

KAMU HUKUKU

KIŞKIRTICI AJAN

Prof. Dr. Faruk EREM

I. Kavramın belirtilmesi : 1. Terim, 2. Tarihçe, 3. Tamm, sınır. II. Sorum : A. Sorumsuzluk : 1. İşlenemez suç, 2. Kasıt, 3. Görev, 4. Hata, 5. Rıza, B. Sorumluluk.

I. KAVRAMIN BELİRTİLMESİ

1. **Terim:** «Kışkırtıcı ajan» konusu doktrinde ve uygulamada yeteri kadar aydınlanmış değildir. Bu incelemede «kışkırtıcı ajan» deyimini zabıta mensubu olanlar için kullanılmış. özel nedenlerle hareket edenler ise sadece «kışkırtıcı» olarak isimlendirilmiştir.

Kışkırtıcının polise mensup olması (= kışkırtıcı ajan) ile herhangi bir kimsenin (= kışkırtıcı) olması yolundaki Manzini'nin ayrımı bazılarınca (Maggiore) eleştirilmiş, ikisi arasında fark olmadığı ileri sürülmüştür¹ Bizce esasta fark yoksa da ikisini ayıran bazı özellikler bulunmaktadır: Zabitanın sürekli olarak emrinde çalışan ajan, zabıtaya münferit bir olayda hizmetini arzeden ajan. Şöyle bir ayrıma rastlanmaktadır. Kışkırtıcının azmettiren veya teşvik eden olduğu hallerde hareketi daima manevidir².

Eğer kışkırtıcı, kışkırtmakla kalmamış, suçun işlenmesine de katılmış ise, tamamlanmış veya teşebbüs halinde kalmış suçun maddî ortağı sayılacaktır³

¹ Maggiore, (G.), Principi di diritto penale (Bologna, 1937), s. 481.

² bk. Salama (M.), L'agente provocatore (Milano, 1965), s. 7.

³ Manzini (V.), Trattato di diritto penale Italiano, II (Torino, 1926) n. 474; kış. Mallinverni (A.), Agente provocatore (Novissimo Digesto Italiano, Torino, 1957), s. 396; Maggiore, s. 480.

2. **Tarihçe:** «Kışkırtıcı ajan» ın kökeni olarak Fransa'da mutlakiyet döneminde 17 ve 18. yüzyıldaki bazı uygulamalar gösterilir: O devirde vatandaşların nasıl bir siyasî kanaata sahip olduklarını araştırmakta Krallar «muhbiri sadık» lar kullanırlardı. Kişilerin itimadını sağlayıp onlar hakkında rapor verenler bu suretle Kralın itimadına mazhar oluyorlardı. Bundan sonra «Gizli Polis» örgütü kuruldu. Bu örgüt de muhbirlerin yaptığını yapıyordu. Bu suretle gizli siyasî istihbarat «görev» haline getirildi. Görev, Devletin güttüğü siyasete aykırı kanaat taşıyanları tespit etmektir. Bu suretle Devlet memuru niteliğinde «kışkırtıcı ajanlık» ortaya çıktı⁴.

Bundan sonra totaliter rejim uygulamalarında «gizli polis» örgütlerine rastlandı. Fakat demokrasilerde konu tartışmalıdır⁵.

3. **Tanım:** Kışkırtıcıyı Carrara oldukça geniş tanımlar: Kışkırtıcının başkasını suç işlemeğe sevkederken maksadı, o suçun işlenmesinden faydalanmak değildir, suçun mağduruna zarar vermek de değildir. Suçun tamamlanması veya teşebbüs halinde kalması suretiyle bundan bizzat failin ceza görmesi kışkırtıcının gâyesidir. Resmî makamların vadettiği ikramiyeyi almak, faili meşhut suç halinde yakalatmak mallarının idaresini eline almak, tutukluluk sırasında karısı ile ilişki kurmak, mirastan mahrumiyetini sağlamak gibi nedenlerle kışkırtıcı faili suça sevketmiş olabilir⁶.

Türk doktrininde kışkırtıcı «sırf kendisine bir menfaat sağlamak maksadiyle bir kimseyi suç işlemeğe sevkettikten sonra onu ele veren şahıs»⁷ olarak tanımlanmaktadır. Kışkırtıcı «sadece suçun işlenmesinden doğrudan doğruya menfaat sağlamayı uman bir kimse olarak anlaşılmamaktadır. Bununla beraber, kavramın tam bir açıklığa kavuşmuş olduğu söylenemez. Kavrama genellikle ve rilen anlam şudur: Tahrikçi, suçun işlenmesini istemekte, bir kimseyi suç işlemeğe sevk etmekteyse de bunun sebebi suçtan doğacak zararlı veya tehlikeli neticeyi istemsi olmayıp, bizatihi suçun dı-

⁴ bk. Enciclopedia del diritto, I, s. 864; bk. **Malinverni**, s. 367.

⁵ bk. **Malinverni**, s. 397.

⁶ Carrara (F.), Programma... II, (1882) § 1594, s. 477, nt. 1; kşz. **Maggiore** (G.), Principi di diritto penale (Bologna, 1937), s. 463; bk. **Malinverni** (A.), Agente provocatore (Novissimo Digesta Italiano, I, Torino, 1957), s. 397.

⁷ **Dönmezer** (S.) - **Erman** (S.), Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Umumi kısım, II, İstanbul, 1966, n. 1253.

şında kalan, suça yabancı olan diğer bazı menfaatleri istemesinden ibarettir»⁸.

Kışkırtıcının gayesi, suçun diğer fail veya faillerinin gayesinden ayrıdır. Fiilde birleşmişler, gayede ayrı kalmışlardır. Kışkırtıcının gayesi faili yakalatmak, cezalandırılmasını sağlamaktır. Bunun nedeni farklı olabilir. Suçluyu yakalatanlara ikramiye verilmesi bahis konusu olan hallerde rastlanır. Hapse girenin malları üzerinde fiili tasarruf sağlamak, eşini ele geçirmek gibi hallerde görülmüştür. Bütün bu hallerde ortak özellik şudur: Kışkırtıcı suçun işlenmesinde doğrudan doğruya bir fayda beklememektedir.⁹

Kışkırtıcı «suçun işlenmesini istemekte, bir kimseyi suç işlemeğe sevketmekte ise de, bunun sebebi suçtan doğacak zararlı ve tehlikeli neticeyi istemsi olmayıp, bizzatıhi suçun dışında kalan, suça yabancı olan diğer bazı menfaatleri istemesinden ibarettir ve bu bakımdandır ki, tahrikçi (kışkırtıcı), azmettirenenden ayrılmaktadır»¹⁰.

4. Kışkırtmanın sınırı: Kışkırtıcının eylemi sonucunda meydana gelen hareket nakis teşebbüs —tam teşebbüs— tamamlanmış suç safhalarından birinde yer almış olabilir. Bir kimsenin kışkırtıcı sayılmasına bu safhaların etkisi var mıdır?

Bir anlayışa göre «kışkırtıcı ajan», Kanunun koruduğu hak veya menfaatin zarar, (özellikle maddî zarar) görmediği olaylarda (teşebbüs, sahte gizli vesikayı casusluk maksadı ile çalmağa azmettirme gibi) nazara alınabilir. Sırf failin yakalanmasını, ceza görmesini sağlamak için ceza kuralının koruduğu hakkın feda edilmesi mümkün değildir.

Bu anlayışı özellikle Florian¹¹ şöylece savunmuştur: Bir kimseyi adalete teslim etmek, suç üstü yakalatmak için suça sürükleyen ve bunu ister görev gereği,, ister menfaat için yapan, diğer bir deyimle bunu, suçun işlenmesinde kendi hesabına bir menfaat ve sebep bulunmadan yapan kişi «kışkırtıcı ajan» dır. Şu şartla ki

⁸ Alacakaptan (U.), İşlenemez Suç, n. 70.

⁹ bk. Manzini (V.), Trattato di diritto penale Italiano, II (Torino, 1926), n. 474; kşz. Malinverni, s. 397.

¹⁰ Dönmezer-Erman, II, n. 1253, bk. Malinverni, s. 397.

¹¹ Florian, Parte generale del diritto penale, II (1934), s. 710; bk. Salama, s. 11.

fiil sonuca varmasını veya suçun konusu hak (hukukî menfaat) zarar görmüş veya tehlikeye maruz kalmış olmasını.

O halde bir sınırdan ötede kışkırtıcı ajan, suçun faillerinden biri haline gelir, «emri yerine getirme mazere ti» (TCK. 49/1), emir gayri kanunî olduğundan, etkisiz kalır.

Bir anlayışa göre kışkırtıcının özelliği maddî fiilin sadece teşebbüs halinde kalmasını istemiş olmasındandır. Böyle düşünenler, kışkırtıcının failin suçu tekemmül ettirmek istemiş olması halinde özelliğini yitirmiş olduğunu kabul ederler¹². Maddî failin teşebbüs halinde iken durdurulacağı inancı ile hareket eden kışkırtıcının bu isteğinin aksine zabitanın müdahalesinin gecikmesi nedeni ile suç tamamlanmış olursa kışkırtıcının durumu ne olacaktır? Failde suç kastını uyandırmış olanın bu ihtimali hiç düşünmemiş olduğu iddia edilemez. O halde bu ihtimal de kasta dahildir. Fakat bu halde kışkırtıcı için kasıtlı değil, taksirli sorumluluğu kabul edenler vardır. Bununla beraber her suçun taksirli şeklinin olmadığı unutulmamalıdır. Haksız olarak yakalatmak istediği kişinin, kışkırtıcının verdiği işaret üzerine zabitanın zamanında müdahale etmiş olmasına rağmen çaldığı eşya ile, zabitanın elinden kaçabildiğini farz edelim. Suç ağırlaşırca tereddütler artacaktır. Örneğin, kışkırtıcının adam öldürmeğe azmettirdiği kimseyi teşebbüs halinde yakalatacağı ümidiyle zabıtaya ihbar ettiğini ve her hangi bir sebeple suçun önlenmesinin mümkün olmadığını düşünelim. Kışkırtıcının «taksirle ölüme sebebiyet» ten cezalandırılması haklı mıdır? «Teşebbüsün de cezalandırılan bir fiil olduğu, şeriklerden bazılarının kasden, bazılarının ise taksirle mesul tutulmalarının iştirakteki birliği parçaladığı, tahrikçinin (kışkırtıcının) durumu, içinden neleri isteyip istemediğine göre değil, fakat suça sevkettiği şahsa neler yaptırmış olup olmadığına nazaran tayin etmek gerektiği»¹³ anlayışında daha fazla isabet vardır.

Kışkırtıcı, bu nitelikte kalması için failin teşebbüsten hatta nakıs teşebbüsten öteye gitmesini istemiş olması lâzımdır. Fakat şöyle düşünmekte gereklidir. Kışkırtma sonucu maddî failin kasdı suçu tamamlamaktır. Kışkırtıcı ise teşebbüsten ötesini istemektedir. O halde kışkırtıcının maddî failin teşebbüs sınırını aşmaması için gereğini evvelden hazırlamış olması lâzım gelir. Böyle olunca sınırın aşılmış olduğu hallerde kışkırtıcının, suça ortak

¹² Salama, s. 96; bk. Manzini, II, n. 474, s. 322, nt. 1; kşz. Hippel (R.), Manuale di diritto penale (Napoli, 1936, s. 232).

¹³ Dönmezer-Erman, II, n. 1256/b.

olmadığını saptamak mümkün değildir. O halde ihtiyarı ile vazgeçme (veya bazı suçlarda faal neadmet) kavramları ile ahenk bozulmamalıdır. Kışkırtıcının, suçun tekemmülünü istemiş ve suçun tamamlanmasından sonra tazmini düşünmüş, hatta sağlamış olsa dahi sadece kışkırtıcı sayılması imkânsızlaşmıştır.

Kışkırtıcı ile zabıta kuvvetinin ortaklığının (!) bir sınırdan öteye gitmemesi önerilir, çünkü ötesinde kirlilik başlar. Bu anlayış kışkırtıcı ajan'ın «t e ş e b b ü s» ten ötede görev almamasını istemekle haklıdır.

Bununla beraber kışkırtıcı ajanın fiil «teşebbüs» alanına girdikten sonra müdahalesi halinde biraz farklı düşünmek gerekecektir.

Bir neticenin meydana gelmesine ihtiyaç göstermeyen suçlarda (şekli suçlarda) kışkırtıcı ajanın daha ileri gidebileceği ileri sürülmektedir¹⁴.

II. SORUM

Kışkırtıcı ajan'ın sorumluluğu oldukça tartışmalıdır. Bazıları herhangi bir ortak gibi «c e z a s o r u m l u l u k l a r ı» nm bulunduğu kanısındadır. Sorumsuz olduklarını ileri sürenler de vardır, fakat bunun nedeninde anlaşma yoktur¹⁵.

Kışkırtıcı ajan'ın sorumluluğunu şöyle bir ayırımla açıklayanlar da vardır: Bir kimsenin belli bir suç (örneğin kaçak eşya satığı) ihbar edilmiş, zabıta bunun doğru olup olmadığını araştırmak için bir mensubunu alıcı gibi kullanmış ise sorumsuzluk esastır. «*Bir kadın polis çocuk düşürdüğü ihbar edilen doktora müraaatla çocuğunun alınmasını talep etmiş veya vergi kaçırmak maksadı ile sahte fatura verdiğiinden şüphe edilen bir şahsa hüviyetlerini gizleyerek başvuran hesap uzmanları veya maliye müfettişleri karşılıksız fatura verilmesini sağlamışlarsa, vazifenin ifası mevcuttur, fiil hukuka uygundur ve bu sebeple tahrikçi cezalandırılmaz böyle olmayıpta zabıta memuru faraza ikramiye almak veya terfi etmek maksadiyle, her hangi bir suç işlediğinden şüphe dahi edilmeyen bir kimseyi suç işlemeğe teşvik etmiş ve sonra da yakalamış veya yakalatmışsa hareketinde hukuka uygunluk sebebi yoktur ve azmettiren sıfatı ile cezalandırılması icap eder*»¹⁶.

¹⁴ kşz. Salama, s. 75.

¹⁵ bk. Salama, s. 66; kşz. Magglore, s. 480; kşz. Antolisei (F.), Manuale di diritto penale, Parte generale, (Milano, 1960), s. 407; bk. Malinverni, s. 397.

¹⁶ Dönmezer-Erman, II, n. 1257/c.

A. Sorumsuzluğu kabul eden düşünceler

Kışkırtıcının (ve kışkırtıcı ajan'ın) sorumsuzluğunu kabul edenlerin ileri sürdükleri neden birbirinden farklıdır. Bunlar aşağıda gruplaştırılmıştır :

1. **İşlenmez suç** : Böyle düşünenlere göre kışkırtıcının işlediği suç gerçek bir suç değildir.

Eğer kışkırtıcı daha evvel emniyet makamları ile anlaşmış ve faili suç üstü yakalamak kararlaştırılmış ise durum «işlenmez suç» açısından incelenmek gerekir. Çünkü zabitanın görevi bir suçun işlenmesi olanağını hazırlamak değil suçu önlemektir. Manzini'nin dediği gibi böyle hallerde kışkırtıcılar suça eğilimli kişilerdir, fakat gerçekten bir suç işlenmiş değildir¹⁷.

Fiore «aynı sebeple, askeriyeğe ait bir depodan mal çalıp bunu fahriçi ajanlardan birinin gösterdiği bir binaya götürdükten sonra, orayı göz altında bulunduran ve kuşatmış bulunan polisler tarafından yakalanan failerin hırsızlıktan mahkûmiyetine karar verilmiş olmasını tenkit etmekte ve bu olayda bir hırsızlığın değil, bir komedyanın mevcut olduğunu söylemektedir. Yazara göre gerçi, şey alınmış, mal edinilmiştir, ancak hırsızlığın temel unsuru olan (zilyetliğin kaybı) vuku bulmamıştır. Çünkü, malın sahibi olan idare, başlangıçtan itibaren heran, kendisinden alınması istirdat etmek imkânına sahiptir. Bu sebeple, zararlı muhtevası bulunmayan bir şekli tamamlama söz konusu olur ve yapılan fiil, ceza hukuku açısından önem taşımaz»¹⁸.

Kendisine rüşvet verilmesine bir kimseyi ikna ederek o kimseyi suç üstü yakalatan memurun gayretkeşliği ikna edilen için «işlenmez suç» tur.

Kışkırtıcının iştiraki olmaksızın suçun işlenmesinin imkânsız olması halinde diğer failerin suç işlemiş sayılmamaları lâzımdır.

Birden ziyade faili suçlarda ve zarurî fer'î faillikte ortağın, kışkırtıcı olması «işlenmez suç» a vücut verir. «Zarurî iştirak» hallerinde, «kışkırtıcı ajan»'ın fiili açısından «işlenmez suç» üzerinde durulmalıdır¹⁹. İki kişinin iştiraki olmaksızın işlenmesi imkânsız suçlarda (örneğin boşanabilmek için kocanın men-

¹⁷ bk. **Manzini**, Reato impossibile (Archivito penale, 1954, s. 31 (Saloma'dan naklen), s. 26, nt. 7; **Manzini**, II, n. 474; **Alacakaptan**, n. 73; **Panain** (Manuale...), n. 236, b.

¹⁸ **Fiore** (C.), Il reato impossibile (Napoli, 1959), s. 126; **Alacakaptan** (dan naklen), s. 105.

¹⁹ bk. **Alacakaptan**, n. 74; **Malinverni**, s. 397.

faat vadi ile azmettirdiği maddî failin karı ile zina halinde yakalanmalarında) azmettirilenin kışkırtılmış fail kabulü halinde karı açısından suçun işlenmezliği üzerinde durulabilir. Belli adette kişilerin iştiraki zaruri suçlarda (örneğin TCK. nun 313. maddesinde ye ralan, asgari beş kişinin katılmasını şart koşan «suç için cemiyet teşkili» suçunun tamamlanması maksadı ile bir ajanın beşinci olarak anlaşmaya katılması halinde) suçun işlenmemiş olmasını kabul etmek lâzımdır.

Kanunen zarurî iştirakin (= ancak birden fazla kişinin iştiraki ile işlenmesi mümkün suçların) dışında olayın özelliğinden gelen zaruretin bahis konusu olduğu hallerde (örneğin kokain imalini bilmeyen bir kimseyi suçlu olarak yakalayabilmek için birlikte imal etmeğe, kokain imalini bilen bir şahsı zabitanın kışkırtıcı ajan olarak kullanması) fiilî açıdan işlenmezlik kabul edilmelidir.

2. Kasıt: Genellikle kışkırtıcının sorumluluğu suçun sübjektif (manevî) unsurunun yokluğu ile açıklanmak istenir. Bu anlayışta olanları bir kaç gurupta toplamak kabildir. Bazılarına göre kışkırtıcıda «s u ç k a s t ı» yoktur²⁰. Diğerlerine göre kışkırtıcı kendisi suç işlemek istememektedir, maksadı başkasının suç işlemesidir.

Kanunumuzun sisteminde saik (niyet, maksat) cezaya etikli sebep veya özel kast olarak —kanunun açıkça gösterdiği hallerde— nazara alınmıştır. Fakat «genel kasdı» kaldırıcı etkisi kabul olunmamıştır. Suç kasdı olmadığı için kışkırtıcının sorumluluğunu kabul etmek kasıt ile saiki karıştırmak demektir. Kışkırtıcının, failin işleyeceği fiilin neticelerini bildiği ve istediği açıktır.

Kışkırtıcının sorumluluğunu kaldıran «n i y e t» i (= maksadı) nedir? Kışkırtıcının niyeti ahlâkî, ahlâka aykırı, ahlâkla ilgisiz, sosyal, antisosyal, kişisel, toplumsal olabilir. Niyet ve kasıt ayrı kavramlardır. O halde «niyet»in «kasıt»ı kaldırmadığı kabul edildiğine göre kışkırtıcının sorumsuzluğunu niyeti ile izah edebilir miyiz? Niyetin sadece faili cezalandırılmasını istemekten ileri gitmemesi, kendisi için suçtan bir fayda beklememiş olması yeterli midir?

Kışkırtıcının bir suçluyu adalete teslim niyeti ile hareket etmiş olması sosyal bir duygu sayılabilir. Fakat bu hal pek enderdir. Çoğunlukla rastlanan intikam, çıkarıcılık ve benzeri kötünüyet-

²⁰ bk. Manzini, II, s. 323, nt. 1; kşz. Enciclopedia del diritto, I, s. 866.

lerdir. Kışkırtıcı (resmî) ajan ise ikramiye, meslekte ilerleme gibi saiklerle hareket ettiği pek çok olayda açıkça bellidir²¹.

3. Görev: Bir anlayışa göre kışkırtıcı ajan (zabıtaya mensup ajan) görevin veya emrin yerine getirilmesi maksadiyle hareket etmiş ise «Hukukî uygunluk» içindedir.

Fransız mahkeme içtihadına göre²² bir resmî görevli tarafından tahrik edilmek suretiyle (özellikle gayrimeşru fiyat artışı suçlarında) işlenen suçlarda tahrik, suçu işleyenin sorumluluğunu kaldırmaz. Failin iradesindeki suçluluk sabittir. Tahrik onun üzerinde serbestçe karar verebilmek serbestisini kaldırmış değildir. Fakat sonuç almak için zabıta memurları, manevî cebre varan tertiplere başvurmuş iseler durum değişir.

Bu içtihat kışkırtıcı ajan'ın tertiplerinin yoğunluğuna göre failin sorumluluğunu tayin ölçüsünü benimsememiştir. Bu içtihat Fransız doktrininde şöylece yerilmektedir: Bir kimseyi suça kışkırtmak ile manevî cebir ayrı kavramlardır.

İtalyan doktrininde kışkırtıcı ajanın sorumluluğu ceza kanununda (m. 51) açıkça görevi yerine getirmenin bir mazeret sebebi usul kanununda da (m. 219) suç delillerini toplamak, suçluyu aramak hallerinin zabıtanın vazifesi olarak gösterilmiş olmasıdır. Fakat bu anlayış şöylece tenkit olunmaktadır: Zabıta memurunun satılması yasak bir malı çok yüksek bir bedelle satın alacağını bildirmek suretiyle faili azmettirmiş ve bunu kendisinin ikramiye alması için yapmış olduğu anlaşılmalı olsa görevini yerine getirmiş olmasından söz edilebilir mi?²³

Şu yolda bir öneriye de rastlanmaktadır: Eğer kışkırtıcı ajan mevcut olmayan suç kararını failde uyandırmış (= azmettirme) veya suç kararını kuvvetlendirmiş (= teşvik, kararı takviye) ve yahut suça her hangi bir şekilde maddi iştirak halinde katılmış ise görev mazeretinden faydalanamaz. Fakat bunlar dışında suçu zaten işleyecek olanların sırf yakalanabilmeleri için bazı tertiplere başvurmuş ise görev halinde sayılmalıdır²⁴.

Bu ayrımın gereksiz olduğunu sanıyoruz. Zira iştirak anlamına gelmeyen hareketlerde suçluluk yoktur ki mazeret sebebine ihtiyaç duyalım.

²¹ Malinverni, s. 398.

²² Toulouse ceza mahkemesinin 13 Mart 1942 tarihli kararı, bk. Salama, s. 23, nt. 2.

²³ bk. Antolisei, s. 407.

²⁴ bk. Salama, s. 79; kşz. Malinverni, s. 399.

Görevi ifa mazereti «kışkırtıcı ajan» bakımından düşünülebilirse de bunun dışındaki kışkırtıcı için durum aynı değildir. Herne kadar fertlerinde, memur gibi yetkili sayıldığı haller varsa da (meşhut suç halinde fertlerin yakalama yetkisi gibi) yakalatmak için kışkırtmağı meşru sayan bir kural yoktur.

Bir olayda sanığın «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 bulunduğundan sanığın münnet suçtan beraatına» karar verilmiştir²⁵.

Görülüyor ki bu kararda kışkırtıcı ajan fiilin maddi unsuruna katıldığı halde «g ö r e v m a z e r e t i» nedeni ile sorumsuz sayılmıştır. Sorumsuzluk görev mazereti ile izah edilemez, zira zabitanın görevi suç işletmek, suça katılmak değildir. Zabıta katılmasaydı da suç işlenecekti, düşüncesi isabetli değildir, ortaklıkta her hareketin sonuçta nedensellik payı vardır. Amaç, aracı meşru kılar, düşüncesi ceza hukukunda da geçerli değildir²⁶. «Y e t k i l i m a k a m e m r i n i i c r a» mazereti de geçerli değildir. Zira suça katılma niteliğindeki emir meşru bir emir sayılamaz²⁷. Bu konu «emir mazereti» (TCK. 49/I) nin genel koşullarına göre çözümlenmelidir.

4. Mazaret sebebinde hata: Kışkırtıcının sorumsuzluğunu izah çalşan düşüncelerden biri de şudur: Kışkırtıcı bir mazeret sebebinin bulunduğu zannındadır, diğer bir deyimle «m a z e r e t h a l i h a k k ı n d a h a t a» sı kasdını kaldırır. Böyle düşünenlere göre kışkırtıcı(zabitanın, suçları meydana çıkarmak, suçluları yakalamak için ajan kullanabileceği hakkında bir kanaata sahip ise bu «hata» sı mazur görülebilecektir. Dolayısıyla kasdı kaldıran bir hata bahis konusudur. Kuşkusuz bu hatanın mazur görülüp görülemeyeceği, olayına göre takdir edilmelidir.

5. Hak sahibinin rızası: Bir başka anlayışa göre kışkırtıcının sorumsuzluğu suçun konusu üzerinde «hak sahibinin rızası»

²⁵ Ankafa Birinci Ağır Ceza Mahkemesi: 22.6.1973, esas: 1969/134, Karar 1973/20, kşz. CGK: 14.4.1973, bk. **Velidedeoğlu** (H.V.), Kışkırtıcı ajan sorunu, Cumhuriyet 7.4.1974, CGK (1968): «Polis ajanı olduğu sonradan anlaşılan sanık (...) taarfindan oraya konulduğu bildirilen pankartların delil olarak kabul edilmesi suretiyle hükümlülüğe karar verilmesi yasaya aykırıdır».

²⁶ bk. **Manzini**, II, n. 474; **Salama**, s. 77, nt. 28.

²⁷ kşz. **Antolisel**, s. 408.

nın sorumluluğu kaldırıcı etkisinden ileri gelmektedir. Faili hırsız diye yakalatmak için başkasının malı imiş gibi gösterdiği kendi malının alınmasına rıza göstererek tertipler hazırlayanın durumunda bu nitelik vardır²⁸. Suç üstü yakalatarak şikâyetten menfaat karşılığı vazgeçmek maksadı ile kadının kocası ile anlaşarak üçüncü kişiyi zinaya azmettirmesinde de aynı şekilde düşünülebilir.

Herne kadar suç konusu hakkın sahibinin ricası bazı olaylarda sorumsuzluğu açıklayabilirse de olayların çoğunda, özellikle «kışkırtıcı ajan»lıkta etkisiz kalmaktadır.

6. Meşru müdafaa: Yalnız siyasî veya askerî casusluk hallerinde «kışkırtıcı ajanlık»ın cezasızlık sebebinden faideleneceği, fakat bunun «görevi yerine getirme mazereti»nden değil, «meşru müdafaa» mazeretinden ileri geldiği, bu halde dahi meşru müdafaa koşullarının aranması gerektiği fikrinde olanlar vardır²⁹.

B. Sorumluluğu kabul eden düşünceler

Kışkırtıcının ve kışkırtıcı ajan'ın sorumsuzluğunu benimseyen düşünceleri isabetli bulmamaktayız :

Herne kadar suç işlendiği ihbar edilen veya sair sebeplerle suç işlendiği öğrenilen kimseyi suç üstü yakalamak için hazırlanacak zabıta tetbirinin hukuka uygun veya aykırı olduğunu «i h b a r» veya benzeri koşullara bağlamak önerilmekte ise de bunlarda kesinlik yoktur. İleride işlenecek suçları önlemek için suç işletmenin zabitanın görevinde sayılması mümkün değildir. Zabıta her araştırmayı yapabilirler, fakat suç tertiplerine alet olamaz. Uygulamada kolaylık sağlanacak biçimsel koşullar (örneğin ihbarın mevcut olması) ile yetinmek vatandaşın zabıtanın beklediği güvenceyi yok eder. Karanlık, kirli tertiplerin dışında kalması, topluma bu inancı vermesi iledir ki, zabıta güven kazanır ve suçları önlemekte daha faydalı olur.

Zabitanın suçlu sandığı kimsenin —hatta bu kimse gerçekten suçlu olsa dahi— cezalandırılması, bu suretle ilerde başka suçları işlemesine engel olunması maksadiyle dahi suç işlemeğe azmettirmeğe, tahrik, teşvik etmeğe, özellikle suçun maddî unsuruna katılmağa yeterli olduğuna ilişkin hiç bir kural mevcut değildir. Bu nedenle zabıta bu tür işlemleri ne kendisi yapabilir, ne de kışkırtı-

²⁸ bk. İtalyan CK.; Salama, s. 82; Maggiore, s. 480; Malinverni, s. 398.

²⁹ Malinverni, s. 399.

cı kullanılabilir. Yaparsa sorumludur³⁰. Bu nedenle TBB' nin şu önerisinde isabet vardır: «Zabıta'nın (kışkırtıcı ajan) kullanmasının (görevde başarı) sayılmayacağı ortaya konulmalıdır. Fakat bu çaba (Adli Zabıta) (idare) den ayrılmadıkça sonuç vermeyecektir «A j a n» kullanılmak resmî işlem dürüstlüğü ile bağdaşmaz. Adli Zabıta işlemleri kanunla saptanmalı, bu yola gidilmesi yasaklanmalı, fakat bu yapılırken (kışkırtıcı ajan) kavramının kanunî tarifi de getirilmelidir»³¹.

«Suç ile mücadelenin suç işleyerek yapılması saçmadır». «Zabıta ah-lâka aykırı vasıtalar kullanamaz»³².

Eğer Ceza Kanununda suçları meydana çıkarmak için yapılacak tertiplerin cezayı gerektirmeyeceği hakkında bir mazeret sebebi bulunsa idi, ancak o zaman kışkırtıcının sorumsuzluğu sonucuna varılabılırdi³³. Böyle bir mazeret sebebinin kabulüne ise «H u k u k D e v l e t i» ve «H u k u k u n Ü s t ü n l ü ğ ü» ilkesine bağlı «Demokrasiler de» imkân yoktur.

³⁰ Malinverni, s. 399; bk. Carrara, II, § 1594; kşz. Logoz (P.), Commentaire du code penal suisse, Parte special, II, s. 559.

³¹ Adli Zabıtanın idari zabıtanın ayrılması hakkında TBB Yönetim Kurulu raporu (Ankara 1974), s. 17; bk. Giuliano (M.), Le Conclusioni dell'incialesta sui metodi e sugli abusi della polizia giudiziaria (Rivista Penale, 1954), s. 363.

³² Manzini, II, n. 474, bk. Battiol (G.), Diritto penale (Palermo, 1962), s. 469; Pannain (B.), Manuale di diritto penale, parte generale (Roma 1942), n. 335; bk. Dalloz, 1946, s. 210.

³³ Antolisei, s. 407.