Nitekim Alman hukukunda da belirli ağırlıktaki suçların işlendiğine yönelik şüphenin varlığı hâlinde konutta teknik araçlarla izleme

yapılabileceği kabul edilmiştir (Alman CMK § 100c¹³⁷). Öte yandan CMK m.140/1 ve m.140/5 birlikte değerlendirildiğinde, soruşturmacının, hem açık bir rıza ile girilmesi mutlak olan hem de açık bir rızaya ihtiyaç olmadan girilebilen bir işyerinde, ses ve/veya görüntü kaydı alma yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca CMK m.119/4, m.120/1, m.121 ve m.124 hükümleri çerçevesinde arama ve el koyma açık bir koruma tedbiri olarak düzenlendiğinden, soruşturmacının konut içerisinde gizli bir arama ve el koyma faaliyetinde bulunamayacağı görülmektedir. Buna karşın soruşturmacı, konut içerisinde özel bir arama gerektirmeden açıkça görülen suç eşyalarını tespit edebilecektir. Sonuç olarak, mevcut durumda, gizli soruşturmacının konutta şüphelilerin veya üçüncü kişilerin birbirleriyle yaptığı konuşmaları dinlemek veya bu konuşmalara katılmak ve özel bir arama yapılmaksızın açık bir şekilde görülen suç delillerini tespit etmekle sınırlı bir yetkisinin olduğu ve soruşturmacıya maddi delil elde etme yetkisinin tanınmadığı söylenebilir.

Oysa suç örgütlerinin faaliyetleri, genellikle ev, depo, otel odası gibi üçüncü kişilerin ulaşımına açık olmayan ve konut kavramının kapsamına giren kapalı alanlarda gerçekleştirdiği dikkate alındığında, mevcut durumda, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanması suretiyle örgütün dağıtılması mümkün gözükmemektedir. Nitekim örgütün varlığına son verilmesi için arka planda yer alan örgütün kurucusu, yöneticisi, finansörü gibi üst düzey kişilerin ele geçirilmesi şarttır. Bunun için ise soruşturmacı, örgütün yapısını, işleyişini ve işlediği suçları gösteren maddi delilleri elde etme yetkisine sahip olmalıdır. Dolayısıyla toplumsal yaşamı ciddi şekilde tehdit eden örgütlü suçlarla mücadele edilebilmesi amacıyla, kanunda gerekli değişikliğin yapılarak soruşturmacıya konut içerisinde gizlice arama ve el koyma yetkisinin tanınması önerilmektedir.

¹³⁷ Alman CMK'nın soruşturma makamlarına konutta dinleme yetkisi veren § 100c hükmü ihdas edilmeden önce 26.03.1998 tarihli Anayasada Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes) ile Anayasada değişiklik yapılarak, Alman AY m.13' e fıkra 2'den sonra gelmek üzere konu ile ilgili düzenleme yapılmıştır (fıkra 3 ile fıkra 6 arasında). Bkz. Plagemann, (n 3) 181. Bu çerçevede Alman hukukunda da konutta dinlemenin ancak sıkı şekil şartları altında uygulanabilecek bir tedbir olduğunu hatırlatmak gerekir.

Kaynakça

- Alptekin S, 'Ceza Muhakemesinde Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi SBE 2017)
- Aydın M, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Soruşturmacı' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2021)
- Bağlar Y E, 'Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi' (2021) 16 (180) THD 1474-1490
- Baytaz A B, 'Gizli Soruşturmacı', 7. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali "Terör ve Darbelere Karşı Hukuk Devletinin Korunması" Tebliğler, (Ed. Adem Sözüer) (On İki Levha Yayıncılık 2022)
- Bingül F, 'Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2023)
- Canpolat C, 'Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi', (Uluslararası Hukuk Kongresi: Güncel Temalar & Başlıklar, Samsun, 05-09.12.2018) 297-319
- Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (20. Bası, Beta Yayıncılık 2021)
- Çakrak R ve İldeş S, 'Kamu Hukuku ve Özel Hukuk Açısından Dürüstlük Kuralı ve Uygulama Alanı' (2014) 2 (2) SaÜHFD 47-76
- Çolak H ve Taşkın M, *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, (Seçkin Yayınevi 2007)
- Dencker F, 'Über Heimlichkeit, Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverfahren' (1994) 2 StV 667-683
- Dikkat G C, 'Gizli Soruşturmacı' (Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi SBE 2019)
- Doğan K, 'Soruşturmada Tuzağa Düşürme Yasağı' Dr. Dr. h. c. Silvia Tellenbach' a Armağan, (Seçkin Yayınevi 2018) 969-989
- Donay S, *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku*, (Beta Yayıncılık 2015)
- Dönmez B, 'AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkının Kullanılması' (2016) 127 TBBD 121-156
- Duttge G, 'Strafprozessualer Einsatz von V-Personen und Vorbehalt des Gesetzes', (1996) 51 (11) JZ 556-565
- Eisenberg U, 'Straf(verfahrens-) rechtliche Maßnahmen gegenüber "Organisiertem Verbrechen"' (1993) 16 NJW 1033-1039
- Erdem M R, *Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri*, (Seçkin Yayınevi 2001).
- Eryılmaz M B, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, (Seçkin Yayınevi 2012)
- Frister H, 'Zur Frage der Vereinbarkeit verdeckter Ermittlungen in Privatwohnungen mit Art. 13 GG', (1993) 3 StV 151-155 (Privatwohnungen)
- , *Handbuch des Polizeirechts* (Matthias Bäcker, Erhard Denninger ve Kurt Graulich) (7. Auflage, C. H. Beck 2021) (Handbuch)

- Gökçen A, Balcı M, Alşahin M E ve Çakır K, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (6. Baskı, Adalet Yayınevi 2022)
- Gökpınar M, 'Şüphelinin Kolluk Tarafından Aldatılması' (2023) 31 (2) SÜHFD 665-701
- Göksel Y, '5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde "Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi"' (2011) 3 ABD 287-298
- Hauck P, Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar (Volker Erb, Robert Esser, Ulrich Franke, Kirsten Graalman-Scheerer, Hans Hilger ve Alexander Ignor) (3. Band, 26. Auflage, Walter de Gruyter GmbH 2014)
- Hegmann S, BeckOK StPO (Ed. Jürgen Graf) (52. Edition, C.H. Beck 2024)
- Henrichs S ve Weingast K, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (Christoph Barthe ve Jan Gericke) (9. Auflage, Verlag C. H. Beck 2023)
- Hilger H, 'Neues Strafverfahrenrecht durch das OrgKG -2. Teil-' (1992) 11 NSTz 523-526 (Neues Strafverfahrenrecht)
- , 'Verwertbarkeit der Aussage eines ohne richterliche Zustimmung als Scheinkäufer eingesetzten Polizeibeamten', Anmerkung zu BGH Urteil vom 06.02.1997 - 1 StR 527/96, (1997) 9 NSTz 448-449 (Scheinkäufer)
- , 'Verdeckter Ermittler, V-Leute', Festschrift für Ernst-Walter Hanacak zum 70. Geburtstag (Udo Ebert, Claus Roxin, Peter Rieß ve Eberhard Wahle) (Walter de Gruyter 1999) 207-220 (Verdeckter Ermittler)
- Işık M, 'Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi' (2014) 110 TBBD 383-398
- İnci Z Ö, 'Şüpheli ve Saniğa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Saniğin Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katılma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler' (2017) 7 (2) Hacettepe HFD 119-168
- Jahn M, 'Strafprozessrecht: Beweisverwertungsverbot bei verdecktem Verhör', Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 18.05.2010 - 5 StR 51/10, (2010) 9 JuS 832-834
- Jörn H, *Münchener Kommentar zur StPO* (Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider) (Band 1, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck 2023)
- Karaaslan R, 'Soruşturma Organları Hesabına Hareket Eden Özel Kişilerin Eylemlerinin Kamu Makamlarına Atfedilebilirliği - İfade Almada Yasak Usul Olan "Aldatma" Örneğinden Üzerinden Bir İnceleme' (2021) XXV (2) AHBVÜHFD 555-621
- Kartal A, 'Tesadüfen Elde Edilen Deliller' (Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü 2010)
- , 'Teknik Araçlarla İzleme ve Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi' (2014) 9 (98) THD 14-24
- Keskin Kızıroğlu S, '5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)' (2009) 58 (1) AÜHFD 139-168

- Kılıbaş Ö S, 'Ceza Muhakemesinde Gizli Soruşturmacı' (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE 2010)
- Kirkpatrick D R, 'Der Einsatz Von Verdeckten Ermittlern in Wirtschaftsstrafverfahren' (2019) 4 NStZ 177-182
- Koca M ve Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (16. Baskı, Seçkin Yayınevi 2023)
- Köksal A, 'Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi' (2016) 65 (4) AÜHFD 2139-2176
- Maier S, *Münchener Kommentar zur StPO* (Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider) (Band 1, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck 2023)
- Meyer-Mews H, "Wiederaufnahme nach Nichteröffnung - Zeugenseitig provozierte Selbstbelastung", Anmerkung zu BGH, Beschluß vom 01.12.2016 - 3 StR 230/16, NJW, S.25, 2017, 1828-1831
- Müller W ve Römer S, 'Legendierte Kontrollen Die gezielte Suche nach dem Zufallsfund' (2012) 10 NStZ 543-547
- Nowrousian B, 'Darf der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren getäuscht werden?' (2015) 11 NStZ 625-628
- Nuhoglu A, 'Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi', Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı (C.2, 2008) 1057-1067
- Özbek V Ö, *Teknik Araçlarla İzleme ve Gizli Soruşturmacı Tedbirleri*, Türk Ceza Adaleti Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Avrupa Birliği-Avrupa Konseyi Ortak Projesi Teknik Araçlarla İzleme ve Gizli Soruşturmacı Tedbirleri (Haz.: Juan Carlos Da Silva, Albrecht Stange ve Veli Özer Özbek) (Gizli Soruşturmacı Tedbirleri)
- , 'Türk Hukuku'nda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu' (2014) 2 (1-2) CKHD 135-155 (Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu)
- Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (16. Baskı, Seçkin Yayınevi 2023) (Ceza Muhakemesi)
- , *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (18. Baskı, Seçkin Yayınevi 2023) (Ceza Hukuku Özel Hükümler)
- Özbek V Ö, Doğan K, Meraklı S, Bacaksız P ve Başbüyük İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (14. Baskı, Seçkin Yayınevi 2023)
- Özdem Ö, 'Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Soruşturmacının Hareket Sınırını Aşması ve AİHM'in Konuya Yaklaşımı', (2021) 16 (47) CHD 493-524
- Özen M, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku*, (4. Baskı, Adalet Yayınevi 2021)
- Öztürk B, Eker Kazancı B ve Soyer Güleç S, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, (5. Bası, Seçkin Yayınevi 2022)
- Öztürk B, Tezcan D, Erdem M R, Sırma Gezer Ö, Saygılar Y F, Alan E, Özaydın M, Erden Tütüncü E, Tok M C, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (17. Baskı, Seçkin Yayınevi 2023)

- Parlak E, 'Gizli Soruşturmacı Kavramına Genel Bir Bakış' (2010) 5 (48) THD 25-38
- Plagemann G, 'Alman Hukuku'nda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri' (2014) 2 (1-2) CKHD 157-187
- Rebmann K, 'Der Einsatz Verdeckt Ermittlender Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung' (1985) 1/2 NJW 1-6
- Rogall K, 'Strafprozessuale Grundlagen und Legislative Probleme Des Einsatzes Verdeckter Ermittler im Strafverfahren' (1987) 42 (18) JZ 847-853 (Legislative Probleme Des Einsatzes Verdeckter Ermittler)
- , 'Selbstbelastungsfreiheit und Vernehmungähnliche Befragung durch Verdeckten Ermittler', Anmerkung zu BGH Urteil vom 26.07.2007 - 3 StR 104/04, (2008) 2 NStZ 110-113 (Selbstbelastungsfreiheit)
- Roxin C, 'Zum Einschleichen polizeilicher Scheinaufkäufer in Privatwohnungen (BGH, StV 1997, 233)' (1998) 1 StV 43-45
- Rückert C, *Münchener Kommentar zur StPO* (Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider) (Band 1, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck 2023)
- Sanıvar R, 'Ceza Muhakemesinde Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi Tedbiri' (2019) 14 (40) CHD 403-449
- Schlüchter E, 'V-Mann-Aussage zu Äußerungen von Angehörigen des Angeklagten' Anmerkung zu BGH, Urteil vom 21.07.1994 - 1 StR 83/94 (1995) 7 NStZ 354-355
- Schnarr K H, 'Zur Verknüpfung von Richtervorbehalt, staatanwaltschaftlicher Eilanordnung und richterlicher Bestätigung' (1991) 5 NStZ 209-216
- Schneider H, 'Ausgewählte Rechtsprobleme des Einsatzes verdeckter Ermittler -Eine Zwischenbilanz-' (2004) 7 NStZ 359-367
- Sezer Y, İpek A İ ve Parlak E, *Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı, Teknik Araçlarla İzleme*, (Seçkin Yayınevi 2012)
- Sınar H ve Erden E, 'Ceza Muhakemesinde Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesine İlişkin Bir AİHM Kararı Bykov V. Rusya' (2010) 2 (13) 30-36
- Sinn A, 'Karanlık Ağda Soruşturma' (Çev.: Nilüfer Köker) (2018) 104 Fasikül Hukuk Dergisi 16-23
- Soiné M, 'Kriminalistische List im Ermittlungsverfahren' (2010) 11 NStZ 596-602
- Soyaslan D, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (8. Baskı, Yetkin Yayınları 2020)
- Stephan W, 'Verdeckte Ermittlungen im Strafverfahren und die Unverletzlichkeit der Wohnung' (1992) 25 (7) ZRP 243-247
- Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (14. Bası, Seçkin Yayınevi 2023)
- Şahin İ, *Teknik Araçlarla İzleme*, (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2015)
- Şahin O, 'Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi', (Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi SBE 2019)

- Şen E, *Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme-Gizli Soruşturmacı-X Muhbir*, (6. Baskı, Seçkin Yayınevi 2013) (Gizli Soruşturmacı)
- , *Yorumluyorum - VII*, (Seçkin Yayınevi 2014) (Yorumluyorum)
- Tezcan D, Erdem M R ve Önok R M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, (21. Baskı, Seçkin Yayınevi 2023)
- Tok O, 'Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Çerçevesinde Sınırlandırılması', (2015) 21 (1) MÜHF-HAD 239-260
- Toprak U, 'Şüphelinin Susma Hakkının Güvenilir Kişiye Başvurulması Yöntemiyle İhlaline Alman Yargıtayı Kararları Işığında Kısa Bir Bakış' (2011) 1 (7) TAAD 257-286
- Tsambikakis M, Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar (Volker Erb, Robert Esser, Ulrich Franke, Kirsten Gralman-Scheerer, Hans Hilger ve Alexander Ignor) (3. Band, 26. Auflage, Walter de Gruyter GmbH 2014)
- Turhan F, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Asil Yayın Dağıtım 2006) (Ceza Muhakemesi)
- , *Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması*, (Seçkin Yayınevi 2009) (Tanıkların Korunması)
- , 'Terör Örgütünün Faaliyeti Çerçevesinde İşlenen Suçların Soruşturulması ve Kovuşturulmasında Tanıkların Kimliğinin Gizli Tutulması - AİHM Kararları Işığında Uygulamanın İncelenmesi', *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Terörizm, Terör Suçları ve İnfaz Hukuku*, II. Cilt (Ed. İzzet Özgenç) (Bireklam Arısı Matbaacılık 2024) 329, 333-351. (329-374)
- Turinay F, 'Ceza Muhakemesi Hukukunda Teknik Araçlarla İzleme' (2021) 12 (46) TAAD 413-454
- Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (19. Baskı, Adalet Yayınevi 2022)
- Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (11. Baskı, Seçkin Yayınevi 2023)
- Yenisey F ve Oktar S, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu Strafprozeßordnung (StPO)*, (2. Baskı, Beta Yayınevi 2015)
- Yılmaz Y, 'Bir Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemi Olarak Adli Arama' (2016) 124 TBB 247-304
- Yılmaz Z, 'Özel Hayat ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Kapsamında "Konutta Arama"' (2011) 6 (17) CHD 160-185
- Yurtcan E, *Ceza Yargıcının El Kitabı*, (Seçkin Yayınevi 2019) (Ceza Yargıcının El Kitabı)
- , *Ceza Yargılaması Hukuku*, (16. Bası, Seçkin Yayınevi 2019) (Ceza Yargılaması Hukuku)
- Zöllner M A, 'Beweisrechtliche Probleme beim Einsatz Verdeckter Ermittler' (2014) 2 (1-2) 85-103
- Weisser N-F, 'Zum Betretungsrecht von Wohnungen bzw. Hotelzimmern durch einen nicht offen ermittelnden Polizeibeamten (noeP)' (2018) 2 NZWiSt 59-63