

KIŞKIRTICI AJAN

Ozan Ercan Taşkın

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Doktora Tezi

Eskişehir 2008

KIŞKIRTICI AJAN

OZAN ERCAN TAŞKIN

DOKTORA TEZİ

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. NEVZAT TOROSLU

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kasım 2008

DOKTORA TEZ ÖZÜ**KIŞKIRTICI AJAN****Ozan Ercan Taşkın****Kamu Hukuku Anabilim Dalı****Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ekim 2008****Danışman: Prof. Dr. Nevzat Toroslu**

Kışkırtıcı ajan başlığını taşıyan çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Bu konunun tez konusu olarak seçilmesinin nedeni, ceza hukuku kurumları içerisinde kışkırtıcı ajanın yerinin ne olduğunu belirleyebilmek ve figürün suç siyaseti bakımından etkilerini ortaya çıkarabilmektir.

Tezimizin birinci bölümünde, kavramsal çerçeve ve kışkırtıcı faaliyet başlığı altında, kışkırtıcı ajanın kimliği ve kışkırtıcı faaliyet incelenmiştir. İkinci bölümde ise, suça iştirak, teşebbüs ve hukuka uygunluk nedenleri kapsamında kışkırtıcı faaliyet değerlendirilmiştir. Tezimizin üçüncü ve son bölümünde ise, kışkırtma faaliyetinin hukuk devleti ilkesi ile uyusabilirliği, kışkırtıcı ajan müdahalesinin ceza muhakemesi hukuku bakımından ortaya çıkardığı sorunlar ve kışkırtılanın cezai sorumluluğu üzerinde durulmuştur.

ABSTRACT**AGENT PROVOCATEUR****Ozan Ercan Taşkın****Department of Public Law****Anadolu University Social Sciences Institute, October 2008****Supervisor: Prof. Dr. Nevzat Toroslu**

Our thesis named “Agent Provocateur” is composed of three chapters. The main reason of choosing this subject as the subject of our thesis is to determine the place of Agent Provocateur within the institution of criminal law and to introduce the effects of the figure in terms of policy of crime.

The first chapter discusses the identity of Agent Provocateur and provocative agency under the heading “conceptual framework and provocative agency”. The second chapter evaluates provocative agency within the context of complicity in a crime, crime of attempt and justification. The last chapter considers the compromise between provocative agency and the rule of law, the problems caused by interferences of Agent Provocateur in terms of criminal procedure and criminal liability while inciting or stimulating another to do a particular deed or when someone is aroused to act in a particular manner; this is the act to provoke.

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Ozan Ercan TAŞKIN'ın "Kışkırtıcı Ajan" başlıklı tezi **11 Kasım 2008** tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca, **Kamu Hukuku** Anabilim Dalında **Doktora** tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

İmza

Üye (Tez Danışmanı) : Prof.Dr.Nevzat TOROSLU
Üye : Prof.Dr.Özcan UÇKAN
Üye : Doç.Dr.A.Tülin YÜRÜK
Üye : Doç.Dr.Türkan SANCAR
Üye : Yard.Doç.Dr.Tuğrul KATOĞLU

[Handwritten signatures of the jury members]

[Handwritten signature of Doç.Dr.Mehmet BAŞAR]
Doç.Dr.Mehmet BAŞAR
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdür Vekili

ÖZGEÇMİŞ

OZAN ERCAN TAŞKIN

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Doktora Programı

Eğitim

Y.Ls.	2002	Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü
Ls.	1997	Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
Lise	1991	Ankara Atatürk Anadolu Lisesi

İş

1998- Araştırma Görevlisi. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Mesleki Birlik / Dernek / Kuruluş Üyelikleri

2004- Eskişehir Barosu Dergisi Yayın Kurulu

Yayınlar

- Taşkın, O. E., “Guantanamo, ABD’dir”, Günlüğü Aylık Hukuk Dergisi, Ocak 2004, s. 32-33.
- Taşkın, O. E., “Ceza Hukuku Bakımından Yasal Olmayan Tıbbi Müdahale”, Eskişehir Barosu Dergisi, Şubat 2005, s. 139-149.
- Taşkın, O. E., “Muhakemenin Kamu Güvenliği Nedeniyle Nakli ve Anayasal Değerler”, Güncel Hukuk Dergisi, Şubat 2006, s. 8-9.
- Taşkın, O. E., “Koruma Tedbiri Alınmaksızın Gerçekleşen Cinsel İlişki Yoluyla HIV Virüsünün Bulaştırılmasında Manevi Unsurun Belirlenmesi Sorunu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Kasım-Aralık 2008, s. 61-72.
- Taşkın, O. E., “Turkish Criminal Code and Struggle for Human Rights”, Law and Society Organisation,(sözlü bildiri) Temmuz 2006, Baltimore, Maryland, ABD.

Kişisel Bilgiler

Doğum yeri ve yılı: Artvin-1972 **Cinsiyet:** Erkek **Yabancı dil:** İtalyanca ve İngilizce

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	ii
ABSTRACT	iii
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI	iv
ÖZGEÇMİŞ	v
KISALTMALAR LİSTESİ	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE ve KIŞKIRTICI FAALİYET

1. KIŞKIRTICI AJAN KAVRAMI.....	7
1.1. Kışkırtıcı Ajan Tanımı ve Terimsel Birlik.....	7
1.2.Tarihsel Gelişim Yerine Kavramın Fransa’da Ortaya Çıkış Süreci ..	10
2. KİMİN KIŞKIRTICI AJAN OLABİLECEĞİ SORUNU	16
2.1. Genel Olarak	16
2.2. Herkes Kışkırtıcı Ajan Olabilir Yaklaşımı.....	17
2.3. Sadece Kamu Görevlileri Kışkırtıcı Ajan Olabilir Yaklaşımı	19
2.3.1.Kışkırtıcı Ajan Kategorileri	21
2.3.1.1. Muhbir.....	22
2.3.1.2.Gizli Soruşturmacı	23
2.3.1.3. Suç Örgütüne Sızan Olarak Güvenilir Kişi	27
2.4. Görüşümüz	29
3.KIŞKIRTICI FAALİYET	32
3.1.Kışkırtıcı Ajanın Suça Katılmasının Biçimi	32
3.1.1. Genel Olarak.....	32

3.1.2. Kışkırtıcı Ajanı Sadece Suça Manevi Katılma Bağlamında	
Değerlendiren Yaklaşım.....	33
3.1.2.1. Kışkırtıcı Ajanın Manevi Şerikten Farkı.	33
3.1.2.2. Suça Manevi Olarak Katılan Kışkırtıcı Ajanın	
Cezalandırılabilirliği.....	38
3.1.3. Kışkırtıcı Ajanı Her Türlü Katılma Bağlamında	
Değerlendiren Yaklaşım.....	41
3.1.4. Görüşümüz.....	43
3.2. Kışkırtıcı Faaliyetin Maddi Yönü	44
3.2.1. Hareket-İhmal Suçu	45
3.2.2. Kışkırtıcı Davranışın Meydana Geldiği An	46
3.2.3. Suçun Tamamlanması	47
3.2.3.1. Sırf Davranış Suçları-Sonuç Suçları	47
3.2.3.2. Zarar Suçu -Tehlike Suçu.....	49
3.2.3.3. Suçun “Biçimsel” Tamamlanması Yaklaşımı	49
3.2.4. Kışkırtıcı Davranışın Nedensel Değeri.....	56
3.3. Kışkırtıcı Faaliyetin Manevi Yönü	58
3.3.1. Kışkırtıcı Ajanın Kastının Olmadığı Yaklaşımına	
Bazı İtirazlar	64
3.3.2. Kışkırtıcı Ajanın “Çifte Kastı” (doppio dolo).....	67
3.3.3. Kışkırtıcı Ajanın Ortaya Çıkan Netice Bakımından	
Kusurluluğu	68
3.3.3.1. Kışkırtıcı Ajanın, Kışkırtılan Suçun Teşebbüs	
Aşamasında Kalması Halinde Kusurluluğu	68
3.3.3.2. Kışkırtıcı Ajanın, Kışkırtılan Suçun Tamamlanması	
Halinde Kusurluluğu	71
3.3.4. Kışkırtıcı Ajanın Sorumluluğunu Kusurluluk	
Kapsamında Açıklamanın Sınırları.....	77
3.3.4.1. Fail Olan Kışkırtıcı Ajanın Cezai Sorumluluğu	77
3.3.4.2. Tehlike suçları ve kışkırtıcı ajan	78
3.3.4.3. Özel kastın arandığı suçlara kışkırtıcı ajanın müdahalesi ...	80
3.3.5. Ayrık bir örnek: Suç işlemeye tahrik suçu olarak kışkırtma.....	81

3.3.6. Manevi Unsur ve Görüşümüz	82

İKİNCİ BÖLÜM

KIŞKIRTMA FAALİYETİNİN MAHİYETİ

1. KIŞKIRTICI AJAN VE SUÇA İŞTİRAK	85
1.1. Genel olarak.....	85
1.2. Kışkırtıcı Faaliyetin İştiraki Aşan, Fırsat Yaratıcı Yönü	87
1.3. Kışkırtıcı Davranışın İkincil Niteliği	89
1.4. Kışkırtılanın Yanında Kışkırtıcının Bir Davranışının Bulunması	90
1.5. Kışkırtıcı Ajan ve İştirak İradesi	91
1.6. Suçun Varlığı (Aynı Suç).....	94
1.7. Kışkırtıcı Ajan Hareketinin Nedensel Değeri.....	94
1.8. İştirakin Biçimi.....	95
1.8.1. Kışkırtıcı Ajanın Manevi Şerik Olması Durumu	95
1.8.2. Kışkırtıcı Ajanın Maddi Şerik Olması Durumu.....	97
1.9. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi Nitelikli Hali Bakımından Kışkırtıcı Ajanın Dikkate Alınması Sorunu.....	98
1.10. Kışkırtılanın Fiilinde Cezayı Etkileyen Halin veya Cezasızlık Nedeninin Bulunması	101
1.11. Kışkırtıcı Ajana İştiraki Düzenleyen Kurallar İçerisinde Yer Verilmelidir	102
2. KIŞKIRTICI AJAN VE ÇOK FAİLLİ SUÇ	104
2.1. Genel Olarak	104
2.2. Suç işlemek Amacıyla Örgüt Kurma veya Kurulu Örgüte Üye Olma Suçu	106
2.3. Sözleşme Suçları	111
2.3.1. Kurmaca Alıcı (Fictus Emptor)	112
2.3.1.1. Fictus Emptor Bakımından Görüşümüz	119
2.4. “Görünüşte” Sözleşme Suçları.....	121

2.4.1. Görünüşte Mağdur (Finta Vittima)	122
2.4.2. Görünüşte Mağdur Hakkında Görüşümüz	123
2.5. Heterojen Hareketli Karşılaşma Suçu: Rüşvet	125
2.6. Çocuk Düşürtme Suçlarında Kışkırtıcı Ajan Örneği.....	130
3. TEŞEBBÜS VE İŞLENEMEZ SUÇ	132
3.1. Genel olarak (Sorunun Belirlenmesi)	132
3.2. Kışkırtıcı Ajanın İşlenemez Suça Yönelik Faaliyeti.....	135
3.2.1. Kışkırtılanın Kullandığı Aracı Elverişsiz Kılmak	136
3.2.2. Kışkırtılanın Neticeyi Meydana Getirmek Bakımından Elverişli Araçlarının, Olmayan Maddi Konuya Yönlendirilmesi	136
3.3. Kışkırtıcı Davranış ve Teşebbüsün Cezalandırılması	137
3.3.1. Kışkırtıcı Ajanın Müdahalesi Bağlamında Teşebbüs ve İşlenemez Suç İlişkisi.....	138
3.3.2. Kışkırtıcı Ajan Katılımının İşlenemez Suçun Varlığına Etkisi.	140
3.3.3. Saldırıya Uğrayan ‘Şeye’ İlişkin Olarak Kolluğun Aldığı Önlemin Hukuki Değeri.....	143
3.3.4. Görünüşte Mağdur/ Kurmaca Alıcı ve İşlenemez Suç	151
3.4. Teşebbüs, İşlenemez Suç ve Görüşümüz	155
4. KIŞKIRTICI AJANIN DAVRANIŞININ GÖNÜLLÜ VAZGEÇME KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ	158
4.1. Saldırıya Uğrayan ‘Şeye’ İlişkin Olarak Kolluğun Aldığı Önlemler Sayesinde Kışkırtılanın Suçu Tamamlayamaması.....	166
4.2. Saldırıya Uğrayan ‘Şeye’ İlişkin Olarak Kolluğun Aldığı Önleme Rağmen Kışkırtılanın Suçu Tamamlaması	168
5. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ	169
5.1. Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kışkırtıcı Ajanlık Faaliyeti.....	169
5.2. Yasal Savunmada Bulunan Kimse Olarak Kışkırtıcı Ajan	172
5.3. Zorda Kalan Kimse Olarak Kışkırtıcı Ajan.....	174

5.4. İlgilinin Rızası.....	178
5.5. Görevin Yerine Getirilmesi Hukuka Uygunluk Nedeni.....	183
5.5.1. Amirin Emrini Yerine Getiren Olarak Kışkırtıcı Ajan.	183
5.5.2. Kanun Hükmünü Yerine Getiren Kimse Olarak	
Kışkırtıcı Ajan	186
5.5.3. Kanun Hükmünün Getirilmesi Bağlamında Görüşümüz	203
 6. KIŞKIRTICI AJAN'IN CEZAİ SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN	
ÖZGÜN YAKLAŞIMLAR.....	205
6.1. Genel Olarak	205
6.2. Sosyal Uygunluk Yaklaşımı	206
6.3. Görünüşte Suç	209
6.4. Teatral Sonuç Yaklaşımı	212
6.5. Sözde Suç Yaklaşımı.....	213
6.6. Fransız Yaklaşımı.....	215
6.7. Yasal Model	217
6.7.1. Kurumun Uluslararası Kaynakları.....	228
6.7.2. İtalyan Düzenlemesine İlişkin Genel Değerlendirme	230
6.7.3. Özel Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kışkırtıcı Ajan....	232

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KIŞKIRTMA, HUKUK DEVLETİ ve KIŞKIRILANIN CEZAİ SORUMLULUĞU

1. GENEL ÇERÇEVE	235
 2. SUÇA KIŞKIRTMA VE HUKUK DEVLETİ	236
2.1. Devletin Yasayla Bağlı Olması	239
2.2. Bireyin Temel Hak ve Özgürlüklerinin Anayasal Güvence	
Altında Olması	242

3. KIŞKIRTICI FAALİYETİN CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU	
BAKIMINDAN KISA DEĞERLENDİRMESİ	249
3.1. Genel Olarak	249
3.2 Kışkırtmanın Adli Makama Bildirilmesi Zarureti Bağlamında	
İtalya Örneği	249
3.3. Kışkırtmanın, Koruma Tedbirlerine Hakim Olan İlkelerle	
Uyuşabilirliği	250
3.4. Kışkırtıcı Ajanın Tanıklığı ve Elde Edilmiş Bilginin	
Değerlendirilmesi	252
 4. KIŞKIRTILANIN CEZAİ SORUMLULUĞUNUN ESASI VE	
SINIRLARI	257
4.1. Genel Olarak	257
4.2. Kışkırtılanın Cezalandırılmasına İlişkin Sosyal ve Hukuki	
Nedenler.....	259
4.3. Kışkırtmanın Kışkırtılan Üzerindeki Etkisi, Cezayı Kaldıran	
veya Azaltan Bir Neden Olarak Kışkırtma	261
4.3.1.Genel Olarak.....	261
4.3.2. Genel Olarak Kışkırtmanın Kaynağı.....	262
4.3.2.1. Bağışıklık Modeli	262
4.3.2.1.1. Kışkırtanın Özel Bir Kişi Olması Haklinde	
Kışkırtılanın Sorumluluğu.....	262
4.3.2.1.1.1. Maddi Ceza Hukuku Bakımından	262
4.3.2.1.1.2. Muhakeme Hukuku Bağlamında Çözümler.....	263
4.3.2.1.1.3. Görüşümüz	263
4.3.2.1.2. Kışkırtanın Kamu Görevlisi Olması Halinde	
Kışkırtılanın Sorumluluğu.....	264
4.3.2.1.2.1. Kışkırtılanın Cezasız Bırakılması Gerektiğine	
Yönelik Maddi Ceza Hukuku Bağlamlı Çözümler	264
4.3.2.1.2.1.1. İşlenemez Suç Merkezli Çözüm.....	264

4.3.2.1.2.1.2. Manevi Cebire Dayalı Sübjektif Çözüm	265
4.3.2.1.2.1.3. “Cezadan Feragat” ve Cezalandırılabilirliği Ortadan Kaldıran Yasaüstü Neden	267
4.3.2.1.2.2. Kışkırtılanın Cezasız Bırakılması Gerektiğine Yönelik Ceza Muhakemesi Hukuku Bağlamlı Çözümler	269
4.3.2.1.3. Adil Yargılanma Hakkı ve Kışkırtılanın Sorumluluğu.....	275
4.3.2.2. Kışkırtılanın Cezasının İndirilerek Verilmesi Yaklaşımı ...	281
4.3.2.2.1. Temel Cezanın Belirlenmesinde Kışkırtmanın Dikkate Alınması.....	281
4.4. Kışkırtılanın Cezai Sorumluluğu Konusunda Uygulama Örnekleri	284
4.4.1. Kışkırtılanın Cezai Sorumluluğunun Tam Olduğu Yaklaşımı	284
4.4.2. Kışkırtılanın Cezasının İndirilerek Verilmesi Gerektiği Yaklaşımı	285
4.4.3. Kışkırtılana Ceza Verilmemesi Gerektiği Yaklaşımı	287
4.4.4. Kışkırtılanın Cezalandırılıp Cezalandırılmayacağı Somut Olaya Göre Belirlenmelidir Yaklaşımı	289
SONUÇ	292
KAYNAKÇA.....	302

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
aşa.	: Aşağıda
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
C.D.	: Cosi Detto
Cass. pen	: Cassazione Penale
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas
ed.	: Edizione
ETCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
Fasc.	: Fascicolo
FCK	: Fransız Ceza Kanunu
İBGK	: İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İCK	: İtalyan Ceza Kanunu
İCMK	: İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde

P.	: Parte
pen	: Penale
PVSK	: Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
sezz.	: Sezione
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Karar Tarihi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
yuk.	: Yukarıda

GİRİŞ

Kışkırtıcı ajan¹ bir ceza hukuku figürü olarak, uygulamanın ender örnekleri dışında, ülkemiz ceza hukukçularının sınırlı ilgilendiği konular arasında yer alır. Karşılaştırmalı öğreti bakımından suça kışkırtma, ağırlıklı olarak son yıllarda suç işleme oranlarının artması ve suçun organize şekilde işlenmesi karşısında suçla mücadele aracı olarak çalışmalara konu edilir hale gelmekle birlikte, özellikle geçen yüzyılın başından itibaren suç siyasetinin ve ceza hukuku dogmatığının bir konusu olarak çokça çalışılmıştır.

Kışkırtıcı ajan çoğu hukuk sisteminde normatif anlamda bir karşılık bulmamasına rağmen, ceza hukuku bakımından önemli bir işleve sahiptir. Nitekim kışkırtıcı ajanın bir ceza hukuku figürü olarak nitelendirilmesi ile kavram, sadece teknik dogmatik bir karşılık bulmayacak aynı zamanda, kışkırtıcı ajana verilecek vasıfla, suç siyasetinin, tartışmalı alanları bakımından da sınırları belirlenmiş olacaktır.

Öğretide kavram, tahrikçi ajan, ajan provokatör ve de kışkırtıcı ajan terimleriyle ifade edilmiştir. Biz, hem Türkçe söz dizimine daha uygun olduğu için, hem de suça yönlendirilenin durumunu açıklamakta “kışkırtılan” teriminin kullanılmasını tercih edilir bulmamızdan dolayı, figürü “kışkırtıcı ajan” olarak adlandırmayı uygun bulduk.

Kışkırtıcı ajanın cezalandırılması gerektiği hemen her hukuk düzeninde ifade edilmiş olsa da, figür hukuk sistemlerinin kullanmaktan vazgeçmediği bir polis taktiği

¹ Kışkırtıcının kolluk kuvvetlerine mensup olmasıyla, herhangi bir kimsenin kışkırtıcı olması arasında bir fark yoktur. Yegâne fark cezalandırılabilme hususunda söz konusu olabilir. Giuseppe Maggiore, **Diritto Penale Parte Generale, vol. II** (Bologna: 5. ed., Zanichelli, 1955), s. 569. Biz bu yüzden, “kışkırtıcı ajan” terimini zaman zaman da ifade kolaylığı açısından sadece “kışkırtıcı” terimini, yerine göre kolluk mensubu olan kişi için, yerine göre özel kişi için kullandık. Ancak Erem, kışkırtıcı ajan üzerine yazdığı eserlerinde, kışkırtıcı ajan terimini kolluk mensubu olanlar için kullanırken, özel nedenlerle hareket edenler için sadece ‘kışkırtıcı’ terimini kullanmayı tercih etmiştir. Bkz. Faruk Erem, “Kışkırtıcı Ajan”, **AÜHFD**, Yıl 1975, C. 32, S. 1-4., s. 5.

işlevi görerek; otoriter düzenlerde muhalifleri bastırmak, demokratik düzenlerde suçla mücadele aracı olarak sürekli bir şekilde kullanıla gelmiştir. Hukuk devletinde suçla mücadele aracı olarak kışkırtıcı ajan kullanılmasının temel hak ve özgürlüklerin ihlaline yol açacağı düşüncesine rağmen, figür sürekli olarak fakat başka başka adlar altında aynı işlevi yerine getirmeye devam etmektedir.

Son yıllarda suç olgusunda ortaya çıkan farklılaşmalar sonucunda, yasa koyucuların da tercihleriyle figüre suçla mücadelede taktik olarak sıklıkla başvurulur olmuştur. Yasadışı faaliyet yürütenlerin giderek daha karışık ve örgütlü yöntemler kullanmalarının, onlarla mücadele pratiği bakımından yeni yöntemlere başvurulması zorunluluğu doğurduğu savunulmaktadır. Bugün kışkırtıcı ajan faaliyeti suçla mücadele bakımından en zorlanan suç kategorilerinde, örneğin mafya tipi veya terör örgütleriyle mücadelede tercih edilir bir taktik uygulama haline gelmiştir.

Birçok ülkede farklı düzeylerde de olsa kurum yasal olarak tarif edilmiş ve polise kışkırtıcı ajan olarak çalışma serbestîsi sağlamıştır. Temel olarak yürütülen faaliyet ise bir kimsenin suça yönlendirilmesidir. Yasal figür haline gelen kışkırtıcı ajan hakkında çok sayıda uygulama örneği ve bu uygulamalara ilişkin birçok mahkeme kararı bulabilmek olanaklıdır.

Kışkırtıcı ajan sorunsalı, kurumun tanımlanmaya ve tasnif edilmeye çalışıldığı ilk yıllardan itibaren içinden geçilen tarihsel sürecin güncel suç siyaseti gereklerinden de etkilenilerek ağırlıklı olarak suça iştirak ve teşebbüs başlıklarında incelenmiştir. Son yıllarda figürün incelenme alanı kendine özgü bir karakter göstererek, kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni olmuştur. Bununla birlikte, birçok kışkırtıcı ajan hipotezinin bulunması, kurumun suç siyasetiyle bu anlamda “tercihlerle” yakın ilgisi, figür hakkında bütünlüklü bir öğretinin oluşturulmasını da engellemiştir.

Kışkırtıcı ajan hakkında yürütülen çalışmalar, özellikle İkinci Dünya Savaşı yıllarına kadar daha ziyade düşünsel bir birlik üzerinden hareket etmektedir. Bu bağlamda göz atılacak genel kitaplar ve şerhlerden dahi, kışkırtıcı ajan sorununun kesin

olarak çözüldüğü izlenimini almak olanaklıdır. Dönemin baskın görüşü, kışkırtıcı ajanı mutlak bir şekilde cezalandırılmayan fail olarak ele almaktadır.

Bu çalışmanın amacı kışkırtıcı ajan bakımından ortaya çıkabilecek ceza hukuku sorunlarına yer vermek ve kavramın çerçevesinin ne olduğunu ortaya koyabilmektir. Türk ceza hukuku bağlamında kışkırtıcı ajanın bir ceza hukuku meselesi olarak ele alınması bakımından temel bir zorluk figür hakkında normatif bir düzenlemenin bulunmuyor olmasıdır. Bu durumun yarattığı handikap ceza hukukunun genel ilkelerinin uygulanması yoluyla da kolaylıkla aşılabılır gözükmemektedir. Kışkırtıcı ajan meselesi ceza hukuku kitaplarında ana hatlarıyla incelenmiş ancak mahkemeler, öğretideki görüşlerin uygulamaya yansıdığı veya tartışıldığını gösterebilecek çok az sayıda karar vermiştir. Nitekim uygulamadaki sınırlı örnekler bakımından homojen bir tasnif yapılamamaktadır.

Öğreti, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun ne olacağı konusunda birbirlerinden çok farklı ve zaman zaman da birbirlerini reddeden çözüm yolları önermiştir. Kışkırtıcı ajanın müdahalesinin, fiili, görünüşte suç veya sözde suç haline getireceğinden, hareketin elverişsizliği veya konunun yokluğu nedeniyle işlenemez suçtan söz edildiği gibi; kastın bulunmaması, suçun biçimsel tamamlanması, teşebbüs halinde veya tamamlanmış suç ve hukuka uygunluk nedenlerine kadar çeşitli hipotezlere vücut verebileceği de savunulmuştur. Diğer taraftan, kışkırtıcı ajanın müdahalesinin yapısına göre, bu ihtimallerden herhangi birinin de söz konusu olabileceği ileri sürülmüştür².

Uygulamada nadir de olsa kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun olup olmadığına yönelik kararlara rastlamak olanaklıdır. Ancak kışkırtıcı ajanın ismen anıldığı kararların azlığı, onlar tarafından yürütülen faaliyetlerin de istisnai olduğu anlamına gelmez. Nitekim içtihatların şöyle bir gözden geçirilmesi halinde dahi, kışkırtıcı ajan tarafından suça kışkırtılmış kişiler hakkında ve fakat kışkırtılan olarak adlandırılmadan çok sayıda karar bulmak mümkünken, aynı şeyin kışkırtıcı ajan hakkında söylenmesi mümkün değildir.

² Bkz. Uğur Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, (Ankara: Ajans-Türk Matbaası, tarihsiz), s. 99.

Antolisei kışkırtıcı ajan varsayımı bakımından ikili bir ayırım yapmıştır: İlki suçun işlenmesinde sadece fırsat yaratan kışkırtıcı ajan, ikinci ise suçun işlenmesine neden olan kışkırtıcı ajan. İlk varsayımda kışkırtıcı ajan, suçlunun ve suçun ortaya çıkarılması ve delillerin elde edilmesi bakımından kanunun kendisine emrettiği şekilde hareket ettiğinden davranışı hukuka uygundur. İkincisinde ise, kışkırtıcı ajan bakımından herhangi bir cezasızlık nedeni bulunmamaktadır. Başka türlü gerçekleşmeyecek olan bir suça neden olarak yasaya aykırı davranmış olduğundan dolayı cezalandırılmalıdır³. Türk hukukunda söz konusu görüş *Erem* tarafından savunulmuştur⁴.

Biz, bu konuda ayrı bir başlık oluşturmayı uygun görmedik. Çünkü kışkırtıcı ajan figürü üzerine yazılmış eserlerin hiçbirinde kışkırtıcı ajanın mutlak olarak cezai sorumsuzluğundan bahseden bir görüşle karşılaşmadık. Bundan dolayı çalışmamızda, kışkırtıcı ajanın cezalandırılmasını savunan görüşler ve kışkırtıcı ajanın cezalandırılmamasını savunan görüşler şeklinde bir başlık oluşturmak yerine, ilgili başlık altında kışkırtıcı ajanın hangi koşulların varlığı halinde cezalandırılamayabileceğini açıklamayı uygun bulduk.

Kışkırtıcı ajanın, gerek maddi ceza hukukunun genel ve özel kısmı gerekse ceza muhakemesi hukukunun birçok alanıyla ilgili olarak ayrı ayrı değerlendirilmesi mecburiyeti, çalışmamız bakımından bazı tespitlerin farklı başlıklar altında tekrar edilmesi sonucunu doğurmuştur. Söz konusu tekrarı mümkün olduğunca engelleyebilmek üzere, uygun olan yerlerde çalışma içerisindeki başlıklara göndermede bulunmayı tercih ettik.

Kışkırtıcı ajan dogmatik ceza hukukuna mı yoksa suç siyasetine mi ya da her iki başlığa ait bir figür müdür? Kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğu var mıdır? Kışkırtıcı ajanı farklı kılan, neticenin gerçekleşmesine yönelik kastının olmaması mıdır? Diğer

³ Francesco Antolisei, **Manuale Di Diritto Penale Italiano Parte Generale** (Milano: 14. ed., Giuffrè, 1997), s. 562-563.

⁴ Erem, **a.g.m.**, s. 14-15.

tarafından kışkırtanın suç işlemiş olduğu belirlenmesine ulaşırsa suçun manevi unsuru bağlamında sorumluluk nasıl belirlenecektir? Cezalandırılan diğer katılanlarda olduğu gibi meseleyi iştirak kuralları çerçevesinde ele alıp kışkırtanı da herhangi bir şerik olarak mı değerlendirmek gerekir yoksa mesele hukuka uygunluk nedenleri çerçevesinde mi değerlendirilmelidir? İştirak kurumunu düzenleyen kurallarla sorumluluk alanını belirlemek yeterli olacak mıdır? Kışkırtıcı ajanın “müdahalesi” elverişlilik bağlamında tartışılabilir mi? Bu noktada “işlenemez suç” kurumuna gidilebilir mi? Anlaşmalı suçlarda, bir alt kategori olarak sözleşme suçlarında yani iki taraflı çok failli suçlarda suçun tamamlanması için yeterli olan “müdahale” ölçüsü nedir? Şayet her türlü kışkırtıcı ajan davranışı suç olarak görülmezse, örneğin yasa koyucunun, suça iştirak bakımından birden çok sayıda insanın suça katılmasını cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak gördüğü durumlarda, kışkırtıcı ajanın varlığı, “birden çok insan” hesaplanmasına katılacak mıdır? Bir diğer sorun ise kışkırtıcı ajan müdahalesi sadece belirli suçlar bakımından mı söz konusudur yoksa her türlü suç bakımında söz konusu olabilecek midir? Kışkırtıcı ajan figürü bakımından “özel hukuka uygunluk nedenleri” yaratılabilir mi? Kışkırtma sonucu suç işleyen kışkırtılanın durumu nedir? Kışkırtıcı ajan müdahalesi, muhakeme hukuku bakımından özel sonuçlar doğurur mu? Kışkırtıcı ajan figürünün hukuk devleti ilkesi ile uyumu olanaklı mıdır? Kışkırtılanın durumuna ilişkin ayrı bir değerlendirme yapmak gerekir mi? Tezimizde bu ve benzeri sorulara yanıt vermeye çalışacağız.

Giriş, üç ana bölüm ve sonuçtan oluşan bu çalışmada izlenecek plân kısaca şu şekildedir:

Birinci bölüm, “kavramsal çerçeve ve kışkırtıcı faaliyet” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde, tarihsel süreç Fransa örneği ele alınarak incelenmiştir. Ayrıca kimin kışkırtıcı ajan olabileceği ve kışkırtıcı faaliyetin maddi ve manevi yönü üzerinde durulmuştur.

İkinci bölümde, suça iştirak, teşebbüs, hukuka uygunluk nedenleri bakımından kışkırtıcı faaliyet değerlendirilmiştir. Kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun olup olmadığını açıklayan görüş ve uygulama örneklerine yer verilmiştir.

Üçüncü ve son bölümde ise, kurumun hukuk devleti ilkesi ile uyumu, kısırtıcı ajan müdahalesinin ceza muhakemesi hukuku bakımından ortaya çıkardığı sorunlar ve kısırtılanın cezai sorumluluğu üzerinde durulmuştur.

Çalışmanın tamamından elde edilen bulgular, önerilerle birlikte sonuç kısmında değerlendirilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE ve KIŞKIRTICI FAALİYET

1. KIŞKIRTICI AJAN KAVRAMI

1.1. Kışkırtıcı Ajan Tanımı ve Terimsel Birlik

Suçla mücadele aracı olarak ortaya çıkan kışkırtıcı ajan kurumunun tarihi çok eski zamanlara kadar uzanır ve genel kabule göre, ceza hukukunun var olduğu her yerde bu kurum da o ya da bu şekilde vardır¹. Kuruma ilişkin yapılan tarihsel çalışmalarda, Adem ve Havva'nın cennetten kovulmasına ilişkin anlatılara dahi atıfta bulunulduğu görülür². Kişinin amacı, -diğer kişi veya kişileri suç işlemeye yönlendirir ve/veya onlarla birlikte suç işlerken- suçla ulaşılmak istenen her neyse onun karşıtıdır. Kışkırtıcı ajan olan fail, diğer faillerin "otorite" tarafından ortaya çıkarılması veya ele geçirilmesi için suça katılır³. Kışkırtıcı ajan kavramına ilişkin ilk izleri Roma Hukuku'nda bulmak olanaklıdır. Roma hukukçuları, suçun temsil ettiği veya meydana getirdiği neticeden farklı bir neticeye ulaşmak üzere yürütülen faaliyete kışkırtma adını vermektedirler⁴.

¹ Maamoun Salama, **L'Agente Provocatore** (Milano: Giuffrè, 1965), s. 1; Enrico Califano, "Agente Provocatore", **Foro Penale**, 1956, s. 408.

² Cristina De Maglie, "Premesse Allo Studio dell'Agente Provocatore", **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, 1989, Fasc. 1. s. 232.

³ Salama, **a.g.e.**, s. 1.

⁴ Roma hukukunda duruma ilişkin verilen tipik örneğe göre; bir kimse, başkasına hizmetkârlık yapan kişiden, hizmette bulunduğu kişinin birtakım "şeylerini" alarak kendisine getirmesini ister. Bu arada da işvereni durumdan haberdar eder. İşveren, hizmetkârının güvenilirliğini ölçmek adına "şeylerin" alınmasına göz yumar. Roma hukukçularından *Gaio*'ya göre bu durumda herhangi bir suç yoktur. *Giustinianos*'a göre ise hırsızlık suçu vardır. Bkz. Salama, **a.g.e.**, s. 2; Luigi Delli Paoli, "L'Agente Provocatore", **Rassegna della Giustizia Militare Bimestrale di Diritto e Procedura Penale**, 1985, P.1-2, s. 31.

Kışkırtıcı ajanın sorumluluğunun ne olduğu sorunsalına girmeden ve suçun işlenmesi bakımından kışkırtıcı müdahalenin değerinin ne olduğunu belirlemeden önce kışkırtıcı ajanın ne olduğunun tanımlanması gerekir. Kışkırtıcı ajan, bir yandan başkalarını suça iterek onların cezalandırılmasını isterken diğer yandan suçun gerçekleşmemesini isteyen kimsedir⁵.

Kışkırtıcı ajanın ayırt edici özelliği, suça yönlendirilen kimsenin cezalandırılmasını sağlamak amacıdır. Biz, bu yüzden suç işlemeye kararlı ve hazır kişiyi yakalamak veya yakalatmak amacıyla suça iten kimsenin kışkırtıcı ajan olmadığı görüşüne katılmıyoruz⁶. Bu anlamda ister suç işlemeye hazır ve kararı vermiş kimseyi yakalatmak amacıyla olsun, isterse bir kimseye suç işleme kararının aldırılması şeklinde olsun, suçun gerçekleşmesinden beklenenin karşıtı bir amaçla suça ister maddi isterse manevi şekilde suça katılan herkes kışkırtıcı ajandır. Kışkırtıcı ajanın geniş anlamda tarif edilmesi gerekir. Yani kışkırtıcı ajan figürü maddi katılma biçimlerini de kapsar şekilde tasvir edilmek zorundadır⁷. Nitekim *Pannain*'e göre kışkırtma, çoklukla polis memuru bir kimsenin, suçlu kamufлаji içersinde faaliyeti yürütmesidir⁸.

Bize göre sorun, kışkırtıcı ajanın cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ve cezalandırılmama olasılığında gerekçenin ne olması gerektiği noktasında ortaya çıkmaktadır.

Kışkırtıcı ajanın ne zaman suça katılabileceği konusunda iki temel teori vardır: Kışkırtıcı ajanın suça sadece icra hareketleri başlamadan katılabileceğini savunan ilk

⁵ Salama, **a.g.e.**, s.12; Yüksel Ersoy, “Kışkırtıcı Ajanın Cezai Sorumluluğu”, **Özgür İnsan**, Mayıs 1973, Yıl 1 S. 12, s. 34; Veli Özer Özbek, “**Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği** (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), s. 42.

⁶ Yüce'ye göre, ajan ile kışkırtıcı ajanı birbirlerinden ayırmak gerekir. Ajan, suç işlemeye hazır ve kararlı kimseyi yakalamak veya yakalatmak için suça iten kimsedir. Kışkırtıcı ajan ise suçu işletip yakalatmak üzere bir kimsede suç kararı uyandıran kışkırtıcıdır. Kışkırtma bir kimsede suç işlemek kararı uyandıracak etkinlikte bir telkin ise azmettirme sayılır ve kışkırtıcı ajan azmettirici olarak cezalandırılır. Bkz: Turhan Tüfan Yüce, “Ajan Vasıtasıyla İşletilen Suçların Cezalandırılması ve İlgili Yargıtay Kararları Üzerine Düşünceler”, **SÜHFD**, C. 1, S. 1, Ocak- Haziran 1988, s. 13.

⁷ Kışkırtıcı ajanın suça katılma biçimleri için bkz. a.ş. s. 32 vd.

⁸ Bkz. Remo Pannain, **Manuale di Diritto Penale, Parte Generale** (Torino: Unione Tipografico, 1950), s. 464.

teori⁹, “dar anlamda kışkırtıcı ajan faaliyeti” olarak adlandırılırken; bir suçun sonucunun gerçekleşmesi aşamasına kadar kışkırtıcı ajanın suça katılabileceğini savunan teoriye, “geniş anlamda kışkırtıcı ajan faaliyeti” denir¹⁰. Kışkırtıcı davranış işlenmekte olan bir suça katılmak, işlenecek bir suça katılmak veya fiilî bir durum yaratmak şeklinde söz konusu olabilir¹¹.

Son yıllarda suçla mücadelede önemli bir araç olan kışkırtıcı ajanın, kışkırttığı suçun tamamlanmasını isteyebileceği ve hatta suçun kanunda yer alan tanımını gerçekleştirebileceği söylenmiş olsa da, kışkırtıcı ajan bir kimseyi suça yönlendirirken, sonucun gerçekleşmesini istiyor veya gerçekleşmesi tehlikesini kabulleniyorsa iştirak eden olarak cezalandırılacağı konusunda öğretide ağırlıklı bir kabul vardır. Bu anlamda kışkırtıcı ajanın katıldığı suç bakımından pasif kalamayacağı doğrudur. Ancak, cezalandırılmamanın söz konusu olduğu kışkırtma hipotezinde hareket noktası, kışkırtıcı ajanın sonucun gerçekleşme tehlikesini dahi asla kabul etmeyeceği veya sonucun gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket edeceğidir¹².

Sonuç olarak figüre ilişkin tanım şu şekilde verilebilir: *Bir kişiyi suçüstü yakalatmak veya o kişinin cezalandırılmasını sağlamak amacıyla söz konusu kişiyi (kışkırtılanı) bir suç işlemeye yönelten, suç işlemesine yardım eden veya suç işlemesi bakımından fırsat yaratan kimseye kışkırtıcı ajan denir*¹³.

⁹ Kışkırtıcı ajan faaliyetinin sadece manevi katılma bakımından söz konusu olabileceğini savunan yaklaşıma göre, kışkırtmanın hareketin başlangıcında olması gerekir. Bkz. Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler** (Ankara: B.6, Seçkin Yayınevi, 2007), s. 410.

¹⁰ Bkz. Lucia Vignale, “Agente Provocatore”, **Digesto della Disciplina Penalistica**, 1985, Fasc. I, s. 58.

¹¹ Alessandro Malinverni, “Agente Provocatore”, **Novissimo Digesto Italiano**, 1957, vol.I, s. 396.

¹² Ferrando Mantovani, **Diritto Penale, Parte Generale** (Padova: 4. ed., CEDAM, 2001), s. 553; Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım** (Ankara: B. 8, Savaş Yayınevi, 2005), s. 294.

¹³ Mantovani, **a.g.e.**, s. 553; Massimo Nunziata, “La Punibilità del C. D. “Agente Provocatore Dopo La Nuova Normativa Anti-Droga”, **L’Indice Penale**, 1991, s. 639; Giorgio Marinucci-Emilio Dolcini, **Manuale di Diritto Penale, Parte Generale** (Milano: 2. ed., Giuffrè Editore, 2006), s. 362; Francesco Palazzo, **Corso di Diritto Penale, Parte Generale** (Torino: 2. ed., Giappichelli, 2006), s. 518.

1.2.Tarihsel Gelişim Yerine: Kavramın Fransa’da Ortaya Çıkış Süreci¹⁴

Kışkırtıcı ajan, kurumsal olarak mutlakiyet dönemi Fransa’sında ortaya çıktı¹⁵. 1600’lü yılların başından itibaren örgütlenen Fransız polis teşkilatına, 1667 yılında kral suçu önleme görevini verdi. Polis teşkilatı aynı zamanda kentin idaresi ile de uğraşacaktı¹⁶. Polise verilen suçluları izleme ve suçları önleme görevi, polise bağlı bazı yardımcı organların ortaya çıkmasına yol açtı¹⁷. 1700’lü yılların başında, söz konusu kuruma sadece zaruret duyulduğunda başvurulabileceği, bu organda yer alan kimselerin herhangi bir statülerinin olmadığı ve bu kimselerden herhangi bir nitelik veyahut deneyim beklenmediği gibi aynı zamanda saygın bir etkinlikte de bulunmadıkları genel kabul haline gelmişti¹⁸. Ancak söz konusu kişiler zamanla, araştırmacı faaliyet yürüten, krala bağlı silahlı güçler arasından seçilen müfettişlere dönüştüler¹⁹. Daha sonraları geniş yetkilerle donatılan müfettişler özellikle cezaî sorunlar bakımından uzmanlaştılar²⁰. Uzmanlaşan müfettişler, suçların araştırılması ortaya çıkarılması faaliyetlerini yürütmek için yardım aldılar. İşbirlikçiler, söz konusu yardım karşılığında menfaat elde ediyorlardı. İşte bu işbirlikçiler veya yardımcılar (mouches), Avrupa’nın

¹⁴ Bir ceza hukuku tezinde tarihsel süreçten bahsetmenin her zaman gerekli olmadığı söylenebilir. Ancak, kışkırtıcı ajan gibi suç siyasetiyle ve genel siyasal tercihlerin neden yana yapıldığıyla yakından ilgili bir konuda kurumun ilk ortaya çıktığı, anavatamı kabul edilen Fransa’dan söz etmeyi zorunlu bulduk ve kendimizi tarihsel süreç değil de “Kavramın Fransa’da Ortaya Çıkış Süreci” başlığıyla sınırlandırdık. Fransa için yaptığımız açıklamaların değişik biçimlerde hemen her ülke için geçerli olduğunu da belirtmek gerekir.

¹⁵ Salama, **a.g.e.**, s. 2; Leonardo Galli, “La Responsabilit  dell’Agente Provocatore” **La Giustizia Penale** P. 1-2, 1939, s. 776. Uluslararası Ceza Hukuku öğretisi, modern kışkırtıcı ajanın ortaya çıktığı ülkenin Fransa olduğu konusunda hemfikirdir. Bkz. Cristina De Maglie, **L’Agente Provocatore (Un Indagine e Politico-Criminale)** (Milano: Giuffr  Editore, 1991) s. 7. “*Paris’te polisten habersiz hiçbir şey olmaz*”. Paris Emniyet Müdür Yardımcısı Leonier’e ait bu ifadeye, dönem Paris’ine ve dolayısıyla Fransa’sına ilişkin yapılan değerlendirmelerde çok  ta atıfta bulunulur. Bu konuda bkz. Leon Radzinowicz, **Ideologia e Criminalita- Uno Studio del Delitto nel Suo Contesto e Sociale** (Milano: Giuffr  Editore, 1968), s. 4.

¹⁶ Paolo Piasenza, **Polizia e Citt . Strategie D’ordine, Conflitti e Rivolte a Parigi tra Sei e Settecento** (Bologna: Societa Editrice il Mulino, 1990), s. 65.

¹⁷ Söz konusu kimselere, “emniyet müdür yardımcısının gözleri” adı verilmişti. Bkz. Piasenza, , **a.g.e.**, s. 65.

¹⁸ Alan Williams, **The Police of Paris, 1718-1789** (Louisiana: Louisiana State University Press, 1979), s. 94.

¹⁹ İşte bu yeni dedektiflerin görevleri, gözetim ve araştırma yapmak oldu. Bkz. Williams, **a.g.e.**, s. 95.

²⁰ **Aynı**, s. 100.

bilinen ilk kışkırtıcı ajanları olarak kabul edildiler²¹. Paris Polis Teşkilatı, bu faaliyeti, teşkilatın saygınlığını azaltmamak için bilinir ve gözükür şekilde organize etmedi²².

Polisin söz konusu işbirlikçileri iki ana kategoriye ayrılmaktaydı. İlk grupta “gözlemciler” yer almaktaydı. Bunlar gizli ve yasadışı bir şekilde polis için çalışmaktaydılar. İkinci grupta yer alanlar ise faaliyetlerini açık ve yasal bir zeminde yürütüyorlardı. “Müfettiş yardımcısı” veya “memur” olarak adlandırılan bu grup daha ziyade “özen” gerektiren “hassas” sorunlara yönelik faaliyet yürütüyordu. Bir de “sızanlar” diye tarif edilen bir grup vardı. Bu kimseler, ağırlıklı olarak hapisanede bulunan kimselerden seçilmekte ve işbirliği karşılığında serbest kalmaları sağlanmaktaydı²³. Toplumun en alt sosyo-ekonomik, dönem sıfatlaması ile “en tehlikeli” katmanlarından seçilen bu kimselerin, serserilerin, düşkün yaşam sürenlerin içlerine sızmalarının daha kolay olacağı kabul ediliyordu²⁴. Sızanlar, aslında bir anlamda kendileriyle aynı “yazgıyı” paylaşanları izler, dinler, haklarında bilgi toplar ve aynı zamanda suça kışkırtır ve daha sonra da yakalanmalarını sağlarlardı²⁵. ‘Mouches’in geliri müfettişler tarafından sağlanırdı. Ayrıca “iyi yapılmış” işlerden dolayı da ödüllendirilirdi. Özellikle hırsızlık suçlarının faillerinin yakalanmasında, yasadışı kumarın, politik tertiplerin ortaya çıkarılmasında ve genel olarak özel bir takibe gereksinim duyulan bütün sahalarda ve gizli araştırma faaliyetlerinde bu kimselerden yararlanılırdı²⁶.

²¹ Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 9. Fransız gizli polisi, halk tarafından “mouches” olarak anılmaktaydı. Bu yakıştırmanın kaynağına ilişkin olarak çeşitli varsayımlar ileri sürülmüştür: Bir varsayıma göre; bu yakıştırmanın nedeni, mouches kelimesinin, engizisyon mahkemesi yargıçlarından birisinin doğduğu köyün adına –mouchy- olan benzerliğidir. Diğer bir varsayıma göreyse “mouche” kelimesinin Fransızca’da sinek anlamına gelmesi ve yürütülen faaliyete isim olarak verilmesi, faaliyeti olumsuzlamak üzere tercih edilmiştir. Nitekim Paris halkı söz konusu polis yardımcılarının hoşlanmazlar ve küçük görürlerdi. Williams, **a.g.e.**, s. 104; Piasenza, **a.g.e.**, s. 69.

²² Galli, **a.g.m.**, s. 777.

²³ Williams, **a.g.e.**, s. 105.

²⁴ Radzinowicz, **a.g.e.**, s. 36.

²⁵ Piasenza, **a.g.e.**, s. 69.

²⁶ Williams, **a.g.e.**, s. 103. “1751 yılında Paris’te yürütülen ve taşrada da dağıtılan, yasadışı yayın faaliyetinin failini ortaya çıkarabilmek amacıyla müfettiş (D), söz konusu yardımcılardan birisini kullanmıştı. Yayın faaliyetinin kimin tarafından yürütüldüğünü ve kimler tarafından okunduğunu bilebilmek üzere (D), yardımcısına muhalif kimselerin oturduğu bölgeden bir oda kiralar ve zamanla yardımcı bu yayının okunduğu kahvelere gider. Orada bulunan kadın ve erkeklerin güvenini kazanır. Belli bir süre sonra taşradaki evine dönme mecburiyetinin ortaya çıktığını ancak yayını orada da okumak istediğini söyler ve yayının düzenli olarak kendisine yollanmasını ister. Muhalifler bazı tereddütler yaşasa

‘Mouches’ten farklı olarak “kanunu gözetenler” (observateurs) Paris toplumunun en yoksul ve en yoksun kesiminden gelmezlerdi. “Kanunu gözetenler”, faaliyetlerini temel olarak devletle ilgili kurumlarda yürüttüklerinden, bu kurumlarda konuşulan dile hakim olmaları ve dikkat çekmeyecek şekilde ama şık giyinmeleri gerekirdi. Bu sunum, söz konusu kimselerin polis için çalıştıklarının ortaya çıkmaması bakımından çok önemliydi²⁷.

Mutlakiyet dönemi Fransa’sında, egemen politik yönelmenin dışında olan yurttaşları izlemek ve ihbar etmek üzere bir muhbir ağı kurulmuştu. XIV. Lui’nin kurduğu bu örgüt, kralın yüce menfaati adına, muhbirleri aracılığıyla izleme faaliyetleri çerçevesinde, “kuşkulu bireylerin” güvenini kazanıyor, onlarla arkadaş oluyor ve söz konusu kimselerin oluşturdukları topluluklara katılıyorlardı²⁸. Polis muhbirliği olarak adlandırılabilir faaliyet, 18. Yüzyıl boyunca Paris polis teşkilatına özelliğini verdi. Ancak sanıldığı gibi aksine, Fransız Devrimi ile ne son buldu ne de krize girdi. Devrim sonrası da karşı devrimci olduğu iddia edilen kişilerin ortaya çıkarılmasında önemli bir role sahip oldu²⁹. Muhbir, “kuşkulu bireyin” rejim karşıtı olduğundan emin olduğu anda da onu ihbar ediyor ve ödül kazanıyordu³⁰. Muhbirlik faaliyetinin zamanla organize hale gelmesiyle, faaliyeti yürütenler gizli polis olarak örgütlendiler. Bu aşamayla birlikte, muhbirlik, ödül ve ikramiye almak için yapılan bir iş olmaktan çıkıp, resmî zorunlulukları olan meslekler arasına katıldı³¹.

da, bu isteği yerine getirmeyi kabul ederler. Adres olarak ise (D)’nin adresini verir. İlk sekiz teslim için gerekli ücreti de öder ve kiraladığı odayı boşaltır. İlk birkaç teslimden sonra, yayınlardan birisinin üzerine, sonraki sayılar için gerekli olan ücretin nereye yatırılacağını gösteren bir not iliştilir. Müfettiş, polisin elinde bulunan sabıkalılar listesindeki el yazılarıyla bu ‘notu’ karşılaştırarak, matbuatın yayıncısının (S) olduğundan emin olur. Nitekim (S) aynı suçtan daha önce mahkûm olmuştur. Daha sonra (S) tutuklanır.” Kışkırtma faaliyetine ilişkin gösterilen ilk örneklerden olan olay ve ayrıntısı için Bkz. Williams, *a.g.e.*, s. 104.

²⁷ Aynı, s. 108.

²⁸ Dell’ Andro, *a.g.m.*, s. 864; Salama, *a.g.e.*, s. 7; Delli Paoli, *a.g.m.*, s. 31.

²⁹ 1799-1815 yılları arasında Paris’te on binden fazla polis işbirlikçisi olduğu tahmin edilir. Bkz. De Maglie, *a.g.e.*, s. 12.

³⁰ Enrico Califano: *Agente Provocatore* (Milano: Giuffrè Editore, 1964), s. 9; Salama, *a.g.e.*, s. 3; Galli, *a.g.m.*, s. 776.

³¹ Bu duruma rağmen, söz konusu faaliyeti yürütenler hiçbir zaman toplumsal saygınlık kazanamadılar. Yaptıkları işlerin “kirli” olarak görülüp, hatta diğer güvenlik işlerinden ayrılmaları sağlanıyordu. Bkz. De Maglie, *Premesse*, s. 216; Aynı konuda bkz. Maggiore, *a.g.e.*, s. 569; Galli, *a.g.m.*, s. 777.

İlk dönemlerde gizli polis faaliyeti daha ziyade muhbirlik temelinde geliyordu. Gizli polisin görev alanı içerisinde politik bir suçun kışkırtılması bulunmuyordu. Kışkırtıcı ajan kendisini, takip ve ihbarla sınırlandırmış durumdaydı³². Gizli polisin faaliyet sınırını belirleyen söz konusu pasif tutum, zamanla istenen neticeleri elde etmek bakımından yetersiz kaldı. Zira iktidarı elinde tutan güç, çoğu kez karşıtlarının suç işlememesi veya bu kimselerin işlediğini tahmin ettiği suçları ortaya çıkaramaması üzerine bu kimseleri zapturapt altına almak için başka bir takım hal çareleri aradı. Bu noktada gizli polis teşkilatı, zamanla, rejim karşıtlarına, politik suçlar işleterek suçüstü yapmak için yollar aramaya başladı. Böylece rejim karşıtı olan politik kişilerin, kesin deliller eşliğinde yakalanıp, mahkûm edilmeleri sağlanabilecekti³³. Bu noktada, gizli polisin faaliyeti muhbirlik merkezinden kışkırtmaya doğru niteliksel bir değişime uğradı³⁴ ve kışkırtıcı ajan kavramı tamamıyla, iktidarın gücünü elinde tutma çabasının bir sonucu olarak ortaya çıktı³⁵. Bu anlamda kavramın temelini politik gereksinimler belirlemişti. Kendilerinden kuşkulanan bireyleri suça yönlendirmeye başlayan kışkırtma mekanizması, zamanla ödül elde etmek, intikam almak gibi gerekçelerle, haklarında hiçbir kuşkunun duyulmadığı bireyleri de kapsar hale geldi³⁶.

Fransa’da gerek devrim öncesi, gerek devrim sırasında, gerekse devrimden sonra kışkırtıcı ajan tarihi/gerçek bir figürdür. Kışkırtıcı ajan ile polis arasında kolluk faaliyetlerinin sürdürülmesi noktasında sıkı bir bağ vardır. Polis, şüphelileri yakalayabilmek için kışkırtıcı ajana ihtiyaç duyarken, kışkırtıcı ajan da özgürlüğünü elde edebilmek veya ödül kazanabilmek için polisle işbirliği yapardı. Zamanla

³² Salama, **a.g.e.**, s. 3; Galli, **a.g.m.**, s. 777.

³³ Salama, **a.g.e.**, s. 3; Galli, **a.g.m.**, s. 777.

³⁴ Kışkırtma faaliyetinin ortaya çıkmasının nedenlerinden birisi de, gizli ajanın, izlemekte olduğu “örgütü” ifşa etmek noktasında başarısız olması halinde, bizzat kendisi, “işinden” olmamak için başka bir söyleyişle önemli bir “iş” yaptığını amirlerine gösterebilmek adına, takip ettiği muhaliflere suç işletmenin yollarını suça kışkırtma vasıtasıyla aramasıdır. De Maglie, **a.g.m.**, s. 219.

³⁵ Bu dönemde devlet kendisine muhalif her türlü etkinliği “politik suçlar” kategorisinde ele alıyordu. Çağdaş ceza hukuku dönemi öncesi “politik suç” kavramı için bkz. Mario Sbriccoli, “**Crimen Lasae Maiestatis**”, **Il Problema del Reato Politico alle Soglie della Scienza Penalistica Moderna** (Milano: Giuffrè Editore, 1974). Orta ve yeni çağlarda siyasal suç kavramı için bkz. Köksal Bayraktar, **Siyasal Suç**, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982), s. 9 vd.

³⁶ Herkesin herkesi gözetlediği “çift taraflı” böyle bir dönemde, despotik rejimlerin karakteristiği olan “yaltakçı” muhbirlik söz konusuydu. Herkesin herkesi ihbar etmesi olanak dahilindeydi. De Maglie, **Premesse**, s. 219; Galli, **a.g.m.**, s. 777.

muhbirler, ilk ihbar eden olabilmek için birbirleriyle yarışır hale geldiler. Bu durum, sıradan bir muhbirin zamanla kışkırtıcıya dönüşmesine yol açtı³⁷.

Fransa deneyiminin ceza hukuku bağlamında değerlendirmesini yapan öğretici de, kavramı politik suçlar bakımından inceledi. Nitekim *Carrara*, figürü tartışırken “*hükümet tarafından karşıtlarını engellemek, muhalif faaliyetleri dağıtmak üzere kullanılan birey*” olarak tanımlamıştı³⁸. Benzer şekilde *Florian* kışkırtıcı ajanı, “despotik hükümetin kötülükten zevk alan bireyleri” olarak ifade etmişti³⁹.

Kışkırtıcı ajanın kurumsal olarak ortaya çıkması ve örgütlenmesi ilk olarak Fransız mutlakiyet döneminde olmakla birlikte, kışkırtma faaliyetlerine değişik biçimlerde de olsa her devirde ve her yerde rastlamak olanaklıdır. Özellikle otoriter rejimlerde, kamu görevlisi veya özel kişi kışkırtıcı ajan sayılarında artış görülmüş; iktidarı elinde bulunduran kişiler kendilerine karşı her türlü siyasal faaliyeti etkisiz hale getirebilmek için bu kişilerden büyük ölçüde yararlanmışlardır. Demokratik rejimlerde ise güvenlik makamları, suçların meydana çıkarılması ve saptanması için kışkırtıcı ajanlardan yararlanmaktadırlar⁴⁰.

Fransa’dan çok kısa süre sonra Rusya’da, 1800’lü yılların ikinci yarısından itibaren Almanya’ da kışkırtıcı ajan figürü, kurumsal ve kuramsal düzeyde ortaya çıktı⁴¹. Almanya’da da sistem, Fransa örneğine benzer bir şekilde muhbirlik–casusluktan kışkırtmaya doğru gelişti. Nitekim amaç, kışkırtılanın mahkûm edilebilmesi için kesin delillerin elde edilmesinin sağlanmasıydı⁴².

³⁷ De Maglie, **a.g.e.**, s. 13.

³⁸ Francesco Carrara, **Programma del Corso di Diritto Penale, Parte Speciale** (Lucca: 3. ed., Tipografia Giusti, 1875), s. 471.

³⁹ Eugenio Florian, **Parte Generale del Diritto Penale, vol. II** (Milano: 4. ed., Dottor Francesco Vallardi, 1934), s. 710.

⁴⁰ Ersoy, **a.g.m.**, 34; Mantovani, **a.g.e.**, s. 553.

⁴¹ Salama, **a.g.e.**, s. 3. Almanya’da kışkırtıcı ajan üzerine yürütülen tartışmalar 19. Yüzyıl’ın sonundan itibaren yoğunlaşmıştır. Bkz. Özbek, **Gizli Görevli**, s. 153; Köksal Bayraktar, **Suç İşlemeye Tahrik Cürmü** (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1977), s. 131.

⁴² Salama, **a.g.e.**, s. 3.

Politik suçlar bakımından söz konusu olan kışkırtma zamanla adi suçlar bakımından da gündeme geldi. Böylece gizli polis ajanı yani kışkırtıcı ajan, sadece politik suçlar için değil her türlü “zararlı” faaliyeti ortaya çıkarmak için de kullanılır oldu. Ayrıca suça kışkırtma, polis teşkilatı tekelinden çıktı. Tek tek bireylerin de kışkırtma faaliyetinde bulunabilecekleri kabul edildi⁴³. Söz konusu dönemde, ister resmî görevli olun isterse olmasın herkesin, politik veya adi bir suçu ortaya çıkarmak üzere ortaya koyduğu faaliyete kışkırtma dendi⁴⁴.

İkinci Dünya Savaşı’nın getirdiği ekonomik zorluklar ve yaşam koşulları kışkırtıcı ajanın “gündelik işler” bağlamında da kullanılması sonucunu doğurdu. Ürün fiyatlarındaki ölçsüzce artış ekonomik suçların yaygınlaşmasına yol açtı. Devlet, yurttaşlarının, ekonomi ile ilgili yasalara uyup uymadığını belirlemeye yönelik faaliyetlerinde çok sayıda ajan-muhbir kullanır hale geldi. Yasaların hukuka aykırı olarak tanımladığı fiillere, ilgilileri yönlendirerek, bu kimselerin suçüstü yakalanmalarını ve mahkûmiyeti doğuracak delillerle yargı karşısına çıkmalarını sağlayan devletin ajanı, “satıcı” veya “alıcı” kılığında ortaya çıkıyordu. Ajan, gerçek kimliğini saklayarak satışı yasak olan bir şeyi satıyor ya da alıyor veya satış fiyatı sabitlenmiş bir malı fahiş fiyata satın alıyor veya satıyor ve en nihayetinde ancak belli sayılarda alımına/satımına izin verilen bir malı izin verilen sayının üstünde satın alıyor veya satıyordu⁴⁵.

⁴³ Galli, **a.g.m.**, s. 778; Salama, **a.g.e.**, s. 4. Üzerinde çok tartışma yapılmamış olmakla birlikte, genellikle özel kışkırtıcı ajanın olamayacağı kabul edilir. Hayatta kalmanın dahi çok zor olduğu bu yıllarda Fransa’da özellikle karaborsanın artması üzerine, gizli polis, daha ziyade yasadışı altın ticareti, temel gereksinim maddelerinin fahiş fiyatlarla satılması, kaçakçılık suçlarını ortaya çıkarmak üzere faaliyet yürütüyordu. Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 17-18.

⁴⁴ Salama, **a.g.e.**, s. 5.

⁴⁵ **Aym**, s. 5. İkinci Dünya Savaşı yıllarında, dağıtımı ve kullanımı belli usule bağlı olan şeyler hakkında Fransa’da kışkırtıcı ajan yaygın bir şekilde kullanılır hale gelmişti. Özellikle yasadışı altın ve değerli şeylerin alım satımına ilişkin olarak Fransız uygulamasının kışkırtıcı ajana atıfta bulunduğu kararlarıyla karşılaşmak olanaklıdır. Grenoble Mahkemesi 1943 yılında verdiği bir kararda kışkırtıcı ajan kavramına atıfta bulunmuştur. Elinde ticareti belli kurallara bağlanmış altın paraları bulunduran A, bir sohbet esnasında B’ye güvenir ve uygun fiyata bunları satabileceğini söyler. Bunun üzerine B, A’yı bazı kimselerle bir araya getirir. Söz konusu alıcılar-gerçekte polis ajanından başkası değildir ve A ile terkedilmiş bir evde buluşurlar. A’nın tam altın paraları teslim ettiği esnada, alıcılar gerçek kimliklerini beyan ederler. Mahkemeye göre, alıcı kimseler suçluyu ortaya çıkarmak üzere, bu kıyafeti giymiş olan polislerdir. Cezalandırılmamaları gerekir. Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 18-19.

Böylece kışkırtıcı ajanın “semt pazarlarına” kadar yaygınlaşmasıyla, kavram gerek öğretilerde gerekse uygulamada giderek artan bir şekilde tartışılmaya başlandı ve birçok sorunun yanıtı arandı.

2. KİMİN KİŞKİRTİCİ AJAN OLABİLECEĞİ SORUNU

2.1. Genel Olarak

Özellikle 1950’li yıllardan itibaren kışkırtıcı ajan sorunu İtalyan öğretisinde yoğun bir şekilde tartışılmaya başlandı. Söz konusu tartışmanın omurgasını, kışkırtıcı ajanın kimliği meselesi oluşturdu. Bu anlamda çoğu zaman ciddi karışıklıklar da ortaya çıktı. Öğretinin bir kısmı klasik yaklaşıma⁴⁶ uygun olarak, kışkırtıcı ajanın hem herhangi bir kimse hem de kamu görevlisi olabileceğini savunurken, diğer kısım öğreti figür bakımından daha dar bir kavramlaştırmayı tercih etti. Söz konusu yaklaşıma göre kışkırtıcı ajan sadece kamu görevlisi olabilirdi.

Kışkırtıcı ajanın kim olabileceğinin belirlenmesinde öğretinin ileri sürmüş olduğu bir diğer yaklaşıma göre ise incelenmesi gereken, kışkırtıcı ajanın kolluk ya da özel kişi olup olmaması veya kışkırtıcı ajanın amacı değildir. Bu eğilime göre asıl belirleyici olan amaçtan ziyade korunan hukukî menfaatin zarara uğramamış olmasının sağlanmış olmasıdır. Söz konusu zarara uğramamayı, kışkırtıcı ajanın “tipik durumları” olarak ele alırlar ve cezaî sorumluluk bahsini bu hususla sınırlandırır. Bu yaklaşıma göre kışkırtıcı ajan, korunan hukuki menfaate veya şeye zarar verecek noktaya ulaşmasına engel olarak, bir kimseyi cezalandırılmasını sağlamak üzere suç işlemeye yönlendiren kimsedir⁴⁷. Akımın İtalya’daki takipçisi *Florian*’a göre, bir kimseyi adalete teslim etmek amacıyla veya daha doğru bir ifadeyle suçüstü yakalatmak amacıyla, düzeni korumak için, ödül için, kafasındaki hukuk fikri veya ideali için veya suç işleyen suç işlemekteki amacı dışındaki amaçlarla, suç işlemeye yönlendirirken, korunan hak veya menfaat bakımından somut bir zarar ve hatta zarar tehlikesinin dahi

⁴⁶Kışkırtıcı ajanın kuramsal olarak tartışıldığı ve uygulamada ilk örneklerine rastlanıldığı dönemi ifade etmek için kullanılan adlandırma için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 227.

⁴⁷ Salama, **a.g.e.**, s. 10; Malinverni, **a.g.m.**, s. 396.

ortaya çıkmasını engelleyen kimse, kışkırtıcı ajandır⁴⁸. Bu bağlamda, kışkırtıcı ajan yaptığı davranışla da bir yandan kendini temize çıkarandır. Kışkırtıcı ajan kişiyi suç işlemeye yönlendirdikten sonra, suçun hukuki konusu bakımından, kişinin zararlı neticeye ulaşmasının engelleneceğini bilen kimsedir⁴⁹.

İtalyan uygulaması, ise 1940'lı yıllardan itibaren kışkırtıcı ajan kavramından söz etmeye başladı. Ceza Kanunu'nda yer alan suçlarla ilişkilendirerek kavramı açıkladılar veya daha doğru bir ifadeyle açıklamaya çalıştılar. Uygulamanın ilk blok kararlarında, kışkırtıcı ajan somut olaydan bağımsız bir şekilde tanımlanamadı. Figüre yönelik ilk kararlar, özellikle kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğu konusunda bir açıklık içermemekteydiler. Uygulama bu dönemde kışkırtıcı ajanı şu şekilde tanımladı: *“Bir başkasını suç işlemeye, ister azmettirme isterse teşvik etme ve bazı durumlarda maddi işbirliğine gitmek suretiyle yöneltirken, amacı söz konusu kimsenin cezalandırılmasını sağlamaktan ibaret olan kimsedir”*⁵⁰.

2.2. Herkes Kışkırtıcı Ajan Olabilir Yaklaşımı

Bu yaklaşıma göre, kışkırtıcı ajan kamu görevlisi veya herhangi bir kişi olabilir. Kışkırtıcı ajan, suçla ulaşılmak istenen amaçlar dışında –az veya çok ulvi amaçlar için– ve kışkırtılanın cezalandırılmasını sağlamak üzere suça yönlendiren kimsedir. “Yurttaşın sağlığı ve güvenliği, ulusun temel çıkarlarını korumak üzere, suç ve suçlunun ortaya çıkarılması bakımından kullanılacak olan kışkırtıcı ajan, kamu görevlisi olma zorunluluğu ile sınırlandırılmamalı, herkes kışkırtıcı ajan olabilmelidir”⁵¹. Kışkırtıcı

⁴⁸ Genel olarak sorunun tartışılmasında, kışkırtıcı ajanın kavram olarak ortaya konulmasıyla, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğu konuları birbirine karışmaktadır. Kışkırtıcı ajanın kavramsal olarak tanımlanması ayrı bir konu, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun olup olmadığının belirlenmesi ayrı bir konudur. Bkz. Florian, **a.g.e.**, s. 710.

⁴⁹ Aynı şekilde Heilborn'a göre kışkırtıcı ajan, bir başkasını suça yönlendirdikten sonra, (bu kimsenin cezalandırılmasını sağlamak üzere) suçun hukuki konusu ile tarif edilen hak ve şeye zarar verici bir aşamaya gelmesinden önce engelleyen kimsedir. Bkz. Califano, **a.g.e.**, s. 13.

⁵⁰(Cass. Penale sezz. I, 6.7.1943, Cass. Penale sezz. III, 23. 1. 1941), Alessandro Suter Sardo, “L'Agente provocatore nella sua Applicazione Giurisprudenziale”, **Agente Provocatore Profili Sostanziale e Processuale** (Milano, Giuffrè Editore, 2003), s. 81.

⁵¹ Alibrandi'nin görüşleri için bkz. Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 99.

ajanın herkes olabileceğini savunan görüş ağırlıklı olarak onun aynı zamanda sadece suça manevi şeriklik şeklinde katılabileceğini savunur⁵².

Ağırlıklı Alman yaklaşımı, kışkırtıcı ajanın herhangi bir kimse olabileceği görüşündedir⁵³. Türk öğretisine göre de, kışkırtıcı ajan bakımından temel sorun, kışkırtıcının resmî veya özel kişi olması değil, kışkırtma faaliyetinin hangi koşullar altında yürütülebileceğinin belirlenmesindedir, yoksa kışkırtıcı ajan herhangi bir katılan gibi hareket edebilir⁵⁴. Kışkırtıcının herhangi bir kişi olabilmesi, kışkırtılan suçun gerçekleşme riskinin kendiliğinden kabul edildiği anlamına gelmez. İcra hareketlerinin tamamlanmaması ve korunan hak veya menfaatin zarara uğramasının engellenmesi noktasında, suça kışkırtan herkes, etkili bir şekilde önlem almak zorundadır⁵⁵.

İtalyan uygulaması özel kişi kışkırtıcı ajanın cezasız bırakılabilmesinin ancak devletin memuru olan kışkırtıcı ajan bakımından söz konusu olan sınırlamalara tâbi olmak kaydıyla⁵⁶ ve görevli olmayan kişinin sadece kamu gücüyle işbirliği yaptığı durumlarda kışkırtıcı ajan olarak değerlendirilmesi ve cezalandırılmaması gerektiği görüşündedir. Özel kişinin kışkırtıcı ajan gibi düşünülerek işbirliği yapmasının kabulü için, sadece kamu otoritesinin yasal talimatı doğrultusunda ve sadece bu talimatın sınırlarının çizdiği çerçevede pasif bir faaliyette ve/veya tam bir kontrol altında bulunması yani söz konusu kimsenin davranışının polis tarafından tam olarak denetim altında tutulan bir suç kapsamında ortaya çıkmış olması gerekir. Ancak bu halde cezai sorumluluğu olmadığından bahsedilebilir. Kamu otoritesinin emrini yerine getiren kişi

⁵² Maggiore, **a.g.e.**, s. 569; Silvio Ranieri, **Il Concorso di Piu Persone in un Reato** (Milano: 2.ed., Giuffre Editore, 1949), s. 227.

⁵³ Özellikle 1970'li yıllara kadar bu anlayış Alman öğretisine egemen olmuştur. Deubert, kışkırtıcı ajanın herhangi bir kimse olabileceğine yönelik şu örneği verir: Oğlunun masum olduğunu kanıtlamak isteyen babanın çocuğunu bir suç işlemeye yöneltmesi halinde yürütmüş olduğu faaliyet kışkırtıcı ajan faaliyetidir. Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 105, dpn. 8; Domenico Pulitanò, **Diritto Penale** (Torino: Giappichelli, 2005), s. 511.

⁵⁴ Öğretide kışkırtıcı ajanın sadece kamu görevlisi mi yoksa hem kamu görevlisi hem özel kişi mi olacağı tartışmasının yapılmaması ve figürün bir bütün olarak ele alınması gerektiği savunulmuştur. Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II** (İstanbul: B. 8., Filiz Kitabevi, 1983), s. 532.

⁵⁵ İspanyol ceza hukukçusu Anton'un, "El Agente Provocador" adlı eserinde ifade ettiği görüşleri için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 52-55.

⁵⁶ Kışkırtıcı ajanın faaliyetlerinin sadece *gözlem, kontrol ve engelleme* bağlamında veya yasa tarafından belirlenmiş çerçevelerde olabilmesine ilişkin tartışmalar için bkz. a.ş. s. 186 vd.

örneğin uyuşturucu alımında bulunabilir. Söz konusu kişi satıcıyla diyaloga girmiş tanık olarak dinlenebilir⁵⁷. Özel kişi kışkırtıcı ajanın, fiillerin icrası bakımından gerçek ve etkili bir yönlendirmede (kışkırtmada) bulunması halinde, tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış suça maddi veya manevi iştirakten ötürü cezai sorumluluğunun olması gerekir⁵⁸.

Bir suçu ortaya çıkarmak üzere kendiliğinden harekete geçen ve bu amaçla bir kimseyi suça yönlendiren kişinin de kışkırtıcı ajan olduğundan bahsedilebilir. Ancak böyle bir kişinin harekete geçmesine neden olan husus dikkate alınamaz. Kişi bir başkasını intikam almak, ödül elde etmek, ünlü olmak gibi nedenlerle suça yönlendirmiş olabilir. Bu kişi bakımından uygulanabilecek herhangi bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı gibi kusurluluğunu ortadan kaldıran bir nedenin varlığından da söz edilemez. Örneğin bir kimsenin uğramış olduğunu düşündüğü bir haksızlığın intikamını almak üzere silah satıcısından silah satın alıp, durumu daha sonra polise bildirmesi halinde faaliyeti kışkırtma olarak adlandırılabilirse de, kışkırtan bakımından herhangi bir cezasızlık nedeninden söz etmek olanaklı değildir⁵⁹.

2.3. Sadece Kamu Görevlileri Kışkırtıcı Ajan Olabilir Yaklaşımı

Kışkırtıcı ajana, karmaşık toplumsal ilişkiler ve buna bağlı olarak suç ve failin ortaya çıkması bakımından yaşanan zorluklar nedeniyle başvurulabileceğini kabul eden

⁵⁷ (Torino İstinaf Mahkemesi, 13. 7. 1993), Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 91.

⁵⁸ Resmî olmayan kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluktan bağışık tutulabilmesi için, işlemekte olduğu suçun polisin ortaya çıkarmak üzere müdahale ettiği suç olduğunu biliyor olması gerekir. Böyle bir durumda özel kışkırtıcının davranışının amirin meşru emrini yerine getirmek hukuka uygunluk nedeni olarak düşünülebilmesi için, resmî olmayan kışkırtıcı ajan faaliyetiyle, asıl failin suç yolunu uzatarak neticenin gerçekleşmesini engellemiş veya suçun gerçekleşmesi halinde ortaya çıkan sonuçları ortadan kaldırmaya çalışmış, faillerin yakalanmalarını sağlamış olması gerekir. Yok eğer söz konusu kişi, polisin bilgisi dışında asıl failin suçu işlemesi bakımından nedensel bir katkı ortaya koyar veya başlangıçta polisin bilgisi dahilinde suça dahil olmakla birlikte daha sonra gerek suçun işlenmesi esnasında gerekse suç işlendikten sonra faillere yardım ederek suçun işlenmesini kolaylaştırırsa davranışının cezasız bırakılması söz konusu olamaz. Hukuka aykırılığın ortadan kalktığından bahsedilemez ve bu kimse kuşkusuz maddi veya manevi katılmadan dolayı cezalandırılır".(Cass. Penale. Sezz. II, 13. 2. 1985), Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 90-91.

⁵⁹ "Suça ilişkin delilleri ve suçluları ortaya çıkarmak faaliyeti özel bir kişi tarafından kamu otoritesinin talimatı doğrultusunda kışkırtıcı ajan vasfıyla yürütülmüşse, onun bakımından cezasızlık nedenini kabul etmek bir zarurettir. Ancak, özel kişi bahsi geçen faaliyetini intikam, yas veya bir biçimiyle ödül elde etmek amacıyla gerçekleştirmişse, hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz". (Cass. Penale. Sezz. VI, 17.2. 1990), Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 92.

öğretinin bir kısmı, figürün çerçevesinin dar bir şekilde çizilmesi gerektiğini savunur⁶⁰. Söz konusu yaklaşım, kamu görevlisi olmayan kişinin, yani sıradan yurttaşın kışkırtmasının, cezasız kalacak kışkırtıcı ajan kapsamında değerlendirilemeyeceği görüşündedir. Kışkırtıcı ajanın temel hareket noktası bir kimsenin suç işlemesinin engellenmesidir ve kışkırtıcı ajan bu hareket noktasına bağlı bir sonuç olarak kışkırtılanın cezalandırılmasını da ister. Suç işlenmesinin engellenmesi amacından dolayı, (kolluğun öncelikli görevlerinden birisi budur) cezasız kalacak kışkırtıcı ajan faaliyeti, ya polis ya da polisin taraf olduğu müdahaleler bakımından söz konusu olabilir⁶¹.

Kışkırtıcı ajanın, kışkırtılanın cezalandırılmasını sağlamak istemesinin tek başına bir önemi yoktur. Kışkırtıcı ajandan söz edebilmek için kural; adli polis mensubunun kimliğini gizleyerek suç olan bir eyleme, bir diğerini yönlendirmesidir. Amaç, suç örgütünün deşifresini sağlamak, delil elde etmek veya suçlunun yakalanmasını sağlamak olmalıdır⁶². Nitekim kışkırtıcı ajan, yönlendirmede bulunduğu suçun teşebbüs aşamasındayken, engellenmesini isteyen ve engellemenin mümkün olmasını sağlayandır. Bu ise ancak kışkırtıcı ajanın, kamu gücünden destek alması durumunda söz konusu olabilir. Zira kışkırtıcı ajan, kışkırtılanın fiilini teşebbüs aşamasındayken durdurabilmek için, işlenmekte olan fiili denetimi ve gözetimi altında tutmak zorundadır. Kışkırtıcının söz konusu davranışysa ancak, onun kolluğun bir parçası olması halinde mümkün olabilecektir⁶³. Böylece kolluk görevlisi olan kışkırtıcı ajanın suç işleme kastından söz edilmeyeceği gibi bir zarar da ortaya çıkmamış olacaktır⁶⁴.

⁶⁰ İtalyan öğretisinde kışkırtıcı ajanın sadece kamu görevlisi olması gerektiği fikri ilk olarak Pannain tarafından savunulmuştur. Bkz. Pannain, **Diritto Penale**, s. 464; Califano, **a.g.e.**, s. 54. İtalyan öğretisi ağırlıklı olarak kışkırtıcı ajanın sadece devlet görevlisi olabileceğini savunmuştur. Özel kişi kışkırtıcıyı tartışma dışı bırakmayı tercih etmiştir. Zaten karmaşık kabul ettiği kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun ne olacağı sorunu bakımından resmî olmayan kışkırtıcı ajan meselesini dikkate almamayı tercih etmiştir. Söz konusu tercih 1990'lı yıllardan itibaren kışkırtıcı ajanı kapsayan yasal düzenlemelerin yapılmasıyla belirgin hale gelmiştir. Bkz. Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 87.

⁶¹ Bkz. Vignale, **a.g.m.**, s. 57.

⁶² Pannain, **Diritto Penale**, s. 464.

⁶³ Giovanni Fiandaca- Enzo Musco, **Diritto Penale: Parte Generale** (Bologna: 5. ed., Zanichelli, 2007), s. 503-504.

⁶⁴ Bu görüşe katılmayanlara göre; özel olarak kışkırtıcı ajanın bir suçluyu yakalatmak gibi ahlaki ve sosyal sayılabilecek veya yakalatılıp da hapsedilen suçlunun karısıyla rahatça ilişkide bulunmak gibi

İtalyan Uyuşturucuyla Mücadele Yasası'nın 97. maddesi, kolluk görevlisinin kimliğini saklayarak kışkırtıcı ajan vasfında uyuşturucu alması halinde cezalandırılmayacağını söyler. Söz konusu özel hukuka uygunluk nedeni resmî olarak görevlendirilmeyen kişiyi kapsamaz. İlgili madde sarîh olarak sadece adli polis teşkilatı içerisinde özel olarak uyuşturucuyla mücadele birimi polislerine hasredilmiştir. Bu kimseler bakımından hukuka uygunluk nedeni ortaya çıkmaktadır⁶⁵.

2.3.1.Kışkırtıcı Ajan Kategorileri

Suçta kışkırtma, nasıl tanımlanırsa tanımlansın veya ne şekilde isimlendirilirse isimlendirilsin, kışkırtıcı ajan figürünün özü, bir kişinin başka bir kişiyi yakalatmak amacıyla suça yönlendirmesidir. Gerçekte kışkırtma faaliyetinden başka bir şey yapmayan bazı görevlilerin, suç işleyemeyeceklerini söylemenin bir anlamı da yoktur. Bir suç organizasyonuna katılanın suç işlemekten, söz konusu yapının içerisinde kalması neredeyse olanaksızdır. Kışkırtıcı ajanın suçun gerçekleşmesi bakımından, neden mi olduğunun fırsat mı yarattığının belirlenmesi de çok önemli değildir. Elbette hukuk devletinin gereklerinin yerine getirilmesi gerekir. Ancak hukuk devleti ilkesi sadece adlandırma düzeyinde yaratılan değişikliklerle korunamaz. Bu anlamda adına kışkırtıcı ajan denmese de, kışkırtma faaliyetinin yaygın bir polis taktiği olarak yürütüldüğü açıktır. Kaldı ki bazı suç hipotezlerinde kışkırtıcı ajana başvurulmadığını söylemek olanaksızdır. Bu suçların bilinen yaygın yöntemlerle ortaya çıkarılması neredeyse söz konusu olmadığından, demokratik hukuk düzenlerinde dahi araştırma yöntemi olarak kışkırtıcı ajana başvurulduğu bir gerçeklik olarak ortada durmaktadır. Bu yüzden biz kışkırtıcı ajanla, benzerlik taşıyan bazı kavramların, kışkırtıcı ajanın kategorileri olarak ele alınmasını doğru bulduk⁶⁶. Bu figürlerin tüm faaliyetlerinin kışkırtma olarak

ahlaka aykırı bir amaç ile hareket etmesi, ayrı bir anlam taşımaz ve hareketin hukuka uygunluğunu etkilemez. Bu anlamda kışkırtıcı ajanın kolluk görevlisi olup olmaması bakımından herhangi bir ayrımda bulunmak doğru değildir. Bkz. Maggiore, **a.g.e.**, 595; Dönmezer-Erman, **C.II**, s. 532.

⁶⁵ Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 89.

⁶⁶ Öztürk, benzer bir şekilde, gizli soruşturmacı ana başlığı altında, “bilgi veren”, “güvenilir adam” ve “kışkırtıcı ajanı” incelemiştir. Bkz. Bahri Öztürk, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku** (Ankara: B. 3, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları, 1995), s. 508 vd. **Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları (Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller, Yasak Kanıtlar)** (Ankara: İnsan Hakları Merkezi- Siyasal Bilgiler Fakültesi, 1995), s. 74 vd.

tanımlanması olanaklı değildir. Ancak sıklıkla kışkırtmaya başvurdukları da bilinen bir gerçekliktir.

2.3.1.1. Muhbir

Mülga 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu⁶⁷,’nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 4. maddesine göre muhbir⁶⁸, “*Suçlar veya suçların failleri, iz, eser, emare ve delilleri hakkında yardım sağlayan, geçici olarak istihbarat işlerinde kullanılan veya yardımlarından, verdikleri bilgilerden yararlanan kişi*”dir.

Kural olarak işlediği suçtan pişman olan muhbir, işlenen suç hakkında kolluk kuvvetlerine bilgi verir. Diğer suç ortaklarının yakalanmasını sağlayacak veya örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi vermesinden dolayı pişman muhbire ceza verilmez (TCK m. 221). Ancak bazı durumlarda, suçtan pişmanlık duyan muhbirin, suç örgütünün veya ortaklığın tamamen etkisiz hale gelebilmesinin sağlanması amacıyla ortaklıkta kalması istenebilir⁶⁹. Muhbirin suça katılmaya devam etmesi veya örgüt üyesi olarak kalması halinde yeni suçlar işleyebilme olasılığı çok yüksektir. Hatta muhbir, diğer suç ortaklarının şüphesini çekmemek ve polise bilgi akışını sağlayabilmek üzere, işlenecek suçlarda aktif rol alabilir. Klasik kışkırtıcı ajan varsayımlarının aksine muhbirin belki suça azmettirmesi veya teşviki söz konusu olmayabilir. Diğer hallerde, muhbir herhangi bir kışkırtıcı ajan gibi suçun işlenmesi için maddi katkısını ortaya koyarken sonucun gerçekleşmesini istemeyen ve fakat failin yakalanarak cezalandırılmasını isteyen kimsedir. Kışkırtıcı ajana kimliğini veren de bu

⁶⁷ “30.7.1999 tarihli ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu, bütün ek ve değişiklikleriyle birlikte yürürlükten kaldırılmıştır”. (Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 18/1-d.) “Ülkemizde 4422 sayılı Kanunun kabul edilmesinin nedeni, baskı cebir şiddet ve/veya tehdit yöntemlerini kullanarak hareket eden organize suç örgütlerinin faaliyetlerini takip etmek, faillerini yakalayabilmek ve suç delillerini toplayabilmek ihtiyacından kaynaklanmıştır. Ancak 4422 sayılı kanunda gösterilen tedbirler, kanunun kapsamına girmeyen suç iddiaları ve failleri hakkında keyfi şekilde kullanılmış ve bireyler mağdur edilmişlerdir” Bkz. Ersan Şen-Yasemin Yurttaş, “Gizli Tanık, X Muhbir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provokatör” **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 6, Nisan 2008, s. 23.

⁶⁸ Biz burada, içinde yer aldığı bir suç hakkında ihbarda bulunduktan sonra, çeşitli nedenlerden ötürü, polis tarafından ortaklığa devam etmesi istenen kişinin durumunu dikkate aldık.

⁶⁹ Muhbir, soruşturma konusu hakkında sürekli şekilde kullanılırken, bilgi veren bir kere soruşturmanın başlaması için gerekli bilgiyi verdikten sonra tekrar kullanılmaz. Bkz. Özbek, **Gizli Görevli**, s. 32.

hususdur. Muhbirin her düzeyde polisle işbirliğinin olduğunun varsayılması, “neticeyi istememe” kast unsurunun eksikliğinin onda var olduğunu gösterir⁷⁰.

2.3.1.2. Gizli Soruşturmacı

Bir kolluk görevlisinin kendisine sürekli verilen sahte bir kimlik altında soruşturma faaliyeti yürütmesine, özel bir koruma tedbiri olarak *gizli soruşturma*⁷¹, söz konusu faaliyeti yürütene de *gizli soruşturmacı* denir. Gizli soruşturmacılar, kılık ve kimlik değiştirmiş bir şekilde soruşturma faaliyeti yürütürler. Sahte kimliği ile gizli soruşturmacı hukuki işlem ve eylemlerde bulunabilir, ticaretle uğraşabilir⁷². Belirli suçlar için başvurulabilen gizli soruşturmacının görevi, suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş veya işlenecek suçlar hakkında delilleri toplamaktır⁷³.

CMK’nın “Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme” başlıklı altıncı bölümünde yer alan 139. maddeye⁷⁴ göre, bazı suç ve suçluların ortaya çıkarılması ve

⁷⁰ Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 24.

⁷¹ Gizli soruşturma özel bir koruma tedbiri değil, delile ulaşmak için başvuru bir araştırma vasıtasıdır. Nur Centel-Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku** (İstanbul: B. 5, Beta Yayınevi, 2008), s. 426.

⁷² Özbek, **Gizli Görevli**, s. 39; Mustafa Ruhan Erdem, **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Yöntemleri** (Ankara, Seçkin Yayınevi, 2001), s. 77-78.

⁷³ Alman Anayasa Mahkemesi’nin 1984 yılında vermiş olduğu bir karara göre, gizli soruşturmacı ceza adaletinin en etkin şekilde gerçekleşmesi için gerekli olan koşulların sağlanması noktasında bir vesile olabilir. Maddi gerçeğin elde edilmesi bakımından gizli soruşturmacı önemli bir işlev yerine getirir. Gizli soruşturmacı, hukuk devletinin, hukuki yararın korunması iradesinin tezahürüdür. Bkz De Maglie, **a.g.e.**, s. 110. “Gizli soruşturmacı suçun ortaya çıkarılması bakımından ne tuzak kurmuş ne de kısırtmada bulunmuştur. Onun yaptığı basit bir fırsat yaratılmasından ibarettir”. Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 110, dpn. 22.

⁷⁴ **CMK madde. 139:** 1) Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararı ile kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. (2) Soruşturmacının kimliği değiştirilebilir. Bu kimlikle hukukî işlemler yapılabilir. Kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belgeler hazırlanabilir, değiştirilebilir ve kullanılabilir. (3) Soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili Cumhuriyet Başsavcılığında muhafaza edilir. Soruşturmacının kimliği, görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulur. (4) Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür. (5) Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemlerde olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz. (6) Soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz. (7) Bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir: a) Türk Ceza Kanununda yer alan; 1. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), 2. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220), 3. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315). b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah

delil elde edebilme amacıyla gizli soruşturmacının belirli koşulların varlığı halinde görevlendirilmesi olanaklıdır. CMK m. 139 gizli soruşturmacının tanımını vermemiştir. Buna karşın mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik 4. maddesinde “gizli görevliyi”, *gerektiğinde örgüt içine sızarak gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altında bulundurmakla görevlendirilen kamu görevlisi*, olarak tanımlamıştır. Gizli görevli için yapılan bu tanım, gizli soruşturmacı için de geçerlidir⁷⁵.

Gizli soruşturma tedbirine sadece CMK m. 139/7 kapsamına giren suçlar bakımından başvurulabilir. Bu tedbire başvurulabilmesi için söz konusu suçların işlendiğine dair kuvvetli delil bulunması ve başka surette delil elde edilemiyor olması gerekir. Tedbire, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı karar verebilir.

Suç örgütlenmelerinin yapılanmalarının oldukça karmaşık nitelikte olduğu unutulmamalıdır. Bu örgütlere basit bir şekilde sızmak olanaklı değildir. Bu örgütlerin içersinde yatay ve dikey çok sayıda iştirak ve üyeler arasında katı bir hiyerarşiye bağlı görev paylaşımı söz konusudur. Bu koşullar altında tek kişiden kaynaklı davranış veya yönlendirmelerin, örgütü kendiliğinden ve doğrudan bir şekilde harekete geçirebileceğinden söz etmek de olanaklı değildir. Örgütü, kural olarak lider kontrol eder. Suç örgütlerinin tarihi, liderin veya örgütün yöneticilerinin, yeni bir kişinin gruba üye olması halinde, yeni üyeyi belirli bir dönem gözlediklerini ve kontrol altında tuttuklarını bize göstermektedir. Nitekim suç örgütleri de polisin kendilerini ortaya çıkarmak üzere içlerine sızabileceğini bilir. Bu gözlem ve kontrol döneminden sonra, sıra yeni üyenin sadakatini ölçmeye gelir. Eski üyeler yeni üyeyi suç işlemeye yönlendirirler. Bu yönlendirmenin sonucunda çoğu zaman tüyler ürpertici bir suç işlenir

kaçakçılığı (madde 12) suçları. c) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

⁷⁵ Şen- Yurttaş, **a.g.m.**, s. 23.

Gerektiğinde, kışkırtıcı ajana dönüşmüş gizli soruşturmacı suç örgütüyle birlikte yaşar, organizasyonlarında yer alır. Bizzat bu topluluğun güvenini kazanmak veya mevcut güvenin devamı için suçun işlenmesine katılır ve hatta bazen bir suçun asıl faili olur. Gizli soruşturmacının görevlendirilmesindeki amacın gerçekleşmesi, ancak onun bulunduğu ortamın parçası haline gelebilmesine bağlıdır. Gizli soruşturmacının sadece dış görünüşünü içine girdiği ortamla uyumlu kılması yetmez. Belirli suç davranışlarını benimsemek zorunda kalacağı açıktır⁷⁶. Gizli soruşturmacı, sahte para basan bir suç örgütünün içinde faaliyet yürütmesi halinde en azından sahte parayı kullanmak, örgüt mensuplarıyla birlikte hareket etmek durumundadır.

Gizli görevlinin örgütün güvenini kazanabilmek üzere işlediği suçlara, “ortamın gerektirdiği suçlar” adı verilir⁷⁷. Ancak gizli görevli sadece örgütte sıradan bir üye gibi davranması halinde, suç örgütünün yapısını ve bağlantılarını ortaya çıkaramaz. O yüzden gizli görevli örgütün eylemlerine katılabilir. Bu bağlamda işlediği suçlara ise “statü oluşturan suçlar” denilir. Gizli görevli sadece statü oluşturan suçlar işlemez, örgütün diğer üyelerinin yakalanmasını sağlamak veya delil elde etmek üzere örgüt mensuplarını suça azmettirebilir⁷⁸. En azından bu son durumun tipik bir kışkırtma faaliyeti olduğu açıktır. Gizli soruşturmacı her zaman kışkırtıcı ajan gibi hareket etmez. Ancak böyle bir olasılık vardır. Nitekim Alman polisine göre, gizli görevli tarafından yapılacak araştırmanın etkili bir şekilde yürütülmesi ancak onun suça ve suçluluğa aktif bir şekilde katılması ile söz konusu olur.⁷⁹ Sonuç olarak gizli görevli faaliyetinin tamamının kışkırtma kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır. Ancak birçok örnekte, kışkırtıcı ajan faaliyeti gizli görevli tarafından gerçekleştirilmektedir.

Gizli soruşturmacı, kışkırtıcı ajan gibi davranmadan gerektiği şekilde araştırma yapamayacağı gibi, ne geçmiş suçlar bakımından ne de işlenmekte olan suçlar bakımından delil elde edebilir. Nitekim gizli soruşturmacının kışkırtıcı ajandan bozma

⁷⁶ Özbek, **Gizli Görevli**, s. 81.

⁷⁷ Bu suçlar, “çevrenin zorunlu kıldığı suçlar” olarak da adlandırılabilirler. Kolluk bazı suçlar bakımından asıl fail gibi hareket etmek zorunda kalabilir. Örneğin konut dokunulmazlığını ihlal edebilir. Öztürk, **Ceza Muhakemesi**, s. 514; **Delil Yasakları**, 82-83.

⁷⁸ Özbek, **Gizli Görevli**, s. 81-82.

⁷⁹ **Aynı**, s. 83; s. 152.

bir kurum olduğu, savunulmuştur⁸⁰. “Gizli Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez ve örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz” (CMK m. 139/5), ifadesi karşısında, gizli soruşturmacının, örgüt içerisinde sıradan bir mensup gibi bulunabilmesi dahi olanaklı değildir. Gizli soruşturmacı örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş veya işlenecek olan suçlara ilişkin delil toplarken hem suçların işlenmesini önlemek hem de işlenmiş olan suçların faillerini ve suç delillerini ortaya çıkarmak üzere hareket eder. Bu anlamda soruşturma tedbiri hem adli hem de önleyici özellik gösterir. Ancak söz konusu koruma tedbirine başvurulması durumunda, kullanılacak yöntemleri bir anlamda vasıtaları sınırlandıran CMK m. 139, gizli soruşturmacı suç işleyemez demektedir⁸¹.

Öğretinin bir kısmı, gizli soruşturmacının fail olarak suça katılabileceğini kabul etmekle birlikte, kastının hiçbir zaman fiilin tamamlanmasına yönelik olmadığından hareketle, kışkırtıcı ajan olarak tanımlanmayacağını, görevlinin sadece bulunduğu ortamın zorunlu kıldığı veya örgüt tarafından zaten işlenmekte olan suça iştirak edebileceğini kabul eder⁸². Bize göre gizli görevlinin bulunduğu ortamın zorunlu kıldığı suça, delil elde edebilmek veya faillerin yakalanarak cezalandırılmalarını sağlamak için katılıyor olması onun kışkırtıcı vasfını ortadan kaldırmaz. Gizli görevlinin yasal yollardan görevlendirilmiş olması, suçu azmettiren olmaması gibi nedenler onu kışkırtıcı ajandan ayırmak bakımından yeterli değildir. Kabul etmek gerekir ki her gizli soruşturma faaliyeti kışkırtma değildir. Ancak, çoğu kez kışkırtma bulunmadan gizli

⁸⁰ Öztürk, **Ceza Muhakemesi**, s. 508.

⁸¹ “Tasarıya Birinci Kitap, Dördüncü Kısımındaki “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” başlıklı Beşinci Bölümden sonra gelmek üzere “Gizli Soruşturmacı” başlıklı yeni Altıncı Bölüm başlığı altında “Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi” başlıklı yeni 139 uncu madde aşağıdaki gerekçelerle eklenmiştir. Kışkırtıcı ajan kullanılmasının hukuk devleti ilkesi bakımından büyük sorunlar yaratması karşısında, batı ülkelerinde giderek artan ve buna paralel olarak da toplum hayatında tamiri kabil olmayan yaralar açan organize suçlulukla mücadelede gizli soruşturma yapan bir görevliden yararlanma düşüncesi ortaya çıkmıştır. Gizli soruşturmacı, kışkırtıcı ajan değildir. Bunun kışkırtıcı ajandan en önemli farkı, gizli soruşturmacının hiç bir zaman azmettiren durumda bulunamamasıdır. Gizli soruşturmacı, görevi sırasında suç işlemeyecektir. Gizli soruşturmacının, içine girdiği örgüt içerisinde uzun süre kalabilmesi, onun “uydurma kimlik” sahibi olması ve bu kimlik altında bazı işlemlerde bulunabilmesine de bağlıdır. Karşılaştırmalı hukukta, bu tedbirler vasıtasıyla bireyin temel hak ve özgürlüklerine ağır biçimde müdahale edilmesi nedeniyle, tedbire karar verme yetkisi konusunda özel yetki kuralları öngörülmüştür”.

TBMM Adalet Komisyonu Ceza Muhakemesi Kanunu Tasarısı raporu ve madde gerekçesi için bkz. http://www.yayin.adalet.gov.tr/tut_cm/02%20%20ADA%5B1%5D.%20KOM.%20RAPORU.pdf

⁸² Özbek, **Gizli Görevli**, 44; **Ceza Muhakemesi**, s. 514.

soruşturma tedbirinden elde edilmek istenen sonucun elde edilmesi söz konusu olmadığı gibi, gizli soruşturmacının örgüt içerisinde her ne kadar sahte kimlikle de olsa deşifre olmaması veya en azından faaliyetini sürdürmesi mümkün olamaz.

TBMM Adalet Komisyonu’nun raporuna, 139. maddenin gerekçesine ve öğretinin ağırlıklı kısmına göre, gizli soruşturmacı azmettiren olmadığından kışkırtıcı ajan olamaz. Oysa çağdaş ceza hukuk öğretisi gizli soruşturmacının gerek maddi gerekse manevi her şekilde suça katılabileceğini savunur. Hatta bazı özel durumlarda gizli soruşturmacının fail olarak dahi hareket etmesinin olanaklı olduğu kabul edilir⁸³. Ayrıca, gizli soruşturmacı olarak bir anlamda suç örgütüne katılan, söz konusu tedbirin gereğini yerine getirebilmek üzere bir suçu işlemek zorunda kalmış olabilir. Diğer taraftan örgütlü suçlulukla, örneğin terör suçlarıyla mücadelede farklı taktiklere gereksinim duyulduğu açıktır. Nitekim uyuşturucu ticareti yapan bir örgütün ortaya çıkarılması bakımından gizli soruşturmacı/kışkırtıcı ajanın sadece sıradan müptela veya sıradan bir üye gibi davranması, tedbirden beklenen amacın gerçekleşmesi bakımından çoğu zaman hiçbir anlam ifade etmez. Bu anlamda gizli soruşturmacı, kışkırtıcı ajanın adının değiştirilmesinden veya en azından prototipinden başka bir şey değildir. Bize göre, bu şekilde, kışkırtıcı ajan müdahalesinin hukuk devleti bakımından yarattığı sorunların aşılabileceğini söylemek ve sadece bir isim değiştirmek yoluyla, kışkırtıcı ajana yönelik hukuk tarihi boyunca yöneltilmiş eleştirilerin bertaraf edilmesi olanaklı değildir.

Sonuç olarak, hukuk devleti ilkeleriyle, kışkırtıcı ajanın müdahalesinin bağdaştırılması zorlukları karşısında, özellikle örgütlü suçla mücadelede önemli bir işlev yerine getiren kurum, sadece adını değiştirmek suretiyle başka bir görüntü altında ve fakat kışkırtma faaliyetini sürdürür şekilde ortaya çıkmaktadır⁸⁴.

2.3.1.3. Suç Örgütüne Sızan Olarak Güvenilir Kişi

Kışkırtma faaliyetinde kolluk görevlisi olmayan üçüncü kişilerin kullanılması durumunu değerlendirmek gerekir. Kolluk görevlisi olmayan kimselerin kullanılması

⁸³ Bkz. Califano, *a.g.e.*, s. 11; Renato Dell’Andro, “Agente Provocatore”, *Enciclopedia del Diritto*, vol.I, 1958, s. 864.

⁸⁴ Bkz. Özbek, *Gizli Görevli*, s. 43.

her şeyden önce pratik nedenlere dayanabilir. Söz konusu faaliyeti suç örgütü mensubu olan bir kişi aracılığıyla yapmanın, suç örgütünün işlediği suçları belirlemek, suçluları takip etmek bakımından elverişli unsurların çıkarılması noktasında bazı avantajları olabilir⁸⁵.

Almanya’da özellikle 1980’li yıllardan itibaren formüle edilmeye başlanan “güvenilir kişi” (adam)” figürü, suça ilişkin delil elde etmek amacıyla bilinen kanallar dışında yöntemler kullanırlar. Alman İBK kararına göre güvenilir kişi, “farklı nedenlerle de olsa, suçun ortaya çıkarılması, delillerin ele geçirilmesi için bir yandan bilgi verirken diğer yandan suça engel olandır”⁸⁶. Güvenilir kişinin, hem polislerden hem de polis olmayanlardan⁸⁷ seçilebileceği görüşünün yanında, bu kişilerin sadece suçlu çevreye ait kişilerden veya suça bulaşmamış kişilerden⁸⁸ olabileceği de ileri sürülmüştür. Bu anlamda güvenilir kişinin kolluğun gönüllü işbirlikçisi olduğunu kabul etmek gerekir⁸⁹. Güvenilir kişinin kolluk görevlisi olmaması, onu gizli soruşturmacıdan ayıran temel özelliktir. Güvenilir kişi, örgüt üyesi olabilmesi nedeniyle aynı zamanda suça şerik durumundadır.⁹⁰

Organize olmuş politik suç yapılarının ortaya çıkarılması noktasında, söz konusu organizasyonların içersine, kolluk görevlisi olmayan kişilerin katılmasının sağlanmasıyla Fransa’da ortaya çıkan *sızan* figürünün, kışkırtıcı ajan olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Bu bağlamda *Pagliari*’ya göre, kışkırtıcı ajan, kural olarak kolluk mensubu olmak zorundadır. Ancak aynı zamanda, suç organizasyonunu ortaya

⁸⁵ Rosario Minna, “Il Nuova Agente Provocatore”, **Agente Provocatore Profili Sostanziale e Processuale**, (Milano, Giuffrè Editore, 2003), s. 15.

⁸⁶ 17. 10 1983 tarihli karar için bkz De Maglie, **a.g.e.**, s. 110 dpn. 20; Erdem, **a.g.e.**, s. 82. dpn. 287.

⁸⁷ Güvenilir adam figürü, “suçun ortaya çıkarılması için aktif olarak işbirliği yapan” herkesi kapsar. Bkz. Özbek, **Gizli Görevli**, s. 34.

⁸⁸ Güvenilir adam figürü, resmî olarak polis teşkilatı mensubu olmayanları kapsar. Figür dar yorumlanmalıdır. Bu kişiler sıradan dürüst vatandaşlar olabilecekleri gibi bilgi veren suçlular da olabilirler. Düzenli veya rastlantısal, bir ücret karşılığı olarak veya bir ücret karşılığı olmadan, polise bilgi aktarılmasıdır. Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 111.

⁸⁹ Erdem, **a.g.e.**, s. 83; Özbek, **Gizli Görevli**, s. 33.

⁹⁰ Özbek, **Gizli Görevli**, s. 35; Erdem, **a.g.e.**, s. 83.

çıkarmak ve işlemez hale getirmek amacıyla bir suç örgütüne sızan, bazı suçlara katılan kimse de kışkırtıcı ajan olabilir.⁹¹

Kışkırtıcı ajanın sadece suça yönlendiren kimse olarak tanımlandığı klasik yaklaşımın esas alınması halinde, sızan (güvenilir adam) sadece kışkırtıcı ajandan farklı bir figür değil aynı zamanda bir anlamda onun zıttı bir içeriğe sahiptir. İşlevsel olarak güvenilir adam kullanmak, belli olay ve kişiler hakkında bilgi toplayan gizli görevli gibi hareket etmekten ibarettir⁹². Nitekim kriminolojik gerçeklik olarak sızan çok da fazla, suça kışkırtmaz. Zira suç organizasyonu, yapısı itibarıyla kendi programını yapar ya da zaten yapmıştır. Sızanın pasif bir şekilde suçu gözlemleyen bir kişi olduğunu da söylemek olanaklı değildir. Bu durumda, organizasyon, tek tek bazı suçların işlenmesi noktasında harekete geçmesi bakımından kışkırtılabilir. Sızan, söz konusu kışkırtmayı, gerek kendisinin gerçek işlevini ortaya çıkarmamak bir anlamda kendisini ifşa etmemek için gerekse organizasyonun tam olarak içine dahil olabilmek (sızabilmek) başka bir söyleyişle organizasyonun güvenini kazanabilmek amacıyla yapar⁹³. Bu husus ise onu kışkırtıcı ajana yakınlaştırır.

2.4. Görüşümüz

Cezalandırılmama tartışmasının yapılabileceği kışkırtıcı ajan hipotezi sadece kamu görevlisi veya adli makamla işbirliği halinde kışkırtma faaliyetini yürüten kimse bakımından söz konusu olabilir⁹⁴. Kamu görevlisi olmayan bir kimsenin kışkırtıcı ajan olarak etkinlikte bulunması halinde cezalandırılması gerekir. Resmî görevli olmayan kimsenin kışkırtıcı faaliyetinin, kanun hükmünü veya bir emri yerine getirme hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilmesi için, yürütülen faaliyet tamamen adli makamların bilgisi ve denetimi kapsamında yürütülüyor olmalıdır. Ancak bu kapsamda dahi, uygulama bakımından somut olasılıkları belirlemek zordur. Bu halde somut işbirliğinin olup olmadığını denetlemek bakımından, bireyler tarafından yürütülen

⁹¹ Antonio Pagliaro, **Principi di Diritto Penale, Parte Generale**, (Milano: 8. ed., Giuffrè Editore, 2003), s. 569. Ayrıca bkz. Mantovani, **a.g.e.**, s. 554.

⁹² Özbek, **Gizli Görevli**, s. 37.

⁹³ Güvenilir adam özellikle organize suçluluğun söz konusu olduğu hallerde şerik durumundadır. Bkz. Öztürk, **Ceza Muhakemesi**, s. 511.

⁹⁴ Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, (Ankara: B. 3, Yetkin Yayınları, 2005), s. 486.

faaliyetlerde, (örneğin kurmaca uyuşturucu alım satımı) adli polisin bireyin tasarrufuna hiçbir uygun alan bırakmaması halinde bir cezasızlık nedeni olarak kışkırtma faaliyeti söz konusu olabilecektir⁹⁵.

Cezalandırılmayacak olan kışkırtıcı ajanın sadece kolluk görevlileri veya onunla ilişkili kişiler için söz konusu olabileceğinin bir başka kanıtı da, kışkırtıcı ajanın, kusurluluğu üzerine yapılan tartışmalardır. Kışkırtıcı ajanın cezasız bırakılmasının nedeni olarak kastı esas alan yaklaşım, özel kişi kışkırtıcı ajanı bu kapsamda değerlendirmez. Devlet görevlisi olan kışkırtıcı ajanın, neticeyi istememek ve engellemek noktasında, kollukla işbirliği içerisinde olmasının kanıtlayıcı etkisi vardır. Özel kişi kışkırtıcı ajanınsa, kollukla işbirliği içerisinde olmamaktan kaynaklı olarak neticenin ortaya çıkmasını engelleme olasılığı neredeyse yoktur. Bu durumda, özel kişi kışkırtıcı ajan, bir anlamda neticenin ortaya çıkması bakımından “olursa olsun” demektedir⁹⁶.

Kamu görevlisinin kışkırtıcı ajan olarak harekete geçmesi, kışkırtıcı ajan figürüne başvurulmakla ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmesi bakımından etkili olmak noktasında önemlidir. Bu amacın gerçekleşmesi bakımından iki temel unsur söz konusudur: Bunlardan ilki kışkırtılanın yakalanması ve cezalandırılması, diğeri ise kışkırtılan suçun gerçekleşmemesidir. Diğer taraftan kışkırtıcı ajan gibi sorunlu ve karmaşık bir figürün, suç ve suçlulukla mücadelede bir taktik olarak kullanılmasının handikapları, ancak kışkırtılan suçun gerçekleşmemesinin sağlanmasındaki başarının yüksekliğiyle mümkün olabilir. Bu anlamda, resmî görevli olan kışkırtıcı ajan “neye mal olursa olsun” diyerek kışkırtma faaliyetine girişmeyecektir. Kışkırtıcı, kışkırtacağı suçun yapısını iyi analiz etmiş olmalı, “aklı başında” davranmalıdır. Hâlbuki özel kişi kışkırtıcı ajanın yapmış olduğu kışkırtma için aynı şeyleri söylemek olanaklı değildir. Söz konusu kişi, duygusal nedenlerle dahi harekete geçen kişi olabilir. İnsanlar kör

⁹⁵ Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s.100. Ülkemizde sıklıkla televizyon kanallarının “reality show” adı altında yapmış oldukları programlar bir suçlunun veya suçun ortaya çıkarılmasına yönelik kışkırtma faaliyetleri içermektedir. Bize göre söz konusu televizyon programlarının muhabirlerinin fail veya şerik olarak cezalandırılmamaları, ancak, yürütülen faaliyetin kolluk faaliyeti dahilinde veya yine her aşamasında adli makamların bilgisi ve denetimi içerisinde yürütülüyor olması halinde söz konusu olabilir.

⁹⁶ Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için, bkz. . 68 vd.

tutkularını tatmin etmek üzere başkalarını suç işlemeye yönlendirebilirler⁹⁷. Diğer taraftan suça kışkırtan sadece kışkırttığı kişinin cezalandırılmasını istiyor olsa dahi, kışkırttığı fiilin neticelenmesini engelleyebilecek meşru bir güçle (örneğin kolluk) işbirliği içerisinde de değildir. O halde neticeye yönelik kastının doğrudan veya en azından dolaylı olduğu konusunda bir kuşku da yer olmaması gerekir⁹⁸. Hâlbuki kamu görevlisi olan kışkırtıcı ajan, kendine özgü bir şekilde kışkırtılanın davranışlarına eşlik eder, kışkırtılanın davranışını denetim altında tutar. Neticenin gerçekleşme olasılığının yükseldiği anda, korunan hak veya menfaatin zarara uğraması olasılığını da en aza indirerek müdahalede bulunma olanağına sahiptir. Özel kişi kışkırtıcı ajanın bu donanımına ve güce yasal olarak sahip olması düşünülemez.

Kışkırtıcı ajanın sadece kamu görevlisi olması kabulü, hem suç siyaseti⁹⁹ bakımından hem de hukuki nedenlerle zorunludur. Bu durumda olan kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğu konusunda, kışkırtılanın hareketine yönelik sadece eşzamanlı tedbirler almışsa ve buna rağmen netice gerçekleşmişse taksir tartışması yapılabilir. Kolluğun kışkırtılan suça ilişkin almış olduğu önlemin (önlem her aşamada kışkırtıcı ajanın davranışıyla bağlantılı olmalıdır), girişimin başarıyla sonuçlanmasını da engellemeye muktedir olması gerekir¹⁰⁰.

Hem henüz başlamamış, hem de devam etmekte olan bir suç bakımından kışkırtıcı ajanın müdahalesinin mümkün olabileceğini kabul etmek gerekir. Bir suça katılanın kışkırtıcı ajan olarak tanımlanması için, suçun tamamlanmasını istememesi ve kışkırtılanın cezalandırılmasını istiyor ve buna muktedir olması gerekir.

Muhbir veya suç örgütüne sızan güvenilir kişi, kolluk birimlerinden bağımsız çalışamaz ve bir anlamda polisinin bir kolu gibi faaliyet yürütürler. Bu kişilerin suç ortaklığı içerisinde yürüttükleri faaliyetin, en azından bazı zorunlu durumlarda

⁹⁷ J.D. Heydon, “The Problems of Entrapments”, “**Cambridge Law Journal**, vol. 32.” Kasım 1973, s. 271.

⁹⁸ De Maglie, **a.g.e.**, s. 362.

⁹⁹ Suç biliminin bir kolu olarak suç siyasetinin konusu, suçun ortaya çıkmasına neden olan sosyal, adli, tıbbi ve benzeri unsurlar ve bu unsurlarla hangi yöntemlerle mücadele edileceğidir. Bkz. Mantovani, **a.g.e.**, s. XXXII.

¹⁰⁰ Armin Kauffmann’ın görüşleri için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 362-363.

kışkırtma olarak adlandırılması gerekir. Çünkü kışkırtıcı ajana yapısını kazandıran özellik de suçlunun ihbarı ve suçun gerçekleşmesini istememesidir.

3.KIŞKIRTICI FAALİYET

3.1.Kışkırtıcı Ajanın Suça Katılmasının Biçimi

3.1.1. Genel Olarak

Kışkırtıcı ajanın bir kimseyi suç işlemeye yöneltme faaliyeti farklı biçimlerde ortaya çıkabilir. Hukuki anlamda kışkırtıcı ajan faaliyeti suç işlemeyi düşünmeyen bir kimseye suç işleme kararını verdirmek ve böylece suçun ilk ve etkili psikik nedenini oluşturmak şeklinde ortaya çıkmışsa, “azmettirme” hali söz konusu olmaktadır. Buna karşılık, suç işlemeyi düşünen, ancak bu konuda karar vermemiş olan bir kimsenin suça yönlendirilmesi durumunda “teşvik” hali söz konusu olacaktır. Bazı durumlarda ise kışkırtma faaliyeti azmettirme veya teşvik bulunmaksızın, ajanın diğer kişi veya kişilerle birlikte suçun icrasına katılması veya suçun işlenmesi bakımından bir fırsat yaratması şeklinde söz konusu olabilir. Kışkırtıcı ajanın sadece suça katılan olabileceğini savunan öğretinin ağırlıklı kesimi, meseleyi iştirak başlığında inceler. Kışkırtıcı ajan, kendine özgü bir suça yönlendiren olarak, kişiyi suça yönlendirirken icra hareketlerinin teşebbüs aşamasında kalmasını ister¹⁰¹.

Ceza hukuku öğretisinde kışkırtmanın sadece manevi katılma şeklinde ortaya çıkabileceğini; maddi katılma yoluyla kışkırtmanın olanaklı olamayacağını savunanların yanı sıra suçun icrasına katılmak yoluyla da başka türlü işlenmeyecek suçu olanaklı kılmanın etkili bir kışkırtma olduğunu savunanlar da vardır¹⁰². Biz bu başlıkta, iki

¹⁰¹ Bkz. Dell’Andro, **a.g.m.**, 866; De Maglie, **a.g.m.**, s. 221 vd., Galli, **a.g.m.**, 777; Vignale, **a.g.m.**, s. 57; Califano, **a.g.e.**, s. 11 vd.

¹⁰² Eski bir sabıkalının güvenlik makamlarına hoş görünmek gibi bir amaçla, akıllarından böyle bir şeyi geçirmeyen arkadaşlarını birlikte bir evden hırsızlık yapmaya ikna etmesi ve durumu bildirmek suretiyle aldırıldığı tertibat sonucu, suç işlenirken polislerin müdahalesini sağlaması azmettirme yoluyla kışkırtmaya, uyuşturucu madde kaçakçılığından çok para kazanmanın mümkün olduğunu düşünen, ancak başka türlü buna cesaret edemeyen kimseyi, bunun kolay bir iş olduğunu, kendisinin de yardımcı olacağını söyleyerek suça yönlendirme ve sonucunda yakalatma teşvik yoluyla kışkırtmaya ve nihayet hırsızlık yapmak isteyen kişiyi yakalatmak amacıyla gözcülük teklifini kabul etme ve böylece suçun icrasına başlamasını mümkün kılma durumu maddi katılma yoluyla kışkırtmaya, örnek verilebilir. Bkz. Ersoy, **a.g.m.**, s. 35.

yaklaşımı da ayrı ayrı inceleyecek ve daha sonra kendi kişisel görüşümüzü açıklayacağız.

3.1.2.Kışkırtıcı Ajanı Sadece Suça Manevi Katılma Bağlamında Değerlendiren Yaklaşım

3.1.2.1. Kışkırtıcı Ajanın Manevi Şerikten Farkı.

Suçta manevi olarak katılan ortağın niçin cezalandırıldığıının ortaya konulması gerekir. Bilindiği üzere, manevi şerikin cezalandırılması gerektiği konusunda iki temel yaklaşım vardır: İlki, “iradi ceza hukuku” yaklaşımıdır¹⁰³. Buna göre manevi şerikin cezalandırılmasının nedeni, failde bulunan “ahlaki bozukluk”tur. Kişi, suç işleyen hukuk düzenine başkaldırmasına aracılık etmiştir. Kişi kusurlu olarak suça katılmıştır ve bu yüzden suça yönlendirilen ile birlikte cezalandırılmalıdır. İkinci yaklaşıma göre manevi şerik, asıl failin suç işlemek noktasında “entelektüel babası”dır. Manevi şerik, suça yönlendirilenin hukuka aykırılığı gerçekleştirmesi bakımından psikolojik olarak nedensel katkısını ortaya koyan kimsedir. Bu yaklaşım “sebep olma teorisi” olarak da adlandırılır¹⁰⁴. Manevi şerikliğin belirlenmesi bakımından önemli olan manevi müdahalenin yarattığı nedensel etkidir. Suça yönlendirenin, asıl failin işlemiş olduğu fiilinden dolayı cezalandırılması için ilk yaklaşıma göre, manevi şerikin iradi olarak işbirliğinde bulunması, anti-sosyal fiilin gerçekleşmesi ve böylece toplum düzeniyle ayrı düşmesi gerekirken, ikinci yaklaşıma göre asıl fail tarafından gerçekleştirilen fiil bakımından manevi şerikin nedensel katkısının belirlenmesi gerekir¹⁰⁵.

Kışkırtıcı ajan bir kimseyi “otoriteye” teslim etmek üzere kışkırtırken fail de yaratmaktadır. Bu noktada “sosyal olarak kabul edilemez davranış” bir anlamda ortaya çıkmıştır. Diğer taraftan, failerin cezalandırılması bakımından suçun teşebbüs aşamasında kalması da yeterlidir¹⁰⁶. Suçun teşebbüs aşamasında kalmasıysa kışkırtıcı

¹⁰³ Söz konusu yaklaşım, “kusura iştirak teorisi” olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Özbek, **a.g.e.**, s. 156.

¹⁰⁴ Aynı, s. 158.

¹⁰⁵ Karge’nin görüşleri için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 125.

¹⁰⁶ Kusura iştirak teorisinin kabulü halinde kışkırtıcı ajanın cezalandırılması gerekir. Fail suça bulaştırılmış ve fiilin teşebbüs aşamasında kalmış olmasına rağmen sosyal çözüme ortaya çıkmıştır. Bkz. Özbek, **Gizli Görevli**, s. 157.

ajan figürüne karakter veren önemli öğedir. Çözüm bu noktada ortaya çıkmaktadır. Kışkırtıcı ajan faaliyetini yürüten kimse, suçun tamamlanmasına yönelik kastı bulunmadığından manevi şerik olarak değerlendirilemez ve dolayısıyla da cezalandırılmaz. Şerikin kastı her olasılıkta neticenin gerçekleşmesine yönelmiş asıl fiili kapsamalıdır. Bu halde, asıl fiil teşebbüs aşamasında kalmışsa, şerikin bu fiilin teşebbüs aşamasında kalmasına yönelik kastı cezalandırılması için yeterli değildir¹⁰⁷. O halde, eğer kışkırtıcı ajan sadece teşebbüsü istiyor ve hedefleri arasında, hukuken korunmakta olan şeye zarar verme veya zarar tehlikesi doğurma bulunmuyorsa kastının yokluğu nedeniyle ceza almaması gerekir¹⁰⁸. Nitekim herhangi bir failin teşebbüsten dolayı cezalandırılmasının nedeni, icra hareketlerinin başlangıcında fiili tamamlama kastıyla yola çıkmış olmasıdır. TCK'nın suça teşebbüsü düzenleyen 35. maddesi, kişinin işlemeyi kast ettiği bir suçtan söz etmektedir. Bu düzenlemenin failin suçun gerçekleşmesini de istediği şeklinde anlaşılması gerekir. Zira teşebbüsün hangi suçtan cezalandırılacağı gerçekleşen suça göre belirlenir¹⁰⁹.

Fiilin teşebbüs aşamasında kalmasını istemeyip sonucun gerçekleşmesini isteyen kışkırtıcı ajan azmettiren gibi sorumlu olur¹¹⁰. Zira manevi şerik kasten, asıl faili hukuka aykırı fiile yönlendiren kimsedir. Tipik fiilse normsal bazda ceza kanunlarının özel kısımlarında gösterilmiştir. Özel kısımdaysa failden anlaşılan asıl faildir. İşte bu yüzden manevi şerikin cezalandırılması için kastının tamamlanmış suça yönelik ve kapsar nitelikte olması gerekir¹¹¹. Hâlbuki kışkırtıcı ajan bakımından kastın ayırt edici unsuru olan “isteme” bulunmamaktadır. Kışkırtıcı ajanı herhangi bir manevi ortakten ayıran özellik de budur¹¹².

¹⁰⁷ Bkz. Özbek, **Gizli Görevli**, s. 162.

¹⁰⁸ Marunici-Dolcini, **a.g.e.**, s. 362.

¹⁰⁹ Özbek, **Gizli Görevli**, s. 162.

¹¹⁰ Kışkırtıcı ajanın sadece azmettiren olarak ele alan Alman öğretisi için bkz. Özbek, **Gizli Görevli**, s. 154.

¹¹¹ Bkz De Maglie, **a.g.e.**, s. 127; Vignale, **a.g.m.**, s. 57.

¹¹² Bkz. Ranieri, **a.g.e.**, s. 227.

Kışkırtıcı ajanın suça sadece manevi iştirak şeklinde katılabileceğini kabul eden klasik öğretiyeye göre¹¹³, kışkırtıcı ajan, başkalarını, bu kimselerin suçüstü yakalanmalarını ve cezalandırılmalarını sağlamak için suç işlemeye teşvik eden veya azmettiren¹¹⁴. Kışkırtıcı ajan ya kışkırtılarda suç fikrinin doğmasına ya da kışkırtılarda mevcut olan niyetin karar haline getirilmesine neden olandır¹¹⁵. Manevi olarak suça katılan, ancak maddi olarak suça katılan vasıtasıyla neticeye ulaşabilir. Bu yüzden manevi katılanın cezai sorumluluğunu belirleyebilmek için, maddi davranışı ortaya koyan katılanın, suçu gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin ve manevi katılanın iradesinin bu neticeye yönelik olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Halbuki, kışkırtıcı ajan maddi olarak suça katılmışsa, iradesinin neticeye yönelik olduğundan kuşku duyulamayacağından, ortaya çıkan neticeden suçu gerçekleştirenlerden birisi olarak sorumlu olacaktır¹¹⁶. Figürü ilk kavramlaştıranlardan kabul edilen Alman ceza hukukçusu *Glaser*'e göre¹¹⁷, kışkırtıcı ajan, bir başkasını suçüstünde yakalanması ve cezalandırılması için suça teşvik eden veya azmettiren¹¹⁸. *Glaser*'in kışkırtıcı ajan kavramını manevi katılmayla sınırlandırmasının nedeni, konuya kavramsal-konusal bir sınırlandırma getirme isteğidir¹¹⁸.

Kışkırtıcı ajan kavramı İtalya'da 19. Yüzyıl'da tartışılmaya başlanmıştır. Klasik okul, kavramı neredeyse tartışmasız bir şekilde manevi katılma içerisinde değerlendirmiştir. Klasik okul taraftarlarına göre kışkırtıcı ajan, bir çeşit manevi katılan

¹¹³ Aynı, s. 228.

¹¹⁴ Salama, **a.g.e.**, s. 12. *Glaser*, kışkırtıcı ajanı bir kimsenin suçüstü yakalanmasını sağlamak üzere suça azmettiren veya teşvik eden kimse olarak tanımlamıştır. Bkz. *Califano*, **a.g.e.**, s. 11; Aynı şekilde bkz. *Galli*, **a.g.m.**, s. 777.

¹¹⁵ Dönmezer-Erman, **C.II**, s. 534.

¹¹⁶ Tullio Delogu, "La Responsabilita dell'Agente Provocatore", **Studi Sassaresi**, 1938, s. 22.

¹¹⁷ *Glaser*, konuya "Il Dolo del Istigatore" adlı eserinde ilk olarak temas etmiştir. Bkz. De Maglie, **a.g.m.**, s. 220.

¹¹⁸ Kışkırtıcı ajan bakımından Alman ceza hukukuna yapılacak atıflar en az üç nedenden ötürü önemlidir. Bu üç neden, tarihi, dogmatik ve yapısal nedenler olarak sıralanabilirler. Bkz. *Califano*, **a.g.e.**, s. 11. Kışkırtıcı ajan kullanılması, toplumun güven duygusunu sarsar. Kışkırtma aşağılık, onursuz bir manevradır. Ahlaki değildir. *Glaser*'in görüşleri hakkında bkz. Özbek, **Gizli Görevli**, s. 153. "Ancak yakalanmak istenen kimsenin hareketinin vahameti, bu uygunsuz silahın kullanılmasını, bir noktaya kadar mazur gösterebilir". Bkz. Albert Colombini "Tahrikçi(Ajan Provokatör) Hakkında Bir Fransız Temyiz Mahkemesi Kararı ve Tahlili", Çev. İlhan Alınak, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1971, S. 7. s. 222.

olarak bir başkasını suça iten kimsedir¹¹⁹. Kışkırtıcı ajan, suçla istenen neticenin karşıtıdır, onun amacı suç ister tamamlanmış olsun, ister teşebbüs aşamasında kalmış olsun, kışkırtılan kimsenin başına bir “kötülüğün” gelmesidir. Kışkırtıcı faaliyet çeşitli nedenlerden dolayı ortaya çıkmış olabilir. Bu nedenler arasında faili suçüstü yakalatmak yoluyla elde edilecek ödül olabileceği gibi, kışkırtılanın mallarını idare etmek, hatta karısını elde etmek veya bir başka kazanç elde etmek amacı olabilir. Kışkırtıcı ajanın suçtan doğacak zararlı veya tehlikeli neticeyi değil, suçun kendisinin dışında kalan, suça yabancı olan diğer bazı çıkarları istemesi, onu herhangi bir azmettirenden ayıran en temel özelliğidir¹²⁰. Carrara, kışkırtıcı ajanın tanımını şu şekilde yapmıştır: “*Kışkırtıcı ajan, bir diğerini, bir suçun işlenmesiyle elde edilecek olanla ilgilendiği ya da suçun mağduruna yönelik bir beklentisi olduğu için değil, bizzat suçun işleniyor olmasına manevi katkıda bulunmakla yetinerek suça yönlendiren kimsedir*”¹²¹.

Bu öğretinin esas aldığı ölçüt, kışkırtıcı ajanın “amacı”dır. Amaç meşruluğunun bulunması kaydıyla, kışkırtma faaliyetinin politik ya da başka bir suça yönelik olarak yürütülmesinin önemi yoktur¹²². Kışkırtıcı ajan, suçla elde edilecek şey her neyse onunla ilgilenmeyen kimsedir ve doğrudan amacı, kışkırtılmış kimsenin ihbarından ibarettir. Kışkırtma faaliyetlerine ilişkin olarak öngörölmüş bütün varsayımlar bakımından, kışkırtıcı ajanın bizatihi suçun işlenmesinden dolayı hiçbir menfaati yoktur. Kışkırtma sonucunda ortaya çıkan durum (suçun tamamlanmış olması veya teşebbüs aşamasında kalmış olması), kışkırtıcı ajan bakımından sadece “araç” niteliğindedir ve bu araç sayesinde kışkırtıcı ajan asıl amacı olan kışkırtılanın cezalandırılmasını gerçekleştirebilecektir. Kışkırtıcı faaliyet sadece manevi katılma düzeyinde, azmettirme veya teşvik etme şeklinde ortaya çıkabilir. Eğer ajan ortaya maddi katılımın gerektirdiği davranışlardan birini koyarsa, artık kışkırtıcı ajan olarak

¹¹⁹ De Maglie, **a.g.m.**, s. 221.

¹²⁰ Dönmezer-Erman, **C. II**, s. 529.

¹²¹ Carrara, **Parte Speciale**, s. 471.

¹²² Kışkırtma faaliyetinin her türlü suç bakımından söz konusu olabileceğine yönelik tespiti ilk kez Glaser yapmıştır. Bkz. De Maglie :**a.g.m.**, s. 221.

görülemmez ve bu durumun neticesi olarak da, tartışılmakta olan konunun bir meselesi olmaktan çıkar¹²³.

Galli, kışkırtma faaliyeti kapsamında maddi katılmanın düşünülmesinin, kışkırtmayla elde edilmek istenen amaç bakımından bir uyumsuzluk ortaya çıkaracağı görüşündedir. Zira maddi katılma halinde olan kışkırtıcı ajan, artık eylemsel sürecin bir parçası haline gelmiş, ona bağlanmıştır¹²⁴. Maddi katılma bakımından, *Galli*'nin yaklaşımını soyut bulanlarsa, maddi katılmanın kışkırtıcı faaliyet dışında tutulabilmesi için, kışkırtıcı ajanın maddi davranışının somut olayın gerçekleşmesine katkıda bulunma noktasında, fiilin tamamı bakımından belirleyici bir işleve sahip olması gerektiğini savunmaktadırlar¹²⁵. Suç, kimin tarafından işlenmişse ve suçu işleyen -varsa azmettiren- kimin tarafından azmettirilmişse, kural olarak gerek suçu işleyen gerekse azmettiren, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır. Kışkırtıcı ajan, davranışı ile başkalarını suç işlemeye azmettirmiş olmasına rağmen bunu yapmaktaki nedenlerinden dolayı cezalandırılmayan kimsedir¹²⁶.

Klasik yaklaşımı benimseyen 1950'li yıllar öğretisi de, kural olarak kışkırtıcı ajanın suça sadece manevi katılan olabileceğini savunur¹²⁷. Bu dönem yaklaşımına göre, kışkırtıcı ajan suça manevi olarak katılmanın dışında çok sınırlı bir şekilde maddi olarak da katılabilir. Kışkırtıcı ajan, şüpheli bir duruma ilişkin her türlü önlemi almış, etkin bir şekilde bu tedbirleri uygulamış ve bizatihi davranışıyla, kışkırtılanın harekete geçmesi

¹²³ Califano, **a.g.e.**, s. 9-10; Alfredo De Marsico, **Diritto Penale Parte Generale** (Napoli: Nicola Jovene Editore 1937), s. 370. "Kavramın sınırının kesin olarak belirlenebilmesi noktasında klasik yaklaşım, kışkırtıcı ajanın davranışının sadece manevi katılma şeklinde ortaya çıkabileceğini kabul etti. Buna göre kışkırtıcı ajanın, faili harekete geçirmek üzere yürüttüğü faaliyet ile failin neticeyi elde etmesini sağlamak üzere yürüttüğü faaliyeti birbirinden ayırmak gerekir. Zira kışkırtıcı ajanın kışkırtması sonucunda ortaya çıkan neticeden sorumlu olmaması için suça maddi olarak katılmamış olması gerekir." Salama, **a.g.e.**, s. 8.

¹²⁴ Galli, **a.g.m.**, s. 777.

¹²⁵ Califano, **a.g.e.**, s. 11.

¹²⁶ Ranieri, **a.g.e.**, s. 227.

¹²⁷ Maggiore, **a.g.e.**, s. 569; Ranieri, **a.g.e.**, s. 227.

bakımından, neden olmamışsa istisnai olarak suça maddi olarak katılabilir ve cezalandırılmayabilir¹²⁸.

Öğretinin bir kısmı, kışkırtıcı ajan kavramını sadece maddi katılma bakımından değil aynı zamanda manevi katılma bakımından da sınırlandırmıştır. Kışkırtıcı ajanın suça iştirakten dolayı cezalandırılabilmesi için veya bu tartışmanın yapılabilmesi için, kışkırtılanın psişğinde daha önce var olmayan bir suç işleme düşüncesini uyandırması gerekir. Yani suç işleme niyeti olmayan bir kişide kışkırtıcı ajan suç işleme kararının ortaya çıkmasına neden olmalıdır. Bu yönlenişe göre kışkırtıcı ajan sadece suça azmettiredir. Bu anlamda kışkırtıcı ajan, suçu icra edenlerin ulaşmak istedikleri amaçtan farklı bir amaca ulaşmak için suça azmettiren kimsedir¹²⁹. Bu görüş taraftarları, ajan ile suç arasındaki diğer olası nedensellik ilişkilerini dikkate almazlar ve konuyu yalnızca azmettirme kapsamında ele alırlar. Buna göre kışkırtıcı ajanın, faili harekete geçirmek üzere yürüttüğü faaliyet ile failin neticeyi elde etmesini sağlamak üzere yürüttüğü faaliyeti birbirinden ayırmak gerekir. Zira kışkırtıcı ajanın kışkırtması sonucunda ortaya çıkan neticeden sorumlu olup olmadığı tartışmasının yapılabilmesi ancak suça kışkırtılanın, kışkırtmadan evvel, işlenecek fiile ilişkin bir zihnî veya maddî tasarrufunun olmaması durumunda mümkün olabilecektir.

3.1.2.2. Suça Manevi Olarak Katılan Kışkırtıcı Ajanın Cezalandırılabilirliği

Klasik okul mensuplarının birçoğu, kışkırtıcı ajanın sadece manevi katılan olabileceğini ortaya koyduktan, başka bir söyleyişle suça maddi olarak katılan bakımından “amaç” tartışması dahi yapılamaz tespiti yaptıktan sonra, suça manevi olarak katılan kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun olup olmadığı tartışmasını yaptılar ve bu halde bile, ağırlıklı olarak kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun olması gerektiği görüşünde birleştiler. Kışkırtıcı ajanın, davranışı neticeyi gerçekleştirmek bakımından

¹²⁸ Dell’Andro, **a.g.m.**, 866. “Kışkırtıcının davranışının, kışkırtılanın davranışı bakımından sadece araç/vesile olması halinde, kışkırtıcı ajanın suça maddi olarak katılabilmesi gerekir” Malinverni, **a.g.m.**, s 397.

¹²⁹ Maggiore, **a.g.e.**, s. 594; Önder, **a.g.e.**, s. 465.

nedensel bir katkıyı ortaya koymuşsa kışkırtıcı ajanın cezalandırılması gerekir¹³⁰. Zira kışkırtıcı ajan sübjektif unsur bağlamında, suçun gerçekleşmesini istemektedir. Bir an için dahi olsa ve ortaya “gerçek” anlamda bir zarar çıkmasa dahi, kışkırtıcı ajan neticenin meydana gelmesi noktasında en azından kayıtsız kalmıştır. Örneğin bir hırsızın ortaya çıkarılması için yürütülen bir faaliyette, bu amaca yönelik olarak hakkında kuşku duyulan kimsenin yeni bir hırsızlığa yönlendirilmesi durumunda, çalınan mal sahibine derhal iade edilmiş olsa dahi bir korku oluşmuştur. Netice olarak yurttaşın bazı haklarının güvenliği bakımından- örneğin mülkiyet- tereddütler ortaya çıkmış hatta söz konusu hakları bir anlık olsa dahi ihlal edilmiştir¹³¹.

Toplumsal ahlakın korunmasının bir zarureti olarak kışkırtıcı ajanın cezalandırılması gerekir. Kışkırtıcı ajan kınanabilir, “aşâğılık” davranışı ortaya koyan kimsedir¹³². Ortada soruşturulan bir fiil varsa, ona neden olan kişinin iştirakini kabul etmemek olanaklı değildir¹³³. Kışkırtıcı ajanda mevcut bir “ahlaki düşkünlük” bulunmaktadır. Suç işleyen hukuk düzenine başkaldırmasına aracılık etmiştir. Kışkırtıcı ajanın kışkırtılanla birlikte cezalandırılması gerekir.

Klasik okula mensup başka bazı yazarlar ise suça yönlendirmeyi “aşâğılık” bir davranış olarak görmüyorlardı. Onlara göre, sorunun sadece ahlaki bir yönü yoktur. Kışkırtıcının davranışı sadece ahlak dışı olarak değerlendirilemez, sorunun çok daha karmaşık yönleri vardır. Sorun, bizatihi devletin yönetimine ilişkin politik/pratik tercihlerle ilişkilidir. Devlet, kışkırtıcı ajanı “sosyal savunmasının” gereğini yerine getirmek üzere kullanabilir¹³⁴. Nitekim Alman öğretisi de ağırlıklı bir şekilde, bir kimsenin devlet makamları tarafından suçun ortaya çıkarılması amacıyla kullanılmasını ahlaki açıdan ele almış olmakla birlikte, söz konusu faaliyeti bir gereklilik olarak

¹³⁰ Giovanni Battista Impallomeni, “Del Concorso di piu Persone in un Reato con Speciale Riguardo al Codice Penale Italiano in Progetto”, **Rivista Penale**, vol. XXVI, 1887, s. 233. Kışkırtıcı ajanı, herhangi bir şerikten ayıran, “onu harekete geçiren” nedendir. Bkz. Salama, **a.g.e.**, s. 15.

¹³¹ Impallomeni, **a.g.m.** s. 234.

¹³² Daha ileri giden Carrara, kışkırtıcı ajan faaliyetini “şeytanlık” olarak görmüş ve “lanet bir sefillik” olarak betimlemiştir. Francesco Carrara, **Programma Del Corso Di Diritto Criminale, Parte Generale, vol.II**, (Firenze: 11. Ed., Fratelli Cammelli, di R. Conti, 1923), s. 380.

¹³³ Türk ve İtalyan Ceza Kanunları Majno Şerhi C. 1 (1927), no: 340, s. 262-263.

¹³⁴ Bkz. De Maglie, **a.g.m.**, s. 223.

görür¹³⁵. Nitekim Alman Ceza hukuku yazınında kışkırtıcı ajan kavramı hem “dogmatik cezai bir figür” hem de “sosyal bir fenomen” biçiminde tasvir edilmiştir¹³⁶.

Impallomeni sorunun nazik noktasını, “hükümetin memuru” olarak görev yapan ajanın, cezai sorumluluğunun ne olduğu konusu olarak belirledi. Ajana, görevi veren “teşkilat”, azmettirenin azmettireni olmuyor muydu? Yazar söz konusu soruyu sormakla birlikte yanıtını vermemiş, meselenin politik tercihlerle olan bağlantısı üzerinde de durmamıştı¹³⁷. Sorunu, yapısal devlet sorunu şeklinde değerlendirmek yanlıştı. Devletin pek onurlu olmayan ama gerekli olan faaliyetleri için kışkırtıcı ajan kullanılabilirdi. *Impallomeni*’ye göre meselenin oturması gereken zemin bireysel ahlaki tercihlerden öte bir nokta olmamalıdır¹³⁸.

Carrara’ya göre ise, kışkırtıcı ajanın tartışılması gereken zemin, devlet ile kışkırtıcı ajan arasında doğrudan var olan ilişkinin bizzat kendisidir. Hükümetin emirlerini yerine getiren kışkırtıcı ajan nereye kadar sorumlu veya başka bir söyleyişle nereden itibaren sorumlu olacaktır. *Carrara*’ya göre sorunun çözümü emir genel teorisi içerisinde aranmalıdır¹³⁹.

Suçta katılanların nedensel katkıları yeni bir suçun işlenmesine yönelik olmalıdır. Ancak bazı durumlarda, ajanın faaliyeti yeni suçun işlenmesi için değil de, daha önce işlenmiş olan suçun delillerinin elde edilmesine yönelik olmaktan ibarettir. Örneğin bir kolluk görevlisi, yasadışı şekilde piyango düzenleyen kimseden bilet satın alırsa, bu kimsenin bir başkasını suça kışkırttığından söz etmek olanaklı değildir. Biletin satılıyor olması yasadışı bir faaliyetin yürütüldüğünün göstergesidir. Kolluk görevlisinin bilet satın alması, yasadışı bilet satanın cezalandırılmasını sağlamak üzere delil toplamaktan ibarettir. Böyle bir durumda olan polisin suça kışkırttığı da söylenemez. Bu tür

¹³⁵ Özbek, **Gizli Görevli**, s. 153.

¹³⁶ Sommer’in görüşleri için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 104. “Kışkırtıcı ajanın cezalandırılmasının nedeni, onun “entelektüel babalığı”dır. Nedensellik kuramına ait terminoloji ile ifade edilecek olursa ortada psikolojik bir nedensellik bağı bulunmaktadır.” Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 125.

¹³⁷ *Impallomeni*, **a.g.m.**, s. 232.

¹³⁸ **Aynı**, s. 232.

¹³⁹ Carrara, **Parte Speciale**, s. 471.

faaliyetlerin adli polis faaliyeti olarak görülmeleri gerekir. Adli polis, bu tür faaliyetleri bir suç işletmek amacıyla değil de, bir suçu ortaya çıkarmak ve failinin cezalandırılmasını sağlamak amacıyla yürütür¹⁴⁰.

Sonuç olarak, suça manevi katılan kışkırtıcı ajanın cezalandırılması görüşünde olanlara göre, kışkırtıcı ajanın tam ve mutlak cezai sorumluluğu olduğunun tartışmasız kabulü gerekir. Kışkırtıcı ajan, cezasız bırakılmak bir yana, rastlanıldığı her durumda ihbar edilmelidir. Kışkırtıcı ajan, ahlak dışı davranışını ortaya koyarken, ortak sosyal hayatın güven ilişkisi içerisinde devamını da tehlikeye sokmaya neden olan kişi olarak cezalandırılmalıdır. Suça yönlendirenin, yönlendirme anındaki amacının önemi yoktur. Kışkırtıcı ajan, suçu teşebbüs aşamasında durdurmuş olsa dahi cezalandırılmalıdır. *“Militan adalet, kışkırtıcının her koşulda cezalandırılmasını ister. Zira teşebbüs sürekli olarak bir riski de beraberinde getirir. Söz konusu risk hukuki konunun ihlaline yöneliktir. Hukuki konuya yönelik bir tecavüz, toplumda genel bir huzursuzluk ve panik hali yaratır. Bu duruma neden olan kimsenin cezasız bırakılması düşünülemez. Kışkırtıcı ajana vücut veren husus fikri bir rezervdir ve fikri rezervin kışkırtılanın hareketi bakımından ortaya konmuş olan nedensel katkıyı kaldırması söz konusu olamaz”*¹⁴¹.

3.1.3. Kışkırtıcı Ajanı Her Türü Katılma Bağlamında Değerlendiren Yaklaşım

Çağdaş öğreti, ceza normunda korunan değer ihlali bakımından, aynı kişiden kaynaklı olabilecek davranışı, manevi veya maddi olarak ayırmayı yanlış bulmuştur. Günümüz dünyasında kışkırtıcı ajan bir yandan klasik figürü (kışkırtıcı ajanı sadece manevi katılan olarak ele alan dar yaklaşım) içerisine alırken diğer taraftan bir güncellemeyi içine almak daha doğru bir tanımlamayla oluşturmak zorundadır. Suça manevi katılma noktasında sınırlandırılmış bir kavramlaştırmanın bugünün

¹⁴⁰ Impallomeni, **a.g.m.**, s. 231; ayrıca bkz. Majno Şerhi, no 340. “Alışkanlık halinde yasadışı faaliyeti tekrar eden kimseye fiilini tekrar ettiren kışkırtıcı ajan değildir. Örneğin reçetesiz olarak ilaç sattığı bilinen eczaneden, polis kimliğini saklayarak, suçüstü yapabilmek için ilaç satın alan ajanın cezai sorumluluğundan bahsedilemez. Ajan sadece faaliyetini eczacıya ilaç sormakla sınırlandırmış, eczacı ise derhal reçeteyle satılan (örneğin bir çeşit zehri) ilacı ajana vermiştir. Bu durumda ajanın herhangi bir şekilde suça iştirak ettiği söylenemez”. Bkz Impallomeni, **a.g.m.**, s. 231.

¹⁴¹ Anton Oneca’nın görüşleri için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 57.

gereksinmelerine yanıt verme olanağı yoktur. Manevi katılmayla kışkırtmayı sınırlayan dogmatik yaklaşımın aşılması ve kışkırtıcı ajanın geniş anlamda tarif edilmesi gerekir. Yani kışkırtıcı ajan figürü maddi katılma biçimlerini de kapsar şekilde tasvir edilmek zorundadır. Özellikle organize suçlulukla¹⁴² (örneğin yasadışı uyuşturucu veya silah ticareti), terör suçlarıyla mücadelede farklı taktiklere gereksinim duyulduğu açıktır. Bu suçların takibi bakımından bazı polis kışkırtmalarına başvurulmadan başarılı olunamaz¹⁴³.

Nitekim uyuşturucu madde ticareti yapan bir örgütün ortaya çıkarılması bakımından kışkırtıcı ajan sadece sıradan müptela gibi davranamaz. Yani gerektiğinde kışkırtıcı ajan, suç örgütüyle birlikte yaşar, organizasyonlarında yer alır. İşte bu örneklerden de anlaşıldığı üzere kışkırtıcı ajan suça manevi olarak iştirak eden olabileceği gibi, yardımcı fail ve hatta müşterek fail olarak maddi iştirakte de bulunabilir.

“Kışkırtıcı ajanı ceza hukuku bağlamında sadece manevi şerik olarak ele almak, figür bakımından anlaşılamaz ve kabul edilemez bir indirgemedir. Her somut olay bakımından kışkırtan, iştirakin değişik şemalarını kapsayan bir çerçevede hareket edendir”¹⁴⁴. Bu anlamda kışkırtıcı ajan suça herhangi bir şerik gibi katıldır. Kışkırtıcı ajana kimliğini veren, suç işlenmesini engellemek, suçluların yakalanmasını sağlamak gibi işlevleri, ancak suça her türlü katılma yoluyla gerçekleşebilir¹⁴⁵.

¹⁴² “Doğrudan veya dolaylı olarak haksız mali çıkar sağlamak için süreklilik içinde ve planlı olarak bir veya birden fazla suçları işlemek üzere üç veya daha fazla kişinin hiyerarşik yapı ve işbölümü esasına göre bir araya gelmesidir”. Bkz. Vesile Sonay Evik, **Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu** (İstanbul: Beta, 2004), s. 25.

¹⁴³ Özbek, **Gizli Görevli**, s. 104.

¹⁴⁴ Sommer’in görüşleri için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 133; Özbek, **Gizli Görevli**, s. 43.

¹⁴⁵ Delli Paoli, **a.g.m.**, s. 34; Colombini, **a.g.m.**, s. 222. Nitekim Pannain kışkırtmayı şöyle tanımlamaktadır: “Çoklukla polis memuru bir kimsenin, suçlu kamuflajı içerisinde bir kişiyi suça yönlendirmesidir.” Bkz. Pannain, **Diritto Penale**, s. 464.

3.1.4. Görüşümüz

Genel kabule göre kışkırtıcı ajan, kışkırtma eylemini sadece manevi şekilde değil aynı zamanda her biçimiyle maddi katılma yoluyla da gerçekleştirebilir¹⁴⁶. Zira kışkırtma öyle bir paradigmada çerçevelenmektedir ki, ajanın katılmanın diğer biçimlerine dahil olmadan kışkırtmayı gerçekleştirmesi neredeyse olanaksız olacaktır¹⁴⁷. Temel sorun kışkırtıcı ajanın amacının ne olduğudur. Tam olarak bu yüzden kışkırtanın eyleminin manevi ya da maddi olmasının önemi yoktur. Yeter ki, icrai hareketlerini gerçekleştiren kışkırtıcı ajandan başka fail veya failler bulunsun ve kışkırtıcının davranışı, kışkırtılanların suç işlemesi bakımından etkili olsun¹⁴⁸. Kışkırtıcı faaliyet kapsamında ele alınabilecek diğer durum da kişinin, herhangi bir manevi yönlendirmede bulunmadan, kışkırtılana suç işletmek bakımından fiilî bir durum veya fırsat yarattığı haldir¹⁴⁹.

Kışkırtıcı ajanın, suça her türlü katılımının olanaklı olduğu görüşüne akademik çevrelerden bir itiraz gelmediği gibi aynı zamanda görüş “abartılı” da bulunmamıştır. Hatta geçmiş öğretiyeye kıyasla söz konusu yaklaşım bir kırılma olarak dahi kabul edilmemiştir. Kavramın içeriğinin maddi katılmayı da kapsar şekilde genişlemesi, bazı kriminal yeni durumların ortaya çıkmasının bu alana yansımaları, bir anlamda “eşyanın doğası” olarak kavramın güncelleştirilmesi olarak görülmüştür¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Kışkırtıcı ajanın, suça maddi katılma halinde olabileceğine ilişkin tipik örnek olarak, uyuşturucu satıcısından, suçu ortaya çıkarabilmek amacıyla uyuşturucu satın alınması durumu gösterilmiştir. Eğer maddi katılma, kışkırtıcı ajan kavramı dışında düşünülecek olursa, uyuşturucuyu söz konusu amaçla satın alanın cezalandırılması gerekir. Bkz. Califano, **a.g.e.**, s. 11; Dell’Andro, **a.g.m.**, s. 864; Vincenzo Manzini, **Trattato di Diritto Penale Italiano, vol. II-III** (Torino: 2. ed., Unione Tipografica Editrice, 1920), s. 323. İtalyan öğretisinde, kışkırtıcı ajan kavramının ayrıntılı bir şekilde ortaya konulmasını Manzini gerçekleştirmiştir. *Trattato di Diritto Penale Italiano* adlı eserinin, 1908 yılında yapılan birinci basısında kavramı yeniden formüle etmiştir. Ancak özellikle eserin 1920 basısında kurumu ayrıntılı olarak ortaya koymuştur. Bkz. De Maglie, **a.g.m.**, s. 238; Salama, **a.g.e.**, s. 15.

¹⁴⁷ Kışkırtıcı ajanın suça maddi olarak katılması, tek başına davranışı kışkırtma olmaktan çıkarmaz. Ama bu durum kışkırtıcı hakkında daha ayrıntılı düşünmeyi gerektirir. Bu değerlendirme bakımından ise yegâne araç bizatihi kışkırtma davranışının kendisidir. Bkz. Dell Andro, **a.g.m.**, s. 866.

¹⁴⁸ Salama, **a.g.e.**, s. 8; Örneğin gözcülük yapan kışkırtıcı ajanın durumu böyledir. Salama, **a.g.e.**, s. 18.

¹⁴⁹ Aynı, s. 19. Öğretide “fictus emptor” adını alan, bizim “kurmaca alıcı” dediğimiz fiili durum yaratma hipotezi konusunda bkz. a.ş. s. 112 vd.

¹⁵⁰ Bkz. De Maglie, **a.g.m.**, s. 237.

Kışkırtıcı ajanın bir alt başlıkta tartışacağımız kimliği ve kışkırtıcı ajanın sadece manevi katılan mı yoksa her türlü suça katılan mı olacağı başka bir tartışma, kışkırtıcı ajanın ceza hukuku bakımından sorumluluğunun olup olmadığı sorunsalı ise ayrı bir tartışmadır. Bu anlamda da kışkırtıcı ajan, “*gerek maddi gerekse manevi şekilde bir suça katılarak, bir kimseyi, ihbar etmek, suçüstü yakalanmasını sağlamak üzere suç işlemeye yönlendirmekle birlikte suçun tamamlanmasını istemeyen kimsedir*”¹⁵¹. Kışkırtılanın cezalandırılması sonucunu doğurmak üzere her türlü iştirak biçimi kapsamında suça katılan kişi geniş anlamda kışkırtıcı ajandır¹⁵². Birçok farklı kışkırtıcı ajan hipotezi bakımından temel benzerlik kışkırtılanın cezalandırılmasının sağlanması amacıdır.

3.2. Kışkırtıcı Faaliyetin Maddi Yönü

Kışkırtıcı ajanın davranışları çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Ancak bu davranışların elbette bir başkasını suç işlemeye yönlendirme olanağına sahip olmaları gerekir. “Yönlendirme” teriminden, sadece dar anlamda bir kimsenin suça azmettirilmesi veya teşvik edilmesi değil her türlü suça iştirak biçiminin anlaşılması lazım gelir¹⁵³. Kışkırtıcı davranış, azmettirme veya teşvik yani manevi katılma yoluyla ortaya çıkabileceği gibi¹⁵⁴ aynı zamanda maddi katılma yoluyla da ortaya çıkabilir. Kışkırtıcı ajanın, neticeyi ortaya çıkarmak bakımından yaratmış olduğu fiilî durumun kendisi, bir kışkırtma faaliyetidir. Bir suçun işleneceğinden emin olan bir kimsenin,

¹⁵¹ Malinverni, **a.g.m.**, s. 397; Vignale, **a.g.m.**, s. 57.

¹⁵² Veli Özer Özbek, **Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı C. I** (Ankara: B. 2, Seçkin Yayınevi, 2005) s. 440. Kışkırtıcı Ajanın sadece azmettiren olabileceği görüşünde olan Önder, polisin toplum bakımından önemli ve tehlikeli suçlarla mücadelede, (silah kaçakçılığı ve ticareti, uyuşturucu madde ticareti, paralarda sahtekârlık gibi) suçları ortaya çıkarmak için faaliyette bulunabileceğini, ancak bu durumun azmettirme olarak değerlendirilemeyeceğini söyler. Önder’ e göre söz konusu polis faaliyeti suçun hazırlanması sürecinde söz konusu olamaz ve ancak sadece hakkında kuşku duyulan bireylere karşı yürütülebilir. Bkz. Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III** (İstanbul: B. 2, Filiz Kitabevi, 1992), s. 466. Bize göre, Önder’in belirli koşullara uyulması halinde bazı polis faaliyetlerinin suçla mücadelede mümkün olabileceği kaydı, eğer her türlü suça katılımı ve kışkırtmayı hariç bırakmıyorsa aslında kışkırtıcı ajan faaliyetinin maddi katılma suretiyle ortaya çıkmasından başka da bir şey değildir. Herhangi bir suça katılmanın söz konusu olmadığı durumda zaten ceza tartışması yapmaya da gerek yoktur.

¹⁵³ Califano, **a.g.e.**, s. 23. Yönlendirmenin bu anlamıyla, gözcülük faaliyetini yürüten bir şerik, koşulların gerçekleşmesi durumunda kışkırtıcı ajan olarak değerlendirilir.

¹⁵⁴ Mantovani, **a.g.e.**, s. 531.

ihbar etmek amacıyla faillere yardım etmesi tipik bir kışkırtıcı ajan davranışdır. Örneğin, bir hırsızlık şebekesini ortaya çıkarmak ve şebeke üyelerinin yakalanmasını sağlamak için, bir yerde bekçilik yapan kimsenin, bekçilik yaptığı yerin kapısını açık bırakması durumunda olduğu gibi¹⁵⁵.

3.2.1. Hareket-İhmal Suçu

Davranış bir şeyi yapmak veya yapmamak biçiminde olabilir. Yapılması yasak olduğu halde bir davranış yapılmışsa, buna hareket denirken, bulunsaydı netice meydana gelmeyecekti denilebilecek davranışlar ihmalidir¹⁵⁶. Yapma biçimindeki veya aktif davranışla gerçekleştirilen suçlar hareket suçlarıdır. Buna karşılık yapmama biçimindeki veya ihmalî bir davranışa gerçekleştirilen suçlar ihmal suçlarıdır¹⁵⁷.

Kural olarak, hareket suçları kışkırtıcı ajanın müdahalesine açıktır. İhmali suçlarda ise, failin kendisine yapılması emredilmiş olan hareketi gerçekleştirmemesi bir yönlendirmeye dayanıyorsa, bu durumda ortaya çıkan suçtan kışkırtıcı ajanın da sorumlu olması gerekir¹⁵⁸. İhmali hareketin gerçekleşmesiyle suç tamamlanmış olacağından bu tür suçlara teşebbüsün olanaklı olmayacağı savunulmuştur. Emredilen hareketi yapma konusundaki her tereddüt, fiilin tamamlanmasını ifade eder¹⁵⁹. Ancak ihmali suçlarda teşebbüsün olup olmayacağı tartışmalıdır. Örneğin suç tipi failden beklenen hareketin yapılması bakımından bir zaman aralığı kabul etmekteyse, bu zaman aralığının sonuna kadar teşebbüs olanaklıdır¹⁶⁰. Dolayısıyla da suç kışkırtmaya müsaittir. İhmali suçun teşebbüse olanaklı olmadığı olasılıklar bakımından ise kışkırtıcı

¹⁵⁵ Califano, **a.g.e.**, s. 24. Örnekte gözcülük yapmak şeklinde gösterilen kışkırtma faaliyeti başka bir olayda iş ve araç sağlayan kimse olarak karşımıza çıkabilir. Aynı şekilde yardım vaadinde bulunmak veya alınmış olan suç kararını güçlendirmek de bu kapsamda düşünülmelidir. Dolayısıyla kışkırtıcı davranış, süjeyi suça iten her türlü varsayımı kapsar. İtalyan Yüksek Mahkemesinin kararı için bkz. Califano, **a.g.e.**, s. 24, dpn. 24.

¹⁵⁶ Toroslu, **Genel Kısım**, s. 113; Nur Centel-Hamide Zafer-Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş** (İstanbul: B. 3, Beta Yayınevi, 2005), s. 251-252.

¹⁵⁷ Toroslu, **Genel Kısım**, s. 117-118.

¹⁵⁸ Gerçeği saklamamak zorunda olan tanığın, gerçeği saklamak konusunda kışkırtıcı ajan tarafından yönlendirilmesi bu duruma örnek verilebilir.

¹⁵⁹ Nurullah Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi** (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1954), s. 55.

¹⁶⁰ Önder, **a.g.e.**, s. 429.

ajan ya ortaya çıkan sonuçtan sorumlu olacaktır ya da kışkırtıcı ajanın cezasız bırakılmasının gerekçesi olarak, kışkırtıcının kışkırtılanın davranışını teşebbüs aşamasında durdurmak amacı dışında bir neden bulmak gerekecektir.

3.2.2. Kışkırtıcı Davranışın Meydana Geldiği An

Kışkırtıcı ajanın ne zaman suça katılabileceği konusunda iki temel teori vardır: Kışkırtıcı ajanın suça sadece hareketten önce katılabileceğini savunan ilk teori, “dar anlamda kışkırtıcı ajan faaliyeti” olarak adlandırılırken, bir suçun sonucunun gerçekleşmesi aşamasına kadar kışkırtıcı ajanın suça katılabileceğini savunan teori, “geniş anlamda kışkırtıcı ajan faaliyeti” olarak adlandırılır¹⁶¹.

“Dar anlamda kışkırtıcı ajan faaliyeti” teorisine göre, kışkırtıcı ajandan söz edebilmek için bir kimsenin yönlendirilmesi, harekete geçirilmesi yani suça kışkırtılması gerekir. Zaten yürümekte olan bir suç bakımından kışkırtıcı ajanın müdahalesinden söz etmek olanaklı değildir. Bir suç bakımından kışkırtıcı hareket failin hareketlerinden önce olur. Çünkü kışkırtıcının amacı, suça önderlik etmek değil sadece kışkırtılanın cezalandırılmasını sağlamaktır.¹⁶² Yargıtay, “dar anlamda kışkırtıcı ajan faaliyeti” teorisini destekler anlama gelebilecek kararlar vermiştir¹⁶³.

Vignale, “dar anlamda kışkırtıcı ajan” yaklaşımına karşı çıkar. O’na göre suçun oluşmasından önce yapılan kışkırtma “dar anlamda kışkırtıcı ajan” faaliyetiyle, devam etmekte olan bir suça katılma “geniş anlamda kışkırtıcı ajan” faaliyeti olarak değerlendirilmelidir¹⁶⁴. Kışkırtmanın iki temel hareket noktası vardır: Bunlardan ilki, kışkırtıcı ajan sonucun gerçekleşmesi tehlikesini dahi kabul etmez ve sonucun gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket eder dolayısıyla kastı yoktur. İkincisi ise, suç

¹⁶¹ Bkz. Vignale, **a.g.m.**, s. 58.

¹⁶² Francesca Minerva, Agente Provocatore “Tentativo Impossibile, Concorso del Fatto Doloso della Persona Offesa nella Produzione dell’Evento”, **Archivio Penale**, 1972, P. 2, s. 610.

¹⁶³ “Tahrikçi ajan, suçun işlenmesini isteyen ve bir kimseyi suç işlemeye sevk eden kimsedir. İncelenen olayda polis, hareketin başlangıcında sanığı suça teşvik ve azmettirmemiş olduğundan tahrikçi ajan durumunda değildir. Polisin müdahalesi sanığın elverişli şekilde başlattığı hareketle netice arasına girmesi ve neticenin oluşmasını engellemektir. Bu nedenle burada tahrikçi ajan durumundan söz edilemez.” (CGK., E. 1986/6-497, K. 1987/118, T. 16.3.1987, Kazancı.)

¹⁶⁴ Vignale, **a.g.m.**, s. 58.

işleyenin yakalanarak cezalandırılmasının sağlanmasıdır. Devam etmekte olan bir suça kışkırtıcı ajan, failin yakalanmasını sağlamak üzere katılabilir. Ayrıca, devam etmekte olan bir suça kışkırtmanın olanaklı olmadığı varsayılsa dahi, bu durum ancak kışkırtılan bakımından anlam ifade edebilir. Bu çalışmada esas olan ise kışkırtma faaliyetinin kendisidir. Temel mesele, kışkırtılanın kendi inisiyatifinde davranmamasının sağlanmasıdır. Kışkırtıcı ajan, suça ister en başından itibaren katılsın, isterse devam etmekte olan bir suça katılmış olsun, tespit bakımından önemli olan kışkırtılanın suç işlemek konusundaki kapasitesini azaltmış olmasıdır. Kışkırtıcı davranış işlenmekte olan bir suça katılmak, işlenecek bir suça katılmak veya fiilî bir durum yaratmak şeklinde söz konusu olabilir¹⁶⁵.

3.2.3. Suçun Tamamlanması

Kışkırtıcı ajan faaliyeti, kural olarak bütün suçlar bakımından söz konusu olabilir. Ancak bazı suç kategorilerinde teşebbüsün olanaklı olmaması ve bazı suçlarda ise cezalandırılabilme bakımından sırf hareketin ortaya konmasının yeterli bulunması, kışkırtıcının *sui generis* bir şekilde cezasız kalmasını engeller. Kışkırtıcı ajan müdahalesini kışkırtılan süjenin suçüstü yakalanmasını sağlamak üzere ortaya koyarken aynı zamanda neticenin gerçekleşmesini istemez ve bu gerçekleşmeyi önlemeye yönelik faaliyet içerisinde bulunur. Bu anlamda kışkırtıcı ajanın cezasız kalmasından bahsedebilmek için, kışkırtılan suçun, tamamlanmasının engellenebilir nitelikte olması gerekir¹⁶⁶.

3.2.3.1. Sıf Davranış Suçları-Sonuç Suçları

Bir hareketin veya ihmalin gerçekleşmesiyle tamamlanan suçlara “sıf davranış suçları”, buna karşılık, kanunun hareketin veya ihmalin bir dış etki aradığı suçlara ise “sonuç suçları” denir¹⁶⁷. Sonuç suçları bakımından, şerikin cezai sorumluluğunun olup olmadığı, failin ortaya koymuş olduğu hareketin suçun icrasına başladığını gösterir

¹⁶⁵ Malinverni, **a.g.m.**, s. 396.

¹⁶⁶ Califano, **a.g.e.**, s. 43.

¹⁶⁷ Toroslu, Genel Kısım, s. 123. Hareket bir kişinin vücuduyla yaptığı iradi bir davranış şeklidir. Kişinin kendisinden beklenen hareketi yapmaması ihmal olarak adlandırılır. Bkz. Yüksel Ersoy, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2002), s. 77

nitelikte olmasına bağlıdır¹⁶⁸. Ancak, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğu sonucun gerçekleşmesi halinde söz konusu olacaktır¹⁶⁹. Başka bir söyleyişle sonuç suçları bakımından kışkırtıcı ajanın, suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmesi, kışkırtılanın icra hareketlerini ortaya koymaktan öte bir şekilde söz konusu hareketlerin suç neticesi yaratmasına bağlıdır. Kışkırtıcı ajan, suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde cezalandırılmaz. Ancak, suçun tamamlanması halinde ise kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun nasıl olacağı tartışılabilir.

Kışkırtıcı ajan, eğer sırf davranış suçuna katılmışsa, yani hareketin sonuçtan ayrılmasının olanaklı olmadığı bir suça katılmışsa, bu suçlar bakımından kışkırtılanla birlikte sorumlu tutulabilmesi için davranışın yönlendirme doğrultusunda gerçekleşmiş olması yeterlidir¹⁷⁰. Bu suçlarda hareketten başka bir sonuç aranmaz. Bu suçlara teşebbüs kuralı olarak olanaklı değildir. Kışkırtıcı ajanın, bu suçlara bir kimseyi yöneltmiş olması durumunda cezai sorumluluğunun olup olmadığı tamamlanmış suça göre tartışılacaktır.

Carrara, bu noktada sorunun “etkin pişmanlık” hükümleri kapsamında ele alınabileceğini savunur. *Carrara*’nın yaklaşımına karşı çıkan *Delogu* ise, kışkırtma faaliyetine karakter veren hususlardan birisinin teşebbüs olduğunu söyler. Kışkırtıcı ajanda en azından kışkırtılan fiilin teşebbüs aşamasında kalacağına dair bir inanç bulunmalıdır. Halbuki sırf davranış suçlarında teşebbüsten söz etmek olanaklı olmadığından, kışkırtıcı ajanın neticenin gerçekleşmeyeceğine dair bir inancının olduğundan da söz edilemez¹⁷¹.

¹⁶⁸ Califano, **a.g.e.**, s. 43.

¹⁶⁹ Örneğin, kışkırtanın, hırsızlığa yönlendirilenin fiilinden sorumlu tutulabilmesi için, kışkırtılanın malı elinde bulundurandan alması veya kışkırtılanın insan öldürme suçunda, ölüm sonucunu doğuracak davranışta bulunması gerekir.

¹⁷⁰ Örneğin hakaret suçları bakımından, kışkırtılanın, kışkırtıldığı hakaret içeren ifadeyi kullandığı anda kışkırtıcı da bu fiilden ötürü sorumlu olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz Califano, **a.g.e.**, s. 44.

¹⁷¹ Delogu, **a.g.m.**, s. 24.

3.2.3.2. Zarar Suçu -Tehlike Suçu

Suç tipinde belirtilen hareketin yönelik olduğu hukuki konunun hareketten etkileniş derecesine ve şekline göre suçlar, zarar suçları veya tehlike suçları olmak üzere ikiye ayrılırlar¹⁷². Zarar suçlarında hareketin yönelmiş olduğu konuda bir zararın meydana gelmiş olması arandığı halde, tehlike suçlarında suçun konusu üzerinde zarar tehlikesinin meydana gelmesi neticenin meydana gelmesi için yeterlidir. Kural olarak zarar suçları kışkırtmanın konusu olabilirler. Soyut tehlike suçlarında korunmak istenen konu üzerinde gerçekten bir tehlikenin meydana gelip gelmediği araştırılmamakta, icrai veya ihmali davranışla suç konusunun tehlikeye girdiği kabul edilmektedir¹⁷³. Kışkırtıcı ajanın cezalandırılmaması için kışkırtılan suçun teşebbüs aşamasında kalmasının zorunlu görülmesi halinde, kışkırtıcı ajanın kışkırtılanı bir tehlike suçuna yönlendirmesi durumunda, cezai sorumluluğunun olacağı kabul edilebilir. Kışkırtıcı ajanın, soyut tehlike suçlarına kışkırtılanı yönlendirmesi durumunda cezalandırılmaması için “suçun teşebbüs aşamasında kalmasının” isteniyor olmasının, kışkırtıcı faaliyetin cezasız bırakılması noktasında birleştirici paradigma olmaktan çıkarılmış olması gerekir.

3.2.3.3. Suçun “Biçimsel” Tamamlanması Yaklaşımı

Özellikle örgütlü suçlulukla mücadele edilebilmesi amacıyla polisin kışkırtıcı ajan rolünü üstlendiği suçlarda, kışkırtılan suç bakımından sonucun gerçekleşmesi büyük bir olasılıktır. Nitekim suç örgütüne sızan bir görevlinin suç işlememesi olanaklı değildir. Aslında tipik bir gizli soruşturmacı olan görevli, gerek kimliğinin açığa çıkmaması için gerekse suç örgütünü yöneten kişinin ve bağlantılarının ortaya çıkarılabilmesi amacıyla suç işler¹⁷⁴. Tamamlanmış bir suçun varlığı halinde kışkırtıcı ajan cezalandırılacak mıdır?

¹⁷² “Kanunen suç olarak öngörölmüş davranışın, hukuki varlık ya da menfaatleri zarara uğratması ya da sadece bunların zarara uğraması tehlikesine yol açması bakımından zarar suçu-tehlike suçu ayrımı benimsenmiştir”. Bzk. Ersoy, **a.g.e.**, s. 88.

¹⁷³ Önder, **a.g.e.**, s. 54-55.

¹⁷⁴ Özbek, **Gizli Görevli**, s. 163.

Bazı Alman ceza hukukçuları¹⁷⁵, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun ne olduğunun belirlenmesi noktasında, Binding'in suçun biçimsel tamamlanması¹⁷⁶ yaklaşımından hareket ederler. Alman öğretisinde azmettiren olarak kışkırtıcı ajanın sonuç gerçekleşmiş olsa dahi hukuki menfaatin ihlalinden kaçındığı veya en azından kaçınmayı istediği durumlarda cezalandırılmaması gerektiği kabul edilir¹⁷⁷. Bu yüzden, suç etkinliği, teşebbüs aşamasını geçmiş olmasına rağmen korunan hukuki değer açısından ortaya zararlı bir sonucun çıkmamış veya korunan hukuki değer zarar uğramamış olması, “suçun biçimsel tamamlanması”¹⁷⁸ olarak ifadelendirilmiştir. Kışkırtıcı ajan da suçun işlenmesini isterken, normun korumakta olduğu menfaate veya varlığa zararın gelmesini istememektedir. Bu halde kışkırtıcı ajanın iradesi suçun görünüşte (kurmaca) tamamlanmasına yöneliktir ki bu durum, biçimsel veya şekli tamamlanma olarak tanımlanabilir. Biçimsel tamamlanma suç kuramı bakımından, suçun teşebbüs aşaması ile tamamlanma aşaması arasında üçüncü bir aşamayı temsil edebilir¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Yaklaşımın öncüleri kabul edilen Kohler, Singewald, Geyer ve Doppfel'in görüşleri için bkz. Califano, **a.g.e.**, s. 44, dpn 54; Galli, **a.g.m.**, s. 780; Dönmezer-Erman, **C.II**, s. 529. Fiilin biçimsel olarak (vollendung) tamamlanmasıyla yani fiilin bütün biçimsel niteliklerinin gerçekleşmesiyle, maddi olarak (beendigung) tamamlanması birbirlerinden ayırdırılar veya en azından ayrılmaları olarak dahilindedir. Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 127.

¹⁷⁶ Bindig'e göre, emir veya yasağın ihlal edilmiş olmasına rağmen, norm tarafından korunan şey veya subjektif hakkın zarar görmemesi halinde gerçek bir tamamlanmadan söz edilemez. Bkz. Galli, **a.g.m.**, s. 780, dpn. 14. “Kışkırtıcı ajanın kusurluluğu problemi özellikle Alman öğretisinde çok tartışılmıştı. Öğretinin ağırlıklı bir bölümü kışkırtıcı ajanın cezasız bırakılması taraftarıydı. İtalyan öğretisi bu duruma karşıt bir çözüm benimsemişti. Söz konusu düşünsel farklılık, kuruma ilişkin olarak alınan farklı kültürel tavırlardan kaynaklandı. Özellikle 1800'ler ve 1900'lerin başlarında İtalya'da kışkırtıcı ajan figürü kınanıp neredeyse hakarete varacak düzeyde sözlerle eleştirilir ve devletin 'haksız yıldırma ve yılgınlık aracı' olarak görülürken, Almanya'da meselenin tartışılması son derece dogmatik ve teknik bir noktada geliyordu. Bu gelişimin temelini ise suçun biçimsel ve maddi tamamlanması ayrımı oluşturuyordu.” Bkz. Vignale, **a.g.m.**, s. 65. Biçimsel tamamlanma için bkz. Alessandra Zamparelli, “La truffa in assunzione nella P. A.: reato istantaneo o a consumazioneprolungata? Nota a Cass. Sez. Un., 16.12.1998, Cellamare”, (<http://www.filodiritto.com/diritto/penale/truffainassunzione.htm>, erişim tarihi 5 Nisan 2007)

¹⁷⁷ Özbeke, **Gizli Görevli**, s. 164.

¹⁷⁸ Califano, **a.g.e.**, s. 45; Galli, **a.g.m.**, s. 781.

¹⁷⁹ Bize göre, son bulma, tamamlanmış suçun en ileri aşaması olarak görülürse, biçimsel tamamlanma da, tamamlanmış suçun, herhangi bir aşama kaydedememiş hali olarak düşünülebilir. Tamamlanma ile son bulma arasındaki ayırım için bkz. Toroslu, **Genel Kısım**, s. 249.

Söz konusu yaklaşımın İtalya'daki temsilcisi Brusa'ya göre¹⁸⁰: “*Bir kimseyi suça yönlendiren polis davranışı, düzeltilmesi olanaklı olmayan sonuca oranla, basit bir ihlal (çaba) olarak ortaya çıkmış ve düzeltilmesi olanaklı ‘zararlı’ bir sonuca yol açmışsa, polisin cezadan muaf tutulması söz konusu olabilir. Bu durum kışkırtılan suçun teşebbüs aşamasında kalmış olması gibi değerlendirilmelidir. Zararın ağır ve düzeltilemez olduğu diğer hallerde, polisin tutumu sonucunda işlenmiş suçun taksirli biçimi kanunda düzenlenmişse cezai sorumluluk taksiri düzenleyen kurallara göre belirlenmeli, suçun taksirli biçimi kanunda düzenlenmemişse kışkırtıcı ajanın herhangi bir cezai sorumluluğundan söz edilmemelidir. Kışkırtılanın ise, kusurluluğu ortadan kaldıran bir durumun belirlenemediği her olasılıkta kastından dolayı cezai sorumluluğunun olması lazım gelir*”. Suçun biçimsel tamamlanması maddi tamamlanması ayırımında ayırt edici ölçüt hareketin telafisi olanaklı olmayan bir hukuki menfaat ihlaline yol açıp açmadığıdır¹⁸¹. Suçun biçimsel tamamlanması nedeniyle kışkırtıcının cezalandırılmaması gerektiğini savunanlardan bir kısmı kışkırtma neticesinde ortaya çıkan neticeyi “değersiz” (disvalore) olarak adlandırmışlardır. Suç şekli olarak gerçekleşmiş, ancak zarar sadece görünüşte meydana gelmiştir¹⁸².

Suçun biçimsel tamamlanması teşebbüsü aşan, başka bir söyleyişle ondan daha fazla bir şeydir. Ancak tam ve gerçek bir tamamlanmadan daha az bir şeydir. Kışkırtıcı ajanın kastı doğrudan değildir. Çünkü sadece biçimsel tamamlanmayı istemektedir. O halde kışkırtıcı ajanın maddi olarak tamamlanmayı istememesi, korunan hukuki menfaatin ihlale uğraması bakımından engel olma amacı olarak görülebilir¹⁸³. Dolayısıyla kışkırtıcı ajanda kastın bulunduğu söz edilemez. Sonuç gerçekleşmiş olsa dahi kışkırtıcı ajan kastı olmadığından dolayı cezalandırılmamalıdır. Kışkırtıcı ajan sadece kışkırtmayı istemiştir. Kışkırtıcı ajanın müdahale ettiği suçların teşebbüs aşamasında kalmış olması halinde de yönlendirmenin fiilin maddi olarak

¹⁸⁰ Emilio Brusa, **Saggio di Una Teoria del Reato** (Torino: Unione Tipografico, 1884), s. 395; Galli, **a.g.m.**, s. 779. Söz konusu yaklaşım İtalya’da Brusa dışında pek destek görmemiştir. Bkz. Galli, **a.g.m.**, s. 780.

¹⁸¹ Özbek, **Gizli Görevli**, s. 164.

¹⁸² Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 139.

¹⁸³ Brusa, **a.g.e.**, s. 395.

tamamlanmasına yönelik değil biçimsel olarak tamamlanmasına yönelik olarak yapılması gerekir, aksi halde kışkırtıcı ajan azmettiren olarak cezalandırılmalıdır¹⁸⁴.

Her şeyden önce teknik ceza hukuku bakımından suçun biçimsel olarak işlenmesi sadece sonuçlu suçlar bakımından söz konusu olabilir. Nitekim hareketin sonuçla birleştiği suçlar bakımından biçimsel tamamlanma maddi tamamlanma ayırımının yapılamayacağı açıktır. Zira hareketin sonuçla birleştiği suçlarda hareketin yapılmasıyla sonuç meydana gelir¹⁸⁵. Ayrıca bütün sonuçlu suçlar bakımından da söz konusu ikiciliğe dayalı (“suçun biçimsel tamamlanması”, “suçun maddi tamamlanması”) yaklaşımının geçerli olamayacağı açıktır. Bütün sonuçlu suçlar bakımından durumun eski hale getirilmesi, yani zararlı sonucun telafi edilmesi söz konusu olamaz. Örneğin insan öldürme suçları, cinsel saldırı suçları bakımından biçimsel bir tamamlanmanın meydana gelip, maddi bir tamamlanmanın meydana gelmemesi olanaklı değildir¹⁸⁶.

O halde suçun biçimsel olarak tamamlanması sadece davranışın ortaya koyduğu etkilerin ortadan kaldırılabileceği suç varsayımları bakımından -örneğin hırsızlık suçu söz konusu olduğunda- dikkate alınabilir. Kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğu konusunu, “biçimsel tamamlanma” varsayımına göre açıklayanlardan *Doppfel*’e göre, örneğin kışkırtılan tarafından bir an için çalınmış olan şeyin elde bulundurulmasından hareketle gerçek bir zararın mağdurun zilyetlik hakkı bağlamında ortaya çıktığı söylenemez. Çünkü bu durumda dahi çalınan şey ve hırsız, kışkırtıcı ajanın gözetimi altındadır ve derhal zilyedine iade edilmek üzere her türlü önlem alınmış ve neticesinde iade edilmiş mal bakımından en fazla malın zilyedinde anlık bir korku meydana gelmiş olabilir. Sırf anlık bir korku yüzünden ise kışkırtıcı ajan cezalandırılmaz¹⁸⁷. Cezalandırılabilirliğin

¹⁸⁴ Bkz. Özbek, **Gizli Görevli**, s. 165.

¹⁸⁵ Galli, **a.g.m.**, s. 781.

¹⁸⁶ Califano, **a.g.e.**, s. 46. Nitekim Kohler’e göre, icra hareketinin ortaya çıkması ile birlikte neticede meydana geliyorsa, kışkırtıcı ajanın kastı ve saikinin ayrılması söz konusu değildir. Bu halde kışkırtıcı ajan suça iştirak edendir. Kışkırtıcı ajanın kendine özgü amacının bu suçlar bakımından cezasız bırakılma noktasında bir önemi yoktur. Bkz. Galli, **a.g.m.**, s. 781.

¹⁸⁷ *Doppfel*’in görüşleri için bkz. Califano, **a.g.e.**, s. 47; Galli, **a.g.m.**, s. 781. Suçun biçimsel olarak tamamlanması, maddi olarak tamamlanması ayırımına bir örnek de evrakta sahtecilik suçu bakımından verilmektedir. Eğer suça kışkırtanın kastı sadece sahte evrak yapmayı veya bir belgenin tahrifatını kapsıyorsa kışkırtan cezasız kalacaktır. Eğer kışkırtanın kastı kamu güveninin sarsılmasını sağlamaya

temelini oluşturan kastın bağlantı noktası, fiilin tamamlanması değil fakat fiilin sona ermesi olmalıdır. Hırsızlık suçuna bir kimseyi yönlendirenin kastı zararın (yararın) gerçekleşmesine yöneliktir. Halbuki kışkırtıcı ajan sadece suçun biçimsel olarak tamamlanmasını istemekte, maddi olarak tamamlanmasını istememektedir. Hırsızlık suçunda sonucun gerçekleşmesi yani maddi tamamlanma ancak söz konusu malın failin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hale gelmesiyle olanaklıdır. Bu halde suça yönlendiren kışkırtıcı ajan, kendisini biçimsel tamamlanmayla sınırlandırdığından maddi tamamlanmaya yönelik kastının olmadığı kabulü gerekir.

Bu görüşün kabul edilemeyeceği açıktır¹⁸⁸. Bize göre ‘suçun biçimsel tamamlanması’ varsayımı gerçeklikle bağdaşmamakta ve kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun olmadığı belirlenmesi bakımından tatminkâr bir açıklama yapamamaktadır. Suçun biçimsel-maddi tamamlanma ayrımı bağlamında ortaya zararlı bir sonucun çıkıp çıkmadığını aramak ve bir zararın ortaya çıkmadığından hareketle failin cezadan bağışık tutulacağı belirlenmesi yapmak, toplumsal yaşamın güven içinde sürmesini sağlamak bakımından bazı olumsuz sonuçlar da doğurabilir. Biçimsel tamamlanma varsayımını kışkırtıcı ajanın ceza sorumluluğunun belirlenmesi noktasında ele alan İtalyan öğretisine göre de, kışkırtıcının sadece teşebbüsü veya “biçimsel tamamlanmayı” istemesine rağmen, neticenin ortaya çıkmasını engelleyememesi durumunda cezai sorumluluğun olup olmayacağı, olacaksa bu sorumluluğun kast veya taksire dayanan bir sorumluluk mu olacağı sorunsalı iştirak bahsi içerisinde manevi katılma başlığı altında tartışılmalıdır ve neticenin ortaya çıkması halinde kışkırtıcının taksirinden dolayı sorumlu tutulması gerekir¹⁸⁹. Ancak suça taksirli iştiraki kabul etmeyenler bakımından (bu arada TCK bakımından da) söz konusu çözümün kabul edilemeyeceği de açıktır.

yönelikse suç maddi olarak tamamlanmıştır ve kışkırtıcının cezalandırılması gerekir. Alman öğretisinin örnekleri için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 128.

¹⁸⁸ Nitekim Özbek, söz konusu ayrımı kışkırtıcı ajanı cezalandırmaktan kurtarmaya yönelik yapay tartışma olarak nitelemektedir. Özbek’e göre, biçimsel-maddi tamamlanma ayrımını yaparak kışkırtıcı ajanın cezasız kalmasını sağlamak ceza hukuku ilkelerine aykırıdır. Bu sonuç fiil değil fail ceza hukukunun yaratılmasına neden olur ve hukuk devleti ilkesi bakımından da tehlikeli sonuçlar doğurur. Bkz. Özbek, **Gizli Görevli**, s. 167.

¹⁸⁹ Delogu, **a.g.m.**, s. 37.

Doppfel'in örneği esas alınsa bile,-derhal iade nedeniyle zararlı neticenin ortadan kaldırıldığı, durumun eski hale getirildiği kabul edilmiş olması durumunda-, zararlı sonuç bir kere ortaya çıkmıştır. İsterse anlık olsun sonucun gerçekleştiği anda zilyedin hakkı ihlal edilmiştir¹⁹⁰. Kışkırtıcı ajanın, varlık veya menfaatin korunması için gereğini yaptığı veya zararın ortaya çıkmasını engellediği durumlarda, sorun gerçeklik ayağı olmayan “biçimsel tamamlanma” formülüne göre değil, en fazla ‘işlenemez suç’, “etkin pişmanlık” veya ‘teşebbüs’ başlıkları içerisinde tartışılabilir. Diğer taraftan “biçimsel tamamlanma” varsayımında, *Doppfel*'in örneğinden devam edecek olursak, suçun psikolojik unsuru bağlamında kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluktan nasıl muaf olacağına dair tatminkâr bir açıklık bulunmamaktadır. Suç tipinde gösterilen unsurları gerçekleştiren kişi olarak kışkırtılanın suçun bütün sonuçları ile gerçekleşmesini istemesine benzer şekilde, kışkırtanın da kendine özgü amaçlarla da olsa kışkırtılan tarafından malın bulunduğu yerden alınmasına yönelik doğrudan iradesi vardır. Ancak belki kışkırtanın özel kastının bulunduğu söylenemez. Suça manevi olarak katılan kimsenin, suçun tamamlanmasına yönelik isteği katılma iradesinin içinde vardır. Ayrıca araştırılmasına gerek de yoktur. Suça yönlendiren ve yönlendirilende bir anlamda doğallığıyla var olan ama aynı zamanda cezalandırılma için varlığı aranan özel kastın bulunmamasından dolayı kışkırtıcı ajanın cezalandırılmaması gerektiği düşünülebilir. Özel kastının bulunmaması, acaba kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun olmadığı anlamına gelebilir mi? Bütün diğer suça iştirak varsayımlarında olduğu üzere, kışkırtıcı ajan da gayet iyi bilmektedir ki, hırsızlık suçunun faili, başkasının malını yararlanma amacıyla çalmaktadır. Dolayısıyla kışkırtıcı ajan da hırsızlık suçundan sorumludur¹⁹¹.

Ayrıca, korunan varlık veya menfaate zarar gelmemesi zaruretiyle konuyu çerçevelemek, kışkırtıcı ajanın söz konusu olabileceği olasılıkları oldukça sınırlandırmak anlamına gelir. Böyle bir durumda kavram, kışkırtıcı ajanın sadece manevi katılan olabileceğini savunan yaklaşımlara göre bile daha dar bir içeriğe

¹⁹⁰ İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen benzer bir durumda, kışkırtıcı ajanın yönlendirmesi üzerine otomobil çalınmış, alınan önlemler neticesinde hırsızlar birkaç dakika içerisinde yakalanmışlar ve otomobil sahibine iade edilmiştir. İtalyan Yüksek Mahkemesi söz konusu olayda teşebbüs ile birlikte “biçimsel tamamlanma” tartışması yapmış ve netice olarak tamamlanmış bir hırsızlık suçunun olduğuna karar vermiştir. Karar için bkz. Califano, *a.g.e.*, s. 47.

¹⁹¹ Aynı, s. 48.

bürünmüş olacaktır¹⁹². Eğer söz konusu yaklaşım kabul edilecek olursa, zararlı bir neticenin ortaya çıkması halinde, -bir kimsenin cezalandırılması için suça yönlendirilmesi durumunda- kışkırtıcı ajan tartışması dahi yapılamayacak ve böyle bir kimsenin durumu herhangi bir katılan gibi değerlendirilecektir. Diğer taraftan kışkırtıcı ajan, bir başkasını suça yönlendirirken, aynı zamanda suçun hukuki konusu bakımından zararlı bir sonuç ortaya çıkmamış olsa dahi, katkısının biçimine göre adlandırılacak bir şeriktir. Nitekim kışkırtıcı ajan, kışkırtılanın cezalandırılmasını sağlamak üzere- kışkırtılan bakımından nedensel katkısını ortaya koymuş olan kimsedir¹⁹³.

Sonuç olarak “biçimsel tamamlanma” “maddi tamamlanma” ayrımı kesin veriler sunmaz ve bu anlamda keyfidir. Bu yaklaşımın temeli biçimsel-maddi hukuka aykırılık ayrımına dayanmaktadır. Biçimsel hukuka aykırılık anlayışı, bir fiilin suç sayılabilmesini biçimsel anlamda ceza kanunlarının bu yöndeki iradesine bağlamıştır. Maddi hukuka aykırılık ise tipik fiilin, korunan varlık veya menfaat ile çatışmasını ifade eder. Biçimsel hukuka aykırılık fiili suç olmaktan çıkarmaz ancak yasamanın keyfiliğine yol açabilir¹⁹⁴. Kışkırtıcı ajanı görünüşte suça katılan bir kimse olarak göstermek, suça iştiraki düzenleyen kurallar manzumesinin hiçbir şekilde dikkate alınmaması anlamına gelir ki, bu durum da pozitif ceza hukuku düzenlemeleri bakımından olanaklı değildir. Suçun kışkırtıcı ajan bakımından biçimsel olarak, suçu gerçekte işleyen bakımından maddi olarak tamamlanmasından söz edilemez¹⁹⁵.

Ayrıca suçun biçimsel, maddi tamamlanma ayrımının bağlamı kesin bir şekilde “manevi iştirak” olmuştur. Söz konusu yaklaşım diğer iştirak biçimlerini örtülü bir şekilde de olsa kabul etmemektedir. Kışkırtıcı ajan, suça yönlendiren ayrımının neredeyse engellenemez bir sonucu olarak çifte kast¹⁹⁶ yaklaşımı da tartışmayı kapatmak bakımından yeterli tazyiki sağlamamaktadır. Biçimsel tamamlanma, maddi tamamlanma ayrımsal yaklaşımı sadece sonuç suçları bakımından tek tip bir paradigma

¹⁹² Galli, **a.g.m.**, s. 779.

¹⁹³ Salama, **a.g.e.**, s. 13.

¹⁹⁴ Tuğrul Katoğlu, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003), s. 39 vd. Özbek, **Gizli Görevli**, s. 167.

¹⁹⁵ Dönmezer-Erman, **C.II**, s. 529.

¹⁹⁶ Kışkırtıcı ajanın çifte kastı hakkında bkz. a.ş. s. 67. vd.

olarak formüle edilmiştir. Hal böyle olunca, tehlike suçları, ihmali suçlar, sırf davranış suçları, hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilirdiği suçlar (örneğin suç işlemek için örgüt kurma) kışkırtma faaliyeti bakımından söz konusu olamayacaklardır. Diğer taraftan, kışkırtma gibi sorunlu bir alan bakımından biçimsel tamamlanma maddi tamamlanma ayrımının, sade, anlaşılabilir bir çözüm yolu gösterdiği düşünülebilir. Ancak söz konusu yaklaşımın, yanıtını en azından bizim bulamadığımız bir başka önemli sorunu zarar suçları bakımından da tatminkâr bir açıklama yapamıyor olmasıdır. Yani suçun biçimsel tamamlanması yaklaşımı zarar suçları bakımından da yeknesak bir açıklama getirememektedir. Kışkırtıcı ajanın kışkırtılanı sırf davranış suçuna yönlendirdiği bütün durumlarda cezalandırılması gerekir. Çünkü davranışın yapılmasıyla korunan hak veya ihlali aynı zamana denk gelir¹⁹⁷. Örneğin hırsızlık suçu bakımından biçimsel tamamlanmadan söz etmek olanaklıyken¹⁹⁸, konut dokunulmazlığını ihlâl suçu bakımından biçimsel tamamlanmadan söz etmenin olanak dahilinde olmadığı açıktır.

3.2.4. Kışkırtıcı Davranışın Nedensel Değeri

Bir kimsenin kışkırtıcı davranışından ve bu davranışla bağlantılı olarak kışkırtılanın davranışından söz edebilmek için iştirak kurumuna ait olan genel bir ölçüte gereksinim vardır. Davranışın, suçun gerçekleşmesi bakımından nedensel katkısının bulunması gerekir¹⁹⁹. Bir kimsenin suça yönlendirilmesi olarak anlaşılan kışkırtmanın da, fiilin işlenmesi bakımından nedensel olarak katkısı bulunmalıdır. Neticenin meydana gelmesi bakımından herhangi bir katkısı olmayan davranışlar, nedensel katkı dahilinde görülemezler. Diğer taraftan öyle bazı davranışlar vardır ki neticenin ortaya

¹⁹⁷ Ayrıca bkz. Özbek, **Gizli Görevli**, s. 165.

¹⁹⁸ Galli'ye göre hırsızlık suçunda dahi biçimsel tamamlanmadan söz etmek olanaklı değildir. Her şeyden önce hırsızlık suçunda icra hareketleri, başkasının bir malının rızası hilafına alınması ile tamamlanır. Kışkırtıcı ajanın çalınan mal üzerinde malik gibi tasarrufta bulunabileceği ilk anda ise suç sona ermiş olur. Kışkırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olduğu hallerde, suçun tamamlanmasından sonra, malın asıl zilyede iade edilmesi nedeniyle ekonomik veya sosyal dengenin bozulmayacağı kabul edilir. Zilyedine derhal iade edilen bir mal bakımında ceza hukuku anlamında bir ihlalin ortaya çıkmadığından söz etmek olanaklı mıdır? O halde, çaldığı şeyi içinde bulunduğu pişmanlıktan dolayı iade eden niçin cezalandırılır? Kışkırtılanın icra hareketlerini tamamlaması halinde, kışkırtıcı ajanın da cezalandırılması gerekir. Bkz. Galli, **a.g.m.**, s. 782.

¹⁹⁹ Califano'ya göre bir kimsenin suç işlenmesi bakımından fırsat yaratması durumunu takip eden davranışlar ve devamında netice bakımından nedensel bir katkı yapmaz. Bu durumda kışkırtıcı davranış yoktur. Kışkırtıcı ajanın maddi veya manevi bir yönlendirmesinden söz edilmesi olanaklı değildir. Bkz. Califano, **a.g.e.**, s. 37. Aksi görüşler, sorunu kurmaca alıcı (fictus emptor) başlığında ele almışlardır. Bu konuda ayrıntılı açıklamaları ileride yapacağız.

çıkmasını sağlamalarına rağmen herhangi bir yönlendirme olarak değerlendirilemezler. Hâlbuki kışkırtıcı ajandan bahsedildiği her durumda, öncelikli olarak neticeyi meydana getirici ve/veya kolaylaştırıcı, nedensel bir katkının olması gerekir²⁰⁰. Kışkırtıcı ajanın, neticenin meydana getirilmesi bakımından nedensel katkısını ortaya koymuş olması gerektiği bakımından bir tartışma yoktur. Kışkırtıcı davranış, azmettirme şeklinde ortaya çıkmamış olsa dahi, kışkırtılanın suça yönlendirildiği her durumda, kışkırtıcının fiilin işlenmesi bakımından nedensel katkısının olduğu kabul edilmek zorundadır²⁰¹.

Bazı fiilî durumların yaratılmasında, suça iştirak kapsamında değerlendirilmesi için gerekli olan kışkırtıcının davranışı ile kışkırtılanın davranışı arasında nedensellik bağının bulunması zarureti gerçekleşmediğinden, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğundan da söz etmek olanaklı değildir²⁰². Zira bu gibi durumlarda kışkırtıcı ajan faaliyetini işlenmekte olan suça ilişkin delilleri elde etmekle sınırlandırmıştır. Nitekim bir suçun işlenmesi esnasında birden çok insanın bulunması, bu insanların hepsinin suça katılan olarak değerlendirilmesini gerektirmez. Kışkırtıcı ajan, kışkırtıcı hareketini daha önce işlenmiş olan suçlara ilişkin delil elde etmek üzere gerçekleştirmişse kışkırtıcı ajanın sorumluluğundan söz etmek olanaklı olmayacaktır. Failin sahte paraları kullanan kimse olduğunun ortaya çıkarılması için yürütülen bir faaliyette, kışkırtanın para bozdurmak için faille (kışkırtılanla) temasa geçmesi bu duruma örnek gösterilebilir. Faaliyet bir kimsenin harekete geçmesini sağlamak anlamında kışkırtmadır. Ancak sadece fırsat yaratmadan ibaret olan kışkırtma bakımından kışkırtıcının cezalandırılması söz konusu olamaz.

Kışkırtıcı ajanın davranışının herhangi bir şerikten farkının olmadığı açıktır. Bu anlamda kışkırtıcının davranışının, neticenin meydana gelmesi bakımından ortaya çıkardığı nedensel katkıya göre değerlendirilmesi gerekir²⁰³. Sonuç olarak, kışkırtıcı davranış, ister manevi isterse maddi şekilde suça katılma şeklinde ortaya çıkmış olsun,

²⁰⁰ Califano, **a.g.e.**, s. 37. Nitekim modern ceza hukuku öğretisinde, giderek artan bir şekilde suça katılanların tamamının, fiili gerçekleştiren gibi cezalandırılması gerektiği görüşü ağırlık kazanmaktadır.

²⁰¹ Califano, **a.g.e.**, s. 39.

²⁰² Malinverni, **a.g.m.**, s. 396.

²⁰³ Salama, **a.g.e.**, s. 19.

neticenin ortaya çıkması bakımından nedensel bir katkıyı ortaya koymuştur²⁰⁴. Elbette neticeden önce ortaya çıkmış olan her davranış, kışkırtma olarak adlandırılmaz²⁰⁵. Eğer kışkırtıcı davranışla, ortaya çıkan sonuç arasında nedensellik bağı yoksa, kışkırtıcı ajandan da söz etmek olanaklı değildir. Neticenin, kışkırtıcı davranışın katkısı ile meydana gelmesi şarttır²⁰⁶. Diğer taraftan sonuca neden olan kışkırtıcı davranış, kışkırtıcı ajanın yasal olarak önlemekle yükümlü olduğu bir duruma ilişkin olarak ihmal yoluyla da ortaya çıkmış olabilir²⁰⁷.

3.3. Kışkırtıcı Faaliyetin Manevi Yönü

Kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun ne olacağına dair tartışmalarda, kusurluluk önemli bir başlıktır. Bu yaklaşımın temel hareket noktası, kışkırtıcı ajanın kastı olmadığından cezai sorumluluğunun da olamayacağıdır. Örneğin *Delogu* ve *Galli*, kışkırtıcı ajan sorunsalını, kışkırtıcının kusurluluğu başlığında incelerler²⁰⁸. Kışkırtıcı ajan, tipik davranışı ortaya koymuştur. Kışkırtıcı davranışın hukuka uygunluğundan söz etmek de olanaklı değildir. O halde, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun olup olmadığı subjektif unsur ve kast başlığı altında tartışılmalıdır²⁰⁹. Oysa, *Delogu* kışkırtıcı davranışı her türlü manevi katılma dahilinde tartışmıştır. Kışkırtıcının kışkırtma faaliyetini belli bir suç için yapmasıyla, genel olarak suç işletmek üzere yapması arasında da bir fark yoktur. Ancak suça yönlendirilen kişinin belirlenebilir olması gerekir. Kışkırtıcı ajan suçun tamamlanmasını ister ve suç, kışkırtıcının ve kışkırtılanın her ikisinin de iradesinden bağımsız nedenlerle tamamlanır veya teşebbüs aşamasında kalırsa, kışkırtıcının doğrudan kastından dolayı cezalandırılması gerekir. Yok, eğer kışkırtıcı ajan, bir kişiyi suç işlemeye yönlendirirken, aslında asıl fail olarak bu

²⁰⁴ Kışkırtıcı ajanın, suça sadece manevi katılmasının hatta sadece azmettiren olarak katılmasının mümkün olduğu görüşünün baskın olduğu dönemlerde dahi İtalyan Yüksek Mahkemesi bir kararında neticenin meydana gelmesine nedensel katkısı olan her türlü davranışı kışkırtma faaliyeti kapsamında görmüştür. 1940 tarihli karar için bkz. Califano, **a.g.e.**, s. 25, dpn. 25; Salama, **a.g.e.**, s. 17.

²⁰⁵ Bu durum suça iştirak bakımından temel ilkelerden biridir. Suçun işlenmesi bakımından nedensel katkısı olmayan kimseye iştirak hükümleri uygulanamaz. Bkz. Antolisei, **Parte Generale**, s. 557.

²⁰⁶ Ranieri, **a.g.e.**, s. 244.

²⁰⁷ Dell Andro, **a.g.m.**, s. 864; Fiandaca–Musco, **a.g.e.**, s. 373.

²⁰⁸ Delogu, **a.g.m.**, s. 32; Galli, **a.g.m.**, s. 777. Her ne kadar Delogu, meseleyi iştirak başlığında çalışmış olsa da, özellikle kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunu “kast” kavramı etrafında tartışmış olması nedeniyle, Delogu’nun görüşlerini “kışkırtıcı davranış” başlığı altında incelemeyi uygun gördük.

²⁰⁹ Delogu, **a.g.m.**, s. 32; Vignale, **a.g.m.**, s. 58.

kimsenin suçu tamamlamasını istemiyor ve hareketin *iter criminis* aşamasında durdurulması iradesi ile hareket ediyorsa, işte o durumda kışkırtıcının kastının olduğundan söz edilemez. Nitekim sadece teşebbüse yönelik bir kasttan bahsedilemez. Zira teşebbüs, neticeye yönelik kastın bulunması halinde söz konusu olacaktır. En azından böyle bir durumda kastın “isteme” unsuru ve ortaya koyduğu davranışın haksızlık niteliği mevcut değildir. Kışkırtıcı ajan, tehlikeli veya zararlı sonucu istemediği gibi kışkırtılanın davranışının da hukuki menfaatin ihlaline neden olmayacağını bilir²¹⁰. Söz konusu eksiklik manevi unsurun gerekleri bakımından bir koşul eksikliğidir. Bu eksiklik nedeniyle de cezalandırılabilir teşebbüsten bahsedilemez ve dolayısıyla kışkırtıcı ajanın cezalandırılması söz konusu olamaz.

Teşebbüs varsayımı dahilinde dahi, kışkırtıcı ajanla kışkırtılan arasında suça iştirakin söz konusu olamayacağını savunan yazarlara göre, kışkırtılanın suçu tamamlaması halinde kışkırtıcı ajan, dikkatsizlik, tedbirsizlik, veya deneyimsizlik sonucu yani özen yükümlülüğünü yerine getirmemekten dolayı bilinçli veya bilinçsiz taksirinden dolayı sorumlu olacaktır²¹¹. Kışkırtıcı ajanın taksirli sorumluluğundan söz edebilmek için fiilin taksirli biçiminin kanunda öngörülmüş olması gerektiği ise açıktır²¹².

Vannini de, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğu meselesinde, kışkırtıcının kastı üzerinde durmuştur. Suça iştirak bakımından kışkırtıcı ajanın nedensel katkısı üzerinden hareket eden yazar, kavram üzerinde çalışırken, yoğun bir kuramsal tartışmaya girmeden şu örneği vermiştir: “*T, kışkırtıcı ajandır ve suçun tamamlanmasından ve ceza yasasında gösterilmiş olan hukuki konunun zarar görmesinden evvel suçu durduracağından emindir. Amacı tehlikeli C’nin zor durumda kalmasını sağlamaktır. C’yi, rakibi S’nin zehirlenmesi hususunda yönlendirir. C, S’nin içeceği zehir katacaktır. Eğer T’nin planı yürürse, S’nin elinden zehirli içeceği alacak veya herhangi bir şekilde zehirli içeceği içmesini engelleyecektir. Bu halde herhangi bir suçtan dolayı cezai sorumluluğu olmayacaktır. Eğer, T’nin aldığı tedbirler, zehirli içeceğin S*

²¹⁰ Delogu, **a.g.m.**, s. 32-34; Adem Sözüer, **Suç Teşebbüs**, (İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1994); s. 167; Özbek, **Gizli Görevli**, s. 155.

²¹¹ Bkz. Delogu, **a.g.m.**, s. 33; Brusa, **a.g.e.**, s. 395; Mantovani, **a.g.e.**, s. 553.

²¹² Delogu, **a.g.e.**, s. 32, s. 37.

tarafından içilmesine mani olamamış ve S'nin ölüm neticesini engellemek için elinden geleni yapmış olmasına rağmen ölüm neticesinin gerçekleşmiş olması durumundaysa, T'nin taksirli öldürmeden dolayı sorumlu olması gerekir. T, buna karşın, neticeyi engelleyebileceği veya sonuçlarını ortadan kaldıracılabileceği halde, kasten bunu yapmadıysa, yani ihmali davranışıyla ölüm neticesinin ortaya çıkmasına katkıda bulunduysa, ölüm neticesinden dolayı kasten sorumlu olacaktır. Eğer, kışkırtılanın davranışları tamamlandıktan sonra kışkırtıcının müdahalesiyle ölüm neticesi meydana gelmemiş ve fakat mağdur ağır bir hastalıkla yaşamak zorunda kalmışsa, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğu taksirle yaralamadan dolayı olacaktır”²¹³.

Kışkırtanın, neticeye yönelik kastının olmaması nedeniyle cezalandırılmayacağı yaklaşımı, kışkırtıcı ajanı hukuki/zaruri bir gereksinim olarak kabul edenler bakımından tatminkâr neticeler doğurmaktadır. Nitekim bu yaklaşımı savunanlara göre, kışkırtıcı ajan özellikle ortaya çıkarılması zor suçlar bakımından nerdeyse bir zarurettir. Kışkırtıcı ajan formülasyonunun başka türlü yapılması halinde, uygulanabilirliği de ortadan kalkacaktır²¹⁴.

Kışkırtıcı ajanın tanımını, “her ne nedenle olursa olsun bir kimseyi suç işlemeye yönlendirirken aynı zamanda korunan hukuki menfaatin zarar görmeyeceğini öngören kimse” olarak veren *Florian*²¹⁵, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun olup olmadığı konusunda eserlerinde farklı fikirleri savunmuştur. İlk eserlerinde, kışkırtıcının teşebbüsü hedeflemesi halinde *a priori* olarak kastı yoktur demenin yanlış olduğunu savunan *Florian*’a göre; kışkırtıcıda bulunan “nihai hedefin” onun kusurluluğunu ortadan kaldırmak bakımından bir etkisi yoktur. Kışkırtıcının suça teşebbüsten dolayı sorumlu olması gerekir²¹⁶. *Florian*’ın söz konusu pozisyonu açık bir şekilde yıllar

²¹³ Ottorino Vannini, *Il Codice Penale Illustrato Articolo Per Articolo vol. 1.*, (Milano: Societa Editrice Libreria 1934), s. 450.

²¹⁴ Neppi Modona, *a.g.e.*, s. 255.

²¹⁵ “Bir kimseyi adalete teslim etmek veya daha genel olarak bizzat suçun işlendiği anda yakalatmak amacıyla gerek resmî bir iş olarak gerekse bir ödül kazanmak, bir adalet idealini gerçekleştirmek veya suçun işlenmiş olmasından kaynaklı bir menfaat elde etmek dışında herhangi bir nedenle başkasını suç işlemeye yöneltirken aynı zamanda ortaya bir zarar veya tehlikenin çıkmayacağını öngören kimseye kışkırtıcı ajan denir.” Bkz. *Florian*, *a.g.e.*, s. 710.

²¹⁶ *Ayni*, s. 710.

içinde değişmiştir. 1940 yılında yazmış olduğu bir çalışmasında söz konusu değişikliği belirlemek olanaklıdır. Yazar, bir gerekçelendirme yapmaksızın görüşlerini *Delogu* ve *Vannini* yaklaşımı doğrultusunda revize etmiştir. Kışkırtıcı ajanın (sadece kolluk) tek amacı suçun işlenmesini engellemektir onu kolaylaştırmak değildir. O halde kışkırtıcının neticeye yönelik kastından bahsedilemez²¹⁷.

Kışkırtıcı ajanın, manevi unsurdan hareketle cezai sorumluluğunun olup olmadığını açıklamaya çalışan yaklaşımlar, onun suça kışkırtma ile ulaşmak istediği amacı esas almışlardır. Onlara göre kışkırtıcı ajanın, psikik durumunu diğer katılanlardan farklı düşünmek gerekir. Suça katılanların suçtan beklentileri, kışkırtıcı ajanın suça katılmak yoluyla elde etmek istediği beklentiye benzetilemez. Ağırlıklı öğreti bu nedenden ötürü kışkırtıcı ajanın, kusur tartışmasında kastından bahsedilemeyeceğini söyler.

Özellikle, İtalya’da Rocco Kanunu’nun yürürlüğe girdiği ilk yıllarda, kışkırtıcı ajan uygulaması bağlamında ivedilik sorunu ortaya çıkar. Uygulama açık bir şekilde kışkırtıcı ajandan, kastı olmadan suça katılan kimse olarak bahseder²¹⁸. İtalyan Yüksek Mahkemesi, suçu ortaya çıkarmak üzere kamusal araçlar kullanılarak yürütülen bazı “hileli” faaliyetler bakımından kışkırtıcı ajan kavramını kullanır. Mahkeme, kamu idaresinin doğru dürüst yürütülmesi, özellikle endüstri çalışanları için kurulmuş olan çeşitli sağlık kurumlarının faaliyetlerini denetlemek bakımından figüre başvurulabileceğini belirtir. Her kim sürmekte olan bir suçu araştırmak veya engel olmak amacıyla suçlu kılığına bürünürse, söz konusu kimsenin gerçek anlamda suç işleme kastının bulunduğu bahsedilemez. Nitekim kışkırtıcı ajan başka birisini suç

²¹⁷ Salama, **a.g.e.**, s. 11. Florian’ın söz konusu kişisel değişimi dönemsel zaruretlerle de açıklanabilir. Her şeyden önce Delogu’nun berrak çözümlemesini lekelemek istemedi. Diğer taraftan Manzini’nin meseleyi ele alış gerekçesine de duyarsız kalmadı. “Devlet aklı”nın (ragion di Stato) işlevsel kurumlarından biri olarak figürü değerlendirdi. Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 227. *Ragion di Stato*’nun Türkçe karşılığı ve bilgi için bkz. Mithat Sancar, “**Devlet Aklı**” **Kışkırtıcı Ajan Kavramında Hukuk Devleti**, (İstanbul: İletişim Yayınları, 2000), s. 13 vd.

²¹⁸ Uygulama bu dönemde özellikle kışkırtıcı ajanı, kurmaca alıcı (fictus emptor ve kurmaca kurbandan (finta vittima) ayırmak istedi. Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 214.

işlemek üzere yönlendirirken aynı zamanda suçun işlenmemesi için müdahalede bulunan kimsedir²¹⁹.

Somut fiil bakımından kışkırtıcı ajanın amacının ne olduğunu kesin olarak belirleyebilmek çok zordur. Kışkırtma davranışı çeşitli amaçlara ulaşmak için gerçekleşmiş olabilir. Örneğin;

- a) Kışkırtıcı ajan, kışkırttığı davranışı henüz teşebbüs aşamasındayken durdurmak isteyebilir. Bu durumda, kışkırtıcı ajan, kışkırtılan neticeye ulaşmasını diye önlem alır.
- b) Failin daha önce işlemiş olduğu suçları ortaya çıkarmak üzere kışkırtıcı ajan harekete geçmiş olabilir. Amacı işlenmekte olan suç sayesinde geçmişte işlenmiş olan suçları ortaya çıkarmaktır.
- c) Kışkırtıcı ajan, kışkırtılanı işlenemez bir suça iterek, tehlikeli yapısını topluma göstermek istemiş olabilir.
- d) Kışkırtıcı ajan, kışkırtılanın cezalandırılabilmesini sağlayabilmek için neticenin gerçekleşmesini isteyebilir²²⁰.

Söz konusu örneklerden de anlaşılacağı üzere kışkırtıcı ajan davranışını tek bir prototip üzerinden betimlemek olanaklı değildir. Kışkırtıcı ajanın iradesinin neye yönelik olduğunu anlama araştırmasının her somut ihlal bakımından “olumsuzlama” yoluyla yapılması gerekir. Yani, kışkırtıcı ajanın psişğinde ortaya çıkan isteği, netice ve yapısı itibarıyla, iştirakin ‘ortak’ iradesinden ayrıştırılabilir olmalıdır. Bu ayrıştırmada kışkırtıcı ajanın yürüttüğü faaliyet bakımından amacı, neticeye rağmen, açık, somut, ve pozitif olarak ortaya çıkarılabilmelidir. Kışkırtıcı ajanın devam etmekte olan davranışının “arzu edilen sonuca” ulaşmak bakımından, suçun ortaya çıkmasını sağlamak şeklinde gerçekleştiği açıktır. Bu durumda, failin meydana çıkan neticeyle

²¹⁹ “Kendisini kurum çalışanı olarak gösteren görevlinin, eczacının reçete dışı ilaç verip vermediğini kontrol etmek üzere, reçetede yazılı olmayan bir ilacı istemesi ve eczacının bu ilacı vermesi yasadışı durumu belgelemek üzere yürütülen bir kışkırtıcı ajan faaliyetidir” (Cass. Sezz. III, 23 Ocak 1941) Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 215.

²²⁰ Califano, **a.g.e.**, s. 26.

ulaşmak istediği şey olarak tanımlanabilecek amacın²²¹ tarif edilmesi ve belli kavramlarla sınırlandırılması da olanaklı değildir. Diğer taraftan her bir “netice” başka bir takım “neticelere” ulaşmak için de kullanılabilir. Yani elde edilen bir netice diğer neticeler bakımından vasıta da olabilir. Ancak hangi amaçla suç işlenmiş olursa olsun, bu amaca ulaşmak için yapılması gereken şey ortaktır. Bu ortak nokta bir anlamda pozitif ceza hukukunun ilgilendiği sınır olarak suçun işlenmiş olmasıdır.

Suç işleyen bakımından, suçun işlenmesiyle birlikte bir memnuniyet ortaya çıkmıştır. Değişik amaçları gerçekleştirmek üzere bir cinayetin işlenmesi durumunda, neticenin meydana gelmesi, istenen amacın kendiliğinden ortaya çıkması sonucunu doğurabilir. Örneğin, söz konusu cinayetin neticesinde, bir fail intikam hislerinin tatmin edilmesini sağlarken, başka bir fail bir cinayetin ardından, ölenin mirasından pay almaya ilişkin beklentisi bağlamında önemli bir engeli aşmış olabilir. Yani, örnek bakımından pasif süjenin ölümü, aktif süje açısından doğrudan ve kendiliğinden bir memnuniyet doğurur²²². Kışkırtıcı ajan bakımındansa suçun işlenmesiyle ulaşmak istenen amaç doğrudan doğruya ve kendiliğinden suçun işlenmesiyle ortaya çıkmaz. Kışkırtıcı davranış, suçun doğrudan konusundan farklı bir neticeye ulaşılabilmek için gerçekleştirilmiştir. Bu durum kışkırtıcı ajanda mevcut olan psişik bağlamında diğer şeriklere göre farklılık yaratır. Genel olarak kışkırtılan, bir suçun işlenmesinden dolayı ortalama tecrübe kurallarına göre elde edilebileceği düşünülen amaçları gerçekleştirmek için suç işlerken, kışkırtıcı ajan, objektif olarak ortaya konmuş bir amacı gerçekleştirmek üzere suç işler. Kışkırtıcı ajanın, kışkırtma davranışıyla elde etmek istediği amaç, suçla elde edilebilecek olanın dışındadır ve hatta onun karşıtıdır. Kışkırtıcı ajan kışkırtılanı suça tipik bir şekilde ittikten sonra, derhal normal şerikten beklenmeyecek şekilde kışkırtılanın karşıtı bir pozisyon alır. İşte bu durum kışkırtanda bulunan manevi unsurun ne olduğunu belirleyecektir²²³. Ancak, kışkırtıcı ajan ister daha önce işlenmiş olan suçları ortaya çıkarmak üzere, isterse kışkırtılanın tutuklanmasını sağlamak veya işlenmekte olan ya da işlenecek suçları engellemek üzere kışkırtıcı

²²¹ Francesco Carnelutti, **Teoria Generale del Diritto** (Roma: 2. ed., Foro Italiano, 1946), s. 224.

²²² Califano , **a.g.e.**, s. 28; Dell Andro, **a.g.m.**, s. 866.

²²³ Califano, **a.g.e.**, s. 29.

davranışta bulunmuş olsun, sözü edilenlerin, kastı ortadan kaldırmak bakımından dikkate alınması gerekir²²⁴.

3.3.1. Kışkırtıcı Ajanın Kastının Olmadığı Yaklaşımına Bazı İtirazlar

Kışkırtıcı ajanın iştirak kastının bulunmaması nedeniyle cezalandırılmaması görüşü, konu bakımından ortaya çıkan tüm sorunları tüketmek bakımından maalesef yeterli değildir. Teşebbüs iradesi sadece kışkırtana aitken, neticenin elde edilmesi(davranışın tamamlanması) iradesi kışkırtılana aittir ve gerçekleşen sadece teşebbüstür. Birçok örneğin kolaylıkla akla gelebileceği üzere, kışkırtanın her türlü çabasına rağmen suçun tamamlanması engellenememiş olabilir. Çözümü zor bir mesele olarak kışkırtıcı ajan, henüz suç, teşebbüs aşamasındayken, failin ortaya çıkarılması bakımından yaşanabilecek zorlukları aşmak amacıyla suçun gerçekleşmesini sağlamak için asıl bir rol almışsa, bir anlamda eklenen kastı varsa veya kışkırtılanın fiilinin teşebbüs aşamasında kalması olanaklı değilse yani kışkırtılan suçun teşebbüse elverişli bir suç olmadığı durumlarda, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun bulunduğu kabulü gerekir.

Kural olarak iştirakten bahsedebilmek için işlenen suçun tüm ortaklar için aynı olması gerekir. Cezai sorumluluğun sınırını, işlenmesi konusunda karar verilen suç belirler. Ancak, örneğin bir kişiyi belli bir suçu işlemek üzere yönlendiren kişi, ortaya çıkan neticenin yönlendirilen suçtan farklı olması durumunda, bazı hallerde bu suçtan da sorumlu olur. Eğer suç, ortakların kararlaştırdıkları hareketin sınırları içerisinde kalıyorsa, ortaya çıkan farklı sonuçtan bütün şerikler bunu gerçekleştirenlerle birlikte sorumlu olacaklardır²²⁵. O halde istisnai de olsa bazı durumlarda netice yönlendirmenin konusu ile uyuşmasa dahi yönlendiren cezalandırılacaktır. Suça manevi katılanın iradesinin aşılması durumunda bazı hallerde cezalandırılabilir olmasına rağmen, kışkırtıcının, kışkırtılanın bir eksikliğinden veya bir hatasından kaynaklanan şekilde neticenin oluşmamasından, yani teşebbüsten niçin sorumlu olmadığı anlaşılamamaktadır. Zira kışkırtıcı ajanın iradesi örneğin teşvik eden olarak kışkırtılanın

²²⁴ Aksi yönde bkz. Califano, **a.g.e.**,s. 30.

²²⁵ Toroslu, **Genel Kısım**, s. 298.

iradesi ile uyuşuyor ve ortaya çıkan sonuç da bu durumla uyumlu ise, kışkırtıcı için kastı yoktur demek yanlış olabilecektir²²⁶.

Diğer taraftan her olasılıkta teşebbüs bir suçun sadece tamamlanmamış şeklini ifade etmez, bazen bir suçun bağımsız bir şeklini de ortaya çıkarabilir (örneğin bir tehlike suçu olarak bu duruma, TCK'nın 176. maddesinde öngörülen inşaat ve yıkımla ilgili emniyet kurallarına uymama suçu gösterilebilir)²²⁷. Bir kimsenin cezalandırılabilmesi için, sadece kastının, zararlı bir neticeye yönelik olmasına gerek yoktur, kast, korunan hak veya menfaatin “tehlikeye sokulması”na yönelik de olabilir.

Kışkırtıcı ajanın kastının olmadığı ve bu yüzden cezalandırılmaması gerektiği görüşü eleştirilmiştir. Bu görüş savunucularına göre, sadece amacından hareketle kışkırtıcı ajanı, suça katılan diğerlerinden farklı düşünmek olanaklı değildir²²⁸. Başka bir söyleyişle kışkırtıcı ajanın, suça katılmaktaki amacı, onun cezai sorumluluğunun belirlenmesi bakımından önem taşımaz. Amaç, zararlı veya yararlı, ahlaki veya ahlak dışı, sosyal veya anti-sosyal olabilir. Bütün bu hususların cezalandırılabilirlik bakımından önemi yoktur²²⁹. Başka bir söyleyişle, kışkırtıcı ajanın amacının, toplumu kötülük yapandan korumak olmasının yani suça yabancı, sosyal ve kişisel nedenlerin, cezai sorumluluğun belirlenmesi bakımından önemi yoktur.

²²⁶ “İşlenen fiilden dolayı kışkırtıcı ajan sorumludur. Kışkırtıcının davranışı ile ortaya çıkan netice arasında bir nedensellik bağının bulunması yeterlidir. Örneğin, bir yağma suçuna katılan iki kişiden birisi, mağduru öldürmek üzere silahıyla ateş ederek teşebbüste bulunmuş olması halinde, mağdurun ölmesini istemek gibi bir isteği olmayan diğer şerik de yağmadan ayrık olarak adam öldürmeye teşebbüsten ötürü sorumlu olacaktır. Diğer şerik değil adam öldürmeyi istemek, kışkırtıcı ajandan farklı olarak teşebbüsü dahi istemediği halde ortaya çıkan sonuçtan sorumlu olabilecektir. Teşebbüsün istenmediği durumda dahi şerik cezalandırılıyorsa, baştan beri teşebbüsü isteyen kışkırtıcı ajanın, pozitif hukuk düzeni açısından cezadan bağışık tutulmaması, suça katılmayı düzenleyen kurallara göre cezalandırılması gerekir. Amacın farklı ve belki sempatik bulunması manevi unsurun varlığı bakımından bir eksiklik yaratmaz”. Bkz. Califano, **a.g.e.** s. 70.

²²⁷ “Teşebbüsten dolayı bir kimseye ceza verilmesinin nedeni, korunan hak veya menfaatin tehlikeye düşürülmüş olmasıdır. Bu anlamda suça teşebbüs, tehlike suçundan başka bir şey değildir”. Angioni'nin görüşleri için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 358, dpn. 73.

²²⁸ Califano, **a.g.e.**, s. 25; Erem, **Kışkırtıcı Ajan**, s. 9; Galli, **a.g.m.**, s. 779.

²²⁹ Salama, **a.g.e.** s. 66; Giulio Paoli, **Principi Di Diritto Penale, vol.III** (Padova: Cedam, 1929), s. 50; M. Tahir Taner, **Ceza Hukuku: Umumi Kısım** (İstanbul: B. 3, İsmail Akgün Matbaası, 1953) s. 533-534.

Kışkırtıcı ajanın çok tehlikeli bir suçluyu ele geçirmiş olması veya çok tehlikeli bir kimseyi etkisiz hale getirmiş olması, kastının tayini bakımından etkisizdir. Bu tür bir yaklaşımın kabul edilmesi halinde kast ve saikin birbirine karıştırılması söz konusudur. Kural olarak saik suçun ne unsurudur ne de hukuka uygunluk nedenidir. Ceza hukuku sistematğinde saik cezaya etkili bir neden ve özel kast olarak sadece kanunun açıkça öngördüğü hallerde ve temel cezanın belirlenmesinde takdiri bir neden olarak dikkate alınabilir. Ancak bu durumun genel kastı kaldırıcı bir etkisi bulunmamaktadır. Kışkırtıcı ajanın iradesi, kışkırtılanın suçu işlemesine yöneldiğine göre kast vardır²³⁰. Zaten kışkırtıcı ajan meselesinin yaygın olarak iştirak kapsamında ele alınması, bir anlamda kastının olduğunun kabulü anlamına gelir²³¹. Diğer taraftan kışkırtıcı ajanın amacının da meşru kabul edilmesi olanaklı değildir. Çünkü toplumun menfaati suçun ortaya çıkması ve suçlunun cezalandırılmasından ziyade suçun işlenmemiş olmasındadır²³².

Erem'e göre, failde suç kastını uyandırmış olan kışkırtıcı ajanın, suçun gerçekleşme olasılığının kolluk kuvvetlerinin aldığı önlemlere rağmen gerçekleşebileceğini hiç aklına getirmemiş olması olanaklı değildir. Bu olasılığın kasta dahil olması gerekir. Diğer taraftan her suçun taksirli şeklinin olmaması da, kışkırtılan suçun gerçekleşmiş olmasına rağmen kışkırtıcı ajanın cezasız kalması sonucunu doğuracaktır. Kışkırtıcı ajanın, gerçekleşen neticeden taksirinden dolayı sorumlu tutulması gerektiği yaklaşımına yönelik kuşku suç ağırlaştıkça artacaktır. Kışkırtıcı ajanın adam öldürmeye yönelttiği kişiyi teşebbüs aşamasında yakalatacağı düşüncesiyle kolluk kuvvetlerine haber verdiği ve herhangi bir nedenle suçun işlenmesine engel olunamadığı bir durumda, kışkırtıcı ajanın taksirle ölüme neden olmaktan cezalandırılmasının haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır²³³.

Kusurluluk merkezli çözümün şu kolaylığı sağladığı varsayılır: Kışkırtıcı, kışkırtılanın davranışının teşebbüs aşamasından öteye gitmesini istemediğinden

²³⁰ Galli, **a.g.m.**, s. 778; Dönmezer-Erman, **C.II**, s. 533; Faruk Erem- Ahmet Danişman- Mehmet Emin Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler** (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997), s. 24; Colombini, **a.g.m.**, s. 221.

²³¹ Bayraktar, **a.g.e.**, s. 132.

²³² Galli, **a.g.m.**, s. 780.

²³³ Erem, **Kışkırtıcı Ajan**, s. 8.

cezalandırılmayacak, ancak kışkırtılanın cezalandırılabilmesi için gerekli zemini hazırlamış olacaktır. Kışkırtıcı ajan teşebbüsün ortaya çıkmasını irade ederken amacı, failin cezalandırılabilmesini sağlamak üzere ortaya çıkabilecek her türlü kuşkuğu bertaraf edecek delil elde etmektir. Bu anlamda, zararlı bir netice çıkmasa bile, kışkırtıcı ajan minimum düzeyde olsa da bir tehlike neticesinin çıkacağını bilerek harekete geçer. Bu halde kışkırtıcı ajanın niçin cezai sorumluluğunun olmadığını gerekçelendirmek zordur. Tehlike suçu gerçekleşmiştir. Nitekim, hakim öğretiye göre, basit bir tehlikeli durum yaratılmasıyla suç tamamsa buna yönelik kast tehlike kastıdır²³⁴.

3.3.2. Kışkırtıcı Ajanın “Çifte Kastı” (doppio dolo)

Bir üst başlıkta ortaya koymaya çalıştığımız, kastın bulunmaması nedeniyle kışkırtıcı ajanın cezasız kalması gerektiği yaklaşımının eksiklikleri, herhangi bir manevi katılanın kendine özgü kastının yapısının analiz edilmesiyle aşılabılır gözükmektedir. Bu anlamda, kışkırtıcı ajanının müdahalesi ile ortaya çıkmış olan fiilin kendine özgü yapısını anlayabilmek için, manevi katılanı açıklamak üzere, Alman öğretisi tarafından geliştirilmiş olan “çifte kast” (doppio dolo) kurumu dikkat çekicidir²³⁵. Bu yaklaşıma göre kışkırtma faaliyetine karakter veren onun sübjektif yapısıdır. Kural olarak herhangi bir manevi katılanın iki isteği vardır, bunlardan ilki suça yönlendirilenin harekete geçmesi, ikincisi ise yönlendirilen suçun gerçekleştirilmesidir. Kışkırtıcı ajan ise sadece suça yönlendirdiği kişinin harekete geçmesini isterken, neticenin gerçekleşmesini istemez. Kışkırtıcı ajana karakteristiğini veren temel husus onun neticeyi istememesidir. Kışkırtıcı ajan sadece görünüşte icra hareketlerine destek verirken diğer yandan korunan hak veya menfaatin zarara uğramaması konusunda gereken tedbirlerin alınmasını sağlar. Kural olarak manevi iştirakin yaygın açıklaması bakımından, yönlendirilenin ayrıca neye yöneldiğinin belirlenmesine gerek yoktur. Bu yaklaşım bir yandan yönlendirenle, asıl fail arasındaki ilişkiyi belirlemek bakımından diğer yandan ortaya çıkan fiil bakımından kabul edilebilir. Zira her ikisi de aynı hedefe yönelmişlerdir. Aksi durumda yani farklı fiillerin ortaya çıkması halinde iştiraktan de söz edilemez²³⁶.

²³⁴ Antolisei, **Parte Generale**, s. 356. Zarar kastı-tehlike kastı ayrımı hakkında bkz. Önder, **a.g.e.**, s. 291.

²³⁵ Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 117.

²³⁶ **Aynı**, s. 359.

Kışkırtma fiili yapısını subjektif karakterinden alır. Herhangi bir suça bir kimseyi yönlendirenin söz konusu olan kastının ikili bir yönü vardır²³⁷. Yani manevi katılan, hem suç işlemeye bir kimseyi yöneltmeyi hem de neticeyi istemelidir. Hâlbuki kışkırtıcı ajan neticenin gerçekleşmesini istemezken sadece teşebbüsü ister ve bu nedenle kastının bulunmadığı kabul edilir²³⁸. O halde kışkırtıcı ajan, kastı olmadan suça yönlendiren kimsedir. Bir başka deyişle kışkırtıcı ajan kastı olmayan manevi şerik olarak veya “sui generis” bir suça yönlendiren kişi olarak değerlendirilebilir²³⁹. Kışkırtıcı ajanın kastı, kışkırtılan tarafından işlenecek olan suçun karar aşamasına ilişkindir ve kışkırtılanın hareketlerini kapsamaz. “Kışkırtıcı ajanda manevi katılanın cezalandırılması için gerekli olan ‘çifte kast’ eksiktir. Kışkırtıcının kastı, suça yönlendirilen kişi tarafından işlenecek suçun karar aşamasına kışkırtmaktan ibarettir, o halde kışkırtıcı ajan maddi fail olamaz”²⁴⁰. Kışkırtıcı ajanın süjeyi suçu gerçekleştirmek üzere yöneltmesine rağmen sadece teşebbüsü istemesi halinde çifte kastında meydana gelen eksiklikten dolayı cezalandırılmaması gerekir.

3.3.3. Kışkırtıcı Ajanın Ortaya Çıkan Netice Bakımından Kusurluluğu

3.3.3.1. Kışkırtıcı Ajanın, Kışkırtılan Suçun Teşebbüs Aşamasında Kalması Halinde Kusurluluğu

Kışkırtıcı ajanda manevi katılanın cezalandırılması için gerekli olan “çifte kast” eksiktir yaklaşımın doğal sonucu, kışkırtıcının, teşebbüsün gerçekleşmesi bakımından doğrudan kastıyla hareket ettiği. Teşebbüsün gerçekleşmiş olması ise kışkırtılanın cezalandırılması için gereklidir. Kışkırtıcının kastı olmadığından cezalandırılmaması

²³⁷ Kışkırtıcı ajanın kastının sırf taktiksel nedenlerle teşebbüsten öteye gitmesi ama tamamlanmış suçu da kapsamaması noktasında Alman öğretisinde başvurulmuş *çifte kast* kavramı için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 127.

²³⁸ **Aynı**, s. 116. “Kışkırtıcı ajan bahsinde, neticeye yönelik irade bakımından eksiklik bulunmaktadır. Yönlendiren olarak kışkırtıcı ajanın iradesi sadece yönlendirilenin davranışına yönelik ortaya çıkmıştır. Bu anlamda subjektif içeriklidir. Objektif (maddi) bir yönü yoktur. Bu yüzden kışkırtıcı ajanın davranışı cezasız kalmalıdır”. Finger’in görüşleri için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 117.

²³⁹ **Aynı**, s. 359. “Suça teşebbüste, manevi iştirakin subjektif yapısı, suça manevi katılarda asıl fiilin işlenmesine yönelik kast bulunmasını arar. İşte bu noktada cezalandırılabilirlik bakımından kışkırtıcı ajan bu varsayıma dahil değildir. Dolayısıyla da teşebbüs suçuna yönlendirmeden dolayı cezalandırılmaz”. Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 135.

²⁴⁰ **Aynı**, s. 136.

gerektiği düşüncesinde olanlara göre ise, kışkırtıcı ajanın tamamlanmış bir suça yönelik kastının olmaması, onda kendiliğinden bir şekilde teşebbüs kastının da olmadığı sonucunun çıkmasını gerektirir. Nitekim suçun tamamlanmasına yönelik kasttan ayrı bir teşebbüs kastından söz edilemez. İster, kastın yokluğu yaklaşımı isterse “çifte kast” yaklaşımı esas alınsın, ikisi bakımından da ortak olan, kışkırtıcı ajanda suçun tamamlanmasına yönelik ne “doğrudan kast”ın ne de “dolaylı kast”ın bulunduğu. Kastın yokluğu yaklaşımı, kışkırtıcının tamamlanmaya ilişkin kastı bulunmadığını bütün içersinde değerlendirirken, “çifte kast” yaklaşımı, aynı durumu teşebbüs aşaması ve tamamlanma aşaması ayrımları kapsamında değerlendirmektedir. Ancak neticenin ortaya çıkması halinde kışkırtıcının, taksirinden veya bilinçli taksirinden sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmektedir.

Olası kast belirlemesi bakımından İtalya’da en çok kabul gören ve izlenen yaklaşım “kabul edilen risk” ölçütüdür²⁴¹. Bu ölçütten hareket edenlere göre, fail neticenin gerçekleşebileceği olasılığını öngörmesine rağmen, davranışını söz konusu riski kabul ederek gerçekleştirirse olası kastından dolayı sorumlu olacaktır. Bilinçli taksirde ise fail, mümkün gözüken neticenin gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmektedir²⁴². Olası kast, bilinçli taksire oranla bir kararlılığa gereksinim duyar. Diğer taraftan neticenin gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmek ölçütü de bilinçli taksiri, olası kasttan tam olarak ayırmak bakımından yeterli değildir. İtalyan öğretisinde, “kabul edilen risk” ölçütüne, bütün belirsizliği ve genişliğine rağmen, kışkırtıcı ajanda bulunan manevi unsuru belirlemek bakımından başvurulmaktadır. Bize göre bu yaklaşımdan da hareket edilecek olsa, kışkırtıcı ajanın dolaylı kastının olduğundan söz edilemez. Kışkırtıcı ajanda neticeye yönelik bir kararlılık yoktur ve kışkırtıcı ajanın, kışkırtılanın hareketini engellemek bakımından en uygun zamanı beklediği kabul edilir. O halde kışkırtıcı ajanın teşebbüsten ötürü de sorumlu olmaması gerekir.

²⁴¹ Mantovani, **a.g.e.**, s. 334; Antolisei, **Parte Generale**, s. 348. Öğreti, “kabul edilen risk” ölçütünün, bir yandan tespiti oldukça güç olan, olası kastın belirlenmesi bakımından önemli bir hareket alanı sağladığını, diğer yandan da neticenin gerçekleşmeyeceğine duyulan inanç gibi oldukça yüzeysel bir kavramlaştırmayla, kişilerin kasti sorumluluklarının ortadan kaldırılarak, sorumluluğun taksir düzeyine indirilmesinin önüne geçmek bakımından önemli bir araç olduğunu savunmaktadır. Bkz. Kolis Summerer, “AIDS e Diritto Penale”, **I Reati Contro La Persona** (Torino : UTET Giuridica, 2006), s. 436.

²⁴² Toroslu, **Genel Kısım**, s. 208.

Delogu'ya göre, kışkırtılanın gerçekleştirmiş olduğu fiilden dolayı kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğu yoktur. Çünkü kışkırtıcı ajanda, neticeyi istemek bakımından bir irade eksikliği söz konusudur. Neticenin meydana gelmesini istemez. *Delogu*, cezalandırılabilir bir teşebbüsten, neticenin failin iradesine rağmen meydana gelmemesi halinde söz edilebileceğini, aksi halde failin icra aşamasındayken, iradesiyle neticeyi engellemesi halinde teşebbüs olamayacağını söyler. Bu anlamda, ona göre yönlendirenin iradesinin de belirli bir suçun işlenmesi bakımından fiili gerçekleştirenin iradesini içerir nitelikte olması gerekir. Sonuç olarak *Delogu*'ya göre kışkırtıcı ajan görünüşte yönlendirendir. Zira fiili gerçekleştirenin iradesi ile aynı olmayan hatta karşıt iradenin sahibidir²⁴³.

Aynı şekilde *Vannini* de bu görüşün savunucularındandır. Ona göre, suça yönlendiren, teşebbüsü henüz zararsız bir aşamadayken durdurabileceğini biliyor ve durdurmayı da başarıyorsa artık burada suça iştirakten bahsetmemek gerekir²⁴⁴. Söz konusu yaklaşıma katılmak olanaklı değildir. Teşebbüs aşamasında kalmış suç bakımından, kışkırtıcı ajanın amacının, kışkırtılana göre farklı olması, onun şerik olmadığı anlamına gelmez. O halde kışkırtıcı ajanın bu amacını esas almak gerekir. Sorunu açıklığa kavuşturmak bakımından her iki katılanın da ortaya çıkan fiili esas alarak değerlendirilmeleri gerekir.

Kışkırtıcı ajan, bir kimseyi suça yönlendirirken aynı zamanda bu kimseyi henüz teşebbüs aşamasındayken durdurmak isteyense, kışkırtma neticesinde ortaya çıkan fakat henüz teşebbüs aşamasında kalan bir suçtan dolayı sorumlu olmamalıdır. Kışkırtıcı ajan, faili her ne kadar tamamlanmış suça yönlendirmiş olsa da sadece teşebbüsü istemiştir. Kışkırtıcı ajanın mademki tamamlanmış bir suça yönelik kastı yoktur, işte bu halde kendiliğinden bir şekilde teşebbüs kastının da olmadığı sonucunun çıkması gerekir. Nitekim suçun tamamlanmasına yönelik kasttan ayrı bir teşebbüs kastından söz edilemez. Bu konuyu açıklamak üzere *Mantovani* şu örneği verir : “Kışkırtıcı ajan A’yı bir hırsızlığa yönlendirirken aynı zamanda polisin olaya ilişkin tedbirler almasını sağlar.

²⁴³ *Delogu*, **a.g.m.**, s. 27.

²⁴⁴ “Bir kimse başka bir kimsenin güvenilirliğini ölçmek için o kimseye bir kasaya ait sahte anahtarları kasayı açmayı başaramayacağını bildiği halde veriyorsa bu davranışından dolayı cezalandırılmaması gerekir.” Bkz. *Vannini*, **a.g.m.**, s. 51.

Böylece polis suçun tamamlanmasını engelleyecektir”²⁴⁵. İşte bu durumda kışkırtıcı ajanın neticeye yönelik kastının olmadığından bahsetmek gerekecektir. Yeter ki kışkırtıcı ajan neticenin tamamlanmasına yönelik en küçük bir riski dahi kabul etmemiş olsun²⁴⁶. Aynı zamanda kışkırtıcı ajanda neticenin gerçekleşmeyeceğine yönelik bir inancın da bulunması gerekir²⁴⁷. Benzeri bir tespit suç örgütüne sızan kimse bakımından da yapılabilir. Bu kimsede suç örgütüne katılma iradesinin olduğundan söz edilemez²⁴⁸.

3.3.3.2. Kışkırtıcı Ajanın, Kışkırtılan Suçun Tamamlanması Halinde Kusurluluğu

Geleneksel öğretiyeye göre, kışkırtılan suç eğer tamamlanmışsa²⁴⁹, kışkırtıcı ajan taksirinden dolayı sorumlu tutulmalıdır²⁵⁰. Kışkırtılanın, suçu tamamlaması halinde kışkırtıcı ajan, dikkatsizlik, tedbirsizlik veya deneyimsizlik (mevcut TCK m. 22 bakımından özen eksikliği) sonucu taksirinden dolayı sorumlu olacaktır²⁵¹. Kışkırtıcı ajanın taksirli sorumluluğundan söz edebilmek için fiilin taksirli biçiminin kanunda öngörülmüş olması gerekir²⁵².

Delogu, kışkırtıcı ajanın, *iter criminis* aşamasındayken suça müdahale etmesinin şart olduğunu savunur. Kışkırtılanın, teşebbüs aşamasındayken kesin bir şekilde durdurulmasının olanak dahilinde olması gerekir. Kışkırtılanın durdurulması bizzat kışkırtıcı ajan veya onun verdiği bilgi sayesinde kamu gücünün almış olduğu önlemler sonucunda gerçekleşmelidir. Eğer suç tamamlanmışsa, kışkırtılanın tamamlanmış suçtan

²⁴⁵ Mantovani, **a.g.e.**, s. 554.

²⁴⁶ Fiandaca-Musco, **a.g.e.**, s. 373.

²⁴⁷ Mantovani, **a.g.e.**, s. 554.

²⁴⁸ Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 103.

²⁴⁹ Kışkırtılan suçun tamamlanmış olması halinde Almanya deneyimi, biçimsel tamamlanma-maddi tamamlanma ayırımına başvurarak meseleyi çözmeye çalışmıştır. Kışkırtıcı ajanın dolaylı kastının olması halinde dahi, söz konusu ayırımın işletilebileceği savunulmuştur. Ancak söz konusu şema uygulanma bakımından çok ciddi zorluklar ve eksiklikler barındırmaktadır. Diğer taraftan bizim gibi “biçimsel kanunilik” ilkesini kabul etmiş bir hukuk sistemi bakımından bu şemanın uygulanması olanaklı değildir. Söz konusu ayırım hakkında ayrıntılı bilgiyi yukarıda “biçimsel tamamlanma yaklaşımı” başlığı altında vermeye çalışmıştık.

²⁵⁰ Bkz. Galli, **a.g.m.**, s. 784; Dell’Andro, **a.g.m.**, s. 867; Malinverni, **a.g.m.**, s. 269.

²⁵¹ Bkz. Delogu, **a.g.m.**, s. 36; Brusa, **a.g.e.**, s. 395; Mantovani, **a.g.e.**, s. 554.

²⁵² Mantovani, **a.g.e.**, s. 554; Pagliaro, **a.g.e.**, s. 569.

dolayı cezai sorumluluğunun olacağı açıktır. Ama kışkırtıcı ajanın sorumluluğu ne olacaktır? Kışkırtıcı ajan bakımından *guid iuris* nedir²⁵³?

Geleneksel öğretiyle aynı düşünceyi paylaşan günümüz öğretisi meseleyi daha detaylı tartışmış ve dolaylı kast, bilinçli taksir ayrımına özel bir önem vermiştir. *Frank* formülünden hareket eden öğreti, kişinin arzu etmediği neticenin gerçekleşmiş olması durumunda kusurluluğun dolaylı kasttan mı yoksa bilinçli taksirden mi söz konusu olacağını tartışmıştır. Fail, neticenin gerçekleşebileceğini, neredeyse kesin bir şekilde öngörüyorsa, ortaya çıkan neticeden de sorumludur. Kışkırtıcı ajanın neticenin gerçekleşeceği hususunda “muhtemel” düzeye gelmiş bir öngörüsünün olmaması gerekir. Kışkırtıcı ajan, bu netice için meydana gelirse gelsin diyorsa, herhangi bir suça katılan gibi cezalandırılır. Kışkırtıcı ajanın resmî bir görevli olması olasılığında, netice ortaya çıkmışsa, kusurluluk bakımından sorumluluğunun taksirden öteye gitmemesi gerekirken, özel bir kişinin kışkırtıcı ajan olması durumunda, kişinin doğrudan veya dolaylı kastından sorumlu olması gerekir²⁵⁴. Bizce bu tespit, özel kışkırtmanın yaygınlaştığı günümüz sosyal ilişkileri içerisinde son derece önemli bir role sahiptir.

Kışkırtılan suçun tamamlanması halinde, kışkırtıcı ajanın taksirinden dolayı sorumlu olacağını söylemek, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun ne olacağının belirlenmesi noktasında ortaya çıkabilecek birçok zorluğu ilk bakışta aşmaya yarayabilir gözükmektedir. Öğreti, suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde, kışkırtıcı ajanın kastının olmamasından ötürü cezai sorumluluğu yoktur derken, suçun tamamlanmasını engellemeyi başaramadığında kışkırtıcı ajanı taksirinden ötürü sorumlu tutar²⁵⁵.

Ancak bu noktada sorunlar bitmiş gözükmemektedir. İlk temel sorun, kışkırtıcının davranışının nasıl adlandırılacağıdır. Neticenin gerçekleşmesi halinde, ikinci ve büyük temel sorunsal, hukuki olarak bir çözümlemenin yapılabilmesinin ancak

²⁵³ Delogu, **a.g.m.**, s. 37. Kışkırtılanın durdurulması, kışkırtıcının doğrudan müdahalesi sayesinde olmalıdır. Örneğin kolluğun önceden almış olduğu tedbirler sayesinde, kışkırtılan neticeyi gerçekleştirmeye muvaffak olamamalıdır.

²⁵⁴ De Maglie, **a.g.e.**, s. 238 vd.

²⁵⁵ Mantovani, **a.g.e.**, s. 554.

kasten işlenen bir suçta taksirli iştirakin olanaklı olup olamayacağının kabul edilip edilmemesine bağlı olmasıdır.

Kışkırtıcı ajanın ihmali, kışkırtılan suçun tamamlanmasına yol açmıştır. O halde kışkırtıcı ajan bu ihmalden dolayı cezalandırılmalıdır. Diğer taraftan, kışkırtıcı ajanın görevin gereklerine²⁵⁶ aykırı hareket etmiş olduğu akla gelebilir. Bu noktada, kolluk görevlisi olması gerektiğini söylediğimiz kışkırtıcı ajanın, kışkırtılanın işlemekte olduğu suçu engelleme yükümlülüğünün olup olmadığının araştırılması gerekir. Kolluğun görevi, her türlü menfaati ve herkesin her şeyini korumak değildir. Kolluk, kanunlarda suç olarak tanımlanmış fiillerin işlenmesini engellemek üzere görev yapar. Somut fiil bakımından engelleme yükümünün, polisin görevleri arasında açıkça tarif edilmesi gerekir. Nitekim, görevi ihmal suçundan bahsedebilmek için, TCK m. 257/2'ye göre; failin gereğini yapmakta ihmal veya gecikme gösterdiği işlemin görevine girmesi, yani yapmak ve geciktirmemekle yükümlü olduğu bir işlemin olması gerekir²⁵⁷.

Örneğin, bir politikacıyı korumakla görevli olan ajan, korumakla yükümlü olduğu kimseye yönelik olarak yapılmış bir saldırıyı engellememiş olabilir. Bu suçta bir polis memurunun kışkırtıcı ajan pozisyonunda olduğu düşünülecek olursa neticenin gerçekleşmesi bakımından ihmalkârlığından bahsedilebilir. Nitekim kamu görevlisi olan kışkırtıcı ajanın, suçun işlenmesini önleme, korunan hak veya menfaati garanti altına alma, neticenin ortaya çıkmasını engelleme mecburiyeti vardır. Bu mecburiyete rağmen, kışkırtılan suçu gerçekleştirirse kışkırtıcının görevi ihmal suçunu işlediği düşünülür. Görevi ihmal suçu, genel ve tamamlayıcı nitelikte, kasten işlenebilen bir suçtur. Bu nedenle 257. maddenin 2. fıkrası hükmünün uygulanabilmesi için görevin gereklerini yapmakta ihmalin özel bir hükümde düzenlenmemiş olması gerekir²⁵⁸.

²⁵⁶ “Görevi gereği olan iş kavramı, kamu görevlisinin yetki alanına giren ve hukuk düzeni tarafından yerine getirilmesi kamu görevlisinden istenen işlemleri kapsar.” Bkz Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım** (Ankara: B. 1, Savaş Yayınevi, 2005), s. 305.

²⁵⁷ Mehmet Emin Artuk- Ahmet Gökçen- A. Caner Yenidünya, **5237 sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış, Ceza Hukuku Özel Hükümler** (Ankara: B. 7, Turhan Kitabevi, 2006), s. 762.

²⁵⁸ Toroslu, **Özel Kısım**, s. 305.

Söz konusu saldırı neticesinde, örneğin politikacı ölmüşse kasten ihmalde bulunan görevli TCK'nın 81. maddesinde kasten öldürme suçunu işlemiştir ve katkısının derecesine göre cezai sorumluluğu belirlenir. Eğer ihmal, bir kışkırtmaya araç olması amacıyla ortaya konulmuşsa, kışkırtıcının cezai sorumluluğunu belirlemek bakımından kastı esas alan yaklaşımlar doğrultusunda, kışkırtıcı ajanın TCK'nın 85. maddesine göre, taksirli öldürmeden dolayı sorumlu olması gerekir. Saldırı teşebbüs aşamasındayken durdurulmuşsa, suça teşebbüsün taksirli biçimi bulunmadığından kışkırtıcı ajanın herhangi bir cezai sorumluluğu bulunmayacaktır. Aynı şekilde, kışkırtıcı ajan, kural olarak kastının bulunmadığı ortak kabulünden ve görevi ihmal suçunun taksirle işlenmesinin mümkün olmamasından hareketle, görevi ihmal suçundan dolayı da cezalandırılmayacaktır. Ancak istisnaen, özel bir hükümde düzenlenmiş görevi ihmal suçları taksirli şekilde işlenebilir. Örneğin, TCK'nın “kaçmaya imkân sağlama” suçunu düzenleyen 294. maddesinin 8. fıkrası bu düşüncüyü kanıtlar niteliktedir. Söz konusu fıkra göre: *“Gözetim altına alınan, tutuklunun veya hükümlünün, muhafaza veya nakli ile görevli kişinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmasından yararlanarak kaçması halinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”* Görevi ihmal suçundan dolayı cezalandırılmayan kışkırtıcı ajanın cezalandırılması, taksiri esas alan yaklaşıma göre çok ender durumlarda olabilecektir²⁵⁹. Zira manevi unsur bakımından kast kural, taksir istisnadır²⁶⁰.

Kışkırtıcı ajan müdahalesinin söz konusu olduğu durumlarda teşebbüs kastının ayrı, tamamlanma kastının ayrı şeyler olduğunu esas alan görüşler doğrultusunda suçun tamamlanması, kararlaştırılan suçtan farklı bir suçun işlenmesi²⁶¹ olarak değerlendirilebilir. Suça teşebbüsü amaçlayan kışkırtıcı ajan bakımından, suçun tamamlanması “öngörülemeyen gelişme” olarak kabul edilebilir²⁶². Yani kışkırtılanın

²⁵⁹ Fiandaca-Musco, **a.g.e.**, s. 277.

²⁶⁰ Kışkırtıcının, bir anlamda görevi ihmal suçunu işlediği tespiti, özel kişi kışkırtıcı ajan lehine avantajlı bir durum yaratabilme olasılığı yüzünden eleştirilmiştir. Özel kişilerin, görevi ihmal suçunu işlemeleri olanaklı değildir. Kışkırtıcı ajan kavramı, görevi ihmal suçları bağlantılı olarak açıklanmaya çalışılırsa, neticeyi önleme yükümü olmayan özel kişinin, istenmeyen neticeden sorumlu tutulabilmesi söz konusu olmayacaktır. Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 368.

²⁶¹ Kararlaştırılardan farklı bir suçun işlenmesi halinde iştirak edenlerin sorumluluğu hakkında bkz., Antolisei, **Parte Generale** :s. 576.

²⁶² Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 270.

hareketi, kararlaştırılan hareketin sınırı dışında kalıyorsa, sadece kışkırtılan bu hareketten dolayı sorumlu olacaktır. Yok eğer, kışkırtılanın hareketi kararlaştırılan hareketin sınırları içerisinde kalıyorsa, kural olarak kışkırtıcı ajanın da bu sonuçtan taksirinden dolayı cezai sorumluluğu söz konusu olur. Başka bir ifadeyle, gerçekleşen neticeden bütün şerikler sorumludur denebilmesi halinde kışkırtıcı ajanın bu suçtan taksirli sorumluluğu söz konusu olabilir²⁶³. Bu varsayımın, kararlaştırılardan farklı bir suç işlenmesi halinde onu isteyen kasıtlı olarak, gerçekleşenden farklı sonucu istemek suretiyle işbirliği yapma ise taksirli olarak sorumlu tutan anlayış doğrultusunda çözümleme yaptığı düşünülebilir. Bize göre, teşebbüs kastının ayrı, suçun gerçekleşmesine yönelik kastın ayrı şeyler olmadığının zorunlu kabulü halinde, bahsi geçen yaklaşım kuramsal bir tartışma olmaktan öteye anlam ifade etmeyecektir.

Kışkırtıcı ajanın manevi sorumluluğu hususunda taksiri esas alan yaklaşımın özünü, kışkırtıcı ajanın mümkünse ceza almaması, ceza almaması mümkün değilse de az ceza alması oluşturur. Ancak bu özün gerçekleşmesi bazı durumlarda zor gözükmektedir. Bu zorluk, aslında cezalandırmaya ilişkin temel bir sorunsaldır, kışkırtıcı ajan meselesine uyarlanmasından başka da bir şey değildir. Aynı suçun, kasıtlı biçimi bakımından öngörülen soyut cezayla, taksirli biçimi bakımından öngörülen soyut ceza arasında, bazı suç kategorilerinde anlamlı farklar bulunmamaktadır. Bir de cezanın bireyselleştirilmesi aşamasında, uygulanacak somut ceza bakımından suçun kasten işlenmesi halinde alt sınır, taksirle işlenmiş olması haline ilişkin üst sınır esas alınacak olursa, taksirle işlenmiş bir suçun sonuç cezası, aynı suçun kasten işlenmiş biçimine göre çok daha ağır olabilecektir. Bu varsayımı biraz daha güçlendirmek bakımından TCK m. 294’de düzenlenmiş olan “kaçmaya imkân sağlama” suçunu örneklendirelim: Maddenin 1. fıkrasına göre, “*gözetilene alınan veya tutuklunun kaçmasını sağlayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*”. Maddenin 5. fıkrasına göre ise, bu suçun “*gözetilene alınan tutuklu veya hükümlünün muhafaza veya nakli ile görevli kişiler tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır,*” şeklindedir. Örneğin bu görevli gözetilene aldığı veya muhafazası altında bulunan

²⁶³ Elbette bu varsayımın iştirak halinde işlenen suçun kararlaştırılan suçtan farklı bir suç olması halinde, objektif nitelikte çözüm arayan sistemler bakımından işletilmesi olanaklı değildir. Bu sistemde ortakların tümünün meydana gelen sonuçtan cezalandırılmaları için, nedensel katkıyı ortaya koymuş olmaları yeterlidir. 1930 tarihli İCK’ya hakim olan sistem için bkz. Antolisei, **Parte Generale** s. 577.

kişinin, suçüstü yakalanabilmesini temin etmek üzere kaçmasını sağlarsa, kışkırtıcı ajan olarak hareket ettiğinden suçun taksirli biçimine göre cezalandırılması gerekir. Bu cezanın miktarı da altı aydan üç yıla kadardır. Şayet, “taksirli cezalandırma” yaklaşımı bu örneğe uyarlanacak olursa, kaçmaya teşebbüs halinde kışkırtıcı ajanın cezasız kalması gerekir. Eğer suç tamamlanmışsa, kışkırtıcı ajan taksirinden dolayı sorumlu olacaktır. Suçun taksirli biçimine verilen cezanın, kışkırtıcı ajana büyük bir avantaj sağlamadığı açıktır. Bu suçu kasten işlemiş olduğu kabul edilmiş olsaydı belki de, alacağı cezanın miktarı daha az olabilecekti²⁶⁴.

Amaçsal hedefe ulaşma noktasında kendine özgü çelişme olasılıklarını hariç bırakmak üzere, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunu taksirle açıklayan kuram bizim ceza hukuku sitemimiz bakımından uygulanabilirlik sorunları yaşayacaktır. Özellikle kasten işlenen suçlara taksirli iştirak ve taksirli suçlara kasten iştirakin olanaklı olup olmadığının aydınlığa kavuşturulması gerekir. TCK, öğretide aksini savunanların varlığına rağmen taksirli suça iştiraki kabul etmemektedir. Nitekim TCK’nın 40. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesine göre “*suça iştirak için kasten veya hukuka aykırı bir fiilin varlığı yeterlidir.*”

Kışkırtıcı ajan meselesi bakımından, kasten işlenen suça taksirle iştirakin mümkün olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekir. Taksirli hareket ile gerçekleştirilen kasti suç arasında bir nedensellik bağı kurulabilmesi halinde iştirakin mümkün olabileceği düşünülebilir. Aksi görüşte olanlara göre, iştirak iradesinin bulunmaması, nedensel değer taşıyan taksirli hareketi yapanı, şerik haline getirmez²⁶⁵. Kışkırtıcı ajanın işlenen suçtan dolayı taksirinin olduğunun kabul edilmesi halinde, suç ortakları açısından iştirak birliği parçalanmış olur²⁶⁶. Bu yorum ve TCK düzenlemesi esas alınacak olursa, kışkırtıcı ajanın, kışkırtılan suçun gerçekleşmesi halinde taksirinden dolayı sorumlu olmaması gerekir. Bu yorum kabul edilecek olursa

²⁶⁴ Kışkırtıcı ajanın, hükümlünün kaçmasına yardım etmesinin ortaya çıkardığı sorunlar için bkz. Colombini, **a.g.m.**, s. 219-222.

²⁶⁵ Önder, **a.g.e.**, s. 444.

²⁶⁶ Dönmezer-Erman, **C.II**, s. 530; Ranieri, **a.g.e.**, s. 228.

kışkırtıcının, kasten işlenen suça taksirli iştiraki olanaklı olmadığından ne teşebbüsten ne de tamamlanan suçtan bir cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır²⁶⁷.

3.3.4. Kışkırtıcı Ajanın Sorumluluğunu Kusurluluk Kapsamında Açıklamanın Sınırları

Alman öğretisi tarafından geliştirilen, İtalyan öğretisince de kabul gören, kışkırtıcı ajanın kastı olmadığından cezalandırılmayacağı görüşü, yukarıda andığımız bazı eksiklikleri barındırsa da oldukça tutarlı ve kabule şayandır. Nitekim karşılaştırmalı hukukta, kışkırtıcı ajan sorunsalının çözüm yeri olarak kusurluluk başlığı kabul edilir. Ancak söz konusu yaklaşımın yeniden biçimlendirilmesi ve güncel kriminolojik gelişmelere uygun hale getirilmesi gerekir.

3.3.4.1. Fail Olan Kışkırtıcı Ajanın Cezai Sorumluluğu

Kışkırtıcı ajanın katıldığı suçlarda, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunu kastının olmadığı için hariç bırakan yaklaşım, günümüz gereksinmelerine yapısal nedenden ötürü yanıt verebilir gözükmemektedir. Çünkü suç çeşitliliğinde yaşanan farklılaşma, bu yaklaşımın temel hareket noktalarından birisi olan, kışkırtıcı ajanın sadece yönlendiren olabileceği varsayımını geçersiz hale getirmiştir. Nitekim örgütlü suçlar, büyük suç organizasyonlarının varlığı, kışkırtmanın yapısal ağırlık merkezini tamamen değiştirmişlerdir. Söz konusu değişimin merkezinde, kışkırtıcı ajanın, azmettiren ve yardımcı fail olmaktan çıkıp suç tipinde gösterilen hareketlerden birisini yapan, suçu gerçekleştiren kişi, yani fail olması yer almaktadır²⁶⁸.

Kışkırtıcının cezai sorumluluğunun belirlenmesinde suça yönlendirenin kastını esas alan yaklaşımların, fail bakımından uygulanması olanaklı değildir. Örneğin, bir suç örgütüne sızan kimse, çoklukla bir fiili gerçekleştirir yani fail olarak hareket etmek

²⁶⁷ Bize göre, aynı sonuca taksirli suça kasten iştirak tartışmasında da ulaşmak olanaklıdır. Örneğin, bazı sağlık nedenleri nedeniyle sürücü ehliyeti alamayan fakat araç kullandığı bilinen bir kimsenin, suçüstü yakalanmasını sağlamak için araç kullanmaya yönlendirilmesi durumunda, yönlendirilen bir kişinin ölümüne yol açarsa, koşullarının varlığı halinde taksirle öldürme suçu söz konusu olabilir. Fakat araç kullanmaya yönlendirenin (kışkırtıcı ajan) herhangi bir cezai sorumluluğu olmayacaktır.

²⁶⁸ “Kışkırtıcı ajan ya asli iştirak ya da fer’i iştirak halinde olan kimsedir”. Bkz. Colombini, **a.g.m.**, s. 222.

zorunda kalabilir. Bu durumda olan bir kişinin ise kastının olmadığından söz etmek olanaklı değildir. Neticeyi istememekten kaynaklı bir kast yokluğu tespiti “sızan” için uygulanması olanaklı değildir²⁶⁹.

Bu sorunun aşılması için, suç örgütüne dahil olan bakımından araç suç, amaç suç ayrımı yapılabilir. Örneğin bir suç örgütünün amacı, anayasanın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmak olabilir. Bu amacı gerçekleştirmek üzere de örgüt, başka suçlar işleyebilir. Örgüte dahil olan görevlinin amaç suç bakımından asıl fail olması asla kabul edilemez. Araç suç bakımından ise bakılması gereken, suç ile korunan yararın niteliksel üstünlüğü ile yararları korunanların sayısıdır. Örneğin adam öldürme suçuna engel olaksa, görevli yaralama suçunu veya uyuşturucu ticareti suçuna engel olmakta vesile olaksa uyuşturucu kullanma suçunu işleyebilir. Gizli görevlinin (kışkırtıcı ajanın) suç işlemesine izin verilmemesi hem soruşturmanın sonuçsuz kalmasına hem de görevlinin yaşamına yönelik tehlikelerin ortaya çıkmasına neden olabilir. Elbette görevli her ne pahasına olursa olsun faaliyet gösterecek değildir. Faaliyetini yaparken insan onuruna, hukukun temel ilkelerine uygun hareket etmek zorundadır²⁷⁰.

3.3.4.2. Tehlike suçları ve kışkırtıcı ajan

Kastı olmadığı için kışkırtıcı ajanın cezalandırılmayacağı yaklaşımı, soyut tehlike suçları²⁷¹ bakımından da uygulanabilir değildir. Hâlbuki soyut tehlike suçlarına günümüzde daha çok rastlanıyor olması nedeniyle, polisin bu tür suçlarla da mücadele etmek zorunda olduğu kabul edilir²⁷². Somut tehlike suçları kısmen de olsa sonuç suçlarına benzetilebilerek, kışkırtıcı ajanın kastının olmadığı söylenebilir. Bu suçlarda, kışkırtıcı ajanla, kışkırtılanın kastlarında, tehlikeyi yaratma isteği bakımından bir farklılık tespiti yapılabilir. Kışkırtıcı ajanda kastın bulunup bulunmadığı araştırmasında,

²⁶⁹ De Maglie, **a.g.e.**, s. 371. R. Anton’a göre, hiçbir olasılık dahilinde kışkırtıcı ajan asıl fail olamaz. Kışkırtıcı ajanın fail olarak hareket edebileceği herhangi bir zemin yoktur. Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 67.

²⁷⁰ Öztürk, **Ceza Muhakemesi**, s. 515-518; **Delil Yasakları** 84 vd. Kışkırtmanın hiçbir koşul altında hukuk devletin gerekliliği ile uyumlayacağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. a.s.s. 235 vd.

²⁷¹ Soyut tehlike suçlarında, suç tanımında gösterilen hareketin yapılması veya yapılmamasıyla birlikte tehlikenin gerçekleştiği kabul edilirken, somut tehlike suçlarında hareket korunan hukuki değer bakımından bir tehlike yaratmış olmalıdır. Bkz. Centel-Zafer-Çakmut, **a.g.e.**, s. 262-263.

²⁷² Özbek, **Gizli Görevli**, s. 85.

düşünsel olarak “netice”nin yerine “tehlike neticesi” koyulabilir. Yani, korunan, hak veya menfaatin, somut olarak tehlikeye düşürülmesinin istenip istenmediği araştırması yapılarak, kışkırtıcı ajanın ortaya çıkan netice bakımından kastının olmadığı söylenebilir²⁷³. Fakat aynı durumun soyut tehlike suçlarında uygulanabilmesi olanaklı değildir.

Soyut tehlike suçlarında, hareketin suç konusu üzerinde tehlike yaratmış olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur. Tipte belirtilen hareketin yapılması veya yapılmamasıyla, kanun koyucu korumak istediği suç konusunun tehlikeye maruz kaldığını kabul etmektedir²⁷⁴. Soyut tehlike suçunda kışkırtanın neticeyi “istemiyor” olmasından pratik olarak söz etmek olanaklı değildir. Örneğin TCK m. 177’de düzenlenmiş olan, “hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması” suçu, soyut tehlike suçudur. X adlı kışkırtıcı ajan kişi, Y adlı hayvan sahibini, hayvanını, başkalarının sağlığını veya hayatını tehlikeye düşürecek şekilde serbest bırakmaya yönlendirmiş olsa, Y, hayvanı serbest bırakırsa suç gerçekleşmiş, serbest bırakmazsa da, suç gerçekleşmemiş olacaktır. Kışkırtıcının maddi olarak gerçekleşen şeyi isteyip istemediğinin önemi yoktur. Hareketin gerçekleşmesiyle suç tamam olur. Alman öğretisi, soyut tehlike suçlarında da, kışkırtıcı ajanın müdahalesi halinde iki ayrı sorumluluk türünden bahsetmek olanaklıdır demektedir. Kışkırtıcı ajan soyut tehlike suçunun işlenmesine neden olduğunda, gerçekte sadece hak veya menfaati korumak istemiştir. Örneğin, neticesi bakımından, soyut tehlike suçlarından olan kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, satın almak veya bulundurmak suçunda (TCK m.191), suç tipinde belirtilen hareketin yapılması suçun oluşması için yeterlidir. Alman öğretisine göre kışkırtıcı ajanın, bir kimseyi bu suça yönlendirmiş olmasının nedeni, kolektif sağlığı koruma isteğidir. Amacı, yasadışı uyuşturucu ticareti yaptırmak, uyuşturucu bulundurmak değil, bu görüntü altında kamu sağlığını korumaktır. Kışkırtıcı ajan bu nedenden dolayı cezalandırılmamalıdır. Ancak yasa koyucu, uyuşturucu maddeyi elinde bulundurma bakımından, kolektif sağlığı korumak, kolektif sağlığın

²⁷³ De Maglie, **a.g.e.**, s. 372.

²⁷⁴ Önder, **a.g.e.**, s. 54. Modern toplumun karmaşık sosyal ilişkileri, soyut tehlike suçlarının varlığını mecbur kılar. Söz konusu suç kategorisinin, devletin cezalandırma alanını aşırı genişletmemesi için uygulama alanlarının doğru belirlenmesi gerekir. Hükmün doğru ve sınırlı uygulanması durumunda bir sorunla karşılaşılmaz. Bkz. Yener Ünver, **Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer** (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2003), s. 969.

herhangi somut bir tehlikeye uğraması gibi nedenlerle, neticenin gerçekleşmesini, bu suçları cezalandırmak bakımından aramamıştır²⁷⁵. *De Maglie*'ye göre, eğer uyuşturucu maddenin elinde bulundurulması suçuna kışkırtma, 'insan sevgisinin' bir tezahürü olarak ve sadece sayısız gencin uyuşturucu kullanmasının engellenmesi konusunda bir taktik olarak söz konusu olmuşsa, hukuki anlamda "maddi netice" kavramına yönelinebilir. Böylece, kışkırtıcının kastıyla, kışkırtılanın kastı ayrımı soyut tehlike suçları bakımından da söz konusu olabilir²⁷⁶.

3.3.4.3. Özel kastın arandığı suçlara kışkırtıcı ajanın müdahalesi

Kanunun, maddi fiilin bilinçli ve iradi olmasından başka, failin özel bir amaçla hareket etmesini gerekli kıldığı hallerde özel kast söz konusu olur²⁷⁷. Kışkırtma faaliyetinin doğası gereği kışkırtıcı ajanda özel kast yoktur ve kışkırtıcı ajan özel kastının bulunmamasından dolayı cezalandırılmaz²⁷⁸. Ancak, failin gerçekleştirmek istediği netice onun amacını oluşturur. Saik ise sanığı harekete geçiren etken olup psikolojik olgunun irade aşamasını ilgilendirir. Saik, kural olarak hukukun ilgi alanı dışında kalır²⁷⁹.

Özel kastın arandığı bir suçta, kışkırtıcı ajanın müdahale etmiş olması halinde, "kışkırtıcı ajanın özel kastının bulunmadığından dolayı cezalandırılmamalıdır" görüşüne karşı çıkan *De Maglie*'ye göre, saikle, amacın birbirine karıştırılmaması gerekir. Elbette amaç gerçekleşmediğinde kişinin cezai sorumluluğundan da söz edilemez. Ancak kışkırtıcı ajanda söz konusu olan saiktir. Amaç, kışkırtılan suç tamamlanıyorsa, kışkırtanda bu amacın olmamasının önemi yoktur. Örneğin, X adlı kişi, bir arkadaşını, herhangi bir kişisel fayda elde etme amacı olmaksızın sadece karakterini denemek için hırsızlık suçuna yönlendirirse, elbette X'in hırsızlık suçundan sorumlu olması

²⁷⁵ "Madde metninde, izlenen suç politikası gereği olarak, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak değil, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak fiilleri suç olarak tanımlanmıştır..." (TCK m.191, gerekçesi için bkz. <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>)

²⁷⁶ *De Maglie*, soyut tehlike suçları bakımından sorunsalı açıklarken, üçüncü bir seçenek (*tertium non datur*) demektedir. *De Maglie*, **a.g.e.**, s. 373.

²⁷⁷ Mantovani, **a.g.e.**, s. 326.

²⁷⁸ Kohler'in görüşleri için bkz. *De Maglie*, **a.g.e.**, s. 120.

²⁷⁹ Centel-Zafer-Çakmut, **a.g.e.**, s. 403.

gerekecektir²⁸⁰. İştirak halinde işlenen suçlarda, özel kastın şeriklerden birinde bulunması, tüm şeriklerin o suçtan dolayı cezalandırılmaları için yeterlidir²⁸¹.

3.3.5. Ayrık bir örnek: Suç işlemeye tahrik suçu olarak kışkırtma

İspanyol öğretisinin bir kısmı, kışkırtmanın (tahrikin), suç işlemeye tahrik suçu²⁸² kapsamında değerlendirilebileceği görüşündedir. Elbette, bu suç kategorisi bir adlandırma olarak kışkırtıcı ajandan veya kışkırtıcı ajanın suça tahrikinden söz etmez. Ancak söz konusu suç, tahrik hareketini hazırlık hareketi olarak görür ve cezalandırır. Fiil, aleni bir şekilde ortaya çıkmıştır ve ortak sosyal hayatın barış içerisinde devamını tehdit etmektedir. İspanyol Ceza Kanunu'na göre; sözle, yazıyla ve basın vasıtasıyla veya etkili olabilecek farklı bir araçla bir suçun işlenmesi bakımından yönlendirmede bulunan kişi, suç işlemeye tahrik kapsamında cezalandırılır. Tahrik edilen suç gerçekleşmişse, tahrik eden kişi gerçekleşen suça azmettiren sayılmalıdır. Kışkırtıcı ajan, kışkırtılanın manevi dünyasını etkileyerek, onda bulunan suç işleme eğilimini açığa çıkarmıştır. Bu görüşte olanlara göre, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğu tartışma götürmez bir şekilde mevcuttur²⁸³. Bir başka görüşe göre ise, kışkırtma, suç işlemeye tahrik başlığı altında değerlendirilmelidir. Ancak hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı suçlarda söz konusu olan, “çifte kasttır”. Kışkırtıcı ajan sadece tahriki amaçlamış ve hiçbir koşulda başkaları tarafından suçun işlenmesini gerçekte istememişse cezalandırılmaz. Kışkırtıcı ajanın ortaya koyduğu tahrikin belirli bir suça neden olması halinde ise o suçun taksirli biçimi kanunda düzenlenmişse, kışkırtıcı ajan taksirinden dolayı sorumlu olmalıdır²⁸⁴. Bayraktar'a göre, kışkırtıcı ajan bir yığını suç işlemeye yöneltirse (TCK m. 214, ETCK m. 311), bağımsız olarak tahrik suçundan ceza alır. Kışkırtıcı ajanla, suç işlemeye tahrik suçu arasındaki tek çakışma noktası da budur²⁸⁵.

²⁸⁰ Almanya'da savunulan, kışkırtıcı ajanın özel kastı olmadığından cezalandırılmayacağı görüşünün kışkırtıcı ajanın kastı olmadığı için cezalandırılmaz olduğu görüşüyle uyuşmadığı açıktır. Birinin kabulü, diğerinin reddini gerektirir. De Maglie, **a.g.e.**, s. 374.

²⁸¹ Gallo'nun görüşleri için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 374.

²⁸² **TCK madde. 214:** “Suç işlemek için alenen tahrikte bulunan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

²⁸³ De Maglie, **a.g.e.**, s. 58.

²⁸⁴ **Aynı**, s. 59.

²⁸⁵ Bayraktar, **a.g.e.**, s. 133.

3.3.6. Manevi Unsur ve Görüşümüz

Suç siyaseti bakımından, kışkırtıcı ajanın cezasız bırakılmasında kastın yokluğunu esas alan çözüm modeli, en azından kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğu noktasındaki sorunların çözümü açısından, ilk bakışta en uygun çözüm gibi durmaktadır²⁸⁶. Kastı esas alan yaklaşım, gerek her biçimdeki kışkırtmaya uyarlanabilmesi açısından gerekse kışkırtıcı ajan ile kışkırtılan arasında esaslı bir farkın olduğunu teslim etmesi bakımından önemlidir. Nitekim kışkırtıcı ajanın herhangi bir ortak gibi değerlendirilmemesinin nedeni, kışkırtıcı ile kışkırtılanın amaçlarının birbirine karşıt olmalarıdır. Kışkırtıcı ajan, kışkırtılanın suçun işlenmesi ile elde etmeyi umduğu neticeyi asla istemez. Kışkırtıcının amacı (isteği) aslında kışkırtılan her suç bakımından aynıdır. O da kışkırtılanın cezalandırılabilmesi için, suça dair icra hareketlerini ortaya koymasını sağlamaktır.

Kışkırtıcı ajanın tanımlarken değindiğimiz, “kışkırtılanın ihbarı” amacı²⁸⁷, kışkırtıcının kusurun ne olduğunun belirlenmesinde tek başına etkin olmamalıdır. Kışkırtılanın ihbarı veya cezalandırılmasının sağlanması amacı, kışkırtıcı ajanın tarifi bakımından yeterli görülseydi, icra aşamasına başlamış olan kışkırtılanın, bu hareketleri tamamlamasının kışkırtıcı tarafından istenmemesinin önemi de olmayacağı gibi bir suçtan dolayı, kışkırtılanın ihbarını gerçekleştirecek koşulların ortaya çıkması açısından suçun teşebbüs aşamasında kalmasıyla, tamamlanması arasında bir farkın ortaya konulmasına da gerek kalmazdı. Kışkırtıcı ajanın cezasız bırakılması için ihbarın yeterli görülmesi, ona suçun tamamlanma olasılığını da içeren oldukça geniş ve denetlenemez bir hareket alanı sağlardı. Bize göre kışkırtıcının ortaya koyduğu hareketlerin sınırının ne olduğunun belirlenmesi gerekir. Bu sınır da kışkırtıcının “suçun tamamlanmasını istememesidir”. Kışkırtmaya kimlik kazandıran, onun cezasız kalmasını sağlayan da suçun gerçekleşmesini istememedir. O halde, bizce her ne nedenden olursa olsun bir kişinin kışkırtılan suçun gerçekleşmesini istemesi durumunda artık onun için cezasız kalabilecek kışkırtıcı ajan tespiti yapılamaz.

²⁸⁶ Aynı görüşte bkz Özbek, **Gizli Görevli**, s. 163.

²⁸⁷ “Kışkırtılanın ihbarı” amacının kapsamına, kuşkusuz, delil elde etme, failin suç işlemeye yönelik eğilimini ortaya koyma gibi alt amaçlar dahildir. Biz kışkırtıcı ajanı harekete geçiren nedenlerin tümü bakımından “kışkırtılanın ihbarı”nı amacın adlandırılması bakımından yeterli bulduk.

Bize göre, kışkırtıcı ajanın kastı olduğundan söz edilemez. Nitekim kasta karakterini veren unsur neticeyi istemedir. Fail suçun gerçekleşmesini istemiyorsa, suça teşebbüsten de söz etmek olanaklı değildir. Kışkırtmanın neticesinde, bir suça teşebbüsten söz edilebilir hale gelinmişse, kışkırtıcı ajanın bu teşebbüsten dolayı sorumlu olmaması gerekir. Çünkü kışkırtıcı ajanda neticeye yönelik bir kast yoktur. Dolayısıyla, teşebbüse yönelik ayrı bir kastının olduğundan da söz edilemez. Kışkırtılan suçun gerçekleşmesi olasılığında, korunan hak veya menfaat zarara uğramıştır. Kışkırtıcı, gerçekleşen fiil bakımından katkıda bulunmuştur. Her ne kadar neticenin gerçekleşmesini istememiş ve buna yönelik önlemler almış olsa da ceza sorumluluğunun da olması gerekir. Bu durumda kışkırtıcı ajan taksirinden dolayı sorumlu tutulmalıdır²⁸⁸. Kışkırtıcı ajanın, kışkırtılan suçta hangi sonuç ortaya çıkarsa çıksın cezalandırılmayacağını savunmak, kışkırtıcı ajan lehine bir cezasızlık imtiyazı doğurur.

Diğer taraftan, çifte kast yaklaşımı kışkırtıcı ajanın sadece manevi şerik olabileceğini savunan görüşler bakımından son derece tatminkârdır. Ancak kışkırtıcı ajan, suça sadece manevi değil aynı zamanda da maddi olarak katılabilir. Bu noktada “çifte kast” merkezli çözüm arayışları, kışkırtıcı ajanın niçin cezasız bırakılacağını bütünlüklü açıklamak bakımından yetersizdir. Ayrıca öğretide, teşebbüs kastının, tamamlanmış suç kastından ayrı olduğu düşüncesini de savunan kimse kalmamıştır²⁸⁹.

Bize göre de, teşebbüs kastıyla neticeye yönelik kast birbirlerinden farklı şeyler değildir. Kışkırtıcı ajanın elbette sadece kamu görevlisi olduğu durumlarda, kışkırtılan fiilin bütünü bakımından kastının varlığından bahsedilemez. Kışkırtıcı ajan

²⁸⁸ İlk olarak Delogu tarafından ortaya atılmış söz konusu yaklaşıma itiraz edenler, kışkırtıcı ajanın her şeyden önce bir şerik olduğunun altını çizerek, şerik olan kışkırtıcı ajanın suçun tamamlanmasını isteyip istememesinin bir önemi yoktur. Bkz. Galli, **a.g.m.**, s. 784. Kışkırtıcı ajanın sadece kışkırtılanın harekete geçmesini istemesi demek, onda aynı zamanda gerek teşebbüs gerekse tamamlanma bakımından isteğin olduğunu gösterir. Bkz. Dell’Andro, **a.g.m.**, s. 867; Malinverni, **a.g.m.**, s. 269.

²⁸⁹ “Tamamlanmış suç ile teşebbüs arasında kast bakımından herhangi bir fark bulunmaz. Kastın tamamlanmış suçta gördüğü işlev teşebbüste de aynıdır” Bkz. Sözüer, **a.g.e.**, s. 160. Farklı bir yaklaşıma göre, “teşebbüs suçu tamamlanmış fiile kıyasen sadece tamamlanmamış bir fiili kapsamaz. Aynı zamanda, kendine özgü bağımsız bir durumun ifadesidir: Kendine özgü ve özel nitelikleriyle bir tehlike suçudur. Bu bağımsız yapısı içerisinde, özgün bir sübjektif unsurun varlığından söz etmek gerekir. Bu durumda ise, sübjektif unsurun, tamamlanmış suça bakarak tespit edilmesi doğru değildir.” Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 363.

yönlendirmesinin de tek başına önemi yoktur. Şerikliğin tali olma ilkesi²⁹⁰ gereği katılanın davranışından ötürü cezalandırılabilmesi için suçun en azından teşebbüs aşamasında kalması gerekir. Nitekim, sırf tahrik etmiş olmak bir cezalandırma nedeni olarak düşünülemez. Kışkırtıcı ajanın herhangi bir zarar istemediği açıktır. Kastından söz edilemez, suçun gerçekleşmesi halinde, taksirinden dolayı sorumlu olması gerekir.

Kışkırtıcının kastını esas alan çözüm yolu önerilerinin, figür bakımından söz konusu olan günümüz uygulamalarında yetersiz kaldığı açıktır. Geleneksel olarak kışkırtıcı ajan, azmettiren veya yardımcı fail ortaklık biçimlerine denk gelebilirken, günümüzde kışkırtıcı ajan zaman zaman suç tipinde gösterilen hareketleri yapan fail olarak da hareket etmektedir. Bu anlamda, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun belirlenmesi noktasında kusurluluk merkezli açıklamalar yeterli gelmemektedir. Kışkırtıcı ajanın ceza hukuku içersindeki yerinin ne olduğunun belirlenmesi noktasında özel çözümler bulunmalıdır.

²⁹⁰ Ortağın cezalandırılabilmesi için, asıl failin eyleminin ceza verilebilir bir aşamaya gelmiş olması gerekir. Bkz. Fiandaca-Musco, **a.g.e.**, s. 361; Fabrizio Ramacci, **Corso di Diritto Penale** (Torino: Giappichelli, 2007), s. 514. “Suça iştirakten ötürü sorumlu tutulabilmek için, ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına ulaşmış olması gerekir”(TCK m. 40/3).

İKİNCİ BÖLÜM

KIŞKIRTMA FAALİYETİNİN MAHİYETİ

1. KIŞKIRTICI AJAN VE SUÇA İŞTİRAK

1.1. Genel olarak

Ceza hukukunda, aralarında iradi olarak suçun işlenmesine maddi ve manevi şekilde katkıda bulunanlar, suça iştirak eden olarak değerlendirilirler ve katkılarının önemine göre suç için öngörülen cezaya veya daha hafif bir cezaya çarptırılırlar. Kışkırtıcı ajanın durumunun da, suça katılan bir kimse sayılıp sayılmayacağını saptamak için, iştirak koşulları bakımından incelenmesi gerekir¹.

Kışkırtıcı ajan üzerine çalışan ceza hukukçularının büyük bir bölümü bakımından suça iştirak konusu, kavramın hukuki yerinin belirlenmesi bakımından önemlidir². Kışkırtıcı davranış, birden çok sayıda kişinin katılarak meydana getirdiği suç, farklı bir biçime sokar³. Ceza kanunları, suça iştiraki düzenledikleri maddelerde doğal olarak kışkırtıcı ajan kavramına yer vermezler. Nitekim sorunu iştirak bahsi içerisinde değerlendiren öğreti de, kışkırtıcı ajanın herhangi bir şerikten farkını, suçun sübjektif unsuruna atıfta bulunarak gösterme yoluna gitmiştir. Bu bağlamda, kışkırtıcı ajanın, suçun kurucu unsurlarının tamamının gerçekleşmesini istememesi ve umut ettiği netice dolayısıyla, cezai sorumluluktan muaf tutulması gerekir⁴. Bu yüzden sorunu iştirak bazlı tartışan öğreti, daha önce manevi katılma halinde bulunan kışkırtıcı ajan için yapılmış olan çözümlemeyi kullanmış ve hatta kavramı bununla sınırlandırmıştır. Yani, suçun sübjektif unsuru bakımından bir zıtlık bulunmasından bahisle ve bu

¹ Ersoy, **a.g.m.**, s. 36.

² Califano, **a.g.e.**, s. 31; Manzini, **a.g.e.**, s. 323.

³ Kışkırtıcı ajanın varlığı, suça katılmaya farklı bir karakter verir. Bkz. Dell'Andro, **a.g.m.**, s. 865.

⁴ Califano, **a.g.e.**, s. 31.

durumun bir sonucu olarak, kışkırtıcı ajanın, kışkırtılanın işlediği suçtan bağışık tutulması gerekir⁵. Ancak söz konusu yaklaşımların, daha önceden de işaret ettiğimiz üzere, kritiksiz değere de sahip olmalarına rağmen gerçeklikle bağları yoktur. Kışkırtıcı ajan kavramının ne olduğunun açıklığa kavuşturulması için, sorunun suça katılma bahsi içerisinde ve fakat bağımsız bir figür olarak değerlendirilmesi gerekir⁶. Açıktır ki suça iştiraki düzenleyen normlar, her olası iştiraki varsayımını öngöremez ve kural haline getiremezler⁷.

Suçta iştirak, kışkırtıcı ajanın incelenebileceği başlıca ceza hukuku kurumlarındandır. Ancak, kışkırtmanın iştirak kalıplarını da aşan bir yönü vardır. Kışkırtıcı ajanı açıklamaya yönelik yaklaşımların pek çoğu kışkırtıcı ajanı işlenecek bir suçu ortaya çıkarmak üzere faaliyet yürüten kimse olarak tanımlamaktadır. Kışkırtıcı ajan sadece işlenecek suçları değil işlenmiş olan suçları da ortaya çıkarmak üzere faaliyet yürütür. Kışkırtıcı ajan, kışkırtma faaliyetini sadece suça katılan kimse olarak değil, gerektiğinde pasif süje (finta vittima/görünüşte mağdur) olarak da yürütür. Kışkırtıcı ajanın, kışkırtılanın sahte para kullandığını kanıtlamak üzere etkinlikte bulunması⁸ halinde iştirak kapsamında değerlendirilemez. Ancak yine de kışkırtıcı ajan faaliyeti ağırlıklı olarak suça iştirak kurumu içerisinde çalışılmıştır.

Ceza hukuku öğretisi özellikle İkinci Dünya Savaşı'nı izleyen yıllarda, kışkırtıcı ajan sorunuyla suç siyaseti boyutunda da ilgilenmeye başladı. Ceza hukukunun kurumları bağlamında bir çeşit “suça iştirak”tir denildi. Ancak kışkırtıcı ajanı, herhangi bir tartışmaya girmeksizin suça katılan olarak görmek de doğru değildir; toplumsal ihtiyaçlar ve sosyal uygunluk zaman zaman, hukuk öğretisine yön verebilir. Objektif olarak kışkırtıcı ajanın fiilleri iştirak bahsi içerisinde değerlendirilse de, gerçekte

⁵ Delogu, **a.g.m.**, s. 22.

⁶ Califano, **a.g.e.**, s. 32.

⁷ Ceza hukukunun iştirak bahsinde temel sorunlarından birisi, suça katılmanın kimlerden ibaret olabileceğinin belirlenmesidir. Bu anlamda 26 Eylül 1957 yılında Atina’da gerçekleştirilmiş olan Ceza Hukuku Uluslararası Kongresinde, fail, “davranışıyla suçun unsurlarını meydana getiren”; doğrudan doğruya beraber işleyen “ortak amaç doğrultusunda diğerleri ile birlikte suç işleyen”; dolaylı fail “sorumlu tutulamayacak kimseye suç işlettiren”; yardımcı fail “suçun işlenmesine yardım edendir”, şeklinde tanımlanmıştır. Pisapia’dan aktaran Califano, **a.g.e.**, s. 33, dpn. 34.

⁸ Pannain, **Diritto Penale**, s. 465.

kışkırtıcı ajanla kışkırtılan bir arada ceza normunu ihlal etmezler. Biri diğerrinin bilgisi dışında, ona karşıdır. *Dell’Andro*’ya göre, kışkırtıcı ajanı harekete geçiren neden kendine özgüdür. Suça iştirakle karıştırılmaması gerekir⁹. Kışkırtıcı ajan için “dost” metaforunu kullanan *Dell’Andro*’ya göre, “dost düşmanın ebedi antitezidir”¹⁰.

1.2. Kışkırtıcı Faaliyetin İştiraki Aşan, Fırsat Yaratıcı Yönü

Kışkırtıcı ajan faaliyetinin, gerek manevi gerekse maddi katılma suretiyle söz konusu olabileceği, kavramın iştirak kurumu bakımından her türlü katılmaya elverişli olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte, kışkırtıcı ajanın davranışının iştirakin sınırlarını da zorlayan bir yönü vardır. Nitekim kışkırtıcı ajan, fail tarafından daha önce gerçekleştirilmiş olan suç bakımından herhangi bir nedensel katkısı ortaya koymamış ve kışkırtıcı faaliyetinin sınırlarınıysa çoklukla daha önce işlenmiş bir suçun kanıtlanması olarak belirlemiştir. Örneğin polis olduğunu saklayan memurun, reçetesiz ilaç sattığı bilinen eczacıyı, reçetesiz ilaç satmaya yönlendirmesinde veya vergi kaçırdığından kuşkulanan şarap satıcısından, kimliğini saklayarak şarap satın almak yoluyla, şarapçının fatura düzenleyip düzenlemediğini kontrol etmesi durumunda iştirak kalıplarını aşan bir yön vardır¹¹.

Kışkırtıcı ajan, tekrarlanan suçlar bakımından, bu suçların seri bir şekilde işlendiğine dair sadece kanıt elde etmek üzere kışkırtma faaliyetinde bulunabilir¹². *Manzini* söz konusu tezine uygulamanın bir kararını dayanak olarak göstermiştir. Karara göre, “ajanın üçüncü bir kişiyi gümrüğe bir şey almak üzere yollayıp, bu kimsenin satıcıyı herhangi bir yasadışı faaliyete yönlendirmeksizin, fakat satıcının satış esnasındaki dikkatsizliğinden faydalanıp ve onun aleyhine olabilecek delilleri toplayarak suçun işlendiğine dair her türlü kanıtı bir çeşit hileyle elde etmesi durumundan hareketle bir ajana, kışkırtan diyebilmek için, o ajanın, bizzat faili, “kötülük iradesiyle”(voluntas sceleris) doğrudan veya dolaylı olarak suça iteklemesi

⁹ Dell’Andro, **a.g.m.**, s. 865.

¹⁰ **Aynı**, s. 874.

¹¹ Manzini, **a.g.e.**, s. 322.

¹² Taner, **a.g.e.**, s. 534; Manzini, **a.g.e.**, s. 322.

gerekir. Örneğin şu hipotezlerde kışkırtanın cezalandırılması gerekir: “Ganimeti paylaşmak için bir kimsenin hırsızlığa yönlendirilmesinde veya intikam ya da başka bir amaç olduğunda veya kan davasına ilişkin olarak bir kimsenin silahlandırılması durumunda veya hatta kabahat türünden suçlarda, örneğin bir kişinin tedirgin edilmesini sağlamak üzere, başka birisinin sarhoş bir şekilde, o kişinin evinin önünde şarkı söylemesinin sağlanması halinde söz konusu olan cezalandırılması gereken kışkırtmadır. Ama tartışılmakta olan konu, bu örneklerden tamamen farklıdır. Zaten yürümekte olan yasadışı satış faaliyeti söz konusudur. Yasadışı satışın yapıldığına yönelik delile, dolaylı bir şekilde ajanın araya girmesi vasıtasıyla ulaşılmışsa, bundan dolayı ajanın faaliyeti suç olarak görülemez. Yasadışı faaliyeti yürüten tarafından, ajanın, delil elde etmesinden evvel zaten yasadışı şekilde satış yapılmaktadır. Aynı yasadışı fiili sayısız defa işleyen kimsenin ortaya çıkartılması için bir kez daha bu fiili işlemesine olanak yaratılması, olanak yaratan bakımından hukuka aykırı olarak kabul edilemez”¹³. Bunun dışındaki bütün varsayımlar bakımından meselenin iştirak bahsi içerisinde değerlendirilmesi ve kışkırtıcı ajanın cezalandırılması gerekir ¹⁴.

Kışkırtıcı ajanın suça yönlendirmesiyle (kışkırtmasıyla) genel anlamda yönlendirmeyi (kışkırtmayı) birbirinden ayırmak gerekir. Kışkırtıcı ajan bir kimseyi sadece, yakalatmak (ihbar etmek) için suça yönlendirir. Bu anlamda ‘genel kışkırtma’ ile ‘kışkırtıcı ajanın kışkırtması’ subjektif unsur yönünden birbirlerinden farklıdırlar. Subjektif unsur, suça iştirak bakımından failerin aynı suça katılma iradelerinin yani iştirak iradelerinin bulunması, bir anlamda asıl failin iradesine diğer şeriklerin katılması şeklinde ortaya çıkarken; kışkırtıcı ajanın suça katılma iradesi, kışkırtmaya katılma şeklinde değil, belli koşulların varlığı halinde ve hatta kışkırtmanın suça ilişkin neticelerinden irade edilenlerin tam aksi neticeye ulaşmak amacıyla ortaya çıkar¹⁵. Bu anlamda kışkırtıcı ajanın davranışının bize göre iki temel yönü vardır, bunlardan ilki suçun işlenmesi için başkalarının kışkırtılmasının genel iştirak kalıpları dahilinde değerlendirilmesi mecburiyetiyken, diğeri subjektif unsur yönünden suça katılma iradesinin tamamen diğer şeriklerin iradelerinin karştı şeklinde ortaya çıktığının

¹³ 29 Aralık 1908 tarihli Napoli Mahkemesi kararı için bkz. Manzini, **a.g.e.**, s. 322.

¹⁴ Aynı, s. 323.

¹⁵ Califano, **a.g.e.**, s. 33.

tespitidir. Kışkırtıcı ajanın katılımının söz konusu olduğu suçlar bakımından ortaya şöyle anormal bir durum çıkmaktadır. O da aynı suça katılanlar bakımından var olan psikolojik unsurların, birbirlerinden farklı olduğu gerçeğidir. Ancak bu durumun daha açık ve ayrıntılı bir şekilde ortaya konulmasının zorunlu olduğu açıktır. Kışkırtıcı ajanın bir suça iştirak etmesinin nedeni nedir? Kışkırtıcı ajanın suça katılmasıyla diğer katılanların suça katılmaları arasındaki fark nedir veya yerinde bir söyleyiş ile fark nerededir¹⁶?

1.3. Kışkırtıcı Davranışın İkincil Niteliği

Bir görüşe göre, herhangi bir suçun asıl failine nazaran, fiilin gerçekleşmesi bakımından yaptığı katkının ikincil¹⁷ nitelikte olduğu belirlenebilen failin cezai sorumluluğu, genel hükümlerde yer alan kurallara göre belirlenmelidir¹⁸. Kışkırtılanın suça katılımına kıyasla kışkırtıcı ajanın katılımı doğası gereği ikincil niteliktedir¹⁹. Zira kışkırtıcı ajanın davranışı suça katılana benzetilebilir. Kışkırtıcı ajan psikolojik tutumu nedeniyle de fiili gerçekleştireninden farklıdır. İşte bu farklılık, -katılanın kastının fiili gerçekleştirenin kastından farkını koymanın pek güç olmasına rağmen- kışkırtıcı ajanın, suça herhangi bir katılandan ayırımını koymak adına tek ölçüttür²⁰. Bu anlayış kışkırtıcı ajan kavramının tartışmasız bir şekilde suça iştirak bahsi içerisinde değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Nitekim kışkırtıcı ajan öyle bir katılandır ki, ortaya tipik hareket koymaz ve hatta bazı varsayımlar bakımından fiili gerçekleştirenin hareketlerinin neticeye ulaşmasını istemez ve hatta bazı durumlarda neticenin gerçekleşmesini engelleyici davranışlar içerisinde bulunur. İşte bütün bu hususların varlığı halinde kışkırtılan tarafından gerçekleştirilen fiilden dolayı sorumlu olmaması gerekir. Kışkırtılanın davranışına karşın kışkırtanın davranışının ikincil nitelikte olduğu açıktır.

¹⁶ Aynı, s. 35.

¹⁷ İkincil nitelikte olmak ifadesi ile anlatmak istediğimiz husus, suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişiler dışındaki şeriklerin her türlü davranışdır. Bu anlamda çalışmamız bakımından dar anlamda faillik kavramını esas aldık.

¹⁸ Modern ceza hukukuna giderek hakim olan tüm faillere asıl failin cezasının verilmesi gerektiği görüşü için Bkz. Toroslu, **Genel Kısım**, s. 280.

¹⁹ Califano, **a.g.e.**, s. 34.

²⁰ Aynı, s. 34.

Ancak, kışkırtıcı ajanın iştiraki düzenleyen kurallara göre asıl failin fiiline, nedensel katkısı bulunması halinde iştirak hükümleri doğrultusunda cezalandırılması gerekir²¹.

Nitekim İtalyan uygulamasında yaygın yaklaşım²², kışkırtıcı ajanın davranışını ikincil nitelikte olmaktan öte de sınırlandırmıştır. Söz konusu yaklaşım, kışkırtıcı ajanın sadece suçun işlenmesi bakımından katkısının marjinal ve dolaylı olması halinde cezalandırılmayacağı şeklindedir. Şayet mevzubahis olan suç bakımından kışkırtıcı ajan, marjinal ve dolaylı bir katkıyı aşar şekilde ister maddi ister manevi nedensel bir katkı ortaya koymuşsa iştirak hükümleri doğrultusunda cezalandırılmalıdır²³. İtalyan Yüksek Mahkemesi örneğin irtikap suçu bakımından basit bir sözün verildiği anda suçun tamamlanmış olduğunu kabul eder. Polisin kışkırtmaya konu olan müdahalesi ise bu söz verildikten sonra olmuştur. Nitekim Yüksek Mahkeme kışkırtmaya ilişkin yasal düzenlemeler yapıldıktan sonra da benzer içerikte kararlar vermiştir²⁴.

1.4. Kışkırtılanın Yanında Kışkırtıcının Bir Davranışının Bulunması

Kışkırtıcı davranışın, kışkırtılan davranışın (asıl failin davranışının) yanında bulunmasıyla, iştirak bakımından birden çok kişinin davranışlarının birlikte bulunması koşulu yerine getirilmiş olur. Kışkırtıcı davranış, asıl failin davranışının yanında

²¹ Califano, **a.g.e.**, s. 35. Kışkırtıcı ajan gerçek bir şerik değildir. Kışkırtıcı ajanın, herhangi bir azmettiren, teşvik edenden farkını ortaya koyabilmek zor olsa da, ancak bu farkın ortaya konulabilmesi durumunda, kışkırtıcı bakımından cezadan bağışıklık tartışması yapılmalıdır. Bkz. Galli, **a.g.m.**, s. 779.

²² Söz konusu yaklaşım uygulamada uyuşturucu, silah ve pornografik materyalin satın alınmasına ilişkin mevzuatta kışkırtıcı ajanın kullanılabileceğine ilişkin düzenlemeler yapılmıyca kadar savunulmuştur. İlgili düzenlemeler için bkz. a.s. s. 217 vd.

²³ “Kışkırtıcı ajanın müdahalesinin gerek manevi gerekse maddi düzeyde marjinal ve dolaylı olması halinde kışkırtıcı ajan cezalandırılmaz. Kışkırtıcı ajanın müdahalesi, bir kontrol veya gözlem faaliyetiye veya suç işleyen fiilini engellemek sınırlarındaysa kışkırtıcı ajan cezalandırılmaz. Kışkırtıcı ajan bu durumların dışında, kışkırtılan fiili bakımından nedensel bir katkıyı ortaya koymuşsa yani suç kışkırtıcı ajanın davranışı ile işlenebilir bir hale gelmişse kışkırtıcı ajanın suça iştiraktan ötürü cezalandırılması gerekir.” (Cass. Penale Sezz. VI, 04.03.1988), Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 100.

²⁴ “Adli polise mensup olsa dahi kışkırtıcı ajanın hareketinin cezasız kalması için kışkırtıcının müdahalesinin gerek asıl failin psişğine gerekse icrasına etkisi bakımından dolaylı ve marjinal olmalıdır. Bu şekilde bir kışkırtma ise öncelikle gözlem, kontrol ve kışkırtılan fiilini engellemeye yönelik faaliyet olarak ortaya çıkmalıdır. Yok eğer kışkırtıcı ajanın davranışı suçun icrası aşamasında nedensel bir katkı ortaya koyuyor, yani netice kışkırtıcının davranışının doğrudan bir sonucu olarak görülebiliyorsa kışkırtıcı ajanın cezalandırılması gerekir” (Cass. Penale Sezz. VI, 30.01.1991), Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 101.

gerçekleşir²⁵. Bu davranışın ise yönlendirme dışında ortaya çıkması olanaklı değildir. Ancak, bu noktada yönlendirmeden ne anlaşılır onun açıklığa kavuşması gerekir. Buna göre: Teşvik veya azmettirme bakımından davranışın bir suç kararını aldırma veya güçlendirmek üzere ortaya çıkması yani söz konusu varsayım bakımından manevi katılmanın bulunması durumudur. Maddi katılma bakımından ise, kışkırtıcı davranışın asıl failin davranışından önce ve kışkırtılanı harekete geçirmeye yönelik olması gerekir. Maddi katılmanın kışkırtılanın davranışını olanaklı kılacak, kolaylaştıracak veya suçun gerçekleşmesi bakımından güvence yaratacak nitelikte olması gerekir. Bu anlamda kışkırtıcı davranış, her türlü suça katılma biçimine uygun olarak ve daha ziyade maddi katılma şeklinde ortaya çıkabilir. Nitekim maddi yardımda bulunan kimse, failin harekete geçmesine yardım edecek davranışta bulunur ve böylece failin harekete geçmesini zorlaştıran olası engellerin de ortadan kalkmasını sağlayabilir²⁶.

1.5. Kışkırtıcı Ajan ve İştirak İradesi

Kışkırtıcı ajanın cezalandırılıp cezalandırılmayacağı sorunu bakımından ajanın neticeye yönelik kastının bulunup bulunmadığının belirlenmesi hayati bir öneme sahiptir. Suça iştiraki düzenleyen kurallar bütününe göre manevi katılanın cezalandırılması için neticeye yönelik bir iradenin bulunması gerekir. Manevi katılanla asıl fail arasındaki tespit edilebilir yegâne bağ, söz konusu olan “neticeye dair subjektif yöneliştir”. Neticeye yönelik isteğin eksikliği halinde, yani kışkırtmada olduğu üzere kışkırtıcının ve asıl failin iradelerinin birbirleriyle zıtlığı durumunda manevi katılanın cezalandırılması bakımından gerekli olan subjektif bağlantı noktasında eksiklik olacaktır²⁷.

Kışkırtma fiili, yapısını subjektif karakterinden alır. Nitekim herhangi bir suça bir kimseyi yönlendiren bakımından söz konusu olanın çifte kast (doppio dolo)²⁸ olduğunu daha önce kışkırtıcı davranış başlığında söylemiştik. Yani suça manevi

²⁵ Califano, *a.g.e.*, s. 40.

²⁶ Davranış, bir kasanın açılabilmesi için gerekli aletlerin tesliminde olduğu gibi hareket şeklinde veya, bir bekçinin binanın kapısını kilitlememesi durumunda olduğu gibi ihmal şeklinde ortaya çıkabilir.

²⁷ De Maglie, *a.g.e.*, s. 145.

²⁸ Kışkırtıcı ajanın kastının sırf taktiksel nedenlerle teşebbüsten öteye gitmesi ama tamamlanmış suçu da kapsamaması noktasında Alman öğretisinde başvurulmuş çifte kast kavramı için bkz. yuk. s. 67 vd.

katılan, hem suç işlemeye bir kimseyi yöneltmeyi hem de neticeyi istemelidir. Hâlbuki kışkırtıcı ajan neticenin gerçekleşmesini istemezken sadece teşebbüsü ister ve bu nedenle kastının bulunmadığı kabul edilir. O halde kışkırtıcı ajan, kastı olmadan suça yönlendiren kimsedir. Bir başka deyişle kışkırtıcı ajan kastı olmayan manevi şerik olarak değerlendirilebilir²⁹. Kışkırtıcı ajanın kastı, kışkırtılan tarafından işlenecek olan suçun karar aşamasına ilişkindir ve kışkırtılanın hareketlerini kapsamaz. “Kışkırtıcı ajanda manevi katılanın cezalandırılması için gerekli olan ‘çifte kast’ eksiktir. Kışkırtıcının kastı, suça yönlendirilen kişi tarafından işlenecek suçun karar aşamasına kışkırtmaktan ibarettir, o halde kışkırtıcı ajan maddi fail olamaz”. Kışkırtılanın fiilinin teşebbüs aşamasındayken durdurulması halinde kışkırtıcı ajan, neticeye yönelik kastının bulunmadığından dolayı cezalandırılmaz.

Söz konusu nitelik, suça iştirak konusunda aslî bir özelliğe sahiptir. Yani kişide, başkasının işlediği fiile katılmak yönünden irade bulunmalıdır³⁰. Bize göre söz konusu nitelik, her şeyden önce çok failli suçlarda kışkırtıcı ajanın bulunması halinde meselenin çerçevesinin çizilmesinde katkı sağlayacaktır. Zira kışkırtılanın suçuna katılmak gibi bir irade, kışkırtıcı ajanda bulunmamaktadır. Ancak bu durum, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğu konusunu açıklamak bakımından yeterli olmayacaktır. Kışkırtıcı ajan amacını gerçekleştirebilmek için kışkırtılanı suça yönlendirirken, suçun bütün unsurları ile gerçekleşmesini istemediğinden, iradesi, failin iradesi ile örtüşmez. Onun bütün hedefi, işlenmekte olan fiil vasıtasıyla kışkırtılanın yakalanmasının/cezalandırılmasının sağlanmasıdır. Şeriklerden birisinin farklı gerekçe ve farklı hedeflere ulaşmak için harekete geçmesinin belirlenmesi çok failli suçlar ile iştiraki birbirinden ayırmakta yardımcı olabilir, fakat söz konusu fark, cezai sorumluluğun belirlenmesi bakımından bir ayrıcalık yaratamaz³¹. Kışkırtıcı ajanın suçla ilgili faaliyetinin normal suça katılma faaliyetlerinden farklı bir özellik taşıdığına şüphe yoktur. Suça katılmada faillerin iradelerinin aynı yönde olması gerekirken, kışkırtıcı ajanın iradesi kışkırtılana nazaran

²⁹ De Maglie, **a.g.e.**, s. 135.

³⁰ İştirak iradesi için bkz. Mantovani, **a.g.e.**, s. 550.

³¹ Califano, **a.g.e.**, s. 39.

farklılık göstermektedir. Hatta bazı yönleriyle onun karşıtı bir özellik ortaya koymaktadır³².

Suçta katılma iradesinin değerlendirmesinde kanunun açıkça öngörmediği amaçların hiçbir hukuki önemi yoktur. Bu anlamda amaç, hukuki tartışmanın dışındadır. Ceza normunda ifade edilen kural ihlalinin, bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi, suçun ortaya çıkması bakımından yeterlidir. Net bir şekilde, ceza hukuku, normatif düzeyde, hukuki olanla “ideolojik” olanı, hukuki olanla “ahlaki” olanı birbirlerinden ayırır ve sadece hukuki olanı dikkate alır, netice çıkarır ve suç kastını belirler. Kışkırtıcı ajanın kışkırtılan kişiden intikam almak, onu ihbar etmek, cezalandırılmasını sağlamak gibi amaçları suçun dışında kalan, suçun oluşumu bakımından değeri olmayan amaçlardır³³. İdeolojik ve/veya ahlaki amaç, hareketi ortaya çıkaran düşünceden oluşmuştur. Bu düşünce ise kural olarak ceza hukukunun ilgi alanının dışında yer alır.

Kışkırtıcı ajan bakımından da söz konusu olan durum budur. Kışkırtıcı ajanın ‘suç işleyeni yakalatmak gibi’ farklı bir amaçla yola çıkmasıyla, ideolojik veya ahlaki bir amaçla yola çıkarken suç işleyen kişinin durumu arasında fark yoktur³⁴. Zira kışkırtıcı ajanın, kışkırtılanı ihbar edebilmesi (yakalanmasını sağlamayabilmesi) için, kışkırtıcı davranışıyla, kışkırtılanın hukuka aykırı hareketini gerçekleştirmesini istemesi gerekir. Söz konusu hipotezde, dolaylı bir kastın varlığından söz edilebileceği olasılığı akla gelse dahi kışkırtıcı ajanın kastı doğrudandır ve amacının farklı olmasının önemi yoktur. Kışkırtıcı ajanın kastının dolaylı olduğu belirlemesine varılabilse de, psişliği bağlamında yapılacak tespit ve cezai sorumluluğunun varlığı bakımından bir engel yaratmayacaktır³⁵.

³² Ersoy, **a.g.m.**, s. 37.

³³ Paoli, **a.g.e.**, s. 50; Ersoy, **a.g.m.**, s. 37.

³⁴ Kışkırtıcı davranış, anti-sosyal bir durumun ve hatta bir suçun karşıtı olarak ortaya çıkmış olsa dahi., kışkırtıcı ajan bakımından unsurları ve bütün sonuçları ile kast söz konusudur. Bkz. Salama, **a.g.e.**, s. 67.

³⁵ Califano, **a.g.e.**, s. 40; Salama, **a.g.e.**, s. 67. Konuya benzer bir şekilde yaklaşan Fransız öğretisi, “kışkırtıcı ajanın iştirak biçimlerinden birisine uygun bir şekilde suça katılması durumunda cezai sorumluluğu bakımından bir tartışma olamaz” demektedir. Kışkırtıcı ajanın şahsında suçun bütün unsurları gerçekleşmiştir. Elbette kışkırtıcı ajan suç işleme isteğiyle hareket etmemiştir. Ancak istek saikten başka bir şey değildir. Saikin de ceza hukuku bakımından bir değeri yoktur. Ayrıca adli makamlar, suç şüphesi halinde kamu davasını açmak bakımından mecburdurlar. Kışkırtıcı ajan veya kışkırtılan bakımından soruşturmayı başlatıp başlatmamak gibi bir takdiri yetkileri de yoktur. Kışkırtıcı ajan, kışkırtılan ayırımı yapamazlar. Vabres’in görüşleri için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 27.

Kışkırtıcı ajanın faaliyeti, aynı yasadışı fiili sayısız defa işleyen kimsenin ortaya çıkartılması için bir kez daha bu fiilin işlemesine olanak yaratılması sınırlarını aşıyorsa, kışkırtıcı ajan suça manevi veya maddi şekilde iştirak eden olarak cezalandırılır. Örneğin, “güvenlikten sorumlu bir polis memurunun, bir fahişenin suçüstü yakalanmasını sağlamak amacıyla, kamusal alanda uygunsuz cinsel davranışlar gerçekleştirmesi halinde” cezalandırılması gerekir. *Manzini*’ye göre müşterek failin ihbar etme amacının olması, onun kışkırtıcı ajan olarak değerlendirme kapsamına alınması ve cezalandırılmaması sonucunu doğurmaz. Suçla mücadele aracı olarak, suç işlemek yasal hale getirilemez³⁶.

Suçta katılmada, iradenin varlığını belirlemek bakımından önemli olan husus, başkasının suç oluşturan fiiline katkıda bulunma iradesinin var olup olmadığıdır. Kışkırtıcı ajan, amacı ne olursa olsun, kışkırtılanın suç oluşturan fiili işlemesini, hiç olmazsa buna teşebbüs etmesini istemekte ve bu şekilde suça katılma iradesine sahip bulunmaktadır³⁷.

1.6. Suçun Varlığı (Aynı Suç)

Bu nitelik de, kışkırtıcı ajanın katıldığı fiiller bakımından vardır. Nitekim asıl fail tarafından, kışkırtıcı davranışın yönlendirmesi sonucunda işlenmiş olan fiilin gerçekleşmesini, kışkırtıcı ajan da kendi amacına ulaşabilmek adına ister. Kışkırtıcı ajan, kışkırttığı suçun işlenmesi sayesinde, kışkırtılanın cezalandırılmasını sağlamayı amaçlar. Kışkırtıcı ajanın amacının farklı olması suça başka bir nitelik kazandırmaz³⁸.

1.7. Kışkırtıcı Ajan Hareketinin Nedensel Değeri

Kışkırtıcı ajanın ortaya koyduğu davranışın, suç bakımından etkili olması gerekir. Suçun ortaya çıkması bakımından nedensel etkisi olmayan davranışların katılma ve dolayısıyla da kışkırtma kapsamında değerlendirilmeleri olanaklı değildir. Bir kimsenin davranışı suçun işlenmesinde hiçbir şekilde etkili olmamışsa, bu

³⁶ Manzini, **a.g.e.**, s. 324.

³⁷ Ersoy, **a.g.m.**, s. 37.

³⁸ Delogu, **a.g.m.**, s. 22-23; Ersoy, **a.g.m.**, s. 37.

davranışın kışkırtma olarak değerlendirilmesi olanaklı değildir. Kışkırtma faaliyeti, suça yöneltilen kişinin icra hareketlerinin başlamasına yol açmışsa etkili bir hareketten söz edilebilir. Ajanın kışkırtması olmadan fiilin işleneceği hallerde etkili bir kışkırtmadan söz edilemez³⁹.

1.8. İştirakin Biçimi

Manevi katılma durumunda süje, suçun gerçekleşmesini azmettirdiği veya teşvik ettiği kişilerin aracılığıyla sağlamaktadır. Bu yüzden azmettirilen veya teşvik edilen tarafından gerçekleşmiş neticenin, azmettiren ya da teşvik edenin neticeye yönelik iradelerini kapsayıp kapsamadığının araştırılması gerekir. Diğer taraftan, kışkırtıcı ajanın suça yönelik katkısını maddi olarak ortaya koyduğu olasılıklarda sonuca ilişkin katkısını doğrudan koyduğundan, iradesinin neye yönelik olduğunun belirlenmesine gereksinim yoktur. Ancak maddi katılmanın olduğu her durumda da kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğu olduğundan söz etmek olanaklı değildir⁴⁰. Her iki varsayımın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Kışkırtıcı faaliyet tek başına cezalandırılabilir bir teşebbüs olarak değerlendirilemez.

1.8.1. Kışkırtıcı Ajanın Manevi Şerik Olması Durumu

Özellikle İkinci Dünya Savaşı yıllarına kadar kışkırtıcı ajan kavramı sadece suça iştirak bahsi bağlamında ve manevi katılanın rolünü yerine getiren kimse olarak tartışılmıştır. Bir anlamda sübjektif unsur başlığı altında, kendine özgü bir manevi katılan olarak karakterize edilmiştir. Kışkırtıcı ajan, bir başkasını suç işlemeye yönlendirirken gerçekte sadece teşebbüsü istemektedir.

O halde bu varsayım bakımından kışkırtıcı ajan manevi olarak suça katıldır ve cezai sorumluluğunun olup olmadığı belirsizdir. Asıl fail tarafından ortaya çıkarılmış sonucun, kışkırtanın iradesine uygun olup olmadığının araştırılması gerekir. Bu nokta üzerinde söz konusu olan kaygılar, aslında manevi katılmanın kendine özgü yapısından kaynaklanmaktadır. Fiil ile kast arasında söz konusu olan genel ilkeler, manevi katılanın

³⁹ Ersoy, **a.g.m.**, s. 37; Dönmezer-Erman, **C.İI** s. 535.

⁴⁰ Salama, **a.g.e.**, s. 68. Aksi görüş için bkz. Delogu , **a.g.m.**, s. 26.

kastı bakımından geçerli olsalar da⁴¹, manevi katılmanın kendine özgü bir yapısı vardır. Manevi katılan, gerek objektif yapı (maddi nedensellik) gerekse subjektif yapı bakımından (manevi katılanın kastı), suçun icrası açısından doğrudan belirleyici etkisi olmayan katılandır⁴². Manevi katılanın, gerek azmettiren gerek teşvik eden olarak yapılmasını istediği davranış, başka bir süje tarafından gerçekleştirilecektir. Netice, manevi katılanın istediği şekilde gerçekleşmemiş olabilir. Kullanılan araç, davranışın ortaya konuluş biçimi, davranışın gerçekleştiği zaman ve yer, manevi şerikin iradesiyle tam olarak uyumlu olmayabilir. Her şey bir yana, manevi iştirakin muhatabı bir “robot” değildir. Yani manevi katılanın her türlü talimatını detaylı bir şekilde kayıt altına alacak ve söz konusu talimatı otomatik olarak yerine getirecek olan değildir. Veyahut fiili gerçekleştiren şerik, fiilin icrası sırasında karşılaştığı bazı engellerden dolayı davranış biçimini değiştirmiş olabilir. Bu noktada manevi katılanın kastını belirlemek için geniş perspektifli bir bakışa gereksinim vardır⁴³.

Suçta manevi olarak katılanın, ortaya çıkan neticeden sorumlu olmaması için, nedensel olarak iradesiyle bağlantılandırılmayacak neticelerin ortaya çıkmış olması gerekir. Ortaya kararlaştırıldan farklı bir suçun çıkmış olması halinde, eğer söz konusu suçun kararlaştırılan davranışın öngörülebilir gelişiminin sonucu olduğunda bir tereddüt yoksa, bütün katılanlar gerçekleşen neticeden sorumlu olacaklardır⁴⁴.

Davranışın, kararlaştırılan sınırlar içerisinde kalması halinde, manevi katılanın da meydana çıkan neticeden sorumlu olacağı kabul edilecek olursa, manevi şerik olarak suça katılan kışkırtıcı ajanın da sorumlu olması gerekecektir. Yani, ortaya çıkan neticenin tam olarak manevi şerikin yönlendirmesine uyumlu olmaması halinde dahi cezai sorumluluktan bahsetmek olanaklıysa, aynı şekilde suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde kışkırtıcı ajanın niçin cezalandırılmaması gerektiğini anlamak zordur.

⁴¹ Marcello Gallo, **Lineamenti di una Teoria sul Concorso di Persone nel Reato** (Milano: Giuffrè Editore, 1957), s. 99.

⁴² Gallo, **a.g.e.** s. 100.

⁴³ Manevi şerikin kastının tespiti bakımından, olası kastının varlığının tespitinin yapılabilmesi yeterli görülmektedir. Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 357, dnp. 70.

⁴⁴ Klasik okula mensup ceza hukukçularının söz konusu görüşü hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. Mantovani, **a.g.e.**, s. 558 vd. Klasik okul görüşünün, TCK bakımından da esas alınması gerektiği yaklaşımı için Bkz. Toroslu, **Genel Kısım**, s. 298.

Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse kışkırtıcı ajanın, asıl failin bir “eksikliğinden”, “beceriksizliğinden” dolayı suçu tamamlayamadığı halde ortaya çıkmış olan teşebbüsten dolayı niçin cezalandırılmaması gerektiği anlaşılamaz⁴⁵. Nitekim failin davranışı kışkırtıcı ajan olan manevi şerikin iradesi doğrultusunda ortaya çıkmıştır. Diğer taraftan suça teşebbüs, sadece suç bakımından “tamamlanmamayı” ifade etmez. Bu anlamda teşebbüste failin, sadece zarardan dolayı değil aynı zamanda, korunan hukuki şeyi tehlikeye koyma⁴⁶ nedeniyle de kastından dolayı cezalandırılması gerekir.

Sonuç olarak teşebbüs bakımından iki olasılık karşımıza çıkar: Bunlardan ilkinde, kışkırtıcı ajan, failin davranışının teşebbüs eşiğine gelmesini dahi istememiş ve kışkırtılanın davranışı da teşebbüs aşamasına gelmemişse, kışkırtıcı ajana ceza verilmemesi gerekir. Kışkırtıcı ajan sadece, kışkırtılanın cezalandırılmasını sağlamak üzere, durumunu ortaya koymuş olacaktır. Ancak kışkırtılanın, kışkırtıcı ajanın cezalandırılmamasına rağmen, hangi gerekçelerle cezalandırılabilceği anlaşılabılır değildir. İkinci olasılıktaysa, kışkırtıcı ajan, fiilin teşebbüs aşamasında kalmasını istemiştir. Amacı kışkırtılanın cezalandırılabilmesi noktasında söz konusu olabilecek bütün kuşku ortadan kaldırmaktır. Bu amacı gerçekleştirmek üzere kışkırtıcı ajan, “minimum tehlikeyi göze alarak” harekete geçer. Ancak bu halde de kışkırtıcı ajanın niçin cezaî sorumluluğunun olmaması gerektiği gerekçesini anlamak zordur. Nitekim ayrıca sübjektif unsur bakımından da, kışkırtıcı ajanda, “tehlike kastı” bulunmaktadır⁴⁷.

1.8.2. Kışkırtıcı Ajanın Maddi Şerik Olması Durumu

İkinci varsayımda ise durum değişmektedir. Kışkırtanın asıl fail veya müşterek fail olması durumunda, işlenen suçtan kural olarak sorumlu olması gerekir. Zira tipik fiili gerçekleştirmiştir. Bu tespitten çıkacak sonuç, kışkırtıcı ajan bakımından cezai

⁴⁵ De Maglie, **a.g.e.**, s. 358.

⁴⁶ Söz konusu yaklaşımın teşebbüsün cezalandırılması nedeni olarak objektif teorilerden esinlendiği açıktır: Ceza hukuku, kişinin dış dünyada ortaya çıkan davranışı ve bunun etkilerini devlet gücünün yaptırımlarıyla düzenler. Kişinin hareketine yol açmış olan ahlaki nedenlerle ilgilenmez. Ceza hukukunun amacı, failin diğer bireylere zarar veren veya onları tehlikeye sokan somut eylemi nedeniyle cezalandırılmasıdır. Teşebbüs bakımından da esas alınması lazım gelen husus, objektif olarak davranışın kendisidir. Bkz. Sözüer, **a.g.e.**, s. 122.

⁴⁷ Nitekim İtalyan öğretisi, basit bir tehlikeli durumun yaratılmasıyla suçun meydana gelmesine yönelik kastı, tehlike kastı (dolo di pericolo) olarak adlandırır. Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 358.

sorumluluğun kışkırtanın asıl veya müşterek fail olması halinde söz konusu olabileceğidir. Kışkırtanın teşvik eden veya yardımcı fail olduğu durumlarda, cezai sorumluluğundan söz etmek mümkün olmayabilir. Kışkırtıcı ajanın maddi şerik olmasına rağmen cezasız kalabilmesi için kışkırtıcı ajan, failde suç işleme kararının doğmasına neden olmamalı ve kışkırtılan suç bakımından ortaya koymuş olduğu katkı ihmal edilebilir düzeyde kalmalı, bir anlamda suçun işlenmesi bakımından sadece fırsat yaratmış olmalıdır⁴⁸.

1.9. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi Nitelikli Hali Bakımından Kışkırtıcı Ajanın Dikkate Alınması Sorunu

Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi bazı suçlar bakımından nitelikli hal sayılmıştır (TCK örneğin, tehdit suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesini m. 106/2-c’de, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesini, m. 109/2-b’de, yağma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesini m. 149/1-c’de nitelikli hal olarak saymıştır⁴⁹). O halde, suça birden fazla kişinin katılması genel bir ağırlaştırıcı neden değildir⁵⁰. Suça katılanlardan birinin kışkırtıcı ajan olması durumunda, söz konusu katılımın, birden

⁴⁸ Salama, **a.g.e.**, s. 69.

⁴⁹ 765 sayılı Kanun zamanında Yargıtay eski kararlarında, bu nitelikli halin uygulanması için birlikte işleme koşulu aramamaktaydı. “Faillerden birisine iş bölümünde kapı önünde gözcülük vazifesinin düşmesi suçluyu hemfiil olmak ve müttahiden suç işlemek mevkiinden uzaklaştırmaz; 497. madde ile tecziye yerindedir. 1938 tarihli karar için bkz. Sulhi Dönmezer, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler** (İstanbul: B. 14, Beta Yayınevi, 1995), s. 356. Nispeten yeni sayılacak kararlarında nitelikli halin uygulanması için ister müşterek isterse yardımcı fail olsun suça katılmış olmakla birlikte suç yerinde bulunmayı aramıştır; “YCGK’nın 23.1.1967 gün ve 37/10 sayılı kararında da açıklandığı üzere, ikiden fazla kimselerin işledikleri hırsızlık suçlarında, ilgili maddelerin son fıkralarının haklarında TCY’nın 64/1.maddesi uygulanabilen maddi-asli faillerle, fiile fer’an iştirak etmiş olmakla birlikte suçun işlenmesi sırasında olay mahallinde bizzat bulunan şeriklere uygulanabileceği benimsenmektedir. Halbuki sanıklar olay sırasında olay mahallinde bulunmamışlar, 50 metre uzaklıktaki Behzat’ın evinde beklemişlerdir. O halde hırsızlık suçunu ortaklaşa işlemeyi kararlaştıran, ancak suçun işlenmesi sırasında suç mahallinde bulunmayan sanıklar Behzat ve Ahmet haklarında TCY’nın 493/son fıkrası ile uygulama yapılması isabetsizdir.” (CGK., E. 1989/6-296, K. 1989/354, T. 20.11.1989, Kazancı.)

⁵⁰ Erem, iştirakin genel bir ağırlaştırıcı neden olması gerektiğini savunmaktadır. İştirak halinde suç daha kolay işlenecek, mağdurun direnci daha kolay kırılacak, suç için dahi olsa birleşme gücü doğuracaktır. Bkz. Faruk Erem, **Türk Ceza Kanunu Şerhi, Genel Hükümler**, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1993), s. 535. Erman’a göre bir suça beş veya daha fazla kişinin iştirak etmesi durumunda her birine verilecek ceza altıda birden yarısına kadar artırılmalıdır. Sahir Erman, “Suç Genel Teorisine İlişkin Bazı Meseleler”, **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu -22-26 Mart 1976-**(İstanbul: Sermet Matbaası, 1977), s. 65.

fazla kişi hesabında dikkate alınıp alınmayacağı hususu öğretide tartıřılmıştır⁵¹. Kışkırtıcı ajan, kişi çokluğu nitelikli hali bakımından dikkate alınacak mıdır?

Kışkırtıcı ajan müdahalesinin, kışkırtılan tarafından ortaya konulan hareketi elverişsiz kılması veya maddi konunun bulunmaması sonucunu doğurması halinde işlenemez bir suç tespitinin yapılması durumunda tüm şerikler bakımından bir suçun bulunduğundan bahsetmek olanaklı değildir. Söz konusu nitelikli halin uygulanabilmesi için kışkırtıcı ajanın müdahalesinin gerek hareket gerekse konu bakımından elverişliliğe bir tesirinin bulunmadığının öncelikle kabulü gerekir. Başka bir şekilde ifade edilecek olursa ortada işlenemez bir suç varsa, doğal olarak kışkırtıcı ajanın kişi sayısının cezayı artıran bir neden olarak dikkate alınması da olanaklı değildir⁵².

Kışkırtıcı ajan varlığının, bir suça katılanların sayısı bakımından etkisinin olup olmadığına yönelik soru, katılan olarak kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğu tamdır denmesi halinde sorunsuz bir şekilde yanıtlandırılabilir. Suça maddi veya manevi şekilde katılanın kışkırtıcı ajan olmasının, onun cezai sorumluluğu bakımından diğer katılanlardan farklı şekilde değerlendirilmesine yol açmaz tespiti, doğal olarak kışkırtıcı ajanın, suçun nitelikli hale gelmesi bakımından gerekli sayıyı tamamlamak noktasında etkisinin olumlu olacağı tespitini de beraberinde getirebilir⁵³. Başka bir söyleyişle kışkırtıcı ajanının varlığı, suçun nitelikli hale gelmesi bakımından yapılacak hesaba katılır.

Ancak, sorunun çözümünün kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun olmadığı görüşleri doğrultusunda aranması halinde birbirine zıt iki farklı yaklaşım ortaya çıkmaktadır.

Bunlardan ilki, kışkırtıcı ajanın suçun nitelikli hale gelmesi bakımından gerekli sayıyı tamamlamak noktasında etkisinin olmayacağını savunur. Bu görüş savunucularına göre kışkırtıcı ajan, suçun nitelikli hale gelmesi bakımından yapılacak

⁵¹ Alacakaptan, **a.g.e.**, s. 99; Salama, **a.g.e.**, s. 56.

⁵² Salama, **a.g.e.**, s. 56.

⁵³ Aynı, s. 57.

hesaba katılmamalıdır. Zira kışkırtıcı ajan, ya hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olan kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninden⁵⁴ ya da suçun tamamlanmasına yönelik kastının bulunmamasından ötürü cezalandırılmayacak olan kimsedir. Cezalandırılmayacak olan kışkırtıcı ajanın, suçla ulaşılmak istenen her neyse onun karşısı bir şekilde suça katılması halinde, suçun nitelikli hale gelmesi bakımından yapılacak hesaba katılmaması uygun olur. Nitekim kışkırtıcı ajan, fiile katılan olarak değerlendirilemez. Kışkırtıcı ajan hareketini, neticenin ortaya çıkmamasını sağlamak üzere ortaya koyan kimsedir⁵⁵.

İkinci yaklaşımsa kışkırtıcı ajanın varlığının, suça katılanların sayısı bakımından yapılacak olan hesaba katılması gerektiğini savunur. Bu yaklaşımın savunucularına göre, yasa koyucular, suça katılanların sayısını cezayı artıran bir neden olarak belirlerken yukarıdaki olasılıkları da gözetmişlerdir. Önemli olan maddi olarak suça katılanların sayısıdır. Suça katılanlardan bazılarının cezalandırılmamalarının, diğer katılanlar bakımından bir etkisi olmayacaktır⁵⁶. Nitekim bir kimsenin fail olması aynı zamanda onun cezai sorumluluğunun da olacağı anlamına gelmez.

Suçta katılanlardan birisinin cezalandırılmaması durumunda da, onun işlenen suça diğer şeriklerle birlikte katılmış olması, toplumsal bakımdan suçun yaratmış olduğu ‘kaygı’yı ve suçun işlenmesiyle mağdurda olduğu varsayılan korkuyu artıracaktır. Diğer yandan suç daha kolay işlenebilir hale gelecektir. Aynı zamanda, suça katılanların çokluğu, her bir katılanın cesaretlerinde ve suç işleme kapasitesinde çoğalmaya da yol açacaktır. Ayrıca suça katılanların sayısı bakımından yapılacak hesapta, kışkırtıcı ajanın suça manevi veya maddi olarak katılmış olmasının önemi yoktur⁵⁷.

⁵⁴ Manzini, **a.g.m.**, s. 31.

⁵⁵ Salama, **a.g.e.**, s. 57.

⁵⁶ Pannain ve Feroci'nin görüşleri için bkz. Salama, **a.g.e.**, s. 57.

⁵⁷ Nitekim, İtalyan Yüksek Mahkemesi 1953 yılında vermiş olduğu bir kararda, hırsızlık suçunun nitelikli hale gelmesi bakımından yaptığı hesaba kışkırtıcı ajanı dahil etmiştir. İtalyan Yüksek Mahkemesinin 30 Mart 1953 tarihli kararı için bkz. Salama, **a.g.e.**, s. 58, dpn. 54.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu düzenleyen TCK m. 109'un gerekçesine göre; -suça katılanlarının sayısının nitelikli hal olarak kabul edilmesi için-, suçun icra hareketlerinin birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi gerekir. Suçun işlenişi açısından müşterek faillik durumunun varlığı halinde, bu nitelikli unsur oluşur. Ancak, suçun icra hareketlerinin bir kişi tarafından gerçekleştirilmesine karşılık, diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olması halinde ise cezanın artırılmaması gerekir. Aynı şekilde yağma suçunun gerekçesine göre de, yağma suçunun iştirak halinde işlenmesine rağmen, müşterek faillik ilişkisinin bulunmadığı durumlarda, örneğin diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olması hallerinde, birden fazla kişinin birlikte suçu gerçekleştirdiğinden söz edilemez ve dolayısıyla cezada artırma yapılamaz. Bu durumda kışkırtıcı ajanın azmettiren veya yardım eden olarak suça iştirak etmesi halinde de söz konusu nitelikli hal uygulanmayacaktır. Kural olarak kışkırtıcı ajanın ortaya koyduğu davranış ikincil niteliktedir, yani suç tanımında gösterilen hareketi kışkırtıcı ajanın yapmaması gerekir. Ancak, kışkırtıcı ajanın, istisnaen olsa da, işlenen suça birlikte fail olarak katılması olasılığında ise söz konusu nitelikli halin uygulanması gerekir⁵⁸. Zira bu nitelikli halin uygulanma nedeni, kışkırtıcıyı harekete geçiren nedenden tamamen bağımsız bir şekilde, mağdurda ortaya çıkan korkunun fail çokluğundan dolayı artmış olmasıdır. Diğer taraftan, suçun işlenmesine yardımcı olan kışkırtıcı ajan, suçun işlenişi üzerinde hâkimiyet kurmuşsa, TCK m. 37 kapsamında fiili gerçekleştiren fail olarak kabul edilmeli ve suçların birden fazla kişi tarafından işlenmesi nitelikli hali bu durumda da uygulanmalıdır.

1.10. Kışkırtılanın Fiilinde Cezayı Etkileyen Halin⁵⁹ veya Cezasızlık

Nedeninin Bulunması

Bazı durumlarda, suça kışkırtılan bakımından, cezasızlık nedeninin ve cezayı ağırlatıcı, hafifletici veya cezayı kaldıracı bir nedenin bulunup bulunmadığının belirlenmesi, kışkırtıcı ajanın da cezai sorumluluğunun olup olmayacağının tespit edilebilmesi bakımından önemlidir. TCK m. 40/1'e göre, suça iştirak için kasten ve

⁵⁸ Bu durum, Eski TCK'da zorunlu yardımcı faillik olarak tanımlanmıştı. Yardımcı failin iştiraki bulunmaksızın suçun işlenmesinin olanaklı olamayacağı hallerde, o failin cezasının indirilemeyeceği öngörülmekteydi. Bkz. Centel-Zafer-Çakmut, **a.g.e.**, s. 534.

⁵⁹ "Ceza sorumluluğunu etkileyen hal denilince, suçun vasfını değiştirmeyip, adeta suçun niteliğine etkili olan, daha çok veya daha az ağır sayılmasını gerektiren ve unsurların dışında kalan sebepleri anlamalıdır." Dönmezer- Erman, **C. II**, s. 544.

hukuka aykırı bir fiilin işlenmiş olması yeterlidir. Suçun işlenmesine iştirak eden her kişi diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır. Bu halde, kışkırtılanın fiilini hukuka uygun hale getiren bir neden varsa, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun olup olmadığının tartışmasının yapılmasına gerek yoktur. Ortada, bir hukuka uygunluk nedeni varsa, kışkırtıcı ajan da bu durumdan yararlanmalıdır. Zira suça katılmanın işlenen fiili bakımından ikincil bir yönü vardır⁶⁰. Ancak cezaya etki eden kişisel nedenlerin kışkırtan bakımından etkili olamayacağı açıktır. Yani kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğu tartışmasının yapılabilmesi için kışkırtılanın cezalandırılabilir olması zorunlu değildir. Kışkırtılanın, kışkırtma sonucunda hukuka aykırı bir davranışı ortaya koyması ve buna rağmen örneğin kişisel cezasızlık nedeninden dolayı cezalandırılmaması durumunda da, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğu tartışmasının ayrıca yapılabilmesi gerekir.

Diğer taraftan asıl failin işlediği suçun mefruz suç veya işlenemez suç kapsamında olması halinde, kışkırtıcı ajan bakımından cezai sorumluluk tartışması yapılamayacağı ise açıktır⁶¹.

1.11. Kışkırtıcı Ajana İştiraki Düzenleyen Kurallar İçerisinde Yer Verilmelidir

“Erman yaklaşımı” olarak da adlandırılabilir görüşe göre, kışkırtıcı ajana iştiraki düzenleyen kurallar içerisinde yer verilmelidir. Bu anlamda ceza kanunu şeriklik konusunda ikilik sisteminden, yani asıl fail ve yardımcı fer’i ayrımından vazgeçmelidir.⁶²Erman’a göre; kışkırtıcı ajana yer veren iştirak maddesi şu şekilde olmalıdır:

“Bir kimseyi belirli bir suçun işlenmesine azmettirenle, bu suçun işlenmesi açısından birinci derece önemli hareketleri yapanlar asli fail sayılır ve suçun tam

⁶⁰ Salama, **a.g.e.**, s. 72.

⁶¹ **Aynı**, s. 73.

⁶² İkilik sisteminin sakıncaları hakkında bkz. Erman, **a.g.m.**, s. 63-64.

cezası ile cezalandırılırlar. Azmettirilen kimsenin suçun icrasına başlamaması halinde azmettiren kimsenin cezası altıda birine kadar indirilir.

Azmettiren kimsenin suçun işlenmesinde kişisel bir menfaatinin bulunması, cezanın kanunen indirilmesine yol açmaz.

Başkasını suçun icrasına başlamasından sonra, fakat netice gerçekleşmezden önce yakalatmak maksadı ile başka türlü işlemeyeceği bir suça azmettiren kişi, işlenmesi söz konusu olan suçun yarı cezası ile cezalandırılır”⁶³.

1950 tarihli Yunan Ceza Kanunu’na göre, Erman’ın önerisine çok benzer şekilde kışkırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olduğu hallerde, iştirak nedeniyle ceza yarı oranında indirilerek verilir (Yunan Ceza Kanunu m. 46/2: *“Her kim, bir diğerini hazırlık veya teşebbüs aşamasında yakalanarak cezalandırılmasını sağlamak üzere suça kasten yönlendirirse, suç failinin aldığı cezanın yarısı ile cezalandırılır”*).

Buna karşılık 1961 tarihli Polonya Ceza Kanunu’nun 21. maddesinin 3. fıkrası, *“her kim bir diğerinin cezalandırılmasını sağlamak üzere suça yönlendirirse, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanamaz, işlediği suçun cezası ile cezalandırılır”*, şeklindedir⁶⁴.

Bize göre, kışkırtıcı ajan konusunda yasa koyucunun iradesi ister kışkırtıcı ajanın cezalandırılması isterse cezasız bırakılması yönünde olsun, figürün yasal tarifinin mutlaka yapılması ve söz konusu düzenlenmenin iştiraki düzenleyen kurallar içerisinde yer alması gerekir.

⁶³ Aynı, s. 64.

⁶⁴ Söz konusu örnekler için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 425-426.

2. KİŞKİRTİCİ AJAN ve ÇOK FAİLLİ SUÇ

2.1. Genel Olarak

Özellikle 1960'lı yıllardan itibaren kışkırtıcı ajan kavramı, tek tek olasılıklar üzerinden tartışıldı. Bu ayrıştırma, çok failli suçlar üst başlığında, *fictus emptor* ve *finta vittima* figürü bağlamında⁶⁵, sözleşme suçları kapsamında yapıldı.

Kışkırtıcı ajan, çok failli suçlar kapsamına giren suçlar bakımından yaygın bir uygulama alanına sahiptir⁶⁶. Kışkırtıcı ajanın suçun işlenmesine müdahalede bulunması veya kolluk kuvvetlerinin suçun işlenmesine yönelik yapmış olduğu hazırlık, ceza hukuku anlamında fiilin objektif yapısını etkiler. Bu durumda söz konusu fiil ceza hukuku anlamında değersiz hale gelebilir⁶⁷.

Çok failli suçlar bakımından birden çok sayıda aktif süjenin bulunması yasal bir zorunluluktur. Nitekim çok failli suçta yer alan kişiler suça iştirak eden veya fiile ortak olan kişiler değil bizzat suçun failleri durumundadırlar. Bu anlamda fail çokluğu kurucu niteliktedir⁶⁸. Böyle bir halde kışkırtıcı ajanın müdahalesi suçun tamamlanması bakımından bir tereddüt yaratır. Örneğin suç işlemek için örgüt kurmak suçunun oluşabilmesi için en az üç veya daha fazla kişinin birleşmesi gerekir. Eğer söz konusu kişilerden birisi kışkırtıcı ajansa, başka bir söyleyişle yasal sınır kışkırtıcı ajanın varlığıyla tamam oluyorsa, örgüt kurmak bakımından en az üç kişinin bulunması koşulunun yerine getirilmesi koşulu tartışmalı hale gelecektir⁶⁹.

Çok failli suçlarda muhtemel iştirakin gerçekleşeceği konusunda öğretide bir görüş ayrılığı yoktur⁷⁰. Bu anlamda kışkırtıcı ajan çok failli suça şerik olarak katılabilir.

⁶⁵ Bu konunun işlenemez suçla bağlantısı, “ teşebbüs ve işlenemez suç” başlığında incelenmiştir. Bkz. a.ş.a. s. 151 vd.

⁶⁶ Vignale, **a.g.m.**, s. 61.

⁶⁷ **Aym**, s. 58.

⁶⁸ Türkan Yalçın Sancar, **Çok Failli Suçlar** (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1998), s. 53.

⁶⁹ Öğretinin ağırlıklı bölümünce savunulan görüş için bkz. Vignale, **a.g.m.**, s. 61.

⁷⁰ Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s. 230.

Kışkırtıcı ajan, suça şerik olarak katılmasına rağmen, daha sonra çok failli suçun tipik hareketini gerçekleştirirse, artık çok failli suça iştirak eden değil, o suçun faili haline gelir.

Bir kısım öğretiyeye göre; çok failli suçlar bakımından, faillerden birinin kışkırtıcı ajan olması halinde, yani ortaklardan birinin polis memuru veya suça katılıyormuş gibi davranan bir kişi olması halinde, suçun varlığı kabul edilmemeli ve taraflar arasında yapılmış olan anlaşma geçersiz olmalıdır. Faillerin hareketleri aynı amaç etrafında birleşmiş değildir. Faillerden birisi, ortak amacın gerçekleşebilmesi için, diğer faille birleşmesi şöyle dursun, karşıt bir faaliyet içerisinde bulunması, çok failli suçun oluşmasına engel olacaktır⁷¹. Bu suç kategorisi bakımından kışkırtıcı ajanın müdahalesinin mutlaka elverişsizlik sonucunu yaratacağı kabul edilmelidir.

İddialı olduğu kabul edilen bu yaklaşım, gerekçesini suçun özel yapısından çıkarmaktadır. Buna göre suç işlemek üzere oluşturulmuş bir organizasyonda kışkırtıcı ajanın varlığı, suçun maddi unsuru bakımından dahi herhangi bir sonucun doğabilme olasılığını azaltacaktır. O halde cezalandırılabilir bir teşebbüsten dahi söz etmek olanaklı olmayacaktır⁷². Nitekim çok failli suçlarda cezalandırma için her bir fail belirli bir hareket yapmak zorundadır. Bu hareketin de diğer faillerin hareketleriyle objektif ve sübjektif bağlantı içerisinde olması gerekir. Çok failli suçta muhtelif hareket, karşılıklı olarak muhtelif faillerin cezalandırılmaları bakımından şarttır⁷³.

Ancak, çok failli suçlarda hareketin cezalandırılabilirliğinden anlatılmak istenen, soyut cezalandırılabilirliktir. Zira tipikliği belirlerken, somut olayda failin cezalandırılabilirliğine değil, soyut cezalandırılabilirliğe bakılacaktır. Bu anlamda soyut olarak cezalandırılabilen fail, somut olayda bir takım nedenlerden ötürü cezalandırılmıyorsa, bu durum, o suçun çok failli suç olmasını engellemez⁷⁴.

⁷¹ Bkz. Alacakaptan **a.g.e.**, s. 106.

⁷² Guido Neppi Modona, **Il Reato Impossibile** (Milano: Giuffrè Editore, 1965), s. 161.

⁷³ Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s. 60.

⁷⁴ Petrocelli ve Pisapia'nın görüşleri için bkz. Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s. 62-63.

Birçok farklı biçimi ve yorumu olan çok failli suçları, iki taraflı çok failli suçların alt başlıklarında incelemeyi uygun gördük. Özellikle anlaşma suçları kapsamında yer alan, sözleşme suçları, örgüt suçları ve heterojen hareketli karşılaşma suçları kışkırtıcı ajanın fail olarak sıklıkla yer aldığı suç kategorileridir.

2.2. Suç işlemek Amacıyla Örgüt Kurma veya Kurulu Örgüte Üye Olma Suçu

TCK'nın 220. maddesinin 1. fıkrasına göre; “*Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması hâlinde*”, cezalandırılır. “*Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir*”, maddenin ikinci fıkrasına göre ise “suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olanlar... cezalandırılır”.

Özünde birden çok iradenin uyuşmasını barındıran örgüt suçları, anlaşma suçlarının bir alt türüdür. Bu suçta karşılıklı olarak iradelerin açıklanması ve uyuşmasıyla suç oluşmaktadır. Suç örgütü, belirli bir organizasyon ve işbirliği dahilinde davranan kişilerden oluşur⁷⁵. O halde örgüt kurma suçunun gerçekleşmesi için üç veya daha fazla sayıda kişinin anlaşmış olmaları yeterli değildir, minimum düzeyde de olsa bir organizasyonun varlığı gerekir. Söz konusu organizasyon, bir işbölümüdür. Organizasyon, örgütün belirli bir suçu veya suçları işlemek hususunda geliştirdikleri inisiyatifidir. İşte bu yüzden aslında hazırlık hareketi olan, örgüt kurmaktan ötürü failler cezalandırılır. Diğer taraftan, suç işlemek için örgüt oluşturmak kamu barışı yönünden bir tehlike durumu oluşturur. Bu hükmün konulmasındaki amaç gelecekte işlenebilecek suçları önlemektir⁷⁶.

Suç işlemek için örgüt kurma suçundan söz edebilmek için, üç veya daha fazla kişinin birleşmesi, yani en az üç kişinin suça katılması gerekir. Öğretinin ağırlıklı bir

⁷⁵ Örgütlü suçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sancar , **Çok Failli Suçlar**, s. 137 vd.

⁷⁶ Toroslu, **Özel Kısım**, s. 260.

kısmı bu sayıya isnat edilebilir olmayanların dahil olmadığını savunmasına rağmen⁷⁷ *Antolisei* aksi görüştedir⁷⁸. Ona göre, bir cezasızlık nedeni cezalandırmaya engel olabilir, yoksa cezasızlık nedeninin suç işlemek için örgüt kurma suçunun varlığı bakımından herhangi bir etkisi olmamalıdır. Çünkü tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu bir hareket mevcut olup da, genel unsurların dışında kalan ve yalnız cezalandırmaya engel olan bir durum örgütün varlığına tesir etmez⁷⁹. Çok failli suçlar bakımından, önemli olan faillerin tipik hareketlerinin bulunması gereğidir. Bir failin cezalandırılmamasının diğer failler bakımından aynı etkiyi doğurması kabul edilebilir değildir⁸⁰.

Çok failli suçlarda faillerden birinin isnat yeteneğinin olmamasının, çok failli suçun yapısına etki edip etmeyeceği tartışmasına “örgüt suçu” kapsamında değinmemizin nedeni, kışkırtıcı ajanın örgüt suçunda gerekli olan asgari sayıyı tamamlayan kişi olarak bulunması halinde ne olacağı sorusuna yanıt bulma çabamızdır. *Antolisei*’e göre, isnat yeteneği olmayan bakımından tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu hareket ortaya konulduysa, suçun varlığının kabulü konusunda isnat yeteneğinin olmamasının bir etkisi yoktur. Bu anlamda isnat yeteneği, kusurluluğun veya suçun ön şartı değil, cezalandırılabilmenin ön şartıdır⁸¹.

Sorun bu noktada, kusurlu iradenin tipik, bir anlamda gerçek biçimi olan kast bakımından tartışılmalıdır. Kastın varlığı için iki unsur aranır. Bunlar, suçu oluşturan fiilin önceden bilinmesi ve söz konusu fiilin istenmesidir. Örgüt suçları için söz konusu olan kast, kendisinden başka aynı amacı güden en az iki kişinin daha var olduğunu bilerek bir örgütü kurmak veya böyle bir örgütü yönetmek iradesi olduğuna göre⁸² bu halde, kışkırtıcı ajan dışında kalan failler, kendisinden başka aynı amacı güden iki

⁷⁷ Isnat yeteneği olmayanın hareketi, suçun varlığı için zorunlu olan hareketlerin minimum sayısında yer almaz. Ehliyetsiz kişi, ceza normunu ihlal edemez ve suç için aranan kusurluluğu da gerçekleştiremez. Valiante’nin görüşleri için bkz. Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s. 214.

⁷⁸ Francesco Antolisei, **Manuale di Diritto Penale Parte Speciale-II** (Milano: 12. ed., Giuffrè Editore, 1997), s. 231.

⁷⁹ Antolisei, **Parte Speciale**, s. 232.

⁸⁰ Sancar’ın da katıldığı Grisignini’nin görüşleri için bkz. Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s. 217.

⁸¹ Antolisei, **Parte Generale**, s. 320-321.

⁸² Toroslu, **Özel Kısım**, s. 263; Antolisei, **Parte Speciale**, s. 233.

kişinin var olduğunu bilme konusunda yanılmaktadırlar. Kast, fiilin bulunması ve bulunmaması gereken bütün unsurlarının bilinmesi ve istenmesi olduğuna göre, bilinmesi gereken unsurlardan sadece birinin dahi bilinmemesi veya istenmemesi halinde artık kasttan söz etmek olanaklı değildir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, kışkırtılanlar bakımından, kastın “bilme” unsurundan söz edilemez. Diğer taraftan kışkırtıcı ajan, kastın isteme unsurunun kendisinde bulunmaması nedeniyle kastının olmadığından yahut kışkırtıcı davranışı hukuka uygun kabul edildiğinden cezalandırılmayan kimsedir. Bu halde ise *Antolisei*’in isnat yeteneği olmayanların çok failli suçun faili olabilecekleri bakımından ortaya koyduğu gerekçeler (tipik fiil, hukuka aykırılık ve kusurluluk) kışkırtıcı ajanın örgüt suçunun oluşması noktasında tamamlayan sayı olarak dikkate alınmasına engel olacaktır. Nitekim genel olarak çok failli suçlara, özelde örgüt suçlarına karakter veren husus, faillerin hareketlerinin birbirine bağlı olmalarıdır. Bu anlamda faillerden her birinin diğerinin hareketinden haberdar olması gerekir. Çok failli suçlarda kusurluluk hareketi bilme ve isteme üzerine değil, aynı zamanda kolektif hareketi bilme ve isteme üzerine kurulmuştur. Tüm failler aynı neticeyi gerçekleştirmek istemelidirler⁸³.

Çok failli suçlarda tüm failleri kapsayan ortak bir özel kastın varlığı şarttır. Aksi takdirde suç oluşmaz. Örneğin, üç grevciden birinin amacı sözleşme yapmaksa, ikincinin amacı politik nitelik taşıyorsa ve üçüncü sadece dayanışma amacıyla grev yapıyorsa hiçbirisi bakımından suç oluşmaz. *Valiante*’ye göre, suç işlemek için örgüt kurulması halinde, bu suçun oluşabilmesi için örgüt kuranlarının tümünün doğrudan doğruya veya diğerleri vasıtasıyla yıkıcı hareketleri veya anayasal düzeni tahrip edici vb. bir suçu işlemeyi amaçlamış olmaları gerekir, özel amaca yönelik bilinç mevcut olmalıdır⁸⁴.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu özel kastın arandığı bir suçtur⁸⁵. Kışkırtıcı ajanın oluşuma üçüncü kişi olarak katılması halinde, kendisinde saklı olan

⁸³ Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s. 222.

⁸⁴ Aynı, s. 223.

⁸⁵ Antolisei, **Parte Speciale**, s. 233.

amaç çok farklı olduğundan, diğer iki kişi bakımından da örgüt kurma suçundan bahsedilemez. Bize göre, tüm failleri kapsayan ortak bir özel kastın bulunması koşulu, suçun ortaya çıkması için gerekli olan sayıyı oluşturan failer bakımından söz konusu olmalıdır. Daha önceden kurulmuş bir örgüte kışkırtıcı ajanın katılması veya kuruluş aşamasında en az dört kişinin kurucu olarak bulunduğu bir örgütte, kuruculardan birinin kışkırtıcı ajan olması durumunda da örgüt kurma suçunun varlığını kabul etmek gerekir. Biz, *Valiante*'nin ifade etmiş olduğu örgüt kuranların tümünde ortak amaç bulunması koşulunu aşırı buluyor, fakat aynı zamanda, bu koşulun, sadece asgari sayıyı oluşturan failer bakımından suçun ortaya çıkması noktasında ön şart olarak kabul edilmesinin doğru olduğuna inanıyoruz.

Sonuç olarak, kışkırtıcı ajanın örgüt suçunu tamamlayan sayı olarak yani üçüncü kişi olarak suça katılması halinde örgüt suçunun ortaya çıkması için gerekli olan sayı tamamlanmamış olacağından bize göre örgüt kurma suçundan bahsedilemez⁸⁶. Nitekim meseleyi kavga suçları bakımından ele alan *Giannelli*, kışkırtıcı ajanın kavga suçunda asgari sayıyı tamamlayan kimse olması halinde, artık kavga suçundan değil duruma göre ortaya çıkan suçtan, örneğin yaralama suçundan söz edilebileceği görüşündedir. Elbette, söz konusu üç kişinin örgüt suçu dışında başkaca suç veya suçlar işlemeleri halinde iştirak hükümlerinin işletilmesi gerekir. O halde, kışkırtıcı ajan örgütlü suçlar bakımından sadece kendisinin katılımından önce teşekkül etmiş örgütler içinde faaliyet yürütebilir. Örgütün oluşturulması aşamasında kışkırtıcı ajan faaliyet yürütmek durumundaysa ancak suç tipinde gösterilen asgari sayı olan üç üyenin tamam olmasından sonra, örgütün dördüncü, beşinci kişisi olarak söz konusu suça katılabilir. Örneğin bir suç örgütünün dağıtılmasını sağlamak üzere, bu örgütün içine polis sızabilir⁸⁷. Amirinin emri doğrultusunda faaliyet yürüten kolluk görevlisine herhangi bir

⁸⁶ Fernando Giannelli, "L'Agente Provocatore", *Il Nuovo Diritto*, 1985, s. 569. 765 sayılı Mülga TCK'nın 464. maddesinde düzenlenmiş olan kavga suçunun oluşması için en az kaç kişinin bulunması gerektiği tartışılmalıydı. Özek' e göre karşılıklı ve birbirine karşı hareket eden en az ikişer kişiden oluşan iki ayrı gruba gerek varken, Sancar'a göre kavga suçunun oluşması için en az üç kişinin bulunması gerekir. Bkz. Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s. 167. Ayrıca suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi nitelikli hali bakımından kışkırtıcı ajanın hesaba katılmasının nedeni, sayı çokluğunun "mağdur"da ortaya çıkardığı varsayılan korkudur. Hâlbuki örgüt suçlarında amaç bakımından birlik aranır.

⁸⁷ Dönmezer-Erman'a göre bir polis ajanının, kanun dışı bir kuruluşu ortaya çıkarmak üzere, söz konusu yapıya polis memurunun katılması halinde suça iştirak söz konusu olamaz. Çünkü söz konusu suç işlenmiştir, memur suç işlemekte değildir. Örgütün içine polis memurunun sokulması kışkırtıcı ajan

riskin olmadığı konusunda garanti verilmiş olabilir. Kışkırtıcı ajan vasfında faaliyet yürüten kolluk görevlisinin amacı herhangi bir suçun işlenmesi değil, örgüt üyelerinin yakalanmasının sağlanmasıdır. O halde, kışkırtıcı ajanın suç işlemek kastından söz edilemez⁸⁸. Örgütün tek tek işleyeceği suçlar bakımından ise her somut fiil bakımından durumun incelenmesi gerekir. Örgüte katılan kışkırtıcı ajan pasif bir tutum almış veya suçun işlenmesi bakımından ortaya koyduğu katkı önemsiz/ihtimal edilebilir düzeyde kalmışsa cezalandırılmayacaktır. Gerçek bir katkı ortaya koymuşsa ve fakat ne neticenin ortaya çıkmasını istemiş ne de neticeyi kabul etmiş değilse bu durumda da cezalandırılmayacaktır. Çünkü kışkırtıcı ajanın kastı yoktur⁸⁹.

Örgüt suçları bağlamında bir diğer temas edilebilecek konu da gönüllü vazgeçme hükümlerinin nasıl uygulanacağı konusundadır. Çok failli suçlarda, faillerin her ikisi de ya da asgari sayıdaki faillerin tümü suçun icrasına devam etmekten isteyerek vazgeçtiklerinde, o ana kadar yaptıkları hareketler başkaca bir suç oluşturmuyorsa, hiçbir fail teşebbüsten sorumlu olmaz. Ancak faillerden birisi, suçun icrasından isteyerek vazgeçmişse bu durumda cezalandırmama sadece isteğiyle vazgeçen fail bakımından sınırlıdır⁹⁰. Diğer failler bakımından icraya başlanmıştır ve teşebbüsten dolayı sorumlu olmaları gerekir.

Grispigni, somut fiilde yer alan fail sayısının suç tipinde gösterilenle eşit olması halinde faillerden birinin vazgeçmesi durumunda, vazgeçmenin tüm failler bakımından sonuç doğuracağını savunur. Zira bu halde, çok failli suçun gerçekleşmesi olanaklı değildir⁹¹. *Grispigni* yaklaşımını kışkırtıcı ajanın suça asgari sayıyı tamamlayan olarak

kullanıldığı anlamına gelmez. Bkz. Dönmezer-Erman, **C.II**, s. 535. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Her şeyden önce, TCK'nın 220. maddesinin 2. fıkrası sırf örgüt üyesi olmayı ve 7. fıkrası örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmamakla birlikte örgüte bilerek ve isteyerek yardım etmeyi cezalandırmaktadır. Örgüte üye olmadan en azından yardımda bulunmadan katılmak olanaklı değildir. Sorun zaten bu faaliyetleri yürüten polisin hangi gerekçelerle cezalandırılmayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Diğer taraftan kışkırtıcı ajan faaliyeti ağırlıklı olarak iştirak kalıpları içerisinde söz konusu olsa da, kışkırtma faaliyetinin iştirak dışında da ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir; aynı yönde bkz. Öztürk, **Ceza Muhakemesi**, s. 514.

⁸⁸ Pagliaro, **a.g.e.**, s. 569.

⁸⁹ Mantovani, **a.g.e.**, s. 554; Pagliaro, **a.g.e.**, s. 569.

⁹⁰ Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s. 242.

⁹¹ Sancar'a göre söz konusu durumda diğer failler bakımından teşebbüs söz konusudur. Zira gönüllü vazgeçme, icra hareketlerinin başladığı, ancak bitirilemediği durumlarda söz konusu olur. Gönüllü

katıldığı durumlara uyarlamak olanaklıdır. Biz her ne kadar kışkırtıcı ajanın, asgari sayıyı tamamlayan olarak diğer faillerle birleşmesi durumunda, müşterek amaca yönelik kastın bulunmamasının ortaya çok failli suçun çıkmasını engelleyeceğini ifade etmiş olsak da, bu yaklaşımımızın kabul görmemesi halinde, kışkırtıcının kastının bulunmamasından dolayı değil, TCK m. 36 ve 41 hükümlerince gönüllü vazgeçen olarak cezasız kalması gerektiği kabul edilecek olursa ve kışkırtıcı da suç işlemek için örgüt kurma suçunda asgari sayıyı tamamlayansa, *Grispigni*'nin yaklaşımının bu duruma uyarlanabileceğini düşünüyoruz. Zira böyle bir durumda, kışkırtıcı ajanın gönüllü vazgeçmesi çok failli suçta yer alan tüm failler bakımından sonuç doğuracaktır.

Kanuni tipte öngörülen minimum sayı kışkırtıcının katılımı olmaksızın tamam olduktan sonra kışkırtıcı ajanın örgütlü suçta fail olarak katılması mümkündür. Kışkırtıcı ajan, koşullarının var olması halinde, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır ve cezalandırılmaz. Diğer failler ise, suç işlemek üzere örgüt kurma suçundan dolayı sorumlu olmalıdırlar.

2.3. Sözleşme Suçları

Anlaşma suçlarının⁹² bir türü olan sözleşme suçlarında ortaya konulan hareketlerin cezalandırılabilmesi için açıklanmış iradelerin karşılaşması ve bir sözleşmenin tamamlanması yeterlidir. Ayrıca, sözleşmenin icrası yönünde bir faaliyet gerekli değildir. Söz konusu olan suçlar, bir sözleşmenin yapılmasından ibaret olan suçlardır⁹³. Sözleşme suçlarına tipik örnek olarak TCK m. 165'de düzenlenmiş olan, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu gösterilebilir⁹⁴.

vazgeçen dışındaki failler bakımından suç teşebbüs aşamasında kalmıştır. Bkz. Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s. 243.

⁹² Anlaşma suçlarında faillerin hareketleri işbirliği çerçevesinde ortaya çıkarlar. Anlaşma suçlarını karakterize eden ve diğerlerinden ayıran husus faillerin birbirleriyle aynı ve mutabık nitelik taşıyan iradelerini açıklamış olmalarıdır. Bkz. Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s. 123.

⁹³ **Aynı**, s. 125.

⁹⁴ Sözleşmenin uygulanmasının cezalandırıldığı hallerde, salt sözleşmenin yapılmış olması sadece suça teşebbüs olarak cezalandırılabilir. Örneğin TCK m. 308/3'de ifadesini bulan "düşmanla ticaret" suçunda cezalandırılan fiil bizzat ticaretin yapılmasıdır: Ticaretin yapılmasından önceki bir sözleşme, ticaret yapma suçuna teşebbüs niteliğini taşıyabilir. Bkz. Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s. 127.

2.3.1. Kurmaca Alıcı (Fictus Emptor)⁹⁵

Özellikle 1930’lu yıllardan itibaren, İtalyan uygulaması, açık bir şekilde kışkırtıcı ajandan bahsetti. İtalyan uygulamasının kavrama atıfta bulunması ve öğretinin de onu izlemesiyle birlikte kavramın *fictus emptor* figürü bağlamında ayrıca değerlendirilmesi gerektiği tespiti yapıldı⁹⁶. Karaborsanın, yasadışı uyuşturucu trafiği ve silah ticaretinin artması neticesinde, kolluk görevlisi olan kişilerin alıcı kılığına girerek yasadışı şekilde yürütülen faaliyeti ortaya çıkarmak üzere satın alma faaliyeti yürütmesine *kurmaca alıcı* (fictus emptor veya ficti emptores) adı verildi⁹⁷. Kışkırtıcı faaliyetin değişik biçimlerde ortaya çıkabileceğinin bir göstergesi de kurmaca alıcı vasfına bürünebilmesidir. Bir yandan icra hareketlerinin ortaya çıkması bakımından nedensel katkısını ortaya koyarken diğer yandan sonucun engellenmesini ister⁹⁸. Dönem öğretisi, kurmaca alıcıyı, kışkırtıcı ajan başlığında ele almış olsa da, kavramın kesin yapısını ortaya koyamadı⁹⁹. Dönem öğretisine benzer bir şekilde uygulama da, kurmaca alıcı figürü bakımından yeknesak bir pozisyon alamadı. Ağırlıklı olarak sorunsalın yapısal merkezine, kurmaca alıcının, kışkırtıcı ajandan farkının ne olduğunun belirlenmesi kaygısı oturtulmuştu. Bu figürün hangi davranışlarının cezasız bırakılacağı veya hukuka uygun olarak görülebileceği konusunda uygulama bir çerçeve oluşturamamıştır. Netice olarak, kışkırtıcı ajan kavramı, *Manzini*’nin yaklaşımına uygun

⁹⁵ Kışkırtıcı ajanın kurmaca alıcı olarak faaliyet yürüttüğü suçlar, “sözleşme suçları” başlığında ve ayrıca heterojen hareketli karşılaşma suçları başlığında ayrı ayrı ele alınabilir. Ancak biz konusal bütünlüğü korumak ve kısmen İtalyan öğretisiyle de uyumlu kalabilmek üzere, kurmaca alıcı başlığını, sadece sözleşme suçlarına hasrettik.

⁹⁶ Biz, fictus emptor kavramı yerine “kurmaca alıcı” terimini kullanacağız. Özellikle İkinci Dünya Savaşı yıllarında, savaşa ilişkin yasalaştırma faaliyetleri çerçevesinde, belirli objelerin ticaretini düzenleyen yasaların yürürlüğe girmesiyle (silah ticareti, karaborsanın yasaklanması) birlikte bu yasaların uygulanmasına ilişkin bağlantılı pratik gereksinimler ortaya çıktı. Uygulama söz konusu normların yaratmış olduğu yeni suçlulukla uğraşmak durumunda kaldı. Mücadele tarzı, temel karakteristiğini fictus emptor olan kışkırtıcı ajandan almaktaydı. Ayrıntılar için Bkz. Alfredo De Marsico, “Il Reato Apparente e Apprenza nella Teoria del Reato”, *Studi in Memoria di Arturo Rocco, vol I* (Milano: Giuffrè Editore, 1952), s. 319.

⁹⁷ Kışkırtıcı ajan öğretisi tarafından, ilk olarak politik kışkırtmalar bağlamında tartışılırken, 1930’lu yıllardan itibaren, fictus emptor kavramlaştırmasıyla monotipik bir figüre dönüştü. Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 216. Karaborsanın yaygınlaşması, yasadışı uyuşturucu ve silah satışında yaşanan artış öğretinin de kışkırtıcı ajan figürünü özellikle anlaşma suçları bakımından ele alması sonucunu doğurdu. Bkz. Luigi Scarano, *Il Tentativo*, (Napoli: Libreria Internazionale Treves di Leo Lupi, 1952), s. 214.

⁹⁸ Alfonso Alibrano, “Fictus Emptor: Riflessioni in Tema di Agente Provocatore”, *Rivista Penale*, 1988, s. 35.

⁹⁹ Scarano, **a.g.e.** s. 214.

bir şekilde¹⁰⁰, kurmaca alıcıyı ve hatta suçun gerçekleşmesine hiçbir nedensel katkısı olmayan ama suçla bağlantılı olan davranışları ortaya koyarak bir anlamda suçun oluşması bakımından “fırsat” yaratan görevlilerin faaliyetlerini de kapsar halde tanımlanır oldu¹⁰¹.

Birden çok kimsenin özel hukuk kurallarına göre yapılan bir sözleşme ile suç işlemleri durumunda, söz konusu kişilerden birinin kışkırtıcı ajan olması halinde, bu kimsenin cezai sorumluluğunun ne olacağı öğretide “anlaşma suçları”nın bir alt türü olarak “sözleşme suçları” başlığı altında incelenmiştir¹⁰². Bu suçlarda özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak, suçun tamamlanması için anlaşmanın yapılmış olması yeterli değildir. Yani sözleşmeye yönelik iradenin ortaya konulması, suçun tamamlanmış olması bakımından yetmez. Satın alınan mal üzerindeki fiilî hâkimiyetin alıcıya geçmesi gereklidir. Ancak söz konusu alım satımın gerçekleşmesi için bedel ödenmiş olması zorunlu değildir¹⁰³. Örneğin uyuşturucu alım satımına ilişkin suçlarda cezalandırılmanın söz konusu olabilmesi için faillerin ortaya koymuş oldukları iradeleri başka bir söyleyişle uyuşturucu maddenin alım satımına yönelik olarak anlaşmış olmaları yetmez. Aynı zamanda uyuşturucu maddenin zilyetliğinin el değiştirmiş sayılabilmesi gerekir¹⁰⁴. Halbuki özel hukukta, karşılıklı olarak iradelerin ortaya konulması ile sözleşme tamamlanır, ayrıca ifaya gerek yoktur. Bu tür sözleşmenin ortaya çıkması ve tamamlanması için birisi alıcı diğeri satıcı olmak üzere iki taraf

¹⁰⁰ Kışkırtıcı ajanın suç işlenmesi bakımından sadece “fırsat” yaratması şeklindeki Manzini yaklaşımının kışkırtıcı ajanın suça “neden” olması durumuyla karşılaştırması için bkz. Luigi Selmo, “Agente Provocatore e Reato Fittizio” **Rivista Penale**, 1945, s. 258.

¹⁰¹ Fictus emptor figürüne ilişkin olarak Vignale’nin geliştirmiş olduğu bir örnekten birçok eserde de yararlanılmıştır. “Adli polis X’in (Tizio) değeri çok düşük olan bir saati, değeri çok yüksek gibi göstererek satmak istediği bilgisini alır. Faili suçüstünde yakalamak amacıyla, alıcı kılığında aktif süjenin teklifini kabul ettiği hilesini yapar. Bu arada bir polis memuru da güvenliği sağlamaktadır. Adli polis, satıcıdan gerekli bilgileri aldıktan sonra, (satıcı, söz konusu değerli saati, sahibinin zor durumu düştüğü için böyle ucuza sattığını söylemektedir) kışkırtıcı ajan gerçek kimliğini ilan eder ve düzenbazın yakalanmasını sağlar.” Örnek için bkz. Vignale, **a.g.m.**, s. 63.

¹⁰² Daha ziyade Alman dilinde tartışılmış olan söz konusu suç kategorisinde, fail ve mağdur birbirleriyle tanışır ve sosyal bir ilişki neticesinde anlaşılır. Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 213, dpn. 37.

¹⁰³ “Tahrikçinin, uyuşturucu madde veya yasak silah alımında alıcı gibi hareket edip, sonradan faili yakalatması olayları ve benzerlerinde önemli olan husus, yapılan hukuki işlemin geçerli olmayıp, mülkiyeti intikale elverişliliği olduğu ve satıcının amacına ulaşmamasının, yani alıcının malı mülk edinmesinin, devir münasebetinin gerçekleşmesini engellemeyen sonraki bir vakıa olduğu düşünülebilir” (CGK., E. 1983/6-443, K. 1984/154, T. 30.4.1984, Kazancı.)

¹⁰⁴ Sahir Erman-Çetin Özek, **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Selametine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 369-413)** (İstanbul: Dünya Basınevi, 1995), s. 272-273.

bulunmalı, alıcının malı elde etme satıcının ise malı devretme iradesi ile hareket etmeleri yeterlidir¹⁰⁵.

Şayet kolluk benzer bir suç, suçluyu yakalayabilmek amacıyla işlerse ne olacaktır? Kolluk yasadışı alım satım suçlarının faillerini ortaya çıkarmak için, çoğu zaman gerçek kimliğini saklayarak ve alıcı ya da satıcı rollerinde suça katılmaktadır. Genel kabule göre bu faaliyet, tipik bir kışkırtıcı ajan faaliyetidir¹⁰⁶. Bizzat kışkırtıcı ajanın kendisi, anlaşmanın kaynağıdır ve satış faaliyetinin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Bununla birlikte kolluk görevlisinin zaten elde bulundurulması veya satılması suç olan bir şeyin satışını ortaya çıkarmak üzere alım satım faaliyetinde bulunmasının kışkırtıcı ajan kavramı içerisinde değerlendirilemeyeceği bir kısım öğreti tarafından savunulmuştur¹⁰⁷. Söz konusu öğreti, *fictus emptor* olarak adli polisin faaliyet yürütmesi konusunda dikkate değer bir konsantrasyon ortaya koymuştur. Buna göre bir suçun ortaya çıkması için “neden” olmakla “fırsat” yaratmak arasındaki farkın ortaya konulması gerekir. Kışkırtıcı ajanının müdahalesinin özü, bir kimsenin suça yönlendirilmesidir. Bir görüşe göre; yasa tarafından alım satımı yasaklanmış olan şeyin alınmasında veya herhangi bir kişinin bir başka kişinin işlediği suçu ortaya çıkarmak üzere o kişiyi “oyuna getirmesi” halinde bir yönlendirmeden söz edilemez. Bu halde

¹⁰⁵ Kemal Oğuzman- M.Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** (İstanbul: B. 5, Filiz Kitabevi, 2006), s. 45.

¹⁰⁶ Califano, **a.g.e.** s. 50; Alibrano, **a.g.m.**, s. 36. Aksi görüşte olan Delogu’ya göre kolluğun kılık değiştirerek satışı ruhsata tabi olan bir ürünün satıcısını araması durumu, örneğin yasadışı şekilde, ruhsat sahibi olmayanlara barut sattığından şüphelendiği satıcıdan barut istemesi, kışkırtıcı ajan varsayımı dahilinde değerlendirilemez. Zira kışkırtıcının davranışının suçun gerçekleşmesi bakımından hiçbir nedensel katkısı yoktur. Suç, bu durumlarda bizzat kışkırtıcı ajanın katkısı ile ortaya çıkmamıştır. Bu ve benzeri durumlar kışkırtıcı ajan kavramı içerisinde değerlendirilmemelidir.” Bkz. Delogu, **a.g.m.**, s. 27.

¹⁰⁷ Salama, **a.g.e.**, s. 71; Erman-Özek, **a.g.e.**, s. 317. Fransız uygulamasının *fictus emptor* (kurmaca alıcı) kavramına atıfta bulunarak verdiği bir karar oldukça ilginçtir. Okuryazar olmayan bir işçi, 1750 gram gelen bir tavuğunu, 220 franka satmak istemiştir. 1940 tarihli bir yasa belli bir meblağın üstünde pazarda satış yapılamaz demektir. İşçinin bu durumu “kurmaca alıcı” tarafından tavuğun satın alınmasına yönelik davranışıyla ortaya çıkarılmıştır. Ortada bir “*fictus emptor*” durumu vardır: Alıcının cezalandırılmaması gerekir. Alıcı kılığına girmiş olan kişi denetim servisinin bir elemanıdır. Gerçek kimliğini saklayarak, kendisini herhangi bir alıcı gibi lanse etmiştir. Alıcı rolünü oynayan kişi satışı yasak olan malın alımını sadece biçimsel olarak kabul eden kişidir. Görünüşte alıcı olarak malı satın almıştır, amacıysa satıcının cezalandırılmasını sağlamaktır. 1941 tarihli karar ve benzeri kararlar için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 19-20.

meselenin, adli polisin, suçun ortaya çıkarılması için yürüttüğü bir faaliyet olarak ele alınması gerekir. Örneğin yasal olarak ilaç satan eczacının, reçetesiz ilaç satmasını sağlamak amacıyla yönlendirilmesi durumunda, kışkırtıcı ajan faaliyetinden bahsetmek gerekirken, satışı zaten suç olan bir şeyin, ortaya çıkarılması ve delil elde edilmesi için yapılan alım faaliyetini, adli polisin suçu ortaya çıkarmak üzere kullandığı bir taktik olarak değerlendirmek gerekir. Bir kimsenin devamlı olarak işlediği suçun ortaya çıkarılması için bir anlamda o kimsenin oyuna getirilmesi veya bir biçimde suç işleyen kimsenin zorda bırakılması kurmaca alıcının bir faaliyeti olarak adlandırılrsa da, asla kışkırtıcı ajan kavramı içerisinde değerlendirilemez¹⁰⁸. Zira bu durumda, kolluk görevlisinin müdahalesinden evvel suç tamamlanmış olduğundan, kışkırtıcı davranışın suçu meydana getirmek bakımından nedensel katkısının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir¹⁰⁹. “*Bir kimsenin bir suçu araştırmak veya engellemek amacıyla suçlu kılığına bürünmesi, gerçek anlamda suça yönlendirme olarak adlandırılamaz*”¹¹⁰. İtalyan uygulamasında, adli polisin bizzat alıcı kılığında faili tuzağa düşürmek için girmiş olduğu, *fictus emptor* rollerini kışkırtıcı ajan kavramı içerisinde değerlendirmedeği çok sayıda kararı vardır. Uygulama bu konuda vermiş olduğu kararların pek çoğunda kışkırtmadan bahsetmediği gibi kurmaca alıcı ve görünüşte mağdur rollerinin kışkırtıcı ajandan farkını ortaya koyma gereksinimi dahi hissetmemiştir¹¹¹.

Benzer bir şekilde meseleye yaklaşan *Carnelutti*, kurmaca alıcı figürüyle kışkırtıcı ajan figürünün aynı duruma karşılık gelmediği veya en azından benzer özellikler göstermediği görüşündedir. Kurmaca alıcının faaliyeti adli polisin suçları

¹⁰⁸ “Alım satımı denetim altına alınmış olan şeyleri örneğin istifçilik yapandan durumu ortaya çıkarabilmek amacıyla zeytinyağı satın alan kimse bakımından, gerçekte bir satın almadan söz edilemez: satın alınmış gibi gözükenin işlemi neticelendirmek bakımından gerçek bir iradesi yoktur. Satıcı ise daha önceden de gerçekleştirmiş olduğu satımlardan dolayı cezalandırılmalıdır. Nitekim kışkırtıcı ajanın müdahalesi olmaksızın da bu işi yapmaktadır”. (Cass. Penale Sezz. III, 11.4.1957), **Giustizia. Penale.**, 1957, c.II, s. 522.

¹⁰⁹ Salama, **a.g.e.** s. 71. Kurmaca alıcı ve görünüşte mağdur figürlerinin, kışkırtma dahilinde değerlendirilemeyeceğine yönelik Conti’nin görüşleri için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 217.

¹¹⁰ (Cass. Penale Sezz. I, 06.07.1943), **Rivista Penale.**, 1945, s. 258.

¹¹¹ “Fail, polisle anlaşmış olan bir görevliye rüşvet suçunun konusu olmak üzere bir miktar para verir. Polisle anlaşmış olan görevli parayı teslim alır, görevli bakımından ortada hukuka aykırı bir durum yoktur”. Mahkeme sadece failin teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerektiği hususunu tartışmıştır. 1939 tarihli karar için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 215.

ortaya çıkarmak üzere yürüttüğü faaliyetten başka bir şey değildir. Kışkırtıcı ajan kavramının kapsamının, kurmaca alıcı olan kimseyi de içine alır bir şekilde “zımni olarak genişletilmemesi” gerekir¹¹². Yargıtay, sanığın, perakende olarak plaka esrar sattığının öğrenilmesi üzerine polis tarafından başlatılan operasyon nedeni ile “x ajan”¹¹³ ve alıcı rolündeki polis memuruna uyuşturucu satmaktan oluşan eylemine ilişkin kararlarında, alıcı kılığındaki (kurmaca alıcı) polis memurundan bahsetmiş olduğu halde kurmaca satın almayla, kışkırtıcı faaliyet arasında bir bağlantı dahi kurma ihtiyacı duymamıştır¹¹⁴. Bu kararlardan anlaşıldığı üzere, Yargıtay kurmaca alıcı faaliyetini, bir kışkırtma olarak değil kolluk faaliyeti olarak görmektedir.

Kışkırtıcı ajan kavramı hakkında İtalyan dilinde bir sistematik dahilinde ilk çalışan *Delogu*¹¹⁵, her şeyden önce kavramın çok katı bir şekilde sınırlandırılması gerektiğini savunur. Nitekim *Manzini* ile girmiş olduğu polemikte, kolluğun, sadece ve sadece fırsat yaratan kişi olması halinde cezalandırılmayacak kışkırtıcı ajan olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur¹¹⁶. *Delogu* söz konusu hipotez bakımından şu örneği vermiştir: Kimliğini saklayan ve tebdili kıyafet ile faaliyet yürüten kolluğun yasaklanmış malları sattığı bilinen veya kuşkuyla kuşkuyla bir mağazadan bir şey satın alması halinde, söz konusu faaliyet suça katılma olarak tanımlanamaz. Suç, kati olarak kolluğun faaliyeti sonucunda ortaya çıkmamıştır. Kolluk, sadece satışı yasak olan şeyin

¹¹² Canelutti, **a.g.e.**, s. 224.

¹¹³ “X ajan”, “x muhbir” adıyla tanımlanan kişilere uygulama sıklıkla suçu ortaya çıkarabilmek üzere başvurmaktadır. Resmî görevli olmayan bu kişilerin kimlik bilgileri saklanmakta, bu kişilerin bizzat kendilerinden veya onlardan alınan bilgilerle delillere ulaşılmaktadır. Söz konusu kişilerin görevlendirilmeleri bakımından herhangi bir yasal dayanak bulunmadığı gibi gerçekte var olmamaları dahi mümkündür. Yapının hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşması olanaklı değildir. Bkz. Şen-Yurttaş, **a.g.m.**, s. 31.

¹¹⁴ “Bakkal dükkânı işleten sanığın esrar sattığının öğrenilmesi üzerine 4.1.1996 günü ajan ile komiser Y.Ö.dükkana gitmişler, 250.000 lira karşılığında 0,7 gram esrar satın almışlardır. Ajan, 6.1.1996 günü saat 22.00 sıralarında seri numaraları önceden saptanan ve kendisine verilen iki milyon liranın bir milyon lirası ile yiyecek, bir milyon lirası ile de 2,7 gram bir plaka esrar satın almıştır. Yarım saat sonra komiser Y.Ö., sanıktan 1,75 gram esrar almış, numaraları tespit olunan 700.000 lirayı vermiştir. Esrarlı sigara içmekte olan sanık yakalanmış, sigaranın içinde ve sakız paketlerinin altında esrar bulunmuş, önceden numaraları belirlenen paralar sanığın cebinde ve çekmecesinde ele geçirilmiştir” (CGK., E. 1996/10-268, K. 1997/522, T. 25.2.1997, Kazancı.); “...bu kez polis memuru Raşit’in sanığı cep telefonundan arayarak esrar almak istediğini söyleyerek 5-10 dakika içinde Alaybey Tansaş mağazasının önüne gelmesini istediği, sanığın 19.20 sıralarında aracıyla buraya geldiğinde kolluk güçleri tarafından yakalandığı,...” (CGK., E. 2003/10-260, K. 2003/284, T. 9.12.2003, Kazancı.).

¹¹⁵ Delogu, kışkırtıcı ajan kavramını iştirak başlığında çalışmıştır. Bkz Delogu, **a.g.m.**, s. 22.

¹¹⁶ **Aynı**, s. 26.

alımını talep etmiş ancak, malik sıfatını almamıştır. Bu durumda da kolluk, suçu doğuracak bir faillik faaliyeti davranışı içerisinde değildir. Zira kolluk, ne suç işleme kararının ortaya çıkmasına ne de var olan bir suç işleme kararının güçlenmesine neden olmuştur. Bu halde kışkırtıcı ajanın davranışı ile kışkırtılanın davranışı arasında nedensellik bağı eksikliği vardır¹¹⁷.

Destek bulamayan bir başka yaklaşıma göreyse, ortada ‘kurmaca’ bir alıcı vardır ve satın aldığı şeyden yararlanmak, kullanmak gibi bir iradesi de yoktur. Bu halde ise herhangi bir hukuki işlemin tamamlanması için gerekli olan rıza bakımından sakatlık vardır. Alım satım bakımından söz konusu olan rızada eksiklik (sözleşen taraflardan birinin rızası kesin olarak yoktur) dolayısıyla ortaya bir suçun da çıkması olanaksızdır, ortada tamamlanmış bir sözleşme bulunmamaktadır. Kurmaca alıcı, alım/satımı görünüşte bitirmiştir. Neticenin, ortaya çıkmasına yönelik bir isteği yoktur. Diğer taraftan, kurmaca alıcının harekete geçme nedenleri “takdir edilesi ve meşrudur”. Ancak satıcının (kışkırtılanın) cezalandırılması gerekir¹¹⁸.

Kolluğun, *kurmaca alıcı* olarak katıldığı her faaliyet, kışkırtma kavramı içerisinde değerlendirilebilir. Kurmaca alıcı, gerek kavramsal karşılığın uyumu, gerekse ceza sistematiği bakımında kışkırtıcı ajandır. Suç failini ortaya çıkarabilmek amacıyla, herhangi bir yasal düzenleme olmamasına rağmen, kışkırtıcı ajan, alıcı ya da satıcıyı söz konusu fiili işlemeye yönlendirmektedir. Ancak, eroin ticareti yapmakta olan sanığın fiilini¹¹⁹ veya örgüt oluşturarak kaçakçılık suçunun meydana gelip gelmediğini¹²⁰

¹¹⁷ Aynı, s. 27.

¹¹⁸ Guarneri’nin öğretide pek de destek bulmayan görüşleri için bkz. Califano, **a.g.e.**, s. 50.

¹¹⁹ “İncelenen maddi olayda kendisinde eroin bulunduğu ve bu eroini satmak için müşteri aradığı haber alınan sanığın Narkotik Şube görevlileri tarafından görevlendirilen (x) ajan yardımıyla izlenmeye başlandığı, sanıkla değişik yerlerde ve zamanlarda buluşan (x) ajanın onun güvenini kazandıktan sonra kilosu 50 milyon liradan 12 Kg eroin satın almak üzere anlaştıkları, olay günü buluştuklarında sanığın verdiği numune eroini beğendiğini söyleyen (x) ajanın para getirmek için ayrılıp durumu polise bildirdiği, polisin istenilen 600 milyon lirayı bulamaması üzerine tren istasyonunda (x) ajani beklemekte olan sanığın yakalandığı var olan delillerle saptandığına göre...”. (CGK., E. 1993/10-32, K. 1993/52, T. 8.3.1993, Kazancı.); (CGK., E. 2003/10-260, K. 2003/284, T. 9.12.2003, Kazancı.)

¹²⁰ “...İlçede bazı kişilerin silah alıp sattığının öğrenilmesi üzerine görevlendirilen (x) ajanın sanık Abdülbaki ile temasa geçerek silah almak istediği, onun da 4-5 yıldır tanıdığı ve yörede silah satıcısı olarak bilinen sanık Hüseyin’i bularak (x) ajana satılmak üzere bir adet silah için 5.500.000 liraya pazarlık ettiği, bu paranın 500.000 lirasının kendi kâr payı olduğu, olay günü; sanıkların Hüsamettin’e ait elbise mağazasına giderek soyunma odasına girdikleri ve sanık Hüseyin’in üzerindeki tabancayı oraya bıraktığı, sanıkların oradan ayrıldığı ve daha sonra (x) ajan ile buluşan Abdülbaki’nin yeniden mağazaya gelip

tartışan Yargıtay, ayrı bir açıklama gereksinimi dahi duymamış ve aslında bir kışkırtıcı ajan müdahalesi olan faaliyette¹²¹, sadece alıcı olarak görevlendirilmiş kişinin varlığına işaret etmiştir.

İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin birçok kararında faaliyet kışkırtma olarak görülmüş ancak, kışkırtıcı ajanın (ister alıcı isterse satıcı kılığına girmiş olsun), cezai sorumluluğunun olmadığı kabul edilmiştir¹²². Bu konuda, uygulama ve ağırlıklı öğretisi *Manzini* yaklaşımını referans almıştır. Alım satımı yasak olan şeyin satışı, gerek *fictus emptor* olarak tanımlanan figür aracılığıyla gerekse kışkırtıcı ajan olarak tanımlanan figür aracılığıyla ortaya çıkarılmış olsun, sorunun çözümü her iki figür bakımından da ortaktır. Sorun *kurmaca alıcı* taktiğiyle yürütülen suçun araştırılması ve ortaya çıkarılmasına yönelik kışkırtıcı ajan faaliyeti olarak ortaya konulmalıdır¹²³.

Kışkırtılan bakımından tamamlanmış bir suçun ortaya çıktığından şüphe yoktur. Kışkırtılan elinde bulundurduğu ve satışı yasak olan malın mülkiyetinin nakli konusunda rızasını göstermiştir. Şeyin mülkiyetinin nakli karşılığı olarak bir bedel talep etmiş, alıcı da bedeli ödemiş veyahut bedeli ödemeyi taahhüt etmiştir. Satıcının hangi nedenlerle malı sattığının, içsel durumunun ortaya çıkan suç bakımından mutlak şekilde önemi yoktur. Nitekim satıcının hareketi, kışkırtılmış olsa da neticeyi meydana

soyunma odasında bulunan silahı (x) ajana verirken olayın takibinde bulunan görevlilerce yapılan baskın sonucunda suça konu silahın ele geçtiği,..." (CGK., E. 1996/6270, K. 1996/9168, T. 19.6.1996, Kazancı.)

¹²¹ Yüksek mahkeme her ne kadar "(x) ajan" ifadesiyle söz konusu kişiyi, resmî görevli olan kışkırtıcı ajandan ayırmak istemiş olsa da, yürütülen faaliyet, kışkırtma faaliyetidir ve "(x) ajan", kolluk makamlarının bilgisi dahilinde suça katılmıştır. Bu durumda, bize göre söz konusu kişinin pozisyonu, kolluk makamlarının bilgisi dahilinde faaliyet yürüten kışkırtıcı ajandır. Diğer taraftan kışkırtma faaliyetini özel veya kamu görevlisi herkes yürütebilir. Ancak, özel kişi kışkırtıcı ajanın herhangi bir fail veya katılan olarak cezalandırılması gerekirken, kamu görevlisi kışkırtıcı ajan bakımından cezasızlık nedenleri söz konusu olabilecektir.

¹²² Dell'Andro, **a.g.m.**, s. 867. "Ficti emptores (polis ajanı) olarak silahları satın alanlar aslında hiçbir koşulda satın almayı tamamlamayı istemeyenlerdir." (Cass. Penale Sezz. III, 29.12.1953), Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 81-82. "Ciampino Havaalanında uyuşturucu satanları belirleyebilmek üzere sivil kıyafetlerle dolaşan teğmen A'nın, bu durumdayken kokain alması durumunda kışkırtıcı ajan olarak değerlendirilmesi gerekir". (Roma İstinaf Mahkemesi, 22. 12. 1955), **Giustizia. Penale**, 1957, C. II, s. 70.

¹²³ De Maglie, **a.g.e.**, s. 218. Soruna benzer şekilde yaklaşan Pannain de, kışkırtmayı, önceden işlenmiş suçları ortaya çıkarmak için delil elde edebilmek üzere yürütülen bir faaliyet olarak görmektedir. Sahte para kullanan şüpheli aleyhine delil elde etmek amacıyla veya fahiş fiyata satımı yasak olan şeyi satın alan kışkırtıcının kurmaca alıcı rolünü oynadığı hallerde söz konusu olan faaliyet kışkırtıcı ajan faaliyetidir. Bkz. Pannain, **Diritto Penale**, s. 464.

getirmek bakımından elverişlidir. Soyut ceza normunun somut hale gelmesi bakımından bütün unsurları barındırır. Kışkırtıcı ajan, söz konusu alım satım bakımından rastlantısal, satıcının davranışını ortaya çıkarmak bakımındansa fırsat yaratıcı bir işlev görmüştür. Kurmaca alıcının amacı kışkırtılanın kastının açık bir şekilde ortaya konulmasını sağlamaktır.

Yasadışı alım satım faaliyeti içerisinde olan ajanın davranışını, cezasızlık nedeni olarak belirleyen öğretisi ve uygulama, bu durumun gerekçesini hukuka uygunluk nedenleri içerisinde aramıştır. Hukuka uygunluk nedenlerinden bahsedebilmek için ortada bir hukuka aykırılığın bulunması gerekir. Eğer işlenen fiilin suç olarak görülmesi olanaklı değilse doğal olarak da bir hukuka uygunluk tartışması yapmaya da gerek yoktur¹²⁴. Bu yaklaşımın doğal sonucu olarak ajanın ortaya koymuş olduğu davranış “şeyin kurmaca alımı” şeklinde adlandırıp, kurmaca alım satım neticesinde de bir suç olmadığı belirlenmesi yapılıyor ve ajanın herhangi bir cezai sorumluluğunun olmadığı söyleniyorsa, kışkırtılan bakımından da ortada suç olmadığından hareketle cezai sorumluluğunun olmadığı tespiti yapılması gerekir.

2.3.1.1. Fictus Emptor Bakımından Görüşümüz

Bizim de görüşlerine katıldığımız *Malinverni*'ye göre, kurmaca alıcının katılmış olduğu alım satım bakımından bir suç ortaya çıkmıştır. Bir hukuki işlemin geçerli olabilmesi veya bir fiilden söz edilebilmesi için, bu işlemin veya fiilin hangi neden ve koşullarda yapıldığının önemi yoktur. Aynı zamanda ajanın, hukuki işlemi tamamlamak gibi bir iradesi bulunmasa dahi, özel hukuk bakımından da sözleşmenin tarafı olduğu kabul edilmelidir. Diğer taraftan kurmaca alıcı satın alınması yasak malın zilyedi haline de gelmiştir¹²⁵.

Pannain ise, tamamlanan suç bakımından sorunu, “nasıl olur da kışkırtıcı ajanın cezalandırılmayacağı bilinemez” şeklinde ortaya koymaktadır. *Pannain*'e göre; “işlenen suç yasak bir alım satıma ilişkinse ve kışkırtıcı ajan bu fiile, *fictus emptor* olarak

¹²⁴ Califano, **a.g.e.**, s. 51.

¹²⁵ Bkz. *Malinverni*, **a.g.m.**, s. 397.

katılmışsa suça teşebbüs dahi olanaksızdır". Zira normun koruduğu hukuki konu bakımından zararın veya zarar tehlikesinin ortaya çıkması olanaksızdır. Bu halde kolluk görevlisi kendisini, yasa tarafından alımı satımı yasaklanmış bir malın alıcısı gibi göstererek sadece suça ilişkin delil elde etmiş olur. Özellikle olağanüstü dönemlerde birçok malın alımı satımı bakımından, olağan dönemlerdeyse ağırlıklı olarak uyuşturucu, silah gibi şeylerin ticaretinin yapılmasının engellenmesi bakımından kurmaca alıcının kullanılması, suçla mücadele bakımından önemli bir işlev görebilir¹²⁶.

Pannain'nin, "kurmaca alıcının dahil olduğu alım satım sözleşmesinde karşılıklı iradelerin uyuşmasından söz edilemez ve bu yüzden de suç ortaya çıkmamıştır. Çünkü kışkırtıcının alıcı vasfıyla malı elde etme isteği gerçek değildir", şeklindeki görüşüne katılmıyoruz. Nitekim bir anlaşma suçundan bahsetmek için medeni hukuk anlamında bir iradenin oluşması gerekmez. Önemli olan, sözleşmenin bir ekonomik değerinin olup olmamasıdır¹²⁷. Diğer taraftan herhangi bir hukuki işlemin kurallarını ortaya koyan ilkelere de bakmak yeterlidir. Kışkırtıcı ajan olan alıcı, gerçekte malı satın almak istememektedir. Ancak, alım satım sözleşmesinin yapılması noktasında doğrudan iradesini ortaya koymuştur. Açıklanan irade ile zihni (gizli) irade arasında bir düşünsel kaydın olmasının sözleşmenin geçerliliği bakımından bir etkisi yoktur¹²⁸. Netice olarak adli polis, satışı yasak olan bir maddenin satımını ortaya çıkarmak üzere, satın alan olarak kışkırtıcı ajana başvurursa ortada tamamlanmış bir suçtan bahsetmek gerekir.

Bize göre, "suçun işlenmesine neden olma" durumunda kışkırtma faaliyetinden, "suçun işlenmesinde fırsat yaratılması" durumunda adli kolluk faaliyetinden söz ederek, meşru kışkırtma meşru olamayan kışkırtma ayrımı yapmak doğru değildir. Kolluk görevlisinin müdahalesi, o ya da bu şekilde tekrarlanacağı düşünülen suç bakımından sadece bir fırsat ortaya koyulmuş olsa dahi, kışkırtma olarak tanımlanmalıdır. Nedensel olarak karşılığı olmayan bir fırsatın ceza hukukunda anlamının olmaması lazım gelir.

¹²⁶ Remo Pannain, "Il Tentativo", *Archivio Penale*, 1954., s. 270.

¹²⁷ Pannain, *Il Tentativo*, s. 270; Vignale, *a.g.m.*, s. 62.

¹²⁸ Malinverni, *a.g.m.*, s. 263; Neppi Modona, *a.g.e.*, s. 250; Minerva, *a.g.m.*, s. 611.

Kışkırtıcı ajanın, kurmaca alıcı olarak alım yaptığı durumlarda cezai sorumluluğunun ne olacağı asıl tartışılması gerekendir. Bu mesele, suçun manevi unsuru bağlamında yapılacak bir değerlendirme ile çözümlenmelidir¹²⁹. Kışkırtıcı ajanın alıma ilişkin zihni kaydı, yani aslında malı satın almak değil de suçu ortaya çıkarma iradesi, onda malın gerçek sahibi olma isteğinin olmadığına göstergesidir. Kışkırtıcı ajan sözleşmeyi tamamlamak noktasında iradesini ortaya koymuş olsa da, hukuki anlamda sonuçlarını istememektedir. Bu durum ise kastının olmadığı tespiti bakımından yeterlidir¹³⁰.

Kurmaca alıcı, bütün işlevleriyle kışkırtıcı ajandır. Gerek kavramsal gerekse sistematik ve gerekse müeyyide anlamında söz konusu figür, kışkırtıcı ajanın alt türü olarak tartışılmalı ve cezasız bırakılmasının gerekçesi bu bağlamda ele alınmalıdır.

2.4. “Görünüşte” Sözleşme Suçları

Sözleşme suçları bir sözleşmenin yapılması sırasında işlenen ve sözleşmenin yapılmasından değil, fakat sözleşme yapılırken ortaya konulan bazı davranışların cezalandırılmasını öngören suçlardan farklıdır. Bu tip suçlarda, sözleşmenin yapılmasına görünüşte katılan kişi, gerçekte suçun pasif süjesidir. Bu suçlar tek failli suç niteliğini taşırlar. Örneğin TCK m. 157’de düzenlenmiş dolandırıcılık suçu bu tür bir suçtur. Burada cezalandırılan husus, sözleşmenin yapılması değil, fakat kişiyi aldatmak için hileli davranışlarda bulunmaktır¹³¹.

Contendo’ya göre, geniş anlamda çok failli suçlarda tipik fiili gerçekleştiren kişilerden birisi aynı zamanda suçun kurbanı olabilir. Bu kategorinin kabul edilmesi halinde dolandırıcılık, yağma ve güveni kötüye kullanma suçlarının da çok failli suç sayılması gerekir¹³². Söz konusu yaklaşım destek bulmadığı gibi eleştirilmiştir. *Sancar*’a göre, bu tür suçlarda pasif süje hareketin faili sıfatıyla hareket etmemektedir. Ayrıca neredeyse bütün suçlar bakımından birden çok kişi vardır, önemli olan suça

¹²⁹ Sorun, kanun hükmünü yerine getirme başlığında ayrıca değerlendirilmiştir: Bkz. a.ş. s. 186 vd.

¹³⁰ Bkz. Vignale, **a.g.m.**, s. 63.

¹³¹ Bkz. Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s. 128.

¹³² Bkz. Minna, **a.g.m.** s. 10.

katılan kişilerin birden çok olması değil, bu kişilerin suçta hangi sıfatı taşıdıklarıdır¹³³. Bu suç kategorisinin olası iştirak bahsinde değerlendirilmesi olanaklıdır. Ancak biz, kışkırtıcı ajanın suç delillerini ve/veya suçluları ortaya çıkarmak üzere pasif süje rolünü üstlendiği, bir anlamda görünüşte kurban olduğu örnekleri konusal bütünlüğü sağlamak üzere “görünüşte sözleşme suçları” adını verdiğimiz bu bölümde incelemeyi uygun gördük. Nitekim İtalyan öğretisi ve hatta uygulaması kurmaca alıcıyla birlikte görünüşte kurbanı tek bir başlık altında incelemiştir¹³⁴, ama çok failli suç kapsamında ayrı bir değerlendirme gereksinimi dahi duymamıştır.

2.4.1. Görünüşte Mağdur (Finta Vittima)

Kışkırtıcı ajanın suçun görünüşte mağduru (finta vittima) olarak faaliyet yürütmesinin yaygınlaşması, kurmaca alıcı figürüyle aynı yıllara denk gelir. Özellikle dünya savaşlarının yaratmış olduğu ekonomik sorunların neden olduğu dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma gibi suçların yaygınlaşması, bu suçlarla mücadele bakımından farklı kolluk taktiklerine başvurulmasını zorunlu kıldı¹³⁵. Bu anlamda, suçun ortaya çıkması için pasif süje rolünde bulunmaya *görünüşte kurban* (finta vittima) adı verildi¹³⁶. Dönem öğretisi, görünüşte kurbanı, fictus emptor figürü gibi kışkırtma bağlamında ele almış olsa da, kavramın kesin yapısını ortaya koyamamıştır¹³⁷. İtalyan uygulaması, kurmaca alıcıda olduğu gibi görünüşte kurbanda da, onun kışkırtıcı ajan olmadığını kanıtlamaya çalıştı¹³⁸. *Dönmezer/Erman*’a göre de, polis ajanının kendisini suçun mağduru haline getirerek faille temasa geçerek suçüstü yakalanmasını sağlaması durumunda suça iştirak söz konusu olamayacağından şerik sıfatı ile cezalandırılması söz konusu olamaz. Diğer taraftan bu gibi hallerde polis müdahalesi ileride işlenecek suçları önlemek için değil ve fakat işlenmekte olan suçu ortaya çıkarmak içindir¹³⁹. *Palazzo*’ya

¹³³ Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s. 113, dpn. 9.

¹³⁴ Kışkırtıcı ajan suça bizzat mağdur veya alıcı olarak katılandır. Suç failini tuzağa düşürmek üzere, kolluk sahte mağdur olmaktadır. De Marsico, **Reato Apparente**, s. 319.

¹³⁵ **Aynı**, s. 319.

¹³⁶ 1930’lu yıllardan itibaren, kışkırtıcı davranış özellikle kurmaca alıcı ve görünüşte mağdur bağlamında anlaşma suçları içinde ele alındı. Bkz. Scarano, **a.g.e.**, s. 214.

¹³⁷ **Aynı**, s. 214.

¹³⁸ Selmo, **a.g.m.**, s. 258.

¹³⁹ Dönmezer-Erman, **C.II**, s. 535; aynı yönde bkz. Hakeri, **a.g.e.**, s. 410.

göre ise görünüşte mağdur olarak polis, sadece bazı çok failli suçların oluşabilmesi için zorunlu olan mağdur rolünü üstlenmesi onu kışkırtıcı ajan haline getirmez.¹⁴⁰

2.4.2. Görünüşte Mağdur Hakkında Görüşümüz

Bir kişinin kışkırtıcı ajan olarak tanımlanabilmesi için yaptığı hareketin iştirak kapsamında olması şart değildir¹⁴¹. Bize göre kışkırtıcı ajana karakter veren özellik, onun bir kimseyi cezalandırılmasını sağlamak üzere suça neden olmuş olmasıdır. Kışkırtıcı ajanın kışkırtmaya yönelik hareketini suç ortaya çıkmadan veya çıktıktan sonra ortaya koymasının bir önemi yoktur. Kışkırtıcı ajanın zaman zaman pasif süje olarak suça dahil olduğu bilinen bir gerçektir. Kışkırtıcı ajanın işlenmekte olan bir suçu ortaya çıkarmak ve faillerini yakalamak üzere mağdur rolünde hareket etmesi durumunda suça iştiraktan söz edilemediğinden doğal olarak şerik sıfatıyla cezalandırılması da olanaklı olmaz¹⁴². Bu yüzden, gerek uygulama gerekse öğreti kışkırtıcı ajanın, pasif süje kılığında suça bulunması durumuyla ayrıca ilgilenmiştir. Elbette, kışkırtıcı ajan figürü içerisine pasif süjeliğin dahil edilmesi, kışkırtıcı ajanın sadece suça iştirak eden olarak değerlendirileceği yaygın görüşünü bertaraf edecektir. Bize göre, kışkırtıcı ajan figürünün şerikliğe veya faillğe özgülenmiş bir yapısı yoktur. Kışkırtıcı ajan figürü çok farklı olasılıklarla birleşebilir. Şayet suç koyan norm bir şekliyle pasif süjenin durumuna atıfta bulunuyorsa, bu anlamda failin cezalandırılabilmesi için mağdur herhangi bir kimse olmaktan bir şekliyle farklılaştırılmışsa, söz konusu pasif süje kışkırtıcı ajan olabilir. Özellikle irtikap ve dolandırıcılık suçlarında pasif süjenin bir şekliyle fail tarafından “hataya düşürülmesi”¹⁴³ veya irtikap suçu bağlamında icbar veya ikna edilmesi gerekir. Suç

¹⁴⁰ Palazzo, **Diritto Penale**, s. 519.

¹⁴¹ Erem’e göre iştirak anlamına gelmeyen hareketlerde suçluluk olmadığından bir mazeret nedeni aramaya da gerek yoktur. Bkz. Faruk Erem, “İdarenin ‘Kışkırtıcı Ajan’ Kullanması”, **Onar Armağanı** (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1977), s. 280. Bize göre kışkırtma mevzuunun iki süjesi vardır; kışkırtan ve kışkırtılan. Kışkırtıcı ajanın hareketinin iştirak kapsamında değerlendirilmemesi ve dolayısıyla cezalandırılmaması başka bir konu faaliyetinin adının konulması başka bir konudur.

¹⁴² Palazzo, **Diritto Penale**, s. 519; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler** (Ankara:B. 5, Seçkin Yayınevi, 2007), s. 466.

¹⁴³ Ceza Kanunu’nun dolandırıcılığı düzenleyen 157. maddesinin “hataya düşürme” yerine “aldatma”dan söz etmesi eleştirilmiştir. Buradaki “hata” mağdurun olaylar hakkındaki gerçeğe uygun olmayan tasavvurunu ifade etmektedir. Aldatılan kişi, fail tarafından ileri sürülen olguları gerçek sanmalı veya en azından gerçeğe uygun olma olanağından hareket etmelidir. Bu nedenle, eğer aldatılan kişi bakımından ileri sürülen olguların gerçeğe uygun olup olmadığı önemsiz ise, artık onun hatasında da söz edilemez.

yaratan normun, mağdurun kimliğine özel bir atıfta bulunmaması halinde örneğin kapkaç faillerini yakalamak amacıyla bir kadın polis memurunun, sivil kıyafetler içerisinde kalabalık alanda dolaşması durumunda¹⁴⁴, çantanın çalınması ile polis memurunun mağdur haline gelmiş olması halinde tipik bir kışkırtmanın varlığından söz etmek olanaklı değildir.

Pasif süje kılığına giren kışkırtıcı ajan, hataya düşürüldüğü, ikna edildiği veya mecbur bırakıldığı konusunda “numara” yapmaktadır. Aslında kışkırtıcı ajan olan pasif süje, ne hataya düşmüştür, ne aldanıyordur ne de gerçek bir mecburiyete muhataptır. Bu halde ceza normunda bahsedilen suç bakımından bir tamamlanmadan söz edilemez. Kışkırtılan tarafından ortaya konulan davranışlar bakımından teşebbüs tartışması yapılmalıdır¹⁴⁵. Ayrıca pasif süjenin içinde bulunduğu psikolojik hal elverişlilik tespiti bakımından dikkate alınmamalıdır. Nitekim örneğin dolandırıcılık suçu bakımından bir kimsenin aldanmış olmasından söz etmek için “hileli davranışların” ortaya konulması yeterlidir. Bu davranışların aldatmaya elverişli olmaları gerekmez. Failin hileli davranışı mağduru aldatmış ise fail cezalandırılmalıdır¹⁴⁶.

Mağdurun hileli şekilde elde edilen rızası, dolandırıcılık suçuna özelliğini verir¹⁴⁷. Rıza, şayet hilenin neden olmasıyla ortaya çıkmamışsa dolandırıcılık suçundan da söz edilemez. Özgür rıza, dolandırıcılık suçunun ortaya çıkmasını engeller¹⁴⁸. Bir görüşe göre¹⁴⁹, kışkırtıcı ajanın dahil olduğu dolandırıcılık suçlarında, kışkırtıcı ajan aldatılmamış olduğu halde, aldatıldığı konusunda “numara” yapmaktadır. Dolandırıcılık suçunun gerçekleşmesi için ortaya konan yalan, aldatmışsa, hiledir. Ancak, kışkırtıcı ajanın varlığı halinde ne yalanın aldatmış olduğundan ne de bu yalanın neden olduğu

Bkz. Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem-Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku** (Ankara: B. 5, Seçkin Yayınevi, 2007), s. 564-565.

¹⁴⁴ Örnek için bkz. Demirbaş, **a.g.e.**, s. 466; Bu durumda dahi Fransız Ceza Hukukçuları, çıkışı olan tuzak-çıkışı olmayan tuzak ayrımından meseleyi tartışmışlardır.

¹⁴⁵ Neppi Modona, **a.g.e.**, s. 244.

¹⁴⁶ Dolandırıcılık suçunda hileli davranışın anlamı hakkında bkz. Toroslu, **Özel Kısım**, s. 175 vd.

¹⁴⁷ **Aynı**, 173.

¹⁴⁸ Malvarlığına karşı işlenen suçlar bakımından kanunun belirlediği sınırın aşılmamış olması kaydıyla, rızanın geçerliliği konusunda bir kuşku yoktur. Bkz Toroslu, **Genel Kısım**, s. 162.

¹⁴⁹ Bkz. de Maglie, **a.g.e.**, s. 381.

rızanın hileyle elde edildiğinden söz edilebilir. Görünüşte mağdur olarak davrandığı dolandırıcılık suçunda kışkırtıcı ajan tamamen kendisine ait bir hak bakımından rızasını ortaya koymuştur. Söz konusu rıza, kışkırtılan fail hakkında cezai sorumluk tartışmasının yapılması olasılığında da, faaliyeti hukuka uygun hale getirebilir. Zira dolandırıcılık suçunun pasif süjesi, ihlal edilen malvarlığını oluşturan varlıkların sahibi olan kişi veya kişilerdir¹⁵⁰.

Bize göre; kışkırtılan tarafından ortaya konulan hareketler, pasif süjeyi hataya düşürmek bakımından elverişli kabul edilmek durumundadır. Pasif süje, kışkırtıcı ajan olduğundan zaten aldanmak üzere davranmaktadır. O halde kışkırtılan bakımından teşebbüs söz konusu olacaktır. Başka bir şekilde ifade edilecek olursa, rızanın hileyle elde edilmiş olduğunun kabulü halinde, kışkırtılanın dolandırıcılık suçuna teşebbüs ettiğinin kabulü gerekir.

2.5. Heterojen Hareketli Karşılaşma Suçu: Rüşvet

Bu suç kategorisinde failler farklı hareketlerde bulunurlar¹⁵¹. TCK, rüşvet suçunu 252. maddesinde çok failli bir suç olarak düzenlemiştir. Bir kamu görevlisi ile herhangi bir kişi arasında gerçekleştirilen ve kamu görevlisinin yetkilerinin icrası ile ilgili bir iş için diğerinden haklı olmayan bir menfaat temin etmesi sonucunu doğuran bir anlaşmadan ibaret¹⁵² olan rüşvet suçu, heterojen hareketli karşılaşma suçu

¹⁵⁰ Bu noktada 765 sayılı Ceza Kanunu'nun 363. maddesinde düzenlenmiş olan "ticarete hile karıştırma" suçundan söz etmekte yarar vardır. Bu suç sadece mağdurun malvarlığını korumaz. Bu suçlar açısından hukuka aykırılığı oluşturan temel neden alıcının malvarlığını korumak olduğu kadar, sayısı belli olmayan alıcının menfaatini hatta toplumun menfaatini korumaktır. Ticaret yaşamının belirli kurallara göre yönetilmesi gerekir. Bu durum bir yandan topluma güven verirken diğer yandan da mal dolaşımının dürüstçe yapılmasını sağlar. Zira mal dolaşımında yaşanacak bir güvensizlik, genel ekonomiyi etkiler ve bunun sonucunda huzursuzluk doğar. Hileli ticaret suçu sadece bireysel menfaate zarar vermez. Dolayısıyla bu durumda "ilgilinin rızası" hukuka uygunluk nedeninden söz edilemez. Hileli ticaret suçunun ortaya çıkarılması için faaliyet yürüten kışkırtıcı ajan tipik bir "görünüşte mağdur" rolü yerine getirmektedir. Suçun pasif süjesi birey değil toplumdur. Bkz. de Maglie, **a.g.e.**, s. 381- 382.

¹⁵¹ Bkz. Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s. 168 vd.

¹⁵² Toroslu, **Özel Kısım**, s. 291; Antolisei, **Parte Speciale**, s. 306.

kapsamında ele alınabilir¹⁵³. Rüşvet suçu, kışkırtıcı ajan müdahalesinin çokça görüldüğü suç kategorilerindendir.

Rüşvet fiili, kamu idaresinin çıkarlarına büyük ölçüde zarar verdiğinden ve kamu idaresinin fonksiyonlarını doğru bir şekilde yerine getirmesini engellediğinden, devlet anlaşılmaya katılan her iki tarafı da cezalandırır. Bu iki kişinin davranışları birbirlerine sıkı sıkıya bağlıdır. Rüşveti kabul edenin hareketine zorunlu olarak vereninki tekabül eder. Bunlardan birisi olmadan diğeri düşünülemez ve bu nedenle tipik bir çok failli suç hatta heterojen hareketli iki taraflı bir çok failli suç söz konusudur¹⁵⁴.

Kamu görevlisi ve üçüncü kişi, yapılacak iş konusunda anlaştıkları takdirde, hem rüşvet alma suçunun hem de rüşvet verme suçunun tamamlanmış olduğu konusunda herhangi bir kuşku yoktur. Ancak rüşvet alma ve rüşvet verme suçlarından birisinin gerçekleşmiş olduğunu kabul etmek için mutlaka diğerrinin de gerçekleşmiş olması zorunlu değildir. Bir tarafın rüşvet talebini veya teklifini diğerr tarafın kabul etmemesi halinde rüşvet suçuna teşebbüsten söz edilir¹⁵⁵. Nitekim kanun koyucunun amacı da rüşvet teklifi düzeyinde kalan hareketleri cezasız bırakmamaktır. Rüşvet talep veya teklifi kabul edilirse veya verilen rüşvet alınır, suç, çok failli bir suç kimliği alır¹⁵⁶.

Rüşvet suçunun esası, kamu görevlisi ile özel kişi arasında “serbest anlaşma” yapılmış olmasıdır. İki eşit taraf olarak taraflar bir suç anlaşması gerçekleştirmişlerdir. Bu anlamda, ilk teklifin kamu görevlisinden veya özel kişiden gelmiş olması da suçun oluşumu bakımından önem taşımaz¹⁵⁷.

¹⁵³ Sancar , **Çok Failli Suçlar**, s. 204. Nitekim faillerin hareketlerinin farklı isimler taşıması sorunu, daha ziyade rüşvet suçu bağlamında tartışılmaktadır. Öğreti, rüşvetin söz konusu olduğu durumlarda iki farklı suçun olduğu düşüncesindedir. Birisi kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilen ve pasif rüşvet olarak adlandırılan suç iken, diğerr herhangi bir kişi tarafından gerçekleştirilen ve aktif rüşvet olarak adlandırılan suçtur. Bkz. Antolisei , **Parte Speciale**, s. 307.

¹⁵⁴ Antolisei, **Parte Speciale** .s .307; Sancar **Çok Failli Suçlar**, s. 205.

¹⁵⁵ Toroslu, **Özel Kısım**, s. 295.

¹⁵⁶ Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s. 207.

¹⁵⁷ Tezcan-Erdem-Önok, s. 763; İzzet Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002), s. 198.

Gerek rüşveti talep edenin, gerekse rüşvet teklif edilenin kışkırtıcı ajan olması ve söz konusu teklifin kışkırtıcı ajanca kabul edilmesi durumunda, yani taraflardan birinin rüşvet anlaşmasına yönelik rızasının görünüşte olması halinde de rüşvet suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir¹⁵⁸. Kışkırtıcı ajanın anlaşmaya yönelik iradesinin görünüşte olması ve karşı tarafın teklifini, onu suçüstü yakalatabilmek üzere kabul etmiş olması halinde de tamamlanmış bir rüşvet anlaşması ve çok failli suç vardır¹⁵⁹. Böyle bir durumda kışkırtıcı ajanın fail vasfında bir tartışma söz konusu olmayacak ve fakat cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ayrıca tartışılabilecekken, rüşvet almayı talep eden veya rüşvet vermeyi teklif eden bakımından cezalandırılabilir rüşvet alma veya verme söz konusu olacaktır¹⁶⁰. Bir görüşe göre; (kışkırtıcı) ajanın, TCK'nın rüşvet suçunda etkin pişmanlığı düzenleyen m. 254¹⁶¹ hükmü doğrultusunda cezasızlık nedenlerinden yararlanması uygun olacaktır¹⁶². Başka bir görüşe göre ise; rüşvet anlaşmasından söz etmek için tarafların gerçek anlamda iradelerinin birleşmesi gerekir. Kamu görevlisinin rüşvet talep etmesi, ilgili makamlara durumu bildiren kişinin,

¹⁵⁸ Tezcan-Erdem-Önok, **a.g.e.**, s. 763. Belediye zabıta memurları A ve B'nin ruhsatsız bir inşaata göz yummak için inşaat sahibinden rüşvet istemeleri ve inşaat sahibinin durumu polise bildirmesi üzerine, inşaat sahibinin önceden seri numaraları tespit edilmiş parayı zabıtalara vermesi sırasında polisçe suçüstü yapılması durumundan ibaret olan olayda Yargıtay'a göre söz konusu olan tamamlanmış bir rüşvet suçudur. 8.12.1983 tarihli karar için bkz. Yüce, **a.g.m.**, s. 14.

¹⁵⁹ Giannelli'ye göre bu durumda kışkırtıcı ajan bakımından söz konusu olan çok failli bir suça muhtemel iştirak suretiyle katılmış olmaktadır. Yani kışkırtıcı ajan, kışkırtılan süreyi rüşvet almaya veya vermeye sevk etmiştir. Kışkırtıcı ajan bakımından sorumluluk muhtemel iştirak bakımından değerlendirildiğinde de, kışkırtıcının kastının bulunmaması ve suçun taksirli biçiminin de kanunda düzenlenmemiş olmasından dolayı herhangi bir ceza söz konusu olmayacaktır. Bkz. Giannelli, **a.g.m.**, s. 568.

¹⁶⁰ Rüşvet anlaşması teklifinin karşı tarafça kabul edilmemesi durumunda, suça teşebbüs düşünülebilir. Bkz. Artuk-Gökçen-Yenidünya; **Özel Hükümler**, s. 731; Tezcan-Erdem-Önok, **a.g.e.**, s. 767. Bizim çalışmamız bakımından, rüşvet suçuna teşebbüsün olanaklı olup olmayacağına yönelik tartışmaların önemi yoktur. Çünkü tarafımızca tespit edilmeye çalışılan husus, kışkırtıcı ajanın gerek suça teşebbüsten, gerekse tamamlanmış suçtan dolayı cezai sorumluluğunun olup olmayacağıdır. Elbette rüşvet anlaşmasının diğer tarafının cezai sorumluluğunun belirlenmesi bakımından tespitin önemi vardır.

¹⁶¹ **TCK madde. 254** “(1) Rüşvet alan kişinin, soruşturma başlamadan önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşılan kamu görevlisinin soruşturma başlamadan önce durumu yetkili makamlara haber vermesi hâlinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.

(2) Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz; verdiği rüşvet de kamu görevlisinden alınarak kendisine iade edilir.

(3) Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumdan soruşturma makamlarını haberdar etmesi hâlinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmolunmaz.”

¹⁶² Tezcan-Erdem-Önok, **a.g.e.**, s. 763.

görevliyi yakalatmak amacıyla anlaşmış gibi yapması durumunda ortada gerçek bir anlaşmanın olduğundan söz edilemez. Bu durumda, rüşvet anlaşması yoktur; karşı taraf, (kışkırtıcı ajan) memuru yakalatmak üzere, rüşvet teklifini kabul etmiştir. Rüşveti talep eden, teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır¹⁶³. Bu görüşün kabulü halinde, anlaşmış gibi yapan ancak gerçekte anlaşmamış olan kişi, kendisine rüşvet teklifinde bulunulan ve fakat bu teklifi kabul etmeyen kişi gibi kabul edilecektir. Bu durumda ise, faili yakalatmak üzere, soruşturma organlarının bilgisi dahilinde harekete geçen ajanın cezalandırılabilme olasılığı ortadan kalkmış olacaktır.

Kışkırtıcı ajanın, ilk olarak rüşvet talep veya teklif eden olması ve karşı tarafın, talep veya teklifi kabul etmemesi halinde, kışkırtıcı ajan bakımından teşebbüs aşamasında kalmış bir rüşvet suçundan söz edilmek durumunda kalınacak ve bu durumda kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun bulunmadığından ancak “isteme” unsurunun eksikliğinden ve dolayısıyla kastının olmadığı hipotezinden hareketle söz edilebilecektir¹⁶⁴.

Kışkırtıcı ajanın rüşvet anlaşmasının teklif edeni olması ve karşı tarafın da bu teklifi kabul etmesi durumunda da, kışkırtıcının anlaşmaya yönelik iradesi görünüşte de olsa ortada bir anlaşma ve dolayısıyla iki taraflı çok faili bir suç olarak rüşvet vardır. Bu durumda kışkırtıcının cezai sorumluluğunun olup olmadığı meselesi ya biraz önce ifade ettiğimiz kışkırtıcı ajanda kastın isteme unsurunun bulunmadığına yönelik

¹⁶³ Artuk- Gökçen-Yenidünya, **Özel Hükümler**, s. 720; Özgenç, **Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 208.

“Müştekiler Mehmet ve Kamil'in Hazine'ye ait arazi üzerinde kum ocağı işletmek için başvurdıklarında, ... ilçesi mal müdürü olan sanık C. ve Milli Emlak Şefi olan diğer sanık A'nın kiralanan ihale işlemlerinin tamamlanması için müştekilerden 5 milyar Lira istedikleri, para verme niyeti olmayan ve talebi kabul etmeyen müştekilerin ilçe kaymakam vekili de olan İlçe Jandarma Komutanı M.Ö'ye giderek, sanıkların kendilerinden para istediklerini söylemeleri üzerine, Murat'ın para verirsiniz suçüstü yapabiliriz demesi üzerine sanıkların, yanına tekrar giderek 300 milyon Lira verebiliriz dedikleri, sanıkları yakalatmak için rüşvet teklifini kabul etmiş göründükleri ve randevulaştıkları gün 300 milyon Liranın müşteki Kamil tarafından sanık A'ya verilmesi sonrasında önlem alan zabıta tarafından seri numarası alınan paranın sanıkta ele geçtiği görülmekle, müşteki ve sanıklar arasında yapılan anlaşmanın sanıkları yakalatma amaçlı olup serbest irade ürünü olmadığı da nazara alındığında eylemin rüşvet almaya eksik kalkışma suçunu oluşturduğu halde, suçun tamamlandığının kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması...yasaya aykırıdır” (5.CD, E. 2004/5458, K. 2004/6411, T. 7.10.2004, Kazancı.).

¹⁶⁴ Aksi görüşte olan Scarano, kışkırtıcı ajanın suça görünüşte katıldığı durumlarda dahi, teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır. Kişiyi rüşvet almak üzere yönlendirdiği durumda kışkırtıcının da cezai sorumluluğu olmalıdır. Kışkırtılanın rüşveti alması konusunda belli bir senaryoyu ortaya koymuştur. Kışkırtılan hangi gerekçeyle cezalandırılacaksa aynı gerekçeyle kışkırtanın da cezalandırılması gerekir. Bkz. Scarano, **a.g.e.**, s. 215

referansla çözülecek yani kışkırtıcı ajanın neticeye yönelik kastı yoktur denilecek, ya da kışkırtıcı ajan bakımından, TCK'nın rüşvet suçunda etkin pişmanlığı düzenleyen m. 254 hükümlerinin işletilmesi gerekecektir. Elbette kışkırtıcı ajan kamu görevlisi veya onun bilgisi dahilinde faaliyet yürüten kimsedir. Bu halde ise, kışkırtıcı ajanın faaliyetlerinde soruşturma makamlarının habersiz olması düşünülemez.

Yargıtay, taraflardan birinin rüşvet anlaşmasına görünüşte rıza göstermesi ve asıl amacının ise rüşvet anlaşması değil faili yakalatmak olduğu durumlarda, önceleri rüşvet alma suçunun değil görevi kötüye kullanma suçunun meydana geldiği düşüncesindedir. Örneğin, Yargıtay'a göre, *“SSK... Hastanesi İç Hastalıkları Uzman Doktoru olan sanığı, sigortalı işçilere para karşılığı ‘istirahatlı’ raporu verdiği ihbar edilmiştir. C.Savcılığı kanalı ile görevlendirilen kurum müfettişleri ve zabıta memurları aracılığı ile temin olunan tanık Nuh'a durum anlatılıp, seri numaraları önceden saptanan paralar ile ‘Ankara Belediyesi Temizlik İşçisi Ali’ adına düzenlenmiş vizite kâğıdı kendisine verilerek sanığa gönderilmiştir. Sanık doktor, hiçbir hastalığı olmadığını bildiği bu kişiye istediği üzerine ‘bir haftalık istirahati gerektiğine’ ilişkin rapor yazmış, karşılığında 1.000 lira talep etmiş ve ‘bu para ödenmediği takdirde raporu vermeyeceğini’ söylenmesinden” ibaret olan olayda, rüşvet suçunda söz konusu olan anlaşmanın bulunmadığından hareketle rüşvet suçu değil kötüye kullanma suçu vardır*¹⁶⁵. Yargıtay, son zamanlarda verdiği kararlarda rıza görünüşte verilmiş olsa dahi rüşvet alma suçunun meydana geldiği düşüncesindedir¹⁶⁶.

¹⁶⁵ “...Olayımızda unsurları bakımından rüşvet suçu da oluşmamıştır. Şöyle ki; iş sahibi olarak gözüken Nuh, sanığın yasadışı davranışlarının saptanabilmesi için zabıtaca bir ajan olarak görevlendirildiğinden gayrimeşru bir zemin içerisinde bulunmadığı gibi; sanık doktorla, serbest iradesi ile rüşvet anlaşması yaptığının kabulü de mümkün değildir. Bir anlaşma yapılmıştır, fakat bu rüşvet anlaşması değil, sanığın yasadışı davranışlarının meydana çıkarılması yönünden polis görevlileri ile tanık Nuh arasında yapılmış bir anlaşmadır. Bu anlaşma, rüşvet suçunun unsurlarına dahil bulunmamaktadır. Açıklanan hususlar göz önünde tutulduğunda yasa ve nizamla aykırı şekilde görev yaptığı anlaşılan sanığın eyleminin görevi kötüye kullanmak suçunu oluşturduğunu kabulde zorunluluk bulunduğundan Yerel C.Savcısı ve sanık vekilinin temyiz itirazlarının bu nedenlerle kabulü ile direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir...” (CGK., E. 1983/5-113, K. 1983/197, T. 25.4.1983), Bkz. Sedat Bakıcı, **Açıklamalı Zimmet Rüşvet İrtikap Suçları** (Ankara, Yayınevi belirtilmemiş, 1988) s. 207-217. Söz konusu kararı eleştiren Yüce'ye göre, olayda söz konusu olan rüşvet anlaşması geçerli bir rüşvet anlaşmasıdır. Ajanın niyeti zihni kayıttan ibarettir. Zihni kaydın ise sözleşmenin geçerliliği bakımından herhangi bir etkisi yoktur. Ancak zararın ortaya çıkması olanaksız olduğundan sonuç gerçek değil teatraldır. Dolayısıyla da ajanın tamamlanmış rüşvet suçundan değil teşebbüs aşamasında kalmış rüşvet suçundan cezalandırılması gerekir. Bkz. Yüce, **a.g.m.**, s. 17.

¹⁶⁶ “Olay tarihinde E. Devlet Hastanesi'nde Beviye uzmanı olan sanığın, sevkli olarak kendisine müracaat eden jandarma eri müştekiden kendisini sünnet etmek için bir milyon lira istediği, müştekinin o gün bir

2.6. Çocuk Düşürtme Suçlarında Kışkırtıcı Ajan Örneği

Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçu, yardım ve kolaylaştırma heterojen hareketli çok failli suçunun bir alt türü olan rızai suçlardandır¹⁶⁷. Kişi, üzerinde tasarruf etmesi caiz olmayan bir hukuki değer ihlaline rıza göstermekte ve diğer faile de maddi ve manevi bir yardım sunmaktadır. “Rızai suçlar” olarak adlandırılan bu suçlarda, rıza, fiili hukuka uygun hale getirme konusunda etkisizdir¹⁶⁸.

Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçunu düzenleyen TCK m. 99/2’ye göre “*tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi*” cezalandırılır. “*Bu durumda çocuğun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında*” da cezaya hükmolunur.

Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçuna ayrı bir başlık açmamızın nedeni, gebe kadının kışkırtıcı ajan olması durumunda cezalandırılmayacağına yönelik İtalyan Yüksek Mahkemesi kararlarıdır. Mahkeme, gebenin söz konusu faaliyetini, meşru emrin yerine getirilmesi olarak yorumlamıştır. Mahkemeye göre; adli makamla gebe kadınla, kadın doğum uzmanının çocuk düşürtülmesi konusunda anlaşmış ve gebenin bu konuda görevlendirilmiş olması cezalandırılmama için yeterlidir. Diğer taraftan kışkırtılanın daha önceden yasal olmayan şekilde çocuk düşürttüğü bilinmektedir. “*İcra hareketlerinin başlangıcından itibaren gönüllü katkısı anlamında sınırlandırılan kışkırtıcı ajanın, kışkırtma faaliyetinin sona ermesi söz konusudur. Kışkırtıcının kısmen de olsa icra hareketlerini yapmış olması fakat suçu gerçekleştirmek istememesi, kadın*

şey demeden oradan ayrılıp bilahare 20.3.1995 tarihli dilekçeyle bu durumu C. Başsavcılığı'na bildirdiği, tespitli bir milyon lira ile müşteki ve jandarma erleri tanıklar Erkan ve Muhterem'in hastaneye giderek sanığı buldukları, sanığın "hazırladınız mı?" demesi ve tanık Erkan'ın da "tamam" cevabını vermesi üzerine müştekinin ameliyathaneye alındığı, 10- 15 dakika sonra hasta bakıcı İsmail'in ameliyathaneden çıkıp adı geçen tanıkların yanına gelerek "Doktor beyin emaneti varmış, onu istiyor" diyerek tanık Erkan'ın verdiği bir milyon lirayı alıp ameliyathaneye girerek sanığa verdikten bir süre sonra yapılan operasyon sonucu sanığın parayla yakalandığı anlaşılmış olmasına göre sanığın müştekiyi sünnet etmek için istediği paranın getirilip-getirilmediğini anlamak için hazırladınız mı?" diye sormasına "tamam" cevabını aldıktan sonra ameliyatı yapmasından ibaret eyleminin TCK'nin 212/1, son maddesine uygun yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmak için vaki anlaşmaya dayalı olarak rüşvet alma niteliğinde bulunduğu gözetilmeden suç niteliğinin tayininde yanlışlığa düşülerek hakkında görevi kötüye kullanma suçundan ceza tayini...yasaya aykırıdır” (5.CD, E. 1996/381, K. 1996/949, T. 28.3.1996, Kazancı.).

¹⁶⁷ Bkz. Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s. 180.

¹⁶⁸ Aynı, 182-183.

doğum uzmanı faile etkisi bakımından tamamen bağımsız ve yabancı bir nedendir. Çok failli suçlarda, zorunlu faillerden birinin icra hareketlerinden vazgeçmesi, diğer zorunlu failin hareketine doğrudan etki etmez. Bu halde çocuk düşürtmenin gerçekleşmemesi gönüllü vazgeçme olarak adlandırılmaz. Yasanın izin verdiği haller dışında çocuk düşürtme, kadının rızasının olduğu durumlarda çok failli suçlardandır. Çocuk düşürtmeye teşebbüsten dolayı gebenin cezalandırılmıyor olmasının önemi yoktur. Gebe bir anlaşma çerçevesinde harekete geçmiştir. Bu halde suça katılan olarak değerlendirilemez. Ancak birçok failli suçtan dolayı, bir failin cezalandırılabilmesi için tüm faillerin cezalandırılabilmesi gerekir”¹⁶⁹.

İtalyan Yüksek Mahkemesi, kışkırtıcı ajanın cezasız bırakılmasını, kışkırtılan bakımından etkisiz bulmuştur. Kışkırtılan aynı zamanda çok failli suçun faili olarak kalmaya devam etmiştir. Kışkırtıcı, başlangıcından itibaren sadece gönüllü hareketlerin yapılması bakımından sınırlandırılmıştır. Bu durum kışkırtılanın iradesinden tamamen bağımsız ve ona yabancısıdır. Onun katılımı bağlamında, icara hareketlerinin durması gönüllü olarak adlandırılmaz. O halde yasaya aykırı bir şekilde çocuk düşürtme faaliyetine girişen kadın doğum uzmanı kışkırtılan, “rızaya dayalı çocuk düşürtme” suçuna teşebbüs etmiş sayılmalıdır.

Rızaya dayalı çocuk düşürtme suçuna kışkırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olduğu bir başka olayda, hamileliğinin ikinci ayında olan bir kadın savcılığa başvurur. Gebeliğin sekizinci haftası, gebeliği sonlandırmak bakımından rızanın yeterli sayıldığı süreler içersindedir. Başvurusunda, amacının adalete yardım etmek olduğunu söyleyen gebe, bir kadın doğumu uzmanının, yasaların izin verdiği alanlar dışında gebeliğe müdahale ettiği iddiasında bulunur. Savcılığın bilgisi ve organizasyonu ile önceden kararlaştırılan bir yerde gebe ile hekimin buluşmaları sağlanır. Hekim, gebeliği sonuçlandırmak üzere bazı ilaçları kadına verir. Kararda iki konu ön plana çıkmıştır. İlkinde, kışkırtıcının cezalandırılma olasılığının bertaraf edilmesi sağlanmıştır. Hareket, bir yandan teşebbüs aşamasında durdurulmuştur, diğer yandan da yetkili makamların görevlendirmesi ile hukuka uygun hale gelmiştir. İkinci olarak da kışkırtılanın cezai sorumluluğunun olduğu belirlenmiştir. Eğer, gebe kadının rızası yoktur denirse, çok

¹⁶⁹ (Cass. Penale Sezz. V, 16.5.1980), Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 115.

failli suç da ortaya çıkmayacaktır. Hâlbuki somut olayda, gebenin vazgeçmesi amaçta bir değişiklikten kaynaklanmamaktadır. Vazgeçme sonradan ortaya çıkmış değil tam aksine icra hareketleri henüz başlamadan “masada” belirlenmiş bir irade olarak söz konusudur. Söz konusu durumun, mutlak olarak hekimin davranışlarına tesiri olmaz. Hekimin hareketi suç olarak kalmaya devam eder¹⁷⁰.

3. TEŞEBBÜS ve İŞLENEMEZ SUÇ

3.1. Genel olarak (Sorunun Belirlenmesi)

Kural olarak kışkırtıcı ajan, kışkırttığı suçun tamamlanmasını istemez ve bunu sağlamak üzere gerekli önlemleri alır veya aldırır. Ancak, kışkırtıcı ajanın suçun işlenmesini istememesi ve engel olmak için aldığı tedbirlere rağmen netice meydana gelmiş olabilir. Bütün bu hallerde kışkırtılanın meydana gelen neticeden sorumlu olması gerekir. Diğer taraftan kışkırtıcı ajan suçun tamamlanmasını istemediği ve fiilin icra hareketlerinin bitmediği veya bitip sonucun ortaya çıkmadığı hallerde, teşebbüsten söz edilecektir¹⁷¹. Ancak bu durumlardan tamamen farklı olarak kışkırtıcı ajanın hareketlerini öyle bir şekilde düzenlemesi olanaklıdır ki, sonucun gerçekleşmemesi mümkün olabilir. Bu anlamda sonucun gerçekleşmemesinin aracın elverişsiz olmasından veya suçun maddi konusu bulunmamasından ileri gelmesi halinde, “işlenemez suç”¹⁷² söz konusu olacaktır.

Teşebbüs veya işlenemez suç tespiti yapabilmek için, kışkırtıcı eylemin objektif yapısı incelenmelidir. Suça iştirak eden bir kışkırtıcı ajanın veya kamu otoritesinin hazırlığının var olması durumunda ortaya çıkan fiili tipik bir fiil olarak tanımlamak olanaklı olur mu? Kışkırtıcı ajanın, kışkırtmış olduğu her suçun tamamlanması gibi bir hedefi yoktur¹⁷³. Bazı durumlarda kışkırtıcı ajan, kışkırtılanı işlenemez bir suç¹⁷⁴,

¹⁷⁰ Bkz. Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 126.

¹⁷¹ TCK’nın 35 maddesine göre; “kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doruya icraya başlayıp da elinde olmayan bir nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur”.

¹⁷² Ersoy, **a.g.m.**, s. 36; Toroslu, **Genel Kısım**, s. 265.

¹⁷³ Çağdaş öğretisi, kışkırtıcı ajan figürünün ceza hukuku bağlamında sorumluluğunun belirlenmesine yönelik çalışmalarında, kusurluluğu önemli bir hareket noktası olarak belirlemiştir. “Kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğu olmaması gerekir çünkü kastı yoktur”. Söz konusu yaklaşım özellikle Almanya’da güçlü bir şekilde savunulmuştur. Alman öğretisini takip eden İtalyanlar bakımından da söz konusu

kışkırtılanın tehlikeliliğini ortaya koymak üzere kışkırtmış da olabilir. İşlenemez suç söz konusu olduğunda, kışkırtıcı ajan, kendisi için ne dolaylı ne de dolaysız bir çıkarı olan ve yalnız suçluyu ortaya çıkarmak üzere bir anlamda toplumu savunmak için harekete geçen kimsedir¹⁷⁵. Başka bazı durumlarda ise kışkırtan, kışkırtılanın henüz teşebbüs aşamasındayken durdurulabileceğini düşünür. Kışkırtıcı ajanda suçun tamamlanmasına yönelik bir kast bulunmamaktadır¹⁷⁶. Kışkırtıcı ajanı işlenemez suç ve teşebbüs başlığında tartışan yaklaşımlar, hangi kışkırtıcı ajan davranışlarının bu kapsamda görülmesi gerektiğini belirlemeye çalışırlar¹⁷⁷.

Kışkırtıcı ajan, suç henüz teşebbüs aşamasındayken suçun tamamlanmasını engelleyebiliyorsa, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması mümkün olabilir. Suçun tamamlanması halinde ise kışkırtıcı ajan kural olarak tamamlanmış suçtan sorumlu olacaktır¹⁷⁸.

Kural olarak kışkırtıcı ajan, suçu teşebbüs aşamasında durdurmak istemektedir. Kışkırtıcı ajanın hedefi tartışmasız bir şekilde, neticenin meydana gelmesine engel olmaktır. Kışkırtıcı ajan her ne kadar kışkırtılanı suça, daha açık bir ifadeyle suçun tamamlanmasına yönlendirmiş olsa da sadece teşebbüsü istemiştir. Bir anlamda kışkırtanın davranışı, kışkırtılanın davranışını izler niteliktedir. Böyle bir durumda kışkırtıcı ajanın sadece teşebbüsü istemiş ve fiilin de teşebbüs aşamasında kalmış olması halinde cezalandırılmaması gerekir¹⁷⁹.

yaklaşım önemli ölçüde destek bulmuştur. Kışkırtıcı ajanın “suça iştirak” bahsi içerisinde değerlendirilmesi noktasında bir tereddüt yoktur. Ancak figürün teşebbüs başlığı altında incelenmesi doğru olacaktır. Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 356.

¹⁷⁴ Alacakaptan, **a.g.e.**, s. 99.

¹⁷⁵ Alacakaptan, **a.g.e.**, s. 100.

¹⁷⁶ Califano, **a.g.e.**, s. 53.

¹⁷⁷ İtalyan uygulamasında 1950’li yıllardan itibaren, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğu “teşebbüs” başlığı altında tartışılmaya başlanmıştır. Böylece uygulama, az çok kışkırtıcı ajanın kuramsal çerçevesi hakkında görüş bildirir hale geldi. Ağırlıklı olarak sorun bu dönemde sözleşme suçları bağlamında tartışılmıştır. (Cass. Penale Sezz. III, 29.12.1953), Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 81-82.

¹⁷⁸ Dell’Andro, **a.g.m.**, s. 865; Maggiore, **a.g.e.**, s. 596.

¹⁷⁹ Günümüz Alman öğretisindeki baskın görüş bu yöndedir. Bkz. Özbek, **Gizli Görevli**, s. 154.

Kışkırtma faaliyeti bakımından, hareketin elverişli olup olmadığı tartışmasının, sonucun hukuki anlayışına göre değil de doğalcı anlayışına göre yapılması gerekir¹⁸⁰. Somut olayda, korunan hukuki menfaat bakımından yapılan hareketin asla zararlı sonuçları meydana getiremeyeceği durumda söz konusu olan işlenemez suçtur. Suçun görünüşte tamamlanmış ve hatta bütün maddi unsurları gerçekleşmiş ve görünüşte zararlı sonuçları ortaya çıkmış olsa dahi işlenemez suçtan bahsedilir. Kışkırtıcı ajan hareketini, “denetim” altında ve kolluğun katılımıyla önlem olarak gerçekleştirmesi halinde, zararlı sonucu amaçladığından, suçun tamamlanmasını istediğinden söz etmek olanaklı değildir¹⁸¹. Diğer taraftan, kışkırtıcı ajan her ne kadar maddi anlamda tipe uygun hukuka aykırı bir hareket ortaya koymuş olsa da, manevi bakımdan suça katılma iradesi tamamlanmış suça yönelik olarak ortaya çıkmamıştır. Maddi anlamda harekette bulunması da, kışkırtıcı ajanın neticeye yönelik kastının varlığını kanıtlamaz¹⁸².

Kışkırtma faaliyetini yürüten kimsenin kurmaca alıcı veya görünüşte mağdur olarak adlandırılması durumunda söz konusu olan kişinin cezalandırılmaması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşü savunanlara göre; kurmaca alıcının hareketinin değerlendirilmesi gerekir. Bu yüzden kışkırtıcı ajanın cezalandırılabilirliği bakımından sorunsal, hareketin elverişliliği bağlamında ele alınmalıdır¹⁸³. 1950’li yıllarda, özellikle

¹⁸⁰ Doğalcı ve Hukuki sonuç kavramları için Bkz. Toroslu, **Genel Kısım**, s. 120 vd.

¹⁸¹ Salama, **a.g.e.**, s. 26. “Polisin yönlendirmesiyle ve gözetimi altında ortaya çıkmış olan ‘suç’ basit bir numaradan ibaret değildir. Suça katılanların tamamı veya bir kısmı gerçekten suç işlediklerini düşünseler bile, durum böyle değildir. Suçu işleme isteği, tek başına suçu yaratmaz. Polisin denetiminde gerçekleşen olay, belki tek tek suç işlemeye eğilimli, potansiyel suçluları tespit etmeye yarar fakat asla gerçek suçluları ortaya çıkarmaya yaramaz.” Manzini, **a.g.m.**, s. 31.

¹⁸² Kışkırtıcı ajanın azmettiren olarak suça katıldığı durumlarda, korunan hukuki menfaatin ihlaline yönelmiş irade daha ziyade haksız bir hareket şeklinde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla kışkırtıcı ajan faaliyetinin manevi katılma şeklinde ortaya çıkması ve kışkırtıcı ajanın teşebbüsü istemesi ve fiilin de teşebbüs aşmasında kalması halinde, ajanın suça iştiraktan dolayı ceza almaması doğru olacaktır. Bkz. Özbek, **Gizli Görevli**, s. 154-155.

¹⁸³ Napoli Mahkemesi, görünüşte mağdur rolünde yapılmış olan kışkırtmanın elverişlilik bakımından bir tereddüt yaratmayacağına dair vermiş olduğu kararında : “... Hareketin elverişli olup olmadığı elde ettiği sonuca göre belirlenmez. Ortaya konulan hareketin gerçek mahiyeti belirlenmeli ve soyut olarak neticeyi gerçekleştirip gerçekleştiremeyecekleri tartışılmalıdır. Bu anlamda, elverişlilik tartışmasında mağdur tarafından hazır edilmiş araçların önemi yoktur. Aksine fail tarafından ortaya konulmuş hareketin elverişliliği objektif olarak tartışılmalıdır. Fail tarafından ortaya konulan davranış, her olasılıkta (örneğin oyuncak tabancayla veya şeker vererek insan öldürmek) mutlak olarak neticeyi doğuramaz nitelikte olmalıdır. Ancak örneğin gerçek silahı kullanmasına rağmen, mağdurun giymiş olduğu zırh yüzünden netice gerçekleşmezse, kullanılan araçlar bakımından bir elverişsizliğin olduğundan söz edilemez. Araçlar, nitelik olarak neticeyi gerçekleştirecek güçtedirler”. Napoli Mahkemesi’nin 1939 tarihli kararı için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 219.

İtalyan öğretisinin ağırlıklı bir bölümünde ve uygulamada bazı davalarda, “işlenemez suç” üzerinden kışkırtıcı ajan kurumu açıklanmaya çalışılmıştı. Gerek kamu ajanının pasif süje numarası yaparak katıldığı, örneğin dolandırıcılık, zimmet gibi suçlarda, gerekse kurmaca alıcı olarak katıldığı anlaşma suçlarında, sorumluluk bahsi işlenemez suç başlığında incelenmişti¹⁸⁴.

Ayrıca öğreti, kurmaca alıcı ve görünüşte mağdur başlıklarında, kendilerine has bir kavramlaştırmaya gitmiş, bir anlamda, söz konusu kavramlar bakımından bağımsız bir kategori oluşturmuş olmasına rağmen, söz konusu yapılandırma uygulanabilir olmamıştır. Özellikle, netice bakımından zararı esas alan bütün tartışmalar, konunun üç temel meselesi üzerinde odaklanmıştır. Bunlar:

- Kışkırtıcı ajan kimdir?
- Suçun değerlendirmesinde kışkırtıcı ajan hangi aşamaya kadar veya hangi aşamadan sonra dikkate alınır?
- Ceza yasaları nasıl uygulanmalıdır?

Kurmaca alıcının ve görünüşte mağdurun, kışkırtıcı ajan olmadığı düşüncesinde olan yaklaşımlar dahi figürleri, bu sorulara verdikleri cevaplarla biçimlendirmişlerdir. İşlenemez suç bakımından da söz konusu olan budur. Bu bölümde, kışkırtıcı ajan faaliyetinin, suçu işlenemez hale getirip getirmeyeceği sorusuna cevap vermeye çalışacağız.

3.2. Kışkırtıcı Ajanın İşlenemez Suça Yönelik Faaliyeti

Kışkırtıcı ajanın, kışkırtılana işlenemez bir suç işletmek üzere ortaya koyduğu faaliyet iki şekilde söz konusu olabilir. Bir hareketin işlenemez suç kapsamında değerlendirilmesi, aracın neticeyi ortaya çıkarmak bakımından elverişsiz olmasına veya suç konusunun bulunmamasına bağlıdır.

¹⁸⁴ Ottorino Vannini, “In Tema di Tentativo e di Agente Provocatore”, *Archivio Penale*, 1947, P. 1. s. 64.

3.2.1. Kışkırtılanın Kullandığı Aracı Elverişsiz Kılmak

Kışkırtıcı ajanın müdahale ettiği fiiller, aracın elverişsizliği nedeniyle işlenemez suça vücut verebilirler. Kışkırtıcının işlenmesine yönlendirdiği suçun gerçekte işlenmesine olanak yoktur. Kışkırtıcı ajan, işlenemez bir suça, kışkırtılanı yönlendirmiştir. İşlenemez suçtan dolayı bir kimsenin cezalandırılması olanaklı olmadığından, kışkırtıcı ajan da cezalandırılmaz¹⁸⁵.

Kışkırtılanın hareketinin neticenin meydana gelmesi bakımından kesin olarak elverişsiz olması, henüz kışkırtıcı ajanın kışkırtılanı suça yönlendirdiği aşamada söz konusu olmalıdır. Yani elverişliliğin bulunup bulunmadığına yönelik değerlendirme hareketin ortaya çıktığı ana göre (*ex ante*) yapılmalıdır. Örneğin kışkırtıcı ajanın, kışkırtılanı bir kasayı açmaya, kasayı açmak bakımından elverişsiz bir anahtar vererek yönlendirmesi veya bir kimseyi öldürmek için kışkırtılana oyuncak bir tabanca vermesi durumlarında olduğu gibi. İşte bütün bu durumlarda söz konusu olan kışkırtılanın kullandığı aracın elverişsizliği dolayısıyla işlenemez suçtur ve dolayısıyla da kışkırtılanın da cezalandırılabilirliğinden söz edilmez¹⁸⁶. Bu örneklerden yola çıkan öğretiyeye göre; kışkırtıcı ajanın, bir kimseyi polis tarafından gözlenen ve kuşatılan evden hırsızlık yapmaya yönlendirmesi halinde bu kimsenin söz konusu fiili işlemesi olanaklı değildir. Başka bir şekilde ifade edilecek olursa, bu kimsenin yaptığı hareketin zararlı veya tehlikeli bir neticeyi doğurmaya elverişli olmadığından, ortada işlenemez bir suç bulunacağı savunulmuştur¹⁸⁷.

3.2.2. Kışkırtılanın Neticeyi Meydana Getirmek Bakımından Elverişli Araçlarının, Olmayan Maddi Konuya Yönlendirilmesi

Bu varsayımda kışkırtıcı ajan, gerçekte hiç olmayan veya kışkırtılanın davranışının ortaya çıktığı anda var olmayacak bir şey üzerinden kışkırtılanı suç işlemeye yönlendirmiştir ve bu durumdan kışkırtılanın haberi yoktur. Örneğin kışkırtıcı ajan, kışkırtılanı bir kömür madenine, madenden hiç altın çıkmamış olduğunu veya artık

¹⁸⁵ Dönmezer-Erman, C.II, s. 533; Alacakaptan, a.g.e., s. 102.

¹⁸⁶ Califano, a.g.e., s. 53.

¹⁸⁷ Bkz. Dönmezer-Erman, C.II, s. 533.

çıkmadığını bildiği halde altın hırsızlığı yapmak için veya zaten ölmüş birini öldürmek üzere yönlendirdiği durumlarda olduğu gibi. Bu örneklerde de maddi konunun bulunmaması nedeniyle işlenemez suç söz konusu olacaktır. Söz konusu iki varsayım bakımından da yani aracın elverişsizliği veya maddi konunun bulunmaması bağlamında, gerek kışkırtılanın gerekse kışkırtıcı ajanın ortaya çıkan sonuçtan dolayı cezalandırılmamaları gerekir. Zira ortada işlenemez bir suç vardır. Ancak kışkırtılan tehlikeli halini göstermiştir. O halde, İCK'ya göre, kışkırtılan hakkında güvenlik tedbirinin uygulanması söz konusu olabilir¹⁸⁸. Böyle bir olasılık TCK bakımından mümkün değildir.

3.3. Kışkırtıcı Davranış ve Teşebbüsün Cezalandırılması

Eğer kışkırtıcı ajan kışkırtılanı, henüz teşebbüs aşamasındayken durdurmak istiyorsa, bu halde kışkırtıcı ajanın kışkırtılanın davranışına karşıt bir davranışta bulunması, bir anlamda bu davranışa karşı mücadele etmesi nihayet kışkırtılanın girişiminin neticeye ulaşmasını engellemesi gerekir. İşte bunu yapabilmek adına kışkırtıcı ajanın çoğu zaman, korunan şeye zarar gelmemesini sağlamak için bazı önlemler alması lazım gelir. Bu önlemler, daha ziyade kolluk aracılığıyla alınırlar ve kışkırtılanın suçu işlenmesinin engellenmesi ve yakalanması ile sona ererler. Kışkırtıcı ajan üzerine çalışan öğretinin temel varsayımı budur¹⁸⁹. Temel hareket noktasını ifade ettiğimiz öğreti, kendi içerisinde çok farklı bakış açılarına sahiptir.

Söz konusu varsayıma göre, kışkırtılanın, elverişli hareketiyle icra aşamasına başlamış ve fakat kolluğun aldığı önlemler neticesinde, icra hareketlerini tamamlayamamış veya neticeyi elde edememiş olması gerekir. Sorunsalı daha iyi kavrayabilmek için, teşebbüs kurumu ile işlenemez suç kurumunu ayırıcı ölçütlerinin ortaya konulması doğru olacaktır. Nitekim kolluğun almış olduğu tedbirin herhangi bir fiil bakımından rastlantısal bir önemi, kışkırtma sonucunda ortaya çıkmış fiil bakımındansa belirleyici bir değeri vardır.

¹⁸⁸ Califano, **a.g.e.**, s. 54.

¹⁸⁹ Bkz. Califano, **a.g.e.**, s. 55.

Sorun temel olarak şudur: Hangi hareket neticeyi meydana getirmek bakımından elverişliken hangi hareket neticeyi meydana getirmek bakımından elverişli değildir. Bir hareket, bir suçu işlemek bakımından elverişli, bir başkası bakımından elverişsiz olabilir: Örneğin bir eve girmek için kullanılan bir maymuncuk elverişli olabileceken, bir bankanın korunaklı kasasını açmak için aynı maymuncuk elverişsiz olabilecektir. Veyahut genel olarak elverişsiz olduğu kabul edilen bir davranış bazı özel durumların varlığı halinde elverişli hale gelebilecektir. Örneğin bir diyabet hastasının içeceğine şeker katmak o kimsenin ölümüne neden olabilir. Son olarak, fail elverişli bir hareket ortaya koymuş olmasına rağmen netice meydana gelmemiş olabilir. Örneğin bir kimsenin öldürmek üzere ateş ettiği kimsenin kurşun geçirmez yelek giymesi halinde olduğu gibi. Bu noktada teşebbüs ile işlenemez suç ayırımını net bir şekilde ortaya koymak gerekir.

3.3.1. Kışkırtıcı Ajanın Müdahalesi Bağlamında Teşebbüs ve İşlenemez Suç İlişkisi

Kışkırtıcı ajanın katılımıyla suçun işlenmesi durumunda ortaya çıkan meselenin nasıl çözüleceği özellikle son yıllarda hareketin elverişliliği temelinde ele alınmıştır. Kışkırtıcı ajanın katılımının söz konusu olduğu suçlarda tartışma, ortaya çıkan sonuç bakımından teşebbüsten mi yoksa işlenemez suçtan mı bahsedileceği noktasında odaklanmıştır. Yaklaşımlardan bir tanesine göre kışkırtıcı ajanın rolü, netice bakımından “etkisizdir”. Bu etkisizlik elbette kışkırtılmanın varlığında gerçekleşen suça ilişkin olarak ele alınmalıdır. Kışkırtıcı ajanın maddi olarak suça katılmayıp sadece manevi olarak suça katıldığı örnekler bakımından, kışkırtıcı ajanın kışkırtılanın fiilinde kural olarak etkisiz olduğu kabul edilir¹⁹⁰.

TCK’nın Teşebbüsü düzenleyen 35. maddesine göre, fail neticeyi meydana getirmek bakımından elverişli hareketini ortaya koyduğu ve fakat elinde olmayan nedenlerden ötürü tamamlayamadığı durumda cezalandırılır. O halde elverişli hareket nedir onun değerlendirilmesinin yapılması gerekir. Kışkırtıcı ajanın varlığının tehlikeli

¹⁹⁰Neppi Modona, **a.g.e.** s. 255.

veya zararlı neticenin ortaya çıkmasını engellemek bakımından mutlak bir değer taşıdığı iddiası karşısında işlenemez suçtan bahsetmek bir zaruret halini alacaktır¹⁹¹.

İtalyan Ceza Kanunu'nun 49. maddesi, hareketin neticeyi meydana getirmek bakımından elverişsiz olması halinde veya konunun bulunmaması durumunda, işlenen fiilden dolayı bir cezanın söz konusu olamayacağını düzenler. Söz konusu düzenleme, hareketin elverişli olması dışında, cezalandırılabilme için ayrıca objektif olarak konunun bulunması gerektiğini belirtir. Teşebbüse ilişkin İCK m. 56, sadece elverişli hareketten bahsederken, işlenemez suça ilişkin olan 49. madde cezalandırılma için aynı zamanda konunun objektif olarak var olması gerektiğini de söylemektedir. Somut bir olay bakımından teşebbüsün mü yoksa işlenemez bir suçun mu olduğunu belirleyebilmek için, hareketin elverişli olup olmadığı ve konunun bulunup bulunmadığının aydınlığa kavuşturulması gerekir. Elverişliliğe ilişkin olarak, hareketi ortaya çıkaran ve ona etki eden bütün koşullar dikkate alınarak bir belirlenme yapılmalıdır. Söz konusu değerlendirmede, ayrıca failin bireysel özellikleri ve yetenekleri de dikkate alınmalıdır¹⁹².

Kışkırtıcı ajanın müdahalesinin bulunduğu veya kışkırtıcı ajanın katıldığı her durum bakımından mutlaka işlenemez suç vardır demek doğru olmamakla birlikte, ortaya çıkan durumun bu başlık altında incelenmesinin kışkırtıcı ajan figürünün anlaşılması bakımından büyük bir önemi vardır. Kışkırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olduğu her olay bakımından, hareketi elverişsiz kılacağı ve dolayısıyla failin cezalandırılmayacağı söylenemeyeceği gibi sürekli olarak cezalandırılabilir bir teşebbüsten de söz edilemez¹⁹³. Nitekim kışkırtıcı ajanın müdahalesi mutlak olarak her türlü zararlı neticeyi engelleyici şekildeyse, kışkırtılanın hareketinin elverişsiz olarak değerlendirilmesi gerekebilir. Diğer taraftan, kışkırtıcı ajan fiilin icrasına yönelik katkısını “görünüşte” sunmuş olabilir. Elbette, zararlı veya tehlikeli netice bakımından imkânsızlık kışkırtılanın hareketinden önce söz konusu olmalıdır¹⁹⁴.

¹⁹¹ Salama, **a.g.e.**, s. 24.

¹⁹² Aynı, s. 25-26.

¹⁹³ Alacakaptan, **a.g.e.**, s. 102.

¹⁹⁴ Salama, **a.g.e.**, s. 25.

3.3.2. Kışkırtıcı Ajan Katılımının İşlenemez Suçun Varlığına Etkisi

Kışkırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olduğu durumda işlenemez suç tartışması yapılarak, her somut olayın özelliğine göre de işlenemez suç mu yoksa cezalandırılabilir bir teşebbüs mü olduğu belirlenmelidir. Kışkırtıcı ajan bir olaya çok değişik biçimlerde katılabilir. Kışkırtıcı, sadece azmettiren veya suça manevi yardımcı fail olarak katıldıktan sonra, ilgisini tamamen suçu işlemeye ve uygun zamanda müdahale etmeye yönlendirmiş olabilir veya sadece suçun icrasına katılabilir. Kışkırtıcı ajanın her türlü şerik olarak suça katılmasına olanak veren çeşitlilik, hareketin elverişliliği konusunda peşin hüküm verilmesini engeller. Kışkırtıcı ajanın müdahalesinin elverişlilik kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunan öğretiyeye göre, kışkırtıcının bulunduğu her durumda elverişlilik tartışması yapılmalı ve somut olayın incelenmesi sonucunda işlenemez suçun olup olmadığı belirlenmelidir. Sorun, kışkırtıcı ajan davranışının hareketten önce var olan bir neden gibi mi yoksa sonradan ortaya çıkan bir neden gibi mi ele alınacağıdır. Kışkırtıcı ajan müdahalesinin, kışkırtılanın hareketinden sonra ortaya çıkan bir elverişsizlik olması durumunda, cezalandırılabilir bir teşebbüs söz konusu olacağı konusunda hemfikir olan öğreti, cezalandırılabilir teşebbüsten neyin anlaşılacağı konusunda çok farklı düşüncelere sahiptir¹⁹⁵.

Manzini'ye göre bir polis memuru tarafından kışkırtılan ve genellikle suçluyu polisin ağına düşürmek için sahneye konulan olaylarda eğer failin yaptığı hareket elverişli veya konu mevcut ise failin cezalandırılması gerekir. Yani, kışkırtıcı ajanın müdahalesine rağmen, fiilin bütün unsurlarıyla gerçekleşmesi olanaklıysa, tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış suçtan söz edilir. Örneğin, henüz duraktayken taksimetresi çalışan bir ticari araca, polis sırf sürücünün kastının ne olduğunu belirlemek için biner, indiği yerde de, sürücü mesafenin gerektirdiğinden fazla para almaya kalkışırsa, ortada cezalandırılabilir bir hareket vardır. Elverişsizlik tespiti ancak harekete içkin olarak yapılabilir. Hareketin dışında kalan, ona yabancı bir nedenle yaratılan elverişsizlik bu anlamda bir elverişsizlik olarak değerlendirilemez¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Alacakaptan, **a.g.e.**, s. 103.

¹⁹⁶ Bkz. Alacakaptan, **a.g.e.**, s. 103.

Öğretinin bir kısmı ise, işlenecek bir fiile ilişkin olarak kışkırtıcı ajanın mevcudiyetini, hukuki konu bakımından ihlal edilmezliğin bir garantisi olarak görmektedir. Nitekim söz konusu yaklaşımın savunucularından *Vannini*'nin, bu konuya ilişkin tespiti şu şekildedir¹⁹⁷: “*Bizim bakış açımıza göre, konunun bulunmaması ile korunan varlık veya menfaatin alınan önlem neticesinde mutlak olarak ihlal edilemez olması arasında fark yoktur. Yeter ki söz konusu ihlal edilmemeye yönelik önlem, icrai hareketlerin başlangıcından itibaren bulunmuş olsun*”. Bu durumda cezalandırılabilir bir teşebbüsten söz etmek olanaklı değildir. *Vannini*, durumdan önceden haberdar edilmiş olan esnafı, olmayan bir kabahat suçunun para cezasını ödemeye ikna etmeye çalışan vergi memurunu, irtikaptan suçlu gören yüksek mahkeme kararını eleştirmiştir. Ona göre, irtikaptan söz edebilmek için, esnafın icra hareketlerine başladıktan sonra hileden haberdar edilmesi gerekir. Ancak, bu halde cezalandırılabilir bir teşebbüsten söz etmek olanaklı olacaktır. Doğal bir engelle (fiilden önce var olan), sonradan ortaya çıkmış yapay bir engel arasında fark yoktur. Her ikisi de neticenin gerçekleşmesi bakımından mutlak engel oluşturmaktadır¹⁹⁸.

Fiore'ye göre ise, elverişlilik belirlemesi bakımından harekete içkin ve harekete yabancı nedenler arasında bir ayırım yapılması doğru değildir. Hareket, onu oluşturan koşullarla birlikte bir bütündür. Bu halde yapılan hareketin, zararlı neticeyi ortaya çıkarmak bakımından etkisiz olduğu her olayda, nedeni ne olursa olsun, elverişsiz bir hareket ve işlenemez bir suç vardır. Kışkırtıcının suça katılımı zararlı sonuç ihtimalini ortadan kaldırmıştır. Kışkırtıcının varlığı hareketten önceki bir imkânsızlık olarak ele alınmalıdır. Örneğin aldatılacağı ve aldatma sırasında kullanılacak olan araçlar kendisine bildirilmiş olan kişiye karşı işlenen hileli hareket dolandırıcılık olarak adlandırılmaz. Hatta dolandırıcılık sonucunda elde edilen para, kışkırtılana teslim edilmiş olsa dahi durum değişmez. Bu durumda işlenemez suçtan bahsetmek gerekir. Nitekim kışkırtıcının varlığı, icra hareketlerinin başlangıcından itibaren, ihlal edileceği düşünülen hakkın zarara uğraması bakımından mutlak bir imkânsızlık yaratmaktadır¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Vannini, **a.g.m.**, s. 78.

¹⁹⁸ “Kışkırtıcı ajanın müdahalesinin veya kolluğun alması olduğu önlemin tek başlarına suçun icra aşamasından önce var olmaları işlenemez suç tespiti yapmak bakımından yeterli gerekçeyi oluşturmaz. Bkz. Vignale, **a.g.m.**, s. 59.

¹⁹⁹ Alacakaptan, **a.g.e.**, s. 104-105.

Biz, kışkırtıcı ajanın müdahalesinin bulunduğu her olayda hareketin elverişsizliği nedeniyle işlenemez suç olacağı görüşüne katılmıyoruz. Diğer taraftan sorun bize, gerek *Manzini*'nin, gerekse *Fiore*'nin yaklaşımlarıyla da çözümlenebilir gelmemektedir.

Alacakaptan, hareketin genel olarak elverişliliğini belirlerken kullanılan yöntemin, bu konu bakımından da uygulanabileceği düşüncesindedir. Kışkırtıcı ajanın müdahalesiyle işlenen fiillerde de, kışkırtılanın harekete başladığında bilinen koşullara göre, zararlı veya tehlikeli neticenin meydana gelmesinin muhtemel olup olmadığı sorusunun sorulması gerekir. Kışkırtıcı ajanın, gerek maddi gerekse manevi katılan olarak suça müdahalesinin söz konusu olduğu her durumda, zararlı veya tehlikeli neticenin meydana gelme ihtimalinin olduğu kabul edilebilir. Kışkırtıcının faaliyeti önleyici etkisi *ex ante* değil *ex post* belirlenebilir²⁰⁰. İcraya elverişli hareketlerle başlanılmıştır. Neticenin meydana gelmemesinin nedeni olarak kışkırtıcının müdahalesi sadece rastlantısal bir role sahiptir.

Maggiore'ye göre, bir polis memurunun bir kimseyi suçüstü yakalatmak üzere suça yönlendirmesinde, söz konusu olan elverişsizlik nispidir. O halde kışkırtılanın cezalandırılması gerekir²⁰¹. Biz *Maggiore*'nin yaklaşımına katılıyoruz. Kışkırtıcı ajanın davranışı, bir anlamda suçun ortaya çıkması bakımından rastlantısal bir işlev görüyorsa sırf suçun işlenecek olmasından kolluğun önceden haberdar olması yüzünden suçlunun cezalandırılmaması düşünülemez. Yok, eğer kışkırtıcı ajanın müdahalesi, hareketi mutlak olarak elverişsiz hale getiriyorsa, örneğin kışkırtıcı ajan bir kimseyi oyuncak tabanca ile birisini yaralamaya yönlendiriyorsa kışkırtılanın cezalandırılmaması gerekir. Aynı şekilde konunun bulunmaması durumunda da, işlenemez bir suçun varlığını kabul etmek gerekir²⁰².

²⁰⁰ **Ayni**, s. 106; “Aksi yöndeki çözüm tarzı bir yandan suç siyaseti ile çatışması yüzünden suçlulukla mücadeleyi zayıflatacağı gibi, en önemli görevlerinden biri suçluları takip edip adalete teslim etmek olan zabıta teşkilatını da geniş ölçüde lüzumsuz hale sokar”. Bkz. *Alacakaptan*, **a.g.e.**, s. 107.

²⁰¹ *Maggiore*, **a.g.e.**, s. 415.

²⁰² Aksi görüşte olan *Alacakaptan*'a göre, konunun yokluğu nedeniyle, cezalandırılabilir bir teşebbüsün bulunmayacağı görüşü, incelenmekte olan konuya uygulanamaz. Çünkü kışkırtıcı ajanın suça yönlendirdiği kimselerin yaptığı hareketlerin maddi konularının mevcut olmadığı söylenemez. Bkz. *Alacakaptan*, **a.g.e.**, s. 107-108.

3.3.3. Saldırıya Uğrayan ‘Şeye’ İlişkin Olarak Kolluğun Aldığı Önlemin Hukuki Değeri

Kolluğun veya başka bir kamusal otoritenin işlenen fiile ilişkin olarak “önlem” almış olmasının önemi nedir? Nitekim bir kimseyi suça yönlendiren kışkırtıcı ajanın, kışkırtılanı suçüstü yakalatmak için gereken tedbirleri alması ve aldırması doğaldır²⁰³. İşlenecek bir fiile ilişkin ‘önlem’ alınmış olmasının, teşebbüs veya işlenemez suç tespiti yapmak bakımından öneminin olduğu açıktır. Başka bir söyleyişle kışkırtıcı ajanın, kolluğa veya ilgili birime haber vererek uyardığı ve işlenen fiile ilişkin olarak önlem alınmasını sağladığı durumlarda ne olacaktır? Yani bu halde soruna çözüm, teşebbüs kurumu çerçevesinde mi yoksa işlenemez suç kurumu çerçevesinde mi aranacaktır²⁰⁴?

İtalyan uygulamasında, kışkırtıcı ajanın müdahalesi sonucunda işlenemez suçun ortaya çıkmayacağı yönündeki kararlar ağırlıktadır. Kışkırtılanın yapmış olduğu hareket neticeyi meydana getirmek bakımından elverişlidir. Üçüncü kişinin hareketi (kolluğun almış olduğu önlem veya kamu gücü), bizzat hareketle eşzamanlı olarak ortaya çıkmış ve neticenin meydana gelmesini engellemiştir²⁰⁵. Kolluk kuvvetlerinin bir suçun ortaya çıktığını veya devam etmekte olduğunu biliyor olması, bu suçu işlenemez kılmak bakımından yeterli değildir. Elverişsizlik değerlendirmesi *ex ante* yapılmalıdır. Fiilin işlenmesiyle birlikte veya daha sonra ortaya çıkmış bulunan suçun tamamlanmasını engellenmeye yönelik önleyici tedbirler, elverişlilik bahsinin konusu değildir. Kolluk kuvvetlerinin hareketten önce veya eşzamanlı önleyici müdahalesi sadece *ex post* olarak bilinebilecek nedendir. Kolluğun *ex post* olarak ortaya çıkmış olan müdahalesi tek başına hareketin neticeyi meydana getirmek bakımından elverişliliğini ortadan

²⁰³ Kışkırtıcı ajanın suça müdahil olduğu konular bakımından çalışmamızı sınırlandırdık. Kışkırtıcı ajan müdahalesi olmadan, polisin aldığı önlemlerin elverişliliğe etkisinin olup olmayacağı tartışmasına girmedik. Bu varsayıma ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Alacakaptan, **a.g.e.**, s. 108 vd.

²⁰⁴ İtalyan uygulaması yirminci yüzyılın başlarından itibaren kolluğun almış olduğu tedbirlerin, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğu bakımından dikkate alınması gerektiği görüşündedir. “Yağma suçunu işlemek üzere konuta giren çok sayıda silahlı kişi, jandarmanın almış olduğu tedbirler sayesinde neticeye ulaşamamışlardır”. (Cass. Penale sezz. II, 1.6. 1932), De Maglie, **a.g.e.**, s. 244.

²⁰⁵ “Polisin müdahalesi veya gözetimi, harekete yabancı harici bir nedendir. Hareket tek başına neticeyi meydana getirebilecek düzeydedir.” (Cass. Penale sezz. II, 22.5.1929), **Rivista Italiana Diritto Penale.**, 1929, s. 637. Suçüstü (beklenmedik şekilde) yakalamayı sağlamak üzere faili gözetime ve denetime almanın pratik bir değeri yoktur. Çünkü söz konusu faaliyetin, hareketin üzerinde nedensel bir etkisi bulunmamaktadır” (Cass. Penale sezz. III, 28.2.1945), **Archivio. Penale.**, 1946, II, s. 329.

kaldırmaz. Böyle bir durumda suçun tamamlanması, kolluğun aldığı tedbirler neticesinde engellenmişse suça teşebbüsten söz etmek gerekecektir.²⁰⁶

Kışkırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olduğu haller bakımından, teşebbüse dair normların uygulanması gerekir. Failin fiiline nazaran kolluk kuvvetlerinin müdahalesinin “izleyen fiil” (sonradan ortaya çıkan fiil) olarak değerlendirilmesi doğru olacaktır. Nitekim Ceza Genel Kurulu 1987 yılında vermiş olduğu bir kararda, kışkırtıcı ajan olarak polisin varlığına ve suçun neticelenmesini engellemek üzere kolluğun almış olduğu önleme rağmen hırsızlığa teşebbüs edildiğini söylemiştir²⁰⁷. Zira, sonradan ortaya çıkan bu fiil yani kolluğun almış olduğu önlem “*önceki fiillerin neticeyi yaratmak bakımından var olan nedensel katkılarını ortadan kaldırmaz*.”²⁰⁸. Ortaya çıkan sonuç, “*failin iradesinden bağımsız bir neden*” olarak rastlantısal bir şekilde meydana gelmiş olabilir²⁰⁹. Ayrıca “suçlular, en dikkatli kolluğu bile, içersinde bulundukları ahlaki yoksunluk neticesinde önlem alamaz hale getirmiş olabilirler”²¹⁰. İtalyan öğretisinde baskın akım, kışkırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olduğu durumlarda sorunu, teşebbüsün olanaklı olduğunu savunan kuramlar lehine olmak üzere ve hareketin *ex ante* değerlendirilmesi yaklaşımından hareketle çözer. Söz konusu

²⁰⁶ “Suçu meydana çıkaracak olan hareketi adli polisin başından itibaren bilmesi halinde, kışkırtılanın cezai sorumluluğuna yönelik bir tereddüt ortaya çıkmamalıdır. Kışkırtılan neticeyi meydana çıkarmak bakımından elverişli hareketi ortaya koymuş ancak elinde olmayan nedenlerle neticeyi gerçekleştirememiştir. O halde teşebbüsten dolayı sorumlu olması gerekir.” (Cass. Penale sezz. IV, 12.3.1982)., **Cassazione Penale.**, 1983, s. 1552.

²⁰⁷ “Olay tarihinde Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi olan sanığın vize sınav sorularını çalmak amacıyla yakın arkadaş çevresine çilingir aradığını söylediği, bu kanaldan durumu öğrenen polis memuru A.K.’nın kendisini sanığa çilingir olarak tanıtarak yardım edebileceğini söylediği ve sanıktan 210 lira parayı karşılık olarak aldığı, bu arada fakülte yönetimi ile ilişki kurarak durumu anlattığı ve yönetimden binanın kapı anahtarlarını aldığı, olay günü gecesi saat: 20.00 sıralarında randevulaştıkları ve birlikte binaya gittikleri, yönetimden alınan anahtarla A.K.’nın iki kapıyı açtığı, üçüncü kapıyı açacakları sırada önlem alan polisin olaya el koyarak, sanığı yakaladığı anlaşılmaktadır. Sanığın kastı anahtar uydurmak suretiyle sınav sorularını çalmaktır. Bu itibarla polisin müdahale etmesine kadar varolan hareketlerden sorumludur. Cürmi kastı anahtar uydurmak suretiyle hırsızlıktır. Polisin müdahalesiyle eksik kalkışma aşmasında kalmıştır...” CGK., E. 6-446, K. 1987/620, T. 21.12.1987, Vural Savaş-Sadık Mollamahmutoğlu, **Türk Ceza Kanunu Yorumu**, C.1, (Ankara: B. 1, Seçkin Yayınevi, 1994), s. 881 vd.

²⁰⁸ Califano, **a.g.e.**, s. 61; De Maglie, **a.g.e.**, s. 248. “İşlenmekte olan irtikap suçuna ilişkin polisin önceden veya bir fırsatını bularak paranın teslim edilmesi esnasında müdahale etmesi suçu imkansız hale getirmez. Gerçekten ajanın müdahalesine rağmen, suçlu amacını gerçekleştirebilir. Kışkırtıcı ajan hareketi kolaylaştıran değil sade bir şekilde hareketin ‘iter’ini failin davranışlarını ortaya koymak üzere izleyendir.” (Cass. Penale sezz. VI, 7.7.1987), Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 101.

²⁰⁹ Minerva, **a.g.m.**, s. 613.

²¹⁰ **Giovanni Sellaroli**, “Agente Provocatore e Reato Impossibile”, “**Giustizia Penale**”, 1960, **C.II**, s. 107.

değerlendirme soyut yapılmalıdır. Fiil, tek tek parçalara bölünerek (homunculus) ve somut durumdan bağımsız bir şekilde değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, kolluğun almış olduğu önlemin kesinlikle bir önemi yoktur. Neticede, aktif süjenin davranışını gerçekleştirme bakımından kolluğun almış olduğu önlem “sadece posteriori bir neden” olarak değerlendirilebilir. Kolluğun almış olduğu önlemin hareketin elverişliliği bakımından yapılacak *ex ante* bir değerlendirme içerisinde görülmesi olanaklı değildir²¹¹.

Kışkırtıcı ajanın müdahalesi veya kolluğun almış olduğu önlemler, neticenin gerçekleşme olasılığını azaltırlar ve belki de ortadan kaldırırlar. Ancak, kolluğun almış olduğu önlem ne hareketin elverişsizliği ne de konunun olmadığı sonucunu doğurur. Bu durumda söz konusu olan cezalandırılabilir bir teşebbüstür²¹². İcra hareketlerinin başlamasından sonra ortaya çıkan bir nedenden dolayı neticenin gerçekleşmemesi durumunda cezalandırılabilir bir teşebbüsün olduğu hususunda tereddüt yoktur. Yani, hareketin başladığı sırada var olmayan unsurlar hareketin elverişsizliği bakımından dikkate alınmazlar. Sonucun gerçekleşmemesinin rastlantısal olarak kolluk kuvvetlerinin müdahalesinden kaynaklanmasıyla, şerik olan kışkırtıcı ajanın faaliyetinden, işbirliğinden, bir anlamda kışkırtıcı ajanın “araya girmesinden” kaynaklanması arasında hiçbir fark yoktur. Kışkırtıcı ajanın, kışkırtılanın davranışına “menfi” müdahalede bulunma zaruretinin de önemi yoktur. Zira bütün bu varsayımlar bakımından suçun tamamlanamamasının nedeni, icra hareketinin başladığı anda var olmayan bir nedendir. Kışkırtanın, bütün bu durumdan haberdar olması da önemsizdir²¹³.

²¹¹ Neppi Modona, **a.g.e.**, s. 282.

²¹² Sellaroli, **a.g.m.**, s. 107.

²¹³ Vignale, **a.g.m.**, s. 59. “...Üzerinde durulacak husus, tahrikçi bir ajanın olaya herhangi bir müdahalesi olmaksızın, suçtan haberdar polisin ve genellikle zabıta kuvvetlerinin alacakları tedbirlerin etkisini tespitten ibaret olacaktır. Konu bu yönden ele alındığı takdirde, tahrikçi ajan konusu ile arasındaki yapı farkı belirmiş olur. Gerçekten, burada, birincisinde olduğu gibi, hareketin başlamasına ve devamına doğrudan doğruya etkide bulunan bir durum söz konusu değildir. Polisin aldığı tedbirler, esas itibarıyla polisin, nihai müdahalesi gerçekleşinceye kadar, hareketin normal bir şekilde gelişmesine mani olmazlar. ... Bizatihi polis tarafından alınmış olan bir tedbir hareketi etkisiz hale getirmez. Başka bir deyişle, bu sebepler yüzünden hareketin yapısında ve gelişme seyrinde bir anormallik meydana gelmez. Söz konusu tedbirler, elverişli bir şekilde gelişmekte olan bir hareketi durdurmak veya tamamlanmış bir suçtan doğan zararlı sonuçları mümkün olduğu kadar gidermek şeklinde özetlenebilecek bir fonksiyona sahiptirler...”. (CGK., E. 1983/6-443, K. 1984/154, T. 30.4.1984, Kazancı.)

Öğretinin bir kısmı, kolluk kuvvetlerinin icra aşamasından önce tedbir almış olmaları söz konusu olduğunda, *ex ante* yapılacak bir değerlendirme bakımından da neticenin gerçekleşmesinin kesin olarak engellendiği ve dolayısıyla ortada bir işlenemez suç olduğu tespitini yapmıştır. Söz konusu tespit eleştirilmiştir. Her şeyden önce kamu gücünün, önceden tedbir alması neticeyi kendiliğinden imkânsız hale getirmez. İmkânsızlık, ancak bizzat polisin suç failini etkisiz hale getirmesi halinde söz konusu olabilir²¹⁴.

Bize göre, söz konusu yaklaşım dikkate alınmalıdır. Elbette kamu gücünün işlenecek suçu engellemek üzere önlem almasına rağmen suçun işlenmesi “imkânsız” hale gelmeyebilir. Ancak bu durum cezalandırılabilir bir teşebbüsten bahsetmek için tek başına yeterli değildir. Fail tarafından ortaya konulan hareketler alınan tedbire rağmen neticenin gerçekleşmesini “mümkün” kılabilirler. Hareket bakımından tespit edilmesi gereken hususlar şunlardır: Hareketin neticeyi gerçekleştirme gücü var mı, yani hareket istenen netice bakımından “değerli” mi, “mantıklı mı” “kayda değer mi”? Öğretide hiçbir yazar, kolluk kuvvetlerinin almış olduğu tedbirin, kendiliğinden hareketi elverişsiz hale getireceğinden söz etmemektedir. Sonuç olarak, kışkırtılan kişinin teşebbüsten dolayı cezalandırılabileceğini kabul etmek için, tek başına kolluğun almış olduğu tedbirin neticeyi engellemek bakımından yeterli olmayacağını saptamak yetmez²¹⁵.

Bizce, kolluğun almış olduğu tedbir, failin hareketi bakımından elverişliliği ortadan kaldırabilir veya suçun gerçekleşme olasılığını pek aza indirebilir ve bu yüzden eğer kolluk icra hareketleri başlamadan, neticenin gerçekleşmesi noktasında gerekli tedbirleri almışsa elverişlilik tartışması yapılmalıdır görüşü, savunulabilir değildir. Nitekim baskın öğretiyeye göre, hareketin elverişliliğinin tespiti için, hareket anındaki bütün koşulların dikkate alınmasına gerek yoktur. Fail ve ortalama insan tarafından bilinebilecek koşullar dikkate alınmalıdır²¹⁶. O halde olası elverişlilik tartışmaları bakımından, kamu gücünün almış olduğu önlemler, teşebbüsü hariç bırakacak bir

²¹⁴ Sellaroli, **a.g.m.**, s. 107.

²¹⁵ Vignale, **a.g.m.**, s. 60.

²¹⁶ Bkz. Malinverni, **a.g.m.**, s. 398.

değerlendirmenin konusu olamazlar²¹⁷. Diğer taraftan elverişliliği araç ve maddi konu dışına taşımak doğru değildir. Zira kolluğun önlem alması suçun dışında bir şeydir.

Bizce elverişlilik tespiti, hareketin yapıldığı andaki bütün koşulların dikkate alınması suretiyle yapılmalıdır. Böyle bir tespit yapmak, icra hareketlerinin başlamasından evvel veya onunla birlikte var olan her türlü nedenden dolayı neticenin gerçekleşmemesi durumunda, cezalandırılabilir bir teşebbüs yoktur demek anlamına gelmez. Kolluğun aldığı önlem icra hareketlerinin tamamlanması bakımından kesin bir engel oluşturur ve bu yüzden failin cezalandırılmaması gerekir denirse, tesadüfî şekilde panzehir alan kişiye zehir verenin de cezalandırılmaması gerekir. Böyle bir durumda ise cezalandırılabilir teşebbüsün sahası oldukça daraltılmış olacaktır. Sonuç olarak, cezalandırılabilir teşebbüsün sahasını belirlemek bir anlamda suç siyasetinin konusudur. Bu anlamda öğretinin büyük bir bölümü ve uygulama, kışkırtıcı ajan tarafından neticeyi önlemek bakımından ortaya konulmuş olan bütün hususlar, örneğin kolluğun olay yerinden önceden önlem alması gibi, kendiliğinden teşebbüs bakımından elverişliliği ortadan kaldırmaz görüşündedir²¹⁸.

Kışkırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olduğu durumlarda, işlenemez suç olduğunu savunan öğretiye göre; polis gücünün işlenecek suçtan haberdar olarak önceden tedbir aldığı durumlarda, yani suçun tamamlanmasına engel olan nedenin daha icra hareketlerinin başlangıcında var olması halinde, korunan hak veya menfaatin zarara uğraması bakımından mutlak bir şekilde imkânsızlık vardır. Somut olay bakımından ve *ex ante* yapılacak bir değerlendirme bu sonucu ortaya çıkaracaktır. Hareketin ortaya çıkmasından önce var olan bütün koşulların, hareketin elverişliliği bakımından yapılacak olan değerlendirmeye katılmaları gerekir. Bu noktada, kolluğun almış olduğu tedbir, neticenin meydana gelmesi bakımından mutlak bir engel olarak kabul edilmelidir. Nitekim kolluğun daha icra hareketleri başlamadan almış olduğu tedbirler, kışkırtılanın ortaya koymuş olduğu hareketlerin neticeyi ortaya çıkarmak bakımından

²¹⁷ “Söz konusu yaklaşım, öğretide geniş bir mutabakatla savunulmuş olmasına rağmen bazı kuşkuları da barındırır. İlki failin özel bilgisinin, duruma hakimiyetinin, yani sübjektif durumunun, teşebbüse dair objektif neticelerinin olabilirliği noktasında dikkate alınmasıdır. İkincisi ise, korunan hak veya menfaat herhangi bir tehlikeye maruz kalmadığı halde, cezalandırılacak bir teşebbüsün varlığının kabulüdür”. Bkz. Vignale, **a.g.m.**, s. 60.

²¹⁸ Aksi görüşte olan Vignale, bu tedbirlerin, genel tecrübe ve bilim kurallarına göre tespit edilebilir veya aktif süje tarafından bilinebilir olması halinde hareketin elverişliliğinden bahsedilemeyeceğini savunur. Vignale, **a.g.m.**, s. 61.

elverişsizliği sonucunu doğurabilir. Bu durumda da, kısıktılanın teşebbüsten dolayı cezalandırılmaması gerekir. Demek ki suçun neticelenmesi bakımından kolluk kuvvetlerinin almış olduğu tedbirler sonucunda işlenemez suç tespiti yapabilmenin iki olgusal temeli vardır. Bunlardan ilki polisin tedbiri, icra hareketi daha başlamadan başka bir deyişle başlama aşamasında var olmalıdır. İkincisi ise sadece mutlak anlamda bir elverişsizlik olması halinde işlenemez suç olacağıdır²¹⁹.

Fiore de kolluk gücünün almış olduğu tedbiri, işlenemez suç başlığında değerlendirir. Yazara göre, aktif süjenin öngörmesi olanaklı olmayan bir neden olarak polisin varlığı “şüpheli bir neden” ortaya çıkarmaktadır. Yazar, kolluk kuvvetlerinin almış olduğu tedbirin, neticenin ortaya çıkmasını mutlak surette engelleyeceğine dair kuşklar taşımaktadır. Kolluğun almış olduğu tedbir, kendiliğinden hareketin neticeyi doğurması bakımından nedensel katkısını ortadan kaldırmaz. Bir şeyin zor olması onun olanaksız olması anlamına gelmez. Ancak suçun tamamlanması olasılığı, polisin aldığı tedbir neticesinde oldukça zorsa, failin cezalandırılmaması gerekir²²⁰.

Kolluğun almış olduğu tedbirler bağlamında, aktif süjeden ziyade mağdur merkezli bir bakış açısına yönelmek gerekir. Korunan hukuki yarar, herhangi bir zaman diliminde “gerçekten tehlikeye koyulmuş mu” değerlendirmesi yapılmalıdır. Bu noktada değerlendirme, soyutlama ve gerek *ex ante* gerek *ex post* bilmeye ilişkin seçimler olmaksızın yapılmalıdır. Sonradan ortaya çıkan sonuçlar, hareketin yapıldığı anda etkili bir şekilde varlarsa, isterse hareketin yapılmasından sonra fail bakımından bilinebilir olsunlar, işlenemez suç tespitinde esas alınmaları gerekir. İşlenemezlik söz konusu olduğunda, cezalandırılabilir bir teşebbüsten de söz etmek olanaklı olmayacaktır. Yeter ki söz konusu imkânsızlık nedenine (kolluğun almış olduğu tedbir) rağmen tehlikeli

²¹⁹ “Suçun işlenmesinden evvel haberdar edilmiş jandarmanın, hırsızın bankadan çıkmasını beklemesiyle, Atlantik okyanusu büyüklüğünde bir alanda failin belirlenmiş olması, onun yakalanacağına inanılması arasında bir fark vardır” Bkz. Vannini, **a.g.m.**, s. 62.

²²⁰ Kolluk kuvvetlerinin suçun işlenmesinden önce almış oldukları önlemler, neticenin ortaya çıkmasını her zaman engellemezler. Nitekim birçok somut olayda alınan önlemler, sonucun ortaya çıkması bakımından bir engel oluşturmamıştır. Bkz. Giulio Battaglini, **Diritto Penale, Parte Generale** (Padova: 3. ed., Cedam, 1949), s. 248.

veya zararlı bir netice meydana gelebilir olmasın. Sonuç olarak, kolluğun aldığı tedbir, icra hareketlerine eşlik eder ve kışkırtılanın hareketini elverişsiz kılar²²¹.

Kışkırtıcı ajanın uyarması üzerine, kolluğun önlem aldığı duruma ilişkin olarak geliştirilmiş olan diğer bir yaklaşım, asıl fail davranışının, diğer katılan tarafından, neticenin meydana getirilmesi noktasında elverişsiz hale getirilmesiyle işlenemez suçtan bahsedilebileceğini söylemektedir²²². O halde tartışma, maddi konunun “var olma” zemininden, hareketin neticeyi meydana getirmek bakımından elverişli olup olmadığı zeminine kaymıştır. Hatta bir görüşe göre icra hareketlerinin başlamasından önceki veya icra hareketiyle eşzamanlı olarak ortaya çıkan nedenler bakımından neticenin meydana çıkması imkânsız hale gelmiş olabilir. Dolayısıyla bütün şerikler bakımından, neticenin meydana gelmesindeki imkânsızlık, görünüşte suç olarak düşünülmeli ve gerek kışkırtıcı ajan bakımından, gerekse kışkırtılan bakımından herhangi bir cezai sorumluluk söz konusu olmamalıdır²²³.

Kışkırtıcı ajan, asıl failin davranışına etki ederken, suçun konusunu dokunulmaz kılmakta ve böylece suç oluşmamaktadır. Görünüşte suçu esas alan yaklaşım, ortaya çıkan hareketlerin elverişsizlik kapsamında değerlendirilmeleri gerektiğini söylerken bunun nedenini açıklayamamaktadır. Nitekim kışkırtıcı dışında kalan diğer katılanlar, neticeyi gerçekleştirmek bakımından elverişli hareketi ortaya koymaktadırlar ve fakat neticeyi gerçekleştirememektedirler. O halde katılanlardan birisi yani kışkırtıcı ajanın konuya ilişkin olarak alınmasını sağladığı önlem diğer katılanların davranışlarının elverişsizliği sonucunu doğurmaz. Nitekim bir davranışın neticeyi meydana getirmek bakımından elverişli olup olmadığına yönelik yapılacak bir değerlendirme için bizzat davranışın kendisi esas alınır. Eğer kışkırtıcı ajan, kışkırtılanın hareketini, icra hareketlerinin başlamasından önce, neticeyi elde etmek bakımından elverişsiz kılmışsa, bu durumda gerek kışkırtılan gerekse kışkırtan bakımından elverişsiz suçtan söz edilebilir. Örneğin kışkırtıcı ajan, kışkırtılanı bir bankanın kasasından çalışmayan bir

²²¹ Marinucci'nin görüşleri için Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 251.

²²² Califano, **a.g.e.**, s. 59.

²²³ De Marsico, **Reato Apparente**, s. 329.

matkap marifetiyle hırsızlık yapmaya yönlendirirse, bu durumda gerek kışkırtılan bakımından gerekse kışkırtıcı ajan bakımından işlenemez suç söz konusudur²²⁴.

Öğretide bir kısım yazar, kışkırtıcı ajanın uyarması üzerine, kolluğun almış olduğu önlemin, her zaman neticenin meydana gelmesini engellemek bakımından mutlak bir işlevi olamayacağını söyler²²⁵. Varlık veya menfaatin korunmasına yönelik olarak önlem alınması, neticenin meydana gelmesi bakımından olasılıklı bir engel oluşturur. Alınan önlemin neticeyi mutlak olarak engelleyebileceğini söylemek birçok somut olay bakımından olanaksızdır. Nitekim alınan önlem, neticenin meydana gelmesini engellemek bakımından yetersiz olabilir veya önleme ilişkin olarak bir hata yapılmış olabilir. Bu tespit doğru olmakla birlikte, kolluğun aldığı önlemin neticenin meydana çıkmasını engellediği durumlara ilişkin olarak bir çözüm üretmemektedir²²⁶.

Sonuç olarak, kolluğun tedbir olarak neticenin meydana gelmesini engellediği durumlarda, kışkırtılan, teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır. Kolluğun veya diğer önlem alan birimlerin varlığı, konu bakımından ihlal edilmezliği sağlamış olsalar da, konuyu “var olmama” durumuna dönüştürmemişlerdir. Yani konuyu yok kılmamışlardır²²⁷. Bu halde tartışma, ortaya çıkan hareket üzerinden yürütülmeli ve her somut olay açısından ortaya çıkan hareketin neticeyi meydana getirmek bakımından elverişliliği üzerinde durulmalıdır. Kolluğun almış olduğu önlem neticenin meydana gelmesini engellemiş yani neticeye tesir etmiş olabilir ama hareketin elverişliliğine yönelik bir tesirde bulunmaz. Nitekim İtalyan Yüksek Mahkemesi, kışkırtanın uyarması sonucu kolluğun almış olduğu önlem neticesinde neticenin meydana gelmemesi durumunu, fail açısından elde olmayan bir neden olarak anlamış ve failin teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılması gerektiği yönünde içtihat oluşturmuştur²²⁸.

²²⁴ Califano, **a.g.e.**, s. 60.

²²⁵ Gaetano Monteleone, “Agente provocatore e Autore Mediato”, **Rivista Penale**, 1950, P. II, s. 651.

²²⁶ Söz konusu yaklaşıma yönelik eleştiriler için bkz. Califano, **a.g.e.**, s. 60.

²²⁷ İşlenemez suç bağlamında konunun yokluğundan, hiç olmama durumunda söz edilebilir. O halde kışkırtıcı ajan sorunu işlenemez suç kapsamında çözülemez. Califano, **a.g.e.**, s. 61.

²²⁸ **Aynı**, s. 61.

Kışkırtıcı ajana başvurulduğu birçok durumda kışkırtıcı ajan, kamu gücünün suçun işlenmesini önlemek üzere hazırlık yapması noktasında uyarır. Suçun işleneceği yeri ve zamanı bildirir. Bu anlamda kışkırtıcı ajanla kamu otoritesi ilişki içersindedirler. Kolluğun almış olduğu tedbirler neticesinde suçun işlenmemiş olması, kışkırtıcı ajanın dahil olduğu suçlar bakımından cezai sorumluluğun ne olacağını göstermesi açısından önemlidir. Ancak kolluğun almış olduğu tedbir neticesinde suçun engellenmesi veya engellenmeye çalışılması bütün kışkırtıcı ajan hipotezleri bakımından tekrarlanabilir bir olasılık değildir. Bu anlamda kışkırtıcı ajanın müdahalesinin olduğu suçlar bakımından tek başına işlenemez suç yaklaşımı, cezai sorumluluğun belirlenmesi noktasında tatminkâr sonuçlar doğurmaz.

3.3.4. Görünüşte Mağdur/ Kurmaca Alıcı ve İşlenemez Suç

İtalyan öğreti ve uygulaması, gerek adli polis ajanının görünüşte mağdur numarası yaparak katıldığı örneğin dolandırıcılık, zimmet gibi suçlarda; gerekse kurmaca alıcı olarak katıldığı anlaşıma suçlarında yani konusunu alım satımı yasaklanan şeylerin oluşturduğu suçlarda soruna işlenemez suç bağlamında yaklaşmıştır.

Kışkırtıcı ajanın suça, “görünüşte mağdur” ve “kurmaca alıcı” olarak katıldığı durumlarda da, *Vannini*’ye göre söz konusu olan, işlenemez suç hipotezidir. Kışkırtıcı ajanın, görünüşte kurban rolünü aldığı durumlarda, pasif süje fiilden önce, davranıştan haberdardır. Neticenin gerçekleşmesi olasılığı yoktur. Diğer taraftan kışkırtıcı ajanın kurmaca alıcı olduğu hukuk düzenince yasaklanmış bir alım satım faaliyeti bakımından da, davranışın elverişsizliği *ex ante* olarak mevcuttur. “*Belki polisin kullanmış olduğu inisiyatif ahlaki açıdan tartışılabilir (olumlanabilir veya olumsuzlanabilir). Ancak nedensel tesiri bakımından tartışılmaz: Polisin yasak alım satım faaliyetine katılması, hukuka aykırı neticenin gerçekleşmesi bakımından kesin olarak engeldir*²²⁹”. Hareketin başlangıç anından itibaren korunan hukuki yararın herhangi bir şekilde tehlikeye düşürülmesi söz konusu değildir. Sadece alım satımı yasak olan “şeyin” el değiştirmesi alım satımın gerçekleştiği anlamına gelmez. Nitekim taraflardan birisi gerçekte satmak istese de diğeri, gerçekte “şeyi” satın almak istememektedir. Bu halde satıcının hareketi

²²⁹ Vannini, a.g.m., s. 65.

tek başına satımın oluşmasına elverişli olamaz, çünkü mülkiyetin devri neticesinin ortaya çıkması olanaksızdır. Bu yüzden özellikle “çift taraflı suçlar” bakımından söz konusu olan işlenemez suçtur²³⁰.

Bize göre, kurmaca alımın söz konusu olduğu kışkırtıcı ajan müdahaleleri bakımından, kışkırtılan süjenin cezalandırılabilirliği noktasında bir kuşkuya yer yoktur. *Fictus emptor* kılığındaki kışkırtıcı ajan, kışkırtılan süje bakımından, örneğin uyuşturucu madde satışı yapabilme olanağı yaratmışsa, satıcının cezalandırılması gerekir. Zira kurmaca alım satım bağlamında kışkırtıcı ajanın davranışı, kışkırtılanın (satıcının) davranışından bağımsız ve harici bir neden oluşturmaktadır. Nitekim satan anlamında *ex ante* yapılacak bir değerlendirme, davranışın zarar verici niteliğini ortaya koyar²³¹. Ceza kanunu bağlamında işlenemez suç belirlemesi yapmak için bizzat kışkırtılanın hareketine bakmak ve hareketin dışındaki koşulları dikkate almamak gerekir. Hareketin neticeyi ortaya çıkarmak bakımından elverişli olup olmadığı, kışkırtıcının hareketinden bağımsız olarak ele alınmalıdır. Neticenin meydana çıkmasının olanaksız olduğunun doğrulanması, hareketin elverişliliğinin değerlendirilmesiyle mümkün olur. Söz konusu elverişsizlik neticenin ortaya çıkması bakımından mutlak olmalıdır. İşlenemez suç hipotezinden söz etmek için neticenin meydana gelme olasılığının kullanılan aracın soyut olarak değerlendirilmesi sonucunda rastlantısal olarak dahi olmaması gerekir. Başka bir ifadeyle ortaya konulan hareket hiçbir olasılıkta, kriminal amacı gerçekleştirilebilir bir düzeyde olmamalıdır. Elverişsizlik belirlemesi kışkırtılanın hareketine eşlik eden veya harici nedenlerden bağımsız olarak yapılmalıdır. Kışkırtıcı ajanın davranışı, suçlunun davranışının ortaya çıkması bakımından ikincil bir etkiye sahiptir. Aslında kışkırtılan, kışkırtıldığı suçu çoğu zaman gerçekleştirmek isteyendir. Kışkırtıcının tamamlamış olduğu hareketler, neticeyi ortaya çıkarmak bakımından nedensel etkilerini devam ettirirler. Yani kışkırtıcı ajanın davranışı, suçlunun davranışının nedensel etkisini hariç bırakmaz. O halde, bir polis

²³⁰ Salama, **a.g.e.**, s. 50.

²³¹ “Suçun meydana çıkması bakımından katkı ortaya koyan kışkırtıcı ajanın hareketi, kışkırtılan bakımından cezalandırılabilirliği ortadan kaldırmaz. Kışkırtıcı ajanın davranışı, satıcının davranışına yönelik olarak ortaya çıkan harici bir neden olduğundan, suçlunun süregelen alışkanlıkları bakımından etkili olamaz. Satıcının istemiş olduğu netice bakımından nedensel bir etkiyi ortadan kaldırdığından dolayısıyla da satıcı bakımından İCK’nın 49. maddesinin işaret ettiği işlenemez suçtan söz edilemez.” Roma İstinaf Mahkemesi’nin 21 Mayıs 1997 tarihli kararı ve aynı doğrultuda 1986 tarihli ceza dairesi kararı için bkz. Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 93-94.

ajanının kışkırtıcı ajan vasfında doğrudan doğruya şerik gibi davranması halinde işlenemez suçtan bahsedilemez²³².

İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin kışkırtıcı ajanın müdahalesinde, kışkırtılan davranışının *ex ante* değil *ex post* değerlendirilmesi olasılığında dahi işlenemez suçtan bahsedilemeyeceği hususunda kararlar da bulunmaktadır²³³.

Satanın (kışkırtılanın) hareketinin, kışkırtıcının müdahalesiyle elverişsiz hale geleceğinden söz etmek, satıcının tehlikeli durumu karşısında bir anlamda kayıtsız kalma sonucunu da doğurabilir. Diğer taraftan İtalya'da 1990'dan beri yürürlükte olan uyuşturucuyla mücadeleye ilişkin 309 sayı ve 1990 tarihli yasanın 73. maddesine göre; uyuşturucunun simülatif satın alımında satıcı bakımından cezai sorumluluk teşebbüs bakımından değil tamamlanmış suçtan dolaydır. Madde, durumu “uyuşturucu madde satışı yapan kimse, alım yapanın gerçek alıcı olmaması halinde de cezalandırılır” şeklinde formüle etmiştir. 1990'dan önce de İtalyan Yüksek Mahkemesi benzer yönde kararlar vermiştir. Örneğin, uyuşturucu müptelası bir kimsenin kendisini bu hale getirdiğini düşündüğü suç örgütü üyelerinden intikam almak amacıyla, adli polisle işbirliği halinde ve adli polisin aldığı önlemler eşliğinde örgüt üyelerinin yakalanarak cezalandırılmalarını sağlamak üzere uyuşturucu satın alması şeklinde özetlenebilecek olayda, mahkeme satıcılar bakımından tamamlanmış uyuşturucu satma suçundan dolayı ceza verilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir²³⁴.

Kışkırtıcı ajanın, görünüşte mağdur ve kurmaca alıcı olarak ortaya çıktığı hipotezler bakımından, işlenemez suç yaklaşımını kabul etmeyenlere göre: “*Her ne kadar, işlenen fiil neticesinde failin hiçbir isteği gerçekleşmeyecek olsa da, taraflar alım*

²³² (Cass. Penale sezz. VI, 22.12. 1989), (Cass. Penale sezz. VI, 17.06. 1993), (Cass. Penale sezz. VI, 04.06. 1990), Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 94-95.

²³³ “Adli polis kışkırtıcı ajan olarak faaliyetini ortaya koymuşsa, faaliyetin kendisi bizzat hareketi mutlak bir şekilde elverişsiz hale getirmez. Kaldı ki kışkırtıcı ajanın kışkırtılan bakımından fiile yönlendirici hareketini ortaya koyduğu olasılıklarda ve hareket bakımından yapılacak *ex post* bir değerlendirmede dahi hareket tehlikeli olmaya devam edecektir. Kışkırtılan teşebbüsten dolayı cezalandırılmalıdır”. (Cass. Penale sezz. VI, 16.10. 1989), Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 95.

²³⁴ Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 96. Yüksek mahkeme aksi yönde bir kararında kışkırtılan bakımından ancak suça teşebbüs hükümlerine göre ceza verilmesi gerektiğini savunmuştur: “...kışkırtılan basitçe suç yolunu, iradi bir şekilde yarım bırakmış olabilirdi, ceza teşebbüs hükümleri doğrultusunda verilmelidir”. (Cass. Penale sezz. VII, 07.07. 1987), Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 95.

*satımı tamamlamaya yönelik iradelerini ortaya koymuşlardır. Özellikle kışkırtıcı ajan bakımından, istek ile beyan arasındaki fark fikrî bir kayıttan öte bir anlam taşımaz. Bu halde, kışkırtıcı ajanın iradesinin neye yönelik olarak ortaya konulduğunun sözleşmenin tamamlanması bakımından bir önemi de yoktur*²³⁵. Bu halde, kışkırtıcı ajan ne zaman alım satıma yönelik olarak alıcı numarası yapar (örneğin yasadışı uyuşturucu ticareti) ve malı alırsa, bu halde tamamlanmış bir suçtan bahsetmek gerekecektir²³⁶.

Kışkırtıcı ajanın hareketi, alım satımı neticelendirmek noktasında suçun objektif unsuru bakımından neticeyi doğurabilecek yeterliliktedir. Sadece suçun subjektif unsuru bakımından, kışkırtıcı ajanın sorumluluktan kurtulması söz konusu olabilir. Nitekim kışkırtıcı ajan, gerçekte, şeyi satın almak istememektedir²³⁷. Kışkırtıcı ajanda bulunan fikrî kayıt, onun neticeye yönelik kastının olmadığı sonucunu doğuracaktır. Böylece kışkırtılanın cezai sorumluluğu bakımından da bir sorun ortaya çıkmayacaktır²³⁸.

Kışkırtıcı ajanın pasif süje rolü yaptığı suçlar bakımından (örneğin dolandırıcılık suçunda dolandırılan) iki temel yaklaşım vardır: İlk yaklaşıma göre aktif süjenin davranışının başlangıçtan itibaren elverişsiz olduğuna yönelik hiçbir kuşku yoktur. Korunan hukuki menfaat bakımından hiçbir şekilde zararlı veya tehlikeli sonuç ortaya çıkmayacaktır. *Nuvolone*, “açıktır ki, suç, işlenemezdir” demektedir. Dolandırıcılık suçunda, kışkırtıcı ajan, (görünüşte mağdur) bir hataya düşmek konusunda numara yapıyorsa, teşebbüsten de bahsedilemez. Çünkü hareket, hataya düşmek sonucunu doğurmak bakımından kesin olarak elverişsizdir.

Diğer bir yaklaşıma göreyse, görünüşte mağdurun dahil olduğu her suç bakımından kesin olarak işlenemez suç belirlemesi yapmak doğru değildir. Bununla beraber bazı durumlarda işlenemez suç tespiti yapmakta hiçbir sorun yoktur. Neticelenmiş davranışlar incelenmek zorundadır. Bu inceleme söz konusu davranışların, suça teşebbüsü gerçekleştirmek bakımından işlevlerinin olup olmadığı üzerinden

²³⁵ Neppi Modona, *a.g.e.*, s. 250.

²³⁶ Fictus emptorun malı satın aldığı her durumda tamamlanmış bir alım/satımdan bahsetmek gerekir. Bkz. Vignale, *a.g.m.*, s. 62.

²³⁷ *Aynı*, s. 63.

²³⁸ Neppi Modona, *a.g.e.*, s. 255.

yapılmalıdır²³⁹. Netice itibarıyla ağırlıklı olarak öğreti, failin (kışkırtılanın) teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerektiği tercihinin ortaya koyar²⁴⁰.

3.4. Teşebbüs, İşlenemez Suç ve Görüşümüz

Çalışmamız bakımından elverişlilik sorunsalı, elverişlilik kavramına verilecek anlama göre ve teşebbüs bakımından kabul edilecek teorilere göre farklılık gösterecektir²⁴¹. Ceza hukuku bakımından hangi sistemin kabul edildiğinin bu noktada önemi büyüktür. Sübjektif ceza hukuku sistemi, failin dışı yansıması olan iradesi nedeniyle cezalandırılması gerektiğini savunur. Objektif ceza hukuku sistemi ise korunan hukuki yarar bakımından failin bir tehlike yaratması halinde cezalandırılmasını esas alır. Söz konusu yaklaşımlardan birinin tercihi, özellikle kışkırtıcı ajan sorunsalında, suça teşebbüs bakımından esaslı bir anahtar işlevi görecektir.

Ağırlıklı olarak çağdaş ceza hukuku sistemlerinde, teşebbüse ilişkin teoriler, sübjektif yaklaşımdan ziyade objektif yaklaşımla uyumludur. Bu anlamda sembolik olarak rehber bir deneyimden (İtalya) hareket edilecek olursa, sistemin objektif yaklaşımın güçlü bir etkisi altında olduğu tespit edilebilecektir. İtalya deneyiminde, suça kışkırtma amaçlı gerçekleştirilmiş davranışlar bağlamında, işlenemez suç merkezli yaklaşımlar bulmak olanaklıdır. Bu yapı altında ele alınan sorun bakımından, İtalyan öğreti ve uygulamasının elverişlilik merkezli tartışmalara yoğun olarak katılmış oldukları da rahatlıkla tespit edilebilir.

Meseleyi teşebbüs/işlenemez suç merkezli çalışan İtalyan öğretisi, kışkırtan ve kışkırtılan bakımından eşit cezai sorumluluk şeması benimsemiştir. Bu anlamdaki değerlendirme, suç siyasetinin işlevselliği bakımından diğer başka birçok çözüme göre kesindir. Teşebbüs/işlenemez suç merkezli yaklaşım olası her türlü kışkırtma varsayımı için kabul edilemez birlik biçimi yaratmaktadır. Çünkü bu yaklaşımı savunanlar, gerek

²³⁹ Aynı, s. 254.

²⁴⁰ Aynı, s. 254.

²⁴¹ Teşebbüs konusunda teoriler için bkz. Sözüer, **a.g.e.**, s. 48 vd.

kışkırtan gerekse kışkırtılanı ortak bir değerlendirmeye tabi tutarak ya ikisi de cezalandırılacak ya da ikisi de cezalandırılmayacak sonucuna ulaşmaktadırlar²⁴².

Bu sorunu çözebilmek üzere kışkırtıcı ajan ile kışkırtılan arasındaki farkı ortaya koyabilecek bir elverişlilik modeli var mıdır? Ona bakmak gerekecektir. Bu anlamda ilk elden hemen söylenmesi gereken, öğretide bu konuda bir netliğin olmadığıdır. Bu anlamda kavrama ilişkin bazı ana yaklaşımlara temas etmek gerekecektir.

İşlenemez suç bir anlamda suça teşebbüsün “ters yüzüdür”. Yani hareket teşebbüse elverişli ise işlenemez suçtan söz edilemez. Bu yüzden teşebbüs ve işlenemez suç için ortak bir ayırıcı ölçüt belirlemek gerekir. Buna göre icra hareketlerine başlanmış olması kaydıyla elverişlilik ancak somut olay bakımından ve *ex ante* değerlendirilir. Hareketin yapıldığı anda bilinebilmesi olanaklı olmayan neden ve koşullar hareketin elverişliliğini engellemez. İştirak halinde işlenen suçlarda, ortaklardan bazılarının hareketlerinin elverişsiz olmasının önemi yoktur. Ortakların hareketleri bir bütün olarak ele alınarak elverişlilik belirlemesi yapılabiliyorsa tüm şeriklerin gerçekleşen suçtan dolayı cezalandırılmaları gerekir²⁴³.

Elverişsizlik nedeniyle işlenemez bir suçtan bahsetmek için ortaya konulan hareketin kendisine bakılmak gerekir, yoksa *iter criminis* aşamasında dıştan gelen unsurların müdahalesi sonucunda suçun engellenmesi, örneğin kışkırtıcı ajanın müdahalesi sonucu güvenlik kuvvetlerinin müdahalesi, kişinin hareketine yabancı, dıştan gelen ve bağımsız neden olarak, suçlunun tamamlanmış hareketleri bakımından elverişliliği ortadan kaldırmaz. Nitekim söz konusu hareketlerin de *ex ante* değerlendirilmeleri gerekir. O halde kamu güvenliğini sağlamak üzere kendisini görünüşte mağdur olarak tanıtan ajana bir paket uyuşturucu teslim edilmesinde maddi ve manevi unsurlarıyla teşebbüs aşamasında kalmış değil tamamlanmış bir suçtan söz edilmelidir²⁴⁴.

²⁴² De Maglie, **a.g.e.**, s. 331.

²⁴³ Alacakaptan, **a.g.e.**, s. 95-96.

²⁴⁴ Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 96. Nitekim İtalyan Uyuşturucuyla Mücadele Yasası’nın 73. maddesi, “kışkırtıcı ajanın müdahalesinin bulunduğu uyuşturucu alım satımında tamamlanmış suçtan dolayı ceza verilir” demektedir.

Beling, kışkırtıcının kastından dolayı cezalandırılması için henüz teşebbüs aşamasında olsa dahi kendi katkısını ortaya koymuş olmasını yeterli görmektedir. *Beling*'e göre kışkırtıcı ajan sadece bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması veya gönüllü vazgeçme bağlamında neticenin meydana çıkmasını engellemesi halinde ceza almaktan kurtulabilir. Diğer taraftan kışkırtıcı ajan hakkından yazılmış olan ilk monografilerinden birinin yazarı olan *Heilborn* da kışkırtıcının sadece teşebbüsü istiyor olması halinde dahi cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır. Ona göre kışkırtıcı ajan bir kimseyi suça yönlendirence cezalandırılmalı yok eğer suçun işlenmesi bakımından sadece fırsat yaratansa cezadan bağışık tutulmalıdır²⁴⁵. *Heilborn* bu durumu “tipleştirilmiş fiiller” olarak adlandırmıştır. Ancak bu durumda kışkırtıcı ajan cezalandırılmaz. Kışkırtıcı ajanın böyle bir durumda gerçek bir yönlendiren olduğundan söz edilemez. Zira bu durumda korunan menfaat üzerinde hiçbir durumda zarar veya zarar tehlikesinin doğması söz konusu olamaz. Bu halde kışkırtıcı ajan, bir kimsenin suç işlemesi için fırsat yaratırken, hukuki menfaat bakımından bir ihlalin doğmayacağını bilendir²⁴⁶.

Teşebbüsü istiyor olmanın ceza hukuku bağlamında hukuka aykırılığı istiyor olmaktan öte bir anlamı olamaz. En azından zararlı bir sonuç istenmese dahi, korunan hukuki varlığın tehlikeye düşürülmesi istenmiş veya en azından göze alınmıştır. Yani failin cezalandırılması için olası kastının bulunması yeterlidir. Korunan hukuki varlığın tehlikeye sokulması ise kanun koyucu tarafından cezalandırılma için yeterli görülmüştür. Bu noktada dikkate alınması gereken husus neticenin değersizliği (teşebbüs aşamasında kalmış suç) değil hareketin değeri daha doğru bir ifadeyle değersizliği olmalıdır. O halde kışkırtıcı ajanda “suçun tamamlanması kastı”nın bulunmadığı nedeniyle cezasız kalacağı düşüncesi yanlıştır²⁴⁷. Ayrıca Teşebbüsü olanaklı olmayan suçlar bakımından da kışkırtmanın olanaklı olduğu pekala açıktır.

Kışkırtıcı ajanı tasnif bakımından ceza hukuku kurumları bağlamında teşebbüs başlığında açıklamak kurumu tüm özellikleri ile anlamak bakımından yeterli değildir.

²⁴⁵ Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 121; Monteleone, **a.g.m.**, s. 650.

²⁴⁶ Galli, **a.g.m.**, s. 779.

²⁴⁷ De Maglie, **a.g.m.**, s. 129.

Diğer taraftan kışkırtıcının sadece teşebbüsü istiyor olması, kışkırtıcı ajana başvurma'nın amaçları gerçekleştirmek noktasında da sıkıntılar meydana getirebilecektir. Bu durum kışkırtıcı ajanın içinde bulunduğu kışkırtma faaliyetinin kendine has özelliklerinden kaynaklanabilir.

İşlenemez suç tespiti için hareketin elverişsizliği neticeyi ortaya çıkarmak bakımından mutlak olmalıdır. Kışkırtıcı ajanın müdahalesi sonucu oluşan duruma ilişkin olarak *ex post* bir değerlendirme yapılmamalıdır. Kışkırtılan tarafından ortaya konulmuş hareketlerin neticeyi ortaya çıkarmak bakımından nedensel etkileri tamdır. Halbuki işlenemez suçtan bahsedebilmek için, ortaya konulmuş hareketlerin mutlak olarak neticeyi ortaya çıkarmak bakımından elverişsiz olmaları gerekir. Kışkırtıcı ajan, failin hareketinin ortaya çıkması bakımından bir fırsat unsurudur. Aslında hukuka aykırı fiil her durumda gerçekleşmektedir, kışkırtıcı ajan sadece kışkırtılanın kastını ve fiilini ortaya çıkarabilmek üzere harekete geçmiştir.

4. KIŞKIRTICI AJANIN DAVRANIŞININ GÖNÜLLÜ VAZGEÇME KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Kışkırtıcı ajanın sonucun gerçekleşme tehlikesini dahi kabul etmemesi ve sonucun gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmesi halinde kastının yokluğu nedeniyle cezalandırılmayacağı görüşü eleştirilmiştir. Kışkırtıcı ajan suçun tamamlanmasını istemiş olduğu halde, kışkırtılanın fiilinin teşebbüs aşamasında kalmış olması olanaklı olduğu gibi; teşebbüs aşamasında kalan fiilin bu aşamada kalmasını istemiş de olabilir. Her iki durumda da gerek kışkırtılanın gerekse kışkırtanın teşebbüs nedeniyle sorumlu olmaları gerekir²⁴⁸.

Kışkırtıcı ajanın cezasız bırakılması nedeni olarak kastının yokluğunu esas alan görüşleri eleştirenler, çözümün iştirak bahsi içerisinde gönüllü vazgeçme hükümlerine göre olması gerektiğini savunmaktadırlar. Kışkırtıcı ajanın icra hareketlerinden sonra

²⁴⁸ Ersoy, **a.g.m.**, s. 38.

ortaya çıkan müdahalesi bakımından değerlendirme, onu herhangi bir şerike benzetmek yoluyla yapılabilir²⁴⁹.

TCK'nın 36. maddesinde düzenlenmiş olan gönüllü vazgeçme²⁵⁰, failin kendi isteğiyle icra hareketlerine devam etmemesi veya bu hareketleri tamamladıktan sonra iradi davranışıyla sonucun gerçekleşmesini engellemesi olarak tanımlanabilir²⁵¹. İştirak halinde suçlarda gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen TCK'nın 41. maddesinde yer alan *“İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Suçun; a) Gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması, b) Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması, hâllerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır.”* ifadesinden hareketle kışkırtıcı ajanın ne zaman sorumlu olmayacağını belirlemek olanaklıdır. Kışkırtıcı ajanın gönüllü vazgeçen sayılması için icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçmesi veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini önlemesi gerekir. Aynı şekilde kışkırtma konusu olan suçun, gönüllü vazgeçen kışkırtıcı ajanın önleme çabası dışında başka bir nedenle işlenmemiş olması veya gönüllü vazgeçen kışkırtıcı ajanın tüm çabasına rağmen işlenmiş olması durumunda da kışkırtıcı ajana ceza verilmeyecektir.

Dönmezer/Erman'a göre, kolluk görevlisi olan kışkırtıcı ajanın cezalandırılması istenmiyorsa, kışkırtıcı ajan olarak suça yönlendirdiği kimseyi icra hareketleri tamamlanmadan durdurabilmesi durumunda “gönüllü vazgeçme” hükümlerine başvurulması gerekir²⁵². *Önder* ise, kışkırtıcı ajana ilişkin kanunda açıklık olmadığı durumlarda genel kuralların uygulanacağı görüşündedir. Kışkırtıcı ajanın icra

²⁴⁹ Salama, **a.g.e.**, s. 114.

²⁵⁰ TCK'nın gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 36. maddesine göre, “Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır

²⁵¹ Sözüer, **a.g.e.**, s. 235.

²⁵² Dönmezer-Erman, **C.II**, s. 535; Ersoy, **a.g.m.**, s. 38. Kışkırtıcı ajanın suça yönlendirdiği kişiyi icra hareketleri başladıktan fakat netice gerçekleşmeden durdurması halinde 765 sayılı Kanuna göre gönüllü vazgeçme; icra hareketleri bittikten sonra fakat netice meydana gelmeden engellerse faal nedamet söz konusu olur. Bkz. Mehmet Emin Artuk- Ahmet Gökçen- A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler** (Ankara: B. 3, Turhan Kitabevi, 2007), s. 789.

hareketleri bitmeden olaya müdahale edip icra hareketlerini durdurabildiği sürece cezalandırılmaması gerekir²⁵³. Bu anlamda *Önder*’in, kışkırtıcı ajanın sonucun ortaya çıkmasını engellemesi koşuluyla, cezalandırılmama nedeni olarak gönüllü vazgeçen şerik gibi değerlendirdiği tespitini yapmak mümkün olacaktır. *Özbek*, kışkırtıcı ajanın gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesini savunan görüşü tutarlı bulunmaktadır²⁵⁴.

Kışkırtıcı ajan varsayımlarının tamamını kapsayan bir cezasızlık nedeni bağlamında model arayışı içerisinde, “gönüllü vazgeçme” kurumu önemli bir yer tutar. Kışkırtıcı ajanın suçu ve suçluyu ortaya çıkarmak noktasında sürekli olarak kullanılan bir figür olması, özel yasalar dışında genel hükümler kapsamında değerlendirmeye bir pratik zorunluluk olarak neden olur. Bununla birlikte kışkırtıcı ajan bakımından ivedilik arz eden cezai sorumluluğun belirlenmesi sorununa karşın, yasa koyucular bütün örtülü faaliyetleri kapsayacak şekilde hukuka uygunluk nedeni düzenlemek konusunda da çekimser davranmaktadırlar. Bu halde ısrarla suçla mücadele aracı olarak da olsa kışkırtıcı ajana başvurulmasının, ceza hukukunda hakim olması gereken “yasallık” ilkesi bakımından aykırılıklar doğurabilme olasılığının yüksekliğine rağmen, kışkırtıcı ajanın cezadan bağışık tutulmasının genel hükümlere atıfla söz konusu edilebileceği görüşü, yaygın bir desteğe sahiptir. Bu anlamda kışkırtıcı ajanın, suça katılmaktan kaynaklı katkısını ortadan kaldırması ve suçun işlenmesine engel olması veya engel olmaya çalışması “gönüllü vazgeçme” kapsamında değerlendirilmelidir²⁵⁵. Kışkırtıcı ajanın gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilmesi için suçun gerçekleşmesini engellemek bakımından bir pozisyon alması ve karar verme özgürlüğüne müdahale eden nedenlerin bulunmaması gerekir²⁵⁶.

Bir kişinin gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için gerekli olan koşullar, kışkırtıcı ajan için de geçerlidir. Her şeyden önce, vazgeçme kapsamında ortaya konulan davranışın iradi olması gerekir. Kendiliğinden ortaya çıkmış davranışlar suçun

²⁵³ *Önder, a.g.e.*, s. 465.

²⁵⁴ *Özbek, TCK’nın Anlamı*, s. 439-440; *Özbek, Gizli Görevli*, s. 184.

²⁵⁵ *Dell’Andro, a.g.m.*, s. 867; *Ersoy, a.g.m.*, s. 38.

²⁵⁶ *Doğan Soyaslan, Teşebbüs Suçu*, (Ankara: Kazancı Kitap, 1994), s. 124.

tamamlanmasını engellemiş olsalar dahi gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilmezler. Herhangi bir şerik olarak suça katılıp daha sonra vazgeçecek olanla, kışkırtıcı ajan arasında çok önemli benzerlikler vardır. Bu benzerlik dışında kışkırtıcı ajan, delil elde etmek, failleri ve bu faillerin iştirak içerisindeki rollerini belirleyebilmek üzere suça katılır.

Kışkırtıcı ajan ile suça katıldıktan sonra gönüllü vazgeçen şerik arasında üç önemli benzerlik vardır: İlk olarak her ikisi de, fail veya faillerin suça yönelik ortaya koymakta oldukları davranışları engelleyici, zayıflatıcı veya neticenin ortaya çıkması için gerekli olan davranışın karşısı bir davranış ortaya koyarlar. İkinci olarak, işbirlikçi bir davranış ortaya koyarak, ortaya çıkan zararlı sonucun giderilmesine ve diğer şeriklerin yakalanmasına yönelik bir tutum içerisinde bulunabilirler. Son olarak da, iştirake konu olan suça ilişkin engelleyici ve işbirlikçi katkısı bir arada sunabilirler²⁵⁷.

Kışkırtıcı ajan bir yandan, bütün diğer “vazgeçenler” gibi bir arada suç işlemekte olduklarının ortaya çıkmasını istemektedir. Ancak kışkırtıcı ajanı, herhangi bir vazgeçenden ayıran bazı temel farklar vardır. Kışkırtıcı ajan devam etmekte olan bir suçu ortaya çıkarabilmek üzere de suça en uygun zamanda müdahale edilmesini sağlamak için katılabilir. Kışkırtıcı ajan icra hareketine başlarken vazgeçeceğini de bilir. Diğer taraftan kışkırtıcı ajan, ne düşünce, ne hazırlık, ne de icra aşamasında suçla elde edilmek isteneni arzular. Nitekim bütün kışkırtıcı ajan varsayımları bakımından ortak hususlar delil elde etmek ve/veya suçluların yakalanmasını sağlamaktır²⁵⁸.

Gönüllü vazgeçmenin tipikliği mi, cezalandırılabilirliği mi yoksa cezayı kaldırان kişisel bir neden mi olduğu tartışmalıdır²⁵⁹. Genel kabule göre gönüllü vazgeçme, cezayı kaldırان kişisel bir neden olduğundan²⁶⁰ kışkırtılan kişi bakımından etkili olması söz konusu değildir. Nitekim, TCK’ya göre iştirak halinde işlenen suçlarda, sadece

²⁵⁷ Minna, **a.g.m.**, s. 21; Dell’Andro, **a.g.m.**, s. 867.

²⁵⁸ Minna, **a.g.m.**, s. 22.

²⁵⁹ Önder, **a.g.m.**, s. 415.

²⁶⁰ Sözüer, **a.g.e.**, s. 240; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler** (Ankara: B. 2, Seçkin Yayınevi, 2005), s. 546. Kışkırtıcı ajanın gönüllü vazgeçmesi cezayı kaldırان subjektif bir neden olduğundan, kışkırtılan bakımından herhangi bir etkisi olamayacaktır. Bkz. Salama, **a.g.e.**, s. 114.

gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır (TCK m. 41/1).

Kışkırtıcı ajanın asıl fail olabileceğinin kabul edildiği olasılıklarda, kışkırtıcı ajanın gönüllü vazgeçmesi durumunda, gönüllü vazgeçme kişisel bir cezasızlık nedeni olarak kabul edildiğinden kışkırtıcı ajan cezalandırılmazken, diğer ortakların sorumlulukları devam eder. Kışkırtıcı ajan yardım eden olarak suça katılmışsa, hareketinin nedensel değerini, yani ortaya koymuş olduğu hareketlerin etkilerini kaldırmalı, olay yerinde alacağı veya aldıracağı önlemlerle suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini önlemelidir. Kışkırtıcı ajanın azmettiren olarak suça katılması olasılığında ise, her şeyden önce cezalandırılabilme için asıl failin icra hareketlerine başlamış olması gerekir. Azmettiren kışkırtıcı ajan, kışkırtılanı icra hareketlerinden vazgeçirmeli, vazgeçirememe durumunda yetkili makamlara haber vererek neticenin gerçekleşmesini engelleyici önlem alınmasını sağlamalıdır. İster yardım eden isterse azmettiren olarak suça katılan kışkırtıcı ajanın, tüm gayretine rağmen suçun işlenmiş olması durumunda, TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendi uyarınca cezalandırılmaması gerekir²⁶¹.

Kışkırtılanın asıl fail olarak kendisinin işlenen suçtan gönüllü olarak vazgeçmesi durumunda hem kışkırtıcı bakımından hem de kışkırtılan bakımından bir cezanın söz konusu olmayacağı açıktır. Çünkü zaten kışkırtıcı ajanın gönüllü vazgeçen olduğu kabul edilmektedir. Hâlbuki kışkırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olmadığı bir suçta, fiili işleyen asıl fail olarak vazgeçmesi durumunda, diğer şerik veya şerikler bakımından sorumluluk devam eder ve onların teşebbüsten dolayı cezalandırılmaları gerekir. Çünkü gönüllü vazgeçen fail suç siyaseti uyarınca cezalandırılmamaktadır. Asıl failin hukuka aykırı fiili hukuk dünyasında varlığını devam ettirmektedir²⁶².

Kurum olarak gönüllü vazgeçme, uygulanma sınırlarının belirlenmesi bakımından son derece karmaşıktır. Cezalandırılabilirliği ortadan kaldırması noktasında da tartışmalıdır. Kışkırtıcı ajanın gönüllü vazgeçen olarak değerlendirilmesi için her

²⁶¹ Özbek, **TCK'nın Anlamı**, s. 440-441.

²⁶² Centel-Zafer-Çakmut, **a.g.e.**, s. 481.

şeyden önce gönüllü vazgeçmenin saptanması konusundaki zorlukların aşılması daha sonra da kışkırtıcı ajanın fail olarak katıldığı suçlar bakımından uygulanabilirliğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme hükümlerinin kışkırtıcı ajan bakımından uygulanabilmesi için, kışkırtıcının belli bir aşamada suçun gerçekleşmesini istiyor olması gerekir ki vazgeçme söz konusu olabilsin. Ancak, kışkırtıcı ajan, kural olarak bir zararın veya zarar tehlikesinin dahi ortaya çıkmasını hiçbir zaman istemeyendir. Bu halde kışkırtıcı ajanın zaten istemediği bir sonuçtan nasıl gönüllü vazgeçtiğini anlamak zordur²⁶³.

Kışkırtıcı ajanın suça müdahalesi klasik olarak iştirak bahsi içerisinde değerlendirilir. Ancak kışkırtıcı ajanın müdahalesi bununla sınırlı değildir. Bir anlamda “modern” kışkırtmanın iştirakin sınırlarını aşan bir yönü de vardır. Kışkırtıcı ajan suçun mağduru olabileceği gibi faili de olabilir. Örneğin, “*hükümlü veya tutuklunun kaçması*” suçu TCK’nın 292. maddesinde, “*kaçmaya imkân sağlama*” suçu ise 294. maddesinde düzenlenmiştir. Bu anlamda hükümlü ve tutuklunun kaçması suçu bakımından gönüllü vazgeçme hükümleri ancak kaçmaya iştirak edenler bakımından söz konusu olabilecektir.

Bir görevlinin yakalatmak amacıyla kaçmaya göz yumarak, cezaevi etrafında tedbir alınmasını sağlaması halinde TCK’nın 41. maddesi anlamında “iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme” hükümlerinin değil, TCK’nın 36. maddesi anlamında fail bakımından söz konusu olan “gönüllü vazgeçme” hükümlerinin uygulanması söz konusu olur. Bu halde ise kaçma suçunun tamamlanmasının veya neticenin gerçekleşmesinin engellenmesinin, görevlinin kendi çabalarıyla mı olduğu sorusu bir yana, en azından kaçma suçunun gerçekleşmesi olasılığında, ortaya çıkan sonuçtan dolayı görevlinin sorumlu olması gerektiği açıktır²⁶⁴.

²⁶³ Salama’ya göre, kışkırtıcı ajanın işlenmekte olan suçtan gönüllü olarak vazgeçemeyeceğini savunanlar şu yanlış düşünceden hareket etmektedirler: Suça manevi olarak katılan, nedensel katkısı ve ortaklık içerisindeki rolünü tamamlamış olduğundan sadece etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilirler. Bu durumda bir cezasızlık nedeni değil, cezada indirim nedeni söz konusu olacaktır. Dolayısıyla manevi katılma bakımından gönüllü vazgeçmenin olmayacağını savunanlara göre, kışkırtıcı ajanın da bu cezasızlık nedeninden yararlanması söz konusu olamaz. Bkz. Salama, **a.g.e.**, 115.

²⁶⁴ Örneğin Fransa Yüksek Mahkemesi, cezaevi görevlisi X’in kaçma hazırlığı yapan mahkûmların firar esnasında yakalanmalarını sağlamak amacıyla firara göz yumması ve durumu cezaevi güvenliğinden

Kışkırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olduğu suçlarda TCK'nın 36. maddesi ve 41. maddesinin bir arada değerlendirilmesi noktasında, gönüllü vazgeçme anına kadar işlenen suçlarda, ajanın cezai sorumluluğunun olup olmadığının belirlenmesi ayrı bir sorundur. Kışkırtıcı ajanın icra hareketlerinin başlangıcından itibaren gönüllü vazgeçen olarak değerlendirilmesi halinde (bu durumda neden vazgeçtiği anlaşılamamaktadır), gerekli gayreti de göstermek kaydıyla tamamlanmış herhangi bir suçtan sorumlu olmaması gibi kabul edilemez bir sonuç ortaya çıkabilir. Çünkü kışkırtıcı ajanın icra hareketlerinin henüz başladığı anda dahi gönüllü vazgeçen olarak kabul edilmesi mümkündür. Ancak bu durumda da bize göre başka bir sorun ortaya çıkabilir; o da kışkırtmanın söz konusu olduğu tüm fiillerde, kışkırtan zaten vazgeçmiş ve kural olarak suçun işlenmesini engellemek üzere gerekli tedbirin alınmış olduğundan, kışkırtılanın, suçtan gönüllü vazgeçmesinin mümkün olamaz hale gelmiş olmasıdır²⁶⁵. Eğer kışkırtıcı ajanın icra hareketleri belirli bir noktaya geldikten sonra, suçtan gönüllü olarak vazgeçen olarak kabul edilmesi noktasında ve o ana kadar tamamlanmış hareketler suç teşkil etmekteyse sadece o suçtan sorumlu olması gerekir²⁶⁶.

Kışkırtıcı ajan müdahalesinin kötüye kullanılması çok büyük bir olasılıktır. Kışkırtıcı ajanın bütün gayretine rağmen suçun gerçekleşmesini engelleyememesi halinde dahi gönüllü vazgeçen olarak değerlendirilmesi durumunda, kışkırtılan her türlü suça rahatlıkla yönlendirilebilecekken, kışkırtıcı kendisini herhangi bir sınırlandırma içerisinde dahi hissetmeyecektir. Zira bütün gönüllü vazgeçme varsayımları bakımından sorunlu bir alan olarak gözüken “*bütün gayretine rağmen*” ifadesi, kışkırtıcının hareketlerini tarif edilebilir bir sınırlandırma içine almak noktasında ayrıca sıkıntılar yaratacaktır. Örneğin, kışkırtıcı ajanın durumu amirine bildirmesi bu kapsam içerisinde değerlendirilebilecek midir?

sorumlu teğmene aktarması halinde dahi, görevlinin teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir. 7 Mayıs 1951 tarihli karar için bkz. Colombini, **a.g.m.**, s. 219.

²⁶⁵ Söz konusu varsayımda, suça kışkırtılanın da kural olarak suçun işlenmesinden son anda dahi vazgeçmesi olanaklıdır. Ancak, kışkırtmanın olduğu varsayımlarda değil son anda, icra hareketlerinin başlangıç anından itibaren kışkırtılanın gönüllü vazgeçmeden yararlanması olanaklı değildir. Çünkü kışkırtıcı ajan zaten ondan önce gönüllü vazgeçendir.

²⁶⁶ Kayıhan İçel-Hakan Evik, **İçel Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. kitap, Suçun Yapısal Unsurları ve Özel Görünüş Biçimleri** (İstanbul: B. 4, Beta, 2007), s. 280.

Kışkırtıcının cezasız kalma nedenini gönüllü vazgeçme kurumuyla açıklayan yaklaşım, kışkırtıcının kastını esas alan çözüm yoluna göre kışkırtma alanını çok genişletir. Ayrıca kendisi zaten suç siyasetinin konusu olan bir kurumun²⁶⁷ başka bir suç siyasetinin konusu olan kurumu açıklamakta kullanılması, ceza hukuku bakımından ihtiyaç duyulan belirlilik ilkesi bakımından da büyük bir uyumsuzluk gösterir²⁶⁸. TCK'nın 41. maddesinin, gizli soruşturmacı görevlendirilmesini düzenleyen CMK'nın 139. maddesi ile birlikte değerlendirilmesi durumunda ortaya çıkacak sonuç açıktır. Her şeyden önce CMK'nın 139. maddesinin 5. fıkrasında ifadesini bulan gizli soruşturmacının görevini yerine getirirken suç işleyemeyeceği koşulu, TCK'nın 41. maddesinde düzenlenmiş olan iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen hükümler karşısında hükümsüz kalacaktır. Çünkü gizli soruşturmacının, gönüllü vazgeçen kışkırtıcı ajan olarak değerlendirilmemesi için bir neden yoktur.

Sonuç olarak, kışkırtıcı ajanın gönüllü vazgeçen olarak kişisel cezasızlık nedeninden yararlanarak cezalandırılmaması yoluna gidilmesi, güncel sorunların çözümü noktasında pansuman işlevi görebilmekle birlikte, kışkırtıcı ajan müdahalesinin değerlendirilmesine yönelik tartışmaları ortadan kaldırabilecek bir zemini sunmamaktadır. Kışkırtıcı ajan müdahalesinin nasıl değerlendirileceği sorunu, bireyin temel hak ve özgürlük alanını doğrudan ilgilendiren bir konudur. Gönüllü vazgeçme hükümlerinin kışkırtıcı ajan bakımından uygulanabilir olması halinde özel kişi kışkırtıcı ajanın da bu kapsamda ele alınması zarureti kaçınılmaz olarak söz konusu olacaktır. Kamu görevlisi veya özel kişi kışkırtıcı ajanların hiçbir sorumluluk kaygısı ve sınır tanımadan başkalarını suça kışkırtmaları çok tehlikeli uygulamalara yol açar. Bu

²⁶⁷ Gönüllü vazgeçmeye rağmen, aslında hukuken cezalandırılabilen bir teşebbüs varlığını sürdürmektedir. Bu halde gönüllü vazgeçmeden dolayı failin cezalandırılmama nedeni ancak suç politikaları olabilir. Feurbach'a göre devlet, hukuk düzeninin korunması bakımından bazı önlemler alır. Bu yüzden suça teşebbüs eden fail üzerinde psikolojik bir zorlama uygulanarak onun suçu tamamlamaktan vazgeçirilmesi gerekir. Bkz. Sözüer; **a.g.e.**, s. 238-240. Gönüllü vazgeçme, kanun koyucunun daha az tehlikelilik gösterdiğini düşündüğü suçluyu ödüllendirmesidir. Bkz. Soyaslan, **Teşebbüs Suçu**, s. 120.

²⁶⁸ Gönüllü vazgeçme hükümlerinin kışkırtıcı ajan bakımından uygulanması konusunda, Dönmezer-Erman'ın görüşlerine katılmanın uygun olacağı düşüncesindeyiz. Buna göre, kışkırtılanın gönüllü vazgeçme anına kadar tamamlanan hareketleri suç oluşturmazsa kışkırtıcının cezalandırılmaması gerekir, kışkırtılanın tarafından yapılan hareketler suç oluşturuyorsa kışkırtıcı bu bağımsız suçtan dolayı sorumlu olmalıdır. Kışkırtan suça yönlendirdiği kimsenin teşebbüsten daha ileri bir aşamaya geçmesine engel olmadığı takdirde katkısının derecesine göre sorumlu olmalıdır. Bkz. Dönmezer-Erman, **C.II**, s. 534-535.

anlamda da gönüllü vazgeçme kapsamında yapılacak bir değerlendirmenin yeterli tatmini sağlayamayacağı düşüncesindeyiz.

Kışkırtıcı ajanın, hazırlık aşaması dahil suçun her aşamasında kışkırtılan veya kışkırtılanların iradesine karşıt bir iradeyle hareket etmesi onu herhangi bir gönüllü vazgeçenden ayıran temel bir fark olmasına rağmen, öğretide birçok görüş, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun olmadığını, TCK'nın 41. maddesinde düzenlenmiş olan iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme hükümlerine atıfla çözümlemektedir. Biz de bu yüzden, kışkırtıcının neticeye engel olması ve neticeye engel olamaması olasılıklarını ayrı ayrı değerlendirmeyi uygun bulduk.

4.1. Saldırıya Uğrayan 'Şeye' İlişkin Olarak Kolluğun Aldığı Önlemler Sayesinde Kışkırtılanın Suçu Tamamlayamaması

Kışkırtılan bakımından işlenemez bir suçun değil de cezalandırılabilir bir teşebbüsün olduğunun tespitinin yapılması halinde, fiili işleyen teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerektiği açıktır. Kışkırtıcı ajanın neticeye yönelik kastının varlığı konusunda bir tereddüt olmaması halinde, kural olarak teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerekir. Kışkırtıcı ajanın cezalandırılmaması için, bir görüşe göre, ya kışkırtıcı ajanın gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanması gerekir ya da ceza kanununda kışkırtıcı ajanın cezalandırılmayacağına yönelik bir hukuka uygunluk nedeni bulunmalıdır. Zira kışkırtılan tarafından işlenen suça, kışkırtıcı ajan katılmıştır. Bu katılmadan dolayı iştiraki düzenleyen hükümlere göre kışkırtıcının cezai sorumluluğu söz konusu olmalıdır²⁶⁹.

İtalyan öğretisinde²⁷⁰ bu yaklaşıma karşı çıkmaktadır. Kışkırtıcı ajanın, kışkırtılanı yönlendirmekteki amacı sadece kışkırtılanın teşebbüs aşamasında kalmasını sağlamaksa, cezalandırılmaması gerekir. Kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluktan bağışık olmasının nedeni, fiili gerçekleştiren faille iradelerinin tamamen farklı olmasındandır. Kışkırtılan suçu tamamlamayı ve neticeye ulaşmayı hedeflerken, kışkırtıcı ajan sadece

²⁶⁹ Califano, **a.g.e.**, s. 62.

²⁷⁰ Selmo, **a.g.m.**, s. 258.

teşebbüsü istemekte ama neticeyi istememektedir ve iradesi, fiili gerçekleştirenin iradesinin karşıtı olduğundan da cezai sorumluluğu yoktur. Zira bir kimsenin teşebbüsten dolayı cezalandırılmasının nedeni, neticeyi gerçekleştirmeye yönelik isteğinden kaynaklanır²⁷¹.

Fiili gerçekleştiren, yani kışkırtılan²⁷² suçun tipik neticesine yönelik iradesini kuşkusuz bir biçimde elverişli hareketleri vasıtasıyla ortaya koymuştur. Ancak iradenin ortaya konması, kışkırtıcı ajanın yönlendirmesi üzerine olmuştur. Kışkırtılanın elverişli hareketlerinin bir kısmı kışkırtıcı ajanın davranışına bağlı olarak ortaya çıkarken diğer kısmı tamamen bağımsız şekilde ortaya çıkmaktadır. Katılan, yani kışkırtıcı ajan ise suçun tamamlanması gibi bir hedefi olmadığı halde kışkırtılanın suça yönelik davranışının ortaya çıkmasını istemektedir (aksi halde kışkırtan, amacına ulaşamayabilir). Kışkırtıcı ajanın isteği suçun neticesinde ortaya çıkacak şey her neyse ona yönelik olmasa da, kışkırtanın çabası, kışkırtılanı bir suç işlemeye yönlendirirken, bu suçu işleyebileceğini ona göstermektir. Böylece, işlenen fiil dolayısıyla kışkırtılanın cezalandırılmasını sağlayabileceğini düşünür. İşte bu durumda kışkırtıcı ajanın isteği suçun teşebbüs aşamasına ulaşması ve bu aşamada durdurulmasına yöneliktir. Asla görünüşte bir suçu istememektedir. İsteği bütün sonuçlarıyla cezalandırılabilir bir teşebbüse yöneliktir.

Bu belirlemeden çıkarılabilecek sonuç ise şu olmaktadır: Kışkırtılan tarafından işlenmiş fiil kışkırtana bağlanabilir. Nitekim gerek manevi açıdan gerekse maddi açıdan bağ mevcuttur. İşte kışkırtıcıda mevcut olan bu bağ, onun işlenen fiille ilişkisini kurar ve ondan sorumlu hale getirir²⁷³. Yok eğer kışkırtıcı ajan neticenin gerçekleşmesini engelleyerek, gönüllü olarak vazgeçmişse, o ana kadar söz konusu olan hareketleri suç oluşturuyorsa ondan dolayı sorumlu olmalısı gerekir. Ancak TCK'nın iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 41. maddesine göre; icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçen kışkırtıcı ajan, bütün gayretini göstermiş olması halinde ne teşebbüs aşamasında kalan suçtan ne de gerçekleşen suçtan sorumlu

²⁷¹ Monteleone, **a.g.m.**, s. 650; Selmo, **a.g.m.**, s. 259.

²⁷² Yakın zamanlara kadar öğretinin tamamında fiili gerçekleştirenin cezalandırılmasına ilişkin bir tereddüt yoktu, bu konuyu kışkırtılanın cezai sorumluluğu bahsinde ayrıntılı bir şekilde ele alacağız.

²⁷³ Califano, **a.g.e.**, s. 64.

olacaktır. Kışkırtıcı ajan, kışkırtılan tarafından vazgeçme anına yapılan hareketlerin başka bir suçu oluşturması halinde, bu suçtan katkısının derecesine göre sorumlu olur.

4.2. Saldırıya Uğrayan ‘Şeye’ İlişkin Olarak Kolluğun Aldığı Önleme Rağmen Kışkırtılanın Suçu Tamamlaması

Kışkırtılanın, kolluk veya diğer ilgili birimlerin almış olduğu önlemlere rağmen, kışkırtan tarafından yönlendirildiği suçu tamamlamayı başarması durumunda, gerek kışkırtıcı ajan bakımından gerekse kışkırtılan bakımından, cezai sorumluluk konusunda öğretide çok farklı yaklaşımlar ortaya konmuştur²⁷⁴.

Kışkırtıcı ajanla kışkırtılan arasında suç ortaklığının olabileceğini savunanlarsa²⁷⁵ kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun kastından dolayı olacağını söylerler. Zira kışkırtıcı ajan, kışkırtılanı suçu tamamlamak üzere yönlendirmiştir. Nitekim *Ranieri*²⁷⁶ kışkırtıcı ajanın azmettiren olduğundan hareketle şu düşüncededir: *“İsterse kışkırtıcı ajan, kışkırtılanı teşebbüs aşamasındayken yakalanmasını sağlamak üzere kışkırtmış olsun, bu durum kışkırtıcı ajanın neticeye yönelik iradesini ortadan kaldırmaz. Kışkırtıcı ajan, kışkırttığı kişinin hedefinin suçun tamamlanması olduğunu da biliyordur. Bu durumdan dolayı teşebbüs aşamasındayken suçu engellemeyi başaramadıysa, kusurlu ve iradi şekilde gerçekleşmesini hedeflediği neticeden dolayı da sorumlu olmalıdır”*²⁷⁷. Bu durumda kışkırtıcı ajanın cezasız kalması bakımından tek olasılık gönüllü vazgeçmedir.

Tamamlanmış olan suçun, kışkırtıcının ve ona yardım eden kolluğun aldığı önleme rağmen gerçekleşmesi durumunda, beklenen elbette ki kolluk görevlisinin suçun

²⁷⁴ Bu durum, her şeyden önce sonuçları itibarıyla dikkat çekicidir. Zira kışkırtıcı ajanın yönlendirdiği suçlar bakımından “şeye” ilişkin olanlar diye bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Aynı şekilde “hayata” yönelik olarak işlenen suçlar da kışkırtmanın konusu olabilir. Hırsızlık suçunu işlemeye yönlendirilmiş bir kimsenin, malın zilyetliğini ele geçirmesi ilk duruma örnekken, insan öldürme suçu bakımından kışkırtıcı ajanın kışkırtılanı öldürmek üzere yönlendirdiği kişinin öldürülmesi ikinci duruma örnek olarak gösterilebilir.

²⁷⁵ Bkz. Antolisei, **Parte Generale**, s. 563.

²⁷⁶ Ranieri, **a.g.e.**, s. 230.

²⁷⁷ Bu yaklaşım genel olarak öğretide doğru fakat kışkırtıcı ajanı sadece azmettiren olarak ele alması nedeniyle eksik bulunmuştur. Bkz. Califano, **a.g.e.**, s. 67. Delogu’nun bu konudaki görüşleri kışkırtıcı davranış başlığında yukarıda açıklanmıştır.

tamamlanmasını istememiş ve bu konuda gayret sarf etmiş olmasıdır. Eğer kolluğun neticenin gerçekleşmesine yönelik nedensel bir katkısı varsa, hiç kuşkusuz bu durumda, kolluk görevlisinin işlenen fiilden ötürü suça katılan olarak sorumlu olması gerekir²⁷⁸. Kışkırtıcı ajanın her türlü gayretine rağmen neticenin gerçekleşmiş olması durumunda TCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendi hükmü gereğince gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır. Kolluk her türlü önlemi almış olsa dahi, kışkırtılanın suçu tamamlaması olasılık dahilindedir. Örneğin kışkırtıcı ajan A, kışkırtılan B'yi bir binayı ateşe vermek üzere kundaklamaya yönlendirir. Kışkırtanın amacı, fiilin teşebbüs aşamasındayken engellemek ve kışkırtılanın yakalanmasını sağlamaktır. Kışkırtıcı ajan, kışkırtılanı bu fiili işlemek üzere yönlendirdikten sonra kolluk itfaiyenin de katılımıyla önlem alır fakat itfaiye başka bir binanın etrafında önlem almış olabilir. Bu durumda ise kışkırtılanın büyük bir olasılıkla kışkırtıldığı suçu tamamlayacağı açıktır. Hatta önlem doğru binada alınmış olsa dahi, kışkırtılan bir biçimiyle suçu tamamlamayı başarabilir²⁷⁹. Bütün bu örnekler bakımından da söz konusu olan kışkırtıcı ajan bakımından gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanacağıdır.

5. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

5.1. Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kışkırtıcı Ajanlık Faaliyeti

Çalışmanın bu bölümüne kadar, genel hatlarıyla kışkırtılan tarafından işlenen suça kışkırtıcı ajanın katılması ve bu katılmanın sonucu olarak kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğu sorunu tartıştık. Ancak kışkırtıcı ajanın kastının olmadığını düşünenlerin yanı sıra, kışkırtma davranışını bir hukuka uygunluk nedeni olarak görenler de bulunmaktadır. Kusurluluk üzerinden kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun olmadığı yaklaşımına yönelik eleştiriler, zamanla tartışmanın merkezine hukuka uygunluk nedenleri merkezli çözüm arayışlarını koymuş ve birçok hukuk düzeni kışkırtıcı ajan meselesini “hukuka aykırılık” başlığında çözmek yoluna gitmiştir. Kışkırtıcı faaliyetin

²⁷⁸ Suçun işlenmesini engellemekle yükümlü olan kolluk görevlileri, kışkırtılan suçun tamamlanmasını sağlamak amacıyla, işlenmekte olan bir suça müdahalede bulunabilmeleri olanaklı olduğu halde bunu yapmazlarsa suça katılmış sayılırlar. Bu konuda bkz. Califano, *a.g.e.*, s. 65; Salama, *a.g.e.*, s. 66.

²⁷⁹ Benzeri örneklerin hemen her suç için oluşturulabileceği açıktır. Diğer örnekler için bkz. Delogu, *a.g.m.*, 15.

hukuka uygunluk nedenleri arasında görülmesi gerektiği düşüncesi özellikle İtalyan uygulamasında rağbet gören bir yaklaşım olmuştur. Kışkırtıcı ajanın suçun tamamlanmasını istemiş olması halinde cezai sorumluluğunun ne olacağı meselesini kast başlığında açıklayanlar da bir ek ölçüt olarak “hukuka uygunluk nedenleri”ni ele almışlardır²⁸⁰.

Alman uygulaması ise, kişinin bir suç işlemeye açıkça hazır olmasından yararlanılması durumunda bir kışkırtmadan söz edilemeyeceği, buna karşılık fiilin işlenmesi düşüncesinin uyandırılması veya suç planının gerçekleştirilmesinde fail üzerinde önemli oranda etkide bulunulmuşsa bunun kışkırtma olacağı yönünde kararlar vermiştir. Buna göre; suça yönlendirmenin kışkırtma düzeyine gelmesi için, kışkırtılacak kişi bakımından en azından bir suç şüphesinin bulunması gerekir. Kışkırtılacak süjenin suç işleyeceği yönündeki şüpheler ne oranda somut gerçekliğe dayanıyorsa, kışkırtma da o oranda hukuka uygun kabul edilecektir²⁸¹. Alman uygulamasına göre; özellikle ortaya çıkarılması zor olan uyuşturucu madde ticareti gibi suçlarla mücadelede kışkırtıcı ajanın kullanılması sadece hukuka uygun değil aynı zamanda bir zorunluluktur²⁸². Bu yaklaşımın ağırlıklı savunucularına göre, kışkırtmanın adli polisten kaynaklanmış olması durumunda, kanun hükmünü veya amirin emrini yerine getirme hukuka uygunluk nedeni söz konusu olabilir²⁸³.

²⁸⁰ Bkz De Maglie, **a.g.e.**, s. 142, s. 342; Ersoy, **a.g.m.**, s. 38. Polisin kışkırtıcı ajan olarak faaliyet yürüttüğü durumlarda cezalandırılması gerektiğini savunan Erem’e göre, kışkırtıcı ajan, ceza kanununda suçları meydana çıkarmak için yapılacak tertiplerin cezayı gerektirmeyeceği hakkında bir hukuka uygunluk nedeni bulunması durumunda cezalandırılmayabilir, ancak böyle bir hukuka uygunluk nedeninin yaratılması hukuk devletinde mümkün değildir. Bkz. Erem, **Kışkırtıcı Ajan**, s. 15.

²⁸¹ Özbek, **Gizli Görevli**, s. 171.

²⁸² **Aynı**, s. 173.

²⁸³ Bkz. Salama, **a.g.e.** s. 74. Aksi görüşte olanlardan Malinverni, adli polisin görevlerinin nelerden ibaret bulunduğunu belirttikten sonra, isterse faillerin yakalanmasına yönelik olarak yapılmış olsun suça azmettirme ve teşviki bu kapsam dışında tutmuştur. Yazara göre manevi veya maddi şekilde suça katılma polis memuru tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi fiilin hukuka uygun hale getirilmesi olanaklı değildir. Malinverni, **a.g.m.**, s. 399. Dell’Andro’ya göre ise bu tür bir adli polis faaliyetini hukuka uygun hale getiren bir norm olmadığı gibi, amirin emri de söz konusu olamaz. Zira, konusu suç teşkil eden emrin yerine getirilmesi olanaklı değildir. Bkz. Dell’Andro, **a.g.m.**, s. 828. Aynı şekilde Hafter’e göre, “gerçekten kışkırtıcı ajan bir kimseyi bilerek ve isteyerek suça sürüklüyor. Bir suçu meydana çıkarmak ve böylece devam edecek zararları önlemek bakımından esasında haklı sebep vasıtayı meşru kılmaz. Kışkırtıcı ajan için mazeret ve beraat sebepleri yoktur. Polis, görevini yapmak için, suç işlenmesine sebep olmak yoluyla hukuka aykırı vasıtalarla yararlanamaz.” Bkz. Yüce, **a.g.m.**, s. 13.

Kışkırtıcı davranışı öngören yani böyle bir davranışa müsaade eden bir norm kanunda bulunmamasına rağmen, kışkırtıcı davranışın belirli koşulların varlığı halinde, hukuka uygunluk nedenleri arasında kabul edilmesi olanaklı olabilir mi? Veya kışkırtıcı davranışın ortaya çıkışı itibarıyla, hukuka aykırı bir karakter taşımadığından bahisle suç olmadığını dolayısıyla cezadan bağışık kalması gerektiğini söylemek mümkün müdür? Zira denilebilir ki, kışkırtıcı ajan kılığında çalışan memur ya da adli polis ajanı, önemli bir toplumsal çıkarı korumak için ve bizzat normun konmasındaki amaca uygun olarak faaliyetini yürütmektedir²⁸⁴. Kışkırtıcı ajanın davranışından kaynaklanan hukuka aykırılık ortadan kalkmıştır. Böyle bir durumda, “devlete ait üstün menfaatin, bireyin menfaatine verilen zarara baskın ve korumaya değer olduğu kabul edilir”²⁸⁵.

Söz konusu hipotez beraberinde birçok sorunsalı da getirmektedir. Ancak, maalesef öğretilerde meseleye ilişkin olarak derinlikli bir tartışma yapılmamıştır. Fransa ve İsviçre²⁸⁶, de özellikle uygulama, kışkırtıcı ajan konusunda hareket noktası olarak hukuka uygunluk nedenlerini almaktadır. Soruna bugünün karmaşık ve örgütlü suç ilişkileri bakımından taşıdığı önem dikkate alınarak ve toplumsal gerekler de düşünülerek bir çözüm bulunabilir. Alman uygulamasında özellikle uyuşturucu suçlarının ortaya çıkarılmasında müdahalede bulunan kışkırtıcı ajan hukuka uygunluk nedenleri merkezli tartışılmıştır. Bu halde de sadece kışkırtıcı ajanın sınırı aşması halinde kışkırtılanın sorumluluğunun ne olacağına odaklanılmıştır²⁸⁷.

²⁸⁴ Califano, **a.g.e.**, s. 72.

²⁸⁵ Bkz. Minna, **a.g.m.**, s. 17.

²⁸⁶ İsviçre öğretisi ve uygulaması, kışkırtıcı ajanın cürmî kastı bulunmadığından, cezalandırılmaması gerektiğini söylemekteydi. Nitekim kışkırtıcı ajan sosyal bir amacı gerçekleştirmek amacıyla harekete geçendir. Bkz. De Marsico, **Diritto Penale**, s. 272. Cenevre Mahkemesi, parada sahtecilik suçuna ilişkin bir yargılamada, adli polis ajanlarını bilfiil sürece katılmalarından ötürü mahkûm etmiştir. Kışkırtıcı ajan meselesi üzerine çalışan İsviçreli Graven, kararı eleştirmiştir. Ona göre kışkırtıcı davranışı ortaya koyan, kışkırtıcı ajanın cezalandırılmaması gerekir. Zira cürmî kastı bulunmamaktadır. Söz konusu davranışı ahlaki bulunmasa dahi kışkırtmanın amacı toplumsal bir faydayı elde etmektir. Graven'in görüşleri için Bkz. Califano, **a.g.e.**, s. 72-73.

²⁸⁷ Özbek, **Gizli Görevli**, s. 169.

5.2. Yasal Savunmada Bulunan Kimse Olarak Kışkırtıcı Ajan

Kışkırtıcı ajanın yasal savunmadan yararlanması gerektiği düşüncesi özellikle İtalyan öğretisinde *Malinverni* tarafından militan bir şekilde savunulmuştur²⁸⁸. TCK'nın 25. maddesinin 1. fıkrasına göre; “*gerek kendisine gerekse başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez*”.

İnkârı olanaklı olmayan “sosyal savunma” gereksinimi, sadece bilinen yöntemlerle ve polis memurlarının açık faaliyetleriyle önlenmesi mümkün olmayan suçlara yönelik olarak, kışkırtma faaliyetinde bulunabilme kabulünü beraberinde getirmiştir. Ayrıca “genel” bir hukuka uygunluk nedeni olan yasal savunma belirli bir suç türüne özgülenmiş de değildir. Bu halde bütün suçları kapsar ve kışkırtıcı ajan varsayımları bakımından da geçerlidir. Kışkırtıcı ajan figürü, suç örgütlerinin yaratmış olduğu çok büyük tehlikelere karşı ortaya konulmuş reaksiyondur²⁸⁹.

Her ne kadar yasal savunma ileride açıklayacağımız kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden farklı olsa da, kışkırtılan ve kışkırtıcı ajan arasında “rol” farklılıklarının bulunduğunu göstermek bakımından yararlı olabilir. Söz konusu sonuç, suçun sübjektif unsuru üzerinde yapılacak olan bir değerlendirmeden kaynaklanabilir. Kışkırtmanın nedeni bakımından bir savunma mecburiyetinin bulunduğu iddia edilebilir. Nitekim kişinin kendisine veya başkasına yönelmiş haksız bir saldırıyı derhal uzaklaştırma zorunluluğu ile işlenen suçlarda yasal savunmadan bahsedilir. Yasal savunmaya ilişkin bu tespit, örneğin zorda kalma hukuka uygunluk nedenine oranla, hatırı sayılır bir şekilde kışkırtıcı ajanın bu cezasızlık nedeni başlığı altında tartışılmasına yol açmıştır. Buna göre, şayet korunan “hak” masum üçüncü kişiye aitse, yasal savunmadan söz edilir. Korunan hakkın tek tek bireylere ait olmasının ve kolektife ait olmasının pek az önemi vardır. Şayet durum, yasal savunma şemasının

²⁸⁸ Malinverni, **a.g.m.**, s. 399; Delli Paoli, **a.g.m.**, s. 43.

²⁸⁹ Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 342.

dışına çıkıyorsa zorda kalma hukuka uygunluk nedeninden söz etmek olanaklı hale gelir²⁹⁰.

Toplumun korunması bakımından ortaya çıkarılmalarında zorunluluk olduğu kabul edilen ve birtakım üstün sosyal/ekonomik menfaatlere zarar veren faaliyetlerin (örneğin uyuşturucuya ilişkin suçlar, casusluk) ortaya çıkarılmaları için kolluk kışkırtıcı ajan olarak davranabilir. *Malinverni*'ye göre bu durumda söz konusu olan, kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni değil, yasal savunma hukuka uygunluk nedenidir. Nitekim yasal savunma mecburiyeti, gerek tek tek bireyler bakımından, gerekse kamu açısından ortaya çıkmış olabilir. Kışkırtıcı ajanın, birtakım kriminal faaliyetlere girmesinin nedeni, asıl olarak kriminal faaliyeti yürüten kimsenin ortaya çıkmasını sağlamak, bir anlamda maskesini düşürmek ve onu etkisiz hale getirmektir. Bu anlamda saldırı ile savunma arasında bir oran bulunduğu da söylenebilir²⁹¹.

Bize göre; kışkırtma fiili, yasal savunma hukuka uygunluk nedeni içerisinde değerlendirilemez. Nitekim davranış “başkasının bir hakkını korumak” için gerçekleştirilmiştir. Haksız saldırıdan, bir provokatif taktik kullanılarak kurtulunmuştur. Örneğin, A'nın B'ye C'yi tam öldüreceği sırada ateş etmesinde olduğu üzere. Yasal savunma esnasında, masum üçüncü kişilerin suçun ortaya çıkarabileceği zararlı sonuçlardan korunması gerekir. Savunma davranışının sınırını bu durum oluşturur. Ancak kışkırtma davranışında masum üçüncü kişiler aleyhine bir durum ortaya çıkar. Bu durumda toplumsal zararın yokluğundan ve toplumun çıkarlarıyla çatışmayan bir fiilden söz edilemeyeceğinden²⁹² yasal savunmanın, kışkırtıcı ajan bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi olanaksızdır.

²⁹⁰ Malinverni, **a.g.m.**, s. 399.

²⁹¹ Aynı, s. 399.

²⁹² Yasal savunmanın hukuki özünü, toplumsal zararın yokluğu ile açıklayan görüşler için bkz. Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1995), s. 47 vd.

5.3. Zorda Kalan Kimse Olarak Kışkırtıcı Ajan

Zorda kalma tehlikeye katlanma konusunda hukuki yükümlülüğü olmayan bir kimsenin, bilerek neden olmadığı kendisinin veya başkasının şahsına yönelmiş ağır ve muhakkak tehlikeyi, kanunun suç olarak öngördüğü ve mevcut tehlike ile orantılı bir fiil ile etkisiz hale getirmesidir²⁹³. TCK'nın 25. maddesinin 2. fıkrasına göre; *“gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka bir suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez”*.

Kışkırtmanın zorda kalma hukuka uygunluk nedeni kapsamında görülebilmesi için kışkırtıcı davranışın yapıldığı sırada tehlike durumunun yani korkulan zararlı sonucun gerçekleşmesi ihtimalinin bulunması gerekir. Başka bir söyleyişle mevcut bir tehlike bulunmalıdır. Ancak bu durumda söz konusu olan ihtimal herhangi bir ihtimal değil, Zararın “muhakkak” olarak kabul edilmesini gerektiren bir ihtimaldir. Kışkırtma faaliyetine başvurma korunma yönünden zorunlu olmalıdır. Tehlikenin başka türlü önlenemez olması gerekir. Kışkırtma davranışı, tehlikenin ağırlığı ile orantılı olmalıdır²⁹⁴.

Kışkırtma faaliyetinin yasal savunma hukuka uygunluk nedeni dahilinde kabul edilemeyeceğini söylediğimiz gerekçeler ışığında, ilk değerlendirme zorda kalma hukuka uygunluk nedeni üzerinden yapılmalıdır. Bir düşünceye göre, eğer belirli bir suç türü ile mücadele için gerçek bir alternatiften söz edilemezse, zorda kalma halinden bahsetmek gerekir. Kışkırtma hipotezinde zorda kalma hukuka uygunluk nedeninden bahsedebilmek için kışkırtıcı davranışın ortaya çıkarmış olduğu zararlar, korunan hak arasında dengenin bulunması, kışkırtma dolayısıyla engel olmak istenen mevcut ve ağır bir tehlikenin bulunması ve kışkırtma aracılığıyla yapılan “savunmada” zorunluluk bulunması gerekir. Zorda kalma hukuka uygunluk nedeninin bahsi geçen unsurlarının

²⁹³ Nevzat Toroslu, **Ceza Hukukunda Zaruret Hali**, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1968), s. 6.

²⁹⁴ Zorda Kalmanın koşulları için bkz. Toroslu, **Zaruret Hali**, s. 93 vd.

kışkırtıcı ajan bakımından belirlenebilirliği ve uygulanabilirliği tartışmalıdır. Kışkırtılan fiil neticesinde zarar verilen hak veya menfaate nazaran, korunması gereken “topluma ait hakkın” tercih edilebilir olması gerekir. Böylece oran koşulu yerine getirilmiş olacaktır. Korunan, toplumun ortak yararıken, ortaya çıkan herhangi bir zarardır. Suçluların izlenmesi ve suçların ortaya çıkarılmasında devletin kamusal menfaati vardır²⁹⁵.

Tehlikeye karşı korunan hakkın zaruret kapsamında değerlendirilmesi için kışkırtıcı ajanın kamu görevlisi olması gerekir. Ayrıca kışkırtma sonucunda söz konusu olacak cezai takibin kendisi korunan bir hak olarak adlandırılmaz. Cezai takip olanağı, düzenin korunması bakımından bir araçtır. Bu anlamda kolektifin korunması en erken kışkırtılanın cezalandırılarak yaratmış olduğu tehlikenin bertaraf edilmesi suretiyle gerçekleşebilecektir. Sosyal ve politik karışıklıkların çok arttığı devirlerde, zorda kalmanın kolektif bir içeriğe büründüğü, yani “toplu zorda kalma durumu”nun olduğu kabul edilse dahi, halkın içinde yaşadığı koşullar, ona kanuna aykırı faaliyet yürütme hakkı tanımaz²⁹⁶.

İtalyan uygulaması, yakın zamanlı bir kararında, kışkırtıcı ajan bakımından, zorda kalma hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu yönünde bir değerlendirmede bulunmuştur. Bahsi geçen karara konu olan olayda, devletin resmî görevlisi olan kişi, “Kızıl Tugaylar” (*Brigate Rosso*) adlı örgütün bazı üst düzey üyelerinin yakalanması amacıyla, örgütle ilişkiye girmiştir. Hüküm, “sızanı” (*infiltrato*) “polis operasyonu hazırlayıcısı”, “ağır kişisel risk altına giren” şeklinde tanımlar. Nitekim sızan ‘eski arkadaşlarının’ hedefi haline gelebilir. Aynı şekilde “suç örgütünün lehine doğrudan bir inisiyatif kullanmak zorunda kalabilir.” Bu yüzden sızan bir dizi suç işleyebilir (sahte kimlik kullanabilir, yasadışı olarak silah taşıyabilir, örgüte silah tedarik edebilir vs). Bu noktada söz konusu olan zorda kalma hukuka uygunluk nedeninden, sızanın yararlanması gerektiğidir²⁹⁷.

²⁹⁵ Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 145.

²⁹⁶ Toroslu, **Zaruret Hali**, s. 15.

²⁹⁷ Pavia İstinaf Mahkemesi’nin 30 Nisan 1984 tarihli kararı için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 345

Söz konusu karara katılmayan *De Maglie*'ye göre, tehlikeye karşı korunan “ortak hak” değildir. Korunan değer, terörizmle ilgisi yoktur. Sanık olan kimse, kişisel olarak ağır tehlike altındadır. Bizatihi yaşamı, vücut bütünlüğü, terörist organizasyonun tahmin edilebilir ve ciddi tehdidi altındadır. Ancak, örgüte sızan kimse olarak, bizzat kendisi tehlikeye neden olmuştur²⁹⁸. Bize göre; bu durumda sızan bakımından yasal savunma halinden bahsetmek olanaklı olabilir.

Diğer taraftan, kışkırtıcı ajanın zorda kalma hukuka uygunluk nedeninden yararlanması gerektiği yönündeki görüşler özellikle, “rızalı suç” (Kumar, fuhuş vs) bakımından uygulanabilirliği noktasında da itiraza uğramıştır. Nitekim bu suçlar bakımından kışkırtmaya bir yöntem olarak daha sık başvurulmaktadır. Polis, çoklukla bu yönteme başvurur. Çünkü suçun kışkırtma vasıtasıyla ortaya çıkarılması daha kolay ve daha az risklidir. Nitekim suçun ilerleyişini, içinde bulunulan durumun kontrolü olanaklıdır. Söz konusu suçlar bakımından, sorunun çözümünün zorda kalma hukuka uygunluk nedeni içerisinde gösterilmesi olanak dahilinde değildir. Bu suçlar bakımından zorda kalma halinden söz edilemez, suç siyaseti bakımından her durum zorda kalma olarak açıklanamaz. Ayrıca, örneğin uyuşturucu bakımından, korunan hukuki yarar soyut bir şekilde değil somut olarak belirlenebilir²⁹⁹. Korunan hukuki yarar olarak örneğin, A kişinin sağlık hakkı gösterilebilir. Bu bağlamda, bir suça ilişkin kışkırtmanın, zorda kalma kapsamında görülebilmesi için tehlikenin belirgin hale gelmiş olması şarttır.

Birçok olay bakımından zorda kalma hukuka uygunluk nedeni kapsamında bir değerlendirme yapmak dahi olanaklı değildir. Kışkırtma, örneğin “rüşvet” suçu bakımından doğrudan doğruya kabul edilmek zorundadır. Rüşvet suçunda, bir hakka yönelik saldırıdan söz etmek olanaklı değildir³⁰⁰.

²⁹⁸ De Maglie, **a.g.e.**, s. 345. Gizli görevli faaliyetinin zorda kalma hukuka uygunluk nedeni bakımından değerlendirilmesi hakkında bkz. Özbek, **Gizli Görevli**, s. 202 vd.

²⁹⁹ De Maglie, **a.g.e.**, s. 346.

³⁰⁰ **Aynı**, s. 347.

Tehlikenin muhakkaklığı³⁰¹ başka bir söyleyişle kişiye yönelmiş olan tehlike sübjektif hissel bir tespitle değil, objektif olarak doğrulanabilir olmalıdır. Herhangi bir tehlike, zorda kalındığını gösteren bir tehlike olarak kabul edilemez³⁰². Bu bilgi ışığında, örneğin hafif uyuşturucular³⁰³ bakımından zorda kalma hukuka uygunluk nedeninden söz etmek olanaklı olmayacaktır. Zira zorda kalma bakımından söz konusu olan tehlikenin meydana getireceği zararın ağır olması gerekir. Hafif uyuşturucu örneğinde, zorda kalmanın koşullarının gerçekleşmesinden söz edilemez. Ancak aynı zamanda “ağır uyuşturucu” kullanımı bakımından da “yapılan hareketle tehlike arasında orantı bulunması” koşulunun belirlenmesi her zaman kolay değildir. Yani kışkırtma ile yürüyen polis operasyonu, sağlığın tehlikeye düşmesi arasındaki orantının belirlenmesi ve hatta bizzat söz konusu faaliyetin sağlık hakkını tehlikeye düşürüp düşürmediğine bakmak gerekir³⁰⁴.

Hukuka uygunluk nedeni olarak zorda kalmadan söz edebilmek için gerekli olan “başka türlü korunma olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak tehlike” durumunun belirlenmesi, kışkırtmanın konusu bakımından oldukça güçtür. Zira zorda kalma hukuka uygunluk nedeni için mevcut bir tehlikenin bulunması şartken, kışkırtma faaliyeti, öncelikle uzunca bir izleme, ardından hazırlık ve durumun denetlenmesi şeklinde karmaşık bir organizasyon olarak karşımıza çıkar³⁰⁵. Bu halde mevcut tehlikeden, başka türlü korunma olanağının bulunmadığını söylemek pek akılcı olmayacaktır.

Bize göre, asıl olarak devlet ağır bir tehlikeden kurtulmak üzere de olsa hukuk dışı yollara başvuramaz. Zorda kalma hukuka uygunluk nedeni sadece bireyler bakımından söz konusu olabilir. Egemenlik gücünü kullananların bazı eylemleri için

³⁰¹ Toroslu, **Zaruret Hali**, s. 103.

³⁰² **Aynı**, s. 114.

³⁰³ “Hollanda’nın uyuşturucu ile ilgili kanununda (Opium Act) ağır ve hafif uyuşturucu ayrımı yapılmıştır. Ağır uyuşturucular; kokain, eroin, sentetik uyuşturucular olarak gösterilmekte, hafif uyuşturucu grubunda ise esrar ve türevleri yer almaktadır”. Bkz. Ömer Ersoy, **Hollanda’nın Uyuşturucu Politikası Ve Uygulamaları**, <http://www.caginpulisi.com.tr/12/44.htm> (erişim tarihi 20.12.2007). TCK, uyuşturucu maddeler arasında hafif ağır ayrımı yapmaksızın, 188. maddesinin 4. fıkrasında uyuşturucu veya uyarıcı maddenin eroin, kokain, morfin veya bazmorfin olması halinde, uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun cezasının yarı oranında artırılarak verileceğini hükme bağlamıştır.

³⁰⁴ De Maglie, **a.g.e.**, s. 326.

³⁰⁵ **Aynı**, s. 344.

zorda kalma hukuka uygunluk nedeni söz konusu olamaz. Devlet yasalarla bağlıdır. Sadece kışkırtma faaliyetine belli yasaların sınırlı bir şekilde izin vermesi durumunda, “özel hukuka uygunluk nedeni”nden söz etmek mümkün hale gelir.

5.4. İlgilinin Rızası

Kışkırtıcı ajan bakımından en çok tartışılan konulardan birisi de ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin³⁰⁶ kışkırtıcı ajanın faaliyeti bakımından uygulanıp uygulanamayacağı meselesidir³⁰⁷. İlgilinin (mağdurun) rızası bir hukuksal değer sahibinin başka bir kimse tarafından o değer ihlal edilmesine rıza gösterdiğine ilişkin irade beyanıdır³⁰⁸. İlgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olabilmesi için rızanın, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakla ilişkin olması ve rıza gösterme yeteneğinin bulunması, rızanın açıklanması ve rızanın konusunun bulunması gerekir (TCK m.26/2). Diğer taraftan, rızanın sadece kışkırtıcı ajan bakımından hukuka uygunluk nedeni yaratıp kışkırtılan bakımından yaratmaması gerekir ki kışkırtma faaliyetinde bulunmaktan istenen amaç gerçekleşebilsin³⁰⁹.

Rızaya ilişkin varsayımlar, kışkırtıcı ajan bakımından dört ana başlıkta toplanabilir. Bunlar, kışkırtıcı ajanın hakkın sahibi olması, üçüncü bir kişinin hakkın sahibi olması, hak sahibinin kışkırtıcı faaliyetten habersiz olarak kışkırtılan tarafından hakkının ihlal edilmesine rıza göstermesi ve son olarak hak sahibinin kışkırtıcı davranışa yönelik rızasının kışkırtılanın davranışını kapsamadığı durumlardır. Bu dört olasılığın her birinde ilgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olarak ele alınması için gerekli koşulların yerine getirilmiş olduğu varsayılmalıdır.

³⁰⁶Salama, **a.g.e.**, s. 82. İlgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin kavramsal çerçevesi ve hakkında ileri sürülen görüşler için bkz. Özlem Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi** (İstanbul: Legal, 2003), s. 57 vd., ve 82 vd.

³⁰⁷Galli, **a.g.m.**, s. 792; Califano, **a.g.e.**, s. 85; Delogu, **a.g.m.**, s. 24-25; Salama, **a.g.e.**, s. 82.

³⁰⁸Ünver, **a.g.e.**, s. 976.

³⁰⁹“İlgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni bakımından aşılamayacak sorun, söz konusu hukuka uygunluk nedeninin sadece “mağdurun” üzerinde mutlak şekilde tasarrufta bulunabileceği hakları kapsar nitelikte olmasıdır”. “Eğer kışkırtıcı ajan, kışkırtılanı bir suç işlemeye yönlendirir ve bir zarar veya zarar tehlikesi ortaya çıkarsa, bizzat hakkın sahibi olan kışkırtıcı ajan cezalandırılmaz. Hukuk düzeni, üzerinde mutlak şekilde tasarrufta bulunulabilecek bir hakkı, hakkın sahibinden gelecek saldırılara karşı korumaz”. Mitsh’in görüşleri için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 143.

a) İlk olasılıkta, kışkırtıcı ajan bir hakkın sahibidir ve bizzat davranışı ile, kışkırtılanı bu hakka yönelik bir ihlalde bulunmaya yönlendirir. Örneğin, bir mağazanın sahibi olan A, B'yi bu mağazadan hırsızlık yapmak üzere, ihbar etmek amacıyla yönlendirir. Bu varsayım bakımından kışkırtılanın herhangi bir cezai sorumluluğundan söz etmek olanaklı değildir. Çünkü kışkırtılanın, fiili gerçekleştirmesine ilişkin olarak kışkırtıcı ajan tarafından verilmiş olan bir rıza söz konusudur³¹⁰. Rıza herhangi bir koşula bağlanmadan, iradeyi sakatlayan hallerden biri de bulunmadan ve suç işlenmeden önce ortaya konulmuştur.

Kışkırtıcı ajanın somut olay bakımından, kışkırtılanı suça yönlendirdiği anda rızasının bulunmasından hareketle, rızanın geçerli bir rıza olarak kabul edilmesi gerekir. Nitekim, bu kurum bakımından, süjenin, ilgilinin rızasının olup olmadığını bilmesinin önemi yoktur. Ancak önemli ve zorunlu olan rızanın, davranışın ortaya konulmasından önce verilmiş olmasıdır. İlgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin, objektif etkisi suçu işleyen kimse bakımından söz konusu rızadan haberdar olmasa dahi geçerlidir. Bu durumda ne kışkırtan bakımından ne de kışkırtılan bakımından cezai bir sorumluluk söz konusu olacaktır³¹¹. Ancak unutulmaması gereken husus, ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninden bahsedebilmek için, rızanın suçun bütün unsurlarına ilişkin olması gerektiğidir³¹². Örneğin, özel kastın arandığı bir suçta ilgilinin rızasından bahsedebilmek için, rızanın bu kastı da kapsar nitelikte olması gerekir³¹³. O halde hırsızlık suçu söz konusu olduğunda malı elinde bulunduranın, bir başkasının malı sahiplenmesine rıza göstermesi, kışkırtma faaliyetini hukuka uygun hale getirir³¹⁴.

b) İkinci olasılıkta, üçüncü bir kişinin hakkın sahibi olması ve kışkırtıcı ajanın bu hakka yönelik olarak bir kimseyi yönlendirmesi söz konusudur. Bu, tipik bir kışkırtma faaliyetidir. Bu varsayım bakımından hakkın sahibi olan üçüncü kişi,

³¹⁰ Bu varsayım bakımından kışkırtıcı ajanın da bir cezai sorumluluğunun olmadığını kabul etmek gerekir. Kişi, davranışı bakımından en fazla ahlaki olarak kınanabilir. Ancak asli fail açısından, mefruz veya açık bir rızanın bulunmadığı hallerde, cezai sorumluluğun tamamen ortadan kalktığını söylemek olanaklı değildir. Bkz. Delogu, **a.g.m.**, s. 25; Salama, **a.g.e.**, s. 83; Malinverni, **a.g.m.**, s. 396.

³¹¹ Bkz. Califano, **a.g.e.**, s. 87; Salama, **a.g.e.**, s. 83.

³¹² Salama, **a.g.e.**, s. 84; Dell'Andro, **a.g.m.**, s. 865.

³¹³ Dell'Andro, **a.g.m.**, s. 889; Galli, **a.g.m.**, s. 792.

³¹⁴ De Marsico, **Diritto Penale**, s. 391; Salama, **a.g.e.**, s. 83.

kışkırtıcı ajana kışkırtma bakımından izin vermektedir. Örneğin, taşınabilir bir malın maliki olan A'nın kışkırtıcı ajan B'ye, C'nin söz konusu malı çalmasına yönlendirmesi bakımından izin vermesinde olduğu gibi.

Söz konusu olay bakımından da ne kışkırtıcı ajanın ne de kışkırtılanın cezai sorumluluğundan söz edilebilir. Nitekim kışkırtıcı ajan hakkın sahibinden almış olduğu rıza nedeniyle cezalandırılmazken, kışkırtılansa bizzat bu rızanın davranışa yönelik olarak verilmesinden dolayı cezalandırılmayacaktır³¹⁵.

Bu varsayım bakımından söz konusu olan hukuki durum, kışkırtıcı ajanın bizzat hakkın sahibi olması durumundan farklılık göstermemektedir. Geçerli bir rıza vardır ve kışkırtıcı ajanla hak sahibi arasında bir tür vekâlet olduğunun kabulü gerekir. Bu rıza hem kışkırtıcı ajan bakımından hem de bir rızanın varlığından haberdar olmasa dahi kışkırtılan bakımından geçerlidir ve her iki süje de hukuka uygunluk nedeninden yararlanmalıdır³¹⁶.

c) Üçüncü olasılıkta ise hak sahibi olan kimse, kışkırtılanın, hakkını ihlale yönelik davranışta bulunması bakımından rıza göstermekte ama kışkırtılanın bu fiile, kışkırtıcı ajan tarafından yönlendirildiğini bilmemektedir. *Califano*, bu varsayım bakımından da sonuç değişmez demektedir. Zira kışkırtıcı ajan, öyle bir kimseyi suça kışkırtmaktadır ki, bu kimsede hakkın sahibi tarafından verilmiş olan bir rıza bulunmaktadır. Dolayısıyla olmayan bir suça kışkırtıcı ajanın da iştirak etmesi olanaklı değildir³¹⁷. Örneğin; aynı okulda öğrenci olan C; B'ye kitaplarını istediği gibi kullanabileceğini ve hatta isterse dolabından alıp satabileceğini söyler. Bu durumdan habersiz olarak okulda yaygınlaşan kitap hırsızlığının failini ortaya çıkarmak isteyen A, söz konusu hırsızlığı yaptığından kuşkulandığı B'ye, C'nin dolabının kapağının açık olduğunu ve dolaptaki kitapları getirmesi halinde satın alabileceğini söyler. B, kitapları, A'ya satar. Bu durumda, ne A ne de B bakımından herhangi bir suç ortaya çıkar.

³¹⁵ Califano, **a.g.e.**, s. 87; Malinverni, **a.g.m.**, s. 396; Dell'Andro, **a.g.m.**, s. 864.

³¹⁶ Malinverni, **a.g.m.**, s. 396.

³¹⁷ Califano, **a.g.e.**, s. 89; Salama, **a.g.e.**, s. 87.

d) Dördüncü olasılıkta ise hakkı elinde bulunduranın rızası sadece kışkırtılanın davranışına yönelik olarak verilmekte ve fakat bu rıza kışkırtılanın davranışını kapsamamaktadır³¹⁸.

Galli'ye göre söz konusu olasılık, diğer üç olasılığa göre farklılık göstermektedir. Kışkırtılanın, kışkırtıcı ajanın isteği doğrultusunda davranması halinde, rızanın varlığı sadece kışkırtıcı ajanın lehine bir durum yaratır³¹⁹. Bu görüşe katılmayan *Califano*'ya göreyse, rızanın neye yönelik olduğunun araştırılması gerekir. Elbette, hakkın sahibi kimsenin, kışkırtıcı ajanın faaliyetine ilişkin verdiği rızanın ceza hukuku bağlamında olması gerekir. Bu rıza, doğal olarak kışkırtılanın davranışını da kapsar nitelikte kabul edilmelidir. Bir başka deyişle, hakkın sahibi kimse, kışkırtıcı ajanla, üçüncü bir kişinin, kendi hakkına yönelik saldırıda bulunmasını sağlamak üzere kışkırtılması konusunda anlaşmıştır. Bu anlamda aslında rıza, kışkırtıcı ajan tarafından yönlendirilmiş olan kışkırtılanın davranışına ilişkin olarak da verilmiştir. Hakkın sahibi olan kimse, kışkırtıcı ajanla anlaşmalı bir şekilde, kışkırtılanın davranışına rıza göstermiştir.

Galli'nin yaklaşımı kabul edilecek olursa, rıza sadece kışkırtıcı davranışa yönelik olarak verilmiştir. Bu halde kışkırtan bakımından hukuka uygunluk nedenlerinden söz etmek olanaklı olabileceken, asıl fail yani kışkırtılan bakımından herhangi bir hukuka uygunluk nedeni olmayacaktır. Ayrıca, *Galli*'nin yaklaşımı kabul edilecek olursa, geçerli bir rızanın olduğu hususunda dahi kuşku ortaya çıkabilecektir. Geçerli bir rızadan ancak, bir hakkın ihlaline yönelik olarak verilmesi durumunda bahsetmek olanaklıdır. Yani azmettirme veya teşvik bakımından rızanın verilip, davranışın gerçekleştirilmesi bakımından rızanın verilmemesi söz konusu olamaz. Sonuç olarak bu varsayım bakımından da kabul edilmesi lazım gelen, hem kışkırtıcı ajan bakımından hem de kışkırtılan bakımından, geçerli bir rızanın, -kışkırtılan rızadan haberdar olmasa dahi- davranışın hukuka aykırılığını ortadan kaldıracaktır³²⁰.

³¹⁸ Salama, **a.g.e.**, s. 84.

³¹⁹ Galli, **a.g.e.**, s. 792.

³²⁰ Califano, **a.g.e.**, s. 88-89.

Salama ise meseleyi özel kastı gerektiren suçlar ve gerektirmeyenler başlığında incelemenin doğru olacağı görüşündedir. Doğal olarak kışkırtıcının davranışına yönelik verilmiş olan bir rıza, kışkırtılanın davranışını da kapsar. Ancak söz konusu cezasızlık nedeninin kışkırtılanı da kapsaması için rızanın suçun bütün unsurlarına yönelik olarak gösterilmiş olması gerekir. Bu yüzden, özel kastın arandığı durumlarda, rızanın etkili olabilmesi için özel kastı kapsar nitelikte olması gerekir. Eğer rızanın özel kastı kapsar nitelikte olduğundan bahsetmek olanaklı değilse, rızanın hukuka uygunluk nedeni olmak bakımından hiçbir değeri olmayacaktır. Diğer taraftan, suçun yapısı genel kastı yeterli görüyor ve özel kastı aramıyorsa rızanın varlığı kışkırtılanın hareketini hukuka uygun hale getirmek bakımından yeterli kabul edilecektir³²¹. Genel kastla işlenebilen bir suçta, sadece kışkırtanın davranışına rıza gösterilmesi halinde, bu rızanın örtülü bir şekilde kışkırtılanın davranışını da kapsadığı kabul edilirken; özel kastla işlenebilen bir suçta, kışkırtanın davranışına yönelik rızanın özel kastı kapsar şekilde verilmemesi halinde, kışkırtılan bakımından hukuka uygunluk nedeninin varlığından söz edilemez³²².

Sonuç olarak söz konusu olasılıkların tamamı bakımından, ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni mevcuttur³²³. Ancak, kışkırtıcı faaliyetin söz konusu olduğu bütün olasılıklar ve kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluk bahsini açıklamak bakımından ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni yeterli gelememektedir³²⁴. Ayrıca, kışkırtıcı ajanın fiiline rıza sadece üzerinde tasarrufta bulunulabilen haklar bakımından geçerlidir. Tasarruf yetkisinin geçerli olmadığı konularda rızanın varlığı ve fakat alınan önlemlere rağmen suç teşkil eden fiilin işlenmesi halinde gerek kışkırtanın gerekse kışkırtılanın cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır. Böyle bir çözüm yolunun ise kışkırtıcı ajanını faaliyet sahasının aşırı sınırlandığı açıktır.

³²¹ Salama, **a.g.e.**, s. 85-86.

³²² **Aynı**, s. 86.

³²³ Aksi görüşte olan Ersoy'a göre kışkırtıcı ajanın fiiline rıza gösterilmesi, gerçek anlamda suç oluşturan bir fiile rıza göstermek demek değildir. Bkz. Ersoy, **a.g.m.**, s. 39.

³²⁴ Delogu, **a.g.m.**, s. 26; Salama, **a.g.e.**, s. 82; Malinverni, **a.g.m.**, s. 398; Erem, **Kışkırtıcı Ajan**, s. 14.

5.5. Görevin Yerine Getirilmesi Hukuka Uygunluk Nedeni

Bir yaklaşıma göre kolluk görevlisi olan kışkırtıcı ajan kanun hükmünün veya emrin yerine getirilmesi amacıyla hareket etmişse, hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanması gerekir³²⁵. Görevin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenini, kanun hükmünü yerine getiren kışkırtıcı ajan ve amirin emrini yerine getiren kışkırtıcı ajan başlıklarında ayrı ayrı inceledikten sonra bir sonuca varmaya çalışacağız.

5.5.1. Amirin Emrini Yerine Getirme

TCK'nın 24. maddesinin 2. fıkrasına göre *“Yetkili bir merciden verilip yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz”*. Kamu düzeninin devamı açısından, üstün astına yönelik verdiği emirlerin yerine getirilmesi gerekir. Bu emirler hukuk kurallarına uygun olarak verilmiş olmalıdır. Emri verenle emri uygulayan arasında ilişki kamu hukukundan kaynaklanan amir memur veya alt üst ilişkisi olmalıdır³²⁶.

Adli polis ajanının veya kamu güvenliğini sağlamakla görevli olan kimselerin kışkırtıcı ajan olarak yürüttükleri faaliyetin, amirin emrinin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni olarak görülebilmesinin olanaklı olduğu savunulmuştur. Bu görüşe göre, kolluk görevlisi, kışkırtıcı ajan olarak bir emri yerine getiren kimsedir. Günümüz ceza hukukuna hakim olan ilkeler bakımından geçerliliği söz konusu olamayacak söz konusu yaklaşımı savunanlara göre astın, emri denetleme yetkisi/hakkı, emir hukuka uygun olmasa dahi yoktur³²⁷.

³²⁵ Erem, **İdarenin ‘Kışkırtıcı Ajan’ Kullanması**, s. 280.

³²⁶ Amirin emrini yerine getirme hukuka uygunluk nedeninden söz edebilmek için aranan koşullar; yetkili birinin emir vermiş olması, emrin yasalara uygun olması ve emre uyma zorunluluğunun bulunmasıdır. Bkz. Antolisei, **Parte Generale**, s. 273; Centel-Zafer-Çakmut, **a.g.e.**, s. 302.

³²⁷ Artık savunulması olanaklı olmayan bu yaklaşımın savunucuları arasında, Gajotti gösterilebilir. Hatta emir gerek kolluk görevlileri gerekse sivil yurttaşlar bakımından söz konusu olabilir. Kolluk görevlileri bakımından söz konusu olan emire önleyici emir, sivil yurttaşlar bakımından söz konusu olan emire ise onaylayıcı emir adı verilir. Bkz. Angelo Gajotti, **Istigazione e Determinazione nella Teoria del Reato** (Genova: Edizione Lupa, 1948), s.154.

Elbette astın, üstün emrini her şeyden evvel biçimsel bir açıdan denetleme³²⁸ (emri verenin yetkili olması, emri alanın bunu yerine getirmeye yetkili ve mecbur olması, kanunun öngördüğü koşulları taşıması) zarureti söz konusudur. Biçimsel açıdan meşruluk koşullarına uygun olan emrin maddi meşruluk koşullarına (emrin verilmesi için kanunun aradığı koşulların bulunması) da sahip olması gerekir. Hukuka aykırı olan emri uygulayan astın, üstle birlikte cezai sorumluluğu söz konusu olacaktır³²⁹. Emrin muhatabı olan memur, ilk olarak aldığı emrin biçimsel meşruluğunu araştıracaktır. Bu araştırmayı yapmayarak biçimsel açıdan kanuna aykırı emri yerine getiren memurun hukuka uygunluk nedeninden yararlanması söz konusu olamaz. Diğer taraftan emrin içerik açısından da meşru olması, hukuk kurallarına uygun olması gerekir. İçerik bakımından gayri meşruluk iki şekilde ortaya çıkar, ya emrin konusu hukuka aykırıdır ancak suç değildir, ya da emrin konusu aynı zamanda suç teşkil etmektedir. Nitekim TCK'nın 24. maddesinin 3. fıkrası ve Anayasa'nın “kanunsuz emir” başlığı taşıyan 137. maddesinin 2. fıkrasına göre, konusu suç oluşturan emir hiçbir koşul altında yerine getirilemez ve yerine getirilmesi durumunda yerine getiren kişi sorumluluktan kurtulamaz. Meşru olmayan bir emri memur yerine getiremez. O halde hukuka aykırı bir emri yerine getirmek suretiyle bir kimseyi suça kışkırtan, fiilinden dolayı sorumlu olacaktır³³⁰.

Ancak bu noktada emir bakımından, denetlenebilir meşru olmayan emir, bağlayıcı meşru olmayan emir ayırımına bakmak gerekir. Denetlenebilir meşru olmayan emri yerine getiren kışkırtıcı ajan fiilinden dolayı sorumlu olacaktır. Kanunun, emrin meşruluğuna dair herhangi bir araştırma yapmaya rıza göstermediği durumlarda bağlayıcı meşru olmayan emirden söz edilir. Bağlayıcı meşru olmayan ancak içeriği de suç teşkil etmeyen emrin söz konusu olduğu durumlarda, kışkırtıcı ajan olarak faaliyet yürüten görevlinin emrin yerine getirilmesi nedeniyle oluşacak hukuka uygunluk

³²⁸ H. Yılmaz Günel, **Yetkili Merciiin Emrini İfa** (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1967) s. 103.

³²⁹ Günel, **a.g.e.**, s. 105.

³³⁰ “Söz konusu emirle yerine getirilen fiilin, “üstün sosyal menfaate” aykırı olması gerekir. Zira emrin, “üstün sosyal menfaate” uygun olması durumunda cezai sorumluluk söz konusu olmayacaktır.” Bkz. Califano, **a.g.e.**, s. 83.

nedeninden yararlanması gerekir³³¹. Ancak bu durumda da unutulmaması lazım gelen, içerik yönünden bir denetimin yapılması söz konusu değilse de biçimsel olarak denetim yapmanın olanaklı ve hatta zorunlu olduğudur³³². Ayrıca ister asker kişilere isterse kolluğa yönelmiş olsun konusu suç teşkil eden emir hiç bir şekilde yerine getirilmez. Yerine getirilirse, hem amir hem de yerine getiren sorumlu olur³³³.

Yasal bir emri başka bir söyleyişle içeriği suç olmayan bir emri yerine getiriyorum inancıyla hareket eden fakat gerçekte içeriği suç olan bir emri yerine getiren astın sorumlu olmaması gerektiği ileri sürülmüştür. Zira hukuka uygunluk nedenlerinin varlığına ilişkin kaçınılmaz bir hataya düşmüştür. Hatasından yararlanarak, cezadan bağışık tutulması doğru olacaktır³³⁴. Zira süje, emrin içeriğini denetlemek bakımından hataya düşmüştür. Kışkırtıcı ajan olarak faaliyet yürüten kolluk, uygulamak zorunda ve yasal olduğuna inandığı bir emri yerine getirmiştir³³⁵. Ancak söz konusu hata yaklaşımı, ceza kanunlarını bilmemekten kaynaklandığından ve kaçınılmaz olamayacağından bir muafiyet nedeni olarak görülemez. Nitekim adli polis ajanının, bir faaliyetin genel yapısından, o faaliyetin hukuka aykırı olup olmayacağını bilebilecek durumda olması gerekir³³⁶.

Galli, soruna farklı bir açıdan bakmıştır. Kolluk görevlisi, memuriyetinin sınırlarını belirleyen kurallar bakımından idare hukuku bağlamında bir yorumsal hataya düştüğünden durumu fiilî bir hata bağlamında ele alınmalıdır veya amirin emrini yerine getirme mecburiyeti olduğuna inanması nedeniyle, hukuka aykırı bir emri yerine getirmek bakımından fiili bir hataya düşmüştür. Söz konusu durum bakımından fiili bir

³³¹ Salama, **a.g.e.** s. 81. Devlete ait bazı faaliyetlerin aksamadan yürütülebilmesi için bu faaliyetlerle ilgili bazı emirlerin mutlaka yerine getirilmeleri gerekebilir. Bu tür emirler her şeyden önce askerlik ve kolluk hizmetleri alanında söz konusu olabilirler(Anayasa, m. 137): Bkz. Toroslu, **Genel Kısım**, s. 140

³³² Sahir Erman, **Askeri ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul** (İstanbul: B. 7,Üçdal Neşriyat, 1983), s. 183.

³³³ Vignale, **a.g.m.**, s. 64.

³³⁴ Ajan, kaçınılmaz hatası sonucunda bir hukuka uygunluk nedenin var olduğunu sanıyorsa, hukuka uygunluk nedeni varmış gibi cezadan bağışık sayılır. Bkz. Vignale, **a.g.m.**, s. 64.

³³⁵ Hukuka uygunluk nedenlerinde kaçınılmaz bir hataya düşenin hatasından yararlanması kuralı, emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni bakımından söz konusu olamaz. Bkz. Malinverni, **a.g.e.**, s. 398.

³³⁶ Bkz. Califano, **a.g.e.**, s. 64, s. 85; Günal, **a.g.e.**, s. 152.

hatanın olup olmadığını araştırmak oldukça zordur ve doğru da değildir³³⁷. Zira bir kimseyi suça yönlendirmenin, idare hukuku bağlamında bir hataya neden olabileceğini söylemek olanaklı değildir. Amirin emrini yerine getirme hukuka uygunluk nedeni, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğu olmadığı tespiti bakımından yetersizdir. Kışkırtıcı ajana emri veren amirin amacının “üstün” değerinin önemi yoktur. Kışkırtıcı ajana suç işletmesi konusunda verilen emir suç meydana getirdiği için, yerine getirmesinin hukuka uygun kabul edilmesi olanaklı değildir. Emre neden olan şey, suçu ortaya çıkarmak, suçu önlemek dahi olsa kanuna aykırı emri yerine getiren kolluk görevlisinin cezai sorumluluğunun olması lazım gelir³³⁸. Amirin emrini yerine getirmeyi, kışkırtıcı ajan bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak gören yaklaşımın günümüz bakımından dikkate alınabilecek yegâne tespiti, memur olmayanlar bakımından kışkırtıcı faaliyetin bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülemeyeceğidir³³⁹. Nitekim söz konusu hukuka uygunluk nedeninin ön koşulu, emri verenle emri alan arasında kamu hukukundan kaynaklanan amir-memur veya ast-üst ilişkisinin bulunmasıdır³⁴⁰.

Kışkırtıcı ajanın faaliyetinin, amirin emrini yerine getirme hukuka uygunluk nedeni kapsamında görülemeyeceği noktasında öğretide görüş birliği vardır. *Delogu*’dan³⁴¹ itibaren ve daha sonra³⁴² şu husus açıklıkla ortaya konulmuştur: Her kim hukuka aykırı bir emri yerine getirirse cezalandırılır. Bu kimsede mevcut olan isteğin bir önemi yoktur. Kişinin suça, suçluları ortaya çıkarmak için dahil olması onun hukuka uygunluk nedeninden yararlanacağı anlamına gelmez.

5.5.2. Kanun Hükmünü Yerine Getiren Kimse Olarak Kışkırtıcı Ajan

Kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez (TCK m.24/1). Maddede kullanılan kanun deyiminin hukuk kuralı olarak anlaşılması gerekir³⁴³. Kanun

³³⁷ Bkz. Califano, **a.g.e.**, s. 85. Amirin emrini yerine getirmek bakımından fiili hata konusunda bkz. Günal, **a.g.e.**, 150 vd.

³³⁸ Salama, **a.g.e.**, s. 81-82; Ersoy, **a.g.m.**, s. 39.

³³⁹ Delitala, **a.g.m.**, s. 468.

³⁴⁰ Toroslu, **Ceza Hukuku**, s. 139.

³⁴¹ Delogu, **a.g.e.**, s. 27.

³⁴² Vignale, **a.g.m.**, s. 64.

³⁴³ Toroslu, **Genel Kısım**, s. 138.

hükümünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden söz edebilmek için hukuk kuralının, bir kimsenin belirli bir durumda bazı davranışlarda bulunması yükümünü ve aynı zamanda yetkisini öngörmesi gerekir. Kanun hükmünü yerine getirme, bazı durumlarda genel nitelikte herkesi ilgilendirirken bazı durumlarda ise özel niteliktedir ve belli bir hukukî durumunda olan kişileri ilgilendirir

Kavram üzerine ilk tartışmaları yapan ceza hukukçuları kışkırtıcı ajanın amacının onun cezalandırılabilirliğini ortadan kaldırmadığını savunmaktaydılar. Onlara göre, kışkırtıcı ajanda, “failleri ortaya çıkarmak ve cezalandırılmalarını sağlamak” amacının bulunması, onun açısından ne kusurluluğu kaldırır ne de bir hukuka uygunluk nedeni yaratır. Zamanla İtalyan uygulamasında ve kısmen öğretilerde figür kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenleri kapsamında ele alındı³⁴⁴.

Kışkırtıcı ajan faaliyetlerinin, hukuka uygunluk kapsamında ele alınması gerektiğini düşünen yazarların bir kısmına göre, adli polisin faaliyeti, “kanunun hükmünü yerine getirme” hukuka uygunluk nedeni kapsamında düşünülebilir³⁴⁵. Eğer kışkırtıcı ajan suça katılma ve neticeyi elde etme amacı olmaksızın faaliyette bulunursa başka bir ifadeyle neticenin karşıtı bir pozisyondaysa resmî bir görevi yerine getirmektedir³⁴⁶. Kışkırtıcı ajan, çatışan menfaatlerden üstün olanı seçmektedir³⁴⁷.

Manzini, adli polis ajanının, kışkırtıcı ajan olarak harekete geçmesi durumunda, kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin uygulanabileceğini

³⁴⁴ Bkz. Mantovani, **a.g.e.**, s. 554.

³⁴⁵ Kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun olup olmadığı tartışmasını hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler başlığında tartışan çağdaş öğretinin önemli bir kısmı sorunu, “kanun hükmünü yerine getiren kimse olarak kışkırtıcı ajan” başlığında incelemişlerdir. Bu konuda bkz. Califano, **a.g.e.**, s. 73; Delli Paoli, **a.g.m.**, s. 42.

³⁴⁶ Vignale, **a.g.m.**, s. 64. “Kışkırtıcı ajan mevcut düzenin sadık koruyucusudur. Failin suçu tamamlamasını engeller. Faillerin yakalanması bakımından belirleyici role sahiptir. Bu halde kışkırtıcı ajan bakımından söz konusu olan ‘kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenidir. Kışkırtıcı ajan, bir diğerini suç yolunda yakalanmasını sağlamak üzere suça yönlendirendir.” 1985 tarihli İtalyan Yüksek Mahkemesi kararı için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 263, dñn. 214.

³⁴⁷ Hukuka uygunluk nedenlerinin ortak gerekçesi olarak çatışan menfaatlerden üstün olanın seçilmesi gerekir. Örneğin toplumsal menfaat bakımından seri bir şekilde işlenmekte olan bir suçu engellemek ile bir kimseyi suça yönlendirmek arasında, altı çizilecek husus şudur: Baskın menfaat olarak sosyal fayda, seri bir şekilde suçun öngörülmesi, ortaya çıkarılması ve engellenmesidir. Bkz. Califano, **a.g.e.**, s. 79.

söylemektedir³⁴⁸. Yazara göre kolluğun ortaya koyduğu davranış ya suçların önlenmesine ya da suça ilişkin delillerin elde edilmesine yöneliktir. Kışkırtıcı ajan bakımından hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanması gerektiği düşüncesinin önde gelen savunucularından Manzini bu konudaki görüşlerini şöyle ifade etmiştir: *“Kolluğun görevi, daha doğrusu zarureti bir suçun işlenmesini önlemektir. (Yeni İCMK 55/1)³⁴⁹. Böyle bir neticeye engel olamaması halinde mecburiyeti, işlenmiş suçun faillerini ortaya çıkarmak ve benzer neticelerin meydana gelmesine engel olmaktır. Ancak kışkırtıcı ajan, neticeye neden olacak olan davranışları engellemez. İhmalde bulunur. Bu ihmaliyle suça katılma iradesini göstermiş de değildir. Suça iştirakten bahsedebilmek için her şeyden önce katılanlarda suça katılma iradesi bulunmalıdır. İradesi tamamen suç işleyen iradesine karşıt bir şekilde işlenen fiili ceza yargılamasının konusu haline getirmektir. Kışkırtıcı ajan söz konusu davranışını bir anlamda ceza adaletinin gerçekleşmesi için ortaya koymuştur. Bu durum ise kanunun hükmünün yerine getirilmesinden başka bir şey değildir”³⁵⁰.*

Her şeyden önce, kanun hükmünü yerine getiren kimse olarak, hukuka uygunluk nedenleri arasında gösterilen kışkırtıcı ajan faaliyeti, kesin olarak kolluk görevlisi tarafından yapılan kışkırtma ile sınırlandırılmıştır. Söz konusu çözüm tipi, açık bir şekilde kışkırtıcı ajanın resmî devlet görevlisi olması haline hasredilmiştir. Resmî görevli olmayan kışkırtıcının, söz konusu çözümle birlikte değerlendirilmesi mümkün değildir³⁵¹.

³⁴⁸ Manzini bir yandan kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun olup olmadığı sorusuna yanıtı hukuk uygunluk nedenleri içinde ararken, diğer yandan kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğu bakımından mutlak imkânsızlık nedeniyle işlenemez suça atıfta bulunmaktadır. Örneğin reçeteyle satılan bir ilacı, reçetesiz sattığından şüphe edilen eczaneden, denetim görevlisinin kimliğini saklayarak ilaç sorması durumunda zararlı sonucun ortaya çıkması bakımından imkânsızlık söz konusu olacaktır. Kışkırtıcı ajanın müdahalesi *iter criminis* bakımından neticeyi önleyici bir işleve sahiptir. Bir serserinin daha önceden her türlü önlemin alınmış olduğu yerden hırsızlık yapmaya yönlendirilmesi durumunda, neticenin ortaya çıkması bakımından, kamu otoritesinin aldığı önlem dolayısıyla mutlak imkânsızlık söz konusu olacaktır. Bkz. Manzini, **a.g.e.**, s. 322.

³⁴⁹ Eski İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ilgili husus 219. maddede düzenlenmişti. Aynı şekilde Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 14. maddesi, adli polisin görevlerini, suçları ortaya çıkarmak, delilleri toplamak ve faillerin kim olduğunun araştırılması olarak belirlemiştir.

³⁵⁰ Manzini, **a.g.e.**, s. 323; Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 87; Taner, **a.g.e.**, s. 534.

³⁵¹ De Maglie, **a.g.e.**, s. 347; Dönmezer-Erman, **C.II**, s. 530.

Ayrıca, hukuka uygunluk nedenleri merkezli çözüm arayışları sadece kışkırtıcı ajana yönelmiş olan yaklaşımlardan farklı olarak, kışkırtıcı ajanla kışkırtılan arasındaki farkı da ortaya koymuştur. Nitekim kanun hükmünün yerine getirilmesi bilindiği üzere “kişisel” cezasızlık nedenidir. Yani kanun, belli kişilere hak ve yetkiler tanımaktaysa, sadece bu kişilerin hak ve yetkilerini kullanmaları durumunda hukuka aykırılığı kaldıran neden olur. Örneğin kolluğun silah kullanması gibi (PVSK m.16). Kışkırtma faaliyeti bakımından olası hukuka uygunluk nedeninden yararlanacak olan kışkırtıcı ajandır. Söz konusu hukuka uygunluk nedeninin suça katılan yani kışkırtılan bakımından etkili olması olanaklı değildir.

Bir görüşe göre, kışkırtıcı ajan olarak faaliyet yürüten adli kolluk memuru, kışkırtmasını suça neden olmaksızın sadece suça ilişkin delillerin ortaya çıkarılması ile sınırlandırılmalıdır³⁵². Yani kışkırtıcı ajanın faaliyetinin hukuka uygun kabul edilmesi için söz konusu faaliyetin suçun nedeni olmaması gerekir³⁵³. Adli polisin bizzat davranışıyla neticeye neden olmaması halinde, bu davranışı kışkırtma davranışı olarak kabul etmemek, neticesinde de, adli polisi kışkırtıcı ajan olarak görmemek durumunda, kışkırtıcı ajan sorunsalı tamamen farklı bir noktadan tartışılmak zorunda kalacaktır³⁵⁴.

Bahsi geçen yaklaşım, kışkırtıcı ajanı oldukça dar bir alana özgülemiştir. Kışkırtıcı ajan tanımını oldukça sınırlandırması bakımından bir anlamda kışkırtıcı ajanı sadece azmettiren olarak gören yaklaşıma yakındır. Bu hipotezde kışkırtıcı ajan, kışkırtma davranışı sonucunda, “suça neden olan kışkırtıcı ajan” ve suçu kanıtlamak üzere, “delil elde etme faaliyeti yürüten kışkırtıcı ajan” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu iki kışkırtıcı ajan figürü arasındaki temel fark, kışkırtıcı davranış ile netice arasındaki nedensellik ilişkisine dayanmaktadır. Kışkırtıcı ajan ödül kazanmak veya terfi etmek amacıyla, herhangi bir suç işlediğinden şüphe dahi edilmeyen bir kimseyi suça yönlendirmişse yani netice kışkırtıcı ajanın davranışından kaynaklanmışsa, tipik anlamda bir kışkırtıcı ajan faaliyetinden söz edilecek ama hukuka uygunluk

³⁵² Bkz. Salama, **a.g.e.**, s. 74.

³⁵³ Bize göre, gerek manevi katılma gerekse maddi katılma bakımından, suça neden olmama diye bir şey söz konusu olamaz. Eğer böyle bir durum varsa zaten katılmadan söz etmek olanak dışıdır.

³⁵⁴ De Marsico, **Diritto Penale**, s. 75.

nedenlerinin uygulanması söz konusu olmayacaktır³⁵⁵. Kışkırtıcı ajanın kışkırtmaya yönelik davranışlarının suçun gerçekleşmesi bakımından ağırlığının, kışkırtılanın suçun işlenmesindeki rolünün arka planda kalmasına yol açacak düzeyde olmaması gerekir³⁵⁶. Neticeinin kışkırtıcı davranışa dayanmadığı durumlarda, delil elde etme faaliyeti yürüten kışkırtıcı ajandan söz edilecek ve bu durumda olan kolluk görevlisi bakımından görevin yerine getirilmesinden dolayı hukuka uygunluk nedenleri söz konusu olacaktır³⁵⁷.

İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin yakın tarihli yönelimi³⁵⁸, *Manzini*'nin söz konusu yaklaşımıyla paralellik göstermektedir. Kışkırtıcı ajanın suçun işlenmesine yönelik müdahalesinin dolaylı ve marjinal olması kaydıyla, başka bir söyleyişle kışkırtıcı ajan faaliyetini,

- a) gözlem
- b) engelleme
- c) kontrol

çerçevesinde yürütüyorsa, ortaya çıkan suç bakımından hukuka uygunluk nedeninden yararlanması gerekir. Polis-kışkırtıcı ajan, ortaya çıkabilecek olası daha ağır neticeleri önlemek adına müdahalesini geciktirebilir. Polis, “gözlem, engelleme, kontrol” faaliyetini yürütürken bir yandan “suç yoluna” engeller koymaktadır³⁵⁹.

³⁵⁵ Salama, **a.g.e.**, s. 75.

³⁵⁶ Özbek, **Gizli Görevli**, s. 169.

³⁵⁷ Antolisei, **a.g.e.**, s. 563.

³⁵⁸ Söz konusu yaklaşımların tamamı bakımından kanuni dayanak olarak İtalyan öğreti ve uygulamasının, İCMK' nın 55. maddesinde polisin görevleri arasında sayılan, “suçun daha ağır neticelerini engelleme” ifadesine atıfta bulunduğu anlaşılmaktadır.

³⁵⁹ Uyuşturucuyla Mücadele Yasası'nın 97. maddesi kimlerin hangi şekilde kışkırtıcı ajan olarak faaliyet yürütüp kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirileceğini ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Söz konusu kişiler ve haller dışında kalanlar bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak söz konusu yasanın 97. maddesine atıfta bulunulamaz. 97. madde kapsamı dışında olan kışkırtıcı adli polis ajanı olsa dahi sadece şu hallerde davranışı hukuka uygun olarak kabul edilebilir: Kışkırtıcı ajanın müdahalesi gerek manevi gerekse maddi olarak dolaylı ve marjinal olmalıdır. Davranış bu anlamda kontrol, gözlem ve engelleme şeklinde ortaya çıkmalıdır. Suçun işlenmesi bakımından nedensel katkıyı ortaya koyan kışkırtıcı ajan, suça iştiraktan dolayı cezalandırılır.”Bkz. (Cass. Penale Sezz. VI, 01.06.1994), Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 101.

“Uyuşturucu maddenin ele geçirilmesini sağlamak bakımından suçlu ile bir müddet birlikte hareket edilmesi sınırlı bir müdahaledir”. Bkz. (Cass. Penale Sezz. IV, 30.10.1999), Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 102.

İtalyan uygulamasının bazı kararlarında, kışkırtıcı ajanın “gözlem, engelleme, kontrol” dışında faaliyet yürütmesi halinde de kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine başvurulduğu görülmektedir. Kışkırtıcı ajan sonucu meydana getirmek bakımından etkili nedensel katkıyı ortaya koymuş olsa dahi cezalandırılmayacaktır³⁶⁰.

Polisin örtülü faaliyeti bir anlamda sadece önleyici kolluk hizmetleri bakımından anlam taşıyabilir. Amaç başkasının hukuka aykırı fiillerini kontrol etmektir. Böylece suçun önlenmesi bakımından en uygun zamanı belirleme şansına da sahip olunacaktır. İtalyan Yüksek Mahkemesi, polisin bazı özel durumlarda ve geçici olarak bu yola başvurabileceğini kabul eder. Buna göre, polisin suçu önlemek konusunda görev/yetki bakımından derhal kullanılmak noktasında bir mecburiyeti yoktur. Polis, yapacağı müdahalenin başarı olasılığını değerlendirir ve olaya müdahale bakımından en uygun anı seçebilir. Böylece, polis müdahalesinin en iyi sonuçlarını elde edebilmek bakımından bir bakıma garanti ortamı sağlamış olur. Diğer taraftan, polisin müdahaleyi, gözlem, engelleme ve kontrol araçları dahilinde geciktirmesi, polise tanınan yetkiler bakımından niteliksel anlamda bir genişlemeye yol açmaz. Bahsi geçen araçlar, suçu etkili şekilde önlenmesi bakımından kullanılabilirler. Bunlar dışında kalan hiçbir hususun, hukuka uygunluk nedeni olarak görülebilmesi olanaklı değildir³⁶¹.

³⁶⁰ “Aldığı talimat doğrultusunda yasadışı uyuşturucu satışına ilişkin suçu ortaya çıkarabilmek(suça ait delilleri elde etmek, suçu ve suçluları ortaya çıkarmak) üzere suç örgütüne dahil olan polis memuru, satıcıların güvenini kazanarak bir miktar uyuşturucu satın alacağı kanaatini uyandırır. Daha sonra uyuşturucunun teslim yerine gider ve uyuşturucuyu teslim alır. 1990 tarih ve 307 sayılı Uyuşturucuyla Mücadele Yasası’nın 97. maddesinin uygulanması olanağı olmayan hallerde (polis memuru yasada belirlenen koşulları yerine getirmemektedir.) İCK m.51’i göz önünde tutmak gerekir. Yani kanun hükmünün yerine getirilmesi bağlamında adli polis memuru, delilleri araştırmak, suçluları ortaya çıkarmak ve suçu engellemekle görevlendirilmiştir. Suçun ortaya çıkarılması sürecinde söz konusu olan faaliyetin adli polisin zaruretleriyle uyuşmayan çelişen bir yönü yoktur.” Bkz. (Cass. Penale Sezz. IV, 1.09.1995), Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 104.

“Suç konusu bildiriye dağtınlar arasında suç faillerini kesin kanıtlarla ortaya çıkarmak amacı ile güvenlik tarafından verilen görevi gereği katıldığı yolundaki savunması Emniyet Genel Müdürlüğü’nün yazıları ile doğrulanmış bulunduğundan sanığın isnat edilen suçtan beraatına karar verilmiştir”. Ankara Birinci Ağır Ceza Mahkemesi’nin 22.6.1973 tarihli kararı için bkz. Erem, **Kışkırtıcı Ajan**, s. 13.

³⁶¹ De Maglie, **a.g.e.**, s. 351.

Bu bağlamda suçun işlenmesini kolaylaştıracak davranışlar bu kapsamda değerlendirilemez³⁶². O halde polisin bir suça onu ortaya çıkarabilmek amacıyla katılabilmesi ancak ve ancak ihmali hareketler şeklinde olabilir.

Kışkırtıcı ajanın faaliyetini, kanunun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni içerisinde tartışan *Califano*'ya göre şayet kışkırtıcı davranış, suç işlemeyi düşünmeyen faile suç işleme kararını verdirmek, yani azmettirme şeklinde ortaya çıkmışsa kışkırtıcı ajanın cezalandırılması gerekir³⁶³.

³⁶² İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin bu anlamda verdiği bir karar, yüksek mahkemenin konuya ilişkin yaklaşımını anlamak bakımından oldukça dikkat çekicidir. Karar, meseleyi gerek hukuka uygunluk nedenleri gerekse manevi unsur bakımından değerlendirir niteliktedir. "Ancona Savcısı'nın işbirliği teklifini kabul eden feminist hareket üyesi hamile M, yasadışı çocuk aldırıldığı herkesçe bilinen jinekolog doktor E'nin faaliyetini ortaya çıkarmak üzere, muayenehanesine gider. M, E'ye yasaların izin vermemesine rağmen hamileliğine son vermek istediğini söyler. E, bazı ilaçlar yazar ve taraflar ücrette anlaşılır. M bakımından kararda şu hususun altı çizilir: 'E'nin randevusuna uymakta ve direktiflerini yerine getirmekteki tek neden adalete yardım etmektir". E ile anlaşılan M'ye savcının talimatıyla, jandarmadan bir personel verilir. Personel kendisini jinekolog E'ye M'nin kardeşi olarak tanıttacaktır. Her şey daha önceden tahmin edildiği gibi gelişir. E, M'yi muayenehanesinde kabul eder. E, devamında çocuk almak için gerekli olan bulantı önleyici ilaçları, cerrahi müdahale için gerekli olabilecek araçları ve aspiratörü hazırlar ve çocuk alma faaliyetine girer. Rahim ağzına ilk müdahalenin yapılacağı sırada, E'nin bağırarak kapının önünde kardeşi kılığında beklemekte olan jandarmayı çağırması üzerine savcı ve kolluk görevlileri içeriye girerek E'yi gözaltına alırlar ve çocuk almakta kullandığı araç ve gerece el koyarlar.

Olayın bu kısmına kadar İtalyan Yüksek Mahkemesi şu hususu vurgular 'gebe iradi katkısını sadece teşebbüsü istemek bakımından ortaya koymuştur. Kendisini sadece, E'nin hareketinin teşebbüs aşamasına gelmesini sağlamakla sınırlandırmıştır. Gebe, cezalandırılmamalıdır. Zira kamu otoritesi tarafından yasal düzenlemeye dayanılarak yapılan görevlendirmeyle, hukuka uygun hale gelmiş davranışı gerçekleştirmiştir'. Kışkırtılanın cezai sorumluluğu bakımından, İtalyan Yüksek Mahkemesi şunu söyler, 'Çocuk alma bakımından 1978 tarihli yasada gösterilen hususlara riayet etmeksizin ve yasanın emirleri yerine getirilmeden sadece gebe kadının rızasına dayanılarak yapılan operasyon çok failli suç kapsamında değerlendirilmelidir. Suça katılanların her birinin suçun karşılığı olan ceza ile cezalandırılıp cezalandırılmamalarının önemi yoktur'.

M tarafından, doktor E'nin faaliyetinin kesintiye uğratılması, E'nin nihai amacı bakımından bir değişimin olduğunu göstermez. M'nin iradi katkısı başlangıçtan itibaren, icra hareketlerinin başlaması için gerekli olan hareketi(rızayı) ortaya koymaktan ibarettir. Kışkırtıcı ajanın bağırarak kapıda bekleyenleri içeriye çağırması, harici bir takım etkilerden kaynaklanmadığı ve ilk andan itibaren belirlenmiş olduğundan, gönüllülük kapsamında değerlendirilmelidir. Kışkırtıcı ajanın faaliyetine son vermesi, kışkırtılanın iradesinden bağımsız ve ona yabancı bir olgu olarak ortaya çıkar. Kışkırtıcı ajanın tamamlanmış hareketleri, kışkırtılanın harekete geçmesi bakımından nedensel katkılarını ortaya koymuştur.

Sonuç olarak asli fail(doktor) bakımından fiil tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurludur. Gebenin vazgeçmiş olmasının bir önemi yoktur. Kışkırtıcı ajan bakımından kişisel bir cezasızlık nedeni söz konusu olacaktır. Çünkü sadece kanun hükmünün yerine getirilmesine yardım etmiştir. Sadece teşebbüsü istediğinden kastından da söz etmek olanaklı değildir" 16.5.1980 tarihli karar için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 264-265; Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 115.

³⁶³ Califano, **a.g.e.**, s. 77-78.

Hangi koşulların varlığı halinde kışkırtıcı ajanın cezalandırılması gerektiğine yönelik İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir karar oldukça dikkat çekicidir³⁶⁴. Söz konusu karara konu olan olayda, kolluk görevlisi uyuşturucu ticareti yapan uluslararası bir organizasyona sızmıştır. Kolluk görevlisi zamanla polis birimleriyle de işbirliği içerisinde kışkırtıcı ajan faaliyeti yürütmeye başlar. 1981 -1983 yılları arasında sürekli olarak çok büyük miktarlarda uyuşturucu getirip satışını yapan grupta aktif olarak yer alır. Karar şu şekilde çıkar: *“Sanıkların faaliyeti sürekli olarak koordineli ve üst düzeyde etkilidir. Uyuşturucu ticareti uluslararası bir organizasyon olarak yürümektedir. Kışkırtıcı ajan kimliğinde bulunan kolluk görevlisinin mevcudiyeti ve katkısı olmaksızın suç örgütünü ortaya çıkarmak da olanaklı olmayacaktır. Kolluk görevlisinin suça yönelik katkısı özellikle kararların alınması aşamasında başlangıçtan itibaren yüksek düzeyde ve nedenseldir. Ancak kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni, kışkırtıcı ajanın yürütülen faaliyette doğrudan olmayan (dolaylı) ve marjinal katkıyı sunması halinde söz konusu olacaktır”*. Şu halde kışkırtıcı ajanın suça iştiraki düzenleyen hükümler doğrultusunda cezalandırılması gerekir. Kışkırtıcı ajanın davranışı, kışkırtılanın işlemiş olduğu fiil bakımından, nedensel bir katkı ortaya koyuyorsa başka bir söyleyişle suç, kışkırtıcı ajanın davranışı dolayısıyla ortaya çıkmışsa, yani neticenin ortaya çıkması bakımından kışkırtıcı ajanın katkısı doğrudansa, kışkırtıcı ajan cezalandırılır³⁶⁵.

Kışkırtıcı ajanın davranışının hukuka uygunluk nedenleri arasında görülebilmesi için, (davranışıyla suçun işlenmesini daha kolaya hale getiriyor olsa dahi) kışkırtıcının, devamlı surette kışkırtılanın hareketini kontrol altında tutması ve korunan hak ve menfaat bakımından ortaya çıkabilecek zararları engellemek bakımından muktedit olması gerekir. Eğer kışkırtıcı ajan suça, nedensel katkı sağlayacak şekilde dahil olduyorsa cezalandırılacaktır. Kışkırtıcı ajan müdahalesi şu durumda marjinal dolayısıyla da kabul edilebilir bulunur: Tamamıyla başkası tarafından gerçekleştirilmekte olan suça

³⁶⁴ 1987 tarihli karar için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 266-267.

³⁶⁵ “İster suçun hazırlık aşamasında isterse suçun icra aşamasında gerçek kimliğini gizleyerek güven sağlamak ve suç örgütü içersindeki pozisyonunu sağlamlaştırmak üzere faaliyet yürüten polis, suç bakımından bazı yönlendirmelerde bulunabilir. Bu yönlendirmeler esnasında polis belli bir nedensel katkıyı gerek manevi gerekse maddi olarak koymuşsa bu davranışın hukuka uygun olarak kabul edilmesi söz konusu olamaz. Suça iştirak başlığı altında polisin cezalandırılması gerekir.” İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin 1972 tarihli kararı için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 267.

sadece gözlem ve kontrol düzeyinde katılmalıdır. Kışkırtıcı ajanın, ortaya çıkan netice bakımından nedensel katkısının olmaması, cezai sorumluluğunun söz konusu olmaması bakımından yeterlidir. Diğer taraftan, kışkırtıcı ajanın gözlem ve kontrole yönelik davranışının, kışkırtılanın tek bir hareketine yönelik olması beklenir. Ancak kışkırtıcıdan böyle bir şeyi beklemek, çok karmaşık yapıya sahip olan suç örnekleri bakımından olanaksızdır. Örneğin, kışkırtıcı ajan bir suç örgütünün içinde, örgütün bütün hareketlerini izlemek üzere uzunca bir süre kalır. Burada suç hareketleri çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Kışkırtıcı ajanın sorunsuz bir şekilde suç organizasyonunun içerisinde kalabilmek ve grubun diğer üyeleri nazarında kuşkulu hale gelmemek ve gözlemci işlevini devam ettirebilmek üzere suç işlemek noktasına ulaşmadan farklı faaliyetlerde bulunabilir. Sorunun çözümü daha ziyade suç siyaseti bağlamında çözülebilir gözükmektedir. Uygulama, kışkırtıcı faaliyet sayesinde kullanılan yöntemin suçun engellenmesi bakımından pratikliğine yani netice elde edip edemediğine bakacaktır³⁶⁶.

Kışkırtıcı davranış, suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya suçun işlenmesini kolaylaştırmak şeklinde ortaya çıkmışsa, kışkırtıcı ajanın kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin varlığından ötürü cezalandırılmaması gerekir³⁶⁷. Zira polisin zarureti, suçun engellenmesi, delillerin elde edilmesi ve işlenmiş bir suçun faillerinin ortaya çıkarılmasından ibarettir³⁶⁸.

Manzini'nin yukarıda sözü edilen kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yaklaşımının, kışkırtıcının cezai sorumluluğunun belirlenmesi bakımından günümüz İtalyan öğretisi ve uygulamasında karşılık bulduğunu söylemek olanaklıdır. Uygulama neredeyse bütünlüklü bir şekilde, kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni bakımından hemfikir hale gelmiştir. Bir anlamda kışkırtıcı ajan figürü

³⁶⁶ De Maglie, **a.g.e.**, s. 268.

³⁶⁷ Califano, **a.g.m.**, s. 426.

³⁶⁸ Dell'Andro, **a.g.m.**, s. 866; Malinverni, **a.g.m.**, s. 396; Galli, **a.g.m.**, s.779. Bir suça manevi veya maddi şekilde katılma ancak nedensel katkının bulunması durumunda söz konusu olabileceğine göre, kanunun hükmünün yerine getirilmesi bakımından azmettirmenin neden kapsam dışında bırakıldığı anlaşılmamaktadır. Bkz. Salama, **a.g.e.**, s. 80.

1990'lı yılların öğretisi ışığında yeniden şekillenmiştir. Kanun hükmünün yerine getirilmesi cezasızlık nedenine başvurulabilmesi için, başka bazı normların olması gerekir. Bu noktada kanun hükmünün yerine getirilmesini düzenleyen TCK m. 24/1 yapısal olarak açık ceza normuna benzetilebilir³⁶⁹. Örneğin polisin belli hallerde silah kullanmasına olanak sağlayan PVSK'nın 16. maddesi bu şekilde değerlendirilebilir.

Manzini'nin tezine yönelik eleştirilerde ve bazı itirazlarda bulunulmuştur. *Delogu*³⁷⁰, *Manzini*'nin tezini çelişkili bulmaktadır. Yazara göre, *Manzini* meseleyi hukuka uygunluk nedenleri içerisinde ele alabilmek için bazı subjektif değerlendirmelerde bulunmaktadır. *Delogu*'ya göre kışkırtıcı ajan bakımından ne kanun hükmünü yerine getirme ne de başka bir hukuka uygunluk nedenini uygulamak olanaklıdır. Çünkü kışkırtıcı ajan bir kimseyi suç işlemeye yönlendirmiştir ve hiçbir hukuk normu suça neden olmaya müsaade etmez. Polise suçları önlemek bakımından verilen yetkilerin, kışkırtanın cezai sorumluluğunu kaldırmak bakımından hiçbir etkisi yoktur. Semantik olarak da ilgili yasal düzenlemelerin suçu harekete geçirmeyi kapsadığından söz etmek olanaklı değildir. *Delogu*, kamu güvenliğine ilişkin mevzuata atıfta bulunarak, kolluğun yegâne görevinin, suç işlenmesinin önlenmesi ve işlenen suçların ortaya çıkarılması olduğunu söyler. Yazara göre kolluğun görevleri arasında kışkırtma yoktur. Adli polis, suçun işlenmesinden önce suça müdahale eder. Ancak söz konusu müdahalenin tek bir amacı vardır, o da suçun tamamlanmasını engellemektir. Adli polisin görevleri arasında asla suçun işlenmesini o ya da bu şekilde kolaylaştırmak bulunmamaktadır. Diğer taraftan, suç işleyen kimseye özgü olabilecek hileli, saldırgan, onursuz davranış biçimleriyle, bir toplumun yararına bir araştırma faaliyeti yürütülemez. Eğer söz konusu biçimlerle, suça yönelik araştırma yürütülecek olursa, suçlunun davranışının benzeri davranışlar ortaya konulmuş olur. Suçlunun hareketiyle aynı şekilde ona müdahalede bulunmak doğru değildir³⁷¹.

³⁶⁹ De Maglie, **a.g.e.**, s. 348. "Açık ceza normları tam olmayan hükümlerden farklıdır. Açık ceza normlarında müeyyide belirlenmiştir. Buna karşılık kural, örneğin belirli bir konuda yetkili makamlar tarafından çıkarılacak özel ve genel nitelikteki emir veya tedbirlere uymanın hükme bağlandığı hallerde olduğu gibi, gelecekteki bir unsurla tamamlanır." Bkz. Toroslu, **Ceza Hukuku**, s. 34.

³⁷⁰ Delogu, **a.g.m.**, s. 26; Vignale, **a.g.m.**, s. 64.

³⁷¹ Zaruret ile gereksinim arasında tercih bakımından özellikle Fransız öğretisinde oportünizm tartışmaları yapılmıştır. İster zaruret isterse gereksinim densin öğretinin bir kısmı kışkırtıcı ajanın kullanılmasının, hukuk devletinin genel ilkelerinden taviz vermek anlamına geleceği görüşündedir. Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 27.

Delogu ile benzer şekilde meseleye yaklaşan *Galli*³⁷² ise, *Manzini*'ye itirazını bir başka yönden yapar. Yazara göre, kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninin uygulanabilmesi için, kışkırtmaya izin veren bir normun bulunması gerekmektedir. Ancak böyle bir norm yoktur.

Bu halde *Manzini*'nin tezine yapılan itirazlar iki başlıkta toplanabilir. İlk itiraz maddidir. Buna göre, objektif ölçütlere göre belirlenmesi gereken bir durum, subjektif bazda açıklanmıştır. İkinci itirazsa biçimseldir. Zira suça kışkırtmaya izin veren bir ceza normu bulunmamaktadır³⁷³.

De Marsico'ya göre *Manzini*'nin yaklaşımı farklı bir nedenden ötürü dikkate alınmalıdır³⁷⁴. Kışkırtıcı ajan olarak faaliyet yürüten kolluk görevlisi tarafından ortaya konulmuş olan davranışın anti sosyal karakterinden söz etmek olanaklı değildir. Kışkırtıcı ajanın, meşru bir amacı elde etmek üzere, failin davranışının karşısı bir şekilde ortaya çıkan davranışı dolayısıyla cezalandırılmaması gerekir. Meşru bir amacı gerçekleştirmek için uygun olan araçtan dolayı hukuka aykırılık tespiti yapılmamalıdır.

Meselenin, kanun hükmünün yerine getirilmesi merkezli olarak çözümlenmesi gerektiğini düşünen öğretisi, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması dolayısıyla “görevi kötüye kullanma” olasılığı karşısında gözünü kapatmayı tercih etmiştir. Durumu, kışkırtıcı ajan müdahalesinin “faydalılığı” ile dengelemeye çalışmıştır. Öğretinin bu noktadaki yaklaşımı amaç araç dengesi ve meşru hedef kavramlarıyla açıklanmıştır. Polisin iki temel hedefi vardır: Bunlardan ilki, bir suçun işlenmesini engellemek, ikincisiyse işlenmekte olan bir suçun teşebbüs aşamasında kalmasını sağlamaktır. Bu anlamda, polisin görevleri arasında suça kışkırtmanın bulunduğu bahsedilemez. Kışkırtma, “suçu önleme görevi” ile uyuşamaz. Polisin kanundan

³⁷² Galli, **a.g.m.**, s. 779.

³⁷³ Söz konusu itiraz, en azından İtalya uygulaması bakımından artık temelsiz kalmıştır. Nitekim uyuşturucu, silah ve pornografik materyalin satın alınmasına ilişkin olarak kışkırtıcı ajanın kullanılabileceği yasayla düzenlenmiştir. Ancak, Galli'nin itirazı kışkırtıcı ajan konusunda yasal düzenleme yapmayan hukuk sistemleri bakımından geçerliliğini korumaktadır.

³⁷⁴ De Marsico, **Diritto Penale**, s. 370.

kaynaklı olan önleme/bastırma görevi/yetkisi ile kışkırtmanın bir arada değerlendirilmesi mümkün değildir³⁷⁵.

Ayrıca somut olay bakımından “meşru hedefe” ulaşmak için söz konusu olacak uygun aracın ne olduğunun belirlenmesi oldukça zordur³⁷⁶. Nitekim somut olay bakımından karmaşık bir durumun ortaya çıkacağı açıktır. Her şeyden önce amacın meşruluğunun belirlenmesi gerekecektir. Yani amacın ceza normuna uygun olduğuna dair bir yargı olmalıdır. Diğer taraftan, söz konusu meşru hedefe ulaşmak için kullanılan aracın zorunlu olup olmadığı tespitinin yapılması gerekir. Değişik şekilde ifade edecek olursak ilk tespit, amacın meşruluğuna ya da gayri meşruluğuna yönelik olmalıdır. İkinci olarak da ajan tarafından ortaya konulan davranışın hukuka aykırı olup olmadığının tespit edilmiş olması gerekir. İlkenin dayandığı kavramlar muğlâktır. Bu muğlâklık sonucu, kışkırtıcı ajan tartışmasında hukuki kavramların yerini sosyo-siyasal kavramlar alır³⁷⁷.

Kışkırtıcı ajan olarak faaliyet yürüten kamu görevlilerinin cezalandırılmaları veya cezalandırılmamaları gerektiğini söylerken unutulmaması gereken bir nokta vardır: Kolluk, bazen işlenmekte olan bir suçun engellenmesi veya bir suçun ortaya çıkarılabilmesini sağlamak üzere kışkırtıcı faaliyet yürütebilir. Kuşkusuz bu durum kamu düzenini sağlayanların, suçları engellemek ve işlenmiş olan suçları ortaya çıkarmak görevlerinin bir parçasıdır diyenlere göre; kışkırtıcı ajan faaliyetini ortaya koyan kolluğun davranışının hukuka uygun kabul edilmesi gerekir. Zira ya bu kimsede suç işleme iradesi yoktur ya da davranışı anti-sosyal davranış olarak değerlendirilemez³⁷⁸.

Kışkırtıcı ajanın her durumda cezalandırılması gerektiğini düşünenlere göre ise kışkırtıcının davranışının hangi amaçla ortaya konulduğunun önemi yoktur. Örneğin

³⁷⁵ Nitekim İCMK m. 55, PVSK’nın ek 4. maddesine benzer bir şekilde polisin görevlerini, suç işlenmesini önlemek, sanık ve suç delillerini tespit etmek ve güvence altına almak, şeklinde belirtmiştir.

³⁷⁶ Califano, **a.g.e.**, s. 77.

³⁷⁷ **Aynı**, s. 78.

³⁷⁸ Bkz. Califano, **a.g.e.**, s. 79.

alım/satımı yasak olan bir ilacın satıldığı eczaneden satın alan kolluğun, eczacı ile aynı suçtan sorumlu olması gerekir³⁷⁹.

Sorunun çözümünü sosyal fayda merkezinde arayanlara göre; suçu önlemekle suçluyu ortaya çıkarmak amacıyla suça kışkırtma faaliyeti arasında, “fayda önceliği”nin hangisine ait olduğunun belirlenmesi gerekir. Daha ziyade genel olarak hukuka uygunluk nedenlerinin açıklanmasında kullanılan “sosyal fayda” ilkesine göre; iki faydanın (menfaatin) çatışması durumunda sosyal faydası daha üstün olan menfaat, sosyal faydası daha az olana tercih edilmelidir. Bu kriter, hukuka uygunluk nedenlerinde söz konusu olduğu üzere somut olaya bakılarak çözülür. Karşılaşan, bir anlamda çatışan ve aralarında seçim yapılması gereken menfaatlerden, zarara uğraması veya yok olması diğerine göre tolere edilebilir olan, diğer menfaatin korunması için gözden çıkarılabilir. Kolluk görevlisinin kışkırtıcı ajan olarak, bir suçu önlemek, suçluyu ortaya çıkarmak veya delil elde etmek üzere yürüttüğü faaliyet kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni kapsamında görülebilir. Zira objektif olarak, bir suçun işlenmesine ilişkin önlem alarak onu engellemekle, seri halde işlenmekte olan bir suçu ortaya çıkarmak üzere faili, suç işlemeye yönlendirmek arasında, sosyal menfaati baskın olan, -seri halde işlenen bir suçu ortaya çıkarmak üzere- failin bu suça yönlendirilmesi olabilir³⁸⁰. Ancak söz konusu cezasızlık nedeninin uygulanabilmesi bakımından bazı sınırlamalar yapılması gerektiği açıktır. Yani ne zaman suçları önlemek ve kanıt elde etmek mecburiyeti sona erer ve ne zaman hukuka aykırı davranış ortaya çıkmış olur?

Kamu düzenini sağlamakla görevli olanlar bu görevlerini yerine getirmek zorundadırlar. Kışkırtıcı ajan olarak faaliyet yürüten polisin, söz konusu zaruret kapsamında; daha önce işlenmiş bir suça ait delilleri toplaması, işlenmekte olan bir suçun faillerinin yakalanması ve suçun engellenmesi için uygun durum yaratması yer alır³⁸¹. Bu zaruret yerine getirilirken toplumun çıkarları bakımından ve ağır suçların önlenmesi noktasında kolluk görevlisi kışkırtıcı faaliyette bulunabilir. Ancak bu

³⁷⁹ Galli, **a.g.m.**, s. 785.

³⁸⁰ Califano, **a.g.e.**, s. 79.

³⁸¹ Salama, **a.g.e.**, s. 77.

faaliyet, pozitif hukukun ve sosyal faydanın izin verdiği çerçevede yürütülebilir³⁸². İki menfaat arasında her durumda bir karşılaştırma yapılmalıdır.

Bir menfaatin diğerine üstün olduğu değerlendirilmesi sadece ilkeler üzerinden yapılmamalıdır. Baskın (üstün) menfaatin ne olduğunun belirlenmesi somut olay üzerinden yapılmalıdır. Bu belirleme aynı zamanda “genel ahlak kuralları” ile çatışmamalı, menfaatin niteliği menfaatin niceliğine tercih edilir olmalıdır. Bununla, kısıktırma faaliyetinde, kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenini uygulayacak hakime ‘yasaüstü’ bir ölçüt sunulmuş olmaktadır. Zira bir menfaati diğerine üstün tutmaya yönelik bir ölçütün kanunda bulunmadığı açıktır. Hakim; ahlaki, sosyal ve politik anlayışına göre ve hukukun genel amacına yönelik değerlendirmesi ışığında somut olayı bir değer hükmüne bağlayacaktır. Nitekim pozitif hukuk düzeni, bazı genel ilkelerden hareketle zararlı veya tehlikeli sonuçlar doğurabilecek bir hareketi suç olarak görmeye izin vermeyebilir³⁸³. Elbette sosyal menfaat gibi bir ilkeyi açıklamak, somutlaştırmak pek zordur. Ancak üstün sosyal menfaatin belirlenmesi zarureti, normun varlığına duyulan toplumsal gereksinim dolayısıyla söz konusu olabilir. Zaruret noktasına ulaşmış toplumsal gereksinimin bütün yurttaşlar bakımından söz konusu olması gerekir. Başlı başına bu tespitin dahi, pek az kısıktırıcı faaliyetin kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilmesi sonucunu doğuracağı açıktır³⁸⁴.

Kolluğun, önleyici ve bastırıcı olmak üzere çift işlevi bulunmaktadır. Polisin ilk görevi; asayiş, kamu birey, tasarruf güvenliğini ve konut dokunulmazlığını korumaktır (PVSK m.1). Polis, halkın ırz mal ve canını koruma ve kamunun istirahatını sağlamakla

³⁸² Califano, **a.g.e.**, s. 80.

³⁸³ Örneğin adli polis ajanının, seri bir şekilde işlenen hırsızlık suçunu ortaya çıkarabilmek için kendi kimliğini saklayarak, hırsızlık suçunu işlediğinden kuşkulandığı kişileri, hırsızlık suçuna yönlendirerek, suçun işlenmesi esnasında onların yakalanmasını sağlamak amacıyla harekete geçmiş olması tipik bir kısıktırıcı ajan faaliyetidir. Bu durumda kanunun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin uygulanması gerekir. Nitekim bu örnek bakımından baskın sosyal menfaat, kuşkusuz bir hırsızlık suçuna teşebbüs edilmesine kıyasla hırsızlık suçunun faillerinin ortaya çıkarılmasıdır. Adli polis ajanının, bir suçu ortaya çıkarmak için değil de, bir hırsızın mahkûmiyetini garanti altına almak üzere, o kimseyi başka bir hırsızlık suçunu işlemeye yönlendirmesi durumunda herhangi bir hukuka uygunluk nedeninden yararlanması mümkün değildir. Bu durumda hırsızlık suçuna katılmaktan dolayı sorumlu olacaktır. Bu varsayım bakımından baskın olan sosyal menfaat suçlunun mahkûmiyetinin garanti altına alınmasından ziyade yeni bir hırsızlık suçunun işlenmesinin engellenmesidir. Bkz. Califano, **a.g.e.**, s. 81-82.

³⁸⁴ Aynı, s. 82.

yükümlüdür; yardım isteyenlere, yardıma muhtaç olan çocuklara ve engellilere yardım eder. Söz konusu faaliyetler kolluğun önleyici görevleri arasında sayılır. O halde, suçun ortaya çıkmasından önce faaliyet yürüten kolluk, koruma, önleme ve yardım faaliyetlerinde bulunur.

Polisin güvenlikle ilgili ikinci görevi suçun işlenmesinden sonra suçu bastırma ve yasalarda yazılı görevleri yapmaktır. Nitekim suç işlendikten sonra yapılan işlemler adli işlemlerdir. Suçla karşılaşan her kolluk memuru, hizmet branşı, yeri ve zamanına bakmaksızın suça el koymak, önlemek, sanık ve suç delillerini tespit ve muhafaza etmekle görevli ve yetkilidir (PVSK ek m. 4). Polis söz konusu faaliyetleri gerçekleştirmek ve Ceza Kanunu'nun uygulanmasını sağlamak üzere inisiyatif geliştirir. Söz konusu düzenlemeler adli polis bakımından bir yetki/görev olarak karşımıza çıkar. Temel olarak kolluğun bastırıcı faaliyetinin amacı, ihlal edilmiş bir hakkın iadesinin sağlanması veya ihlalin ortaya çıkarılmasıdır. Bu halde, kolluk bakımından tipik bir yetki/görev ortaya çıkmaktadır. Polis, failin fiilinin olası ağır sonuçlarını önlemek veya failin yeni suçlar işlemesine engel olmakla görevlendirilmiştir. O halde polis, fiilden veya failden kaynaklı ortaya çıkabilecek daha ağır neticeleri önleyebilmek üzere, kuvvet kullanabilir³⁸⁵.

Kolluğun, “suça neden olan kışkırtıcı ajan” gibi kışkırtma faaliyetinde bulunmasının kanunun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni kapsamında kabul edilmesi olanaklı değildir. Her şeyden önce polisin harekete geçebilmesi için polis dışındaki organların bu tehlikeyi zamanında önlemesinin olanaklı olmaması gerekir. Polisin harekete geçmesi bir zaruret halini almışsa, olayda uygulanacak önlemlerin temel hak ve özgürlükler alanına en az müdahale eder şekilde alınması gerekir. Polisin yetkisi, görevi ile sınırlıdır³⁸⁶.

Adli polisin görevleri; suç işlendiğinde, suça dair bilgiler toplamak, bu bilgiler ışığında suçun tekrarını engellemek, delillerin güvenliğini sağlamak, failleri aramak gibi

³⁸⁵ De Maglie, **a.g.e.**, s. 349.

³⁸⁶ Nurullah Kunter-Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku** (İstanbul: B. 16, Beta Yayınevi, 2008), s. 447.

ceza yargılamasının yürütülebilmesini sağlamak üzere ne gerekiyorsa onu elde etmektir³⁸⁷. Bütün bu görevlerin kanuna uygun bir şekilde yerine getirilmesi gerekir. Kanunda kolluk görevlilerinin suçları önleyeceği, işlenmesine engel olacağı yazılıdır. Polis, suçtan önce onun işlenmesini önlemek üzere önlem alabilir veya işlenmiş olan suça ilişkin kanunlarda kendisine verilmiş görevleri yapar. (PVSK m. 2: “*Polisin genel emniyetle ilgili görevleri iki kısımdır. A) Kanunlara, tüzüklere, yönetmeliklere, Hükümet emirlerine ve kamu düzenine uygun olmayan hareketlerin işlenmesinden önce bu kanun hükümleri dairesinde önünü almak, B) İşlenmiş olan bir suç hakkında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda yazılı görevleri yapmak*”)³⁸⁸. Aynı şekilde önleyici kolluğun da, kamu düzeninin sağlanması bakımından asayişe göz kulak olmak, yurttaşın güvenliğini sağlamak, mülkiyeti korumak gibi görevleri vardır. Hem adli kolluk bakımından hem de önleyici kolluk bakımından temel hareket noktası, çalışmalarını kanunların izin verdiği sınırlar içerisinde yürütmektir. İşte bu noktada, kolluğun yasalarla belirlenmiş faaliyetleri arasında, bir suçu işleyeni mahkûm ettirmek amacıyla da olsa suça yönlendirmek bulunmamaktadır. Aksine kolluğun amacı suç işletmek değil suçun işlenmesini önlemektir³⁸⁹. Kısıktıcı ajanın tüm faaliyetlerinin kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni kapsamında ele alınması tezi aşırıdır³⁹⁰.

Suçta katılma iradesinin varlığı durumunda, şeriklik hukuka aykırıdır ve hiçbir koşul altında kanun hükmünün yerine getirilmesi olarak düşünülemez³⁹¹. Bir suç nedeni olmak bakımından, kişiyi yetkilendiren hiçbir norm bulunmamaktadır³⁹². “Kısıktıcı

³⁸⁷ Kısıktıcı ajan olarak faaliyet yürüten polisin davranışını “kanun hükmünü yerine getirme” hukuka uygunluk kapsamında gören yaklaşıma, meselenin tartışıldığı ilk dönemlerden itibaren itirazlar gelmiştir. Bu konuda bkz. Delogu, **a.g.m.**, s. 26; Dönmezer-Erman, **C.II**, s. 532; Ersoy, **a.g.m.**, s. 38; Mantovani, **a.g.e.**, s. 554.

³⁸⁸ Neppi Modona’ya göre adli polisin görev sahasının ne olduğunun belirlenmesinde öncelik elbette delillerin muhafaza edilmesi ve faillerin ortaya çıkarılmasıdır. Ancak söz konusu görevlerle birlikte adli polis aynı zamanda, suça bulaşmamış kimselerin, suça bulaşmalarını ve zarar görmelerini veya tehlikeye düşmelerini engelleme görevi vardır. Bkz. Neppi Modona, **a.g.e.**, s. 275.

³⁸⁹ Suçu ortaya çıkarmak amacının meşruluğu, kullanılan yöntemin meşruluğunu kendiliğinden doğurmaz. Bkz. Salama, **a.g.e.**, s. 77.

³⁹⁰ Mantovani, **a.g.e.**, s. 554.

³⁹¹ Genel olarak öğretide pek destek bulmayan görüş için bkz. Malinverni, **a.g.m.**, s. 398.

³⁹² “Uyuşturucuyla Mücadele Yasası’nın 97. maddesinde öngörölmüş olan varsayımlar hariç olmak üzere (amacı tutuklamak olan görevlendirilmiş adli polis ajanının kısıktıcı ajan vasfında fictus emptor olarak uyuşturucu madde satın alması), kısıktırma faaliyeti yürüten kimse kanun hükmünü yerine getirme hukuka

ajanın faaliyetinin hukuka uygun kabul edilebilmesi için, açık bir norma gereksinim vardır. Ayrıca kışkırtıcı ajanın kastına bakmak gerekir³⁹³.

Kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninden söz edebilmek için, somut bir kanun maddesinin yapılan faaliyete izin vermesi gerekir³⁹⁴. Zira genel hükümlerde düzenlenen söz konusu hukuka uygunluk nedeni genel bir düzenlemeyi içerir. Diğer taraftan kışkırtmaya izin veren bir düzenleme sonucu yürütülen faaliyetin her somut olayda ayrıca kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeniyle de uyuşması gerekir³⁹⁵. Bu halde, kanun hükmünü yerine getirmenin açık ceza normu gibi okunma olasılığı karşısında söz konusu hukuka uygunluk nedeninin kapsamının ne olduğunun belirlenmesi gerekir. Bu anlamda, özel ve somut bir düzenlemenin bulunması (örneğin, İtalyan- Uyuşturucuyla Mücadele Yasası), hukuk devleti ilkelerinin yerine getirilmesi bakımından da faaliyetin kapsam ve sınırlarını belirlemek noktasında destek işlevi görebilir. Faaliyete izin veren somut düzenleme ile kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni bir arada değerlendirilmelidir. Aksi halde her önüne gelen, birçok olayda kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni gerekçesi olarak genel yasalara veya anayasaya atıfta bulunabilir.

Kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmak noktasında, kışkırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olduğu olasılıkları açıklamak bakımından tek başına yeterli değildir. Nitekim

uygunluk nedeninden yararlanamaz..Adli polisin suç delillerini aramak suçluları adalete teslim etmek bağlamında bir zarureti vardır. Yoksa failleri yakalayabilmek adına suç fiillerine neden olmak değildir". Bkz. (Cass. Penale Sezz. VI, 1.06.1994), Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 102.

Bu ve benzeri az sayıdaki karar bakımından dikkat çekici olan, 1990 tarihinde yapılan yasal düzenlemeden sonraya denk gelmeleridir. Bu tarihten önceki kararlarında İtalyan Yüksek Mahkemesi benzeri olaylarda bir çerçeve çizme çabasıyla birlikte, kışkırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olduğu örneklerde kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenine başvuruyordu.

³⁹³ Mantovani, **a.g.e.**, s. 554; Aksi yönde bkz. Malinverni, **a.g.m.**, s. 399; Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 88.

³⁹⁴ Polisin suçluları ve suçları ortaya çıkarabilmek üzere kışkırtıcı kullanabileceği konusunda kanunun kendisine izin verdiği zannı ile hareket etmesi durumunda, söz konusu hata kastını ortada kaldırır. Hatanın mazur görülüp görülemeyeceği, olayına göre takdir edilmelidir Bkz. Erem, **Kışkırtıcı Ajan**, s. 13.

Ancak failin hatasından yararlanabilmesi için kaçınılmaz bir hata söz konusu olmalıdır. Somut örnek bakımından hatanın, kaçınılmaz olması bize göre olanaklı değildir.

³⁹⁵ De Maglie, **a.g.e.**, s. 276; Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 104.

İtalyan uygulamasında, örneğin, Uyuşturucuyla Mücadele Yasası'nın 97. maddesindeki sınırların aşılması halinde, kesin bir şekilde kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenine başvurulmamakta,³⁹⁶ her somut olay bağımsız olarak değerlendirilmektedir.

5.5.2.1. Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi Bağlamında Görüşümüz

Bize göre, koşullarının varlığı halinde, kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni kapsamında yapılacak olan bir değerlendirme bağlamında, kışkırtmanın, sadece kamu görevlileri aracılığıyla belirli sınırlar dahilinde yürütülmesi olanaklı bir faaliyet olarak tespit edilmesi önemlidir. Kışkırtmanın, devletin resmî görevlileri veya devlete bağlı kişilerce yapılması, yasaların belirliliği ve bir anlamda “kanunilik” ilkesinin gereklerinin yerine getirilmesi bakımından asgari bir standart bakımından bir güvence sağlanması olarak düşünülebilir.

Eğer kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni, yapısal bir benzetmeyle “açık ceza normu olarak” düşünülecek olursa, suça bazı özel müdahale biçimlerinin yasal kabul edilmesi sonucu doğabilir. Elbette, söz konusu yasallık alanları her şeyden önce İtalyan öğretisinin ve uygulamasının yaklaşımına paralel bir şekilde istisnai olmaktan çok öte bir şekilde dar olarak belirlenmelidir. Yapıla gelmiş olan sınırlandırmaya kolluğun kışkırtma bakımından tam olarak uyması gerekir. Söz konusu sınırlar, kışkırtma faaliyeti bakımından *gözlem, engelleme ve kontroldür*. Kışkırtıcı ajanın suçun işlenmesine katkısı ihmal edilebilir olmalı yani failin hareketine eşlik eder şekilde ortaya çıkmalıdır. Bunun dışında, kışkırtma suçun işlenmesinde bütün olarak bulunmuşsa veya suçun işlenmesinde doğrudan bir etkisi olmuşsa, davranışın hukuka aykırı olduğu konusunda da bir tereddüt olmaması lazım gelir.

Meseleyi, iştirak biçimleriyle tekrar açıklayacak olursak, modern bir figür olarak kışkırtıcı ajanın suça gerek manevi gerekse maddi her türlü katılımı, her durumda hukuka aykırı olarak kalmalıdır. Söz konusu durumlarda, cezai sorumluluğu kaldıran

³⁹⁶ Bizce bu noktada unutulmaması gereken, kışkırtıcı ajan figürüne ilişkin yasal çerçeve çizildikten sonra yani 1990 yılından itibaren uygulamanın bu yönde kararlar verdiğidir. 1990'dan önce sıklıkla uygulama ve öğreti kavramı herhangi bir yasal düzenleme olamamasına rağmen hukuka uygunluk nedenleri içerisinde incelemiştir.

nedenlerin farklı biçimlerinin de uygulanmaması gerekir. Ancak bazı hallerde TCK m. 24 kapsamında sorun çözümlenebilir. Yani, kışkırtıcı ajan suç işlediğinden şüphelendiği kişileri kendisine ortak haline getirmeden, ihmali davranışlarla katılma biçimlerini, korunan hukuki değer garantisi altına alınmasını sağlayarak da gerçekleştirebilir. Örneğin, silah kaçakçılığına ilişkin bir organizasyonu ortaya çıkarmak üzere, silahların gümrükten geçirilmesine göz yumabilir. Bu durumda kışkırtıcı ajan, bir yandan silah kaçakçılarından silahların gümrükten geçirilmelerini sağlamak üzere rüşvet almış gibi yaparken diğer yandan da kontrol görevini yerine getirmiş olabilir.

Bize göre, sonuç olarak kışkırtıcı ajanın cezasız kalması bakımından kastının yokluğunu esas alan yaklaşım son derece isabetli olmakla birlikte sınırlandırılmalıdır. Bu anlamda, kastın yokluğunu esas alan çözüm yolunu da zorunlu olarak içine alan ve bir bakıma kışkırtıcı ajanın faaliyet sahasını sınırlandıran kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin kışkırtıcı ajanın cezalandırılıp cezalandırılmayacağı tartışmasında dikkate alınması gerekir³⁹⁷. Kışkırtıcı ajanın faaliyeti, gözlem, engelleme ve kontrol etme sınırlarını aşmıyorsa ve işlenmekte olan suç bakımından göz ardı edilebilir bir kolaylaşma sağlıyorsa kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninden söz edilebilecektir³⁹⁸. Ancak her durumda suçun tamamlanmasının ve korunan hak veya menfaatin zarara uğraması engellenebilecek durumda olmalıdır. Yok, eğer suçun işlenmesi bakımından kışkırtıcı ajanın işlevi belirleyiciyse veya göz ardı edilemez bir kolaylık sağlıyorsa, kışkırtıcı ajanın duruma göre maddi veya manevi iştiraktan ötürü cezalandırılması gerekir³⁹⁹. Bu bağlamda, kolluk görevlerinin mecburiyetleri bakımından kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninden söz etmek ancak suçu ve suçluyu ortaya çıkarmak, suç delillerini elde etmek faaliyetleri bakımından söz konusu olabilecektir. Kışkırtma faaliyeti asla bir kimsenin suç işlemesine neden olması noktasında kanun hükmünün

³⁹⁷Yaklaşımımız, kışkırtıcı ajanın ceza sorumluluğunu kastın yokluğuyla açıklayan ağırlıklı İtalyan öğretisinin görüşleriyle, meseleyi hukuka uygunluk nedenleri içersinde değerlendirmeyi tercih eden uygulamasının çözüm yollarını birlikte ele alması nedeniyle karma çözüm yolu olarak da adlandırılabilir.

³⁹⁸ Bkz. Mantovani, **a.g.e.**, s. 554.

³⁹⁹ Kuramsal ceza hukuku ilkeleri bakımından savunulmasında hiçbir tereddüt gözükmeyen söz konusu yaklaşımın henüz evrensel düzeyde suç siyasetinin sorunsalı olarak yasadışı uyuşturucu ve silah ticareti, terörizm gibi suç türlerinin çok yaygınlaşmadığı döneme ait olduğunu da belirtmekte yarar var. Bahsi geçen sınırlamalara tabi olan bir kışkırtıcı ajan, ortaya çıkarılması zor, karmaşık örgüt yapısını gerektiren suçlar bakımından kullanılabilir bir araç olarak değerlendirilemeyecektir.

yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni olarak düşünülemez. Organize suçlulukla mücadelenin zor olduğu, bu mücadelenin başarıyla sonuçlanabilmesinin ancak, suç işleyenle mücadele edenin “silah eşitliğinin” sağlanmasıyla olanaklı olabileceği görüşü, demokratik hukuk devleti bakımından kabul edilebilir değildir. Sanığın haklarını gerektiği gibi kullanabilmesi için oluşturulmuş bir kurumun suçla mücadele bakımından esas alınabilmesi doğru değildir⁴⁰⁰. Bu anlamda kışkırtıcı ajanın görevi gereği işlenmesine nedensel katkısını koyduğu suçlar bakımından genel nitelikte bir hukuka uygunluk nedeni oluşturulmamalıdır⁴⁰¹.

6. KİŞKİRTİCİ AJAN’IN CEZAİ SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN ÖZGÜN YAKLAŞIMLAR

6.1. Genel Olarak

Gerek öğreti, gerekse uygulama, kışkırtıcı ajan kavramını bağımsız alt türler altında bölümlemektedir. Kışkırtıcı ajan kategorilerinin bir kısmı somut ve güncel (acil) nedenlerden ortaya çıkmışlardır. Söz konusu alt türler bakımından dogmatik ve usuli açıklamaları ortaya koymak gerekir. Böylece kışkırtıcı ajan sorununda bazı çözümler üretmek de olanaklı hale gelir. Özellikle uygulamanın, karşısına gelen somut olaylar bağlamında edindiği deneyimler, kışkırtıcı ajan sorunu bakımından bir çerçeve oluşturmaya yardım edebilecektir.

Kurmaca alıcı ve görünüşte mağdur kavramı meselenin esaslı kısmını oluşturur. Bazı suç kategorileri bağlamında kurmaca alıcı kavramı yeni ve temel bir suçla mücadele aracı olarak karşımıza çıkar. Özellikle savaşla ilgili malzemenin ve uyuşturucu maddelerin el değiştirmesinde figüre sıklıkla başvurulduğu görülür⁴⁰².

⁴⁰⁰ Özbek, **Gizli Görevli**, s. 115.

⁴⁰¹ Bu anlamda, Ankara Birinci Ağır Ceza Mahkemesi’nin 1973 yılında vermiş olduğu, “suç konusu bildiriye dağıtanlar arasında suç faillerini kesin delillerle ortaya çıkarmak amacı ile emniyetçe verilen görevi icabı katıldığı yolundaki savunması Emniyet Genel Müdürlüğü’nün yazıları ile doğrulanmış bulunduğu sanığın münnet suçtan beraatına” şeklindeki karara katılmak mümkün değildir. Karar için bkz. Erem, **İdarenin ‘Kışkırtıcı Ajan’ Kullanması**, s. 280.

⁴⁰² (Cass. Penale Sezz. IV, 28.1.1986), **Cassazione. Penale**, 1987, s. 1548.

6.2. Sosyal Uygunluk Yaklaşımı⁴⁰³

Genel olarak kışkırtma faaliyetinin çerçevesinin belirsizliği noktasında ortaya çıkan sorunlar ve cezasızlık nedenlerinden yararlanacak olan kimselerin dar sınırlar içerisinde belirlenmesi gereği birçok zorluğu da beraberinde getirir. Kışkırtmanın yapısının pozitif hukukça belirlenmesinde yaşanan zorluk, bir başka deyişle, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun olmadığı ön kabulünün, herhangi bir cezadan bağışıklık nedeniyle tam olarak örtüşmemesi, İtalyan öğretisinin bir kısmını kışkırtıcı ajan kuramı bakımından başka arayışlara yöneltti ve öğreti, figür bakımından “yasaüstü” cezasızlık nedeninin kışkırtıcı ajan bakımından uygulanabileceğini kabul etti. Kışkırtma faaliyeti, “sosyal olarak uygun harekettir” dedi. Ortaya zararlı bir sonuç çıkmış veya bir hukuki menfaatin tehlikeye konulmuş olmasına rağmen, failin cezadan bağışık tutulması gerekir. Hatta failin fiili meşru kabul edilmelidir. Zira işlenen fiil, toplumun yararını gözetmektedir⁴⁰⁴. Bütün kışkırtıcı ajan olasılıkları bakımından ve kendi aralarında da bir derecelendirme yapmaksızın, genel karakterli bir hukuka uygunluk tanımı geliştirildi. Buna göre kışkırtıcı ajan cezadan bağışık tutulabilecekken, kışkırtılanın cezalandırılması gerekecektir. Kışkırtıcı ajanın güttüğü amaç özünde iyi olduğu gibi kışkırtıcı hiçbir yarar düşüncesi olmaksızın harekete geçer. Kışkırtmanın yegâne amacı, suç işleyenin ceza almasını sağlayacak delil elde etmektir⁴⁰⁵.

Hareketin tipikliği düzleminde, *Welzel*’in orijinal formülasyonuna göre “sosyal uygunluk” sadece kışkırtıcı ajanın davranışının tamamını veya bir kısmını hukuka uygun hale getirir. Amaç “kolektifin savunmasını sağlamaktır”⁴⁰⁶. Davranışa ruhunu

⁴⁰³ Welzel tarafından geliştirilmiş olan “sosyal uygunluk” yaklaşımı İtalya’da Fiore tarafından savunulmuştur. Bkz. Carlo Fiore, *L’Azione Socialmente Adeguata nel Diritto Penale*, (Napoli: Morano, 1966), s. 88.

⁴⁰⁴ Giorgio Gregori, *Adeguatezza Sociale e Teoria del Reato*, (Padova: Cedam, 1969), s. 116. Öztürk’e göre kışkırtıcı ajanın cezasız bırakılmasının nedenini ceza hukuku içerisinde aramak hatadır. Sorunun çözüm yeri, ceza muhakemesi hukukunun bir kurumu olan, “maslahata uygunluk ilkesidir”. Görevlinin işlediği suçların takibinde kamu yararı bulunmadığından kovuşturulmamaktadır. Bkz. Öztürk, *a.g.e.*, s.520; *Delil Yasakları*, s. 91. Türk hukuku bakımından maslahata uygunluk ilkesinin uygulanma alanı oldukça kısıtlıdır. Söz konusu haller aslında kovuşturma mecburiyeti ilkesinin istisnaları olarak adlandırılırlar. Gizli görevlinin işleme olasılığı olan suçlar bakımından ilkenin tatbikat olanağı yok denecek kadar azdır. Özbek, *Gizli Görevli*, s. 265.

⁴⁰⁵ Bkz. Dönmezer-Erman, *C.II*, s. 529.

⁴⁰⁶ “Hareket, kolektifi savunmanın gereklerini yerine getirmek bakımından uygun olarak ortaya çıkmıştır. Hareket, sosyal fayda ve kolektif menfaatleri sağlamak üzere icra edilmiştir”. Bkz. Fiore, *a.g.e.*, s. 89; Özbek, *Gizli Görevli*, s. 121.

veren bu husustur. Kışkırtıcı faaliyet bakımından hukuka aykırılığın kalmasını sağlayan, sosyal uygunluk yaklaşımı yasaüstü bir cezasızlık nedenidir. Benzer durumlarda düzenin korunmasına yönelik her türlü kışkırtıcı faaliyet bu kapsam dahilinde değerlendirilmelidir. Figürün kanunda tanımlanmış olmasına ve hatta kışkırtıcı ajanın resmî bir görevli olmasına dahi gerek yoktur⁴⁰⁷.

Söz konusu yaklaşım her şeyden önce aşırı derecede geniştir. Bu genişlik, yaklaşım bakımından kesin olmama sonucunu ortaya çıkarır. Sosyal uygunluk merkezli yaklaşımlar, toplumsal anlamda büyük değişim/dönüşüm zamanlarında, yani suç siyaseti bağlamında eski yasalardan çok büyük ölçüde farklılaşmalar olduğunda, işe yarayabilirler. Zira eski yasaların, somut durumun gereğini yapmak bakımından yeterliği kalmamıştır⁴⁰⁸. Ancak özellikle çalışma konumuz olan kışkırtıcı ajanın, hukuk devletinin gerekleriyle uyuşması oldukça sorunludur. Bu noktada kışkırtıcı ajanın davranışının gerçekten sosyal bakımdan uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Davranış ahlaki/sosyal değerlerle çatışmakta mıdır? Araç, amaç dengesi söz konusu mudur? Devlet merkezli kışkırtma ile hukuk devletinin özüne ilişkin aslî uyuşmazlıkların olduğu açıktır. Her şeyden önce kışkırtıcı faaliyet, kişinin temel hak ve özgürlükleri bakımından ihlaller doğurur⁴⁰⁹.

Eğer kışkırtmanın her biçimi, suçla mücadele bakımından özel bir yöntem olarak kabul edilecek olur ve söz konusu durum “sosyal uygunluk” gibi çok geniş bir kavramlaştırmayla hukuka uygun hale getirilirse hukuk devleti gereklerinden bariz bir şekilde uzaklaşmış olur⁴¹⁰.

Malinverni’ye göre, toplumun önemli sosyal ve ekonomik çıkarları gereği kışkırtıcı ajana başvurulabilir. Örneğin uyuşturucuyla ilgili bir suçu veya politik ya da askeri bir casusluğu, polisin elinde bulunan suçla mücadele araçları vasıtasıyla ortaya çıkarabilmek çok zordur. Bu suçlar genellikle iyi organize olmuş örgütler aracılığıyla

⁴⁰⁷ Welzel’in görüşleri için bkz. Fiore, **a.g.e.**, s. 89.

⁴⁰⁸ Gregori, **a.g.e.**, s. 118.

⁴⁰⁹ **Aynı**, s. 118.

⁴¹⁰ **Aynı**, s. 119.

gerçekleştirilirler. Tehlike, söz konusu suç yapılanmalarının devletin öncelikli menfaatlerine de saldırır nitelikte olmasıdır. “Bir suç organizasyonu olarak çok güçlü ve aktif” yapılanmaların dağıtılmaları gerekir. Bu halde “savunma reaksiyonuna” gereksinim vardır. Söz konusu savunma ise kolektifin savunma ihtiyacıdır⁴¹¹.

Malinverni, bu durumda kışkırtıcı ajan kavramına yöneltmiş her türlü eleştirinin dikkate alınmaması, önemsenmemesi gerektiğini savunur. Böylece kavram “pragmatizm” merkezli katı bir yaklaşımla açıklanmış olur. Kışkırtıcı ajan bu durumda devlete gerekli olan bir enstrümandır. Devlet bu enstrüman aracılığıyla bazı neticelere ulaşabilecektir. Söz konusu enstrümanı kullanmaması halindeyse toplumun korunması ve suçun önlenmesi olanaklı olmayacaktır⁴¹². Ancak *Malinverni*, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun neden bulunmadığı noktasında tatminkâr bir yanıt verememektedir. Kışkırtıcı ajanın, cezalandırılabilirliğin dışında tutulabilmesini, yaptığı “işin” faydasıyla açıklamak hukuki değildir. Ceza hukuku kurumları içerisinde meseleye çözüm arayan *Malinverni*, kışkırtıcı ajanın davranışını hukuka uygunluk nedenleri başlığında ve kanun hükmünün veya bir emrin yerine getirilmesi olarak değil yasal savunma olarak görmüştür⁴¹³.

Fiore’nin sosyal faydayı merkez alan yaklaşımı, ağır şekilde eleştirilmiştir⁴¹⁴. Suç siyaseti bakımından aşırıya kaçan bir çözüm olarak nitelendirilmiştir⁴¹⁵. Sadece sosyal fayda sağlıyor diye bir davranışı sosyal açıdan uygun olduğunu kabul etmek belirlilik ilkesi ile uzlaşmaz⁴¹⁶. Bununla birlikte ceza, sosyal yarar formülünü de kapsar şekilde, onunla bağlantılı olarak anlaşılmalıdır. Ancak bu anlamda ceza, amaçlarını gerçekleştirebilecektir. Aksi halde herhangi bir şekilde zararlı olan veya zarar ortaya

⁴¹¹ Malinverni, **a.g.m.**, s. 399.

⁴¹² Aynı, s. 399.

⁴¹³ Kışkırtıcı ajanın davranışının yasal savunma nedeniyle hukuka uygun hale geldiğini savunan yaklaşım için bkz. 172 vd.

⁴¹⁴ Vignale, Fiore’ nin yaklaşımını “ pek az anlamlı” bulmuştur. Bkz. Vignale, **a.g.m.**, s. 67.

⁴¹⁵ Elbette kışkırtıcı ajan, davranışını tam olarak kışkırtılanın karşıtı bir amaçla ortaya koymuştur. Söz konusu davranış, doğrunun savunucusu olarak da ortaya çıkmış olabilir. Ancak polisin sosyal bakımdan uygun hareketi suçların işlenmesini engellemektir. Polisin, suçlara bir biçimiyle nedensel olarak katkıda bulunduktan sonra, onları engellemek gibi bir görevi yoktur. Vignale, **a.g.m.**, s. 67.

⁴¹⁶ Aynı yönde bkz. Özbek, **Gizli Görevli**, s. 123.

çıkarması olanaklı olan tüm fiillerin yasaklanması sosyal yaşamı sürdürülemez hale getirebilir⁴¹⁷.

Bize göre, kışkırtıcı ajan konusunda meselenin bu kısmı göz ardı edilmemelidir. Zira kışkırtıcı ajan konusu artık günümüz ceza hukuku bakımından ilgiden mahrum bırakılamayacak bir öneme sahiptir. Kışkırtıcı ajan müdahalesi, bütün geleneksel kalıpların dışında, çok farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Birçok farklı kalıp şeklinde karşımıza çıkan kışkırtıcı ajan figürüne dair çözümü zor sorunlar bakımından sosyal yarar yaklaşımı bir olanak sağlayabilir. Diğer taraftan, kışkırtıcı ajan figürüne başvurma, bir anlamda yasama faaliyetinin yetersizliğini de gösterebilir. Figür, yasama organının kanunlaştırma faaliyetinin, güncel yaşamın hızına ayak uyduramayacağının da bir göstergesidir⁴¹⁸. Ancak, sosyal uygunluk ölçütü, fiili suç olmaktan çıkarmak bakımından yeterli değildir⁴¹⁹. Kanaatimizce, kışkırtıcı ajana dair sorunsallar belirlenirken, sosyal uygunluk formülasyonuna başvurma anlamı, figür bakımından olması gereken yasal düzenleme hakkında bir tartışma olanağı sunmasından ibarettir.

6.3. Görünüşte Suç

İtalya’da İkinci Dünya Savaşı yıllarında özellikle yasa dışı alım satımın ortaya çıkarılması ve fahiş fiyatla satış yapılmasını engellemeye yönelik yasaların yürürlüğe girmesiyle, uygulamaya ilişkin bazı sorunlar ortaya çıkmıştır. Uygulama, söz konusu yasaların yaratmış olduğu yeni tip suçluluğu ortaya çıkarmak üzere yürütülen kurmaca alıcı/görünüşte mağdur figürlerinin faaliyet alanının sınırlarını ve cezai sorumluluğunun nerede başladığını belirlemeye çalışmıştı. Savaş sonrası yıllarda söz konusu figürlere başvurma giderek yaygınlaştı ve özellikle görünüşte mağdur “dolandırıcılık” suçlarının ortaya çıkarılması bakımından da başvuru bir yöntem haline gelmişti⁴²⁰. İşte böyle bir tarihsel süreç içerisinde, *De Marsico*’ya göre hareketin aktif veya pasif süjesiyle, suçun maddi veya hukuki konusunda, icra hareketlerinden önce gelen veya icra

⁴¹⁷ Bkz. Vignale, **a.g.m.**, s. 67.

⁴¹⁸ De Maglie, **a.g.e.**, s. 260; Minna, **a.g.m.**, s. 18.

⁴¹⁹ Sosyal uygunluk yaklaşımına yönelik eleştiriler ve yaklaşımın genel bir yorum ilkesi olarak nitelenmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, **Gizli Görevli**, s. 123 vd.

⁴²⁰ Arturo Del Giudice, “L’Agente Provocatore nell’Acquisto di Cose Militare”, **La Scuola Positiva**, 1917, s. 300.

hareketleriyle hemzaman ve bilerek yaratılmış bir yokluk halinde, bunların yerini, başka süje ve mevzuların alması yüzünden, kanundaki tipe görünüşte benzeyen, fakat söz konusu tiple bir uyuşma ortaya koymayan bir fiilin işlenmesi “görünüşte suç” olarak adlandırılır. Bu anlamda görünüşte suç, farklı nitelikleri nedeniyle işlenemez suçtan bağımsız bir kurumdur. Örneğin zehirlemek istediği bir kimseye, zehirle birlikte panzehir içiren kimsenin zehir vermek şeklindeki hareketi elverişli bir harekettir. Ancak burada netice, hareketten önceki engelleyici bir nedenin müdahalesiyle, suçun aktif süjesinin yerini ona karşılık gelir gibi gözükken başka bir süjenin almış olması yüzünden meydana gelememektedir⁴²¹.

De Marsico, “Görünüşte Suç” adlı çalışmasında, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun ne olacağı sorununa da yanıt arar. Kışkırtıcı ajanı bir çeşit kurmaca alıcı gibi gören *De Marsico*’ya göre kışkırtıcı ajan, serbest olarak satılması yasak olan malı, satın almış gibi yapan kimsedir⁴²². Yazara göre böyle bir durumda gerçek bir suçtan bahsetmek olanaklı değildir. Ancak görünüşte suç vardır. Bu görünüşte olma halinde, suçun meydana gelebileceği bir zemin, somut bir dayanak, bir gerçeklik yoktur. Bir süjenin davranışının ortaya çıkarılması için başka bir süje harekete geçerken aynı zamanda objektif olarak da neticenin meydana gelmesini engellemiştir. Bu halde ne suç ne de suça teşebbüs söz konusudur. Bu haldeyse “bir suç gölgesi veya gölge suç” daha doğrusu görünüşte suç vardır⁴²³. Kışkırtıcı ajan uygulaması, görünüşte suç kavramının bilinen tipik örneklerindendir: Görünüşte suç bağlamı bir kışkırtıcı ajan tespiti hareketin elverişli olup olmadığı ve maddi konunun bulunup bulunmadığı noktasında işlenemez suça özgü tartışmaların da yapılması zarureti ortadan kaldırır. Kışkırtılan faile fiilinden ötürü ceza verilemez çünkü bu fiilin gerçekte zarar veya tehlike yaratacak bir yapısı yoktur. Fiil dış görüntüsü itibariyle “mükemmel” olsa da korunan hakka yönelik hiçbir tehdit meydana çıkarmamıştır⁴²⁴.

⁴²¹ Alacakaptan, **a.g.e.**, s. 15.

⁴²² De Marsico, **Reato Apparente**, s. 324; Del Giudice, **a.g.m.**, s. 301.

⁴²³ De Marsico, **Reato Apparente**, s. 325-326.

⁴²⁴ Bkz. Vignale, **a.g.m.**, s. 61.

De Marsico'ya göre görünüştelik, gerek maddi konu bakımından gerekse suçun pasif süjesi bakımından söz konusu olabilir. Örneğin bir evin hizmetlisinin, daha önceden işlenmiş faili bilinmeyen hırsızlıkları ortaya çıkarabilmek amacıyla, kuşkulandığı bazı kimseleri, evin avlusunda içinde değerli eşyaların olduğu bir çuvalın (aslında çuvalın içersinde ev eşyası yerine paçavralar veya kâğıt parçaları vardır) bulunduğu konusunda bilgilendirmesi ve dikkatleri o yöne çekmesi durumunda olduğu gibi⁴²⁵. Gümrüğe tabi olan bir malı teslim edermiş gibi yapıp da teslim etmeyerek, aslında ilgisiz bir malı teslim ederek gümrük suçunu ortaya çıkarma durumunda, maddi konu⁴²⁶, aleyhine yağma suçunun işleneceği kendisine önceden haber verilen mağdurun, failin karşısında, onu polise yakalatabilmek için korkmuş görünmesi olayında ise, pasif süje bakımından görünüştelik⁴²⁷ vardır. Bu örneklerden de hareketle *De Marsico* "görünüştellik" kavramını ortaya atmıştır. Kavram şunu ifadelendirir: Suçun aktif süjesi veya konusu (gerek maddi gerekse hukuki) veya suçun pasif süjesi veya bunlardan birden fazlası gerçekte suçun ne konusu ne mağduru ne de failidir. Bu halde ise korunan hukuki yararı, zarara uğratma veya tehlikeye koyma sadece görünüştedir. Nitekim ihlalin herhangi bir şekilde gerçekleşme olanağı yoktur⁴²⁸.

De Marsico yaklaşımı olarak da adlandırabilmenin olanaklı olduğunu düşündüğümüz, kışkırtıcı ajanın faaliyetinin görünüşte suç olarak değerlendirildiği yaklaşımda ajanın cezai sorumluluğu yoktur. Bu görüşe bazı İtalyan uygulama örneklerinde rastlamak olanaklıdır. Bunun nedeni, özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında çokça rastlanılan *fictus emptor* uygulaması bakımından kesin bir çözüm önermiş olmasıdır. Diğer taraftan dikkat çekici bir yasama örneği olarak Uruguay Ceza Kanunu'nu da kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun olmadığı tespitini görünüşte suç kavramına atıfta bulunarak yapmıştır. Ancak mesele sadece kışkırtıcı ajanın *fictus emptor* olarak kışkırtma faaliyeti yapmasına hasredilmiştir⁴²⁹.

⁴²⁵ De Marsico, söz konusu örneği aynı zamanda görünüşte suçun işlenemez suçtan farkını ortaya koyabilmek için vermektedir. Bkz De Marsico, **Reato Apparente**, s. 330.

⁴²⁶ Aynı, s. 331.

⁴²⁷ Alacakaptan, **a.g.e.**, s. 15.

⁴²⁸ De Marsico, **Reato Apparente**, s. 335.

⁴²⁹ Uruguay düzenlemesi ve eleştirisi için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, 377-378.

De Marsico'nun yaklaşımı öğretide az sayıda ceza hukukçusu tarafından desteklenmiş, ancak yaygın bir şekilde de eleştirilmiştir⁴³⁰. Temel eleştiri, yaklaşımın normatif hiçbir dayanağının olmadığı noktasındadır⁴³¹. Buna rağmen, *De Marsico*'nun görünüşte suç bağlamı kışkırtıcı ajan tartışması dikkate almaya değer bir yaklaşımdır. Ancak *De Marsico* meselenin bütün boyutlarını incelememiştir. Kışkırtıcı ajan faaliyetlerini belirli fiiller bakımından dar bir çerçeveye sınırlandırmıştır. Durum, suç siyaseti bakımından anlamlı olsa da kışkırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olduğu durumların tamamını analiz etmek bakımından olanak sunmaz.

6.4. Teatral Sonuç Yaklaşımı

De Marsico ile çok benzer bir noktadan hareket eden *Yüce*'ye göre de kışkırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olduğu durumlarda, suçun tamamlanması olanaklı değildir. Bu hali *Yüce*, “teatral sonuç” olarak isimlendirmiştir⁴³². *Yüce*'ye göre *teatral* sonucun olduğu durumlarda tamamlanmış bir suç veya gerçek bir sonuç değil, *teartal* sonuç ortaya çıkmıştır. Teatral sonuç bir tehlike yaratabilir. Ancak bu durumda teşebbüs aşamasında kalmış bir suçtan söz etmek gerekir. Dolayısıyla da işlenemez suç tartışması yapmaya da gerek yoktur⁴³³. Ajanın müdahalesinin söz konusu olduğu suçlarda, ortada bir zarar yokken faili suçun tam cezası ile cezalandırmak gereksizdir. Failinin kastının ortaya çıkmış olması, onun tamamlanmış suçun cezasıyla cezalandırılacağı anlamına gelmez⁴³⁴. *Yüce*, polis ajanının müdahalesinin söz konusu olduğu durumlarda, sonucun teatral olacağını söyleyerek bir anlamda sadece fail bakımından bir değerlendirme yaparken, polis memurlarının cezai sorumluluklarının olup olmayacağı konusunda herhangi bir açıklama yapmamıştır⁴³⁵.

⁴³⁰ Alacakaptan, **a.g.e.**, s 16-17. Aslında *De Marsico*'nun görünüşte suç yaklaşımı, gerçekte işlenemez suçtan başka bir şey değildir. Bkz. Alacakaptan, **a.g.e.**, s. 101.

⁴³¹ Vignale, **a.g.m.**, s. 59.

⁴³² *Yüce*, **a.g.m.**, s. 15. Özbek, *Yüce*'nin gerçek sonuç ile teatral sonuç arasında ayrım yapmasını Alman hukukunda ileri sürülmüş olan, fiilin biçimsel-maddi tamamlanması görüşünün değişik bir ifadesi olarak değerlendirmiştir. Bkz. Özbek, **Gizli Görevli**, s. 178.

⁴³³ “Polis hırsız yakalamak için bir malın maliki (veya zilyedi) ile anlaşıyor. Hırsız tahrik ediyor. Hırsız çalışıyor. Hessen üst mahkemesinin izahına göre malın bulunduğu yerden alınmış olmasına rağmen suçun tamamlanması mümkün değildir. Çünkü mal üzerindeki zilyetliğin kaldırılması görünüştedir”. Karar için bkz. *Yüce*, **a.g.m.**, s. 15.

⁴³⁴ **Aynı**, s. 16.

⁴³⁵ Özbek, **Gizli Görevli**, s. 178.

6.5. Sözde Suç Yaklaşımı

Failin gerçekleştirdiği hareketi suç zannetmesine rağmen, hukukî ya da fiilî bir hata nedeniyle böyle bir suçun bulunmamasına “sözde suç” denir. Fail yaptığı hareketin kanun tarafından yasaklandığını düşünmekte ancak gerçekte böyle bir kural bulunmamaktadır. Sözde suç, hukuki nedene dayanan sözde suç ve fiili yanılmaya dayanan sözde suç olmak üzere ikiye ayırmak gerekir. Hukuki bilmemeye dayanan sözde suçta failin yanılması kanuni tarifi tamamını kapsar. Örneğin TCK, aynı cinsten kişiler arasında cinsel ilişkide bulunmayı cezalandırmamıştır. Böylece aynı cinsten olan kişiler bir suç işledikleri düşüncesiyle cinsel ilişkide bulunsalar hukuki yanılmaya dayanan bir sözde suç vardır. Fiili yanılmaya dayanan sözde suçta ise, fail kanuni tarifi esasında değil bazı unsurlarında yanılmıştır. Örneğin başkasının olduğunu düşünerek kişinin kendi malını çalması. Kişi hırsızlık suçunu işlememiştir. Çünkü hırsızlık suçunda malın başkasına ait olması bu suça karakter veren unsurlardandır⁴³⁶.

Kışkırtıcı ajan müdahalesi bakımından işlenemez suç tartışması yapmayı doğru bulmayan bir kısım öğreti aynı zamanda “sözde suç” yaklaşımını da çok istisnai durumlarda uygulanabilir olarak değerlendirmektedir⁴³⁷. Kışkırtıcı ajanın müdahalesinin bir parçası olan kolluk kuvvetlerinin müdahale etmesi durumunda ortaya çıkan fiili, tipik fiil olarak adlandırmak olanaklı değildir. Bu durumda ortaya çıkan fiil, ceza hukuku bakımından değersiz hale gelmiştir. Güvenlik güçlerinin almış olduğu tedbirler neticesinde suçun gerçekleşemez hale gelmesi sözde suç kavramı içinde değerlendirilir. Bu durumda, görünüşte suç üzerinde değil ama sözde suç üzerinde durmak gerekir⁴³⁸. Kışkırtıcı ajan, tipik fiilin en azından bir bölümünü bile gerçekleştirmek üzere müdahalede bulunduysa, suçun meydana gelmesi bakımından gerekli unsurların ortaya çıkması noktasında doğrudan bir katkıda bulunmuştur. Kışkırtıcı ajan müdahalesinden

⁴³⁶ Antolisei, **Parte Generale**, s. 498-499. Söz konusu ihtimale “mefruz suç” veya “hayali suç” adı da verilir. Bkz. Dönmezer- Erman, **C.II**, s. 351 vd.

⁴³⁷ Kolluğun almış olduğu tedbirin işlenemez suç bağlamında değerlendirilmesi yaklaşımından evvel, söz konusu tedbirin “mefruz suç” bağlamında değerlendirilmesi gerektiği de savunulmuştur. “Kolluğun almış olduğu tedbirin varlığı işlenen fiil bakımından mefruz suç neticesini ortaya çıkarır”. Manzini’nin ‘Trattato di Diritto Penele Italiano’ adlı eserinin ilk basısında ifade ettiği görüşleri için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 249. “İşlenemez suçtan söz etmek için hareketin elverişsiz olması gerekir oysa mefruz suçta hareket biçimsel olarak vardır” Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 250.

⁴³⁸ Vignale, **a.g.m.**, s. 59; Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 86-87.

dolayı kışkırtılanın hataya düşmüş olması olanaklıdır. Bu durumda dahi, her olasılıkta, her zaman sözde suç olacağı tespiti yapmak doğru değildir. Her şeyden önce suçun kışkırtılan tarafından gerçekleştirilen kısmının, ceza hukuku bağlamında önemsiz olması gerekir. Ancak, kışkırtılan tarafından ortaya konulan hareketler, suçu gerçekleştirmek bakımında elverişliyse, kışkırtılanın suça teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmalıdır.

Manzini'ye göre, dışarıdan suç gibi gözüken fiiller eğer bir yönlendirme neticesinde ortaya çıkmışlarsa ve polisin bütün bir süreç bakımından tam gözetimi söz konusu ise, ortada yapılan iş basit bir güldürüden de ibaret değilse yani suçu işlemekte olanların tamamı ya da bir kısmı suç işlediklerine gerçekten inanmaktaysalar, polisin almış olduğu tedbir, icra hareketlerinin başlamasından evvel olmak kaydıyla karşı konulmazdır⁴³⁹. O halde söz konusu olan tartışmasız bir şekilde sözde suçun varlığıdır⁴⁴⁰.

Kolluk kuvvetlerinin bilgisi ve takibi altında gerçekleşen bir hırsızlık suçunda, hırsızların “malik” gibi hareket edebilecek bir hale gelebileceklerinden söz etmek olanaklı değildir. Yok eğer hırsızlar, hırsızlık suçunu tamamladıklarını ve hırsızlık malı üzerinde malik gibi tasarrufta bulunduklarını düşünüyorlarsa yani herhangi bir elverişlilik tartışması yoksa, söz konusu kimselerin teşebbüsten ötürü sorumlu olmaları gerekir. Hırsız, suçu tamamladığını düşünüyorsa, güvenlik kuvvetlerinin almış olduğu önlem, a priori cezalandırılabilirliği ortadan kaldıran bir neden olarak düşünülemez⁴⁴¹.

Görüşlerine temel olarak katıldığımız *Alacakaptan*'a göre, kışkırtıcı ajan müdahalesi, işlenen fiili, sözde suç haline getirmez. “Eğer gerçekten bir sözde suç ipoteziyle karşılaşılabilecekse, bu gibi hallerde ceza hukukunun müdahalesi olmayacaktır.

⁴³⁹ Vincenzo Manzini, Reato Impossibile, “*Archivio Penale*”, 1954, s. 31.

⁴⁴⁰ Manzini'nin bu konudaki görüşü zaman içerisinde değişiklere uğramıştır. Manzini, Trattato'nun 1912 yılındaki basısında, kolluk kuvvetlerinin aldığı tedbirin mutlak olarak sözde suça neden olacağı görüşünderken, 1933'deki basıda ise, “bir hareketin elverişsizliği sadece, kendisinden kaynaklanan nedenlerden ötürü söz konusu olabilir, hareketten bağımsız nedenler isterse, kolluğun önceden aldığı tedbir, failin cezalandırılabilirliğine tesir etmez” diyerek ilk görüşünü revize etmişti. Nihayet, işlenemez suça ilişkin 1954 yılında yazmış olduğu makalede tekrar sözde suç yaklaşımına dönmüştür. Bkz. De Maglie, *a.g.e.*, s. 249-250, dpn. 152.

⁴⁴¹ Vignale, *a.g.m.*, s. 59.

Ancak böyle bir gerekçenin toplum gerçeklerine uymayacağı aşîkârdır⁴⁴². Ayrıca, kışkırtıcı ajan müdahalesi sonucunda sözde suç olacağını savunanların düşünüş tarzları ve vardıkları hüküm, hukuki gerçeklere aykırıdır. Her şeyden önce, sözde suçun varlığı için, işlenen fiilin kanun tarafından öngörülmemiş olmasına rağmen suç sanılması, yani hukuki bir yanılmaya düşülmesi gerekir. Oysa bu gibi olaylarda kastedilen fiil daima kanunun açıkça suç saydığı fiildir. Ayrıca, fiilî hatadan kaynaklı sözde suç varsayımından da söz edilemez. Zira ortada suçun kurucu unsurlarından birini etkileyen bir durum yoktur⁴⁴³.

6.6. Fransız Yaklaşımı

Ağırlıklı olarak kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun olması gerektiğini savunan Fransız öğretisi, bir polis taktiği olarak kışkırtma faaliyetinden vazgeçmenin birtakım suçları ortaya çıkarabilmek bakımından telafisi zor bazı sıkıntılar ortaya çıkaracağını fark edince, kışkırtma faaliyetini kurala bağlayabilmek üzere, kışkırtmanın sadece sayılı bazı suçlar bakımından kabul edilebileceği görüşünde birleşti⁴⁴⁴. Ancak sayma yönteminin sorunu çözmek bakımından yetersiz olduğunun belirlenmesi üzerine, öğretî “meşru kışkırtma”, “meşru olmayan kışkırtma” ayırımı yapmaya başladı. Kışkırtmayı “şüpheli” bir faaliyet olarak gören öğretî, söz konusu ayırımın kışkırtıcı ajan figürü bakımından tahdit edici bir işlevi olacağını düşündü. Polis taktiği olarak kışkırtma alanını sınırlamak isteyen öğretî, kışkırtıcı ajanın faaliyeti bakımından “temel ölçüt” koydu. Bu ölçüt başka bazı ceza hukukçularınca, “talilik” veya “destek ilkesi” olarak da adlandırıldı. Kışkırtma sadece, “zorlayıcı bir nedenin varlığı halinde ve gerçekten başka bir araca başvurma olanağının kalmadığı durumlarda başvurulabilecek” bir faaliyettir. Polisin kışkırtma faaliyetleri, en katı ölçütlerle sınırlandırılmalı, talepte

⁴⁴² Bu ifade, kışkırtıcı ajan müdahalesi söz konusu olduğu durumlarda, sözde suç olabileceği görüşünün, Alacakaptan tarafından en azından önemsendiği düşüncesini bizde uyandırmıştır. Bu düşüncenin bizde oluşmasının nedeni, Alacakaptan’ın, sözde suç yaklaşımını hukuki gerekçelerle eleştirmiş ve savunulamaz bulmuş olmasına rağmen, ayrıca “toplum gerçekleri” gibi ortak hukuksal çözümlemenin zor yapılacağı yarı sosyolojik yarı felsefi bir kavrama atıfta bulunmaya gereksinim duymuş olmasıdır.

⁴⁴³ Alacakaptan, **a.g.e.**, s. 101.

⁴⁴⁴ Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 28.

bulunan amirin direktifleri dışına çıkılmamalı ve asla yaygınlaşmamalıdır. Suça ilişkin veriler açığa çıkar çıkmaz, faaliyet soruşturma kurallarına göre devam ettirilmelidir⁴⁴⁵.

Meşru kışkırtmanın ana çerçevesi bu şekilde belirlendikten sonra, bazı ek ölçütler geliştirilmiştir. *Magnol*, “kışkırtmanın yoğunluğu ilkesi”ni kışkırtma faaliyeti bakımından ilk kez 1942 yılında kavramlaştırmıştır. Daha sonraları öğreti tarafından genişletilen söz konusu ilkeye göre kışkırtma, “sadedir”, “basittir”, “polis deontoloji kuralları”na saygılıdır. Örneğin, vergi kaçırın bir lokantada kendisini müşteri olarak tanıtan görevlinin durumunda veya görevlinin kendisini bir uyuşturucu alıcısı gibi gösterdiği durumlarda olduğu üzere⁴⁴⁶. Kışkırtma faaliyetinin, polisin bir yardımcı eleman kullanması yoluyla yürütüldüğü bazı durumlarda da *Magnol* tarafından ortaya konulmuş ilkenin sınırlarının aşılmadığı kabul edilir. Örneğin, yasadışı olarak kürtaj yaptığından şüphe edilen doktorun, bu işi yapıp yapmadığını anlamak üzere gebe bir kadının çocuk aldırma istiyormuş gibi gözükerek doktorun muayenehanesine gitmesi durumunda olduğu üzere⁴⁴⁷. Meşru-meşru olmayan kışkırtma bakımından dikkat edilmesi gereken, kışkırtmanın kışkırtılanın iradesi üzerinde bir baskı yaratıp yaratmadığıdır. İrade üzerinde baskı bireyin *moral* özgürlüğünü kısıtlar. Bu halde artık kışkırtma şüphelinin davranışının nedeni olur. Bu durumda söz konusu olan meşru olmayan kışkırtmadır. Kışkırtma, şüphelinin davranışını ortaya çıkarmak bakımından sadece bir fırsat yaratmaktaysa meşrudur. O halde kışkırtmanın (meşru) bir iştirak faaliyeti olarak düşünülmesi olanaklı değildir. Kışkırtma faaliyetini iştirak bahsinde tartışmak, iştirak kurumunun doğasına aykırıdır⁴⁴⁸.

Meşru kışkırtma- meşru olmayan kışkırtma bakımından bir diğer ölçüt, 1970’li yılların başında *Parra* tarafından kavramlaştırılmıştır. Bu ölçütü *Parra*, “hafif kışkırtma

⁴⁴⁵ Lambert’in görüşleri için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 28.

⁴⁴⁶ Söz konusu örnekler, *fictus emptor* durumunda verilebilir. İtalyan ceza hukuku, *fictus emptor* kavramlaştırmasını kullanılırken Fransız öğretisi söz konusu varsayım bakımından meşru-meşru olmayan kışkırtma kavramlaştırmasını kullanmıştır.

⁴⁴⁷ Diğer örnekler arasında, fuhuşla ilgili bir merkezi ortaya çıkarabilmek üzere hayat kadınıyla parayla seks yapmak üzere anlaşmak; yasaya aykırı bir şekilde mal satan bir dükkândan, söz konusu malları satın almak ve durumu daha sonra tutanakla belgelemek gösterilebilir. Örnekler ve *Magnol*’un görüşleri için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 30.

⁴⁴⁸ Aynı, s. 31.

biçimleri” olarak adlandırmıştır. Hafif kışkırtma, meşrudur. Neyin hafif kışkırtma olduğunu belirlemek üzere *Parra*, “çıkışı olan tuzak” ve “çıkışı olmayan tuzak” örneklerinden yararlanmıştır. İlk hipotezi şu örnekle açıklar: “Tuzak çantadır. Denize yüzmeye giden kadın çantasını plaj kabinine bırakır. İki görevli başka bir kabinin içine saklanarak, çantanın bulunduğu kabine başka birisinin çantayı almak üzere girmesini bekler”. Bu durumda kışkırtma meşrudur. Çıkışı olmayan tuzak metaforundaysa, çantanın varlığından, plajdakiler haberdar kılınır, içlerinden birisinin kabine girmesi kabinin kapısının da açık bırakılması suretiyle beklenir, kabine giren kimsenin çantayı almasına izin verilir. Böylece, hırsız hakkında delil elde edilmiş olunacaktır. Bu durumdaysa meşru olmayan kışkırtmadan bahsedilebilir. *Parra*’nın söz konusu yaklaşımı öğretide çok fazla destek bulmamıştır. Yazar tarafından ortaya konulan ayırım çok dikkatli olmayı da gerektirir. Bahsi geçen ölçüt çerçevesinde meşru olan-olmayan kışkırtma ayırımını yapmak oldukça güçtür. Zira söz konusu ölçüt, kışkırtıcı ajanla kışkırtılan arasında bir ilişkinin bulunup bulunmamasını esas almıştır. Kışkırtılanla, kışkırtan arasında bir ilişki yoksa kışkırtma meşrudur. Çok az düzeyde de olsa, kışkırtanın, kışkırtılanın psişisi üzerinde etkide bulunması, kışkırtmanın meşru olmaması sonucunu doğurur. Sadece iki süje arasında iletişim olmaması durumunda meşruluktan söz edilebilir. İletişim olması halinde, kışkırtıcı ajanın, kışkırtılanın iradesine etki etme olasılığı çok yüksektir. Meşru kışkırtma için kışkırtanla, kışkırtılan arasında hiçbir temasın olmaması gerekir. Suç işlemek bakımından fırsat bu çerçevede yaratılmalıdır⁴⁴⁹.

6.7. Yasal Model

Kışkırtıcı ajanın hangi nedenlerden ötürü cezasız kalacağı ceza hukukunda en tartışmalı konulardan birisidir. Sorun, daha önce ayrıntılı bir şekilde incelediğimiz,

⁴⁴⁹ *Parra*’nın görüşleri için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 30-31. Günümüz Fransa Öğretisi bakımından tartışma, kışkırtıcı ajanın ad hoc bir şekilde cezalandırılması gerektiği görüşü ile kışkırtmanın bir polis taktiği olarak kullanılabileceği görüşü arasında devam etmektedir. Cezalandırılmalıdır görüşü, kışkırtmanın en sade anlamıyla bir hile olduğunu, hilelinin de delil elde etme aracı olamayacağını savunurken; kışkırtmayı bir “taktik” olarak ele alan yaklaşım, “meşruluk” sınırlarını aşmayan kışkırtmanın delil elde etmek bakımından bir araç olarak kullanılabileceğini savunur. Öğretinin bu yaklaşımı aynı zamanda uygulamada da yoğun bir şekilde karşılık bulmuştur. Uygulama ise kışkırtmanın bir bütün olarak, hukuka aykırı kabul edilmesinin etkisinin sadece kışkırtıcı ajan olarak faaliyet yürüten belirli bir kolluk görevlisi üzerinde olmayacağını aynı zamanda bütün güvenlik örgütünde olumsuz (güvensiz) bir havanın doğmasına yol açacağı görüşündedir. Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 32-33.

kusurluluk, işlenemez suç, gönüllü vazgeçme, hukuka uygunluk nedenleri gibi birbirlerinden çok farklı ceza hukuku kurumlarına başvurulmak yoluyla çözümlenmeye çalışılmıştır. Bu kurumlara başvurunun da kışkırtıcı ajanın cezasız bırakılması noktasında tatminkâr çözümler üretememesi üzerine İtalya’da özel hukuka uygunluk nedeni oluşturmak yoluna gidilmiştir⁴⁵⁰. Özellikle kışkırtıcı ajanın suça kurmaca alıcı olarak katıldığı hallerde, gerçek satın alma iradesinin (animus acquirendi) olmadığı görüşü bazı itirazlara uğrayınca, İtalyan yasa koyucu belirli malların kurmaca satın alınması durumuna ilişkin özel bir hukuka uygunluk nedeni oluşturma yoluna gitmiştir⁴⁵¹.

Özellikle yasadışı uyuşturucu ve silah ticaretinin giderek organize hale gelmesi, yaygınlaşması ve çocuk pornografisine yönelik suçların artmasıyla birlikte çeşitli hukuk sistemlerinde yasal düzenlemeler içerisinde kışkırtıcı ajan figürüne yer verildiği görülmektedir⁴⁵². Böylece kışkırtıcı ajan sadece öğretinin ve uygulamanın tartıştığı dogmatik bir figür olmaktan çıkarak aynı zamanda yasal bir figür haline de gelir. Figürün yasal olarak tarif edilebilir hale gelmesiyle birlikte suç siyaseti ve kriminolojik

⁴⁵⁰ Palazzo, **Diritto Penale**, s. 518.

⁴⁵¹ **Ayni**, s. 519. Polis T’nin uyuşturucu satıcısı olduğu bilinen C’den uyuşturucu satın alması örneğinde polisin cezasız kalmasının nedeninin kastın bulunmamasıyla açıklayan görüşler yeterli gelmediği için özel bir hukuka uygunluk nedeni oluşturulmuştur. Alberto Cadoppi-Paolo Veneziani, **Elementi di Diritto Penale: Parte Generale** (Padova: 2. ed., Cedam, 2004), s. 400.

⁴⁵² Örneğin İsviçre’de 1975 yılında yürürlüğe girmiş olan uyuşturucu suçlarıyla ilgili yasanın 23. maddesinde, polis memurunun, uyuşturucu suçlarını ortaya çıkarabilmek amacıyla fail gibi davranabilmesine olanak tanınmıştır. Bu anlamda yasa polis memuru bakımından özel bir hukuka uygunluk nedeni yaratmıştır. Danimarka’da ise 1986 tarihli yasayla kışkırtıcı ajan belirli suçlar bakımından yasal figür haline getirilmiştir. Buna göre, kışkırtıcı ajanın suça müdahale edebilmesi için suçun teşebbüs aşamasına gelmiş ve en az altı yıl hapis cezasını gerektiren bir suç olması gerekir. Kışkırtıcı ajan sadece polis memuru olabilir ve faaliyet başlangıcından itibaren adli makamın bilgisi dahilinde yürütülebilir. Fransa’da 1991 tarihinde yürürlüğe girmiş Uyuşturucuyla Mücadeleyi Güçlendirme Yasasına göre, polis veya gümrük memurlarının uyuşturucu madde satın almaları, üretimine göz yummaları, gerektiğinde nakletmeleri, belirli koşulların varlığı halinde hukuka uygun kabul edilmiştir. Bu anlamda kışkırtıcı ajan olarak faaliyet yürüten polis veya gümrük memuru üç şekilde davranabilir. İlki pasif tutum almadır; polis veya gümrük memuru işlenmekte olan bir suçtan haberdar olduğu ve müdahale edebileceği halde, suç ve suçluyu tam olarak ortaya çıkarmak için harekete geçmez. İkincisi polis veya gümrük memuru aktif tutum alabilir. Bu halde, uyuşturucu satın alıp, satabilir, elinde bulundurabilir ve nakledebilir. Üçüncü ve son olarak da polis memuru suç örgütüne sızabilir. Bu anlamda aktif tutum da alabilir. Ancak bu halde kendisinden örgüt mensuplarının faaliyetlerini kontrol etmesi de beklenir. İsviçre, Danimarka ve Fransa örnekleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Giovanni Melillo-Cataldo Motta, “Linee di Una Possibile Evoluzione Normativa della Figura dell’ Agente Provocatore”, **Archivio della Nuova Procedura Penale**, 2001, Fasc. 1 s. 131-132.

boyutu öne çıkmıştır. Mevzuata da konu olan figür bu şekilde sadece suça iştirake ilişkin sorunlu bir alan olmaktan da çıkmıştır.

Kışkırtıcı ajan kavramı, normlaştırma çalışmalarının en çetrefil meselelerinden birisidir. Buna rağmen kışkırtıcı ajan figürü birçok ülkenin hukuk düzeninde birden çok suç türü için yasal figür haline getirilmektedir⁴⁵³. Konu hakkındaki bazı yakın tarihli yasalaştırmalar, kuruma başvurmayı açıkça özel bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlemişlerdir. Bu yasalaştırma örneklerine kadar kışkırtıcı ajanın yasal bir figür olarak tarif edilebilirliğini ceza hukukçuları bir alternatif olarak dahi düşünmemişlerdir.

Kural olarak, kışkırtıcı ajan suçun işlenmesini kolaylaştırırken bir yandan kışkırtılanın faaliyetini gözleyen, kontrol eden ve engelleyendir. Bu anlamda, figür hakkındaki yeni düzenlemeler, kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeninin dışında başka bir faaliyeti hukuka uygun şekilde tanımlar hale gelmişlerdir. Son yıllarda figürün yasal tarifinin yapılmasına yönelik bir fikir yürütülmek istenirse 1990'lı yıllardan itibaren organize suçluluğun tüm dünyada yaygınlaşmasını neden olarak göstermek doğru fakat yeterli olmayacaktır. Kışkırtıcı ajan figürüne yasal anlamda vücut veren şey aynı zamanda kışkırtmanın bizzat kendisinin temel hak ve özgürlükler bakımından getirebileceği tehlikelerin de farkına varılmasıdır. Yasal bir düzenlemenin olmadığı durumda da kışkırtıcı ajana başvurulmakta ve fakat sınırları belli edilememekteydi. Öyleyse yasal hale getirilmiş kışkırtıcı ajan, tarihsel figürün bir anlamda ehlileştirilmesi suretiyle bir olgunun norma tercüme edilmesinden başka bir şey değildir⁴⁵⁴. Elbette figürün yasal hale getirilmesi halinde dahi somut uygulama örneklerinin tam olarak objektif olabileceğini, temel hak ve özgürlükleri güvence altına alabileceğini söylemek olanaksızdır.

Kışkırtıcı ajan figürünün yasal olarak tarif edilmesinin en önemli sonuçlarından birisi, kışkırtılanın cezalandırılıp cezalandırılmayacağına yönelik problemi çözmüş olmasıdır. Böylece, kışkırtıcı ajanın neticeye yönelik kastının olup olmadığının ayrıca

⁴⁵³ Melillo-Motta, **a.g.e.**, s. 130.

⁴⁵⁴ **Aynı**, s. 131.

incelenmesine gerek kalmayacaktır⁴⁵⁵. Kışkırtıcı ajan faaliyetinin yasal sınırlar dahilinde yürütülmesi halinde, faaliyet hukuka uygun kabul edilecek ve bu durumun doğal sonucu olarak da kışkırtılanın cezalandırılması gerekecektir⁴⁵⁶.

İtalyan yasa koyucusu tarafından yürürlüğe sokulan “Yasadışı Uyuşturucu Ticareti Hakkında 9 Ekim 1990 tarih ve 309 sayılı Yasa”nın 97. maddesi⁴⁵⁷, mafya suçlarıyla mücadele etmek üzere 1992 yılında çıkarılmış 356 sayılı Yasa’nın 12. maddesi, çocuk pornografisinin, pornografik malzemenin dağıtımının ve küçük çocukların fuhuşta kullanıldığı uluslararası turizmin yaygınlaşmasıyla mücadele etmek üzere 1998 yılında çıkarılan 269 sayılı Yasa’nın 14. maddesi ve uluslararası terörizmle mücadele etmek üzere çıkarılmış 2001 tarih ve 438 sayılı Yasa’nın 4. maddesi açıkça kışkırtıcı ajan figürünün suçla mücadelede bir taktik olarak kullanılabileceğini düzenlemiştir.

Belirli suç kategorileri kapsamında, suç delillerinin elde edilmesi ve suçlunun yakalanması sağlamak üzere kışkırtıcı ajan figürünün yasal bir model haline getirilmesinin nedeni, yasa koyucunun kurumun ceza hukuku içerisinde tam karşılığının ne olduğunu görmek istemesidir⁴⁵⁸.

İtalyan yasa koyucusu tarafından yürürlüğe sokulan yasadışı uyuşturucu ticareti hakkında 9 Ekim 1990 tarih ve 309 sayılı yasa (uyuşturucu ticaretinin önlenmesi ve müptelaların tedavisine yönelik) temel olarak 22 Aralık 1975 tarihli ve 685 sayılı

⁴⁵⁵ Marinucci-Dolcini, **a.g.e.**, s. 363.

⁴⁵⁶ Nunziata, **a.g.m.**, s. 642.

⁴⁵⁷ Bkz. Erman-Özek, **a.g.e.**, s. 317. Bu yasanın yapılma nedenleri arasında, polis memurlarının uyuşturucu suçları ile mücadele kapsamında uyuşturucu madde satın almaları, bulundurmaları durumunda cezai sorumluluklarının ne olacağı konusundaki uygulama tereddütlerini ortadan kaldırmak gösterilebilir. Söz konusu yasa yürürlüğe girene kadar, adli polisin uyuşturucu madde satın alması veya elde bulundurması kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenleri kapsamında değerlendiriliyordu. Bu anlamda davranışın, fiilin ortaya çıkması bakımından katkısının marjinal ve dolaylı olması yeterliydi. Yani davranış, kontrol, gözlem ve engelleme kapsamında ortaya çıkmalıydı. Aksine söz konusu davranışın, ister maddi ister manevi surette neticenin ortaya çıkmasında etkili olması halinde failin cezalandırılması söz konusuydu. Ancak, marjinal ve dolaylı katkının belirlenmesinde objektif ölçütlerin geliştirilememesi ve farklı uygulamalar neticesinde faaliyetin yasal olarak tanımlanması zorunlu hale geldi. Giuseppe Amato, “Stupefacenti- Acquista Simulato di Droga-Agente Provocatore” **Cassazione Penale**, 1995, Fasc. 1, s. 713.

⁴⁵⁸ Palazzo, **Diritto Penale**, s. 379.

Yasa'nın güncellenmesinden ibarettir. Bahsi geçen Yasa'nın 82. maddesine göre “bir mecburiyet ortaya koymak tanıklık gibi değerlendirilmelidir”. Adli polisin, suç delili elde etmek üzere uyuşturucu satın alması bu kapsamda ele alınmalıdır.

309 sayılı Yasa birçok Avrupa ülkesinin yarattığı akım doğrultusunda, kışkırtıcı ajana yönelik özel bir varsayım düzenlemiştir. Yasa, özel olarak *fictus emptor*'u uyuşturucu madde ticareti ile ilgili suçlarla mücadele bakımından bir araç olarak tarif etmiştir. Uyuşturucunun kurmaca satın alımını düzenleyen 309 sayılı Yasa'nın 97. maddesinin kapsamı şu şekildedir:

a) Kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenini düzenleyen İCK'nın 51. maddesindeki düzenleme doğrultusunda, uyuşturucuyla mücadele biriminde görevlendirilmiş adli polis ajanları cezalandırılmazlar. Adli polis ajanları, 309 sayılı Yasa'da öngörülen suçlar bağlamında ve sadece bu suçlara ilişkin sırf delil elde etmek amacıyla, uyuşturucuyla mücadele birimi kapsamında söz konusu suçlara ilişkin yürütülen operasyon esnasında, psikotrop veya uyuşturucu maddeyi ‘kurmaca’ satın almaları/elde etmeleri halinde cezalandırılmazlar.

b) Psikotrop veya uyuşturucu maddenin satın alınmasından/elde edilmesinden itibaren, maddeyi satın alan kolluk görevlisi, en kısa sürede (derhal) detaylı bilgiyi, Uyuşturucuyla Mücadele Merkezi'ne ve adli makama bildirmelidir.

El koyma, yakalama ve tutuklama koruma tedbirlerinin ihmal edilmesi veya geciktirilmesiyle, uluslararası işbirliği konuları ise 309 sayılı Yasa'nın 98. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: Alım satımı yasak olan maddelerin satın alınmasının, suçun ortaya çıkarılması bakımından zorunlu olduğu hallerde, ilgili suçları işleyenlerin yakalanmasını veya kişi olarak belirlenmesini sağlamak adına, yetkili merci, vereceği gerekçeli bir kararla, yakalamayı, gözaltına almayı veya el koymayı geciktirebilir.

Uyuşturucuyla mücadele biriminde görevlendirilmiş olan gümrüklerde görevli memurlar da, yetkili mercii durumdan derhal bilgilendirmek kaydıyla bazı işlemleri yapmayı ihmal edebilir ve geciktirebilirler. Uyuşturucuyla mücadelede uluslararası

işbirliği bağlamında söz konusu işlemler yapılabilir. Bu şekilde yetkilendirilmiş memurlar en geç kırk sekiz saat içerisinde yetkili mercie durumu bildirirler⁴⁵⁹.

Uyuşturucuyla Mücadele Yasası, kışkırtıcı ajan figürü bakımından üç temel noktada dikkat çekmektedir:

İlk nokta, kışkırtıcı davranış bakımından ilk yasal düzenleme olmasıdır. Kışkırtıcı davranışı tanımlamakta ve çerçevesini belirlemektedir. Diğer taraftan, kışkırtıcı ajan sorununu ceza kanunlarının genel kısmı bakımından tartışılan bir anlamda soyut bir sorun olmaktan çıkarmıştır. Özel olarak tanımlanmasıyla birlikte, sadece belli suçlar bakımından söz konusu olacaktır.

İkinci olarak dikkat çekici nokta, kışkırtıcı ajan figürü yasalaştırma esnasında adli faaliyetle bağlantılı hale getirilmiştir. Uyuşturucuyla mücadeleye ilişkin yasada açıkça “adli polisin faaliyeti bakımından” denmektedir. Yasa koyucu suça kışkırtma faaliyetini, uyuşturucu ticaretiyle ilgili suçların ortaya çıkarılması ve suça ilişkin delil elde edilmesi bakımından, meşru bir yöntem olarak değerlendirmiştir.

Üçüncü dikkat çekici nokta ise adli makamın, kışkırtıcı ajan olarak kolluk güçlerinin harekete geçmesinden itibaren, kışkırtmadan haberdar edilme mecburiyetidir. 97. maddede geçen, “adli makam uyuşturucunun satın alınmasından dolaysız ve ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilir, adli makamın doğrudan yetkilendirmesi” ifadeleri, kışkırtmanın bütün süreçlerinde adli makamların bulunduğunu, kışkırtıcı ajan olarak faaliyet yürüten kolluğun, adli makamın bilgisi dahilinde faaliyet yürüttüğünü gösterir.

Kışkırtıcı ajan figürünün, yasadışı uyuşturucu ticareti suçuyla ilişkili olarak müdahalede bulunabileceğinin yasada düzenlenmesinin bazı temel sorunları da beraberinde getireceği açıktır. Söz konusu yasa, kimlerin bu tür faaliyeti yürütebileceği noktasında oldukça katı bir düzenlemeyi içermektedir. Bu katı düzenleme kapsamında, sıradan bir kolluk görevlisi tarafından gerçekleştirilmiş olan kurmaca bir uyuşturucu

⁴⁵⁹ Adli polis, suçu ve suçla bağlantılı gelişmeleri izleyebilmesi bakımından geniş yetkilerle donatılmıştır. Operasyonun yürütüldüğü bölgede (uyuşturucu maddenin transit geçişi esnasında) bazı önlemler almak yetkisine sahiptir. 162 sayılı Yasa. m. 69bis

alım satımı nasıl değerlendirilecektir? Bu faaliyet, söz konusu kolluk görevlisi ilgili birim üyesi olmadığından yasanın 97. maddesi kapsamında değildir. Böyle bir durumda İtalyan uygulaması İCK'nın kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenini düzenleyen 51. maddesi kapsamında bir değerlendirme yapmayı tercih etmiştir. Aynı şekilde, iştirak halinde işlen bir suça 97. madde kapsamında görevlendirilmiş bir polis memuru ile herhangi bir adli polis memurunun kışkırtıcı ajan vasfıyla katılmaları halinde, adli polis memuru bu madde kapsamında değerlendirilemeyecek sadece fiilin kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni kapsamına girip girmeyeceği ayrıca incelenecektir.⁴⁶⁰

Kışkırtıcı ajan, yasal bir görevlendirme neticesinde kontrol faaliyeti yürütmekteyse, yapmakta olduğu gözlem kışkırtılanın hukuka aykırı hareketinin içinde ve fiilin ortaya çıkması bakımından katkısı gerek maddi, gerekse manevi unsur bakımından marjinal düzeydeyse, kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninden yararlanır. Bu noktada İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin 1995 tarihinde vermiş olduğu bir karar dikkat çekicidir⁴⁶¹: “... *Carpi Polis Teşkilatı, önemli oranda uyuşturucu sevkıyatı yapılacağına dair aldığı duyumlar üzerine araştırma başlatmıştır. Suçluların faaliyet sahaları da bu araştırma sonucunda kısmen belirlenmiştir. Yasadışı suç organizasyonuna katılanların tümünün yakalanmasını ve fiile ilişkin tüm delillerin elde edilmesini sağlamak üzere, polis teşkilatı, kentte tanınmayan genç bir polisi, suç örgütünün içine sokar. Genç polis, kokain alımıyla ilgili bir tacir gibi davranır. 97. madde bağlamında, söz konusu polis bakımından bir değerlendirme yapılamayacağından (polis, özel birim mensubu değildir), faaliyet İCK m. 51 kapsamında yapılmalıdır. Polis uyuşturucu taciri rolünü, suçun meydana çıkarılması, delillerin ortaya konulması ve faillerinin yakalanması amacıyla ortaya koymuştur*”. Suçun ve suçlunun ortaya çıkarılması, delil elde edilmesi dışında kalan faaliyetler asla kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni içerisinde değerlendirilemezler⁴⁶².

⁴⁶⁰ Sardo, *Applicazione Giurisprudenziale*, s. 106.

⁴⁶¹ (Cass. Penale Sezz. VI, 31.03.1995), Sardo, *Applicazione Giurisprudenziale*, s. 98.

⁴⁶² Aynı, s. 99.

Söz konusu 97. maddenin uygulanmasında bir başka sorun daha vardır. Kışkırtıcı ajan, sadece uyuşturucu satın alması halinde mi, davranışı hukuka uygun kabul edilecek, yoksa başka bazı müdahaleleri de bu kapsamda ele alınabilecek midir? Kışkırtıcının uyuşturucuyu ele geçirmesi, satış olmadan önceki ve onu takip eden aşamaları da kapsar mı? İtalyan Yüksek Mahkemesi kararlarına göre, örneğin, kışkırtıcının satışı hızlandırması veya uyuşturucuyu nakletmesi, uyuşturucu maddeyi elinde bulundurması, ithal veya ihraç etmesi hallerinde de kışkırtıcı ajanın cezalandırılmaması gerekir⁴⁶³.

İtalyan öğretisi bu noktada, İtalyanca'da hem “elde etmek” hem de “satın almak” anlamlarına gelen “*acquistare*” kelimesinden ne anlaşılması gerektiğini tartışmıştır. Çünkü 97. maddede geçen kelime budur⁴⁶⁴. Kelimeye verilecek anlam, varılacak sonuç bakımından belirleyicidir. Eğer, “*acquistare*” kelimesinden “elde etmek” anlaşılacak olursa, uyuşturucu maddenin satışından önce gelen ve suç kapsamında değerlendirilebilecek bütün faaliyetleri kapsar. Kışkırtıcı ajanın, uyuşturucu nakletmesi, dağıtması, ticaretini yapması vs. durumunda hukuka uygun davrandığı kabul edilecektir. Yok, eğer “*acquistare*” kelimesinden sadece satın alma anlaşılacak olursa⁴⁶⁵, satın alma dışında kalan tüm faaliyetler hukuka aykırı kalmaya devam

⁴⁶³ “Uyuşturucuyla mücadele kapsamında faaliyet yürüten kolluk görevlileri, 1990 tarihli ve 309 sayılı Yasa’nın 97. maddesine göre, uyuşturucu suçunun ortaya çıkarılmasına yönelik araştırma faaliyetleri sırasında uyuşturucu madde satın almaları halinde cezalandırılmazlar. Ancak şu husus açıktır ki, kışkırtıcı ajanın faaliyeti sadece, satın alma düzeyinde cezasızlık nedeni olarak görülmemiştir. Satın alınma sürecinde söz konusu olacak bütün bağlı hareketlerin de kışkırtıcı ajan olarak faaliyet yürüten kolluk bakımından hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilmesi gerekir.” (Cass. Penale Sezz. IV, 13.09.2001), Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 118.

⁴⁶⁴ Bir kısım öğretide 97. maddenin özel bir hukuka uygunluk nedeni değil, tipikliği ortadan kaldıran bir neden olduğu savunulmuştur. Maddenin “*acquista simulato*” yani kurmaca satın alma/ elde etme şeklindeki ifadesinden hareket eden öğreti, bunun gerçek olmayan satın alma veya elde etme olduğunu ve bu şekilde gerçek bir satın almanın veya elde etmenin söz konusu olamayacağını ileri sürmüştür. Bkz. Lucia Riscato, “*Acquista Simulato di Droga nell’ Ambigua Cornice dell’ Agente Provocatore*” **Rivista L’Italiana Diritto Procedura Penale**, 1994, s. 1596.

⁴⁶⁵ De Maglie’ye göre, maddede geçen “*acquistare*” kelimesinin, “satın almak” şeklinde anlaşılması gereği çok farklı bir nedene dayanmaktadır. İtalyan yasa koyucu, gerek öğreti gerekse uygulama düzeyinde İtalyan ceza hukuku geleneğinin kışkırtıcı ajan figürüne, “iğrenerek”, “kuşkulu” yaklaşımını dikkate almış, özellikle öğretiden gelecek tepkileri önlemek için mukayeseli hukukta da uyuşturucuyla mücadelede genel kabul gören “*kurmaca alıcı*”yı yasal model olarak tarif etmiştir. Bu şekilde yasa koyucunun kışkırtıcı ajan figürünü sınırlandırmasının nedeni, gelen tepkileri ölçmek ve uygulamayı gözlemek üzere “zemin yoklama” isteğidir. Yasa koyucu, suç siyasetinin suçla mücadelede ileride çokça başvuracağı kışkırtıcı ajan figürünü baştan ateşe atmak istememiştir. Bkz: De Maglie, **a.g.e.**, s. 376-378. De Maglie, tahmininde haklı çıkmıştır. Nitekim kışkırtıcı ajan üzerine 1991 yılında yazdığı monografik

edeceklerdir. İtalyan öğretisi, büyük suç örgütleriyle mücadele kapsamında, kışkırtıcı ajanın sadece uyuşturucuyu satın almakla sınırlandırılmasının doğru olmadığından hareketle çift anlama gelebilen “*acquistare*”den “elde etmek” fiilinin anlaşılması lazım geldiğini savunur⁴⁶⁶. Bize göre de, *acquistare* kelimesinden, elde etmenin anlaşılması yaklaşımı yerindedir. Uyuşturucunun sokakta satılması, bir anlamda uyuşturucu suçlarının son halkasıdır. Kışkırtıcı ajan müdahalesinin sadece satın almayla sınırlandırılması durumunda, suça ilişkin delillerin ve tüm suçluların ortaya çıkarılması mümkün olmayacaktır.

Uyuşturucuyla Mücadele Yasası’nın 97. maddesinde geçen “kurmaca” kelimesine de ne anlam verileceğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Deyimsel olarak, bir şeyin kurmaca olması onun gerçek olmaması anlamına geliyorsa, unsurlarında var olan eksiklikten dolayı suçtan da söz etmek olanaklı olmayacaktır. Kışkırtıcı ajan “sadece delil olabilecek unsurları elde edebilmek amacıyla” harekete geçebilir. Yani kışkırtıcıda, asla uyuşturucuyu gerçekten satın alma/elde etme iradesi (*animus acquirendi*) yoktur⁴⁶⁷.

Kışkırtıcı, yasadışı şekilde yürütülen uyuşturucu ticaretinde bir ritüelin gereklerini yerine getirmekten öte bir şey yapmıyordur. Diğer taraftan delil elde etme amacının varlığı, “kullanmak için” şeklinde ifade edilmiş olan özel kastın yokluğu anlamına gelir. Kışkırtıcıda kullanma amacının olmaması, suçun da olmadığı anlamına gelir. Uyuşturucunun kurmaca alımında, korunan hukuksal yararın da tehlikeye düşmesi söz konusu değildir. Bu anlamda, ne potansiyel uyuşturucu kullanıcıları bakımından ne de uyuşturucu ticareti vesilesiyle işlenecek suçlar bakımından bir zarar veya zarar tehlikesi ortaya çıkmıştır⁴⁶⁸.

eserinden sonra yürürlüğe giren üç ayrı yasa, kurmaca alıcı rolünü çok aşar bir şekilde kışkırtıcı ajanın suça müdahalesini, kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmiştir.

⁴⁶⁶ Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, 119.

⁴⁶⁷ Palazzo, **Diritto Penale**, s. 520; Pagliaro, **a.g.e.**, s. 569.

⁴⁶⁸ De Maglie, **a.g.e.**, s. 272. Bu noktada akla şöyle bir itiraz gelebilir. Kullanmak için uyuşturucu madde satın almak, kabul etmek, bulundurmak suçuna yapısını kazandıran kullanma amacının failde olmasıdır. Failin amacı (kullanma), bu suçu uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçlarından ayırmaya yarar. Nitekim bu suçlar, genel kastla işlenebilen suçlardır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan-Erdem-Önok, **a.g.e.**, s. 605 ve 621.

Uyuşturucunun kurmaca satın alınması/elde edilmesinin, tipikliği ortadan kaldırmadığı açıktır. Nitekim 97. madde uyuşturucunun elde edilmesi bakımından kişisel bir koşulu, uyuşturucuyla mücadele biriminde uzman adli polis memuru olmayı arar. O halde kışkırtıcı süje sadece faaliyetini bir emir üzerine yürüten, (adli takip altında bulunan) kamu görevlisi olabilir. 97. madde tipikliği hariç bırakıyor olsaydı bu çeşit bir sınırlamaya gerek olmazdı. “Kurmaca alımın” herhangi bir objektif anlamı yoktur. Özel görevlendirilmiş kolluk dışında bir kimsenin kurmaca alımından söz edilemez⁴⁶⁹. Kolluk kuvvetlerinin yasaların izin verdiği halde kışkırtma faaliyeti sürdürmeleri halinde, kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni vardır⁴⁷⁰.

Mafya suçlarıyla mücadele etmek üzere 1992 yılında çıkarılmış 356 sayılı Yasa’nın 12. maddesi “Ceza Kanunu’nun 51 maddesi uyarınca *“anti mafya araştırmalarına ilişkin faaliyet yürüten adli polis ajanları cezalandırılmazlar.”* Adli polis İCK’nın 648bis ve 648ter maddelerinde yer alan suçlar⁴⁷¹ kapsamında delil elde etme faaliyeti yürütür. Adli polis, paranın yasadışı nakli vb. organizasyonlara kimliğini saklayarak katılabilir. 356 sayılı Yasa’nın 12quarter maddesinin ikinci fıkrası söz konusu bütün faaliyetleri İCK m. 51 kapsamında değerlendirmektedir. *“Anti-mafya Araştırmaları Yönetimi, (Direzione Invesitgazione Antimafia –DIA-) veya diğer merkezi servis elemanları, sadece delil etmek amacıyla (delil elde etmek üzere) silah, patlayıcı, cephanes satın alabilirler. Herhangi bir şekilde satım faaliyetine karışabilirler veya söz konusu malzemeyi saklayabilirler”* Söz konusu yasanın 12quarter maddesinin dördüncü fıkrası *“I. ve II. fıkralarda gösterilen operasyonlar ancak, ilgili amirin iznine bağlı olarak yürütülebilir”* şeklindedir.

Özellikle çocuk pornografisinin, pornografik malzemenin dağıtımının ve küçük çocukların fuhuşta kullanıldığı uluslararası turizmin yaygınlaşmasıyla mücadele etmek üzere 1998 yılında çıkarılan 269 sayılı Yasa’nın 14. maddesine göre *“küçüklerin korunması ve cinsel suçlarla ve bunlarla ilgili olarak organize suçlulukla mücadelede uzmanlaşmış adli polis ajanları, sadece delil elde etmek amacıyla, pornografik*

⁴⁶⁹ De Maglie, **a.g.e.**, s. 273-274.

⁴⁷⁰ Minna, **a.g.e.**, s. 16.

⁴⁷¹ İlgili maddeler suça iştirak kapsamında değerlendirilmeyen yasadışı ekonomik ve finans faaliyetlerini cezalandırmaktadır.

malzemenin alıcısı olmaları, benzeri faaliyetlere katılmaları ve seks turizmi kapsamındaki gezilere katılmaları halinde cezalandırılmazlar”.

18 Aralık 2001 tarih ve 438 sayılı uluslararası terörizmle mücadele etmek üzere çıkarılmış yasanın⁴⁷²“gizli faaliyet” başlığı taşıyan 4. maddesinin birinci fıkrasına göre, terörizmle mücadele kapsamında delil elde etmek amacıyla, terör örgütüne girip çıkan, suçla ilgili olmak kaydıyla para, silah, uyuşturucu veya herhangi başka bir şey alıp satan adli polis ajanının davranışı İtalyan Ceza Kanunu’nun kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen 51. maddesi kapsamında hukuka aykırı olarak kabul edilmezler. Maddenin ikinci fıkrası ise söz konusu faaliyet kapsamında adli polis ajanlarının, süjelerle ilişkiye girmek veya iletişim ağlarına sızabilmek üzere, gizli kimlik veya evrak kullanabileceklerini düzenler. Bu durumda faaliyet yürüten kolluk görevlisi, mümkün olan en kısa sürede ve en geç kırk sekiz saat içerisinde savcıyı durumdan haberdar etmelidir. Maddenin dördüncü fıkrası faaliyetin ancak özel olarak yetkilendirilmiş polis veya jandarma birimlerince yürütülebileceğini düzenlemiştir.

Yasal düzenleme bakımından bir önemli sorun, kışkırtıcı ajan tarifine suç örgütüne sızan kimsenin uyup uymayacağıdır. 438 sayılı Yasa’nın 4. maddesinin 7. fıkrası, hukuka uygunluk nedeninin açıkça sızan kimseler⁴⁷³ bakımından da geçerli olacağını düzenlemiştir. Söz konusu yasal düzenleme yürürlüğe girmeden önce, kışkırtıcı ajanın suç örgütüne sızma faaliyeti de kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni kapsamında tartışılmaktaydı ve kışkırtma fiili bakımından kesin sınırları çizilmiş dahi değildi. Kışkırtılan süjenin işlemiş olduğu fiille kışkırtan arasında aktif bir rol paylaşımı ve kışkırtıcının nedensel katkısının olması gerekir. Bu durumun konu edildiği bazı kararlarda kışkırtıcı ajan hep sızan olarak değerlendirilmiştir. Tespit edilmesi gereken, kışkırtıcı ajanın suça katkısının, dolaylı ve kışkırtılanın hareketinin engellenmesinin sağlanmasına yönelik olup olmadığıdır⁴⁷⁴.

⁴⁷² Yasanın tamamı için bkz. <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/014381.htm>

⁴⁷³ Fıkra hükmü “sızan” yerine “adli polis yardımcısı” terimini kullanmayı tercih etmiştir.

⁴⁷⁴ (Cass. Penale Sezz. VI, 29.09.1987), Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 106, dpn. 32.

6.7.1. Kurumun Uluslararası Kaynakları

20.12. 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Vienna Konvansiyonu)⁴⁷⁵ 1. maddesinde "*Kontrollü teslimat*" kavramını tanımlarken "*Sözleşmenin üçüncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan suçların işlenmesine iştirak etmiş olan kişilerin belirlenmesi amacıyla, kaçak veya kaçak olmasından şüphelenilen bir biçimde sevk edilen uyuşturucu veya psikotrop maddelerin, bu sözleşmenin ek I ve II numaralı tablolarında kayıtlı maddelerin veya onların yerine geçen maddelerin, ilgili ülkelerin yetkili makamlarının bilgisi ve denetimi altında bir veya bir çok ülke itibarıyla girişine, geçişine veya çıkışına olanak veren yöntemi ifade eder*" demektedir.

Kontrolden anlaşılması gereken suçtan haberdar olan kolluk görevlilerinin, haberdar olmalarına rağmen suça müdahale etmemeleridir. Aynı şekilde adli yardımlaşmaya ilişkin yedinci maddenin ikinci fıkrasının (g) bendi "*delil toplamak amacıyla kazançların, malvarlıklarının, araç-gerecin veya diğer şeylerin belirlenmesi veya izlenmesi*" konusunda işbirliği yapılmasını düzenlemektedir. Söz konusu fıkra düzenlemesi, kışkırtıcı ajanın, gözlem, kontrol ve engelleme faaliyeti yürüten adli polis olarak suça katılan kişi şeklinde değerlendiren yaklaşıma uygun düşmektedir. Nitekim İtalyan öğretisi kışkırtıcı ajanın kullanılmasına ilişkin düzenlemelerin kaynağı olarak söz konusu konvansiyonu görmektedir⁴⁷⁶.

Suçtan Kaynaklanan Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Ele Geçirilmesi ve El Konulmasına İlişkin Sözleşme⁴⁷⁷ (Strasbourg Konvansiyonu, 8.11.1990) mafya suçlarıyla mücadele etmek üzere 1992 yılında çıkarılmış 356 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin dayanağı olarak gösterilmektedir.

⁴⁷⁵ Türkiye tarafından aynı tarihte imzalanan konvansiyon, 22.11.1995 tarih ve 4136 sayılı kanunla onaylanmış ve Resmi Gazete'de 25. 11. 1995 tarihinde yayımlanmıştır.

⁴⁷⁶ Bkz. Minna, **a.g.m.**, s. 4.

⁴⁷⁷ Söz konusu sözleşme, 16.6.2004 tarih ve 5191 sayılı Kanun'la onaylanarak 22 Haziran 2004 tarih ve 25500 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

Aynı şekilde 31.8.1996 tarihli küçüğün korunmasına ilişkin “Stockholm Dünya Konferansı”, 8 Eylül 2000 tarihinde kabul edilmiş olan “Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol” küçüklere karşı işlenen cinsel suçlarda ve son olarak Birleşmiş Milletler’in, 20.11.1989, 15.12. 1997 ve 9. 12. 1999 tarihli konvansiyonları uluslararası terörizmle mücadele kapsamında kışkırtıcı ajanın kullanılabileceği hususunda referans metinler olarak kabul edilmişlerdir⁴⁷⁸.

Söz konusu uluslararası düzenlemeler kışkırtıcı ajan uygulaması bakımından iç hukuktaki düzenlemelerin de yeterli gelemeyeceğinin bir göstergesidir. Nitekim bu noktada “uluslararası ceza hukuku”nun sahasından çıkılarak “ceza uluslararası hukuku”nun sahasına girilir⁴⁷⁹. Suçun ulusal sınırları aşan bir yönü vardır. Bu durum küreselleşmenin neden olduğu olumsuz sonuçlardan biridir aynı zamanda. İşte bu somut duruma ilişkin çözüm üretmek noktasında, tali bağlamı olsa da kışkırtıcı ajan figürüne atıf yapılabilir. Nitekim yukarıdaki konvansiyonlar bakımından imzacı olmuş Avrupa devletleri, konvansiyonlardan bağımsız bir şekilde suçun uluslararası hale gelmesinin ortaya çıkardığı sorunlarla ilgilenmişlerdir.

Özellikle “Sınır Aşan Suçları Önleme ve Mücadele Etmeye İlişkin İşbirliği Anlaşması”⁴⁸⁰ (Schengen Anlaşması, 14 Haziran 1985), imzacı devletleri çok genel bir hatta olsa da, bazı durumlarda ceza yargılaması hukuku bakımından, bazı durumlarda ise maddi ceza hukuku bakımından işbirliğine yöneltmiştir. Muhtemel bir süreçte, ortak bir polis teşkilatının ve Avrupa ceza hukukunun temelleri atılmaktadır.

Minna, özellikle, 20.12.1998 tarihli Viyana Konvansiyonu’na atıfta bulunarak, kolluk kuvvetlerinin önceden yetkili kılınmaları koşuluyla ve suçluları adaletle teslim etme ve delil elde etmek amacıyla suç örgütlerinin içine sızabileceğini savunmaktadır.

⁴⁷⁸ Minna, **a.g.m.**, s. 5.

⁴⁷⁹ Bkz. Minna, **a.g.m.**, s. 5. Uluslararası ceza hukuku, diğer devletlerin işbirliği ile bir devletin iç düzenine ilişkin sorunları çözmesinde uygulanırken, ceza uluslararası hukuku uluslararası hukuk düzenine karşı işlenmiş olan suçlara uygulanır. Bkz. Mantovani, **a.g.e.**, s. 931 vd.

⁴⁸⁰ Söz konusu anlaşma 30.06.2000 tarihli ve 4589 sayılı Kanun’la onaylanarak 07.07.2000 tarihli ve 24102 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanmıştır.

Böylece kışkırtıcı ajan bakımından kanunilik ilkesi noktasında ortaya çıkabilecek sorunlar aşılmış olacaktır⁴⁸¹.

6.7.2. İtalyan Düzenlemesine İlişkin Genel Değerlendirme

Bizim, yasal model olarak adlandırdığımız kışkırtma varsayımları açısından ilk dikkat çeken konu, “yasal model”in, özellikle kışkırtıcının kastının yokluğunu esas alan çözüm modelini reddeden bir özünün olmasıdır. Nitekim hukuka uygunluk nedeninin düzenlenmiş olması, ortaya konulan hareketin tipik ve kusurlu kabul edildiği anlamına gelir.

Yasal model açısından ikinci dikkat çeken konu ise, kışkırtıcı ajanın belirli suç kategorilerine hasredilmiş olmasıdır. Yasama organı, bir anlamda bir tercih yaparak, kışkırtıcı ajan müdahalesinin mümkün olabileceği suçları belirlemiştir. Bu durumun doğal sonucu ise, kışkırtıcı ajan meselesinin geleneksel tartışma zemini olan “genel kısmın” yanına, “özel kısmın”da katılmış olmasıdır. “Özel kısım çözümleri”, kışkırtıcı ajan figürü bakımından ortaya çıkmış olan ve bir kısmı aşılabilir gözükken sorunların aşılmasına yardım eder. Yasal model, sadece belirli suçlarda etkili olduğundan kışkırtma faaliyetinin kapsamını sınırlandırır, bu durum bir yandan da suçta ve cezada belirlilik ilkesi bağlamında ortaya çıkabilecek sorunların aşılmasını sağlarken, diğer yandan da kışkırtıcı ajanın sorumluluğunu belirleyebilmek için kastı esas alan çözüm yolundan kaynaklanabilecek “kötüye kullanmaları” engeller.

Kastın bulunmaması nedeniyle kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğu yoktur görüşüne yönelik eleştirilerin neticesinde, sorunun belirli sınırlar dahilinde kalmak kaydıyla “kanun hükmünün yerine getirilmesi” hukuka uygunluk nedeni içerisinde değerlendirilebileceği hususundaki genel eğilime rağmen, İtalyan yasa koyucu, yasadışı uyuşturucu ticareti hakkında 9 Ekim 1990 tarih ve 309 sayılı Yasa’nın 97. maddesi, mafya suçlarıyla mücadele etmek üzere 1992 yılında çıkarılmış 356 sayılı Yasa’nın 12. maddesi, çocuk pornografisinin, pornografik malzemenin dağıtımının ve küçük

⁴⁸¹ Özellikle uyuşturucu maddelerin üretim, dağıtım ve tüketim yerlerinin farklı farklı olması, bu suçlarla mücadelede yeni bazı taktiklere gereksinim doğurdu ve bu tür suçlarda bir polis taktiği olarak kışkırtmaya başvurulması hukuka uygunluk tartışmalarını da beraberinde getirdi. Bkz. Minna, **a.g.m.**, s. 5.

çocukların fuhuşta kullanıldığı uluslararası turizmin yaygınlaşmasıyla mücadele etmek üzere 1998 yılında çıkarılan 269 sayılı Yasa'nın 14. maddesi ve uluslararası terörizmle mücadele etmek üzere çıkarılmış 2001 tarih ve 438 sayılı Yasa'nın 4. maddesinde, sadece belirli bazı kışkırtma hareketlerin taktik olarak kışkırtıcı ajan tarafından yapılabileceğini, İCK'nın 51. maddesinde düzenlenmiş olan “kanun hükmünün yerine getirilmesi” hukuka uygunluk nedenine de atıfta bulunarak düzenlemiştir.

Kışkırtıcı ajanın, kurmaca alıcı olarak suça müdahalede bulunabilmesi halinde, kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için bu hususun yasada ayrıca düzenlenmiş olması gerekir. Örneğin bir miktar uyuşturucunun satın alınması, “gözlem, kontrol ve engelleme” kapsamında kanun hükmünün yerine getirilmesi olarak değerlendirilemez. Kışkırtıcı ajan bir miktar uyuşturucu satın almaktadır. Bu durum, onun aktif bir davranış içerisinde olduğunu gösterir.

Kabul etmek gerekir ki, İtalya'da söz konusu olan yasal düzenleme daha ziyade *fictus emptor* figürüne yasal çerçeve kazandırmak üzere yapılmıştır. Özellikle suç örgütüne sızmayı yasal hale getirmiştir. Bu yasal çerçeveye kışkırtıcı ajan faaliyeti, kanun hükmünü yerine getirme olarak kabul edilen kontrol, gözlem ve engellemeyle sınırlandırılmamıştır. Böylece uygulamanın, kışkırtıcı ajanın faaliyetinin hukuka uygun kabul edilmesi için son derece katı tutumu aşılmıştır. Örneğin bu anlamda kışkırtana nakli kesin olmayan ve satış kararı verilmemiş bir miktar uyuşturucunun nakli veya satışı bakımından kışkırtılanı yönlendirme olanağı da verilmiş olmuştur⁴⁸².

Bu durumun ise basit bir “seyirci” olarak suçu izliyor olmaktan daha etkili sonuçlar doğuracağı açıktır⁴⁸³. Diğer taraftan kışkırtıcı ajanın cezalandırılmayacak şerik olduğuna yönelik birçok varsayıma ve benzer uygulamalar bakımından söz konusu olan kışkırtıcı ajanın cezalandırılmayacağına dair verilmiş birçok karar bulunmasına

⁴⁸² Söz konusu suçlarda yasa koyucunun kışkırtıcı ajan bakımından tercihini kullanmasının nedeni, bu suçların uluslararası bir organizasyonun parçası olarak ortaya çıkmasıdır. Bu suçlara ilişkin delillerin bilinen yöntemlerle elde edilmesi çok zordur. Bundan dolayı, bu suçlarla mücadelede bazı gizli yöntemlere başvurulabilir. Bkz De Maglie, **a.g.e.**, s. 385.

⁴⁸³ “Kışkırtıcı ajanın katılmış olduğu bütün suçlar bakımından 97. maddeye başvurmak olanaklıdır. Söz konusu madde kışkırtıcı ajan müdahalelerini hukuka uygun hale getirmek bakımından alternatif bir durum yaratmıştır.” Bkz. Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 106.

rağmen İtalyan yasa koyucunun kışkırtıcı ajan figürünü yasal çerçevede içinde tanımlamış olması önemlidir. Kanımızca, bahsi geçen düzenlemeler, kışkırtıcı ajanın suçla mücadelede kullanılması noktasında her türlü yasal ve toplumsal itirazı ortadan kaldırmak bakımından önemli bir işlev görebilirler.

6.7.3. Özel Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Kışkırtıcı Ajan

Kışkırtıcı ajanın kullanılabilmesine izin veren yasal düzenlemeler, oldukça detaylı ve katı bir şekilde kışkırtıcı ajanın kim olabileceğini düzenlemektedir. Kural olarak sadece adli polis, kışkırtıcı ajan vasfında hareket edebilir. Kışkırtıcı ajan vasfında hareket eden kolluk görevlisi, genel kolluk mevzuatının yanında özel emir ve düzenlemelere uygun olarak hareket etmek zorundadır. Söz konusu personelin görevin kapsamı konusunda değerlendirme yapmaları yasaktır. Sadece ilgili emirleri yerine getirirler. Bu husus kışkırtıcı ajanın kullanılmasında kanunilik ilkesi bakımından bir kesinlik kazandırmıştır. Ayrıca bir suçun ortaya çıkarılması açısından kışkırtıcı ajana başvurulmasının hukuka uygun kabul edilmesi için, amirin emri bulunmalı, durumdan derhal ilgili birim haberdar edilmelidir. Söz konusu birimle birlikte eş zamanlı olarak adli makam da haberdar edilmelidir. Bütün bu hususlar, fiğüre başvurulması bakımından kanunilik koşullarıdır. Bu koşulların varlığı halinde ise kışkırtıcı ajanın davranışı hukuka uygun olarak kabul edilecektir. Koşulların yerine getirilmemesi veya somut olayda yokluğu halinde, örtülü faaliyet bakımından söz konusu olacak olan sıradan bir suça iştirakin kabulüdür⁴⁸⁴.

Kolluk kuvvetlerinin yasal olmayan faaliyetlerle uğraşmaları durumunda veya kışkırtmaya yönelik olarak mevzuata uygun davranmadıkları durumlarda, cezalandırılmamaları söz konusu olamaz. Kamu düzenini sağlamakla görevli olan kolluğun yasal olmayan davranışları bireysel birer davranış olarak kabul edilmesi ve asla devlete yüklenmemesi için, faaliyetin çerçevesinin kesin olarak belirlenmiş olması gerekir. Buna karşılık İtalyan uygulamasında, olması gerektiği zamanda adli makamın kışkırtma faaliyetinden haberdar edilmemesi “usulü bir mecburiyet”in yerine

⁴⁸⁴ Bkz. Minna, **a.g.m.**, s. 14. “Hukuk normundan kaynaklanan bir görevi yerine getiren kimsenin fiilinin hukuka uygun sayılabilmesi için, fiilin görevin kaynağını oluşturan hukuk normunun belirlediği bütün şartlara uygun bir biçimde gerçekleştirilmiş olması gerekir”. Bkz. Toroslu, **Genel Kısım**, s. 138.

getirilmemesi olarak kabul edilmektedir. Bu durumun kışkırtıcı ajanın cezalandırılmazlığını sağlayan koşullar bakımından bir eksiklik olmadığı, bildirimde bulunmamanın sadece disiplin hukuku çerçevesinde ele alınacağı kabul edilir. Hatta söz konusu halin ceza kanunda “ihmal suçu” olarak tanımlanmasının dahi önemi yoktur. Özetle, zorunlu olduğu halde adli makamı kışkırtmadan haberdar etmemek, kışkırtıcı ajanın cezalandırılmazlığına etki etmez⁴⁸⁵.

Bize göre kışkırtmanın yasal olarak kabul edilmesi için süresi içerisinde adli makamın durumdan haberdar edilmesi vazgeçilmemesi gereken bir koşuldur. Aksi halde, polisin suça karıştığı her olasılığı hukuka uygun hale getirmek gibi bir sonucu doğurur ki, kabul etmek imkânsızdır. Örneğin, kışkırtma sonucunda elde edilmiş olan uyuşturucu, silah veya para hakkında adli makama haber verilmemesi durumunda, söz konusu malzemenin elde bulundurulmasından dolayı kolluk görevlisinin cezalandırılması gerekir.

Söz konusu düzenlemeler bakımından bir de, kışkırtma faaliyetinde kolluk görevlisi olmayan üçüncü kişilerin kullanılması durumunu değerlendirmek gerekir. Kışkırtıcı ajana ilişkin İtalyan düzenlemesi sadece terörizm amacıyla işlenen suçlara ilişkin 438 sayılı yasanın 4. maddesinin 7. fıkrası, “*I. fıkırada söz konusu olan cezasızlık nedeni, adli polis yardımcılarında içinde geçerlidir*” şeklindedir. Hâlbuki uyuşturucu, silah, küçük pornografisi ve kaçakçılık suçlarında “olası yardımcılarının” faaliyetleri hukuka uygun hale getirilmemişlerdir. Bu halde ise cezalandırılmamaları hususunda yasal bir dayanak yoktur.

Söz konusu yasaların kolluk yardımcılarının kışkırtma faaliyetleri bakımından bir hukuka uygunluk nedeni düzenlememelerine rağmen, sıklıkla bu kimselere de kışkırtıcı ajan olarak başvurulmaktadır. Bu halde söz konusu kışkırtıcı ajanlar bakımından uygulanabilecek olan cezadan bağışık tutma nedenleri, ancak kışkırtıcı ajan tartışması yapan öğretinin ceza hukukunun genel hükümleri doğrultusunda bulunduğu çözümler doğrultusunda olabilecektir. Nitekim şayet adli polis ajanı bakımından uyuşturucu, silah, kaçakçılık, çocuk pornografisine ilişkin bir düzenleme yapılmamış

⁴⁸⁵ Minna, **a.g.m.**, s. 15.

olsaydı, aynı husus bu kişiler bakımından da söz konusu olacak ve herhangi bir hukuka uygunluk nedeni sınırlı hallerde söz konusu olabilecekti.

Sonuç olarak, adli polis ajanlarının kısıktıcı ajan olarak faaliyet yürüttüğü her somut olayda, yasanın aradığı koşulların varlığına bakılarak, hukuka uygunluk nedeninin olup olmadığına karar verilecektir⁴⁸⁶.

⁴⁸⁶ Minna, **a.g.m.**, s. 16.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KIŞKIRTMA, HUKUK DEVLETİ ve KIŞKIRTILANIN CEZAI SORUMLULUĞU

1. GENEL ÇERÇEVE

Kışkırtıcı ajan figürünün tarihsel süreci bakımından birçok ülke birbirlerine benzer bir gelişim göstermiştir. Örneğin uyuşturucuyla mücadeleye ilişkin yasalarda da ortaya çıktığı üzere, mesele, ilkin dogmatik açıdan öğreti tarafından ele alınmış, daha sonra uygulama bazı kararlarında kavrama atıfta bulunurken zamanla neredeyse bir içtihat hukuku ortaya çıkarır şekilde kavrama yer vermiş ve en son olarak da yasalaştırma söz konusu olmuştur. Kavramın ne olduğunun tanımlanması ile birlikte, kapsamının da ne olduğunun suç siyaseti açısından ortaya konulması gereği açıktır.

Kışkırtıcı ajan bakımından ortaya çıkan yaklaşımların tamamına yakını, ister öğreti kaynaklı olsun isterse uygulamadan hareket ediyor olsun, madalyonun sadece bir yüzü ile ilgilenmişlerdi. Gerek İtalya’da gerekse Almanya’da, öğreti ve uygulama sadece kışkırtanın cezai sorumluluğu üzerine odaklandı. Neredeyse bütünsel bir şekilde kışkırtılanın cezai sorumluluğunun ne olduğu meselesiyle ilgilenmediler. Öğreti kural olarak kışkırtılanı sadece suça yönlendirilen kişi olarak ele aldı. Fakat son yıllarda kışkırtılanın durumu da ayrıca ele alınır hale geldi¹.

Kıta Avrupası meseleye kışkırtıcı ajan merkezli yaklaşırken, Anglo-Sakson uygulaması ve öğretisi meseleye kışkırtılan merkezli baktı. Bu radikal perspektif

¹ Halbuki ABD sisteminde bazı istisnalar hariç olmak üzere Kışkırtıcı ajan tartışmasından ayrı bir şekilde, dikkat bütünüyle kışkırtılanın cezai sorumluluğu meselesine yönlendirildi. “Kışkırtmanın kendisi hukuka aykırıdır. Dolayısıyla bu yöntemle elde edilen bilgiler delil değeri taşıyamayacağından kışkırtılanın cezalandırılmaması gerekir”. Bkz. Füsün Sokullu Akıncı, Polis: **Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları** (İstanbul: Gümüş Basımevi, 1990), s. 130.

farklılığı zamanla azaldı, özellikle Almanya’da dikkat kışkırtıcı ajandan farklı bir noktaya yöneldi. Bir yandan kışkırtılanın durumunun değerlendirilmesi üzerine yeni çalışmalar yapılırken, diğer yandan da uygulama kışkırtılanın cezai sorumluluğunun kışkırtmadan etkilenip etkilenmeyeceğini kararlarında ayrıca tartışır hale geldi².

Doğal olarak, suça kışkırtma, gerek kriminolojik bakımdan gerekse ceza öğretisi ve uygulaması bakımından, bir kimsenin suça yönlendirilmesi şeklinde ortaya çıkan bir gerçekliktir. Söz konusu fenomen açısından, cezai sorumluluğun ne olduğu veya cezai sorumluluğun yapısı bakımından farklılıklar zaman içerisinde oluşmuştur. Gerçekten de suçlulukta ortaya çıkan gelişme ve suçların farklılaşması, yasa koyucuların bu suçları ve suçluları ortaya çıkarabilmek bakımından, suçla mücadele taktiği olarak kışkırtıcı ajana başvurabilmelerini sağlayan bir zemin yaratmıştır. Dolayısıyla, kışkırtıcı ajan bakımından cezasız bırakılma tartışmasının yasama organlarınca yapılma zarureti de ortaya çıkmış oldu. Bununla birlikte figür, tarihsel olarak dahil olduğu, suça iştirak bağlamında kalmaya da devam ederken, kışkırtma tiplerinin tarihsel biçimlenmesi içerisinde suç işletme isteği olmaksızın suça yönlendirmeden, muhbire, çok çeşitli şekillerde ortaya çıktı. Kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun ne olduğuna yönelik ceza hukukunun kurumları merkezinde yürütülen incelemeler, günümüzde figürün hukuk devleti ile uyumunu ayrıca ele alır hale geldiler³.

2. SUÇA KIŞKIRTMA ve HUKUK DEVLETİ

Tarihsel olarak kışkırtıcı ajan figürü ilk çıktığı dönemde her ne kadar o ya da bu şekilde polisle bağlantılı olarak değerlendirilirse de, herhangi bir kişiye karşılık gelmekteydi. Zamanla (günümüz sosyo/ekonomik düzeninde özel güvenliğin önemli bir yer tutuyor olmasına rağmen) polisle, kışkırtıcı ajan arasında büyük bir benzeşme, hatta aynılaşıma söz konusu olmuştur. Kışkırtma faaliyeti bakımından “ önleyici kışkırtma” zirve noktasına ulaştı. Kışkırtma faaliyeti, özel kişiler, adli makamlarla bağlantılı ve onların bilgisi dahilinde olan kişiler veya bizzat kamu görevlilerince ortaya konulabilse

² De Maglie, **a.g.e.**, s. 309.

³ **Aynı**, s. 310.

de, her biri bakımından cezasız kalma nedenlerinin olup olmadığı ayrı ayrı incelenmelidir.

Haklarında suç işleyeceklerine dair şüphe bulunan veya suç işleme eğiliminde olduğu varsayılan bireyler, başka bazı bireyler tarafından, kimliklerinin ortaya çıkarılabilmesi amacıyla suça kışkırtılır hale gelmişlerdir. Bu durum tipik bir özel kişi kışkırtıcı ajan müdahalesidir ve söz konusu durum, kamu görevlisi kışkırtıcı ajanın cezasız kalma nedenlerine yönelik ortaya atılmış hipotezlerden hiçbirisiyle cezasız bırakılamaz veya hukuka uygun olarak kabul edilemez. Bireylerin yapmış oldukları, endüstri casusluğu veya ticari hilelerin ortaya çıkarılmasına yönelik faaliyetleriyle, örneğin devletin uyuşturucu ticaretini ve bu ticareti yapanları ortaya çıkarmak üzere yürüttüğü faaliyeti birbirinden ayırmak gerekir⁴.

Diğer taraftan “güvenilir adam” figürü, genel olarak, politik veya adi organize suçlulukla mücadelede bir strateji olarak ortaya çıkmış, melez bir kurumdur. Söz konusu figürün herhangi bir kişi olarak kabul edilmesi olanaksızdır. Özel kişi ile resmî görevli arasında bir yeredir. Bununla beraber, hukuki anlamda karşılığının ne olduğunun yani görevli mi yoksa sivil kişi mi olduğunun tespiti net olarak yapılmak zorundadır.

Hukuk devletinin belirleyici özelliklerinden birisi, özgürlüklerin kullanılması noktasında sınırları açık bir şekilde belirlenmiş özgürlükler alanının, bireye gösterilmiş olmasıdır. Devletin, hangi özgürlük alanına nereye kadar ve nasıl müdahale edebileceği belirlidir. Hukuk devleti, temel haklara ve özel alanlara yönelik müdahalelerin nelerden ibaret olabileceğini açık bir şekilde göstermelidir. Yurttaşın özgürlüklerden en yüksek düzeyde yararlanmasının koşullarının sağlanması, hukuk devletinin öncelikli gereklerindendir. Birey, yasanın açıkça yasaklamadığını yapmak bakımından özgürdür. Bireyin özgürlük alanının sınırını bir başkasının özgürlük alanının başladığı yer oluşturur. Bu anlamda devlet örgütünün “serbest bir birey” gibi hareket etmesi

⁴ Aynı, s. 312.

düşünülemez. Yasaları uygulama yetkisi, devlete ve organlarına, sadece yasanın açıkça öngördüğü hallerde birey özgürlüklerine müdahale etme yetkisi verir⁵.

Hukuk devleti bireyin kişiliğine yönelik saldırılara karşı önlemler alır. Dolayısıyla bizzat devletin kendisi organları aracılığıyla suç sayılan fiilleri engellemek üzere bireyin olası suça eğilimini şiddetlendiremez. Amaç, aracı hukuka uygun hale getiremez. Hukuk devleti, keyfi iktidarın karşıtı olarak hukukun mutlak üstünlüğünü savunur⁶. Bireyin suç eğilimini şiddetlendirerek onu manipüle etmek, hukuk devleti gereklerini yerine getirmemek anlamına gelir. Kışkırtıcı ajanın önce bir kimseyi suça kışkırtıp daha sonra onu yakalatması, önce yangını çıkarıp veya çıkarttırtıp daha sonra bunu söndürerek önemli bir iş yaptığını göstermek isteyen itfaiyecinin yaptığından farklı bir şey değildir⁷. Devlet önlemesi gereken suçun, bir anlamda işlenmesini sağlayarak, ceza verme hakkını kaybeder. Devlete cezalandırma (şiddet) tekelinin verilme nedeni, suçu (şiddeti) önlesin diyedir. Aksi durumun kabulü hukukun temel ilkelerinden olan, hiç kimsenin kendi fiiliyle çelişkiye düşme olanağı verilmeyeceği ve böyle bir kimsenin himaye edilmeyeceği (venire contra factum proprium, nemini lecit) (“Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuku düzeni korumaz” Medeni Kanun m. 2/2) ilkesiyle zıtlık oluşturur⁸.

Hukuk devletinde yaşayan birey bakımından söz konusu korumaların elbette ki ceza hukuku bakımından da çok doğal bir şekilde ve öncelikli olarak geçerli kabul edilmeleri gerekir. Kışkırtma faaliyetinin, devlet organlarına açık veya gizli bir görev olarak verilmesi ve toplumsal veya kolektif güvenliğin sağlanmasının bu durumla ilişkilendirilmesi doğal olarak hukuk devleti bakımından hassas bir noktaya işaret eder. Söz konusu durumu devletin kendini koruma refleksi olarak bir anlamda doğrulamak mı gerekir? Kışkırtma faaliyetinin bizzat kendisi, her koşulda hukuk devleti olmadan geri adım atma sonucunu doğurmaz mı? Bizzat kurumun kendisi, en azından ceza hukuku ilkeleri bakımından kuramsal düzeyde de olsa hukuk devleti ilkeleriyle çatışmaz mı?

⁵ Aynı, s. 313.

⁶ Bülent Nuri Esen, **Anayasa Hukuku** (Ankara : Ayyıldız Matbaası, 1970), s. 304.

⁷ Colombini, **a.g.m.**, s. 220.

⁸ Dürüstlük kuralı hakkında bkz. M. Kemal Oğuzman-Nabi Barlas, **Medeni Hukuk** (İstanbul: B. 13, Arıkan Basım, 2006), s. 189 vd.

İleride işlenecek suçları önlemek için suç işletme polisin görevlerinden birisi olarak değerlendirilemez⁹. Kışkırtıcı faaliyetin suçla mücadelede pratik/taktiksel bir yöntem olarak kullanılması, yani suçları önlemek için onları harekete geçirmek bir anlamda ve en azından devletin cezalandırma tekeli elinde bulundurma meşruluğu bakımından kuşkular meydana çıkartabilir. Devlet, insan haklarından vazgeçerek suçla mücadele amacını ceza hukukuna ilişkin davranış kurallarına yükleyemez, hukuka uygun sayamaz veya ceza hukuku açısından elverişli davranış olarak kışkırtamaz. İnsan haklarının gerekleri yerine getirilmeden adaletten söz etmek olanaksızdır¹⁰.

Söz konusu bağlam üzerinde çalışmış olan öğreti, bazı nihai değerlendirmelere ulaşmıştır¹¹. Bizim için de önemli olan tespitler şunlardır:

- a) Devletin kendi yaptığı yasayla bağlı olması, hukuk devletinin temel özelliğidir.
- b) Bireyin temel hak ve özgürlükleri anayasal güvence altındadır.

2.1. Devletin Yasayla Bağlı Olması

Devletin yasayla bağlı olmasından her şeyden önce, devletin organlarının ve devletin memurlarının, yasayı ihlal edici hareketlerde ve faaliyetlerde bulunmalarının yasak olması anlaşılır. Bu anlamda devletten kişi hak ve özgürlüklerine saygılı olması ve ceza yargılamasının işleyişi ile ilgili kurallara, öncelikle kendisinin uyması beklenir¹². Kamu görevlilerinin faaliyetlerinde, Anayasa ve yasa ile bağlı olmasına, yani idareye ve faaliyetlerine kanunun egemen olmasına “ *kanuni idare ilkesi*” denir¹³. Yönetilenlere hukuk güvenliği sağlamak hukuk devleti kavramlaştırmasının herkesçe bilinen en temel özelliğini oluşturur. Hâlbuki hukuk devletinin karşıtı olarak 17 ve 18. Yüzyıllarda, Kara Avrupası ülkelerindeki mutlakiyetçi rejimleri açıklamak için kullanılan ve ilk kez Almanya’da ortaya çıkmış bir kavram olarak polis devleti,

⁹ Erem, **Kışkırtıcı Ajan**, s. 14.

¹⁰ Ünver, **a.g.e.**, s. 928.

¹¹ Risicato, **a.g.m.**, s. 1604.

¹² Şen-Yurttaş, **a.g.m.**, s. 21.

¹³ Metin Günday, **İdare Hukuku** (Ankara: B. 2, İmaj Yayınları, 1997), s.28.

kamunun refahı ve selameti için, her türlü önlemi alabilen, bu amaçla kişilerin hak ve özgürlüklerine istediğince müdahale edebilen, onlara külfetler yükleyebilen ve fakat tüm bunları yaparken idaresi hukuka bağlı olmayan devlet demektir. Polis devleti anlayışında devlet hukuka bağlı olmadığı için, devletin eylem ve işlemlerinin yargı tarafından denetlenmesi de söz konusu değildir. “Polis devleti” ifadesindeki “polis” kelimesi sadece “kolluk” anlamında değil, daha geniş bir anlamda, kamunun refah ve selametini sağlamaya yönelik tüm devlet faaliyetleri anlamında kullanılır, devletin bu faaliyetleri yürütebilmek için sahip bulunduğu sınırsız ve denetimsiz güç ise “polis kudreti” olarak adlandırılırdı. Kısaca “polis” deyimini hiçbir sınır ve denetim tanımayan kamu kudreti anlamına gelirdi. Bugün de idaresi hukuka bağlı olmayan, vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlamayan devlet tipi için “polis devleti” tabiri kullanılmaktadır¹⁴. Totaliter devlet, polis devletinin başka bir adla hayata geçmesinden başka bir şey değildir¹⁵. Polis devletinde de uygulanan belli bir hukuk vardır fakat devlet hukuk devletinden farklı olarak bu hukuka bağlı değildir. Yani polis devleti, hukuku olan fakat hukukla bağlı olmayan bir devlettir¹⁶. Bu nevi devletin gerçek veya sözde çıkarları bir çatışma halinde diğer her türlü çıkardan önce gelir ve devlet çıkarlarını korumak noktasında kendisini hukuki veya ahlaki herhangi bir sınırlamaya tabi tutmaz¹⁷.

Hukuk devletinde, bir kamu görevlisi (memur) kendi davranışlarıyla başka bir kamu görevlisinin yasaya uygun olarak yürüttüğü faaliyeti engelleyemez. Eylemlerini hukukun emrettiği ve izin verdiği şekilde ortaya koymak zorundadır. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, bireyin hukuk dışı faaliyetlerini engellemek üzere kamu görevlilerince yürütülen faaliyetlerin aksi yönde faaliyetleri, diğer bazı kamu görevlileri gerçekleştiremezler¹⁸.

Suçta kışkırtma faaliyetinin devlet tarafından, memurları aracılığıyla yürütülmesi, ceza normunda yer alan “emri” ihlal eder ve ceza kanunlarında yer alan ilkelerin,

¹⁴Günday, **a.g.e.**, s. 24.

¹⁵ Turhan Tüfan Yüce, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları** (Erzurum: Atatürk Üniversitesi Basımevi, 1968), s. 6.

¹⁶ Mehmet Akad, **Genel Kamu Hukuku** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), s. 154.

¹⁷ Sancar, **a.g.e.**, s. 25.

¹⁸ Özbek, **Gizli Görevli**, s. 95; De Maglie, **a.g.e.**, s. 315.

özellikle “kanunilik” ilkesinin gerçekleşmesini engeller¹⁹. Çünkü kanunsuz suç olmaz ilkesi, bir yandan kusurluluk alanını belirlemeye yönelik temel bir ilkeyken, diğer yandan da söz konusu ilke bakımından ortaya çıkacak belirsizlikler cezanın genel ve özel önleme amaçlarının gerçekleştirilebilmesi noktasında da sorunlar ortaya çıkarabilir. Belki neredeyse matematiksel bir kesinlikle suç işleyeceğinden emin olunan kimsenin davranışını kışkırtma faaliyetiyle öne almak, normal bir soruşturmanın, olası kısıtlı sonuçlarına güvenmek zorunda kalmamak bakımından önemlidir. Ancak “kanunilik” ilkesinin, ilk elden ceza hukuku bağlamında, kışkırtıcı davranışın hukuk içi kabul edilmesi bakımından bazı zorluklar çıkaracağı açıktır. Ceza hukukunun müeyyideleri sadece ve sadece bir suçun işlenmiş olması durumunda söz konusu olurlar. Cezai müeyyideyle ulaşılmak istenen amaçlardan birisi de, geçmişte işlenmiş olan bir suçun benzerlerinin gelecekte işlenmesinin engellenmesidir. Ceza mekanizmasının, henüz işlenmemiş bir suç için, bu suça ilişkin delilleri elde etmek üzere harekete geçmeye izin verir bir şekilde çalıştırılmaması gerekir²⁰.

Herkes, işlediği fiilin gerektirdiği şekilde ve kişisel olarak sorumludur. Sadece bu ilkelerden dahi, devletin yasaya uygun hareket etme zorunluluğunun çıkacağı açıktır. O halde devlet aygıtının, kışkırtma düzeyinde ortaya çıkmış bulunan manipülasyonunun neticesinde, memurunun söz konusu davranışından dolayı, gerek bir gerçeklik olarak, gerekse memurun (kışkırtıcı ajan) iradesi bağlamında hukuk dışılıktan söz etmek pekâlâ olanaklı hale gelecektir. İşte bu noktada, kışkırtılanın işlemiş olduğu fiilin, tamamen ona yüklenmesi bakımından tereddütler ortaya çıkacaktır. Diğer taraftan hukuka aykırı fiil ceza hukukunun temelidir. Bu temel, devlet tarafından onun memurları aracılığıyla yapılan kışkırtma neticesinde yara alabilir. Ortada bir suç yoktur. Yani suç olabilecek bir fiil en azından henüz yoktur. Ancak “potansiyel” bir fail vardır. Kamu ajanı, işlenmemiş olan ancak işleneceği kaygısı güdülen bir suçun bir anlamda hileli bir şekilde meydana çıkmasını sağlayarak, potansiyel gördüğü faili etkisiz hale getirmeye

¹⁹ Kışkırtıcı ajan figürüne başvurmak, delil araştırmasında hukuka uygun hareket etmek zaruretinin ihlali anlamına gelir. Meselenin, politik/etik boyutuyla ilgilenen Fransız öğretisine göre hiçbir neden kışkırtıcı ajan müdahalesini meşru hale getiremez. Bu yöntem ahlak dışıdır (Bornet), saçmadır (Legal), skandaldır (Bouzat-Pinatel), bunlardan öte polisin onursuz bir etkinliğidir (Lambert). Fransız ceza hukuku öğretisinin, kuruma yönelik çok sert eleştirileri için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 26.

²⁰ Aynı, s. 315.

çalışır. Böylece fiil ceza hukukundan failin kişiliğini esas alan ceza hukukuna doğru bir geriye dönüş ortaya çıkacaktır²¹.

Kişilik yönünden sorumluluğu esas alan anlayış, fail ile fiil arasında ayrımı kabul etmez ve insanın yaptığından dolayı değil oluş biçiminden dolayı cezalandırılması gerektiğini savunur. Kınanması gereken, failin yapmış olduğu hareketten çok failin tüm yaşam biçimidir. Fail manevi yönden farklı bir kişiliğe sahip olabileceği halde kötü kişiliği tercih etmiştir Bu durumun hukuk devleti ilkesi bakımından kabul edilmesi mümkün değildir. Devletin, bireyi kötülüğünden dolayı kovuşturma ve ona sınırlayıcı önlemler alma yetkisi yoktur²².

Ayrıca polis tarafından yapılan kışkırtmalarda dikkate alınması gereken başka bir husus da, söz konusu faaliyetin “kuvvetler ayrılığı ilkesi” bakımından bir takım ihlalleri ortaya çıkarabileceğidir. Söz konusu ihlal bir yetki aşımıdır. Zira her seferinde failin (kışkırtılanın) cezaya çarptırılmasını sağlamak üzere kışkırtma faaliyetinin yürütülmesi, yargı erkinin bağımsızlığının ihlali anlamına da gelebilir. Polis, ceza mahkûmiyeti bakımından, kışkırtmanın söz konusu olduğu durumlarda belirleyici bir işlev görmektedir. Gizli ve hileli bir faaliyetin sağlamış olduğu manipülasyonla, fiil ortaya çıkarılmış ve ceza yargıcının serbest iradesi engellenmiştir. Eğer kışkırtma faaliyeti, kışkırtılanın hapis cezası alması amacıyla yapılmışsa, idare hukuku anlamında da bir yetki aşımı söz konusu olabilecektir²³.

2.2. Bireyin Temel Hak ve Özgürlüklerinin Anayasal Güvence Altında Olması

Kişiliğin anayasal çerçevede korunması üç temel ilkenin yaşama geçirilmesi halinde söz konusu olabilir.

- a) Kişinin özel hayatına bütün yönleri itibariyle dokunulmazlık
- b) Kişinin kendi kaderini tayin etme hakkı

²¹ De Maglie, **a.g.e.**, s. 316.

²² Toroslu, **Genel Kısım**, s. 175-176; Antolisei, **Parte Generale**, s. 324-325.

²³ De Maglie, **a.g.e.**, s. 316.

c) Kişiliğin bağımsız gelişme hakkı

Olması gereken hukuk devletinde, bireyin özgürlüğü, temel hareket noktasıdır. Hukuk devletinde yaşayan birey, temel hakları ve sosyal gereksinmelerinin bakımından herhangi bir endişe yaşamaz. Bireyin sosyal gereksinmelerin karşılanması, sosyal devletin gereğidir. Sosyal devlet toplumun ve tek tek bireylerin sosyal gelişimini sağlamakla yükümlüdür. Bu anlamda ceza hukuku ikili bir işlev yerine getirir: Bir yandan temel hak ve özgürlükleri korurken diğer yandan bunları sınırlandırır. Şayet suçluluk bir nevi sosyal parçalanma meydan getirmekteyse, suça kışkırtma kişinin temel haklarını korumak zorunda olan devlet tarafından, tam ve gerçek bir şekilde kişinin temel haklarına yönelmiş bir saldırdır. Devlet sosyal gelişmeye öncelik etme işlevinden, kışkırtma faaliyetiyle uzaklaşır²⁴. Bu noktada kamu görevlisi olan kişilerin yani devletin yapmış olduğu kışkırtmanın ihlal ettiği hususlar şu şekilde başlıklandırılabilir:

a) Devlet ve yurttaş ilişkisi bakımından var olduğu kabul edilen dürüstlüğü ihlali anlamına gelir (Kışkırtma bir nevi devletin “güveni kötüye kullanmasıdır”).

b) Kışkırtma, kişinin kendi aleyhine olabilecek delilleri vermeme hakkının ihlalidir. Kışkırtma kişinin kendine ait verilerin kaderini tayin etme hakkına yönelik bir müdahale niteliği taşır. Kışkırtıcı ajanın söz konusu olduğu durumlarda, kuşkudan uzak davranabilmeye yönelik güvenin kötüye kullanılması söz konusudur. Özellikle dürüstlük (fair trail) ilkesi ve adil yargılanma hakkının gereği gibi işletilmesi, birey ile devletin ilk karşılaştığı andan itibaren geçerli olmalarıyla söz konusu olabilir²⁵.

Hukuk devleti birey özgürlüklerini korur. Bireyin sosyal gelişmesinin önündeki engelleri kaldırır. Kışkırtma faaliyetiye, sosyal gelişmeyi sağlamanın tam tersi bir şekilde, insanlar arasındaki güven ilişkisini sarsma ve hatta bu ilişkiyi bozma tehlikesini içerisinde barındırır. İnsanlar arası güven ilişkisi, toplumsal barışın kurulması ve devam ettirilmesi bakımından öncelikli bir role sahiptir. Diğer yandan devletin suça kışkırtmayı

²⁴ Aynı, s. 317.

²⁵ Erdem, a.g.e., s. 173.

paradoksal biçimde, bir çeşit suçu bastırma aracı olarak kullanması, hukuk devleti olarak birtakım gereklerinden vazgeçmesi anlamına gelir. Kışkırtma faaliyetinde bulunan devletin yasalarla bağlı olduğundan söz edilemez. Kışkırtma faaliyetinde bulunan devlet, tekrara düşmek pahasına söyleyelim “fiil ceza hukuku” ilkesinden ve “kusurluluk” ilkesinden vazgeçmiştir. Kışkırtıcı faaliyetin devlet eliyle gerçekleştirilmesi ile, bizzat devlet, kendi varlık nedeniyle çatışır hale gelmiştir. Suça kışkırtma, devletin kendi kurumsal zaruretlerinin bir nevi inkâr edilmesidir. Devletin yapması gerekenlerin aksini memurları aracılığıyla yapmasıdır. O halde, müdahaleyi hukuka uygun hale getiren haller hariç olmak üzere, kışkırtma devletin yürüttüğü hukuka aykırı faaliyettir. Kışkırtma, bir suça bir anlamda neden olmamış olsa dahi, ceza hukuku dışında kışkırtan bakımından bazı yaptırımlar ortaya çıkarabilir²⁶.

Sonuç olarak kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilmiş olan suça kışkırtma, hukuk devleti ilkelerinin ihlal edilmesi sonucunu doğurur. Hukuk devleti olmanın gereklerini ortadan kaldıran söz konusu müdahale kabul edilebilir değildir. Kışkırtma, ayrıca bireylerin barış içerisinde bir arada yaşamlarını devam ettirmeleri bakımından da bazı kaygılar meydana getirebilir.

Devletin ve organlarının yasayla bağlı olması zaruretinin olası istisnaları hatta zorlamaları arasında, kışkırtma faaliyetinin yasal olarak düzenlenmesi gösterilebilir. “Kışkırtıcı” kostümünü giymiş olan kamu görevlisi, bir anlamda suçun meydana çıkmasını sağlarken diğer yandan bu kimse bakımından herhangi bir ceza söz konusu olmaz. Bu noktada İtalyan öğretisi ceza konusuna hasredilmiş anayasal normlar bakımından bazı tespitler yapmıştır. Öğreti, özellikle İtalyan Anayasası’nın 13, 25 ve 27 maddeleri²⁷ arasında sistematik bir bağlantı kurarak, “suç siyasetinin aşılabilir sınırları” (*limite invalicabile della politica criminale*)²⁸ kavramını ceza hukuku bakımından

²⁶ Kışkırtma bir suç fiilini ortaya çıkarmamış olsa dahi, bizzat kışkırtma faaliyetinin yasa dışılığının bir sonucu olarak, memur açısından olası bir disiplin sorumluluğunu ortaya çıkarabilir. Nitekim haksız fiille suç ve hatta idari ihlal arasında esasında bir fark yoktur. Haksız fiil ile suç arasındaki pratik ihtiyaçlardan doğan ayrımın özünü müeyyide ölçütü belirler. Bkz. Katoğlu, **a.g.e.**, s. 35-36.

²⁷ İtalyan Anayasası’nın 13. maddesi kişi özgürlüğünün ihlal edilemez bir hak olduğunu, 25. maddesi doğal yargıç ilkesini ve kanunsuz ceza ve güvenlik tedbirinin söz konusu olamayacağını ve 27. maddesi cezai sorumluluğun kişisel olduğunu düzenlemiştir.

²⁸ Enzo Musco, **Bene Giuridico e Tutela dell’Onore** (Milano: Giuffrè Editore, 1974), s. 111.

ortaya koymuştur. Bizim Anayasa'mızın suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. maddesi²⁹ ülkemiz bakımından suç siyasetinin aşılabilir sınırlarını gösterir. Avrupa ceza hukukunun aşılabilir sınırları ise, AİHS'deki insan hakları ve Avrupa devletlerinin anayasalarıdır. Ortak bir Avrupa ceza hukuku bakımından temel hareket noktası, insan onuru, özgürlük ve eşitlik haklarının onur içeriği ile kanunilik ilkesinin merkezi içeriğidir³⁰.

Ceza hukukunun amaçları arasında elbette “önleme” vardır. Bu amacın gereği, ancak meşru araçlara başvurmak suretiyle gerçekleştirilebilir. Başka bir söyleyiş ile bireyin garanti altına alınmış haklarına herhangi bir müdahaleyi içermeyen araçlar, cezanın önleme amacını gerçekleştirebilmek için kullanılabilirler. Bireyin özgürlükleri ancak adil bir yargılanma sonucunda, kanunda yazan cezalar³¹ kapsamında kısıtlanabilirler.

Anayasa'nın 12. maddesine göre, “herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir”. Anayasa kişinin ne tür haklarının sınırlandırılmaz, ihlal edilemez olduğunu belirlemiştir. Anayasa'nın, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddesine göre, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”. Anayasa, diğer taraftan kişinin gelişiminin önünü

²⁹ **TC Anayasası Madde 38** : “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz. Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez. Ceza sorumluluğu şahsîdir. Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz. Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez. İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir. Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez”.

³⁰ Ünver, **a.g.e.**, s. 926.

³¹ Bireyin özgürlükleri, çerçevesi belirlenmiş cezalarla kısıtlanabilir. Özellikle, cezai sorumluluk bakımından kusur ve fiil ölçütünden vazgeçmek olanaklı değildir. “kanunilik” ilkesi hakkında bkz. Antolisei, **Parte Generale**, s. 62-65.

açabilmek ve “sosyal ve ekonomik engelleri” kaldırmak üzere de bazı düzenlemeler yapmıştır. Sosyal devlet, kişinin gelişimini sağlamak üzere bütün araçlarını tahsis eden devlettir. Amaç, toplumun sosyal bütünleşmesi etrafında eşitliği sağlamaktır³². Bu nevi devletin fonksiyonu sosyal ilişkileri salt düzenlemek değil, eşit bir şekilde düzenlemektir³³. Ceza, kişinin toplumsal statüsüne zarar verir. Buna bağlı bir sonuç olarak da bireyin sosyal bütünleşme seviyesi bakımından bir geriye gidiş söz konusu olur. O halde ceza, zorunluluk durumlarında uygulanmak üzere sınırlandırılmalıdır. Ceza, sadece toplumun veya bireyin somut ve güncel bir menfaatini korumak için verilebilir hale getirilmeli ve failin yeniden sosyal bütünleşmesini sağlamaya yönelik olmalıdır. Yani ceza asla kişinin toplumdışılılaşmasına yol açmamalıdır. Halbuki kışkırtma faaliyetinin, kişinin toplumdışına düşmesini sağlamak üzere organize edilmesi olasılık dahilindedir.

Bize göre, suçları önleme amacı gibi genel bir amaç, tek başına, devletin bir anlamda bir suça zemin hazırlayarak ona kışkırtmasını meşru hale getirmez. Bu suçların ortaya çıkarılmasının zorluğu, çıkarılmaları sonucunda elde edilecek olan toplumsal faydanın büyüklüğünün önemi olmamalıdır. (örneğin organize şekilde işlenmekte olan bir uyuşturucu kaçakçılığı). Çünkü ceza, araç olmaktan çıkmakta, başkasının belirli bir menfaatini hukuki olarak korumaktan uzaklaşmaktadır. Cezanın bizzat kendisi, söz konusu müdahale vasıtasıyla başka ve belirsiz bazı sosyal yıkımları önlemek adına, amaç haline gelmektedir. Diğer taraftan kışkırtma sonucunda verilen ceza, kışkırtılanın toplumdışılılaştırılması bakımından adil olmayan bir enstrümandır. Zira, henüz gerçekleşmiş veya mevcut bir ihlal de yoktur. Devletin kışkırtması olmasaydı, belki ihlal de ortaya çıkmayacaktır.

³² Sosyal devlet programının söz konusu eşitliği sağlayamayacağı hakkındaki görüşler için bkz. Uğur Kara, **Sosyal Devletin Yükselişi ve Düşüşü** (Ankara: Özgür Üniversite Yayınları, 2004), s. 36 vd.

³³ Yüce, **a.g.e.**, s. 11. Özgürlükçü ceza hukuku anlayışına göre, ceza hukuku sosyalleşmelidir. Bu anlamda ceza hukuku, toplumsal menfaatleri koruma, sosyal bağdaştırma sürecini tahrik etme ve demokratik hukuk devleti hedefinin gerçekleşmesi yolunda aracı olarak görev yapmalıdır. Bkz. Türkan Yalçın Sancar, **‘Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyesi, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini’ Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları** (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004), s. 40. Ceza hukuku, insan haklarını, hukuksal değerleri koruma, toplumsal dayanışmayı güçlendirici ve sadece şüpheye dayalı cezalandırmaya karşı önleyici işlevi olan bir araçtır. Bkz. Ünver, **a.g.e.**, s. 935.

Ayrıca, bireyin ceza kanununa duyduğu güven duygusu da tehlikeye atılmamalıdır. Güven, kamu idaresinden gelen emir veya bilgilerle sarsılmamalıdır. Temeli devletin hileli manipülasyonlarına dayanan kışkırtma faaliyeti, yurttaşın hukuk devletinin varlığına yönelik inancında azalmaya yol açar. Devletin organları aracılığıyla kışkırtma faaliyetinde bulunması, kural olarak hukuka aykırıdır³⁴. Bizzat kışkırtma davranışının kendisi hukuka aykırıdır. Söz konusu davranışın, kışkırtılanın fiiline katkısının ortaya çıkmış olmasına dahi gerek yoktur³⁵.

Kışkırtmanın, resmî görevlilerden değil, bireyden kaynaklı olması durumunda, ortaya çıkacak olan netice, yukarıda ifade edilenlerden radikal bir şekilde farklılaşacaktır. Özel bir kimsenin kışkırtan olması durumunda, “hukuk devleti” için söylenenlerin hiçbiri, resmî olmayan kışkırtıcı bakımından geçerli olmayacaktır. Hukuk devleti ilkesi her şeyden önce devleti ve onun organlarını bağlar. Söz konusu ilke, tek tek bireylerin davranışlarına biçim vermek üzere ve/veya davranışlarını sınırlandırmak üzere konulmuş bir ilke değildir. Bireyin, başka bir bireyin dokunulamaz haklarına yönelik bir müdahalesinin olması durumunda, kural olarak hukuk devleti ilkesinin ihlalden söz edilemez. İhlali ortaya koyan kimsenin, kişisel sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu kimselere yönelik duyulan özel bir “güven” duygusundan, devlete duyulması gereken aksine bahsetmek olanaklı değildir. Kamu görevlisi olmayan özel kişinin kışkırtması bakımından söylenebilecek olan, her bireyin toplumsal barışın devamına, sosyal birliğe katkısının olması gerektiği olabilir. Ancak, kışkırtanın (memur olmayan) suça katılan olarak cezalandırılması bakımından herhangi bir tartışma dahi yapmaya gerek yoktur³⁶.

Sonuç olarak, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen anayasal ilkeler bakımından, devletin kışkırtmasının ancak çok dar bir alanda söz konusu olabilmesi

³⁴ Kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunu ortadan kaldıran yaklaşımlara karşı çıkan Erem’e göre, kolluk kuvvetlerinin suçla mücadele edebilmeleri, onların toplum içerisinde sahip oldukları güvene bağlıdır. Kışkırtıcı ajanın kullanılması işte bu güveni sarsar. Bkz. Erem, **Kışkırtıcı Ajan**, s. 14.

³⁵ Bu noktada özellikle ABD’ de “yasa devleti” “hukuk devleti” ayırımına atıfta bulunulmuş, kışkırtma faaliyetinin mevzuatta düzenlenmiş olmasının figürü “hukuk devleti” kurumlarından birisi haline getiremeyeceği söylenmiştir. Bkz. Heydon, **a.g.m.**, s. 273 vd.

³⁶ De Maglie, **a.g.e.**, s. 322.

gerekir³⁷. Kışkırtma faaliyetinin, hukuka uygun hale gelmesi kural olarak sadece devlet ajanlarının yaptığı kışkırtma bakımından söz konusudur. Resmî görevli olmayan kişiler tarafından yapılan kışkırtmanın, hukuka uygun kabul edilmesi olanaklı değildir. Bu tespitle birlikte, şu noktanın da altını çizmek gerekir. Devlet, sürekli ve giderek artan bir şekilde, resmî olmayan kimselere, kışkırtıcı ajan gibi başvurmaktadır. Polisin yönlendirmesi ve kovuşturma makamlarının emri ve izni ile, “muhabir”, “güvenilir kişi”, “gizli görevli” şeklinde faaliyet gösteren kimselerin de, kışkırtıcı ajanla olan benzerlikleri ve amaçsal birliktelikleri bakımından, devlet kışkırtmasının alt tipleri olarak kabul edilmeleri uygun olacaktır³⁸. Nasıl resmî görevli olanın yaptığı kışkırtma bakımından devletin sorumluluğundan söz etmek icap ederse, resmî olmayan kimseyi kullanmak noktasında karar almış olan devletin sorumluluğundan aynı şekilde bahsetmek gerekir. Bu durum kışkırtıcı ajanın faaliyet ve sorumluluk alanının belirlenmesi bakımından son derece önemlidir.

Kışkırtmanın hukuka uygun kabul edilmesi için, zaten var olan bir soruşturmaya yönelik olması gerekir. Kışkırtıcı ajan fiilin tamamlanmasını istemediği gibi, sonucun gerçekleşme olasılığını göze almamalıdır. Başka bir ifadeyle kışkırtıcı ajanda neticenin gerçekleşmesine yönelik doğrudan veya dolaylı kast bulunmamalıdır. Ayrıca, kışkırtmanın belirli bir programa bağlanmış olması gerekir. Kışkırtmanın muhatap kişi veya kişileri bilenebilir olmalıdır. Kolluk görevlisinin hangi suç veya suçları işlemek zorunda kalacağı açıklanmalıdır. Kışkırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olmaması durumunda, işlenen veya işlenmekte olan suçun ortaya çıkarılamayacağı konusunda ikna edici gerekçelendirmenin yapılması gerekir. Bu anlamda kışkırtıcı ajan müdahalelerinin ne zaman, hangi sırayla ve hangi mecburiyetlerin ortaya çıkması halinde yapılacağı, kışkırtma için seçilen gün, kışkırtmanın yapılacağı alan iyi belirlenmiş olmalıdır. Bu sayede, bir zarar veya zarar tehlikesinin ortaya çıkma riski ortadan kaldırılabilir veya en aza indirilebilir. Kışkırtılan kişinin, kışkırtıldığı suçu işlememesi durumunda, kışkırtma, suç işlenmesinin gerçekleşmesinin sağlanması amacıyla, işlenme anına kadar sürekli olarak tekrar edilmemelidir. Kışkırtılan süjenin,

³⁷ Kışkırtma faaliyetinin, yasayla özel hukuka uygunluk nedenleri arasında gösterilmesi haline örnek olarak İtalyan Uyuşturucuyla Mücadele Yasası gösterilebilir.

³⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. s. 21 vd.

heyecanlanması sağlanarak veya duyguları harekete geçirilerek de suç işlemesine yönlendirilmemelidir. Suçun gerçekleşmesi için zorunlu olan araç ve gereçlerin tedariki suretiyle kışkırtma yasal kabul edilmemelidir. Kışkırtma programı bakımından esaslı bir değişiklik yapılmasının zorunlu olması halinde, ilgili makamdan her seferinde yeniden izin alınmalıdır. Ancak, bütün bu koşulların varlığı halinde ve sadece ortaya çıkarılması çok zor ve tehlikeli suçlar bakımından kışkırtıcı ajanın kullanılmasının hukuk devleti ilkeleriyle uyuşması söz konusu olabilir³⁹.

3. KIŞKIRTICI FAALİYETİN CEZA MUHALEMESİ HUKUKU BAKIMINDAN KISA DEĞERLENDİRMESİ

3.1. Genel Olarak

Yasaların kışkırtıcı ajanı suçla mücadelede bir figür olarak görmeye başlamalarıyla birlikte, yasalaştırmanın bir parçası olan muhakeme hukuku bağlamında kışkırtıcı ajanın değerlendirilmesi bir zorunluluk halini aldı. Nitekim yasamanın her “norm koyma” faaliyetinin bir ayağını “usul” oluşturur. Ancak, usule ilişkin bir değerlendirme yapılması halinde, konunun uygulanması noktasında somut gözlemler yapılabilir. Diğer taraftan yasal bir düzenleme olmasa dahi muhakeme hukukuna hakim olan ilkeler bakımından da kurumun değerlendirilmesi gerekir. Bundan dolayı biz, kışkırtıcı ajan figürünü muhakeme hukuku bakımından kısaca incelemeyi uygun bulduk.

3.2 Kışkırtmanın Adli Makama Bildirilmesi Zarureti Bağlamında İtalya Örneği

İtalya’da Kışkırtıcı ajan müdahalesinin yasal hale getirildiği suçlarda, kışkırtıcı ajanın hareketleri çok sıkı kurallara bağlanmışlardır⁴⁰.

Yasal figür haline getirilmiş kışkırtıcı ajan, her somut olayda ilgili makama bilgi vermek zorundadır: Kışkırtıcı ajanın yaptığı her faaliyette ilgili makama bilgi vermesi

³⁹ De Maglie, **a.g.e.**, s. 323- 324; Özbek, **TCK’nın Anlamı**, s. 432.

⁴⁰ Yasal model hakkında bkz. yuk. s. 217 vd.

gerekir. Örneğin bir kurmaca alıcı gibi davranan kışkırtıcı ajan satın, alma işlemi biter bitmez, ilgili makama bilgilendirmede bulunmak zorundadır. Nitekim 1990 ve 390 sayılı Yasa'nın 97. maddesine göre, uyuşturucu maddenin satın alındığı/elde edildiği anda, uyuşturucuyla mücadele merkezi ve adli makam derhal ve detaylı bir şekilde bilgilendirilmelidir. Ancak, bilgilendirme adli polisin talebinin olması ve gerekli görülen hallerde soruşturmanın sonuna kadar ertelenebilir. Bu düzenlemeye çok benzer düzenlemeleri, askeri cephane ve patlayıcıların alım satımında⁴¹, pornografik içerikli malzemenin satın alınmasına⁴² ilişkin yasalarda da görmek olanaklıdır.

İtalyan öğretisinin bir kısmına göre satın almanın (elde etmenin) bildirilmesi söz konusu yasaların vazgeçilmez unsurlarıdır. Bu sayede, bütün operasyonun yürütülmesi bakımından ortaya konulan kışkırtma denetlenebilir hale gelir. Aslında, kışkırtıcının suç örgütüne sızdığı andan itibaren adli makam bilgilendirilmelidir. Haber vermede veya iletişimde ortaya çıkabilecek her türlü eksiklik bir yandan yasal zemini ortadan kaldırırken diğer yandan da kışkırtıcı ajanın bir ihmalinden söz etmek olanaklı hale gelir. Diğer bir kısmına göre ise 97. maddenin bildirme yükümlülüğüne uymamak, somut olaya müdahalenin yasallığı bakımından bir tereddüt ortaya koymaz. Zamanında yapılmamış bilgilendirme, müdahalenin hızlı bir şekilde ortaya çıkmış olmasından kaynaklanabilir. Bu durum fiilin yapısına tesir etmez. Bu durumda kışkırtıcı ajanın sadece disiplin sorumluluğu söz konusu olabilir. Sonuç olarak adli makam her koşulda haberdar edilmelidir. Adli makam belli bir şekle bağlı kalmaksızın haberdar edilebilir. Bilgilendirme yazılı veya sözlü de olabilir⁴³.

3.3. Kışkırtmanın, Koruma Tedbirlerine Hakim Olan İlkelerle Uyuşabilirliği

Ceza muhakemesi hukukunda yargılamanın yapılabilmesi veya ileride verilecek hükmün yerine getirilmesi amacıyla bazı önlemlere başvurulması gerekebilir. Bu amaçların başında, şüpheli kişinin veya sanığın hazır bulunmasını veya delilin

⁴¹ İlgili düzenleme için bkz. 1992 tarih ve 306 sayılı yasanın 12quarter maddesi.

⁴² İlgili düzenleme için bkz. 1998 tarih ve 269 sayılı yasanın 14. maddesi.

⁴³ Bkz. Giangiulio AMBROSINI, *La Riforma Della Legge Sugli Stupefacenti: D.P.R. 9 Ottobre 1990, N. 309: Profili Penali, Processuali e Penitenziari* (Torino: Utet, 1991), s. 106.

karatılmamasını güvence altına almak gelir⁴⁴. Koruma tedbirleri, yasayla düzenlenmiş olmalı, geçici olmalı ve muhakeme hukuku bakımından amaç değil araç olmalıdır.

Kıskırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olduğu suçlara, örneğin yasadışı uyuşturucu maddenin alım satımının ortaya çıkarılmasına yönelik kışkırtma faaliyetine karakter veren özellik, onun gizli ve aldatıcı hareketlerle yapılıyor olmasıdır. Bu durum, ceza muhakemesi hukukuna hakim olan bazı ilkeleri geçersiz hale getirebilir. Kışkırtma kapsamında yürütülen faaliyet; koruma tedbirleri olan örneğin yakalama, tutuklama ve el koymaya benzetilebilir. Her şeyden önce söz konusu tedbirler CMK’da iki temel ihtiyaca binaen düzenlenmişlerdir. Bunlardan ilki, suçluları ortaya çıkarmak veya yakalamak, ikincisi ise suça ilişkin delil elde etmek veya elde edilmiş delili korumak.

Koruma tedbirlerinin her biri temel bir hakka müdahale ettiğinden, sınırlarının yasayla düzenlenmiş olması gerekir. Kıskırtıcı ajan müdahalesinin söz konusu olduğu suçlarda, koruma tedbirlerine hakim olan yasallık ilkesinin sınırları aşılabilecektir.

Bir suçun işlenmekte veya işlenecek olduğu varsayımından hareketle kışkırtıcının söz konusu fiile katılması durumunun koruma tedbirlerine hakim olan genel ilkelerle uzlaşmasının olanaklı olup olmadığının incelenmesi gerekir. Örneğin, şüpheli kişi veya delillerin ya da müsadere edilecek eşyanın ele geçirilmesi amacıyla ev veya diğer yerlerde araştırma yapılabilmesine, “arama” denir⁴⁵. Arama, anayasal güvence altında bulunan konut dokunulmazlığına, özel hayatın gizliliğine, kişi özgürlüğüne ve vücut bütünlüğüne müdahale oluşturan bir koruma tedbiridir. Bu nedenle aramanın koşulları Anayasa’da gösterilmiştir⁴⁶.

⁴⁴ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s. 325.

⁴⁵ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s. 388.

⁴⁶ **TC Anayasası Madde. 20:** “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar”.

Kışkırtıcının müdahalesi, kışkırtılanı anayasal güvencelerden mahrum edebilir. Bir koruma tedbiri olan aramanın katı koşulları yerine getirilmeden, kışkırtma faaliyetiyle delillerin ele geçirilmesi olanaklı hale gelebilir. Bir yandan da özel hayatın gizliliğine hakim kararı bulunmaksızın müdahale edilmektedir. Bu durumun, koruma tedbirlerinin anayasal ve yasal güvenceye alınmasıyla uzlaşabilirliğinin çok zor olması, karşımıza hukuka aykırı delillerin değerlendirme yasağı olgusunu çıkarır. Hukuk kurallarına aykırı şekilde elde edilmiş delillerin de delil olarak değerlendirilmesi olanaklı değildir.

Koruma tedbirlerine hakim olan ilkelerin, (yasayla düzenlenmiş olma, geçici olma ve muhakeme hukuku bakımından amaç değil araç olma) kışkırtma ile uyuşması olanaksızdır⁴⁷. Ancak bir yandan da kışkırtma faaliyetinin, koruma tedbirleri sahasında cereyan etmesi olanak dahilindedir.

3.4. Kışkırtıcı Ajanın Tanıklığı ve Elde Edilmiş Bilginin Değerlendirilmesi

Tanıklık, kışkırtıcı ajan figürünün ceza yargılaması hukuku bağlamında en önemli işlevlerinden biridir. Kışkırtıcı ajanın “her türlü riske girerek” ve çaba sarf ederek elde ettiği bilgilerin nasıl değerlendirileceği önemlidir. Kolluk görevlileri makam itibarıyla taraf olmadıklarından tanık olarak dinlenebilmeleri olanaklıdır⁴⁸. Fakat kışkırtıcı ajan olan görevli bizzat suça katılmadığından tanıklığının farklı değerlendirilmesi gerekir. Suça ilişkin bilgiler sadece kışkırtıcı ajanın tanıklığı vasıtasıyla ortaya çıkmış olabilir veya mevcut bazı çelişkiler sadece kışkırtıcı ajanın tanıklığı ile giderilebilirler⁴⁹. Kışkırtıcı ajan suça “görünüşte kurban” (finta vittima) olarak katılmış da olabilir.

TC Anayasası Madde. 21: “Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar”.

⁴⁷ Hukuka aykırı delillerle ilgili değerlendirmeler için bkz. a.ş. s. 269 vd.

⁴⁸ Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesinde Tanıklık** (Ankara: US-A Yayıncılık, 1996), s. 60.

⁴⁹ Sardo, **Aspetti Processuali**, s. 136.

Kışkırtıcı ajanın faaliyetleri, özel bir yasayla, çerçevesi de çizilerek hukuka uygun hale getirildiyse veya “gözlem, kontrol ve engelleme” kapsamında ortaya çıkmışsa elde ettiği bilgiler de yargılamada kullanılabilmelidir. Buna karşın, kışkırtıcı ajanın herhangi bir tanık gibi kabul edilmesi özellikle faaliyetin sınırlarının gözlem, kontrol ve engellemeyi aştığı durumlarda doğru olmayacaktır. Bize göre, bu durumda en uygun çözüm, kışkırtıcı ajanın tanıklığının “suç ortağının tanıklığı⁵⁰” kurumuna benzetilmesi olacaktır. Gerçekte, sanık makam itibarıyla taraf olduğu bir muhakemede tanıklık yapamaz⁵¹. Sanık kendi eyleminin tanığı olamaz. Bundan dolayı suç ortaklarının tanık olarak adlandırılması doğru değildir⁵².

Suç işlediğinden şüphe duyulan iki kişiden biri aleyhine herhangi bir nedenden dolayı dava açılmamışsa veya açılmıyorsa, hakkında dava açılmamış olan kişi, suç ortağının davasında tanık olabilir⁵³. Bu anlamda kışkırtıcı ajanın suç ortağı olarak değerlendirilmesi durumunda dahi tanık olarak dinlenebilmesi olanaklıdır. Kışkırtıcı ajanın görünüşte mağdur olarak suça katıldığı durumlarda da, kışkırtıcı ajanın beyanı, sanıktan başka taraf beyanı olarak dinlenilmelidir. CMK’nın 236. maddesine göre; mağdur tanık olarak dinlenebilir ve hakkında yemin hariç tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır. Mağdurun taraf olması⁵⁴ nedeniyle beyanı tanık beyanı olmayıp sanıktan başka taraf beyanıdır. Bize göre kışkırtıcı ajanın “görünüşte mağdur” olarak suça katıldığı hallerde yapacağı tanıklık, mağdur beyanına benzetilmek suretiyle değerlendirilebilir.

Kışkırtıcı ajanın müdahalesinin olduğu hallerde, ajanın kimliğinin açığa çıkmaması için kışkırtıcı ajan yerine kışkırtıcı ajanla konuşan görevlinin tanık olarak dinlenilmesi durumunda, söz konusu görevli dolaylı bilgi edinen kişidir⁵⁵. Bu durumun

⁵⁰ CMK’nın 50. maddesinin (c) bendinde, soruşturma veya soruşturma konusu suçlara iştirakten veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme ve değiştirmeden, şüpheli, sanık veya hükümlü olanların yeminsiz dinlenmesi öngörülmüştür.

⁵¹ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 45.

⁵² Sanıktan başka taraf beyanı hakkında bkz. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 683.

⁵³ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 53.

⁵⁴ Aynı, s. 35.

⁵⁵ İnceleme konusu olay hakkında doğrudan doğruya bilgi değil dolaylı bilgi sahibi olanlar “dolaylı tanık” veya “tanığın tanığı” olarak adlandırılabilirler. Bkz. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 68.

AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasının (d) bendinde düzenlenmiş olan iddia makamlarını sorguya çekmek şeklindeki sanık hakkıyla uyuşup uyuşmayacağı belirlenmelidir. Sanığın kural olarak kendisi aleyhine ifade veren bir tanığın verdiği ifadenin güvenilir olup olmadığına ilişkin olarak ona soru sorabilmesi gerekir. Bazı durumlarda dolaylı bilgi edinmiş olan görevlinin tanıklığının mümkün olabileceği savunulmuştur⁵⁶. Ancak AİHS'nin açık hükmü karşısında, sanığın haklarının korunabilmesi bakımından tanığın duruşmada hazır bulunması sağlanmalıdır. Tanığın korunmasına ilişkin başka tedbirlere örneğin kimliğinin gizli tutulması yoluna gidilebilir. Nitekim AİHM'e göre gizli görevlinin kimliğinin açıklanmaması suretiyle de, sanığın ona soru sorma olanağının yaratılabilmesi mümkündür. Gizli görevli de olsa tanığın duruşmada hazır bulunması sağlanmalıdır⁵⁷. Diğer taraftan kimliği açıklanmayan tanığın ifadelerinin hüküm verilirken kullanılması durumunda, savunma bakımından doğan sakıncaların giderilebilmesi amacıyla, söz konusu ifadeler özenle incelenmelidir. Mahkûmiyet kararı kimliği açıklanmayan tanığın ifadesine dayandırılmayacağı gibi bu ifade, mahkûmiyet bakımından esaslı bir rol oynamamalıdır⁵⁸.

⁵⁶ Gizli ajan ihbarcının duruşmada dinlenmesi olanaklı değilse onun bildiklerini açıkladığı görevlilerin dinlenmesine bir engel bulunmamalıdır. Fakat mahkemenin söz konusu görevlilerin beyanlarını değerlendirirken, görevlilerin dolaylı yoldan bilgi sahibi olduklarını gözden uzak tutmaması ve beyanlarını destekleyen diğer delil araçlarını re'sen araştırması gerekir. Bkz. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 70.

⁵⁷ “Ulusal mahkemeler önündeki yargılama sırasında sunulan delillerin kabul edilebilirliği, öncelikle ulusal hukuk tarafından düzenlenir ve bu delillerin kabul edilebilirliğini değerlendirmek öncelikle ulusal mahkemelerin görevidir. Mahkeme'nin görevi ise yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını değerlendirmektir. Tanıkları sorgulamak üzere kullanılan savunma hakkı, adil yargılanma hakkının bir yönünü oluşturduğundan, 1. fıkra ile 3(d) bendi birlikte ele alınabilir. Sözleşme'nin 6(3)(d) bendindeki 'tanık' kavramının iç hukuktan özerk bir biçimde yorumlanması gerekir. Bu kavram ulusal yargılama sırasında ifade vermesi gerektiği halde vermemiş olan kişileri de kapsar. Normal şartlarda delillerin, çelişmeli iddiaların ileri sürülebilmesi için, sanığın huzurunda aleni bir duruşmada sunulması gerekir. Bu konuda istisnai haller mümkün olduğu halde bu istisnaların savunma hakkını ihlal etmemesi gerekir. Savunma makamına genel bir kural olarak, aleyhte ifade veren tanığın beyanlarına, ya tanık ifadesinin verildiği sırada ya da yargılamanın daha sonraki bir aşamasında itiraz imkanı tanınması gerekir. Olayda ulusal mahkemeler, başvuru hakkında verdikleri mahkûmiyet kararını kısmen sanığa itiraz imkanının verilmediği gizli görevliden alınan yazılı ifadeye dayandırmışlardır. Gizli görevlinin kimliğinin gizliliği, başvurunun savunma hakkına zarar vermeden korunabileceği halde olayda böyle yapılmadığından, tanıkları sorgulama bakımından adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmalıdır.” (Lüdi, İsviçre'ye karşı davası, Başvuru no : 12433/86, Karar Tarihi, 15.06.1992, <http://ihami.anadolu.edu.tr>)

⁵⁸ Friedrich-Christian Schroeder, “Ceza Hukukunda Fair Trail İlkesi”, Friedrich-Christian Schroeder-Feridun Yenisey-Wolfgang Peukeert, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Fair Trail** (İstanbul: İstanbul Barosu Yayını, 1999), s. 84.

Kışkırtıcı ajanın bizzat kendisi dolaylı bilgi edinen olabilir. Bu durumun “*hearsay kuralı*” (söyleneni duymak) bağlamında değerlendirilmesi gerekir⁵⁹. İtalyan Yüksek Mahkemesi’ne göre, kışkırtılanın başka bir örgüt üyesine “uyuşturucu satıcısı A ve B’nin bir tarihte uyuşturucu alışverişinde bulunduklarını” söylemesi ve bunun kışkırtıcı ajan tarafından duyulması durumunda kural bakımından bir ihlalin olduğundan söz edilemez. Bu durumda söz konusu olan konuşmanın tanıklığıdır. Konuşma o ajana hitaben gerçekleşmiştir⁶⁰. Duyduğunu söyleyen dolaylı bir tanığın varlığı halinde, verdiği ifadenin ispat değerinin az olduğu unutulmamalıdır. Nitekim araya giren kişi sayısı ne kadar çoksa, beyanın ispat değeri o oranda azalır⁶¹.

Kışkırtıcı ajanın tanıklık yapması halinde kimliğinin açıklanıp açıklanmayacağı ve duruşmada hazır bulunmasının zorunlu olup olmadığı da ayrıca tartışılmalıdır. Tanığın duruşmada hazır bulunması ve sanığın ona doğrudan soru sorabilmesi maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından önemlidir⁶². Ancak kışkırtıcı ajanın kimliğini açık eder bir şekilde duruşmada bulunmasının kamu görevlisi olan kışkırtıcı bakımından iki temel sorun ortaya çıkaracağı ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki, kışkırtıcı ajanın kimliğinin açığa çıkması sonucu yaşamının veya vücut bütünlüğünün tehlikeye düşme olasılığının yüksekliği, ikincisi ise kışkırtıcı ajanın söz konusu fiilden sonraki bütün operasyonlar bakımından kullanılamaz hale gelecek olmasıdır. Kışkırtıcı ajanın en azından iyi organize olmuş örgütlere katılabilmesi olanaksız hale gelmiş olur⁶³.

⁵⁹ Anglo-Sakson hukuku, tanığın, dolaylı yoldan elde etmiş olduğu bilgileri sunmasını, kural olarak yasaklamıştır. Bu kurala, “söyleneni duymak” anlamına gelen “Hearsay Kuralı” denilmektedir. Yasaklamanın nedeni kişiden kişiye aktarılırken, bilginin doğruluk özelliğini kaybetmesinin mümkün olması ve söz konusu bilginin çapraz sorgu yöntemiyle denetlenmesinin, kişinin anlatılanlar dışında bilgisiz olması nedeniyle olanaklı olmaması olarak gösterilmiştir. Bkz. Feyzioğlu, **a.g.e.**, s. 68, dnp. 146.

⁶⁰ İlgili kararlar ve analizleri için bkz. Barbara Trotta, “Sulle Dichiarazioni Rese dal Venditore di Stupefacenti all’Agente Provocatore”, **Cassazione Penale**, 1998, Fasc. 3, s. 3016 vd.

⁶¹ Schroeder, **a.g.e.**, s. 84.

⁶² Hakan Karakehya, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma** (Ankara: Savaş Yayınevi, 2008), s. 122; Alessandro Suter Sardo, “Aspetti Processuali dell’Agente Provocatore”, **Agente Provocatore Profili Sostanziale e Processuale** (Milano, Giuffrè Editore, 2003), s. 161.

⁶³ Bu olasılıkların varlığı halinde hiçbir kolluk görevlisinin kışkırtıcı ajan olarak faaliyet yürütmesi beklenemez. Bkz. Sardo, **Aspetti Processuali**, s. 162.

CMK'nın 58. maddesine göre, tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınacaktır. Kimliği saklı tutulan tanık, tanıklık ettiği olaylara hangi sebeple tanık olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler, Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından güvence altına alınır. Tanığın hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hakim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında sesli ve görüntülü aktarma yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır. Ayrıca 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun 5. maddesinin 1 fıkrasının (a) bendine göre tanık koruma tedbirleri çerçevesinde tanığın kimlik ve adres bilgilerinin kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi ve (b) bendine göre de duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi mümkündür.

Söz konusu tedbirlerin, özellikle tanığın yokluğunda dinlenmesinin önünün açılmasının adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği açıktır. İtham sisteminin gereği gibi çalışabilmesi, tanık ile sanığın duruşmada bir araya gelmesi ile mümkün olacaktır. Bir yandan gizli görevli olarak faaliyet yürütenin korunmak istenmesi diğer yandan adil yargılanma ilkesinin gereğinin yerine getirilmesi bakımından İtalyan öğretisinde önerilmiş çözüm yolunun alternatif olarak değerlendirilmesinin olanaklı olduğunu düşünüyoruz. Buna göre, kimliği gizli tutulan tanık⁶⁴, duruşma aşaması da dahil olmak üzere bir seri garantiye sahip olmalıdır. Duruşmada tanık olarak dinlenilecek görevlinin bir paravanın arkasında görünmez olması sağlanacak fakat paravan duruşma salonunda öyle bir yerleştirilecektir ki, yüzünü ve dolayısıyla mimiklerini sanık göremese dahi hakim görebilecektir. Tanık, sanığın doğrudan

⁶⁴ AİHM, 1996 yılında verdiği bir kararda kimliği açıklanmayan özel kişilerden oluşan tanıkların beyanlarının hüküm verilirken kullanılmasının hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir. Tanığın korkmasını gerektirecek yeterli neden mevcutsa kimliği gizli tutulabilir. Hakimin, tanığın kimliğini bilmesi ve müdafinin tanığa soru sorabilme olanağının bulunması yeterlidir. 26.03.1996 tarihli karar için bkz. Burak Gemalmaz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çapraz Sorgu", **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku** (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004), s. 410.

sorularına cevap verebilecektir. Böylece itham sisteminin çalışması için zorunlu olan tanığın duruşmada bulunması koşulu gerçekleşmiş olacak ve adil yargılanma ilkesinin gereği bir anlamda yerine getirilmiş olabilecektir⁶⁵.

Son olarak, CMK'nın 210. maddesinin 1. fıkrasına göre, olayın delilinin sadece bir tanığın açıklamalarından ibaret bulunması halinde tanığın mutlaka duruşmada dinlenmesi gerekir. Tek tanığın gizli görevli olması halinde, andığımız çözüm yolunun kabulü, hem adil yargılanma bakımından ortaya çıkabilecek sorunların aşılmasını hem de görevlinin kimliğinin açığa çıkmamasını sağlayabilecek bir çözüm yolu olarak gözükmektedir.

4. KİŞKİRTİLANIN CEZAI SORUMLULUĞUNUN ESASI ve SINIRLARI

4.1. Genel Olarak

Temel olarak kışkırtma faaliyetinin incelendiği bir çalışmada, kışkırtılanın cezai sorumluluğunun olup olmadığına yönelik ayrı bir başlık açılması gerekir. Kışkırtılanın cezai sorumluluğu konusunda, ceza hukukunun birçok alanında olduğu üzere, uygulama, genel yönleniş belirlemektedir. Öğretiye kendisini, genel olarak -münferit vakalar hariç olmak üzere- uygulamanın görüşlerini kayıtlamakla sınırlandırmıştır⁶⁶. Sorunsal bakımından ilk elden yapılması gereken başka bir gözlemse, konuya ilişkin olarak tarihsel bir tartışma/değişme sürecinin yaşanmamış olması nedeniyle, konunun sınıflanması/bölümelenmesi konusunda yaşanan zorluklara aittir. Zira, kışkırtma hususunda yapılan bütün tartışmalar, kışkırtıcı ajanın cezalandırılabilirliği ve cezadan bağışıklığının olup olmadığı meselesi üzerinde yoğunlaşmıştır⁶⁷. Kural olarak kışkırtıcı ajan cezalandırılmazken, kışkırtılanın cezalandırılması gereği neredeyse bir ön

⁶⁵ Sardo, *Aspetti Processuali*, s. 163.

⁶⁶ Kışkırtılanın cezai sorumluluğunun ne olacağı meselesi, "çıplak" ancak çözülemez sorunsal olarak tarif edilmiştir. Bkz. De Maglie, *a.g.e.*, s. 33; Sardo, *Aspetti Processuali*, s. 121.

⁶⁷ Kışkırtılanın cezai sorumluluğunu belirlemek bakımından bir kez daha uygulama, -kışkırtıcıda olduğu üzere- genel eğilim hattını belirlemektedir. Öğreti ise pek çok defa kendisini uygulamanın görüşlerini tekrar etmekle sınırlandırmıştır. Diğer taraftan kışkırtılanın cezai sorumluluğunun olmadığı konusunda yıldan yıla değişen bir tarihsel süreç de yaşanmamıştır. Dolayısıyla kışkırtılan bakımından belirli bir tarihsel döneme ait karakterizasyon belirlemek olanaklı da değildir.

kabuldür. Yaygın yaklaşıma göre kışkırtılanın iradesi her ne kadar kışkırtan tarafından etkilenmiş olsa da, neticeye yönelik kastının bulunmasından dolayı cezalandırılması gerektiği yönündedir.

Kışkırtıcı ajan figürüne ilişkin olarak İtalyan mevzuatında yapılan dört ayrı yasal düzenlemenin⁶⁸ hiçbirinde kışkırtılana değinilmemektedir. Uyuşturucunun satın alınması, yasadışı silah ticaretiyle, çocuk pornografisiyle ve terörizmle ilgili suçlar bakımından kışkırtıcı ajanın müdahalesi hukuka uygun olarak kabul edilmektedir. Söz konusu suçlarda, henüz kışkırtıcı ajan müdahale etmeden de faillerin suça konu olan malzemeleri ellerinde bulundurdıkları kabul edilir. Bu yüzden söz konusu kimselere ilişkin ayrı bir yasal düzenleme yapmaya gereksinim duyulmamıştır⁶⁹.

Kışkırtılanın davranışının ortaya çıkması bakımından, kışkırtıcının davranışının etkili katkısı olmuşsa, başka bir söyleyişle kışkırtılanın davranışı başka türlü ortaya çıkmayacak idiyse, kışkırtanın davranışını da ayrıca bir suç olarak düşünmek olanaklıdır. Kışkırtmanın, böyle bir durumda, hiç olmazsa ilkesel düzeyde ve cezadan bağışıklığı sağlayan başka nedenlerden bağımsız olarak, ceza hukuku anlamında karşılığı vardır ve cezalandırılabilir. Böyle bir durum elbette memur olmayan kişi tarafından gerçekleştirilen kışkırtmanın da hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz. Yurttaşın zaruretleri, memurun zaruretlerinden ayrıdır. Ancak her durumda aynı olan, kışkırtılan suça tipik bir şekilde katılmanın hukuka uygun olarak görülemeyeceğidir. Birey ya da memur bir suça kışkırtmışsa kural olarak hukuka aykırılık ortadan kalkmaz. Yeter ki ortada kusurluluğu veya hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal bulunmasın.

Kışkırtılan süje bakımından, kışkırtma davranışında bulunmak cezai sorumluluğun niteliği bakımından bir fark yaratmaz. Acaba kışkırtma faaliyetinde *mağdur* var mıdır? Kışkırtılanın cezai sorumluluğunun olup olmadığının belirlenmesi kışkırtanın cezai sorumluluğunun belirlenmesi bakımından bir etki yaratır mı? Veyahut

⁶⁸ Düzenlemeler hakkında bilgi için bkz. yuk. s. 217 vd.

⁶⁹ Minna, **a.g.m.**, s. 7.

kışkırtanın cezai sorumluluğunun olmadığını söylemek durumunda kışkırtılanın cezai sorumluluğu bahsi tartışmalı hale gelir mi?⁷⁰

4.2. Kışkırtılanın Cezalandırılmasına İlişkin Sosyal ve Hukuki Nedenler

Kışkırtıcı faaliyet dahilinde, kışkırtıcı ajanın durumu öğretide ayrıntılı bir şekilde tartışılırken, kışkırtılanın durumu ayırık olarak kalmıştır. Kışkırtılanın cezai sorumluluğu, suç siyaseti boyutunda çok yakın tarihlerde tartışılmaya başlanmıştır. Bu çerçeveden hareket edilecek olursa, kışkırtılanın durumuna ilişkin tartışmalar tam ve gerçek bir “karanlıkta” yön arayışı şeklinde gelişmektedir⁷¹. Bu bilinmezliğin nedeni, sadece sorunun çözümünün suç siyasetine dair bir tercihte yani “sosyal savunmada” değil, aksine –aynı zamanda- anayasal meşruluk bağlamında bizzat sorunsalın yerinin ne olduğunun belirlenmesinde yaşanan zorluktur. Taktik olarak kullanılan kışkırtmanın, yurttaşın anayasal güvence altına alınmış olan “temel hak ve özgürlükleriyle” olan uyumunu değerlendirmek gerekir.

Kışkırtıcı ajanın sorumluluğunun aynadaki yansıması veya bir nevi karşıtı olarak bu bölümde sahneye kışkırtılan çıkacaktır. Kışkırtana yönelik çalışmalarda, kışkırtılanın durumu, cezasını çekmesini sağlamak üzere suça yönlendirilen kimse olmaktan öte değildir. Ortaya çıkarılmaya çalışılansa, kışkırtıcının davranışının suçun meydana gelmesi bakımından etkinliğinin derecesini ve cezai sorumluluğunun olup olmadığını belirlemektir. Kışkırtılanın cezai sorumluluğunu tartışacağımız bu bölümde, temel olarak sorunsalı, “*kışkırtma faaliyetinin süjesi olarak kışkırtılan*” şeklinde ortaya koyarak, kışkırtılanın cezai sorumluluğunun meşruluk temelini ne olduğunu araştıracağız.

Kışkırtılanın cezai sorumluluğunun esasının ne olduğunun belirlenmesinde ilk elden bazı tespitlerin yapılması gerekir. Kışkırtma faaliyetiyle, bireyin “kendi yazgısını belirleme hakkı” konusunda tereddütler ortaya çıkmıştır. Özellikle kışkırtanın “hilesi”,

⁷⁰ Kışkırtılan kişinin alınan önlem yüzünden neticeyi elde edememesi halinde teşebbüsten dolayı cezalandırılması gerektiği ceza hukuku öğretisinin üzerinde neredeyse hemfikir olduğu bir husustur. Bkz. Vannini, **a.g.m.**, s. 62; Selmo, **a.g.m.**, s. 259; Monteleone, **a.g.m.**, s. 650.

⁷¹ De Maglie, **a.g.e.**, s. 397.

bir anlamda “aldatması” ile “manevi olarak mecbur bırakılma” durumunda kalan kışkırtılan, suçu işlemiştir⁷². Kışkırtılana yönelik yapılan müdahale, kışkırtılanın temel bir hakkının ihlalidir. Kışkırtılan bireyin özgür iradesinin şekil almasına yönelik manipülasyonun, kışkırtılanın cezai sorumluluğuna etkisi olup olmadığı açığa kavuşturulmalıdır⁷³.

Manevi unsur bağlamında, bir kimsenin kanunun suç olarak öngördüğü bir fiilden dolayı cezalandırılması için ceza hukukunun temel ilkeleri olan “kusurluluk ilkesi” ile kışkırtma faaliyeti uyuşabilir mi? Diğer taraftan bir başka sorun ise “kullanılabilirlik” noktasında ortaya çıkmaktadır. Kışkırtıcı faaliyetin “adil yargılanma” ilkesiyle çatışma ve hukuk devletin kurumlarıyla örtüşmeme olasılığı çok yüksektir. “Kışkırtıcı ajan vasıtasıyla elde edilmiş deliller, yasak deliller kapsamında değerlendirilebilirler”⁷⁴. Devletin yürütmekte olduğu kışkırtma faaliyetinin, muhakeme hukuku bağlamında kabul edilemez bulunmasının, kışkırtılanın cezai sorumluluğu bakımından da etkisinin olması lazım gelir⁷⁵. Örneğin, kışkırtma faaliyeti sonucunda elde edilen delillerin suçluların iadesinin söz konusu olduğu durumlarda iade dosyasında yer almaması gerekir. Talep eden devlet, talep edilen devletin hukuk düzenince delil olarak değerlendirilme yasağı olan hususu dikkate alarak yargılama yapamaz. Delillerin bir kısmının kışkırtıcı ajan kullanılması vasıtasıyla elde edilmiş olması ve faaliyetin yasanın çizdiği sınırlar dışına çıkmış olması halinde, bu şekilde elde edilmiş delilin kullanılmaması gerekir⁷⁶.

⁷² Aynı, s. 398.

⁷³ Aksi görüşte olanlara göre, kışkırtılan bir suçu işlemek üzere yönlendirilmiş, zihin dünyası manipüle edilmiş olsa da aynı zamanda söz konusu suçu işlemeye eğilimli olandır. Kışkırtılan, kışkırtıcı ajanın müdahalesi olmasa dahi suç işleyecek olandır. Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 147.

⁷⁴ Aynı, s. 398.

⁷⁵ Aynı, s. 399.

⁷⁶ Suçlunun iadesine neden olan suç veya suçlara ilişkin delil veya delillerin normatif hukuk düzeninin izin verdiği şekillerde elde edilmiş olmaları gerekir. Kışkırtıcı ajanın bu faaliyette kullanılıyor olması kısmen İtalyan yasalarıyla uyumlu olsa da, ajanın ne tür bir kışkırtma yaptığının açık olarak belirtilmelidir. Bkz. Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 113.

4.3. Kışkırtmanın Kışkırtılan Üzerindeki Etkisi, Cezayı Kaldıran Veya Azaltan Bir Neden Olarak Kışkırtma

4.3.1.Genel Olarak

Sorunun çözümüne yönelik üç temel modelden söz etmek olanaklıdır⁷⁷:

- a) Kışkırtılanın cezai sorumluluğu tartışmasını maddi ceza hukuku zemininde yapanlar, üçüncü kişinin (kışkırtıcı ajanın) müdahalesi sonucunda kışkırtılanın davranışlarını yönlendirmek noktasında özgür karar verme iradesinin ortadan kalkması nedeniyle kışkırtılanın kusurluluğunun olmadığı başlığı altında sorunu ortaya koymuşlardır.
- b) Kışkırtılanın durumuna ilişkin muhakeme hukukundan hareketle yapılan tespitlerse temel olarak meşrulukla bağlantılıdır. Özellikle güvence altına alınan temel haklar çerçevesinde “hileli” bir taktik sonucunda elde edilen, bilgilerin muhakeme hukuku bakımından da delil olarak değerlendirilebilirliği tartışmalıdır. Kışkırtılanın durumu da, meşru olarak elde edilen delillerin değerlendirilmesiyle “yanıltma” sonucunda elde edilen delillerin değerlendirilmesi hususlarında yapılan tartışmalara benzetilerek yürütülmelidir.
- c) Üçüncü bir yaklaşım ise merkezine “cezanın orantılı olması” ilkesini almıştır. Hakim, cezaya hükmederken şu hususu gözden geçirebilmelidir. Kişi “zorlama” ve “baştan çıkarılmanın” etkisi altında bir anlamda iradesi hilafına suç işlemişse, cezaya etki eden nedenler başlığı altında ve failin lehine olacak şekilde cezanın türünün veya miktarının değiştirilmesi yoluna gidilmelidir.

Söz konusu yaklaşımlar dahilinde iki temel model söz konusu olmuştur. Bunlardan ilki, “bağışıklık modeli”dir. Bu model, kışkırtma nedeniyle kışkırtılanın ceza almaması gerektiğini savunur. Diğeri ise “indirim modeli”dir. Bu modelde ise kışkırtıcı

⁷⁷ De Maglie, **a.g.e.**, s. 399-400.

ajanın faaliyetinin, kışkırtılanın cezai sorumluluğunun belirlenmesi noktasında, cezayı azaltıcı etkisinin olduğu yönünde görüşler toplanmıştır⁷⁸.

4.3.2. Genel Olarak Kışkırtmanın Kaynağı

Bu aşamada bir kez daha kışkırtmanın kaynağının kim olduğu tespiti önem kazanacaktır. Sorun, kışkırtmanın kamu görevlisi olmayan kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde kışkırtılanın sorumluluğu ve kışkırtmanın kamu görevlisi olan kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde, kışkırtılanın sorumluluğu başlıklarında tartışılacaktır. Sorunu öncelikle “bağışıklık modeli” merkezli olarak ele alarak, kışkırtanın kamu görevlisi olması halinde bu modele göre kışkırtılanın sorumluluğu nedir veya var mıdır? Kışkırtanın herhangi bir kişi olması halinde kışkırtılanın sorumluluğu nedir veya var mıdır? Sorularıyla yanıt arayacağız. Daha sonra da benzer tartışmayı “indirim modeli” üzerinden yapacağız.

4.3.2.1. Bağışıklık Modeli

4.3.2.1.1. Kışkırtanın Özel Bir Kişi Olması Haklinde Kışkırtılanın Sorumluluğu

4.3.2.1.1.1. Maddi Ceza Hukuku Bakımından

Maddi ceza hukukundan hareketle, anımsanması gereken *elverişlilik* modelinin uygulanamayacağının kabulü zarurettir. Yani kışkırtıcının cezai sorumluluğunu kaldıran nedenlere benzetilerek kışkırtılanın cezai sorumluluğu tartışması yapmak olanaklı değildir. Kışkırtıcı ajanın kusurluluğu üzerinden cezai sorumluluğunun olup olmadığına yönelik yapılan tartışmalardan, kışkırtılanın cezai sorumluluğu yoktur neticesini çıkarmak olanaklı değildir. Nitekim kişinin, ceza hukuku anlamında yapmaması gereken davranışı, ona kötülük yapmak isteyenini yönlendirmesiyle ya da

⁷⁸ “Kışkırtılanın cezasının, İCK m. 62/5 nedeniyle kışkırtanın işin içinde olmasından dolayı indirilerek verilmesi gerekir” (Cass. Penale Sezz. III, 29.12. 1953), Sardo, *Applicazione Giurisprudenziale*, s. 82.

İCK m. 65, “genel indirim nedenleri” adı altında beşinci fıkrasında, failin neden olduğu neticeye, mağdurun kasıtlı davranışıyla katılması halinde, suçun cezasının indirilerek verileceğini düzenlemektedir.

gizli ajanın yönlendirmesiyle yapması aynıdır. Kışkırtılanın kınanabilirliği açısından, kışkırtanın memur olmasıyla herhangi bir kimse olması arasında fark yoktur⁷⁹.

4.3.2.1.1.2. Muhakeme Hukuku Bağlamında Çözümler

Muhakeme hukuku bağlamında, kışkırtan kamu görevlisi değilse, kışkırtılanın cezai sorumluluğunun olduğu yönünde bir tereddüt yoktur. Kışkırtma ancak “yasal sınırları” içerisinde gerçekleşmesi halinde kabul edilebilir. Özel kişi tarafından yapılan faaliyet, suça ilişkin delil elde etmeyi de içine alır bir şekilde ortaya çıkmışsa, söz konusu deliller sadece hukuka uygun şekilde elde edilmişlerse kullanılabilirler⁸⁰. Kışkırtmanın konusuysa özel bireyler tarafından ihlal edilemeyecek haklara ilişkindir. Bu haklara ancak belli durumda olanlar müdahale edebilir. Öyleyse, kışkırtılanın lehine kurgulanabilecek durum sadece ve sadece devletin işlevini “hukuk dışı müeyyide” yoluyla yerine getirmesi yani devletin memurunun kışkırtma yapması ve özel kişinin delil elde etmeye yönelik kışkırtmasının hukuka aykırı olması halinde söz konusu olacaktır. Sonuç olarak, kışkırtanın özel bir kişi olması durumunda, kışkırtılanın cezadan bağışık olmasını gerektiren herhangi bir durum söz konusu değildir⁸¹.

4.3.2.1.1.3. Görüşümüz

Maddi ceza hukuku bağlamında, bir kimsenin suça özel bir kişi tarafından yönlendirilmesi yani kışkırtılmasının, kışkırtılan tarafından cezada indirim nedeni veya cezadan bağışıklık gibi bir sonuç doğurması olanaklı değildir⁸². Kışkırtanın kamu

⁷⁹ Suç işleyen bakımından yönlendirenin kışkırtıcı ajan olmasıyla, herhangi bir kişi olması arasında fark yoktur. Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 401.

⁸⁰ Yener Ünver, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat, CMK ve Uygulamamız”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Aralık 2006, S.2, s. 136.

⁸¹ De Maglie, **a.g.e.**, s. 403.

⁸² Yakın tarihlere kadar, kışkırtıcı ajan kuramı bakımından istisna kabul edilen söz konusu uygulamanın örnekleri son zamanlarda giderek artmaktadır. Bu tür bir suça yönlendirmenin temel hak ve özgürlüklere müdahale etmemesi düşünülemez. Nitekim meseleyi bu açıdan ele alan Hafızoğulları, TRT Kurumunda yapmış olduğu “İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması” adlı sunuşunda aynen şu ifadeleri kullanmıştır: *Bir memurun rüşvet aldığı, bir haberin konusu olabilir, çünkü rüşvet almak suçtur. Bu konuda kuşku yoktur. Burada problem şudur: Biz memur söz konusu olduğunda "tahrikçi ajan" diyoruz. Siz, buna benzer bir şeye "konu mankeni" diyorsunuz. Kişinin kafasında bir suç işleme fikri yokken, gidip de kişinin kafasına suç işleme fikrini sokar da, ondan sonra fotoğrafını çekerseniz, acaba bu mümkün müdür? Bu mümkün değildir, efendim. Ne olacak, siz bir doktor buldunuz, biraz da hovarda, ondan sonra bir hasta buldunuz, çapkın bir hasta, gönderdiniz. Aman şu doktoru dene bakalım, mesleğinin kuralını iyi biliyor mu bilmiyor mu dediniz. Siz burada tahrikçi ajansınız. Siz gittiniz,*

görevlisi olması halinde, kışkırtılanın cezai sorumluluğunun olamayabileceğine dair bazı hipotezlerin, kışkırtanın özel kişi olması noktasında dikkate alınabilir yönleri yoktur. Normatif bazda, maddi ceza hukuku, kışkırtılan bakımından kışkırtma hangi kaynaktan gelirse gelsin kışkırtma dolayısıyla toptan bir cezasızlık nedeni öngörmez.

Muhakeme hukuku bakımındansa, kışkırtılanın özel bir kişi olması haline ilişkin olarak herhangi bir varsayım dahi öngörülmemiştir. Bu durumda özel kişinin pozisyonu, kışkırtılan kişiden daha sonra yargılamada kullanılabilecek bir bilgi alması halinde dahi, hukuka aykırı davranmamış olmak kaydıyla muhakeme hukukunun ilgi alanına girmez. Sonuç olarak, kışkırtıcı ajanın özel bir kişi olması durumunda, kışkırtılanın cezadan bağışık tutulması olanaklı değildir. Kışkırtanın özel bir kimse olması durumunda, kural olarak kışkırtılanın her zaman kışkırtılan fiilden dolayı cezai sorumluluğu olmalıdır.

4.3.2.1.2. Kışkırtanın Kamu Görevlisi Olması Halinde Kışkırtılanın Sorumluluğu

4.3.2.1.2.1. Kışkırtılanın Cezasız Bırakılması Gerektiğine Yönelik Maddi Ceza Hukuku Bağlamlı Çözümler

4.3.2.1.2.1.1. İşlenemez Suç Merkezli Çözüm

Özellikle kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun olup olmadığının belirlenmesine yönelik olarak başvurulmuş bir kurum olan “işlenemez suç” kavramına kışkırtılanın cezai sorumluluğu konusunda da *Paoli* tarafından atıfta bulunulmuştur⁸³. Kışkırtıcı ajan eğer sadece suçun işlenmesi bakımından bir fırsat yaratırsa örneğin “alkol satışının yasak olduğu günlerde marketten alkol soransa”, söz konusu durumlarda fiilin bir bütün olarak hukuk dışılığı ortadan kalkar. Nitekim içkinin satışının yasak olan

tahrik ettiğiniz adamı, yoldan çıkardınız. Ondan sonra, yoldan çıkardığınız bu adamı, doktordur, kamu görevi yapıyor diye kamuya teşhir ettiniz. Sizin yaptığınız gazetecilik, habercilik olmadı ki! Öyleyse, gizli kamera kullanamazsınız. Demek ki nerede haber varsa, yani gazetecilik mesleğinin haber dediği, hukuk düzenimizin haber dediği şey varsa, o şey, gizli kamera ile de çekilir, açık kamera ile de çekilir”. Bkz. Zeki Hafızogulları, “TRT Kurumunda, 9 Mart, 8 Mayıs Tarihleri Arasında Düzenlenen Mesleki Eğitim Toplantılarında Yapılan Konuşma: İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması”, AÜHFD, Yıl 1997, C. 46, S. 1–4, s. 33.

⁸³ Paoli, a.g.e., s. 384.

günde polisin markete içki sormaktaki amacı onu içmek değildir. Amacı sadece, satıcıyı yasağın ihlali sırasında suçüstü yakalayabilmektir. *Paoli*'ye göre, bu durumda ortada bir suç yoktur. Çünkü herhangi bir zararlı sonucun ortaya çıkma olasılığı yoktur. Zararlı sonuç, imkânsızdır. Ancak, bahsi geçen satıcı normu ihlal etmeye hazır yapısını göstermiş ve ortaya koymuş olsa da normun ihlali gerçekleşmemiştir. Bu durumda ise bir güvenlik tedbiri olarak satış ruhsatının geçici veya sürekli iptali söz konusu olabilir. Satıcı asla suçlu bir kimse olarak cezalandırılmaz⁸⁴.

“Suçun tamamlanmasını engelleyen husus, icra hareketlerinin başlangıcında varsa, olayda işlenemez suçtan bahsetmek gerekir” diyenlere göre; kışkırtıcı ajanın müdahalesinden dolayı veya kamu gücünün almış olduğu önlemlerden ötürü zarar veya zarar tehlikesinden söz edilemez. Nitekim böyle bir durumda mağdurdan söz etmek olanaklı değildir⁸⁵. Örneğin adli polisin *fictus emptor* olarak satın aldığı uyuşturucu bakımından, söz konusu uyuşturucunun “pazara” yayılma olasılığı tamamen ortadan kalkacaktır. Bu halde normun korumakta olduğu hukuki konu bakımından zarar olasılığı da ortadan kalkmış olacaktır.

Teknik olarak zararlı veya tehlikeli bir neticenin ortaya çıkmasının olanaksızlığından dolayı hareketin kriminal anlamda elverişsiz kabul edilmesi gerekir⁸⁶. Söz konusu yaklaşıma göre norm tarafından korunmakta olan hak veya menfaate yönelik etkili bir zarar veya zarar olasılığı ortaya çıkmamışsa bir suçtan da bahsetmek olanaklı olmayacaktır. Böyle bir durumda teşebbüsten söz etmek ceza kanunlarının koyuluş amacıyla örtüşemez. Zarar veya zarar tehlikesinin olmadığı bir durumda faili cezalandırmak hukuk devleti ilkeleri ile de çelişir.

4.3.2.1.2.1.2. Manevi Cebire Dayalı Sübjektif Çözüm

Kışkırtılanın cezai sorumluluğunun olmaması gerektiğine yönelik tartışmalar açısından dikkat çekici bir yaklaşımı Fransız uygulaması ve kısmen öğretisi, “manevi zorlama” (*containte morale*) merkezli olarak “suçu ortadan kaldıran sübjektif nedenler”

⁸⁴ *Aynı*, s. 389.

⁸⁵ Vannini, *a.g.m.*, s. 65.

⁸⁶ Bkz. Sardo, *Applicazione Giurisprudenziale*, s. 84

başlığı altında ortaya koymuştur. Kışkırtıcı davranışın birtakım hilelerle kışkırtılanın “isteme” kapasitesinde bir felce yol açması durumu, suçu ortadan kaldıran sübjektif bir durumdur. Fransız Ceza Kanunu’nun 64. maddesinde tarif edilen “manevi zorlamanın” varlığı kışkırtılanın lehine, suçun ortadan kalkmasına yol açan mutlak bir değer taşır. FCK’ya göre, kişinin karşı koyma olanağının olmadığı bir gücün tesiri altında fiili gerçekleştirmesi halinde ortada suçu ortadan kaldıran bir neden vardır. Kişinin, korkudan kaynaklı endişe veya halüsünasyondan dolayı baskı altında kalarak, özgür iradesinden yoksun bir şekilde suç işlemeye mecbur kalması halinde işlediği fiilden dolayı kınanabilmesi olanaklı değildir⁸⁷.

Fransız uygulamasının, “manevi zorlama” bulunduğu gerekçesiyle kışkırtılanın cezai sorumluluğunun olmadığı yönünde kararları vardır. Örneğin, gerçek kimliğini saklayan adli polis ajanı, yani kışkırtıcı ajan, yasadışı çelik satma faaliyetini ortaya çıkarmak üzere, tecrübesizliğinden yararlandığı kışkırtılana sahte bir belge sunmuş ve bu belge aracılığıyla şüpheliyi tarife uygun satış yaptığına inandırmıştır. Satış yapan kimsenin kışkırtıcı ajan vasıtasıyla hataya düşürülerek suç işlenmesi sağlandığından, satış yapanın “manevi zorlama” nedeniyle beraatına karar verilmiştir⁸⁸.

Kışkırtılan tarafından gerçekleştirilen davranışta, kışkırtıcı ajanın hangi rolü oynadığının belirlenememesi durumunda failin ceza sorumluluğunun ne olduğunun belirlenmesi de olanaklı değildir. Kışkırtıcı ajan, kışkırtılanın iradesi üzerinde bir şekliyle baskı kurmuşsa, kışkırtılanın iradesinin kısmen ya da tamamen sakatlandığına yönelik bir tereddüt söz konusu olamayacağından, suçu ortadan kaldıran sübjektif bir nedenin varlığı nedeniyle kışkırtılanın cezai sorumluluğu olmamalıdır. Fransız uygulaması, genel olarak suçu ortadan kaldıran sübjektif bir neden olarak “manevi zorlama” haline oldukça mesafeli yaklaşmasına rağmen polis kışkırtmalarının birçoğunda “manevi zorlama” halinin bulunduğunu kabul etmiştir⁸⁹.

⁸⁷ Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 37-40.

⁸⁸ Karar için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 38.

⁸⁹ “Manevi cebir, maddi cebir gibi failin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırabilir. Manevi cebrin failin davranışlarına olan tesirinin tam olarak belirlenebilmesi gerekir. Failin suçu işlememesi halinde, aleyhine gerçekleşecek çok yakın bir tehlike olmalıdır. Basit bir tehdidin, failin serbest iradesini ortadan kaldırmak bakımından yeterli olmayacağını kabul etmek gerekir” (Fransa Temyiz Mahkemesi 29 Aralık 1949), De Maglie, **a.g.e.**, s. 38.

“Manevi zorlama” nedeniyle kışkırtılanın cezalandırılmayacağına dair uygulamada öne çıkan görüş, Fransız öğretisinde, *Magnol* dışında destek bulmamıştır⁹⁰. Manevi zorlama halinde, suçu ortadan kaldıran sübjektif bir nedenin varlığının kabulü için, failin üzerine tesir eden manevi gücün (manevi zorlama) “karşı konulamaz” olması gerekir⁹¹. Öğretinin bir kısmı, “karşı konulmazlığın” maddi zorlama için geçerli olabilecek bir kavram olduğunu söylemektedir. Zira manevi zorlamada, süjenin üçüncü kişi tarafından bir tehdide maruz bırakıldığı her durumda ceza kuralına uygun davranma olasılığı vardır. Kişinin suç işlemekle tehdide katlanmak arasında alternatifleri vardır. Bu anlamda kışkırtılan bakımından söz konusu olabilecek olan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerden “zorunluluk durumu”nun varlığıdır. Failin, kolay etki altında kalması, kişiliğinin zayıf olması gibi nedenlerle seçme hakkından mahrum kaldığı tespitinden hareketle, söz konusu durumda karşı konulmazlıktan dolayısıyla manevi zorlama nedeniyle suçu ortadan kaldıran sübjektif bir nedenden söz etmek olanaklı değildir. Ayrıca kışkırtılanın cezai sorumluluğu sorununu “karşı konulamazlık” gerekçesi ile “manevi zorlama” başlığında ele almak özellikle anlaşma suçları bağlamında birçok polis taktiğini uygulanamaz hale getirecektir. Ayrıca üçüncü kişiden gelen bir suça yönlendirmenin, bu kişinin polis ya da başkası olması nedeniyle cezai sorumluluğu kaldıran bir neden olarak görülmesi de olanaklı değildir⁹².

4.3.2.1.2.1.3. “Cezadan Feragat” ve Cezalandırılabilirliği

Ortadan Kaldıran Yasaüstü Neden

Kışkırtılanın cezai sorumluluktan bağışık tutulmasına yönelik olarak Alman öğretisi tarafından ortaya atılmış yaklaşımlara “cezadan feragat (absehen von strafe)” ve “cezalandırılabilirliği ortadan kaldıran yasaüstü (extralegale) neden” adı verilir.

⁹⁰ Salama, **a.g.e.**, s. 23. Maddi zorlamada, fail, vücudu üzerinde müdahalede bulunularak ve hareketleri biçimlendirilerek, “üst” bir kuvvetin bir aracı haline gelmiştir. Bu durumda olan kimseye suçun ne maddi olarak ne de manevi olarak yüklenmesi olanaklıdır. Manevi zorlama ise, psişik bir tesirde bulunulur ve kişinin iradesi felç edilir. Bu durumda olan kimseye suçun manevi unsur yönünden bağlanması olanaklı değildir. Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 40.

⁹¹ Manevi zorlama, öğretilde zaruret haline benzetilmekle birlikte, temel fark, manevi zorlamada kişinin seçme özgürlüğü mevcut değilken, zorunluluk durumunda kişinin seçme özgürlüğünün mevcut olmasıdır. Zorunluluk durumunu karakterize eden bu husustur. Zorunluluk durumunun bulunduğu olasılıkta manevi zorlama vardır demek olanaklı değildir.

⁹² Manevi zorlamanın olup olmadığı kışkırtıcı ajanın kamu görevlisi olduğu durumlarda tartışılıyor da, neden özel kişi olduğu durumlarda tartışılmıyor sorusunun yanıtını vermek olanaklı değildir. Bkz. Salama, **a.g.e.**, s. 24.

Kışkırtılan bakımından cezadan feragat edilmesi gerektiği yönündeki yaklaşıma göre, sadece kışkırtma dolayısıyla kışkırtılanın kusurluğunun belirlenmesi bakımından ortaya çıkan zorluktan değil aynı zamanda kışkırtılanın hareketinin ortaya çıkmasına neden olan açık hukuka aykırı hareket nedeniyle kışkırtılana ceza verilmemesi gerekir. Bir başka yaklaşıma göreyse, kışkırtmanın, devletin meşru müeyyidelendirme yetkisinin kaybına neden olacağı noktasında görüşlerini temellendirmiştir. “Kışkırtmaya dayanan, hukuka aykırı davranıştan dolayı suçtan bahsetmek olanaklı değildir. Devlet, cezalandırma hakkını kullanabilmek adına bazı temel haklara yönelik saldırıda bulunamaz”⁹³.

Kışkırtılanın cezai sorumluluğunun olmadığına yönelik yaklaşımlar her şeyden önce, savlarının kuramsal temelini “işlenemez suç” bağlamı dışında oluşturdular. Nitekim, 1942 tarihli bir kararda, savunmanın, *fictus emptor* (kurmaca alıcı) ile bağlantılı kışkırtılanın, yasadışı altın satma girişimine ilişkin olarak, alıcıların aslında kışkırtanlar olduğu dolayısıyla satın alınan şeyi gerçekte satın alma istekleri olmadığından ve dolayısıyla suç iddiası gerçekleşmesi olanaklı olmayan bir anlaşmaya dayandığından “işlenemez suç” söz konusudur şeklindeki yaklaşımı, mahkemece kabul görmemiştir. Zira mahkemeye göre, işlenemez suçta, failin suçu gerçekleştirmesi bakımından mutlak imkânsız bir durum söz konusudur. İşlenemez suçun varlığı için söz konusu olan suçun, hiçbir koşul altında gerçekleşmemesi gerekir. Teşebbüsten söz edebilmek için, failden bağımsız olan bir nedenin suçun ortaya çıkmasını engeller niteliklere sahip olması gerekir. Yani, söz konusu örnekte, fiilin imkânsızlığı, alıcının niteliğinden ortaya çıkmıştır. Kışkırtılanın (satıcının) iradesine yönelik olarak bir müdahalede bulunulmamıştır. Kışkırtılan sadece, alıcının gerçek kimliği bakımından yanılmıştır ancak kendisine ait hususu, yani yasadışı anlaşmayı, gerçekleştirecek olduğuna dair inançla yapmıştır⁹⁴.

İlk yaklaşım, yine bizzat Alman öğretisi tarafından eleştirilmiştir. Kışkırtma dolayısıyla, kışkırtılanın cezasızlığından söz edilemez. “Cezadan feragat” şeklinde bir

⁹³ Roxin’in görüşleri için Bkz De Maglie, **a.g.e.**, s. 402.

⁹⁴ **Aynı**, s. 35-36. Aynı şekilde Fransız öğretisi de kışkırtılanın cezai sorumluluğunun olup olmadığı noktasında “işlenemez suç” kuramı bağlamında bir açıklama çabası içerisine girmemiştir. Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 39.

kurum yoktur. Bu nedenle olmayan bir kurumdan hareketle kışkırtılanın cezai sorumluluğu yoktur denilemez⁹⁵. İkinci yaklaşıma da katılmak olanaklı değildir. Nitekim kuram, yasaüstü yapısını saklamamaktadır. Yasaüstü hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanması bakımından birçok zorluk vardır. Bu hallerin neler olduğunu belirlemek hiç kolay değildir. Söz konusu hukuka uygunluk nedenlerinin kışkırtılan bakımından uygulanması durumu, kanunilik ilkesi ve eşitlik ilkesi bakımından sorunlar ortaya çıkaracaktır.

4.3.2.1.2.2. Kışkırtılanın Cezasız Bırakılması Gerektiğine Yönelik Ceza Muhakemesi Hukuku Bağlamlı Çözümler

Kamu görevlileri ve onlarla bağlantılı kişiler tarafından kışkırtılmış şüpheliler bağlamında, bunların cezadan bağışıklıklarını sağlamak üzere söz konusu olabilecek ikinci ve son olasılık, muhakeme hukukundan kaynaklanan çözümler bağlamında olabilir. İşte sadece bu noktada kışkırtılanın cezai sorumluluğu tartışmasında yeni bir açılım ortaya çıkar⁹⁶.

Söz konusu durum Alman öğretisinin bir kısmı tarafından, devletin kullanılmasına rıza göstermediği deliller adı altında ve kışkırtılanın lehine olacak şekilde sınıflandırılmıştır. Kışkırtma, sanık lehine re'sen göz önünde bulundurulması gereken bir muhakeme engeldir⁹⁷. Polisin kışkırtma faaliyetinin adil yargılanma hakkının sınırlarını açıkça aştığı durumlarda, ABD öğretisi kışkırtılanın beraat etmesi gerektiğini savunur. İngiltere'de ise kışkırtıcı ajanın müdahalesi sonucu elde edilmiş, delillerin kullanılıp kullanılmayacağı noktasında hakime takdir hakkı tanınır⁹⁸.

Kışkırtılanın cezai sorumsuzluğunun tartışma konusu olabilmesi için kışkırtmanın kamu görevlisi olması veya onunla bağlantılı kişilerce yani kışkırtmanın devlet organları eliyle yapılması gerektiği konusunda bir kuşku yoktur. Kışkırtıcı ajan bakımından birtakım müeyyideler söz konusu olabilir. Kışkırtıcının cezai

⁹⁵ Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 402.

⁹⁶ Aynı, **a.g.e.**, s. 404.

⁹⁷ Bkz. Özbek, **Gizli Görevli**, s. 169.

⁹⁸ De Maglie, **a.g.e.**, s. 177.

sorumluluğunun ne olduğu tartışması yapılabilir. Kışkırtmanın devlet adına yapıldığı varsayımında, kışkırtıcının cezalandırılması olasılığı acaba devletin kışkırtma sonucunda elde ettiği delillerin kullanılması bakımından hukuka uygun şekilde elde edilmiş delil tartışmasının yapılmasına neden olmaz mı? Devletin suçları ortaya çıkarmak bakımından kullandığı deliller bakımından bir meşruluk tartışması ortaya çıkmaz mı? Eğer bu soruların yanıtını, “delillerin elde edilişi tartışmalı hale gelmiştir, deliller hukuka aykırı şekilde elde edilmişlerdir” şeklinde verecek olursak, kışkırtılanın da böyle elde edilen delillerden ötürü cezalandırılmaması gerektiğini söylememiz icap eder.

Acaba bizim hukuk sistemimiz bakımından, kamu görevlisi tarafından yürütülen kışkırtıcı faaliyet sonucunda elde edilmiş delilin, muhakeme hukuku bağlamında “delil” olarak değeri var mıdır? Görüldüğü üzere meselenin odaklandığı nokta hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delillerin dikkate alınabilirliği ve şu dramatik ikilemdir: Hukuki olmayan şekilde elde edilen delil kullanılacak mıdır veya suç cezasız mı kalacaktır⁹⁹?

Hukuka aykırı yollarla elde edilen delile “hukuka aykırı delil” denir. Türk öğretisi hukuka aykırılığı geniş şekilde yorumlar. Buna göre sadece delilin elde edilmesine yönelik kurallara aykırı davranıldığı için değil, elde ediliş biçimi yönünden suç olan deliller de hukuka aykırı delil kabul edilirler¹⁰⁰. Buna karşın İtalyan öğretisine göre, maddi ceza hukukunun bir normunun ihlalinin sonucu olarak başka bir deyişle bir suç işlenerek, elde edilen şey delil olarak kabul edilirse “*hukuka aykırı delilden*”, yok eğer muhakeme hukukunun bir kuralının ihlali sonucunda elde edilmiş bir delil söz konusu olursa “*meşru olmayan delilden*” söz edilir¹⁰¹. Bu ayrımı esas alan öğretinin bir kısmı, kışkırtıcı ajanın ulaştığı delillerden hukuka aykırı olanlar kullanılmaz derken,

⁹⁹ Maddi gerçeğe ulaşma amacı ile kişi özgürlüğünün korunması zarureti arasındaki denge için bkz. Mauro Cappaletti, **Processo e Ideologie** (Bologna, Il Mulino, 1969), s. 114.

¹⁰⁰ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s. 692.

¹⁰¹ Cinayette kullanılmış olan bir silahın bulunmasına yönelik olarak bir polis memuru, gerekli arama kararı ve emrini vermeye yetkili olan mercilerden izin almaksızın bir konuta girerse “konut dokunulmazlığını ihlal” suçunu gerçekleştirmiş olur. Bu şekilde elde edilen delil ise hukuka aykırı delildir. Delil elde etmek üzere başvuru olan yöntemin Kanun’da suç olarak gösterilmemiş olması halinde eğer husus Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yasak ifade alma yöntemleri arasında gösterilmişse, örneğin sanığın aldatma suretiyle ifadesinin alınması durumunda “meşru olmayan delil”den söz edilir. Sardo, **Aspetti Processuali**, s. 156-157.

meşru olmayanların muhakemede kullanılabileceği görüşündedir. Bu görüşe karşı çıkan ağırlıklı öğretiyeye göre, hem hukuka aykırı delilin hem de meşru olmayan delilin muhakeme hukukunda geçerli olması söz konusu değildir. Bu ayrım en fazla söz konusu yönteme başvuran görevli hakkında uygulanacak müeyyide bakımından fikir verebilir¹⁰².

Hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılabilir mi? Başka bir söyleyişle memurun fiili hukuka aykırı olarak kalacak ancak yargıç bizzat kendisi söz konusu delilleri elde etmek bakımından hukuk dışı bir yola başvurmamış için muhakemede bu delillerden yararlanabilecek midir? Yargıcın vicdani kanaatine dayanması, onun herhangi bir delille bağlı olmadığı anlamına gelir, yoksa yargıç dikkate alacağı delillerin yasal olarak elde edilip edilmediği hususuyla bağlıdır. Şayet yargıcın önüne yasadışı şekilde elde edilen delil gelirse bunun delil olarak kabul edilmesi söz konusu olamaz¹⁰³.

Amerika Birleşik Devletleri uygulaması da vatandaşın anayasal haklarını ihlal eden doğrudan faaliyetlerle elde edilen delillerin kullanılmayacağını kabul etmekle birlikte aynı zamanda anayasal güvence altına alınmış olan hakların dolaylı ihlalini de kabul etmemektedir. “Zehirli ağacın meyvelerinin de zehirli olacağı” (yasak ağacın meyvesi veya hukuka aykırı delilin uzak etkisi) şeklinde formüle edilen bu yaklaşımla vurgulanmak istenen nokta, yurttaş özgürlüklerini öncelikle devlet organlarına karşı korumaktır. Maddi ceza hukukuna aykırı olarak elde edilen bir delilin muhakeme hukuku bakımından kullanılması olanaklı değildir. Bu anlamda uzak etkinin Türk hukukunda da kabul edilmesi gerekir. Aksi halde kolayca delil yasaklarının bertaraf edilmesi olanaklı olacaktır¹⁰⁴.

Kullanılamazlık kavramı bizim ceza hukukumuz bakımından oldukça yenidir. Gerçekten de, mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu zamanında

¹⁰² Sardo, **Aspetti Processuali**, s. 159. Kışkırtıcı ajan kullanılması yoluyla elde edilen delillerin değerlendirilmesi sorunu hakkında bkz. Seydi Kaymaz, **Ceza Muhakemesi Hukukunda (Yasak) Deliller** (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1997), s. 242-246.

¹⁰³ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s. 691.

¹⁰⁴ Ünver, **a.g.m.**, s. 136 vd.

özellikle 1992 yılında yapılan değişiklikten önce genel eserler bağlamında kullanılamazlıktan söz edilirdi. Hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin kararlara dayanak yapılmasına yönelik ağır eleştiriler sonucunda uygulama da tutumunu yumuşattı ve söz konusu ispat ilkesine çeşitli şekillerde göndermelerde bulundu¹⁰⁵. Ancak tam ve kesin olarak bir kavramlaştırma 1992 değişikliklerinden sonra ve daha sonra da yeni muhakeme kanununun yürürlüğe girmesiyle yapıldı denilebilir. Kullanılamazlık, çifte değeri olan bir ispat aracı kavramı olarak iki şekilde karşımıza çıkar. Bunlardan ilki müeyyide gerektirmesi bakımından kullanılamazlık ve ikincisi geçersizlik biçimi olarak kullanılamazlıktır. Kullanılamazlık herhangi bir delil için söz konusu olabilir. Yeter ki bir delil elde etme yasağı var olsun ve delilin elde ediliş yöntemi bu yasağın ihlal edildiğini gösterebilir. İhlal, delillerin kullanılamazlığı sonucunu otomatik bir şekilde doğurur. Kullanılamaz olan bir delilin etkililiğinden de söz etmek olanaklı değildir. Yargıç kullanılamazlık durumunda olan delilleri dikkate almaz ve şu işlemi yapmak zorunda kalır: “*tamquam non essent*”¹⁰⁶.

CMK’nın 148. maddesine göre yasak olarak elde edilmiş olan bilgi ve bulguların muhakeme hukuku bakımından delil olarak kabul edilmeleri söz konusu değildir. Kanunun yasak dediği yöntemlerle elde edilen ifadeler delil olarak değerlendirilemezler. Aynı şekilde hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin kullanılamayacağını bir diğer göstergesi de Anayasa’nın 38. maddesinde yer alan “kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular”¹⁰⁷, delil olarak kabul edilemez” ifadesidir¹⁰⁸. CMK’nın 206. maddesine göre, kanuna aykırı şekilde elde edilmiş delil

¹⁰⁵ Nevzat Toroslu, “Hukuka Aykırı Deliller Sorunu”, **Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağanı** Ankara 1995, s. 56.

¹⁰⁶ Mevcut yargılamanın söz konusu deliller hiç yokmuş gibi sürmesi anlamına gelen Latince deyiş için ve değerlendirme yasağı hakkında genel bilgi için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, 412-413.

¹⁰⁷ “Kanuna aykırı bulgu kavramını, kanuna aykırı delil olarak kabul etmek hükmün düzenlenmesine daha uygun olacaktır”. Bkz. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s 697.

¹⁰⁸ İtalyan Anayasa Mahkemesi 1973 yılında yasadışı şekilde telefon dinlenmesine ilişkin olarak verdiği kararda şu sonuca ulaşmıştır: “Bir hak, temel hak ve özgürlük kapsamında ihlal edilemez, dokunulamaz bir hak olarak tanınmış ve garanti altına alınmışsa, bu hakkın ihlali durumunda çok ağır bir sakatlık ortaya çıkmış demektir. Dolayısıyla anayasal güvence altına alınmış olan bir hakkın ihlali durumunda sadece söz konusu olan ceza yasasının ihlali ibaret değildir, aynı zamanda anayasal bir hakkın ihlalidir. Bu şekilde yurttaşın temel hakların ihlal edici faaliyet neticesinde elde edilen her neyse, yargılamaya esas olamaz, infaza neden olmaz ve hakkında kullanılan kimsenin aleyhine sonuç doğuramaz”. 6. Nisan 1973 tarihli karar için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 408-409. Bize göre kısırtmanın kanunsuz olup olmaması ön meseledir. Eğer kısırtma kanuna aykırı ise, kısırtma faaliyeti sonucunda elde edilen delillerin hiçbir koşul altında mahkûmiyete esas alınmaması gerekir.

reddolunurken, 217. maddesine göre yüklenen suç, ancak hukuka uygun şekilde elde edilmiş delillerle ispat edilebilir, 289. maddeye göre ise, hükmün hukuka aykırı elde edilen delile dayanmasının hükmün kesin hukuka aykırı olması sonucunu doğuracağı kabul edilmiştir. Hukuka aykırı delil mahkûmiyet kararına esas alınamayacağı gibi, CMK'nın 230. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendine göre hükme esas alınmayan hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş deliller ayrıca mahkûmiyet kararının gerekçesinde gösterilmelidirler.

Devletin ajanları tarafından yapılan kışkırtmanın neticesinde elde edilen deliller bakımdan hukuka aykırı olarak elde edildikleri söylenebilir mi? Sorun bu noktada çıkmaktadır. Kışkırtılanın ceza almasında bu deliller dikkate alınacak mıdır? Zira hukuka aykırı şekilde yapılmış arama neticesinde elde edilen delillerle, kışkırtıcı ajan tarafından elde edilen delillerin akıbetleri noktasında bir benzerlik kurmak akla gelebilir. Arama, hukuka aykırıysa, bu arama sonucunda elde edilen deliller bakımından da değerlendirme yasağı söz konusu olacaktır. Acaba kışkırtma faaliyeti kanunsuz arama sonucunda elde edilen delile benzetilebilir mi?

Başka bir soru da kışkırtıcı ajanın suça müdahalesi yasak ifade ve sorgu yöntemlerinden olan “aldatma” kapsamında ele alınabilip alınamayacağı noktasında sorulabilir. Aldatma, ifade alanın belirli davranış ve sözleriyle ifadesi alınan kişide yanlış bir kanaat uyandırmasıdır. Bir davranışın aldatma niteliğinde kabul edilebilmesi için irade özgürlüğünü etkilemiş olması gerekir, bu anlamda sadece kışkırtıcı ajan faaliyetinin “kontrol, gözlem, engelleme” ile sınırlı olması aldatma anlamına gelmez, kışkırtılan nasıl davranacağına karar vermesi kendi iradesine dayanmaktadır¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Erdem, **a.g.e.**, s. 259-260; Marco Zocco, “Agente Provocatore, Acquisto Simulato Di Stupefacenti e Legge Penale”, **Questione Giustizia**, 1995, s. 963. “ Bir uyuşturucu alım satımına kışkırtıcı ajanın kurmaca alıcı vasfında katılmasından ibaret olana olayda, aldatma yasağından bahsetmek olanaklı değildir. Aldatma yasağından söz edebilmek, önceden işlenmiş fiilleri ilişkin bilgi alınmaya çalışılması sırasında söz konusu olabilir. Yoksa, fiile eşlik eden ve onunla aynı anda meydana gelen ve hatta gelecekte işlenmesi planlanan suçlar bakımından kışkırtıcı ajanın fiilleri aldatma olarak değerlendirilemez.”(Cass. Penale Sezz. IV, 13.9. 2001), Sardo, **Aspetti Processuali**, s. 140. “Uyuşturucu madde satın almış olan adli polis ajanının beyanı, aldatma yasağının ihlali suretiyle elde edilmiş bilgi olarak değerlendirilemez. Zira bilgi bir soruşturma esnasında alınmış değildir. Daha önce işlenmiş bir suçun ikrarına veya önceki fiil veya fiillerin icrai hareketlerine yönelik de değildir. Bilgi bizzat maddi fiilin işlenmesi sırasında elde edilmiştir.” (Cass. Penale Sezz. VI, 28. 4. 1997), Sardo, **Aspetti Processuali**, s. 145.

Uydurma kimlikle suç örgütüne sızan ve orada faaliyette bulunan gizli soruşturmacı, hedef kişide kendisine güvenilebileceği izlenimi uyandırır. Sadakat ve güveni kazanmak için hedef kişinin irade özgürlüğü üzerinde etkide bulunduğu aldatmanın olduğunun kabulü gerekir. Meseleyi gizli soruşturmacı açısından ele alan *Erdem*'e göre, yasal bir düzenleme çerçevesinde gizli soruşturmacının gerçek kimlik ve işlevini gizleyerek karşı tarafın güvenini kazanmaya yönelik davranışlarına olanak tanınması mümkündür. Gizli soruşturmacı, ilgili kişiyi kendi hakkında bilgi vermek konusunda kışkırtmadığı sürece, faaliyet aldatma kapsamında değerlendirilmemelidir¹¹⁰.

Bize göre kışkırtıcı ajanın müdahalesi üzerinden yapılacak bir değerlendirmede, söz konusu kurumları paralelleştirme, hatta aynılaştırma çabası kışkırtılanın cezai sorumluluğunun olup olmadığını belirlemeye yetecek bilgileri bize vermemektedir. Çünkü kurumsal düzeyde bazı farklılıkların olduğu açıktır. Her şeyden önce, memurun kimliğini saklamasının, failin iradesini ortadan kaldırmak bakımından etkisi yoktur. Eğer bir suça kışkırtma varsayımı bütünüyle suça ilişkin hukuka aykırı delil elde etmenin özel bir biçimi olarak görülecek olursa büyük bir hataya düşülmüş olacaktır.

De Maglie, kışkırtma hipotezinin “hukuka aykırı delil” başlığı altında değerlendirilemeyeceğini söyler. Kışkırtma faaliyeti, polisin bir konuta girebilmek için gerekli olan izinleri almadan girmesi ve örneğin bir suçta kullanılmış olan bir silahı almasından veya bir insan kaçırılması suçunun failinin, kaçırılan kişinin yerini söyletmek amacıyla polis tarafından dövülmesinden oldukça farklıdır. Söz konusu örneklerde iki ayrı suç vardır. Bu suçlardan ilki “şüpheli” tarafından işlenmiştir. Bu suçlara ilişkin olarak yasal yollardan delil veya bilgi elde etmek bakımından zorluklar vardır. İkinci suç ise ilk suçu izler nitelikte ve fakat ondan tamamen bağımsız bir şekilde, işlenen suçlara ilişkin başka türlü delil etmek bakımından yaşanan zorlukları aşmak amacıyla kamu görevlisi tarafından işlenmiştir¹¹¹.

Kışkırtmanın söz konusu olduğu durumlarda ise yukarıda verilen örneklerden farklı olarak iki ayrı suç gerçekleşmemiştir. Kışkırtıcı ajan, kişiyi işlemek üzere

¹¹⁰ Erdem, *a.g.e.*, s. 264-265.

¹¹¹ De Maglie, *a.g.e.*, s. 417.

kışkırttığı suça ilişkin delilleri elde etmek amacıyla suça yönlendirmektedir. Ortada kışkırtıcının davranışından kaynaklanmış olan tek bir suç vardır. Kışkırtıcı ajan böylece “faili” “tuzağa” düşürecek olan davranışı gerçekleştirmiştir. Söz konusu suç, failin daha önce işlediği varsayılan suçlardan tamamen bağımsızdır. O halde “hukuka aykırı delil” söz konusu olamaz¹¹².

Kışkırtma sonucunda işlenen suç, failin daha önce işlediği varsayılan suçların bir devamı veyahut suç “kariyerinin” yeni bir parçası olabilir. Ancak yargılamada dikkate alınacak olan, kışkırtma sonucunda işlenmiş suç olacaktır. Nitekim kışkırtılan, çoğu kez kışkırtıcı ajan tarafından, kışkırtma faaliyetinden önce işlenmiş olan suçları ortaya çıkarmak üzere bir suça kışkırtılmaktadır. Çünkü işlendiği varsayılan bu suçlara ilişkin delil elde edilememektedir. Delil elde etmek üzere başka bir suç işletilen kışkırtılana ilişkin elde edilen delillerde, paradoksal bir şekilde ağırlıklı olarak kışkırtılan suça ilişkin olmaktadır. Yok, eğer kışkırtıcı ajan, suç işleyeceği kesin olan kimsenin davranışını kışkırtma faaliyetiyle öne almak, suçun işlenmesinin engellenmesine yönelik “normal” bir tedbirin olası kısıtlı sonuçlarına güvenmek zorunda kalmamak amacıyla harekete geçmişse zaten bu durumda geçmişte işlenmiş bir suça ilişkin delil elde etmekten de söz edilemez. Aslında bu durumda bize göre bir muhakeme faaliyetinin bulunduğundan dahi bahsetmek mümkün değildir.

4.3.2.1.3. Adil Yargılanma Hakkı ve Kışkırtılanın Sorumluluğu

Anayasa tarafından garanti altına alınmış temel hakların ihlali suretiyle delil elde edilemez. Yurttaşın dokunulmaz haklarına müdahale edilerek veya bu haklar etkisiz hale getirilerek elde edilen delillerin, kullanılamayacağına dair Anayasa’nın 38. maddesinde açık düzenleme vardır. Hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin kullanılması, bireyin garanti altına alınan haklarından sapma olacaktır. Böylece bireyin garanti altına alınan dokunulamaz haklarının işlevlerini yerine getirmeleri olanaklı olmayacaktır.

¹¹² Aynı, s. 418.

Suçta kışkırtmanın, memur tarafından gerçekleştirilmesi halinde, kışkırtmanın anayasallığı tartışılabilir. Kışkırtma faaliyeti özel kişi tarafından gerçekleştirilmişse, kışkırtılanın cezalandırılabilirliği bakımından bir tereddüt ortaya çıkmaz. Özel kişi tarafından yapılan kışkırtma bakımından, birey-devlet karşılaştırması yapmaya, hak ve yükümlülüklerden söz etmeye de gerek yoktur. Amaç, kışkırtma faaliyetinde bulunan memurun manipülasyonlarına karşı bireyi korumaktır¹¹³.

İster kanunda tarif edilmiş bir figür olarak, isterse kişisel bir cezasızlık nedeninden yararlanan kolluk görevlisi kışkırtıcı ajan, kışkırtma faaliyetini görevinin bir parçası olarak kamu düzeninin korunması veya sağlanması amacıyla gerçekleştirmesi esnasında anayasal ilkelere uygun hareket etmek zorundadır. Ancak bu durumda kışkırtılanın cezai sorumluluğundan söz edilebilirken kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğundan söz edilemez. Kışkırtıcı ajanın anayasal ilkelere uygun hareket etmemesi durumunda, kışkırtılanla beraber, kışkırtanın da cezalandırılması gerekir. Kışkırtılanın cezai sorumluluğunun olduğunu kabul eden sistemler, kural olarak kolluk görevlisi olan kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun bulunduğunu kabul etmezler. Başka bir şekilde ifade edilecek olursa, kışkırtılanın cezai sorumluluğu vardır deniliyorsa, kolluğun kışkırtmaya yönelik yapmış olduğu davranışlar “kabul edilemezdir”, denilemez.

Kışkırtıcı ajanın cezalandırılmasının söz konusu olmadığı durumlarda, kışkırtılanın cezasız kalması bakımından, temel hak ve özgürlüklere yönelik anayasal güvenceler önemli bir işleve sahip olabilirler. Bu durumun en önemli pratik sonucu ise kışkırtıcı ajana başvurulması sayesinde elde edilen delillerin yargılamada mahkûmiyete esas oluşturacak şekilde kullanılamayacak olmasıdır. Anayasal güvencelerin, kolluk kuvvetlerinin kışkırtıcı ajana başvurmaları noktasında caydırıcı bir rolü olacağı açıktır. Kamu görevlisinin işlenen suç bakımından belirleyici bir role sahip olması durumunda, kışkırtılanın beraat ettirilmesi gerektiği şeklinde kararlara rastlamak da olanaklıdır¹¹⁴.

¹¹³ Aynı, s. 419.

¹¹⁴ “Polis ajanı olduğu sonradan anlaşılan sanık(...) tarafından oraya konulduğu bildirilen pankartların delil olarak kabul edilmesi suretiyle hükümlülüğe karar verilmesinin yasaya aykırı olduğundan beraate karar verilmesi gerekirken...” CGK’nın 14. 4. 1973 tarihli kararı ve o dönem kavrama ilişkin tartışmalar hakkında bilgi sahibi olmak için bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, “Kışkırtıcı Ajan Sorunu”, **Cumhuriyet Gazetesi**, 7 Nisan 1974, s. 2.

Bu anlamda Anayasa'nın 36. ve AİHS'nin 6. maddesinde¹¹⁵ düzenlenmiş olan adil yargılanma ilkesinin kısırtma faaliyetiyle uyusabilirliği açıklığa kavuşturulmalıdır.

Ceza hukuku bağlamında adil yargılanma; bireyin irade serbestisini engellemeden ve savunmasını kısıtlayan yollara sapmadan, cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalara ilişkin herhangi bir davanın, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir süre içerisinde, aleni ve hakkaniyete uygun olarak görülmesine ilişkin hakkı olarak tanımlanabilir¹¹⁶. Adil yargılanma hakkına anayasada açıkça yer vermek, hakkın anayasal bir ilke haline gelmesini sağlayarak bu hakla korunmak istenenlerin kanun yoluyla ihlal edilme riskini ortadan kaldırır¹¹⁷. Adil yargılanma ilkesinin uygulanması ile yargı karşısında insan, araç olmaktan çıkmakta, yargıya katkıda bulunurken etkin haklara sahip bir taraf haline gelmektedir¹¹⁸.

“Görülüyor ki suçun işlenmesine polis adeta gayret sarf etmiştir. Ama interpol ajanlarının etkisi ama siyasi nedenler... mahkememiz bunun tartışmasına elbette girmeyecektir. Ancak olayın oluş şekline göre sanık S.'nin eroin imalinden mahkûmiyeti de adalet ilkelerini rencide edecektir. Ceza hukukunun kast, teşebbüs ve hatta işlenemez suç kuramları incelenmiştir. Bütün bunların sonucunda böyle bir sonuca varmak vicdani kanaat olarak oluşmuştur. T. C. Kanunumuzun 61. maddesi elverişli vasıttan söz eder. Olayda araçlar elverişsizdir. Zira sanıklar yeteneksizdir. Eroin imalinde usta olan sanık ajandır. Eroini o imal etmiştir. Suçu elverişli hale sokan polisin ilk görevi suçu önlemektir. Sanık müdafii avukatın bu yoldaki savunmaları haklı görülmüştür”. Denizli Birinci Ağır Ceza Mahkemesi'nin 28.5. 1975 tarihli kararı için bkz. Erem-Danışman-Artuk, **Özel Hükümler**, s. 428, dñn. 33.

¹¹⁵ AİHS Madde 6: “1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nızalar, gerek ceza alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir. 2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır. 3. Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir: a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemeye görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek; d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çekirtmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağrılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek; e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödmeden yararlanmak.” Bkz. http://www.echr.coe.int/nr/rdonlyres/3baa147f-29c9-48ce-af64-fb85a86b2433/0/tur_conven.pdf

¹¹⁶ Karakehya, **a.g.e.**, s. 22; Erdem, **a.g.e.**, s. 271-272.

¹¹⁷ Karakehya, **a.g.e.**, s. 28.

¹¹⁸ Köksal Bayraktar, “Adil Yargılanma Hakkı”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Nisan 2004, S.4, s. 7.

Kışkırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olduğu fiillere ilişkin olarak AİHM bazı kararlar vermiştir. Mahkeme, söz konusu kararlarda, daha ziyade organize suçlulukla mücadele aracı olarak kışkırtıcı ajan kullanmanın adil yargılanma ilkesi ile uyusabilirliğini tartışmıştır. Bu anlamda, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun belirlenebilmesi noktasında AİHM'nin verdiği kararların değerlendirilmesi gerekir. Mahkeme, kararlarında genel bağlamda bir soruşturma yöntemi olarak, özel bağlamda ise adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS'nin 6. maddesi ile uyumu noktasında kışkırtıcı ajan kullanılmasını değerlendirmiştir.

AİHM'nin kışkırtıcı ajanın suça katkısını incelediği bir olayda; iki sivil polis memuru, eroin alıcısı kılığında uyuşturucu satıcılığında şüphelenilen bir kişiye yaklaşmış ve başka bir kişi aracılığıyla temas kurulan başvuruyla eroin temini konusunda anlaşmışlardır. Kışkırtılanın kendisi de, uyuşturucuyu başka bir kişiden almış ve uyuşturucuyu polis memurlarına teslim ederken yakalanmasından ibaret olan olayda, başvuru, sivil giyimli polis memurları tarafından daha sonra hüküm giydiği bir suçu işlemesi için kışkırtıldığını belirterek, adil yargılanmadığı şikayetinde bulunmuştur. AİHM, tanıkların ifadelerinin doğru bir şekilde kanıt kabul edilip edilmediğini belirlemek gibi bir görevi olmadığını, esas sorumluluğunun kanıtların elde edilmiş yöntemleri de dahil olmak üzere yargılamayı bir bütün halinde adillik açısından değerlendirmek olduğunu belirtmiştir. Tebdili kıyafet ajan kullanımının istisnai olması ve uyuşturucu kaçakçılığıyla mücadeleye ilişkin davalarda bile yeterli teminat bulunması gerektiğine dikkat çekmiştir. 6. Madde kapsamındaki genel adillik şartları en basitinden en karmaşığına tüm suç türleri için geçerlidir. Suçla mücadelede kamu menfaatinin gözetilmesi, polisin provokasyonu yoluyla kanıt elde edilmesini haklı çıkartmaz. AİHM, bu davada iki polis memurunun başvuruçunun suç işleme kapasitesini esasen pasif bir biçimde soruşturmakla kalmadıklarını, aksine suçun işlenmesini kışkırtacak şekilde kişiyi etkileme yoluna gittiklerini düşünmüştür. AİHM ayrıca, yerel mahkemelerin kararlarında başvuruçunun esasen iki polis memurunun ifadelerine dayanarak hüküm giydiğinin belirtildiğine dikkat çekilmiştir. AİHM, dolayısıyla polis memurlarının hareketinin tebdili kıyafet ajanların görev tanımını aştığını, zira suçu kışkırttıklarını ve memurların müdahalesi olmaksızın suçun işleneceğini gösteren hiçbir şey bulunmadığını belirtmiştir. Mahkeme, söz konusu

olayda AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlali olduğuna karar vermiştir (Teixeiro de Castro, Portekiz'e kaşı davası) ¹¹⁹. Zira daha önce sabıkası bulunmayan sanık aleyhine kışkırtma öncesi suç şüphesi bulunup bulunmadığı açıklığa kavuşturulmuş değildir. Kışkırtma yapılmasına izin veren bir hakim kararı da bulunmamaktadır. Suç polisin aktif tutum alması sonucunda işlenmiştir¹²⁰.

AİHM bir başka kararında, her ne kadar ortaya çıkarılması çok zor olan yasadışı uyuşturucu madde ticareti yapan örgüte yönelik olsa da, kışkırtıcı katılanın bir suç örgütüne sızması halinde, faaliyetin sınırlarının belli olması ve suça eşlik etmekten öte bir fonksiyonun olmaması gerektiği yönünde karar vermiştir. Mahkemeye göre, bir suçun polis olan kimse tarafından kışkırtılması halinde adil yargılanmaktan söz edebilmek için, polis kışkırtması olmasaydı da suçun işleneceğine dair kesin kanıtların bulunması gerekir. Kışkırtıcı ajan, suça katılırken kışkırttığı süjenin bir anlamda hareket özgürlüğünü kısıtlamalıdır. Diğer taraftan, kışkırtılan süjelerin polis müdahalesinin söz konusu olmadığı son anda dahi suçtan gönüllü olarak vazgeçebilecekleri de ihtimal dahilindedir. Kışkırtıcı polis, kendisinin ilk bağlantıyı kurduğu kışkırtılana uyuşturucu satacağını bildirmiştir. Mahkeme bu kararında, kışkırtıcı polis olan Alman görevlinin davranışını adil bulmamıştır (Calabro, İtalya ve Almanya'ya karşı davası)¹²¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, bazı koşulların bulunmaması durumunda faili suça yönlendiren davranışlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenmiş olan adil yargılanma hakkını ihlal edeceği yönündeki iki kararının göz önünde bulundurulması halinde dolaylı olarak gizli görevlinin kışkırtıcı fiillerinin bazı durumlarda hukuka uygun olabileceğini de kabul etmiş bulunduğundan söz etmek olanaklıdır. Kışkırtmanın hukuka uygun kabul edilmesi için, zaten var olan bir soruşturmaya yönelik olması gerekir. Mahkemeye göre, kışkırtmadan önce var olan şüphelerin bazı kişiler üzerinde yoğunlaşmış olması yani bir başlangıç şüphesi

¹¹⁹ 9.6. 1998 tarihli karar için bkz. Nuala Molo-Catharina Harby, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz** (Almanya: İnsan Hakları Kitapçıkları dizisi no. 3, Avrupa Konseyi Yayını, Çeviren belirtilmemiş, 2001.), s. 93-94; Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı** (İstanbul, Beta Yayınevi, 2002), s. 278; Gemalmaz, s. 411-412.

¹²⁰ Karara ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. Özbek, **Gizli Görevli**, s. 170.

¹²¹ 21.3. 2002 tarihli karar için bkz. Sardo, **Aspetti Processuali**, s. 160.

bulunmalıdır. Ancak, söz konusu şüphelerin giderilmesi için kışkırtıcı ajan kullanılabilir. Diğer taraftan kışkırtıcı ajan ancak adli makamın bilgisi dahilinde faaliyet yürütebilir, tedbire mahkeme karar vermeli, denetimi altında tutmalı, kışkırtıcı ajan fiilin icrası sırasında görevlendirildiği sınırlar dışına çıkmamalıdır¹²². Mahkemeye göre katılma, her zaman maddi şekilde olmak zorundadır. Yasal kabul edilebilecek katılma hiçbir zaman manevi katılmayı kapsamaz¹²³.

Kolluk görevlisi olan kışkırtıcı ajanın, suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişilerden yani asıl fail olması, kışkırtılana suçu gerçekleştirmesi bakımından başka türlü asla elde edemeyeceği bir aracı kendisine ait yasal veya yasal olmayan kanalları kullanarak sağlaması, kışkırtılan faile suça katılması için para vermesi, üçüncü bir kişinin suça katılmasının sağlanması halinde kışkırtılanın lehine yargılama yapılacağı hatta ceza verilmeyeceği sözünü vermesi, kışkırtılanla çok özel güven ilişkisine girerek onunla duygusal bir bağ kurmuş gibi yapması¹²⁴ varsayımlarının hepsinde polisin davranışları gayri dürüştür. Bu durum, birey devlet ilişkisinin sağlıklı bir şekilde kurulmasını engeller. Kışkırtılanın kusurluluğunun belirlenmesinde, bu şekilde hileli taktiklerle elde edilmiş deliller kullanılmazlar. Söz konusu varsayımlar diğer taraftan adil yargılanma hakkını doğrudan etkileyen ihlaller olarak görülürler ve AIHS'ye de aykırılık oluştururlar¹²⁵.

¹²² Özbek, **Gizli Görevli**, s. 186; Sardo, **Aspetti Processuali**, s. 160.

¹²³ Sardo, **Aspetti Processuali**, s. 161.

¹²⁴ Kışkırtıcı ajan insanlar arası temel güven ilişkisini bertaraf edecek şekilde davranamaz. Bu konuda Almanya Verden Eyalet Mahkemesi, kışkırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olduğu bir olaya ilişkin yargılamada düşme kararı vermiştir. Bu olayda kışkırtıcı ajanın davranışları “aşırı” olarak tarif edilmiştir. Kışkırtıcı ajan, kışkırtılanın metro yolculuklarında değişmez yol arkadaşı haline gelmiştir. Yol arkadaşına çok karmaşık ve özel olduğunu iddia ettiği evlilik sorunlarını anlatarak, kışkırtılanı suça duygusal olarak ortak etmiş ve neticede kışkırtılanı kendisi için bir miktar uyuşturucu madde almaya ikna etmiştir. 27.10.1981 tarihli karar için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 150.

¹²⁵ Erem'e göre, polisin kışkırtıcı ajan kullanarak suçu ortaya çıkarması başarı olarak değerlendirilmemelidir Ajan kullanmak dürüst işlem ilkesi ile bağdaşmaz. Adli polisin ne tür işlemler yapabileceği kanunla saptanmalı ve kışkırtıcı ajan tanımı kanunda yapılarak, adli polisin kışkırtıcı ajan faaliyetinde bulunamayacağı hükme bağlanmalıdır. Bkz. Erem, **Kışkırtıcı Ajan**, s. 15. O halde Erem'e göre polis hiçbir şekilde kışkırtma faaliyetinde bulunamayacaktır. Bulunması durumunda dürüst işlem ilkesine aykırı hareket etmiş olacaktır; Hukuk devletinde, bir kimseye suç işleme kararı aldırarak veya suça teşvik ederek suçu ortaya çıkaran görevli, suça azmettiren veya yardım eden olarak cezalandırılmalıdır. Aksi, keyfiyete yol açarak, hukuk devleti ilkesinin ihlaline yol açar. Bkz. Şen-Yurttaş, **a.g.m.**, s. 26.

Kışkırtıcı ajan, insanlar arası temel güven ilişkisini bertaraf edecek şekilde davranamaz. Sonuç olarak kolluk görevlisi kışkırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olduğu durumlarda, eğer müdahale “adil yargılanma hakkı”nı ihlal eder nitelikte ise, kışkırtılanın aleyhinde kullanılabilecek başkaca bir delil yoksa cezalandırılmaması gerekir.

4.3.2.2. Kışkırtılanın Cezasının İndirilerek Verilmesi Yaklaşımı

Kışkırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olduğu hallerde, kışkırtılanın cezalandırılacağı kural olarak kabul edilmesi durumunda ya genel bir neden olarak kışkırtmanın varlığı, kışkırtılanın cezasında bir indirim nedeni olarak, ya da temel cezanın belirlenmesi bakımından dikkate alınabilir. O halde, TCK’nın 61. maddesinin, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak hususları düzenleyen 1. fıkrasının (a) bendinde yer alan “suçun işleniş biçimi” konusunun kışkırtma bakımından ele alınması gerekebilir.

4.3.2.2.1. Temel Cezanın Belirlenmesinde Kışkırtmanın Dikkate Alınması

Kanunda suçun unsuru ya da ağırlatıcı ya da hafifletici nedeni olarak gösterilmemiş olması durumunda suçun işleniş biçimi, cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulur. Örneğin, mağdurun suçun işlenmesini kolaylaştırması cezanın takdirinde sanığın lehine etki eden hallerdendir¹²⁶.

İtalyan uygulamasında, kışkırtılanın cezasının indirilerek verildiği kararlara rastlamak olanaklıdır. Bu kararların dayandığı İCK’nın “genel indirim nedenleri” adını taşıyan 65. maddesinin beşinci fıkrasına göre, failin neden olduğu neticeye, mağdurun kasıtlı davranışıyla katılması halinde, suçun cezası indirilerek verilir. TCK’da genel indirim nedenleri adı altında bir madde bulunmamasına rağmen, özellikle temel cezanın belirlenmesinde suçun işleniş biçiminin dikkate alınacağının hükme bağlanmış olması sebebiyle (TCK m. 61), kışkırtıcı ajanın müdahalesi, kışkırtılanın cezasının takdirinde sanığın lehine etki eden bir neden olarak dikkate alınabilir. Özellikle kışkırtıcı ajanın

¹²⁶ Centel-Zafer-Çakmut, **a.g.e.**, s. 588.

kurmaca alıcı ve görünüşte kurban olarak suça katıldığı varsayımlarda, mağdur rolünde bulunan kışkırtıcı ajanın suçun işlenmesini kolaylaştırdığı düşünülebilir.

Söz konusu indirim nedeninin uygulanabilmesi için mağdurun bilinçli ve iradi davranışı suçun nedeni olmamakla birlikte hukuka aykırı olmalıdır. Mağdurun tutumu ya neticenin ortaya çıkması ya da neticenin ağırlaşması bakımından etkide bulunmalıdır¹²⁷.

“İndirim modeli” şeklinde tanımlayabileceğimiz görüşü savunanlara göre kışkırtılanın cezalandırılması bakımından herhangi bir kuşkuya yer yoktur. Ortada tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış bir suç vardır ve kışkırtılanın bu tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış suçtan dolayı cezalandırılması gerekir. “Satıcı” amacına ulaşamamıştır. Alıcı kılığında davranan “kurmaca alıcı”, satıcının malını gerçekte satın almamıştır. Ancak suçun maddi konusunun gerçekleşmesi bakımından bir eksiklik yoktur. Satıcının iradesi doğrultusunda gerçekleşen fiiliyle, suç onun açısından gerçekleşmiştir¹²⁸.

Roma İstinaf Mahkemesi’nin vermiş olduğu bir kararda, “fictus emptor olarak bir malı satın almak, kışkırtılanın cezalandırılmayacağı sonucunu doğurmaz, ancak lehine indirim nedenleri uygulanabilir” denmektedir¹²⁹. Uygulamanın söz konusu yönlenişi, öğretide *Malinverni* tarafından savunulmuştur. *Malinverni*’ye göre, “kışkırtıcı ajanın davranışı cezayı indiren bir neden olarak dikkate alınmalıdır”¹³⁰.

¹²⁷ Minerva, **a.g.e.**, s. 614.

¹²⁸ (Cass. Penale Sezz. III, 29.12. 1953), Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 82.

¹²⁹ “Ajanın, yaygın bir şekilde ifade edildiği üzere kışkırtıcının davranışları, neticenin ortaya çıkması bakımından nedensel bir katkı ortaya koyuyorsa, pasif kişinin devlet olduğu suçlar bakımından, durumun yasanın ruhuna uygun olduğu ve söz konusu kimsenin davranışının norma uyduğu söylenemez. Bilindiği üzere pasif süjenin neticenin ortaya çıkması bakımından ortaya koymuş olduğu kasti fiili, hileli davranış gizleyici, bilinçli ve iradidir. Söz konusu irade doğrudan bir şekilde neticeyi elde etmeye yönelmiştir. Eğer bir kamu ajanı, kışkırtıcı ajan kimliğiyle ortaya çıkarsa, bu kimse aslında devletin iradesini ortaya koymaktadır. Aynı insan (kışkırtıcı ajan) işlemiş olduğu fiille devleti pasif süje haline getirmektedir.” (Roma İstinaf Mahkemesi, 22.12. 1955), Arnaldo Bracci, “Osservazioni sul reato di detenzione di stupefacenti e in particolare sull’azione dell’agente provocatore come fatto doloso della persona offesa, ai fini dell’attenante di cui all’art 62. n.5 c.p.”, **Giustizia Penale**, 1957, Fasc. II, s. 65 vd; Karar için ayrıca Bkz. Minerva, **a.g.m.**, s. 616, dpn 18.

¹³⁰ Alessandro Malinverni, “Circostanza dell’ Reato”, **Enciclopedia Del Diritto vol VII**. Milano 1960, s. 91.

Kışkırtıcı ajanın varlığının kışkırtılan bakımından cezadan indirim nedeni olarak dikkate alınması yaklaşımı, öğreti ve uygulamada istisnai örnekler dışında destek görmemiştir. Nitekim kışkırtıcı ajanın, kurmaca alıcı olduğu durumlarda (özellikle uyuşturucu alım-satımlarında), devletin yegâne pasif süje olduğundan söz etmek doğru değildir. Daha ziyade suçun konusu uyuşturucu trafiğinin tehlikeye düşürmüş olduğu kamu sağlığı ve belirsiz sayıda insanlardır. Kışkırtıcı ajan aracılığıyla devlet, önlem almak üzere başkasının aleyhine olabilecek bir durumu engeller. Diğer taraftan devletin pasif süje olduğu suçlar bakımından da¹³¹ (örneğin devlete karşı işlenen suçlar) kışkırtıcı ajan müdahalesinin bir indirim nedeni olarak kabul edilmemesi gerekir. “Bizzat devletin temsilcisi ve memuru olarak kışkırtıcı ajanın müdahalesiyle suç ortaya çıkmıştır. Bu halde, kışkırtıcı ajan aktif süje rolünü üstüne alıyorsa, yani suça iştirak ediyor ve suç muhtemelen devlete karşı işleniyorsa, kışkırtıcı ajanın kastının bulunmaması suçun ortaya çıkmasını engellemez. Kışkırtıcı ajan suçun işlenmesinde bizzat şerik olarak devlete zarar verdiğiinden, söz konusu indirim nedeninin kışkırtılan kişi bakımından uygulanması olanaklı değildir”. Ayrıca, söz konusu indirim nedeni çift taraflı çok failli suçlarda uygulanamaz. Çünkü bu suçlarda taraflardan birisinin mağdur olduğu söylenemez¹³². Kışkırtıcı ajan müdahalesini yasal bir çerçevede gerçekleştiriyorsa, özellikle uyuşturucu alım satımında alıcı kılığında davranıyorsa, bir indirim nedeni olarak uygulanması söz konusu değildir. “Kurmaca satın alma, yasadışı uyuşturucu trafiğini ve faillerini ortaya çıkarmak bakımından, yasa koyucunun öngörmüş olduğu bir araştırma enstrümanıdır. Kışkırtıcı ajanın hareketi neticenin ortaya çıkması bakımından, nedensel katkı olarak nitelendirilemez. Bu nedenden dolayı, faillerin lehine, mağdurun katılımından ötürü indirim yapılması söz konusu değildir¹³³”

Bize göre, kışkırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olduğu hallerde, fiile ilişkin bir neden olarak suçun işlenişini mağdurun kolaylaştırmasının temel cezanın belirlenmesinde sanığın lehine etki eden hal olarak kabul edilmesi doğru olacaktır. Zira

¹³¹ Kişilere ait menfaatler dışında devletin kolektif menfaatlerini ihlal eden fiiller doğrudan doğruya devlet aleyhine işlenmiş kabul edilir. Devlet bu durumda bazı suçların dolaylı bazı suçların ise doğrudan pasif süjesidir. Suçun Pasif süjesi hakkında bkz. Nevzat Toroslu, **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1970), s. 174 vd.

¹³² Minerva, **a.g.m.**, s. 615.

¹³³ (Roma İstinaf Mahkemesi, 21. 3. 1997), Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 117.

kural olarak sadece kamu görevlisi olan kışkırtıcı ajanın bazı müdahaleleri bakımından kışkırtılan cezasız kalabilirken, özel kişi kışkırtıcı ajanın suçun işlenmesine müdahale etmesi halinde hem kışkırtıcı hem de kışkırtılan gerçekleşen suçun cezasına çarptırılırlar. Ancak özel kişi kışkırtıcı ajanın suça müdahale etmesi, suçun işlenmesini kolaylaştırmak şeklinde ortaya çıkmışsa kışkırtılanın cezasının tayininde bu durumun dikkate alınması gerekir¹³⁴. Aynı şey, polis kışkırtmasının muhatabı olan kişinin suç işlemesi durumunda da geçerli olmalıdır. Yeter ki, kışkırtma, hukuka aykırı olmasın, kışkırtılanın iradesini etki altında bırakır düzeye ulaşmamış olsun. Bu hallerin varlığı halinde kışkırtılana ceza verilmemesi gerekir.

4.4. Kışkırtılanın Cezai Sorumluluğu Konusunda Uygulama Örnekleri

Yaygın uygulama örneklerine göre kolluk kuvvetleri tarafından yapılan kışkırtmalarda kışkırtıcı cezalandırılmamaktadır. Kışkırtmanın amacı “failin suçunu ispatlamak” olduğuna göre, kışkırtıcı olarak görev yapan polisin amacı etkili bir ceza takibatı yapılabilmesini sağlamaktır¹³⁵. Öyleyse, kışkırtılanın sorumluluğu konusunda bir tereddüt yaşamamak gerekir. Uygulama ağırlıklı olarak kışkırtılanın ceza sorumluluğunun bulunduğu yönünde kararlar vermiş olsa da, seyrek olarak kışkırtılanın cezasının indirilerek verilmesi gerektiği ve hatta cezalandırılmaması gerektiği şeklinde kararlara da rastlamak olanaklıdır.

4.4.1. Kışkırtılanın Cezai Sorumluluğunun Tam Olduğu Yaklaşımı

Fransız uygulamasında¹³⁶, bazı istisnalar hariç olmak üzere kışkırtılanın cezai sorumluluğunun olduğu kabul edilmiştir. Fransız uygulamasına göre, gerek maddi ve gerekse manevi açıdan kışkırtılan kimsenin suçtan bağımsız olarak düşünülmesi olanaksızdır. Suça bir şekliyle “yönlendirilmiş” olması yani suça kışkırtıcı ajanın katılmış olması, asıl failin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmak için yeterli değildir.

¹³⁴ Özel kişi kışkırtıcı ajanın yaptığı kışkırtma bakımından, kışkırtılanın lehine yorumlanabilecek tek olasılık, kışkırtıcı ajanın mağdur olarak suçun işlenmesini kolaylaştırmış olmasıdır. Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 422.

¹³⁵ Özbek, **Gizli Görevli**, s. 104.

¹³⁶ Kışkırtıcı ajan bakımından Fransız uygulamasının neredeyse bir case-law (içtihat hukuku) örneği ortaya koyduğu söylenir. Bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 43.

Yeter ki, kışkırtılan “özgür iradesi” ile hareket etmiş olsun¹³⁷. Kuşkusuz, kışkırtılan, kışkırtıcı ajan tarafından suça yönlendirilmiştir. Ancak kışkırtıcı ajanın suça katılımı, asıl fail olan kışkırtılanın cezai sorumluluğunu etkilemez. Kışkırtıcı ajanın, müdahalesinin suçun ortaya çıkması bakımından sadece bir fırsat yarattığı durumlarda kışkırtılanın cezai sorumluluğunun bulunduğu kabul edilir¹³⁸.

Kışkırtıcı ajanın müdahalesi sonucunda kışkırtılanın hareketinin elverişsiz hale gelmeyeceğini savunanlara göre, işlenemez suç hipotezi bakımından hareketin elverişli olup olmadığı belirlemesi, icrasına başlanılan hareket ulaşılmak istenen neticeye göre yapılmalıdır. Elverişsizlik tespiti için istenen neticenin mutlak olarak gerçekleşmesinin olanaksız olması gerekir. Elverişsizlik tespitinin *ex post* yapılması halinde, neticenin ortaya çıkmadığı her somut olayda hareket bakımından elverişsizlik tespiti yapılır hale gelir. Kışkırtıcı ajanın faaliyeti ve polis müdahalesi dıştan gelen etkilere ve suç işleyenin davranışına nedensel şekilde tesir etmez. O halde suçlu tarafından tamamlanmış olan hareketlerin neticeyi meydana getirebilmeleri bakımından nedensel etkileri ortadan kalkmış değildir. Ortaya çıkan netice her ne ise, kışkırtılanın bu neticeden sorumlu olması gerekir¹³⁹.

4.4.2. Kışkırtılanın Cezasının İndirilerek Verilmesi Gerektiği Yaklaşımı

Fransız uygulamasının genel yönelişi, kışkırtılanın cezai sorumluluğunun tam olduğu şeklindeyken, kışkırtılana, işlediği suçun cezasının indirilerek verildiği kararlara da rastlanılmaktadır. Kışkırtılanın özgür iradesi ile hareket etmiş olması kaydıyla, suçun işlenmesinde polis kışkırtmasının bulunması, kışkırtılanın cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Ancak kamu ajanının kışkırtmasının, failin lehine ortaya çıkmış hafifletici

¹³⁷ Kışkırtılanın işlenen fiilden dolayı, cezai sorumluluğunun bulunduğu dair çok sayıda karar bulunmaktadır. “Yasal olmayan şekilde fiyatı artırılarak satılan soğanın, fahiş fiyatının ortaya çıkarılması için zabıtalara kimliklerini saklayarak, müşteri kılığında alışveriş yapmaları durumunda, pazarcının cezai sorumluluğu tamdır.” (Fransız Temyiz Mahkemesi, 3 Mart 1944); “Kışkırtıcı polis, katkısını hazırlık hareketleriyle sınırlandırıp, şüpheliyi hiçbir şekilde suça yönlendirmediği halde suç işlenmişse, failin cezai sorumluluğu tamdır.” (Fransız Temyiz Mahkemesi, 3 Aralık 1952), De Maglie, **a.g.e.**, s. 34.

¹³⁸ “Uyuşturucu tacirinden, uyuşturucu kullanıcısı kılığına girilip uyuşturucu satın alınması durumunda, uyuşturucu satıcısı gerçek bir ‘müşteriye’ uyuşturucu sattığı inancıyla hareket etmişse, yasadışı uyuşturucu satma suçunu işlemiştir” 1979 tarihli karar için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 34.

¹³⁹ (Cass. Penale Sezz. I, 15.12.1974), Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 83.

bir neden olarak görülmesi gerekir¹⁴⁰. Sadece kışkırtıcı ajanın kullanılmış olması, kışkırtılan bakımından cezada bir indirim nedeni olarak görülecektir. *Fictus emptor*'un davranışı hileli olmasa bir kurguyu hayata geçirmese dahi, sadece bizzat kendisinin işin içinde olması hafifletici bir neden olarak kabul edilmiştir¹⁴¹.

Başka bir yaklaşıma göre kışkırtılanın cezasında indirime gidilmesi doğrudur. Ancak bunun nedeni olarak sadece kışkırtmanın bulunmuş olması gösterilemez. Aynı zamanda kışkırtılan kimsenin sübjektif durumunun esas alınması da gerekir. Zira kışkırtma savunmasız ve kolay etki altında kalabilir birisine yönelik olarak yapılmışsa, (örneğin kışkırtma, okuma yazması olmayan işsiz bir kimseye yönelmişse) ve işin içine ivedilik katılmışsa ortaya çıkan sonuç bakımından bir “anlaşma suçunun” olduğunu kabul etmek pek zordur. Böyle bir durumda olan kimsenin “irade özgürlüğü” tartışmalı olduğu gibi, kışkırtıcı ajanın katkısı ile ancak suç tamamlanmıştır. İşte bu durumda fiilî bir hafifletici nedenin olduğunun kabul edilmesi lazım gelir¹⁴².

Fransız uygulaması, kışkırtılanın cezai sorumluluğu konusunda zaman zaman bir diğerini inkâr eden kararlar vermiştir. Nitekim, içerisinde kışkırtıcı ajanın söz konusu olduğu her kararda sorunsalın tarifinde yaşanan güçlükler gün yüzüne çıkmaktadır. Söz konusu kararlarda kışkırtılan, karşı koyamayacağı talihsiz bir durumun neticesinde zaaflarına ilişkin bilgileri ortaya koyan ancak, davranışının ihlal edici –yasadışı- bir özünün olmadığı kabul edilen kimsedir. Bir adi suçlunun yaptığını yapmamıştır (yapmış olsaydı kışkırtmaya gerek kalmazdı). Bu bağlamda kışkırtılan cezadan ziyade hoşgörüyü, bağışlanmayı hak eder. Zira, hileli şekilde yaratılmış olan duruma bir nevi iteklenmiştir. Suçun ortaya çıkmasına tek neden olarak kendisi değil aynı zamanda da kışkırtıcı ajan neden olmuştur. Bundan dolayı Fransız uygulaması, kışkırtılanın cezai sorumluluğunu belirlerlerken bazı tereddütler yaşamıştır. Kışkırtılan, herhangi bir suç işleyen değildir. Kışkırtılan, kişisel zaafına ilişkin delilleri bizzat ortaya koyandır. Kural

¹⁴⁰ “Yasadışı şekilde altın satışında, kışkırtıcı ajanın gerek maddi cebir gerekse manevi cebir kullanmamış ve devri sağlayacak hileye başvurmamış olması durumunda, sanıklar özgür iradeleriyle, herhangi bir kimseyle alışveriş yapar gibi davranmış olsalar dahi, sırf kışkırtıcı ajanın varlığından dolayı cezanın azaltılmasını gerektiren hafifletici bir neden mevcuttur. Bkz De Maglie, **a.g.e.**, s. 35.

¹⁴¹ Roma Temyiz Mahkemesi'nin 22.12.1955 tarihli kararı için bkz. Sardo, **Applicazione Giurisprudenziale**, s. 83.

¹⁴² 1943 tarihli karar için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 36.

olarak sıradan bir suçlunun yaptığını yapmamış, yani “kendiliğinden” harekete geçmemiştir. Kışkırtılan hileli bir şekilde ortaya konulmuş bir senaryonun içine oyuncu olarak sürüklenen kimsedir¹⁴³.

Alman uygulamasında, kışkırtmanın “*cezanın belirlenmesinde esas alınabileceğini kabul eden çözüm yolunu*” destekler nitelikteki kararlar bulunmaktadır. Bu kararlara neden olan içtihat, davaya bakan hakime bazen cezayı ağırlaştıran bir durumun göz önünde bulundurulmamasına, bazen de çok ağır olmayan bir suçta davanın düşmesine olanak verebilecek olması nedeniyle eleştirilmiştir. Kışkırtmanın sanığın lehine etki doğurması, sınırlı bir uygulama alanı bulmakla birlikte öğretilde çok sayıda taraftar bulmuştur¹⁴⁴.

4.4.3. Kışkırtılana Ceza Verilmemesi Gerektiği Yaklaşımı

Kışkırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olduğu suçlarda, kışkırtılanın cezalandırılmaması gerektiği yönünde ender kararlar daha ziyade 1930’lu yıllara aittir. “Başkasının aldatılmasıyla işlenen yasak fiil suç sayılmaz”. “Polis tarafından önlem alınarak, zanlının aldatılması yoluyla meydana getirilmiş olayda suç mahiyeti ve unsurları yoktur”¹⁴⁵. Yeni tarihli bazı kararların ancak karşı oy yazılarında, kışkırtıcı ajanın katkısı olmaksızın kışkırtılanın cezalandırılabilir hareketi ortaya çıkmayacağından, fail (kışkırtılan) yönünden işlenemez suç üzerinde durulması gerektiği savunulmaktadır. Ayrıca, bu karşı oy yazılarında, kolluk makamlarının suç işletmek değil, suçu önlemek zorunda oldukları vurgusu öne çıkmaktadır¹⁴⁶.

¹⁴³ Bkz De Maglie, **a.g.e.**, s. 36; Colombini, **a.g.m.**, s. 221.

¹⁴⁴ Bkz. Özbek, **Gizli Görevli**, s. 168–169. “...gizli görevli polisin uyuşturucu madde satışına alıcı olarak “yalandan” katılmış olması halinde bunun göz önünde tutulmayacağını; ancak, polis ajanının caiz olmayan fiili provoke eden davranışlarının sanık bakımından cezanın tayininde, cezayı önemli oranda indiren bir sebep olarak değerlendirilmesi...” 2 Aralık 1999 tarihli karar için bkz. Özbek, **Gizli Görevli**, s. 172.

¹⁴⁵ 18 Nisan 1938 tarihli ve 21/3-7 sayılı karar için bkz. dpn. 150.

¹⁴⁶ Kurul Başkanı ve bir üye, “Kışkırtıcı suçun işlenmesinden doğrudan doğruya fayda beklemeden ikramiye v.s. gibi kendine bir çıkar sağlamak için, bir kimseyi suça yönelten ve suç işledikten sonra da onun yakalanmasını sağlayan kişidir. Kolluk makamlarının görevi suç işletmek değil, suç işlenmesini önlemektir. Kışkırtıcı ajan kullanılması halinde fail yönünden “işlenemez suç” üzerinde durulmalıdır. Kışkırtıcının eyleme katılması olmaksızın, suçun işlenmesi olanaksız faillerin cezalandırılmasına karar verilemez. Olayımızda sanıkları suça iten ajan ile görevli memurlardır. Sanıklar görevlilerin talimatları ile hareket etmişlerdir. Onlara inanarak yapıcı davranışlara icrai hareketlere bağlanmışlar ve onların itmesi sonucu bu suçu işlemişlerdir. Suçun işlenmesi için gerekli ortam ve olanaklar sağlanmasaydı, sanıklar bu suçu işlemeyeceklerdi. Bu nedenle “işlenemez suç” hali bulunduğundan, sanıkların beraatlarına karar

İspanyol uygulamasına hakim olan yaklaşıma göre¹⁴⁷, kışkırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olduğu durumlarda, suçun gerçekleşme olasılığı yoktur. Neticenin gerçekleşme olasılığının olmadığı bir durumda ise ne kışkırtanın ne kışkırtılanın cezalandırılması söz konusu olur. Kışkırtılanın pozisyonunu esas alan uygulama, kışkırtılanın cezasız kalması nedeniyle kışkırtıcının da cezalandırılmaması gerektiği görüşündedir. Kışkırtılanın cezasız kalmasına yönelik geliştirilmiş çözüm, kendisine karma bir ölçütü esas almıştır. Bu ölçüt, subjektif ve objektif bazı nedenlerin kışkırtılan bakımından bulunmasını arar. İlk olarak cezalandırılabilir hareketten söz edebilmek için, bu hareketin herhangi bir baskı ve koşullandırma altında ortaya çıkmamış olması gerekir. Kışkırtıcı ajan, kışkırtılanın kişinin iradesini paralyze ederek, iradenin kendiliğindenliğine ve bağımsızlığına müdahalede bulunmuştur. Bu halde, cezalandırma için gerekli olan subjektif ölçütün varlığından söz edilemez. İkinci olarak ise söz konusu olan ölçüt kışkırtılanın “beraati” kararı bakımından bütün tartışmaları ortadan kaldırır. Kışkırtıcının işlenecek veya işlenen suça ilişkin kolluk kuvvetleriyle birlikte tedbir almış olması, suçların gerçekleşmesini imkânsız hale getirir. Gerçek işlenemez bir suçla, kışkırtıcı ajanın müdahalesi sonucunda işlenemez hale gelmiş olan suçu birbirinden ayırmak gerekir. Kışkırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olduğu işlenemez suçta entrika bir “mağdur” vardır. Gerçekte hukuk düzenine karşı yapılmış hiçbir saldırı yoktur. Sadece bir saldırı “illüzyonu” vardır. “İllüzyon bir suç”tan dolayı kışkırtılanın cezalandırılması söz konusu olamaz.

Söz konusu karara göre, kışkırtılanın koşullandırılmış iradesi yüzünden bağımsız hareket edememesi ve suçun tamamlanmasının engellemek üzere kışkırtıcı ajanın almış olduğu önlemler dolayısıyla işlenemez suçtan söz edilmesi, kışkırtılanın cezasız kalmasını sağlar. Ceza normunun koruduğu değere yönelik herhangi bir saldırıdan söz edilemez. “*Devlet etiği, (etica dello stato) gereği, ceza sistemi sosyal ihtiyaçlara ve genel ahlak kurallarının gereklerine uygun olmak zorundadır. Genelde ceza sistemi ve özelde ceza yasaları, suça eğilimli yurttaşlarının düşüncesinden olumsuz örnekleri*

verilmelidir...”diyerek karşı oy kullanmışlardır., (CGK., E. 1990/5-134, K. 1990/161, T. 4.6.1990, Kazancı). CGK’nın, 21,12. 1987 yılında vermiş olduğu başka bir kararda kurul başkanı ve bazı üyelerin benzer içerikteki karşı oy yazıları için bkz. Savaş- Mollamahmutoğlu, **a.g.e.**, s. 881.

¹⁴⁷ İspanyol uygulamasında kışkırtma faaliyetinin cezai sonuçları açısından belirleyici olan 22 Haziran 1950 tarihli karar ve bu kararı takip eden benzer kararlar için bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 73-77.

uzaklaştırmak, kişilerin suç işlemelerini engelleyecek toplumsal projeler geliştirmek zorundadır. Devlete düşen, benzeri girişimlerin bireylerin cezalandırılabilir hareketleri yapmasına neden olduğu, onları suç işlemeye yönlendirdiği, cesaretlendirdiği veya suç işleme eğilimlerini güçlendirdiği iddia edilse bile, kuşkusuz budur”¹⁴⁸.

Alman Federal Mahkemesi Birinci Ceza Dairesi 1981 yılında verdiği bir kararda, kışkırtıcı ajanın etkide bulunmak yoluyla faili suç işlemeye yönlendirerek ceza takibatına maruz bırakmasının sanığın lehine etki gösteren bir “muhakeme engeli” olarak kabul edilebileceğini belirtmekle birlikte somut olay bakımından sanıkta suç işleme düşüncesinin, kışkırtıcı ajanın müdahalesinden önce zaten mevcut olduğundan kabul etmemiştir. Ancak aynı mahkeme daha sonraki kararlarında kışkırtmanın sadece cezanın belirlenmesi noktasında dikkate alınabileceğine karar vermiştir¹⁴⁹.

4.4.4. Kışkırtılanın Cezalandırılıp Cezalandırılmayacağı Somut Olaya Göre Belirlenmelidir Yaklaşımı

Bu başlığı oluşturmamızın nedeni 1938 tarihli İBGK kararıdır¹⁵⁰. Genel Kurul, temel olarak başkasını aldatarak işlenen yasak fiillerin suç olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığını tartışmıştır.

1936 yılına kadar, 1925 tarihli ve 677 sayılı “*Tekke ve Zaviyeler ile Türbelerin Kapatılmasına ve Türbedarlar ile Bazı Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun*” un özellikle falcılık, büyücülük, üfürükçülük gibi faaliyetleri cezalandıran 1. maddesine aykırı davrananların, gizli polis (kışkırtıcı ajan) marifetiyle ortaya çıkarılarak cezalandırılması, kabul görmüş bir uygulama olarak devam etmekteydi. 1936 yılından itibaren Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, ilgili özel dairelerde verilmiş onama

¹⁴⁸ İspanyol Yüksek Mahkemesi’nin 22 Haziran 1950 tarihli kararından; bkz. De Maglie, **a.g.e.**, s. 77.

¹⁴⁹ 6.2.1981 tarihli karar için bkz. Özbek, **Gizli Görevli**, s. 168.

¹⁵⁰ YİBGK E. 6, K. 1938/4, T. 18.05.1938, Orhan Dursunkaya, **Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları (ceza) I, 1927-1940** (Ankara: B. 2, Yargıtay Yayınları, 1984), s. 421-427; Bu karardan oldukça ayrıntılı bahsetmemizin iki temel nedeni var: Birincisi, meseleyi kışkırtılan açısından değerlendiren, bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla kıta Avrupa’sı hukuk sistemleri içerisinde ilk kararlardan olması, ikincisi ise, kışkırtıcı ajan gibi suç siyasetinin merkezinde olan bir konuya ilişkin, -her ne kadar kararda doğrudan tanımlama yapılmamış olsa da-, leh veya aleyhte görüşlerin, kışkırtıcı ajan figürüne yönelik tartışmaları da içerir şekilde ortaya konulmuş olmasıdır.

kararlarına karşı, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nda itiraz yoluna gitmeye başladı. Suçun, polisin aldatması sonucu işlenmiş olmasını temel itiraz olarak ortaya koydu. Başsavcıya göre aldatma sonucu suçun işlenmiş olması cezaya esas oluşturamazdı. CGK'da itiraz doğrultusunda karar vererek mahkûmiyet kararlarını bozmaya başladı. Gerekçe, itiraz nedeniyle aynıydı: *“Başkasının aldatılmasıyla işlenen yasak fiil suç sayılmaz. Polis tarafından önlem alınarak, zanlının aldatılması yoluyla meydana getirilmiş olayda suç niteliği ve suçun unsurları yoktur”*.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın itirazına konu olan olayların ilkinde, polis merkezi, hukuk eğitimi almış iki kadın memurunu, falcılık ve büyücülük yaptığından kuşkulanan kişilerin evine yollar. Kimliklerini saklayan kadın görevliler, eşleriyle aralarının açıldığını söyleyerek kendilerinin fallarına baktırır, kendilerine nüsha yazdırır ve büyü yaptırırlar. Kolluk kuvvetleri, gerekli önlemleri daha önceden aldığı halde evi basar, falcıları suçüstü yakalar ve suçta kullanılan araçlarla birlikte falcıları adliyeye sevk eder. İkinci olayda ise, falcı, kimliklerini saklayan polislerin, (polislere, polis olmadıkları ve kendisini ele vermeyecekleri hususunda yemin ettirdikten sonra), fallarına bakar.

Yargıtay, Başsavcısı'nın itirazları ve CGK'nın itirazları doğrultusunda kararlar vermesi üzerine konu İBGK'nın önüne gelir. Özel daire başkanı sözlü açıklamasında, dairenin ilk gelen işten itibaren söz konusu tespit ve takip tarzı üzerinde durduğunu söylüyor. Kullanılan yöntemin uygunluğu noktasında duyguları ile düşüncesi arasında çatışma yaşamaktan halsiz kaldığını, fakat neticede düşüncenin baskın geldiğini ve sanıkların kanun çerçevesinde cezalandırıldıklarından bahseder. Başkan sözlü açıklamasına devamla, *başkasının aldatma içeren yönlendirmesiyle suç işleyen kimsenin cezasız kalacağı yönünde hiçbir hüküm kanunda bulunmamaktadır. Söz konusu durum ne hukuka uygunluk nedeni olarak ne de kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kanunda düzenlenmiştir. Memurların kimliğini saklayarak fal baktırmak istemesi, ikna ve hatta aldatma olarak değerlendirilemez. Memurun kimliğini saklamasının, failin iradesini ortadan kaldırmak bakımından etkisi yoktur. An itibariyle asıl faili, o zamana kadar yapmadığı bir işe de yönlendirmiş değildir. Bu adeta kaçak malzemeleri satan bir kişiden, bir memurun kimliğini saklayarak o maddeleri satın alması gibidir. Biri neyse,*

diğeri de odur. Kaçak malzemeyi satın alan memur, diğeri suça yönlendirmiş değildir. Sadece kaçakçı ile sıradan bir kişi gibi ilişkiye girmiştir. Sıfatını saklaması gayet doğaldır. Saklamasa, istediğini yaptıramaz. Falcılık yapan, ‘hayır ben bu işi yapmam’ demiş olsaydı memur bu işi ona zorla mı yaptıracaktı? Kuşkusuz hayır. Sıfatı saklamak failin iradesinde nasıl bir etki yapmış olabilir. O halde aldatmadan da söz edilemez. Aldatma, seçim özgürlüğünü veya iradeyi az veya çok gideren, failde asla yapmadığı bir fiil bakımından suç işleme kararını uyandıran hilelerde söz konusu olabilir...Memurun hareketinin irade üstünde az veya çok etkili olduğunun kabulü durumunda dahi varılacak sonuç değişmez. Failin suça yönlendirilmiş olması, zihninde suç işlemek kararının uyandırılması, onu cezasız kalmasını sağlamaz. Olsa olsa memur, söz konusu suçun faili haline gelir...Bizim devam arz eden falcılık faaliyetlerinde polisin müdahalesini uygun bulmamızın nedeni suça dair delil elde edebilmektedir... Polisin müdahalesinin olduğu fiilleri suç olarak kabul etmek olanaklı mıdır”

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı sözlü açıklamasında, “belirlenmesi takdire dayanan olgular bakımından içtihatı birleştirmeye gidilmeye gerek yoktur. Sorun, kanun uygulamasına ait olmayıp, olayların içeriğinin takdiridir. Takdire dayanan işlerde içtihat birleştirmesi yoluna gidilmesi doğru değildir” demiştir.

Genel kurula göre ise takdire dayanan işlerde kesin bir içtihat olamaz.Ancak somut olaylarda, suç nitelik ve unsurları itibariyle mevcut değildir. Zira falcılığa dair elde edilen delillerin belirsiz olması hükmün bozulmasını gerektirmiştir.

Bize göre, İBGK “kışkırtıcı ajanın” müdahalesinin söz konusu olduğu fiillerde, her somut olayın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğinden bahsetmekle beraber, suç tespitinin yapılabilmesi için kışkırtıcı ajan müdahalesi dışında elde edilmiş delillere de gerek olduğu vurgusunu yerinde yapmıştır.

SONUÇ

Tarihsel bir figür olarak kışkırtıcı ajan, suç işleyen kişidir. Bu anlamda kışkırtıcı ajan, “hileli bir davranışı” ile suça katılan ve bu davranışla kışkırtılanı ayartarak suç işleten kimsedir. Kışkırtıcı ajan, başkasını suça yönlendirirken, amacı yönlendirdiği kimsenin suçüstünde yakalanması ve cezalandırılmasıdır. Kışkırtıcının amacı, kışkırtılanın suçla ulaşmak istediği her neyse, onun karşıtı olan şeydir. Uzun yıllar öğreti ve uygulama, yasa koyucuların da konuya ilişkin herhangi bir tasarrufta bulunmamalarından hareketle, kavramı ceza hukukunun genel kısmının bir meselesi olarak ele almıştır. Kullanılan terminolojiye, bu anlamda genel kısmın terminolojisi hakimdir. Bir anlamda öğreti ve uygulamanın kavrama ilişkin fiilî bir kodlaştırma çabasına girdiği söylenebilir. Ancak kışkırtıcı ajan müdahalesini yasal hale getiren örneklerin ortaya çıkmasıyla ceza hukukunun özel kısmının terminolojisine ve hukuk devleti, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi başlıklarıyla da ceza yargılaması hukuku terminolojisine atıflarda bulunulurken, figürün faaliyet sahası ve sınırları belirlenebilir hale gelmiştir.

Kışkırtıcı ajan kavramını, Fransız mutlakiyet döneminde kazandığı önemden hareket ederek bu döneme özgü kabul etmek ve o dönemin kışkırtıcı ajandan anladığıyla kurumu açıklamaya çalışmak hata olur. Kışkırtıcı ajan figürüne bütün zamanlar ve mekânlarda farklı amaçlarla ve farklı kaygılarla da olsa rastlamak olanaklıdır. Elbette otoriter rejimlerin hüküm sürdüğü dönemlerde, gizli polislerin ve muhbirlerin sayıları artar. Bu durum kışkırtıcı ajanın varlığına ilişkin tartışmaların da çoğalmasına yol açar. Çoklukla otoriter, despotik rejimler, ilk olarak kendisine muhalif olanları ortaya çıkarmak ikinci olarak da muhalifleri mevzuata göre cezalandırmak noktasında olabilecek sıkıntıları aşmak üzere kışkırtıcı ajana başvururlar. Ancak demokratik sistemlerde de özellikle ortaya çıkarılması zor olan tehlikeli suçlarla mücadelede figüre sıklıkla başvurulmaktadır. Muhaliflerin, yasalara karşı gelmediği ancak bir yandan da iktidar için tehlike oluşturdıkları için pasifize edilmeleri ve

toplumsal haklılıklarını kaybettirmek veya başka bir siyasal gerekçeyle (örneğin toplumdaki güvenlik kaygısını artırmak yoluyla iktidarı güçlendirmek amacıyla) suça kışkırtılmaları durumunda, onları suça kışkırtanların iştirak hükümleri doğrultusunda cezalandırılmaları gerekir. Figürün tek kullanılma nedeni suça mücadelede bir taktik araç olmasıdır, yoksa muhalifleri etkisiz hale getirmek ve siyasal iktidarı güçlendirmek değil.

Kışkırtıcı ajan kavramından ne anlaşılması lazım geldiğine dair ceza hukuku öğretisinde ve uygulamasında bir görüş birliği bulunmamaktadır. Kavramı, yasal çerçeve içersine alan örneklerde dahi yeknesak bir pozisyon yoktur. Kışkırtıcı ajanın tanımı, içinde yaşanılan dönemden ve pratik zaruri gereksinimlerden bağımsız olarak yapılamaz. Değişik olasılıkların bir araya gelmesinden oluşan kavrama ilişkin olarak ortaya çıkan sorunlar da farklı özellikler göstermektedir. Sorunun özünü suç siyasetine ilişkin tartışmalar oluşturmaktadır.

Kışkırtıcı ajan, Avrupa ceza hukuku sistemlerinde daha ziyade dönemsel bazda tartışılmıştır. İçinde bulunulan dönemin zaruretlerinin figüre gereksinim duyup duymamasına göre kışkırtıcı ajana ilişkin yönelişler de biçimlenmişlerdir. Kavramın ilk olarak ortaya çıktığı 18. Yüzyıl'dan, bugünün endüstri sonrası toplumsal ilişkilerine değin yaşanan değişim dikkate alındığında; suç ve suçluluk kavramlarında ortaya çıkan tarihsel dönüşümün, kışkırtıcı ajan figürüne bakış açısı bakımından doğurduğu etkinin de büyük olduğu kolaylıkla belirlenebilir. Son yıllarda, örgütlü suçun yaygınlaşması, bu anlamda özellikle kaçakçılık, uyuşturucu ticareti gibi suçların organize hale gelmesiyle birlikte, çağdaş ceza hukuku öğretisi, kurumun suç siyaseti boyutundan uzak durmuş, çalışmalarını daha ziyade kavramın dogmatik şekilde incelenmesi üzerine yoğunlaştırmıştır.

Kışkırtıcı ajanın tanımında hareket noktası olarak, suçun işlenmesinde kışkırtıcının, nedensel katkısının bulunup bulunmadığının belirlenmesi esas alınmıştır. Kışkırtıcı davranış bu anlamda iştirak bahsi içersinde değerlendirilmektedir. Kışkırtıcı ajan figürü bakımından ortaya çıkabilecek olan bütün olasılıkların, iştirak bahsi içersinde tüketilemeyeceği ise açıktır. Özellikle yasadışı alım satım suçlarını ortaya

çıkarmak bakımından, ajanın, malın satımında kurallara uygun hareket edilip edilmediğini denetlemek amacıyla, daha önceden de satımı yapılmakta olan malı satın almasında söz konusu olan kışkırtma, suçun işlenmesi bakımından sadece bir fırsat yaratma olarak değerlendirilmeli ve cezalandırılmamalıdır.

Kural olarak kışkırtıcı ajanın iradesi kışkırtılanı *iter criminis* aşamasındayken durdurmaya yöneliktir. Kışkırtılanın davranışını durdurma, o davranışa engel olmak yoluyla olabilir. Bunu yapabilmek içinse genel olarak, kışkırtıcı ajanın, saldırıya maruz kalan şeyi kontrolü altında tutması bir anlamda kollaması gerekir. Kışkırtıcı ajan, neticenin gerçekleşmesini engellemek üzere kamu gücünden de yararlanandır. Kışkırtıcı ajanın amacının kışkırtılanı teşebbüs aşamasındayken durdurmak olduğunu savunan yaklaşımın temel ilkesi, kural olarak kışkırtıcı ajanın polis gücünün bir üyesi olması zaruretidir. Oysa bir suç örgütüne, onu ortaya çıkarmak ve işlemez hale getirmek üzere sızan kimse kolluk gücünün bir üyesi olmasa dahi, kışkırtıcı ajan kavramı içerisinde değerlendirilmelidir.

Uygulama, kışkırtıcı ajan kavramının öğretide tartışılıyor olmasına rağmen, uzun yıllar boyunca figürü görmemezlikten geldi. Kışkırtıcı ajanın suçun içerisindeki varlığına ilişkin tartışma yapmayan uygulama, sadece kışkırtılanın cezai sorumluluğuyla ilgilendi. Bu anlamda, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğu, İtalyan uygulamasında, günümüze daha yakın tarihlerde tartışılmaya başlanılmıştır. Temel olarak şu sorular sorulur: Kışkırtıcı ajan faaliyeti bakımından son merhale nedir? Hangi noktaya kadar kışkırtıcı ajanın amacının meşruluğundan söz edilir? Hangi andan itibaren kışkırtıcı ajanın faaliyeti hukuka aykırı olarak kabul edilecek ve cezalandırılmasından söz edilecektir?

Kışkırtıcı ajan, suça dolaylı ve marjinal düzeyde katılıyorsa cezalandırılmamalıdır. Marjinal katılma gerek manevi gerekse icrai hareketleri de kapsar şekilde anlaşılmalıdır. Kışkırtıcı ajan, failin hareketine katılmalı, suçun tamamlanmasını engelleyecek tedbirler almalı, kışkırtılanı kontrolü dahilinde tutmalıdır. Bu sayılan koşulların varlığı halinde, uygulama, kışkırtıcı ajanın davranışını cezalandırmamak üzere “kanun hükmünü yerine getirme” hukuka uygunluk nedenine

başvurmaktadır. Zira kışkırtıcı ajan, suçun tamamlanmaması için çabalar ve failin yakalanması bakımından belirleyici role sahiptir. Şu durumda ise, kışkırtıcı ajanın, suça iştiraki düzenleyen hükümler doğrultusunda cezalandırılması gerekir: Kışkırtıcı ajanın davranışı, kışkırtılanın işlemiş olduğu fiil bakımından nedensel bir katkı ortaya koyuyorsa başka bir söyleyişle suç, kışkırtıcı ajanın davranışı dolayısıyla ortaya çıkmışsa, yani neticenin ortaya çıkması bakımından kışkırtıcı ajanın katkısı doğrudansa, kışkırtıcı ajan cezalandırılır.

Kışkırtıcı ajanın hukuki pozisyonunu diğer failin ve faillerin pozisyonundan ayırmak noktasında, ikna edici olabilecek bir çözümün bulunması zarureti olduğu açıktır. Özellikle, ceza hukuku teorisi bakımından, meşrulaştırmayı ve mantığa bürümeyi sağlayarak, hukuk devleti ilkeleri ile uyumlu bir cezai ayrıcalığın nedeninin, normatif bazda açıklanabiliyor olması gerekir. Yoksa sadece güncel ve acil gereklilikten hareketle, kışkırtıcı ajan cezalandırılmazken, kışkırtılanın cezalandırılması açıklanamaz.

Ceza hukukçuları, belirli ceza hukuku kurumları üzerinden, kışkırtıcı ajanın niçin cezalandırılmaması gereken bir figür olduğunu açıklamaya çalışmışlardır. Değerlendirmelerini yaparken, alt tipleri de kapsar bir pozisyon almışlardır. Bu anlamda kışkırtıcı ajan, görünüşte mağdur veya kurmaca alıcı olarak karşımıza çıkabilir. Kolluk görevlisinin işlenmekte olan veya işlenecek bir suça, örneğin irtikap suçuna “görünüşte mağdur” olarak katılması durumunda suça iştirakin olanaklı olmamasından hareketle müdahalenin kışkırtma olarak değerlendirilmemesi doğru değildir. Zira kışkırtıcı ajanın en yaygın tanımına göre; bir kimsenin cezalandırılmasını sağlamak üzere onu suç işlemeye yönlendirmiş olmak, kışkırtmanın varlığı için yeterlidir. Diğer taraftan kışkırtıcı ajan meselesi sadece kışkırtıcı ajan üzerinden tartışılan bir husus olmaktan çıkmıştır. Görünüşte mağdur olarak suçta bulunan kışkırtıcı ajanın cezalandırılmasının söz konusu olmaması, görünüşte mağdur olarak suça katılmanın kışkırtıcı ajan başlığında ele alınmasını engellemez. Çünkü, kışkırtma bir bütün olarak ele alınmalı ve kışkırtılanın durumu da bu bütün içerisinde değerlendirilmelidir.

Bugün bize de yakın gelen tespit, kışkırtıcı ajan faaliyetinin, “gözlem”, “engelleme” ve “kontrol” sınırlarını aşmayacak bir şekilde, en az düzeyde suçun

işlenmesine katkı vererek ve suçun işlenmesi bakımından bir anlamda fırsat yaratmakla sınırlandırılmış olması halinde cezalandırılmayacak olmasıdır. Bu bağlamda yapılan kışkırtma ceza hukuku bakımından meşru bir kışkırtmadır ve kışkırtıcı bakımından her türlü cezai sorumluluğu ortadan kaldırır. Meşru olmayan kışkırtma söz konusu olduğunda, suça iştirak eden bütün şerikler gibi kışkırtıcının da cezalandırılması gerekir. Kışkırtıcının suça katılmasının kabul edilmesi bakımından marjinal nokta olarak gösterilen “*suçun işlenmesine rastlantısal bir katkı koymak*” ölçütü, bize öyle geliyor ki, ceza hukukuna hakim olan katı nedensellik yasalarını aşmak üzere yaratılmış bir formülasyondur. Ancak unutulmaması gereken, ceza hukukunda, nedensel etkisi olmayan tesadüflerin bir öneminin olamayacağıdır. Bu halde ya nedensel olarak değersiz davranışlar vardır ve bu davranışlar bu halleriyle kışkırtmanın dışındadırlar ya da nedensel olarak katkısı vardır ve dolayısıyla ceza hukukunun ve çalışmamız bakımından kışkırtmanın konusudur. O halde kışkırtıcının ortaya koyduğu davranışın, suçun ortaya çıkması bakımından tesadüfî bir değere sahip olması (bu anlamda düşünsel bazda hareketin tesadüfî olmasının ve sınırsız bir şekilde yerine alternatif konulabilmesinin önemi yoktur), o davranışın nedensellik bağı bakımından katkısını ortadan kaldırmaz. Fakat kışkırtıcı ajanın hukuka uygun davranışı olarak kabul edilebilir.

Kışkırtıcı ajan figürüne yönelik uygulama örnekleri bakımından bir noktayı açıklığa kavuşturmak gerekir. Figürün hassas yapısı, kışkırtıcı ajanların neredeyse tamamının kamu görevlisi olması, bazı kışkırtıcı ajan uygulamalarına ilişkin yeterli mahkeme kararının bulunamaması sonucunu doğurmuş olabilir. Bu durumun nedeni, kışkırtıcı ajanların faaliyetlerini yürütürken aldıkları önlemler ve varsa mevzuatın kullanılabilir bulduğu araçlar dışında araçlar kullanmalarından kaynaklanabilir.

İtalyan uygulaması, uyuşturucuya ilişkin mevzuat yürürlüğe girene kadar (kışkırtıcı ajana belli konularda çalışma olanağı veren) bazı temel yaklaşımlarla karakterize olmuştur. Söz konusu yaklaşımlar karşıt iki başlık altında toplanabilirler: Bunlardan ilki kışkırtıcı ajanın hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanması gerektiği yaklaşımıyken, diğeri, bu yaklaşımın tam tersi bir biçimde kışkırtıcı ajanın iştirak hükümlerine göre cezalandırılması gerektiğini savunur.

Kışkırtıcı ajan, kışkırtılanın fiiline izlemeyi aşan bir şekilde katılıyorsa, kışkırtılanın fiilini kontrol etmenin ötesine geçerek bizzat nedensel bir katkı ortaya koyuyorsa ve suçun işlenmesine yönelik katkısı gerek manevi gerekse maddi katılım bağlamında ihmal edilebilir düzeyde değilse cezalandırılır. İtalyan uygulamasının uyuşturucu, silah ve pornografik materyalin satın alınmasına ilişkin olarak kışkırtıcı ajanı da kapsayan yasal düzenleme olmadan önceki klasik yaklaşımına göre; kışkırtıcı ajan sadece suçun işlenmesi bakımından marjinal ve dolaylı bir katkı ortaya koyması halinde cezasız bırakılırdı. Eğer kışkırtıcı ajanın, mevcut suçun işlenmesi bakımından gerek maddi gerekse manevi nedensel katkısı varsa suça iştirak hükümlerine göre cezalandırılması gerekirdi.

Kışkırtanın, neticeye yönelik kastının olmadığı nedeniyle cezalandırılmayacağı yaklaşımı, kışkırtıcı ajanı hukuki/zaruri bir gereksinim olarak kabul edenler bakımından tatminkâr neticeler doğurmaktadır. Nitekim bu yaklaşımı savunanlara göre, kışkırtıcı ajan özellikle ortaya çıkarılması zor suçlar bakımından neredeyse bir zarurettir. Kışkırtıcı ajan formülasyonunun başka türlü yapılması halinde, uygulanabilirliği de ortadan kalkacaktır.

Ancak, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun ne olduğunun belirlenmesinde birleştirici paradigma olarak kışkırtıcı ajanın sadece teşebbüsü istiyor olması nedeniyle cezalandırılmaması gerektiği yaklaşımı, olası kast kuramı karşısında savunulabilir değildir. Bu halde kışkırtıcının davranışını betimlemek üzere teşebbüs kalıplarını aşar bir genişlemeye gereksinim duyulur. Bu bağlamda “çifte kast” yaklaşımı dikkate alınabilir.

Hukuk devletinin yasaya bağlı kalarak, bireyin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almış bir şekilde suçla mücadele etmesi bir zorunluluktur. Suçla mücadele etmek adına, hukuk devletinin olmazsa olmazlarından vazgeçerek, suçun organize olması, yaygınlaşması gibi nedenlerle veya silahların eşitliğinin yaratılması gibi usûlî bir prensibin uyarlanması yoluyla, kışkırtıcı ajan her suç bakımından kullanılabilecek bir suça müdahale aracı olarak görülemez. Suçla mücadelede kullanılan

taktikler, hukuk devleti olmanın gereklerini geçersiz kılamazlar. Bu konuda bir tereddüde de yer olmaması lazım gelir.

Nasıl tanımlanırsa tanımlansın veya ne şekilde isimlendirilirse isimlendirilsin, kışkırtıcı ajan figürünün özü, bir kişinin başka bir kişiyi, yakalatmak amacıyla suça yönlendirmesidir. Gerçekte kışkırtma faaliyetinden başka bir şey yapmayan bazı görevlilerin, suç işleyemeyeceklerini söylemenin bir anlamı da yoktur. Bir suç organizasyonuna katılanın suç işlemekten söz konusu yapının içerisinde kalması neredeyse olanaksızdır. Kışkırtıcı ajanın suçun gerçekleşmesi bakımından neden mi olduğunun fırsat mı yarattığının önemi yoktur. Ancak elbette, hukuk devletinin gereklerinin yerine getirilmesi gerekir. Bu anlamda adına kışkırtıcı ajan denmese de, kışkırtma faaliyetinin bir polis taktiği olarak yürütüldüğü açıktır. Kaldı ki bazı suç hipotezlerinde kışkırtıcı ajana başvurulmadığını söylemek olanaksızdır. Bu suçların bilinen yaygın yöntemlerle ortaya çıkarılması neredeyse söz konusu olmadığından, demokratik hukuk düzenlerinde dahi araştırma yöntemi olarak kışkırtıcı ajana başvurulduğu bir gerçeklik olarak ortada durmaktadır.

Bize göre devletin kışkırtmaya başvurduğu bütün olasılıklarda, kışkırtıcı ajan müdahalesinin hukuk devleti zaruretleriyle çelişmemesi ve bu anlamda bireyin temel hak ve özgürlüklerinin tehlikeye düşmemesinin sağlanması ancak kurumun yasal tarifinin yapılabilmesiyle olanaklıdır. Elbette, nasıl bir yasal tanımın yapılacağı da çok önemlidir. Biz, bu anlamda, tanımı, bir ilk adım olarak önermekteyiz. Böylece ceza hukukunun en eski ve köklü kurumlarından birisi olan kışkırtıcı ajan figürüne yönelik nefretle karışık korkuların bir ölçüde önüne geçmek olanaklı olabilecektir.

Fiiî bir gerçeklik olarak ceza hukuku dünyasının bir parçası olan kışkırtıcı ajan, devletin her türlü suçla mücadelede ve suç olmasa dahi hakim siyasal anlayışın muhaliflerini bertaraf etmek üzere, ilk elden başvurduğu bir taktik olmaktan çıkarılmalıdır. Kışkırtıcı ajan müdahalesi çok katı koşullara bağlanmalı ve sadece belirli suçlar için başvurulabilecek bir yöntem olarak kabul edilmelidir. Kışkırtıcı ajan figürünün yasal hale getirilmesinde ilk dikkat edilecek ve asla taviz verilmeyecek nokta

bu olmalıdır. Genel bir hukuka uygunluk nedeni anlamına gelir bir şekilde kışkırtıcı ajan müdahalesine yasalarla da imkân verilmemelidir.

Kışkırtıcı ajan müdahalesinin tarifine yönelik yapılacak bir yasalaştırma sürecinde ilk önce kışkırtmadan ne anlaşılması gerektiği ayrıntılı bir şekilde tanımlanmalıdır. Bu tanımın içerisinde, kışkırtmanın konusu, muhatabı ve uygulama ölçütleri bulunmalıdır.

Kışkırtma faaliyetini kurala bağlayan özel yasadan önce (örneğin çocuk pornografisiyle mücadeleyle yönelik çıkarılacak bir yasada) ceza kanununun genel kısmında, kışkırtıcı ajanın kim olduğuna yönelik bir tarif, kurumun geleneksel olarak tartışıldığı yer olan iştirak hükümleri içerisinde ve kışkırtıcı ajanın kastını esas alır bir şekilde yapılmalıdır.

Kışkırtma özellikle çok failli suçlar olan rızai suçların ve anlaşma suçlarının ortaya çıkarılmasında kullanılabilir bir taktik olarak tarif edilmelidir. Örneğin, çocuk düşürtme, yasadışı pornografik malzeme satışı, uyuşturucu madde ticareti, yasadışı kumar oynama, rüşvet gibi suçlarda kışkırtıcı ajan kullanılabilir. Bu suçlarla, bilinen polis taktikleriyle mücadele etmek çok zordur. Bu suçların birçoğu bakımından klasik anlamda bir mağdurdan söz etmek olanaklı da değildir. Nitekim tarafların tamamı, farklı nedenlerle de olsa suçun gerçekleşmesini istemektedirler. Rızai çok failli suçun ortaya çıkarılması ancak taraflardan birisinin vazgeçerek polise gitmesi halinde mümkün olabilir, aksi halde suçun ortaya çıkarılması çok zordur. Diğer taraftan bu suçlar, herkese açık alanlarda meydana gelmezler, yapıları gereği kişisel yaşam alanlarında ortaya çıkarlar. Bu yüzden bu suçlara ilişkin delil elde etmek neredeyse imkânsız olduğu gibi, bu suçların tanıkları da çoklukla yoktur. Diğer taraftan bu tür suçlarda tanışma zarureti olmayan çok sayıda kişi yer alabilir. Bu durumun ise ortak yaşam bakımından oluşturduğu tehlike ortadadır.

Suçta kışkırtma, kışkırtıcı ajan müdahalesi, sadece kamu görevlilerinin özel yasalarla belirlenmiş sınırlı sayıda suçları ortaya çıkarmak üzere bazı faaliyetlerde bulunması halinde yasal olarak kabul edilebilir. Bütün diğer suçlar bakımından

kışkırtma faaliyetinin kapsamının sadece “kontrol, gözlem ve engelleme” veya kışkırtıcı ajanın fırsat yaratan olması halinde kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmesi mümkün olmalıdır. Kışkırtıcı ajan figürüne yönelik geleneksel eleştirilerin ışığında kavramın belirli sınırlar içersine alınması şarttır. Nitekim kamu görevlisi olan kışkırtıcı ajan, devletin temsilcisi olarak kontrol edilebilir bir figürdür. Bu yüzden özel kişi kışkırtıcı ajan, yasal bir model olarak tarif edilemez. Özel kişi kışkırtıcı ajanın bütün faaliyetlerini polis adına yapıyor olması ve bu duruma ilişkin adli makamlardan gerekli izinlerin alınması halinde yasal modelin bir parçası olarak değerlendirilmesi mümkün olabilir.

Bize göre, kışkırtıcı ajanın yasal model olarak tarif edilmesi, kışkırtıcı ajanın cezai sorumluluğunun olup olmayacağını kışkırtıcının kastıyla açıklayan yaklaşımları reddetmez. Kışkırtıcı ajanın cezasız kalması bakımından kastının yokluğunu esas alan yaklaşım son derece isabetli olmakla birlikte sınırlandırılmalıdır. Bu anlamda, kastın yokluğunu esas alan çözüm yolunu da zorunlu olarak içine alan ve bir bakıma kışkırtıcı ajanın faaliyet sahasını sınırlandıran “kanun hükmünün yerine getirilmesi” hukuka uygunluk nedeninin kışkırtıcı ajanın cezalandırılıp cezalandırılmayacağı tartışmasında belirleyici olması gerektiğini düşünüyoruz. Kışkırtıcı ajanın faaliyeti, “gözlem, engelleme ve kontrol etme” sınırlarını aşmıyorsa ve işlenmekte olan suç bakımından göz ardı edilebilir bir kolaylaşma sağlıyorsa kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeninden söz edilebilecektir. Böylece, kışkırtıcı ajanın gönüllü vazgeçen olması gibi ucu çok açık, her suçu içerisine alan, tespit edilmesi çok zor bir kurum içerisinde tarif edilmesinin de önüne geçilmiş olunacaktır. Kışkırtıcı ajanın gönüllü vazgeçen olarak tanımlanması durumunda, faaliyetinin en azından başlangıç aşamasında neticeyi istemiş veya gerçekleşme tehlikesini kabul etmiş olması gerekir. Aksi halde neden vazgeçmiş olduğu anlaşılamaz. Gönüllü vazgeçmenin kışkırtıcı ajan bakımından peşinen kabulü, örtülü olarak kışkırtılanın gönüllü vazgeçmeden yararlanmasını olanaksız hale getirir.

Suçla mücadelede kışkırtma yönteminin kullanılması ancak sınırlarının çok katı belirlenmesi halinde olanaklı olabilir. Sadece gizli görevlinin kullanılacağını yasada ifade edilmesi, yapılan soruşturma esnasında suç işlenmesi noktasında örtülü bir rıza

vermez. Bu anlamda özel bir yasayla kışkırtıcı ajanın, tezimizde andığımız AİHM içtihatları doğrultusunda belirli suçlar bakımından yetkilendirilmiş olması gerekir. Buna göre:

- Kışkırtıcı ajan somut olay bağlamında, adli makamların bilgisi ve izni halinde faaliyet yürütebilmelidir.
- Kışkırtmanın belirli bir programa bağlanmış olması gerekir.
- Kışkırtmanın muhatap kişi veya kişileri bilinebilir olmalıdır.
- Kolluk görevlisinin hangi suç veya suçları işlemek zorunda kalacağı açıklanmalıdır.
- Kışkırtıcı ajanın müdahalesinin söz konusu olmaması durumunda, işlenen veya işlenmekte olan suçun ortaya çıkarılamayacağı konusunda ikna edici gerekçelendirmenin yapılması gerekir. Bu anlamda kışkırtıcı ajan müdahalelerinin ne zaman, hangi sırayla ve hangi mecburiyetlerin ortaya çıkması halinde yapılacağı belirlenmiş olmalıdır. Kışkırtma için seçilen gün, kışkırtmanın yapılacağı alan iyi belirlenmiş olmalıdır. Bu sayede, bir zarar veya zarar tehlikesinin ortaya çıkma riski en aza indirilebilir.
- Kışkırtılan kişinin, kışkırtıldığı suçu işlememesi durumunda, kışkırtma suç işlenmesinin gerçekleşmesi amacıyla, sürekli olarak tekrar edilmemelidir.
- Kışkırtılan kişinin, heyecanlanması sağlanarak veya duyguları harekete geçirilerek de suç işlemeye yönlendirilmemesi gerekir.
- Suçun gerçekleşmesi için zorunlu olan araç ve gereçlerin tedariki suretiyle kışkırtma yasal kabul edilmemelidir. Örneğin bir kasayı açmak için gerekli olan anahtarın tedariki suretiyle suça kışkırtmada bulunulmamalıdır.
- Kışkırtma programı bakımından esaslı bir değişiklik yapılmasının zorunlu olması halinde, ilgili otoriteden her seferinde yeniden izin alınmalıdır.

Kışkırtıcı ajanın programın herhangi bir koşulunu yerine getirmemesi durumunda cezalandırılması gerekir. Kışkırtıcı ajanın, kışkırtılanın cezalandırılmasını sağlamak üzere elde ettiği deliller, kışkırtma bakımından verilen izin kapsamını aşar bir şekilde elde edilmişlerse hukuka aykırı delil sayılmalı ve mahkûmiyete esas alınmamalıdır.

KAYNAKÇA

AKAD, Mehmet. **Genel Kamu Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

ALACAKAPTAN, Uğur. **İşlenemez Suç**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, tarihsiz.

ALIBRANO, Alfonso. “Fictus Emptor: Riflessioni in Tema di Agente Provocatore”,
Rivista Penale, 1988, s. 35-36.

AMATO, Giuseppe. “Stupefacenti-Acquista Simulato di Droga-Agente Provocatore”
Cassazione Penale, 1995, Fasc.1, s. 710-716.

AMBROSINI, Giangiulio. **La Riforma della Legge sugli Stupefacenti: D.P.R. 9
Ottobre 1990, N. 309: Profili Penali, Processuali e Penitenziari**, Utet,
Torino,1991.

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Penale Parte Speciale-II**, 12.ed., Giuffrè Editore
Milano, 1997.

_____. **Manuale di Diritto Penale Italiano Parte Generale**, 14. ed., Giuffrè,
Milano, 1997.

ARTUK, Mehmet Emin-Ahmet Gökçen-A. Caner Yenidünya. **5237 Sayılı Kanuna
Göre Hazırlanmış, Ceza Hukuku Özel Hükümler**, B. 7., Turhan
Kitabevi, Ankara 2006.

_____. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, B. 3., Turhan Kitabevi, Ankara,
2007.

BAKICI, Sedat. **Açıklamalı Zimmet Rüşvet İrtikap Suçları**, Yayınevi belirtilmemiş, Ankara, 1988.

BATTAGLINI, Giulio. **Diritto Penale, Parte Generale**, 3. ed., Cedam, Padova, 1949.

BAYRAKTAR, Köksal. “Adil Yargılanma Hakkı”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Nisan 2004, s.7.

_____. **Suç İşlemeye Tahrik Cürmü**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1977.

_____. **Siyasal Suç**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

BRACCI, Arnaldo. “Osservazioni sul reato di detenzione di stupefacenti e in particolare sull’azione dell’agente provocatore come fatto doloso della persona offes, ai fini dell’attenante di cui all’art 62. n.5 c.p”, **Giustizia Penale**, 1957, Fasc. II, s. s.64-70.

BRUSA, Emilio. **Saggio di Una Teoria del Reato**, Unione Tipografico, Torino, 1884.

CADOPPI, Alberto -Paolo Veneziani. **Elementi di Diritto Penale: Parte Generale**, 2. ed., Cedam, Padova, 2004.

CALIFANO, Enrico. **Agente Provocatore**, Giuffrè Editore, Milano 1964.

_____. “Agente Provocatore”, **Foro Penale**, 1956, s. 408-445.

CAPPALETTI, Mauro. **Processo e Ideologie**, Il Mulino, Bologna, 1969.

CARNELUTTI, Francesco **Teoria Generale del Diritto** , 2. ed., Foro Italiano, Roma, 1946.

CARRARA, Francesco, **Programma del Corso di Diritto Penale, Parte Speciale**, 3. ed., Tipografia Giusti, Lucca, 1875.

_____. **Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte Generale, vol. II**, 11. ed., Fratelli Cammelli di R. Conti, Firenze, 1923.

CENTEL, Nur- Hamide Zafer. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, B. 5., Beta, İstanbul, 2008.

_____. -Hamide Zafer-Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, B. 3., Beta Yayınevi, İstanbul, 2005.

COLOMBINI, Albert. “Tahrikçi (Ajan Provokatör) Hakkında Bir Fransız Temyiz Mahkemesi Kararı ve Tahlili”, (Çev. İlhan Alniak), **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1971, S. 7, s. 219-222.

DE MAGLIE, Cristina. “Premesse allo Studio dell’Agente Provocatore”, **Rivista Italiana di Diritto Procudere Penale**, 1989, Fasc.1, s. 219-292.

_____. **L’Agente Provocatore (Un Indagine e Politico-Criminale)** Giuffre Editore, Milano, 1991.

DE MARSICO, Alfredo. **Diritto Penale Parte Generale**, Nicola Jovene Editore, Napoli, 1937.

_____. “Il Reato Apparente e Aprenza Nella Teoria del Reato”, **Studi In Memoria di Arturo Rocco, vol. I’**, Giuffre Editore, Milano, 1952.

DEL GIUDICE, Arturo. “L’Agente Provocatore nell’Acquisto di Cose Militare”, **La Scuola Positiva** 1917, s. 298-304.

DELL’ANDRO, Renato. “Agente Provocatore”, **Enciclopedia del Diritto**, vol.I, 1958, s. 864-870.

DELLI PAOLI, Luigi. “L’Agente Provocatore”, **Rassegna della Giustizia Militare Bimestrale di Diritto e Procedura Penale**, 1985, P.1-2, s. s. 31-43.

DELOGU, Tullio. “La Responsabilita dell’Agente Provocatore”, **Studi Sassaressi** 1938, s. 19-37.

DEMİRBAŞ, Timur. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, B. 5., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

DÖNMEZER, Sulhi **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, B. 14., Beta Yayınevi, İstanbul, 1995.

_____. -Sahir Erman. **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II**, B. 8., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1983.

DURSUNKAYA, Orhan. **Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları (ceza) I, 1927-1940**, B. 2., Yargıtay Yayınları, Ankara, 1984.

ERDEM, Mustafa Ruhan. **Ceza Muhakemesinde, Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Yöntemleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2001.

EREM, Faruk. **Türk Ceza Kanunu Şerhi, Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1993.

_____. “İdarenin ‘Kışkırtıcı Ajan’ Kullanması”, **Onar Armağanı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977 s. 271-284.

_____. “Kışkırtıcı Ajan”, **AÜHFD**, Yıl 1975, Cilt 32, S. 1-4, s. 5-15.

_____. -Ahmet Danışman-Mehmet Emin Artuk. **Ceza Hukuku Genel Hükümler** Seçkin Yayınevi, Ankara 1997.

ERMAN, Sahir. **Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul**, B. 7., Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1983.

_____. “Suç Genel Teorisine İlişkin Bazı Meseleler” **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği**

Sempozyumu -22-26 Mart 1976- Sermet Matbaası, İstanbul,1977, s. 61-70.

_____.-Çetin Özek, **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Selametine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 369-413)** Dünya Basınevi, İstanbul, 1995.

ERSOY, Ömer. **Hollanda'nın Uyuşturucu Politikası Ve Uygulamaları**, <http://www.caginpolicies.com.tr/12/44.htm>

ERSOY, Yüksel. "Kısıktıcı Ajanın Cezai Sorumluluğu", **Özgür İnsan**, Mayıs 1973, Yıl 1 S. 12, s. 34-39.

_____.**Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2002.

ESEN, Bülent Nuri. **Anayasa Hukuku**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1970.

EVİK, Vesile Sonay. **Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu**, Beta, İstanbul, 2004.

FEYZİOĞLU, Metin. **Ceza Muhakemesinde Tanıklık**, US-A Yayıncılık, Ankara, 1996.

FIANDACA, Giovanni-Enzo Musco. **Diritto Penale: Parte Generale**, 5. ed. Zanichelli, Bologna 2007

FIORE, Carlo. **L'Azione Socialmente Adeguata nel Diritto Penale**, Morano, Napoli 1966.

FLORIAN, Eugenio. **Parte Generale del Diritto Penale**, vol. II, 4. ed. Dottor Francesco Vallardi, Milano 1934.

GAJOTTI, Angelo. **Istigazione e Determinazione nella Teoria del Reato**, Edizione Lupa, Genova, 1948.

GALLI, Leonardo. “La Responsabilita dell’Agente Provocatore” **La Giustizia Penale** Parte 1-2, 1939, s. 776-780.

GALLO, Marcello. **Lineamenti di Una Teoria sul Concorso di Persone nel Reato**; Giuffre Editore, Milano, 1957.

GEMALMAZ, Burak. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Çapraz Sorgu”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Seçkin Yayınevi Ankara, 2004.

GIANNELLI, Fernando. “L’Agente Provocatore”, **Il Nuovo Diritto**, 1985, s. 564-580.

GREGORI, Giorgio. **Adeguatezza Sociale e Teoria del Reato**, Cedam, Padova, 1969.

GÜNAL, H. Yılmaz. **Yetkili Merciiin Emrini İfa**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1967.

GÜNDAY, Metin. **İdare Hukuku**, B. 2., İmaj Yayınları, Ankara, 1997.

HAFIZOĞULLARI, Zeki. “TRT Kurumunda, 9 Mart, 8 Mayıs Tarihleri Arasında Düzenlenen Meslekiçi Eğitim Toplantılarında Yapılan Konuşma: İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması”, **AÜHFD**, Yıl 1997, Cilt 46, S. 1-4, s. s.1-40.

HAKERİ, Hakan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, B. 6., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

HEYDON, J.D. “The Problems of Entrapments” “**Cambridge Law Journal**, vol. 32.” 1973, s. 268-286.

IMPALLOMENI, Giovanni Battista. “Del Concorso di Piu Persone in un Reato con Speciale Riguardo al Codice Penale Italiano in Progetto”, **Rivista Penale**. vol. XXVI. 1887, s. 201-239.

İÇEL, Kayıhan -Hakan Evik. **Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. kitap Suçun Yapısal Unsurları ve Özel Görünüş Biçimleri**, B. 4., Beta, İstanbul, 2007.

İNCEOĞLU, Sibel. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.

KARA, Uğur. **Sosyal Devletin Yükselişi ve Düşüşü**. Özgür Üniversite Yayınları, Ankara, 2004.

KARAKEHYA, Hakan. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2008.

KATOĞLU, Tuğrul. **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

KAYMAZ, Seydi. **Ceza Muhakemesi Hukukunda (Yasak) Deliller**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.

KUNTER, Nurullah. **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1954.

_____.-Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoğlu. **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, B. 16., Beta, İstanbul, 2008.

MAGGIORE, Giuseppe. **Diritto Penale Parte Generale vol.II**, 5. ed., Zanichelli, Bologna, 1955.

MAJNO ŞERHİ, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları Majno Şerhi C. 1, Adliye Vekaleti İhsaniyat ve Müdevvenat Kanuniye Müdüriyeti, 1927

MALINVERNI, Alessandro. "Circostanza dell' Reato", **Enciclopedia del Diritto. vol VII**. Milano 1960, s.61 vd.

_____. “Agente Provocatore”, **Novissimo Digesto Italiano**, vol. I., Torino 1957, s. 396-399.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale Parte Generale**, 4. ed., CEDAM, Padova, 2001.

MANZINI, Vincenzo. Reato Impossibile, “**Archivio Penale**”, 1954, s. 31vd.

_____. **Trattato di Diritto Penale Italiano**, vol. II-III, 2. ed., Unione Tipografico Editrice, Torino, 1920.

MARINUCCI, Giorgio-Emilio Dolcini. **Manuale Di Diritto Penale: Parte Generale**, 2. ed., Giuffre Editore, Milano 2006

MELILLO, Giovanni-Cataldo Motta. “Linee di Una Possibile Evoluzione Normativa della Figura dell’ Agente Provocatore”, **Archivio della Nuova Procedura Penale**, 2001, Fasc.1, s. 131-136.

MINERVA, Francesca. “Agente Provocatore Tentativo Impossibile, Concorso del Fatto Doloso della Persona Offesa nella Produzione dell’Evento”, **Archivio Penale**, 1972, P.2, s. 610-618.

MINNA, Rosario. “Il Nuova Agente Provocatore”, Rosario Minna-Alessandro Sutura Sardo, **Agente Provocatore Profili Sostanziale e Processuale**, Giuffre Editore, Milano, 2003.

MOLO, Nuala-Catharina Harby. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları Kitapçıkları dizisi no. 3, Avrupa Konseyi Yayını, Almanya, 2001.

MONTELEONE, Gaetano. “Agente provocatore e Autore Mediato” , **Rivista Penale**, 1950, P. II, s. 650-652.

MUSCO, Enzo. **Bene Giuridico e Tutela dell’Onore**, Giuffre Editore, Milano, 1974.

NEPPI MODONA, Guido. **Il Reato Impossibile**, Giuffre Editore, Milano, 1965.

NUNZIATA, Massimo “La Punibilita Del C. D. “Agente Provocatore Dopo La Nuova Normativa Anti-Droga”, **L’Indice Penale**, 1991, s. 639-642.

OĞUZMAN, Kemal- Nabi Barlas. **Medeni Hukuk**, B. 13., Arıkan Basım, İstanbul, 2006.

_____.-M. Turgut Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz Kitabevi, B. 5., İstanbul, 2006.

ÖNDER, Ayhan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II-III**, B. 2., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.

ÖZBEK, Veli Özer. “**Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği**” Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

_____.**Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı cilt I**, B. 2., Seçkin Yayınevi, Ankara 2005

ÖZEN, Muharrem. **Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995.

ÖZGENÇ, İzzet. **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.

_____.**Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, B. 2., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

ÖZTÜRK, Bahri. **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, B. 3., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları, Ankara, 1995.

_____. **.Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları(Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller, Yasak Kanıtlar)**, İnsan Hakları Merkezi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ankara 1995

PAGLIARO, Antonio. **Principi di Diritto Penale, Parte Generale**, 8. ed., Giuffrè Editore, Milano, 2003.

PALAZZO, Francesco. **Corso di Diritto Penale: Parte Generale**, 2. ed., Giappichelli, Torino, 2006.

PANNAIN, Remo. "Il Tentativo" **Archivio Penale** 1954, s. 241vd.

_____. **Manuale di Diritto Penale, Parte Generale**, Unione Tipografico, Torino, 1950.

PAOLI, Giulio. **Principi di Diritto Penale vol.III**, Cedam, Padova, 1929.

PIASENZA, Paolo. **Polizia e Città. Strategie d'ordine, Conflitti e Rivolte a Parigi Tra Sei e Settecento**, Società Editrice il Mulino, Bologna, 1990.

PULITANO, Domenico. **Diritto Penale**, Giappichelli, Torino, 2005.

RADZINOWICZ, Leon. **Ideologia e Criminalità- Uno Studio Del Delitto Nel Suo Contesto e Sociale**, Giuffrè Editore, Milano 1968

RAMACCI, Fabrizio. **Corso di Diritto Penale**, Giappichelli, Torino, 2007.

RANIERI, Silvio. **Il Concorso di Più Persone in un Reato**, 2. ed., Giuffrè Editore, Milano, 1949.

RISICATO, Lucia. "Acquista Simulato di Droga nell' Ambigua Cornice dell'Agente Provocatore" **Rivista L'Italiana Diritto Procedura Penale**, 1994, s. 1592-1609.

SALAMA, Maamoun. **L'Agente Provocatore**, Giuffre, Milano, 1965.

SANCAR, Mithat. **“Devlet Akı” Kışkacında Hukuk Devleti**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000.

SANCAR, Türkan Yalçın. **‘Türklüğü,Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliye, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini’ Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.

_____. **Çok Failli Suçlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998.

SARDO, Alessandro Sutura. “L’Agente provocatore nella Sua Applicazione Giurisprudenziale”, Rosario Minna-Alessandro Sutura Sardo, **Agente Provocatore Profili Sostanziale e Processuale**, Milano, Giuffre Editore, Milano, 2003.

_____ “Aspetti Processuali dell’Agente Provocatore”, Rosario Minna-Alessandro Sutura Sardo **Agente Provocatore Profili Sostanziale e Processuale**, Giuffre Editore, Milano, 2003.

SAVAŞ, Vural -Sadık Mollamahmutoğlu. **Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.1, B. 1.**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1994.

SBRICCOLI, Mario. **“Crimen Lasae Maiestatis”, Il Problema del Reato Politico alle Soglie della Scienza Penalistica Moderna**, Giuffre Editore, Milano, 1974.

SCARANO, Luigi. **Il Tentativo**, Libreria Internazionale Treves di Leo Lupi, Napoli, 1952.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. “Ceza Hukukunda Fair Trail İlkesi”, Friedrich-Christian Schroeder-Feridun Yenisey-Wolfgang Peukeert, **Ceza**

- Muhakemesi Hukukunda Fair Trail**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 1999.
- SELLAROLI, Giovanni. “Agente Provocatore e Reato Impossibile”, “**Giustizia Penale**” vol.II, 1960, s. 102-110.
- SELMO, Luigi. “Agente Provocatore e Reato Fittizio” **Rivista Penale**, 1945, s. 256-263.
- SOKULLU AKINCI, Füsün. **Polis: Toplumsal Bir Kurum Olarak Gelişmesi, Polis Alt Kültürü ve İnsan Hakları**, Gümüş Basımevi, İstanbul,1990.
- SOYASLAN, Doğan. **Teşebbüs Suçu**, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., Ankara, 1994.
- _____. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, B. 3., Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- SÖZÜER, Adem. **Suç Teşebbüs**, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul,1994.
- SUMMERER, Kolis. “AIDS e Diritto Penale”, **I Reati Contro La Persona**, UTET Giuridica, Torino 2006.
- ŞEN, Ersan-Yasemin Yurttaş. “Gizli Tanık, X Muhbir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provokatör” **Ceza Hukuku Dergisi**, S.6, Nisan 2008, s. 21-50.
- TANER, M. Tahir. **Ceza Hukuku: Umumi Kısım** B. 3., İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1953
- TEZCAN, Durmuş -Mustafa Ruhan Erdem-Murat Önok. **Teorik ve Patrik Ceza Özel Hukuku**, B. 5., Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007
- TOROSLU, Nevzat. **Ceza Hukuku Genel Kısım**, B. 8., Savaş Yayınevi, Ankara 2005

_____. “Hukuka Aykırı Deliller Sorunu”, **Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan**, Ankara 1995, s. 55-58.

_____. **Ceza Hukuku Özel Kısım**, B. 1., Savaş Yayınevi, Ankara 2005

_____. **Ceza Hukukunda Zaruret Hali**, Sevinç Matbaası Ankara, 1968

_____. **Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

TROTTA, Barbara. “Sulle Dichiarazioni Rese dal Venditore di Stupefacenti all’Agente Provocatore”, **Cassazione Penale**, 1998, Fasc. 3, s. 3016-3024.

ÜNVER, Yener. “Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat, CMK ve Uygulamamız”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Aralık 2006, s. 103-205.

_____. **Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

VANNINI, Ottorino. “In Tema di Tentativo e di Agente Provocatore”, **Archivio Penale.**, 1947, P.1, s. 63-65.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet. “Kışkırtıcı Ajan Sorunu”, **Cumhuriyet Gazetesi**, 7 Nisan 1974.

VIGNALE, Lucia. “Agente Provocatore”, **Digesto della Disciplina Penalistica**, 1985, Fasc. I, s. 56-67.

WILLIAMS, Alan. **The Police of Paris, 1718-1789**, Louisiana State University Press, Louisiana, 1979.

YENERER ÇAKMUT, Özlem. **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal, İstanbul, 2003.

YÜCE, Turhan Tûfan. “Ajan Vasıtasıyla İşletilen Suçların Cezalandırılması ve İlgili Yargıtay Kararları Üzerine Düşünceler”, **SÜHFD**, Cilt 1, S. 1, Ocak-Haziran 1988 s. 13-17

_____. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları**, Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum 1968

ZAMPARELLİ, Alessandra. “La truffa in assunzione nella P. A.: reato istantaneo o a consumazioneprolungata? Nota a Cass. Sez. Un., 16.12.1998, Cellamare”<http://www.filodiritto.com/diritto/penale/truffainassunzione.htm>

ZOCCO, Marco. “Agente Provocatore, Acquisto Simulato di Stupefacenti e Legge Penale”, **Questione Giustizia**, 1995, s. 962-968.

İnternet Kaynakları

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc>

http://www.echr.coe.int/nr/rdonlyres/3baa147f-29c9-48ce-af64-fb85a86b2433/0/tur_conven.pdf

<http://ihami.anadolu.edu.tr>

<http://kazanci.com.tr>

<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/01438l.htm>

<http://www.yayin.adalet.gov.tr>