

T.C.

YARGITAY

16. Ceza Dairesi

TÜRK MİLLETİ ADINA

Y A R G I T A Y İ L A M I

Esas No: 2016/6690

Karar No : 2018/604

Tebliğname No : 16 - 2016/253443

İNCELENEN KARARIN;

Mahkemesi : İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi

Tarihi : 06.05.2016

Numarası : 2016/37 - 2016/162

Sanıklar: 1-Can DÜNDAR, 2-Erdem GÜL

Katılanlar : 1-Recep Tayyip ERDOĞAN,

2-Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı

Suç : Silahlı terör örgütüne yardım etmek, Cebir ve şiddet

kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini

ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını

kısmen ya da tamamen engellemeye teşebbüs

etmek, Devletin güvenliği veya iç veya dış

siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla

gizli kalması gereken bilgileri açıklamak

Suç tarihleri : 29.05.2015 - 12.06.2015

Hüküm : 1-Sanıklar Can Dündar ve Erdem Gül hakkında;

a-Silahlı terör örgütüne yardım etmek suçundan: Kamu davalarının tefriki ile başka bir esasa

kaydedilmesine, yargılamanın yeni dosya üzerinden yürütülmesine (Her iki sanık hakkında ayrı ayrı),

b-Cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen ya da tamamen engellemeye teşebbüs etmek: Beraat

(Her iki sanık bakımından ayrı ayrı),

2-Sanık Can Dünder hakkında: Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibariyle gizli kalması gereken bilgileri açıklamak: 5237 sayılı TCK'nın 329/1, 62/1, 53/1-2-3, 63. maddeleri gereğince mahkumiyet,

3-Sanık Erdem Gül hakkında: Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibariyle gizli kalması gereken bilgileri

açıklamak: 5237 sayılı TCK'nın 329/1, 62/1, 53/1-2-3, 63. maddeleri gereğince mahkumiyet

Temyiz edenler : Sanıklar müdafileri, katılanlar vekilleri, Cumhuriyet savcısı

Tebliğnamedeki düşünce : Düzeltilerek onama

Sanıklar hakkında yerel mahkemece verilen hükümler sanıklar müdafileri, katılanlar vekilleri ve o yer Cumhuriyet savcısı tarafından süresinde temyiz edilmekle dosya incelendi;

GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

I- HUKUK DEVLETİNDE DEVLET SIRRI KAVRAMI:

A-) Genel Olarak:

1982 Anayasasının 2. maddesi ile Türkiye Cumhuriyetinin temel niteliği "hukuk devleti" olarak tayin edilmiştir. "Hukuk devleti; insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasaya uyan devlettir." (Anayasa Mahkemesi 11.10.1963 T.124-243 sy. Kararı)

Meşruluk sitenin/devletin gözle görünmeyen barış meleğidir. (Ferraro) Hukuk devletinin meşruiyet kaynağı hukuktur. Toplumun genelini ilgilendiren her olayın tarihi bir yanı varsa da hukuk devleti bağlamında olaylar hukuka uygun olup olmadıkları ile değerlendirilirler. Hukuk devleti her alanda adil ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kurarak hukuka aykırı ve suç oluşturan her fiili, olay ve fail istisnasına tabi tutmaksızın hukuk denetimine tabi tutar. (Dairenin 2017/1443, 2017/4758 sayılı kararından)

Şeffaflık ve hesap verilebilirlik demokratik bir toplum düzeninin gereklerindedir. (Anayasa Mahkemesi, 11/01/2018 tarih, 2016/23672 Başvuru). Çağdaş demokratik bir hukuk devletinde aslanan devlet adına yapılan tüm eylem ve işlemlerin nüfuz edilebilir, denetlenebilir olması ise de, casusluk fiillerinin tarih kadar eski (Z.Hafizoğulları, M.Özen Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler sh.453) olması, devlet sırlarınının ceza hukukunun himayesi altına alınması gereğini ortaya koymuştur.

Devletin, ülke, insan topluluğu ve iktidar olmak üzere 3 ana unsuru bulunduğu konusunda hemen herkesin birleştiği söylenebilir. Bunlara bazen hukuki ve siyasal düzeni dördüncü bir unsur olarak ekleyenler de vardır. Bu bağlamda; Devlet belli bir ülke üzerinde yerleşmiş zorlayıcı yetkiye sahip ve üstün iktidar tarafından yönetilen bir insan topluluğunun meydana getirdiği siyasal kuruluştur(Acar-Urhal 2007, sy.16,Dr.Hacı Sarıgüzel Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları sh.31).

Hukuk kuralları koyma ve kamu gücünü kullanma tekeli devleti yönetenlerin elindedir (Teziç, Anayasa Hukuku 20.bası sh.128). Modern devletin maddi özünü cebir kullanma tekeline sahip bulunan siyasal iktidar oluşturmaktadır(M.Erdoğan, Anayasal Demokrasi 7.bası sh.327).

Devleti meydana getiren dinamik unsur siyasi iktidar olduğuna göre, bir devletin mevcudiyeti ve devamı iktidarın himayesine bağlıdır. Bunun içindir ki, hukukun en eski günlerinden bu yana değişik sistemler içinde siyasi kuvvetler himaye edilmiştir. Devlet otoritesinin mevcudiyeti ancak siyasi iktidarın himayesiyle mümkündür. Devlet mefhumunun hukuki ve politik karakterini ortaya koyan siyasi iktidar realitesi, devleti diğer topluluklardan ayıran kriterdir. Ülke ve Millet mefhumlarını bir birlik ve siyasi organizasyon halinde ortaya koyan unsur siyasi iktidardır. Bu bakımdan devletin varlığını tehlikelere ve fiili karşıt hareketlere karşı himayesi bir zaruretin icabıdır ve devlete devlet vasfını veren iktidar unsuru bu himayenin en önemli parçasını teşkil etmektedir. Fakat bu himaye demokrasilerde hiçbir zaman fikrin cezalandırılmasına hak vermez (Siyasi İktidar Düzeni ve Foksiyonları Aleyhine Cürümler, Özek, 1967 baskı s.50).

Bu nedenledir ki; siyasi iktidarın milli güvenliğe/milli savunmaya ilişkin birtakım tasarruflarının devlet sırrı kapsamında kalacağı ve özellikle devletin güvenliği veya siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla, gizli kalması gereken bilgilerin yani devlet sırrınının mahkemenin tespit ve vasıflandırmasına

esas olmak üzere temel belirleyici kurumunun; milli savunmanın, TBMM adına yürütmenin temel görevi (Anayasa madde 117) olması nedeniyle doğrudan ya da dolaylı olarak siyasi iktidar olduğunda kuşku olmamalıdır. Zira Devletin güvenlik strateji ve politikalarının, dış ilişkilerdeki hassas dengelerin ancak siyasi otorite tarafından bilindiği tartışmadan varestedir. Nitekim Yargıtay 1.Ceza Dairesi 20/04/1967 tarihli kararında, Hükümetin yetkili üyesi ve Dışişleri Bakanının elde edilen ve yayınlanmak suretiyle ifşa edilen bilgilerin (somut olayda resmi mektubun) devlet sırlarından olduğunu açıklamasını, açıklanan belgenin devlet sırrı olarak kabul edilmesi için yeterli görmüştür.

Çağdaş demokrasilerde de devlet sırrı kavramı ve hükümet tasarrufları bireysel ve kolektif olarak bilgiye ulaşmayı engelleyen iki kurumdur.

B-)Sır Nedir:

Sır, sözlükteki kelime anlamı bakımından; “varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen”, “gizli kalan, gizli tutulan şey”, “akıl erişemediği, açıklanamayan veya çözülemeyen şey”, “giz, gizem”, “bir amaca ulaşmak için kullanılan, başvuru özel ve gizli yöntem” olarak tanımlanmaktadır.

C-)Devlet Sırrına İlişkin Ulusal ve Uluslararası Mevzuattaki Bazı Temel Düzenlemeler:

Ceza kanunu dışında Anayasa, AİHS ve diğer yasalarda da devlet sırrına ilişkin tanımlara ve düzenlemelere yer verilmiştir.

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 19/3. maddesinde, ifade özgürlüğünün ulusal güvenlik ve kamu düzeninin korunması amacıyla sınırlandırılabilirliği vurgulanmıştır.

AİHS'nin 10/2. maddesinde “ulusal güvenliğin” korunması ve demokratik toplumda gerekli olması halinde “devlet sırrı” ifade özgürlüğünü sınırlayıcı istisnalar arasında yer almıştır.

Anayasa'nın 26/2. maddesinde; “Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik; kamu düzeni, kamu güvenliği,...devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması.. amaçlarıyla sınırlandırılabilir.” denilerek düşünce özgürlüğünün kısıtlanmasına yönelik hangi fikir ve düşüncelerin sınırlandırılabilirliği belirtilirken, devlet sırrı kavramına da yer verilmiştir.

Anayasa'nın 28. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında basın hürriyetinin temel ilkeleri;

“MADDE 28- Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamaz.

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.” biçiminde belirlendikten sonra üçüncü fıkrada;

"Basın hürriyetinin sınırlandırılmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır." denilmek suretiyle ifade özgürlüğünün özel bir görünüm şekli olan basın hakkının da, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması amacıyla sınırlandırılabilirliği belirtilmiştir.

Aynı maddenin dördüncü fıkrasında "...devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı, yazarlar veya bastırılanlar veya aynı amaçla, basanlar, başkasına verenler, bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu olurlar..." hükmüne yer verilerek bu sınırlamanın bir ceza normu ile teminat altına alınmasının gereğine ve meşruiyetine işaret edildiği görülmektedir. Böylece devlet

sırrının, anayasal bir himayeye mazhar olduğu ve ifade özgürlüğünün meşru sınırlama kriterlerinden biri olarak kabul gördüğü açıktır.

D-)Türk Ceza Hukuku Bakımından Sır Kavramı ve Devlet sırrı:

5237 sayılı TCK'nın, devlet sırlarına karşı suçları düzenleyen maddelerinde devlet sırrının tanımına yer verilmemiştir.Ancak mevzuatta devlet sırrına ilişkin çeşitli tanımlar mevcuttur;

Ceza Muhakemesi Kanununun 47. maddesinde; "Açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, devlet sırrı sayılır" şeklinde bir tanımlamaya yer verilmiştir.

Yine aynı Kanunun 125. maddesinde, "Bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz." denilerek suç olgusuna dair bilgi içeren belgelerin, iddiaların aydınlatılması için yargılamanın selameti ve aleniliği bağlamında, mahkemeye karşı devlet sırrı olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında "Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hâkim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydettirilir" hükümleri yer almaktadır. Buna göre mahkeme hakiminin sır statüsündeki bilgiyi edinmesi ya da sır olarak koruma altına alınmış belgeleri görmesi, bunların içeriğine vakıf olması, o bilginin sır niteliğini ortadan kaldırmayacaktır.

TCK'nın 326. maddesinin gerekçesine göre; "sır'dan maksat, yetkili bulunmayan kişilerin hakkında bilgi sahibi olmaları hâlinde devletin güvenliğinin, milli varlığının, bütünlüğünün, Anayasal düzeninin veya iç veya dış siyasal yararlarının tehlikeye düşebileceği bilgiler"dir.

Devlet Sırrı; açıklanması veya öğrenilmesi, devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; Anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek ve bu nedenlerle niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgi ve belgelerdir. (Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı m. 3)

Devlet sırrı kavramı ve gizlenmesi gerekli bilgi kavramları ile ilgili karşılaştığımız bir başka yasal düzenleme, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 16. ve 18. maddeleridir. Bu düzenlemelere göre devlet sırrı; "açıklanması hâlinde devletin emniyetine, dış ilişkilerine, milli savunmasına ve millî güvenliğine açıkça zarar verecek ve niteliği itibarıyla devlet sırrı olan gizlilik dereceli bilgi veya belgelerdir. Sivil ve askeri istihbarat birimlerinin görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi veya belgeler, istihbarata ilişkin bilgi veya belgelerdir."

Bu düzenlemeler nazara alındığında;yetkisiz kişilerce bilinmesi uluslararası ilişkiler bakımından devletin güvenliğine ve dış ilişkilerine zarar tehlikesi doğuran bilgilerin devlet sırrı kapsamında olduğu söylenebilir.

Avrupa ülkelerinin çoğunda bilgi ve belgeyi elde eden veya üreten idari makamların, söz konusu bilgi ve belgeleri sır olarak tasnif etmesi sistemi benimsenirken bazı ülkelerde bir bilgi ve belgeyi sır olarak tasnif etme yetkisi bu konuda görevli kılınan idari makam veya kurullara verilmiştir. Kimi ülkelerde ise hangi bilgilerin devlet sırrı niteliğinde olduğuna karar verme yetkisi yürütmenin başı olan başkanındır.

Nitekim Amerika Birleşik Devletleri'nde bu yetki başkana aittir. Bu konuda Amerikan Anayasasında bir hüküm mevcut olmamakla birlikte başkanın ulusal savunma ile uluslararası ilişkileri de kapsayan yürütme görev ve yetkileri arasında devlet sırrını tespit etme ve koruma görevinin de dahil olduğu kabul edilmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi, kararlarında devletin dış ilişkileri konusundaki tek yetkili kişinin başkan olduğunu belirtmiştir (Moynihan Report. S.15,atfen, Kaymaz, Devlet Sırrı s.68). Başkan tarafından 2010 tarihinde yayınlanan 13526 sayılı kararnamede, devlet sırrını belirleme ve buna ilişkin düzenleme yapma yetkisinin başkan ve başkan yardımcısına ait olduğuna hükmetmiştir. Bu yetkiyi başkan bazı görevlilere devredebilir. Keza Ukrayna Devlet Sırları Kanununun 5. maddesine göre,bu yetki devlet başkanına aittir. Rusya'da da hangi tür bilgilerin devlet sırrı kapsamında bulunduğu Devlet Başkanının yayınladığı kararname ile tespit edilmektedir. Belçika'da devlet sırrını tespit etme veya sır kapsamından çıkarma yetkisi,Belçika Devlet Sırrı Kanununun 7. maddesi gereğince Kralın görevlendireceği kişilere aittir. Gürcistan'da ise devlet başkanının devlet sırrına ilişkin listeyi onaylamak ve kendi görev alanıyla ilgili sırları belirlemek yetkisi vardır.

Görüldüğü üzere; ülkelerin bir çoğunda devlet sırrını tasnif edip korumak yürütme organına veya yürütmenin başına verilmiştir.

aa-)Mevzuatımızda genel anlamda sırlarının üçe ayrıldığı görülmektedir;

1-"Özünde devlet sırrı olan bilgi ve belgeler."

2-"Yetkili makamların açıklanmasını yasakladığı bilgi ve belgeler."

3-"Devletin idari kurumlarının gizli tuttuğu bilgi ve belgeler."

1-Özünde Devlet Sırrı Olan Bilgi ve Belgeler: Devletin güvenliği ve bekasına, milli menfaatler ile milli güvenliğine ilişkin bilgi ve belgelerdir. Yetkili makamların açıklanmasını yasakladığı bilgi veya belgeler ise, özünde devlet sırları kadar olmasa da devlet menfaatleri için önemli görülen bilgi veya belgelerdir.

Her ülkenin içinde bulunduğu koşullar ve karşı karşıya bulunduğu tehditler farklı olduğundan, milli güvenliğin tanım ve kapsamı ile milli güvenliğe ilişkin sır olarak korunması gereken bilgiler de farklı olabilir.

2945 sayılı Milli Güvenlik Kurulu, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanununun 2/a maddesinde Milli Güvenlik; "Devletin anayasal düzeninin, milli varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal,kültürel ve ekonomik dahil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanması" olarak tanımlanmıştır.

Amerikan Yüksek Mahkemesine göre; "içeriden veya dışarıdan kaynaklanıp, doğrudan ulusun varlığına yönelik saldırılar karşısında ulusun korunmasına yönelik faaliyetler ulusal güvenliğin kapsamındadır."

Milli güvenlik, yalnızca askeri boyutuyla, ülkenin ve ulusun dışardan kaynaklanan fiziksel askeri saldırılardan korunmasını değil, içeriden kaynaklanıp mevcut anayasal düzeni zorla değiştirmeye yönelik tehditlere karşı da korunmayı ve tehdit tehlikesine karşı gerekli ön tedbirleri almayı gerekli kılar.

TCK'nın 326, 327, 328, 329 ve 330. maddelerindeki, "devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibariyle gizli kalması gereken bilgi, belge veya vesikalar" ifadesiyle "özünde devlet sırrı olan bilgi ve belgeler" kastedilmektedir.

Özünde devlet sırlarının, sırrın objektif ve sübjektif şartını birlikte taşıması gerekir. Bir şeyin sır olabilmesi için devletin bu şeyin sır olarak saklanması hususunda sübjektif iradesi olmalıdır. Bu bilginin sır niteliği taşıması için önceden resmi makamlarca açıklanması gerekmez. Devletin o bilginin gizliliği konusundaki zımni iradesi yeterlidir.

Objektiflik unsuru, bilginin başkaları tarafından bilinmesi ile ilgilidir. Sır olarak gizlenmek istenen şey başkaları tarafından biliniyor ya da bilinmesi gerekiyorsa sır niteliği taşımaz. (Dr Mehmet Yayla s. 64)

Gizli kalması gereken bilgi, kamuya açıklanmış herkesin bildiği şey haline gelmişse sır olmaktan çıkacaktır. Ancak sır teşkil eden bilginin mahiyet ve içeriğini aleniyete sunan hareket ve yöntemler dışında rivayet, tahmin gibi beyan ve açıklamaların bilginin sır olma vasfını ortadan kaldırmayacağı kabul edilmektedir(Erem Faruk, TCK şerhi özel hükümler, cilt 2 1993 baskı, s. 1038;;Savaş, Vural-Mollamahmutoğlu, Sadık TCK. nu yorumu 2, cilt, 2,baskı s. 184).

Günümüzde teknolojinin gelişmesi ve haberleşme imkanlarının artması devlet sırlarını korumayı zorlaştırmaktadır. Her ne kadar devletlerin sırları konusunda çeşitli yayınlar yapılıyorsa da, doğruluğu herkesçe malum olmadıkça, gizli kalması gereken bilgilerin sır olma vasfını ortadan kaldırmaz. (Askeri Yargıtay 3. Dairesi 25.9.1972 tarih ve 1972/5-21 sy. karar)

Bir bilgi veya belgenin özünde devlet sırrı olup olmadığının tayini mahkemeye aittir. Hakimin bilgisi dışında teknik konularda bilirkişi dinlenilebilir. Ancak, mahkeme bilginin niteliğini yani devlet sırrı olup olmadığını kendisi belirleyecektir (Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nun 21972 gün ve 1972/8-9 sayılı kararı).

2-Yetkili makamların açıklanmasını yasakladığı bilgi ve belgeler:

Burada zikredilen sırlar, özünde devlet sırrı olmayan ancak, devlet menfaatleri için gizli tutulması gereken, bu nedenle yetkili makamların kanun veya düzenleyici işlemlerle açıklanmasını yasakladığı bilgi veya belgelerdir.

5237 sayılı TCK'nın 334, 335, 336 ve 337. maddelerinde düzenlenen suçların konusunu, "yetkili makamların, kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgi ve belgeler" in oluşturduğu görülmektedir.

3-Devletin İdari Kurumlarının Gizli Tuttuğu Bilgi ve Belgeler.

Özünde devlet sırrı olmayan veya yetkili makamların açıklanmasını yasaklamadığı, devlet güvenliğini ilgilendirmeyen ancak devletin idaresine ilişkin olan, kamu idaresinin menfaatlerini korumak, güvenilirliğini ve düzenli işleyişini sağlamak için devletin idari kurumlarının gizli tuttuğu bilgi ve belgelerdir.

5237 sayılı TCK'nın İkinci Kitap Dördüncü Kısımının, "Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı Birinci Bölümünde, 258. madde ile düzenlenen "Göreve ilişkin sırrın açıklanması" suçu bu türden sırların himayesini sağlamaktadır.

Türk Ceza Hukuku yönünden, yetkililerce veya düzenleyici işlemlerle açıklanması yasaklanan sır, özünde devlet sırrı niteliği taşımayan ancak, açıklanması ilgili mevzuat hükümlerine göre yasaklanmış ve gizlilik derecesi verilmiş bilgi, belgeler veya şeylerdir.

Yasaklama, yürütmenin herhangi bir işlemiyle yapılabileceği gibi, belgeler üzerine gizlilik derecesini gösteren damga veya özel bir yazının konulması, uyarı veya tabela yerleştirilmesi şeklinde de yapılabilir.

Yetkili makam tarafından duruma göre, sirküler, tebliğ, resmi açıklama, yazılı veya sözlü uyarı aracılığıyla, kişiler veya bireylerin bu konudaki yasaklamalardan haberdar edilmesi sağlanabilir.

Bu yasaklama hukuka uygun yapılmalıdır. Hukuka uygun ve usulüne göre yapılmayan yasaklama, o bilgi, belge veya şeye, açıklanması yasaklanmış sır vasfını kazandırmaz.

Devletin idari makamları veya organları, bilgi, belge veya şeylere, açıklanmasını yasaklanmış sır vasfını çoğunlukla, gizlilik sınıflandırması yaparak vermektedirler.

bb-)Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yönetmeliğine göre; gizlilik dereceleri aşağıda belirtildiği şekilde dört sınıfa ayrılır:

Çok gizli: Bilmesi gerekenlerin dışında diğer kişilerin bilmelerinin istenmediği ve izinsiz açıklandığı takdirde devletin güvenliğine, ulusal varlık ve bütünlüğe, iç ve dış menfaatlerimize hayati bakımdan son derece büyük zararlar verecek, yabancı bir devlete faydalar sağlayacak ve güvenlik bakımından olağanüstü önemi haiz mesaj, rapor, doküman, araç, gereç, tesis ve yerler için kullanılır.

Gizli: Bilmesi gerekenlerin dışında diğer kişilerin bilmelerinin istenmediği ve izinsiz açıklandığı takdirde devletin güvenliğine, ulusal varlık ve bütünlüğe, iç ve dış menfaatlerimize ciddi şekilde zarar verecek, yabancı bir devlete faydalar sağlayacak nitelikte olan mesaj, rapor, doküman, araç, gereç, tesis ve yerler için kullanılır.

Özel: İzinsiz açıklandığı takdirde, devletin menfaat ve prestijini haleldar edecek veya yabancı bir devlete faydalar sağlayacak nitelikte olan mesaj, rapor, doküman, araç, gereç, tesis ve yerler için kullanılır.

Hizmete özel: Kapsadığı bilgi itibarıyla çok gizli, gizli veya özel gizlilik dereceleri ile korunması gerekmeyen fakat bilmesi gerekenlerden başkası tarafından bilinmesi istenmeyen mesaj, rapor, doküman, araç, gereç, tesis ve yerler için kullanılmaktadır.

II-TÜRK CEZA KANUNU'NDA DÜZENLENEN DEVLET SIRLARINA KARŞI SUÇLAR VE CASUSLUK SUÇLARI

5237 sayılı TCK İkinci Kitap,Dördüncü Kısım,Yedinci Bölüm'de Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk adı altında, 326-339. maddelerinde yer alan suçlardan konu ile ilgili olanları şöyle düzenlenmiştir:

A-Devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme

Madde 327- (1) Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla, gizli kalması gereken bilgileri temin eden kimseye üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.

...

B-Siyasal veya askerî casusluk

Madde 328. - (1) Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla, gizli kalması gereken bilgileri, siyasal veya askerî casusluk maksadıyla temin eden kimseye onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası verilir.

...

C-Devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama

Madde 329- (1) Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri açıklayan kimseye beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

...

D-Gizli kalması gereken bilgileri açıklama

Madde 330- (1) Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri siyasal veya askerî casusluk maksadıyla açıklayan kimseye müebbet hapis cezası verilir.

...

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 327. maddesinde yer alan düzenleme, Mülga 765 sayılı TCK'nın 132. maddesinin 2. ve 4. fıkralarının, 328. maddesinde yer alan düzenleme, 765 sayılı TCK'nın 133. maddesinin 1. ve 2. fıkralarının, 329. maddesinde yer alan düzenleme, 765 sayılı TCK'nın 136. maddesinin 1. 2. ve 5. fıkralarının, 330. maddesinde yer alan düzenleme ise, 765 sayılı TCK'nın 137. maddesinin 3. fıkrasının karşılığı olarak, suçun unsurları aynen korunmak suretiyle kısmen sadeleştirilerek yer almıştır.

aa-Bu suçlar ile korunan hukuki yarar; devlet güvenliği, iç veya dış siyasal yararları ve milli savunmaya ilişkin menfaatlerdir. Madde gerekçesinde de korunan menfaat, millî savunma olarak belirtilmektedir. Bu nedenle korunan hukuki değer belgenin ya da bilginin ihtiva ettiği sır değil, devletin güvenliği ve siyasi menfaatleridir. (Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 09/01/1973 tarih, 4640-19 sayılı kararı, Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 21/06/2007 tarih, 83-81 sayılı kararı) Burada önemli olan husus temin edilen ya da açıklanan bilgilerin, devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları gereği gizli kalmasının zorunlu olmasıdır.

bb-Suçların konusu; Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları gereği, "niteliği bakımından" gizli kalması gerekli bilgiler oluşturmaktadır. Gizliliği gerekli kılan husus Devletin güvenliği veya iç ve dış siyasal yararlarıdır.Devletin güvenliği veya siyasal yararları ile yakından ilgili olan ve elde edilmeleri bu değerleri tehlikeye sokabilecek mahiyet taşıyan bu bilginin özünde sır niteliğinde olması da gerekir(Erem, a.g.e. cilt 1s. 48; Gözübüyük. Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli TCK. Açıklaması, cilt 1. S.510; Ögel,s 1034; Öztürk, s.384; Çağlayan, s.28).

Herkes tarafından bilinen şeyler sırrın konusu olamaz (Askeri Yargıtay 2. Dairesi 1987/762-747 sayılı ilamı). Sır, başkalarına kapalı, alenileşmemiş gizlenmesinde yarar görülen bir alan olduğu için artık sır vasfı kalmamış aleni hale gelen bilgilerin sır kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir(AİHM, 26/11/1991 tarih, Sunday Times/İngiltere Kararı). Eğer bilgi, temin edilmeden önce açıklanmış veya

herkes tarafından bilinen bir husus hâline gelmiş ise, artık sır olma vasfını kaybettiğinden, temini suç oluşturmayacaktır. Ancak, herkes tarafından öğrenildiğini kabul etmek için bu bilginin esasının, ruhunun kesin surette öğrenilmiş olması gerekmektedir.

Ancak rivayet, tahmin, şayia gibi hususlar bilginin sır olma vasfını ortadan kaldırmayacağı gibi (Erem, Faruk, TCK şerhi özel hükümler, cilt 2 1993 baskı, s. 1038;; Savaş, Vural-Mollamahmutoğlu, Sadık TCK. nu yorumu 2, cilt, 2, baskı s. 184, Ögel 1940, s.1025) daha önce kısmen açıklansa ya da yayına konu olsa da, kapsam ve niteliği itibarıyla devletin güvenliği veya siyasal yararlarını koruma kabiliyetini muhafaza eden bilginin temini de bu suçlara vücut verir.

Suçlar, soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Gizli kalması gerekli bilgilerin temin edilmesi veya açıklanması dışında başka bir neticenin gerçekleştirilmesi aranmamıştır.

cc-TCK'nun 327. maddesinde yer alan suçun maddi unsuru, Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları gereği, niteliği bakımından gizli kalması gerekli bilgilerin temin edilmesidir.

TCK'nun 328. maddesi ise, Devletin güvenliğine veya iç veya dış siyasal yararlarına ilişkin belge ya da vesika içeriklerindeki bilgilerin "siyasal veya askerî casusluk" maksadıyla temin edilmesini cezalandırmaktadır. Suçun maddi unsuru; suça konu bilgileri, siyasal veya askeri casusluk maksadıyla "temin etmek" tir. (Erem, a.g.e. cilt 1, s.50; Gözübüyük, a.g.e. Cilt 1. S.510; Ögel, s.1034; Öztürk, s.384)

TCK'nun 328. maddesinde düzenlenen suçu, 327. maddedeki suçtan ayıran tek özelliğin, devletin güvenliğine veya iç veya dış siyasal yararlarına ilişkin belge ya da vesika içeriklerindeki bilgilerin "siyasal veya askerî casusluk" maksadıyla temin edilmesi olduğu açıkça görülmektedir.

"Temin" kelimesi gizli kalması gereken bilgilerin öğrenilmesi için çaba göstermek, bu hususta vasıtalara başvurma gereğini ifade etmektedir. Bilgilerin böylece temini yani öğrenilmesiyle suç oluşur; bu suçun oluşabilmesi için bunların açıklanmasına gerek yoktur.

Temin etme, belgelerin alınmasını gerektirmeden bu belgelerin içindeki bilgilerin öğrenilmesi anlamındadır. (Dolunay, 2007, s.456-457) Madde de suç için "temin etme" şeklindeki tek bir hareket öngörülmüş ise de, temin etme çeşitli yollarla olabilir (Arslan-Azizağaoğlu, 2004, s.1291). Bilgiyi temin etmek için kullanılan vasıtanın önemi yoktur. Bilgilerin temin edilmesi; bilgiyi içeren belgeyi ele geçirme, kopyasını elde etme, fotoğrafını çekme, başka bir yere kaydetme gibi çeşitli davranışlarla işlenebilir. Fakat suç, yalnızca temin etme hareketi ile işlenebileceğinden bağlı hareketli suç tipindedir (Dr.H.Sarıgül Devlet Sırlarına Karşı Suçlar...syf.237).

Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 24.02.1940 gün ve 1940/828-477 sayılı kararıyla, "Malumatın tesadüfi olmaksızın casusluk kast ve niyetiyle gayret ve mesai sarf edilerek istihsalinin lüzumlu olduğuna" işaret edilmiştir.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununun 132.nci maddesinin ikinci fıkrasının ilk hali; "gizli kalması gereken malumatı elde eden..." şeklindeyken madde de 11.06.1936 tarih ve 3038 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte, "elde eden" tabiri yerine "istihsal eden" tabiri getirilmişti. Bundan maksat, tesadüfen böyle bir malumatı elde eden kimsenin hareketinin suç sayılmayacağını, bu suçun teşekkülü için, gizli kalması gereken malumatı bazı teşebbüslerde bulunmak suretiyle istihsal etmenin gerekliliği idi (Çağlayan, 1984, s.26). 5237 sayılı TCK 'da ise "temin etme" ibaresi tercih edilmiştir. Şu halde, "temin" kelimesinin; gizli kalması gereken bilgilerin tesadüfi öğrenilmesi dışında iradi, bilinçli

ve icrai bir çaba göstererek, bu hususta vasıtalara başvurarak ya da aracılara ulaşılması suretiyle herhangi bir şekilde öğrenilmesi olarak anlaşılması gerekmektedir. Böylece bilginin doğrudan kaynağından veya nakledenden temini arasında bir fark yoktur.

Bilginin temini için kullanılan vasıtanın önemi olmadığı gibi bilgiyi içeren belgenin de elde edilmiş olması ve temin edilen bu bilginin başkasına verilmesi şart değildir(Erem, a.g.e. Cilt . S.50). "Suç, sır olan bilginin temin edilmesiyle tamamlanmış olur." (Dr. Mehmet Yayla a.g.e. S. 197)

Gerek mülga 765 sayılı Ceza Kanunu gerekse 5237 sayılı Ceza Kanununda "casusluk" açık bir şekilde tarif edilmiş değildir. Öğretide, "casusluk; bir bilgi ya da hedefe ulaşmak için yapılan gizli haber alma faaliyeti, organizasyon ve metotların tümüne verilen addır. Casus ise bu faaliyeti yürüten kişidir". (Dr. Mehmet YAYLA, Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk, Mayıs 2012 baskı-s.46)

Doktrinde "Siyasi casusluk", yabancı devlet yararına Türkiye Devletinin veya vatandaşlarının veya Türkiye'de oturmakta, ikamet etmekte olanların zararına olacak bilgilerin toplanması olarak tanımlanmaktadır (Doç. Dr. Murat BALCI, FSM. Üniv. Hukuk Fak Ceza ve Muhakeme Hukuku Öğr. Üyesi, yayınlanmamış makale).

Madde gerekçesine göre ise siyasal casusluktan maksat; yabancı bir devlet yararına, Türkiye Devletinin veya vatandaşlarının veya Türkiye'de oturmakta, ikâmet etmekte olanların zararına olarak bilgilerin toplanması demektir. Kamu sağlığına ilişkin, malî veya milletin maneviyatına ilişkin gizli kalması gereken bütün bilgiler casusluğun kapsamı içindedir.

Askerî casusluktan maksat ise; yabancı devlet yararına ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti zararına askerî bilgilerin toplanmasıdır.

TCK'nın 329. maddesinde; Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları gereği, niteliği bakımından gizli kalması gerekli bilgilerin açıklanması, 330. maddesinde de bu bilgilerin, "siyasal veya askerî casusluk maksadıyla" açıklanması suç sayılarak yaptırıma bağlanmıştır.

Her iki suçun maddî unsuru olan "açıklama", yukarıda nitelikleri gösterilen devlet sırlarının bir veya birden fazla kişiye her ne suretle olursa olsun bildirilmesi ya da nakledilmesidir. TCK'nın 330. maddesini, 329.maddesinden ayıran unsurun, devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları gereği, niteliği bakımından gizli kalması gerekli bilgilerin "siyasal veya askerî casusluk" özel maksadı/saiki ile açıklanması olduğu anlaşılmaktadır.

Suçların faili herkes olabilir.

dd-Suçların manevi unsuru; genel kasttır. Ancak bazı hallerde, suçun kanuni tanımındaki unsurlarının fail tarafından bilinerek ve istenerek gerçekleştirilmesi, suçun oluşumu için yeterli görülmeyebilir. Bu gibi hallerde, suç tipinde kişinin kastı dışında ayrıca belli bir saikle hareket etmesi aranmıştır. Saik; amaç ya da gaye, kasttan önce gelen, kastı hazırlayan bir duygu ve düşüncedir. Suçun işlenmesine neden olan gerekçedir. Saik, her ne kadar suçun unsuru değil ise de, manevi unsurun gerçekleşmesi bakımından aranan husus haline gelebilir. Bu bağlamda, siyasal ve askeri casusluk suçlarında özel saik de aranmaktadır. Esasen Ceza Kanununun 327. maddesinde tanımlanan suç ile 328. maddede tanımlanan suç ayıran en temel kriter "casusluk maksadı"dır.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi 18.06.2014 tarih 2014/4290-7360 sayılı, 08.05.1975 tarih ve 11 esas - 16 sayılı kararlarında ve Askeri Yargıtay bir kısım kararlarında (Askeri Yargıtay Dava Daireleri Kurulu 02.10.1997 gün ve 1997/98-114 sayılı,29.06.1978 tarih ve 70 esas-58 sayılı kararları gibi) casusluk suçlarının oluşması için, "casus ile casusluğu talep eden arasında bir anlaşmanın varlığı"nı aramıştır.Ne var ki bu düşünce doktrinde; failin, herhangi bir ülke ya da organizasyon ile anlaşma olmadan bilgi ve belgeleri temin edip, sonradan belirleyebileceği bir devlete servis edebilme ihtimalinin her zaman mümkün olduğu (Dr. Mehmet Yayla, a.g.e.s.201-202), madde metninde ve gerekçesinde açıkça belirtildiği gibi siyasal ve askeri casusluk maksadının manevi unsur içinde değerlendirilmesi gereken bir konu olmasına rağmen maddede olmayan bir şartın, suç tipinin oluşumu için aranmasının doğru olmadığı(Dr. Murat Balcı. F.S.M. Üniv. a. g. makale) gerekçeleriyle haklı olarak eleştirilmiştir.

Bilindiği üzere kast, kişinin iç dünyasıyla ilgili bir kavram olup, kastın açıkça ifade edilmediği durumlarda iç dünyaya ait bu olgunun dış dünyaya yansıyan davranışlara bakılarak belirlenmesi gerekir. Bu itibarla anılan suçlar yönünden kastın belirlenmesinde; failin kişilik özellikleri, bilgilerin temin edilme zaman ve yeri, bilgilerin temin edilme yöntemi, bir örgüt mensubu ise örgütün amaç ve faaliyetleri gibi kriterlere bakılmalıdır. Özel olarak istihbarat birimlerinde(MİT. Emniyet ve Jandarma istihbaratı) görevlendirilmiş kişilerin izinsiz bilgi paylaşımı halinde casusluk maksadının bulunduğu kabul edilmelidir. Zaman ve yer açısından ise, ülkeler arası ikili ilişkilerin gergin olduğu zamanlarda ya da terör olaylarının yoğun yaşandığı dönemde sır niteliğindeki bilgilerin temin edilmesi halinde casusluk kastının varlığı kabul edilebilir.

Bu cümleden olarak "Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu'nda görevli bulunan Bakanlar ve Kuvvet Komutanlarının milli güvenlikle ilgili gerçekleştirdikleri faaliyetler dolayısıyla dinlenilmeleri devlet sırrı kabul edilebilecek bilgiler bakımından siyasi casusluk kapsamında değerlendirilmelidir". (Doç.Dr. Murat Balcı, a.g.makale)

Yorum,yasa metnine bağlı kalarak anlam ve kapsamının belirlenmesine ilişkin mantıki bir ameliyedir.Suç tanımı yapan yasa metninde bulunmayan bir unsurun içtihat yoluyla yasaya eklenmesi, kanun koyucunun yerine geçilerek zımnem yasama yetkisine müdahale sonucunu doğuracaktır. Öğretide de kabul edildiği gibi, casusluk amacı ile bilginin temin edilmesi TCK'nın 328.maddesinde düzenlenen suçun oluşumu için yeterlidir. Başka bir ülkeye veya yapıya vermek zorunlu değildir. Aksine kabul, yasa koyucunun madde metni ve gerekçesinde yer vermediği bir unsurun içtihat yoluyla yasaya dahil edilmesi demektir. (Dairenin 28.06.2016 tarih, 2016/638-4601sy.kararından)

Şu hale göre, casusluk suçları yönünden, madde gerekçesi de nazara alındığında niteliği gereği devlet sırrı olan bilginin, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin zararına, yabancı bir devlet yararına temin edilmesi ya da açıklanması gerekmekte ise de, casus ile casusluğu talep eden arasında, bu bilgi ve belgelerin karşı tarafa aktarılmasına yönelik bir anlaşmanın bulunması şart değildir. Anılan suçların niteliği ve işleniş şekli itibariyle,kanunun öngörmediği böyle bir unsurun suçun oluşması için gerekli kabul edilmesi, ispatının neredeyse imkansız olması nedeniyle bu tür suçların yaptırımsız kalması sonucunu doğuracaktır.

Askeri Yargıtay'ın 27.01.1942 tarih ve 1723 esas - 1819 sayılı kararında yapılan; "Mahkemece tespit edilen suçun tavsif şekline nazaran fiil alelade ifşadan ibaret olup hadisede casusluk kastının vucudu anlaşılabilir için suçun muktazi unsuru olan sırrın yabancı bir devlete veya onun namına

hareket eden şahsa ittilainı isali şart olup," şeklindeki saptama, TCK'nın 330.maddesinde düzenlenen devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgilerin, "siyasal veya askerî casusluk" maksadıyla açıklanması suçu bakımından sanığın kastının "alalade ifşa/açıklama" olmadığını, başka bir tabirle sırrın yabancı bir devletin veya onun namına hareket eden şahsın öğrenmesini/ittilainı amaçlamasının, sırrın muhatabına ulaşmasını/isalini hedeflemesinin şart olduğunu vurgulaması itibarıyla önemlidir.

Öğretide Hafizoğulları/Özen'e göre; Devlet sırrını temin ile siyasi ve askeri casusluk suçları arasındaki fark suç saiki ile ilgilidir. Suçluluk faaliyetinin amacını teşkil eden casusluk, temine çalışılan gizli kalması gereken bilginin niteliğine göre ya siyasi ya da askeri casusluk olur.

Aynı yazarların aktarımlarına nazaran; İtalya doktrininde (Antolesei, Diritto, Penale, Ps, II, syf. 987), failin, bir çıkar karşılığı olarak hareket etmesinin, bilgiyi yabancı bir devletin bilgisine ulaştırmak niyetinde olmasının gerekmediği, hatta failin, bilgiyi örneğin, hükümet muhaliflerine, bir siyasi partiye vs., iletmek niyetiyle temin etmek istemiş olmasının yeterli olduğu, ancak fail bilgiyi kendi şahsi çıkarını gözeterek alırsa fiilin bu suçu değil, devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme suçunu oluşturacağı... ifade edilmektedir. (Hafizoğulları/Özen; TCK. Millet ve Devlete Karşı Suçlar 2016 baskı syf.461)

ee-Suçların içtimaı mes'elesine gelince; 5237 sayılı TCK'nın, genel prensibinin gerçek içtima olduğunda tereddüt yoktur. Kanunun fikrî içtimaı düzenleyen 44.maddesine göre, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır. Anılan maddenin uygulanması için ön şart, olayda görünüşte içtima kurallarının tatbik imkanının bulunmaması ve fikri içtima yasağını öngören özel bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır. Fiilin, hukuki anlamda tek bir fiil olması icabeder. Anılan suçlar bakımından, "temin etmek" ve "açıklamak" fiillerinin, suçların tehlike suçu olmaları nedeniyle ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi de aranmayacağından ayrı ayrı iki fiil olduğunda kuşku yoktur. Açıklamak eylemi için, kanunun 327.ve328. maddesinin maddi unsurunu oluşturan "temin etmek"dışında herhangi bir biçimde (tesadüfen elde etmek gibi) de, suç konusu bilgilerin ele geçmesi mümkün bulunduğu görünüşte içtima kurallarının tatbiki de mümkün değildir. Değerlendirme konusu suçlar yönünden gerek mülga 765 sayılı gerekse mer'i 5237 sayılı TCK uygulamasında gerçek içtima kurallarının tatbiki gerektiği hususunda doktrin ve Yargıtay tereddüte yer bırakmayacak açıklıkta ve kararlılıktadır. 5237 sayılı TCK İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, Yedinci Bölüm'de Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk adı altında, 327-330. maddelerinde yer alan suçlarla ilgili olarak fikri içtima ve bileşik suçtan bahsedilemez (Z.Hafizoğulları-M.Özen Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler shf.459-470). Gizli bilgilerin temin edilmesiyle TCK'nın 327 ya da 328.maddelerindeki suç oluşur. Bu bilgilerin açıklanması ayrıca 329 veya 330.maddede düzenlenen suçu da oluşturur (Dr.H.Sarıgüzel Devlet Sırlarına Karşı Suçlar...syf.243). Temin edilen bu bilginin başkasına verilmesi/açıklanması şart değildir (Erem, a.g.e. Cilt . S.50,61). "Suç, sır olan bilginin temin edilmesiyle tamamlanmış olur." (Dr. Mehmet Yayla a.g.e. s. 197)

Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 20/04/1967 tarihli kararında da bu husus açıkça vurgulanmıştır. Anılan karar şöyledir:

"Selâhiyetli makamların neşir ve ifşasını men ettiği sırrı istihsal etmekten sanık C. A.'nın fiiline; bu sırrı gazetede yayınlamak suretiyle iştirakten sanıklar Hürriyet Gazetesi yazı işleri müdürü F. D. ile, aynı gazetenin İzmir neşriyat müdürü A.Ö.'un, yapılan ilk tahkikat sonunda, delil yokluğuna binaen

muhakemelerinin men'ine dair İstanbul 4. Sorgu Hakimliğinden verilen 31.12.1966 tarihli karar C. Savcılığınca vakti itirazın reddine ilişkin İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığınca ittihaz olunan 8.2.1967 günlü kararın, sanıkların üzerine atılan suç: Kıbrıs olayları ile ilgili olarak Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Lyndon B. Johnson'un 5 Haziran 1964 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Başbakanı İsmet İnönü'ye yazdığı ve Hürriyet Gazetesinin Ankara mümessili C.A. tarafından her nasılsa elde edilen mektubu, Hürriyet Gazetesinin 13 Ocak 1966 tarihli İstanbul, Ankara, Adana ve İzmir nüshalarında neşretmek suretiyle ifşasından ibarettir.

Sözü geçen mektup, C.A. tarafından, kimden ve ne şekilde alındığı tespit edilmemekle beraber, istihsal olunduğuna göre; fiilin TCK. nun 3038 sayılı kanunla değişen 132/2. maddesine değineceği, ancak; bu suçun tekevvünü için ayrıca "ifşa" unsurunun mevcudiyetinin de şart olmadığı, ifşanın ise kanununun 136. maddesinin birinci fıkrasıyla ayrı ve müstakil bir suç ad ve kabul olunduğu, adları geçen sanıklar da bahis konusu mektubu Hürriyet gazetesinde yayınladıklarına göre; fiillerinin 136. maddeye temas eylediği, mektubun yayımlandığı gazete nüshası bunun en kesin bir delili olup; kendilerinin, mektubu istihsal eden şahsın fiiline iştirak edip etmediği hususunu ve olayda iştirakin unsurlarını aramağa lüzum ve zaruret bulunmadığı gözetilmeden, yazılı olduğu üzere men'i muhakeme kararına vaki itirazın reddine karar ittihazında isabet görülmediğinden CMUK'nun 343 üncü maddesi uyarınca bozulması Yüksek Adalet Bakanlığının 30.3.1967 gün ve 9728 sayılı yazılı emrine atfen C. Başsavcılığından ihbar ve dava dosyası 3.4.1967 gün ve 967/226 sayılı tebliğname ile Yargıtay Birinci Ceza Dairesine gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği konuşuldu ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Gizli kalması devletin milli ve milletlerarası menfaatleri icabından olarak Amerika Birleşik Devletleri Başkanının Kıbrıs meselesi dolayısı ile Türkiye Cumhuriyeti Başbakanına yazmış olduğu mektup 13.1.1966 tarihinde Hürriyet Gazetesinde yayınlanmak suretiyle bir yandan devlet sırrını sağlama (madde 132) ve öte yandan sağlanan devlet sırrını ifşa (madde 136) fiilleri işlenmiştir.

Nitekim Dışişleri Bakanı Cumhuriyet Senatosunda 13.1.1966 ve Millet Meclisinde 14.1.1966 tarihli oturumlarında gündem dışı yaptığı konuşmalarda, aynen şöyle demiştir:

"Mektubun elde edilmiş şekli ve yayınlanmasından doğan suç üzerinde ilgili savcılıklar tarafından kanuni takibat derhal başlamıştır."

Şu hale göre Hükümetin yetkili üyesi ve Dışişleri Bakanı elde edilen ve yayınlanmak suretiyle ifşa edilen bilgilerin yani resmi mektubun devlet sırrlarından olduğunu açık ve seçik bir şekilde belirtmiştir. Amerika Birleşik Devletleri Başkanının Türkiye Başbakanına ve Başbakanın Başkana karşılıklı olarak göndermiş oldukları resmi mektupların sonradan resmi ve yetkili mercilerin kararlarıyla yayınlanmış olması daha önce işlenmiş bulunan devlet sırrını elde etmek ve ifşa eylemek fiillerini ortadan kaldırmaz. Kaldı ki, bütün bu hususların yani işlenen fiillerin sözü geçen cürümlerin maddi unsurların meydana getirip getirmediklerini ve sanıkların suç kasıtları olup olmadığını takdir ancak görevli mahkemeye ait bir yetkidir. Sorgu Hakimliği görev ve yetkisi mahkemelerin görev ve yetkileri mahiyetinde olmadığından delilleri takdir yetkisi bahse konu da değildir.

TCK'nun 132 nci maddesinin ikinci fıkrasında gizli kalması devletin emniyeti ve milli veya milletlerarası menfaatleri icabından olan bilgileri sağlama fiili cürüm sayılmıştır.

132 nci maddenin ikinci fıkrası İtalya 1930 CK'nun 256 ncı maddesinden aynen alınmış olup hedefi devletin şahsiyetini ve dolayısıyla emniyetini korumaktır.

Burada korunan şey, sağlanan bilginin sır olması değil, devletin güvenliği ve siyasi menfaatleridir.

136 ncı madde İtalya 1930 Ceza Kanununun 261 nci maddesinden aynen alınmıştır. 136 ncı maddede ise 132 nci maddede yazılı, devletin emniyetini, milli veya milletlerarası menfaatleri icabi gizli kalması lazım gelen bilgileri (ifşa) ayrı bir suç sayılmıştır. İfşa devlete ait bir sırrın bir veya birden fazla kimselere bildirilmesidir. İfşa suç olduğu gibi ifşa edilen gizli bilgileri almakta suçtur.

Şu hale göre, Devlet sırrını sağlama ayrı ve sağlanan devlet sırrını ifşa ise ayrı birer cürümdür. Nitekim 136 ncı maddenin dördüncü fıkrası ifşa edilen gizli bilgilerin alınmasını da cürüm saymıştır.

Bu sebeplerle devlet sırrının sağlanması ve sağlanan sırrın ifşası ayrı ayrı birer cürüm olduklarından bunların faileri arasında asli ve fer'i, maddi veya manevi ortaklık söz konusu değildir ve buna lüzum da yoktur.

Yukardan beri 132 ve 136 ncı maddeler hükümlerinin yapılan bilimsel açıklamalarına göre bir suretle temin edilen devlet sırrını ifşa edenlerin bu sırrı temin edenlerle suç ortaklığı söz konusu ve gerekli değildir." (Savaş Molamahmutoğlu, a.g.e., s.1776-1777)

Bu itibarla sanıkların eylemlerinin TCK'nın 44. maddesi gereğince tek suç oluşturduğu yönündeki kabulde hukuki isabet bulunmamaktadır.

5237 sayılı TCK ile benimsenen suç teorisine göre suç; kanuni tipe uygun, haksızlık içeren, kusurlu ve hukuka aykırı eylemleri ifade ettiğinden anılan suçlar bakımından hukuka aykırılık unsuru üzerinde de durmak gerekir.

B-Hukuka Aykırılık;

Hukuka aykırılık genel bir ifadeyle, hukuka (hakka) karşı gelmek (Heinrich I kn 305) onunla çatışma halinde olmak demektir. Suçun unsuru olarak hukuka aykırılık ise, işlenen fiile hukuk düzeni tarafından cevaz verilmemesi, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması anlamına gelmektedir. (Koca, Üzülmez, A.g.e.s. 252, Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoğlu, Av. Serra Karadeniz-LLM, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, syf. 450)

Hukuka aykırılık, tipe uygunluktan sonra, suçun yapısında ikinci aşamayı oluşturur. Başka bir anlatımla işlenen fiil ile tipik haksızlığın gerçekleştiğinin tespitinden sonra yine bu fiille bir hukuka aykırılık yönünden değerlendirme yapılacaktır.

Bir davranışın tipe uygunluğunun belirlenmesiyle suç teşkil eden haksızlık gerçekleşmiş olur. Şayet olayda bir hukuka uygunluk nedeni yoksa, tipe uygun davranış aynı zamanda hukuka da aykırı olacak ve suç teşkil edecektir.

C-Hukuka Uygunluk Nedenleri;

Suçun hukuka aykırılığını ortadan kaldıran ve dolayısıyla fiilin suç teşkil etmesini engelleyen bu nedenlere hukuka uygunluk sebepleri veya haksızlığı ortadan kaldıran sebepler denir. (Roxin. 1 s. 14)

Klasik suç teorisine göre; Objektif olarak bir hukuka uygunluk sebebinin bulunması halinde, failin bunu bilip bilmemesi, yani iradesinin hukuka uygunluğu kapsayıp kapsamaması önemsizdir. Hareketin hukuka uygun olduğu kabul edilmelidir. Hukuka aykırılık neticeye göre belirlenecektir. Hukuka uygunluk sebeplerinden biri objektif olarak mevcut ise fiil hukuka uygundur.

İkinci görüşe göre; Hukuka uygunluk sebebinin objektif olarak varlığı yeterli değildir. Fail, fiili hukuka uygun hale getiren durumun varlığını bilmeli ve kendisine bu surette verilen yetkinin icrası veya yüklenen yükümlülüğün gerçekleştirilmesi amacıyla hareket etmelidir. (Özgenç, a.g.e. s. 267 -268, Özbek, TCK İzmir şerhi s. 335, Artuk - Gökçen - Yenidünya a.ge. s. 372)

5237 sayılı TCK'da yer alan hukuka uygunluk nedenleri şunlardır;

- kanunun hükmünü yerine getirme (TCK 24.md.),

- meşru savunma (TCK 25/1.md.),

- hakkın kullanılması (TCK 26/1.md.)

-ve ilgilinin rızası (TCK 26/2.md.). (Dairenin 2017/1443, 2017/4758 sayılı kararından)

İlgisi sebebiyle bir hukuka uygunluk nedeni olarak hakkın kullanılması (TCK 26/1.md.) bağlamında savunmaların dayandığı basın yayın hakkının irdelenmesi gerekecektir.

D-İfade ve basın özgürlüğü

a-Genel olarak;

Anayasanın 25 ve 26. AİHS'nin 10. maddeleri ile teminat altına alınan, düşünce ve kanaate sahip olma, bilgiye erişme (haber alma), düşünce ve kanaati açıklama ve yayma haklarını da kapsayan ifade özgürlüğü; demokratik toplumun vazgeçilmez unsurlarından biri olarak, toplumun gelişmesi, bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi için en temel haklardan birisidir. Basın özgürlüğü ise AİHS'nin 10.maddesi çerçevesinde korunurken, Anayasanın 28. maddesinde özel bir himaye görmüştür.

Demokratik bir toplumdan beklenen, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin zaruri umdesi olan ifade ve basın özgürlüğünün, esas itibarıyla siyasi otoritenin veya halkın çoğunluğunun onaylamadığı, sarsıcı rahatsız edici görüş ve düşünceleri de koruduğu (AİHM, Handyside/Birleşik Krallık Başvurusu) kabul edilmektedir.

Ancak toplum hayatında temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması kaçınılmazdır. Çünkü toplumsal yaşama gerçeği ve bu gerçeğin zorunlu unsuru olan "ortak düzen" realitesi, özgürlükler idealitesinin sınırlılığını koşullamaktadır. (Eren 2004 sy. 15) Düzensizlik, kargaşa ve huzursuzluk içinde gerçek özgürlüğün varlığından bahsedilemez. Hürriyetlerin sınırlandırılmadığı bir ortam, toplum hayatı ve kamu düzeni açısından tehlikeli olduğu gibi bireylerin kendi menfaatlerinin de aleyhinedir. Sınırları belirtilmeyen özgürlükler özgürlük vaadinden başka birşey değildir. Bu vadin sosyal hayat içinde bir kargaşa ortamı yaratmadan, gerçek manada vücut bulabilmesi için ham madde halindeki hürriyetlerin kanun yoluyla işlenmesi ve herkesin hak ve hürriyetlerinin nereye kadar uzanıp nerede bittiğinin açıkça belli edilmesi gerekir." (Münci Kapani 1970, sy. 204) (Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları H. Sarıgüzel sy. 23)

Mutlak haklardan olmayan ifade ve basın özgürlüğünün, gerek bilgiye ulaşmada/haber almada, gerekse düşünce ve kanaati açıklama ve yaymada sınırsız bir özgürlük vadetmediği de tartışmadan varestedir. AİHS kişilere her türlü bilgiye erişim hakkı tanımamıştır (AİHM, Loiseau/Fransa Başvurusu). Nitekim hem AİHS, hem Anayasa, hem de Basın Kanunu, demokratik toplumun zorladığı bir gerekliliğin varlığı durumunda, meşru amaçlar için, hakkın özüne dokunmayan ölçülü sınırlamaların getirilebileceğini öngörmüştür.

Diğer taraftan Anayasa'nın 12. maddesinin "Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder." biçimindeki ikinci fıkrası, kişilerin sahip oldukları temel hak ve hürriyetleri kullanırken ödev ve sorumluluklarının da bulunduğu gönderme yapmaktadır. Dolayısıyla ifade ve basın özgürlüklerinin kullanımı yönünden basın için geçerli olan bazı "görev ve sorumluluklar" da bulunmaktadır. (Anayasa Mahkemesi 15.02.2017 tarih, 2014/2983 ve 25.02.2016 tarih, 2015/18567 Başvuru)

Sanıkların hukuki durumu bağlamında; Anayasanın 26/2. maddesinde, "Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması", AİHS'nin 10/2. maddesinde "gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi" 5187 sayılı Basın Kanununun 3/2 maddesinde, "Devlet sırlarının açıklanmaması", sınırlama için öngörülen meşru sebepler arasında yer almıştır.

Devlet sırları, devletin güvenliğini ve bekasını ilgilendirdiğinden hemen her hukuk sistemi bu sırların muhafazası hususunda büyük bir hassasiyet göstermekte, kuralın ihlalini veya buna teşebbüs etmeyi ağır şekilde cezalandırmaktadır.

Türk hukuku bakımından da durum aynıdır. Anayasa'nın 28. maddesindeki, "...Devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı, yazanlar veya bastırılanlar veya aynı amaçla, basanlar, başkasına verenler, bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu olurlar." hükmüne istinaden kanun koyucu, 5237 sayılı TCK İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, Yedinci Bölüm'de Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk adı altında, 326-339. maddelerinde yer alan suçlar ihdas etmiştir.

b-Basın suçu ve bu suçlara ilişkin özel durumlar;

Konu ile ilgili yasal düzenlemeler şu şekildedir;

5187 sayılı Basın Kanunu

Tanımlar

Madde 2- Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Basılmış eser: Yayımlanmak üzere her türlü basım araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınlarını,

b) Yayım: Basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulmasını,

c) Süreli yayın: Belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınlarını,

...

h) Süresiz yayın: Belli aralıklarla yayımlanmayan kitap, armağan gibi basılmış eserleri,

ı) Eser sahibi: Süreli veya süresiz yayının içeriğini oluşturan yazıyı veya haberi yazanı, çevireni veya resmi ya da karikatürü yapanı,

j) Yayımcı: Bir eseri basılmış eser durumuna getirip yayımlayan gerçek veya tüzel kişiyi,...ifade eder.

Basın özgürlüğü

Madde 3- Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir.

Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlâkının, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir.

Cezai sorumluluk

Madde 11- Basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında oluşur.

Süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur.

Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir.

...

Dava süreleri

Madde 26- Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının bir muhakeme şartı olarak, günlük süreli yayınlar yönünden dört ay, diğer basılmış eserler yönünden altı ay içinde açılması zorunludur.

Bu süreler basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği tarihten başlar. Basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmemesi halinde yukarıdaki sürelerin başlama tarihi, suçu oluşturan fiilin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından öğrenildiği tarihtir. Ancak bu süreler, Türk Ceza Kanununun dava zamanaşımına ilişkin maddesinde öngörülen süreleri aşamaz.

Sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlatıldığı iddia edilen eserden dolayı yayımlatan aleyhine açılacak dava yönünden süre, sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili hakkında verilecek beraat kararının kesinleşmesinden itibaren başlar.

Sorumlu müdürün yayımlanan eserin sahibini bildirmesi durumunda, eser sahibi aleyhine açılacak davada süre, bildirim tarihinden itibaren başlar.

Kovuşturulması Őikâyete bağlı suçlarda dava açma süreleri, suç için kanunun öngördüğü dava zamanasını süresini aşmamak Şartıyla, suçun işlendiğinin öğrenildiği tarihten başlar.

Kamu davasının açılması izin veya karar alınmasına bağlı olan suçlarda, izin veya karar için gerekli başvurunun yapılmasıyla dava açma süresi durur. Durma süresi dört ayı geçemez.

5187 sayılı Basın Kanununun genel gerekçesinin ilgili bölümleri Şu Şekildedir:

"...Evrensel demokrasi anlayışının ortaya çıkardığı önemli bir kavram da bilgi edinme hakkı, doğru bilgiye ulaşma ya da başka bir deyişle gerçeği öğrenme hakkıdır. Bu yeni bakış açısı karşısında düşünceyi açıklama özgürlüğü ve basın özgürlüğü, onu kullananlar açısından bir özgürlük olduğu kadar, gerekçeleri öğrenmek özgürlüğüne sahip birey ve kitleler açısından da temel bir hak niteliğindedir... Çoğulcu, özgürlükçü, hoşgörölü, demokratik toplumlarda, düşünceyi açıklama özgürlüğü, sadece genel kabul gören ve zararsız yahut önemsiz addedilen düşünceler yönündeki değil, aynı zamanda halkın bir kısmı tarafından benimsenen kural dışı, hatta endişe verici düşünceler için de geçerlidir... Demokratik rejimlerde, kamuoyunun oluşması ve bilinçli Şekilde işlenmesi, düşüncelerin ve haberlerin en yaygın ve hızlı bir Şekilde dolaşımını gerekli kılmaktadır."

Basın suçları, genel hukuk dışında kanun tarafından ayrıca tanımlanan ve bir unsurunu kanundaki hüküm gereği yayım teşkil eden suçlardır.(Basın Kanununun 21. maddesinde düzenlenen suç gibi) Eğer bir Kanun belirli bir hareketi sırf basın yolu ile işlendiği takdirde cezalandırıyor, yani basılmış eserler dışında aleniyete koyucu araçlarla işlendiğinde cezalandırmamakta ise bu suçlara basın suçu denir.

Bunun dışında kalan ve basın yoluyla da işlenebilen suçları ise "Basın yolu ile işlenen suçlar" olarak adlandırmak gerekir.

Basılmış eserler yolu ile, ceza kanunlarının içerdiği ve bir unsuru ihtilat (karşılaşma) veya aleniyet (kamuya açık olma) olan bütün suçlar işlenebilir. (Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer, Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Basın Hukuku, Genişletilmiş 6.Bası, Syf.441, 444, İçel, 270-276, Özek Basın Hukuk 521-526)

Basın suçu, değişik kişilerin ortak, birlikte (kollektif) ve aynı amaca yönelmiş fiillerinin sonucunda meydana geldiğinden ceza hukuku kurallarından ayrı kuralların varlığına ihtiyaç duyulmuştur. Bu suçlarda esas bu suçun oluşmasına çok sayıda kişinin katılmasıdır. Bu nedendir ki, basın suçlarında sorumluluğu belirlemek için Ceza Kanununun iştirak ile ilgili 37-39.maddeleri yeterli olmadığından Basın Kanunu özel bir sorumluluk sistemi öngörmüştür. Kanun 11. maddesinde, basın yolu ile işlenen suçlardan dolayı ceza sorumluluğu esaslarını basılmış eserleri, süreli ve süreli olmayan yayınlar olmak üzere ikiye ayırmak suretiyle düzenlemiş bulunmaktadır.

Süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur.(Madde 11/2) Eser sahibi, yayını düşünsel içeriğini oluşturan kişidir. (Özek, Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, Syf.172)

Basın suçları, bünyesindeki özellikler nedeniyle özel bir takip ve yargılama usulüne bağlı bulunmaktadır. Bu husus birçok ülke hukuk sistemi açısından da böyledir.

5187 sayılı Basın Kanununun 26. maddesine göre günlük süreli yayınlar nedeniyle dava süresi 2 ay, diğer yayınlar nedeniyle 4 ay iken; Anayasa Mahkemesi 28/04/2011 tarih 2009/66 Esas, 2011/72

Karar sayılı kararı ile, hak arama hürriyeti ile basın ve yayın hakkı arasında adalet, hakkaniyet ve kamu yararı bağlamında "bir yandan basın mensuplarının uzun süre ceza tehdidi altında bulunmalarına engel olunması, diğer yandan da suçtan mağdur olanların hak arama özgürlüklerinin zarar görmemesi amacıyla basın suçlarında dava açma süresinin makul bir süre olarak belirlenmesi suretiyle, basın hürriyeti ile hak arama hürriyeti arasında adil bir dengenin kurulması" gereğine işaret ederek 2 aylık süreyi hak arama hürriyeti bakımından yeterli ve makul bulmayarak yasanın bu fıkrasını Anayasanın 2 ve 36.maddelerini aykırı bularak iptal etmiştir.

02/07/2012 tarih ve 6352 sayılı Kanununla dava açma süresi süreli yayınlarda 4 ay, süresiz yayınlarda 6 ay olarak yeniden düzenlenmiştir.

Davanın açılması izin ve karar alınmasına bağlı ise, dava açma süresi izin ve karar alınması süresince durur, sadece bu durma süresi 4 ayı geçemez. Cumhuriyet savcısının bu takip şartlarının temini için yetkili merci nezdinde gerekli işleme giriştiğinde dava süresi de duracaktır.

Basın suçundan doğan davanın süresinde açıldığı kabulü için, iddianamenin mahkemeye öngörülen süre içinde verilmiş bulunması gerekir (Çetin Özek, Basın Suçlarının İşlenmesi ve Takibi ile İlgili Bazı Problemler adlı makale, Syf.90).

İşlenen suçun takibinin şikayete bağlı bir suç olması ve mağdurun fiilin vukunu daha sonra öğrenmesi halleri istisna olmak üzere, bu süreler basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği tarihten başlar.

Bu süreler "sukutu hak" süreleridir ve uzaması, kesilmesi söz konusu olmaz.

Basın hürriyetinin temini ve basının uzun bir süre dava korkusu altında tutulmasının bu hürriyete verebileceği zarar ihtimali, basın suçlarının takibinin oldukça kısa süreli sukutu hak müddetlerine bağlı tutulmasını zorunlu kılmıştır. (Çetin Özek, Basın Suçlarının İşlenmesi ve Takibi ile İlgili Bazı Problemler adlı makale, Syf.87)Bu sürelerin,hak düşürücü süre oduğu yönünde uygulamada tam bir istikrar vardır.(Yargıtay 4.C.D. 03.10.2007 t. 5270-695, 04.03.2009 t. 2008/20551-2009/3996, 7.C.D.17.7.2008 t. 2005/16795-2008/16815)

Basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında oluşur. (Madde 11)

Neticesi harekete bitişik suçlarda, hareketin yapılmasıyla netice tahakkuk ettiği için, bunların basın yoluyla işlenmesi durumunda da bir sorun doğmamaktadır. Gerçekten, neticesi harekete bitişik suçlarda, fiilin hareket ve netice unsurları, birbirinden ayrılmayacak şekilde kaynaştığından, hareket yapılmakla netice de kendiliğinden teşekkül etmektedir. Böyle bir suç basın yoluyla işlendiğinde de, "yayın fiili" aynı şekilde hareketin ve neticenin birlikte teşekkülü anlamına geldiğinden, "yayın" hem hareket hem netice anlamına gelmekte, basın yoluyla işlenen suç yayımın yapıldığı anda teşekkül etmektedir. Örneğin bütün propaganda, teşvik, tahkir suçları, zaten neticesi harekete bitişik suç olduğu, hareketten ayrı bir zarar veya tehlike neticesinin tahakkuku aranmadığı için, basın yoluyla işlendiğinde de, yayımın yapılması ile suç teşekkül etmektedir.

Neticesi hareketten ayrı "netice suçları" bakımından ise, suçun işlendiği zaman yayımın yapıldığı an değil, zararın veya tehlikenin tahakkuk ettiği an olacaktır.

Basın dışı bir vasıta ile işlenebilecek bir suçun, basın yoluyla işlenmesi durumunda söz konusu olan "basın yoluyla işlenmiş suç" bu suçu muhtevî basılmış eserin yayımı ile teşekkül eder. Özellikle, istisnai bir sorumluluk sistemine dayanan basın hukukunda, "basılmış eserin yayınlanması" basın suçunun doğrudan doğruya netice unsurunu teşkil etmektedir. Bütün suçlarda, "netice"nin tahakkuk ettiği an suç işlenmiş sayılacağı gibi, basın yoluyla işlenen suçlarda da "netice" teşkil eden "basılmış eserin yayınlandığı an" suçun işlendiği andır. (Çetin Özek, Basın Suçlarının İşlenmesi ve Takibi ile İlgili Bazı Problemler adlı makale, Syf.50)

III-2937 SAYILI MİLLİ İHTİHARAT TEŞKİLATI KANUNUNUN 27. MADDESİNDE DÜZENLENEN SUÇUN DEĞERLENDİRİLMESİ:

Yerel mahkemece özü itibarıyla devlet sırrı olduğu kabul edilen bilgilerin kaynağını oluşturan olayın, MİT görevlilerince icra olunması nedeniyle sanıkların hukuki durumlarının tespiti açısından anılan suçun da değerlendirilmesi gerekmektedir.

a- Suç ile ilgili yasal düzenlemeler şöyledir;

2937 sayılı Kanun Madde 27 – (Değişik: 17/4/2014-6532/7 md.)

Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri, yetkisiz olarak alan, temin eden, çalan, sahte olarak üreten, bunlar üzerinde sahtecilik yapan ve bunları yok eden kişiye dört yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

...

Birinci ve ikinci fıkra kapsamındaki bilgi ve belgelerin; radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayımlanması, yayılması veya açıklanması hâlinde; 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanununun 11 inci maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddeleri hükümlerine göre sorumlulukları belirlenenler ile bunları yayanlar hakkında üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası verilir.

...

Millî İstihbarat Teşkilatının görevleri

Madde 4 – Millî İstihbarat Teşkilatının görevleri şunlardır;

a)Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında millî güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak.

b)Devletin millî güvenlik siyasetiyle ilgili planların hazırlanması ve yürütülmesinde; Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile ilgili bakanlıkların istihbarat istek ve ihtiyaçlarını karşılamak.

c)Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat faaliyetlerinin yönlendirilmesi için Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Milli Güvenlik Kuruluna tekliflerde bulunmak. (1)

d)Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat ve istihbarata karşı koyma faaliyetlerine teknik konularda müşavirlik yapmak ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcı olmak.

e)Genelkurmay Başkanlığınca Silahlı Kuvvetler için lüzum görülecek haber ve istihbaratı, yapılacak protokole göre Genelkurmay Başkanlığına ulaştırmak.

f)Milli Güvenlik Kurulunda belirlenecek diğer görevleri yapmak.

g)İstihbarata karşı koymak.

h)(Ek: 17/4/2014-6532/1 md.) Dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda Cumhurbaşkanınca veya Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek. (1)

i)(Ek: 17/4/2014-6532/1 md.) Dış istihbarat, millî savunma, terörle mücadele ve uluslararası suçlar ile siber güvenlik konularında her türlü teknik istihbarat ve insan istihbaratı usul, araç ve sistemlerini kullanmak suretiyle bilgi, belge, haber ve veri toplamak, kaydetmek, analiz etmek ve üretilen istihbaratı gerekli kuruluşlara ulaştırmak.

j) (Ek: 17/4/2014-6532/1 md.) İstihbarat kapasitesini, niteliğini ve etkinliğini artırmak amacıyla çağdaş istihbarat usul ve yöntemlerini araştırmak, teknolojik gelişmeleri takip etmek ve uygun görülenleri temin etmek.

(Değişik birinci cümle: 17/4/2014-6532/1 md.) Millî İstihbarat Teşkilatına bu görevler dışında görev verilemez. Milli İstihbarat Teşkilatı birimlerinin görev, yetki ve sorumlulukları Cumhurbaşkanınca onaylanacak bir yönetmelikte belirtilir.

b-Suçun unsurları:

Suçla korunan hukuki yarar; Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgelerin gizliliğinin muhafazası suretiyle milli güvenliğe,devletin iç veya dış siyasal yararlarına ilişkin menfaatlerdir.

Suçun Faili; herkes bu suçun faili olabilir. Failin MİT görevlisi olması nitelikli hal kabul edilmiştir.

Suçun Mağduru; Güvenlik içinde yaşama hakkına sahip toplumun her bir ferdidir.Suçtan zarar gören ise MİT'tir.

Suçun Konusu; Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgelerdir.

Suçun maddi unsuru; Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri, yetkisiz olarak almak, temin etmek, çalmak, sahte olarak üretmek, bunlar üzerinde sahtecilik yapmak ve bunları yok etmektir.

Bu haliyle suç, seçimlik hareketli bir tehlike suçudur.

Milli İstihbarat Teşkilatının temel görevinin, milli güvenlik istihbaratını devlet çapında oluşturmak, istihbarata karşı koymak, dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda

Cumhurbaşkanınca veya Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek(Ek: 17/4/2014-6532/1 md.) ve Milli Güvenlik Kurulunda belirlenecek diğer görevleri yapmak olduğu söylenebilir.

İstihbarat, bir devletin ya da herhangi bir kuruluşun güvenliği ile ilgili alanda devlet ya da özel kişiler tarafından toplanan başka bir devlete, hükümete, siyasi gruba, partiye askeriye ve herhangi bir harekete ait olduğuna inanılan bilginin toplanması, analizi, üretimi, yayımı ve kullanımı (Bekir Çınar Devlet güvenliği istihbarat ve terör syf. 105) olarak tanımlanmaktadır.

İstihbarat yapılan bütün tanımlara rağmen tanımından hep daha fazlasıdır. Bunun nedeni ise bilgi toplama ve analizi dışındaki örtülü operasyonlar, propaganda ve koruyucu güvenlik fonksiyon ve kabiliyetlerinin de tüm istihbarat çalışmalarının entegre birer ana faaliyet alanı olmasına rağmen istihbaratın tanımlanmalarında gerçek yerini bulamamasıdır. Önemli olan nokta istihbaratın sadece haberin işlenmesi sürecini değil modern anlamı ile istihbaratın diğer fonksiyonları olan propaganda, örtülü operasyon ve nihayet istihbarata karşı koymanın dahil olduğu koruyucu güvenlik işlevlerini de bünyesinde toplamasıdır(Sait Yılmaz Ulusal Güvenlik ve istihbarat- M. Yayla Devlet Sırlarına karşı Suçlar syf.43).

Suçun manevi unsuru; Suç genel kastla işlenebilen bir suçtur.

2937 sayılı Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 27. maddesinde düzenlenen suç ile özünde devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi:

TCK'nın 326, 327, 328, 329 ve 330. maddelerinde düzenlenen suçların konusu; "devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgi, belge veya vesikalar"dır. Bu haliyle normların, "özünde devlet sırrı olan bilgi ve belgeleri"koruma altına aldığı görülmektedir.

Milli İstihbarat Teşkilatının faaliyetleri,işin doğası gereği gizli olduğundan görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgelerin de gizli olduğu konusunda kuşku yoktur. Ancak milli güvenliğe ilişkin her bilgi, belge ve faaliyetin, niteliği/özü itibarıyla devlet sırrı olamayacağına da kabulü gerekir.

Bu durumda, Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin; yetkisiz olarak alınan, temin edilen, çalınan, sahte olarak üretilen, üzerlerinde sahtecilik yapılan ve yok edilen bilgi ve belgeler, devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları gereği, niteliği bakımından gizli kalması gerekli bilgi ve belgelerden ise, diğer şartların da oluşması halinde 2937 sayılı Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 27. maddesine nazaran özel norm niteliğinde olan, TCK'nın 326, 327 ve 328. maddelerinin uygulanması gerekir.

IV. HÜKÛMETE KARŞI SUÇ YÖNÜNDEN:

Ayrıntıları Dairenin 2017/1443-4758 ve 2015/3, 2017/3 sayılı kararlarında açıklandığı üzere; Konu ile ilgili yasa maddeleri şöyledir:

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

Hükûmete karşı suç

Madde 312- (1) Cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs eden kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir.

(2) Bu suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunur.

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu

Madde 147 – Türkiye Cumhuriyeti İcra Vekilleri Heyetini cebren iskat veya vazife görmekten cebren menedenlerle bunları teşvik eyliyenlere ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası hükmolunur.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 312. maddesinin gerekçesi şu şekildedir:

“Madde metninde, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik unsurunun olduğu üç güçten yönetim gücünü temsil eden hükûmetin ortadan kaldırılmasına veya böyle olmamakla birlikte görevini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs edilmesi ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu suç tanımında da, Anayasa düzeninin temel organlarından biri olan hükûmetin ortadan kaldırılmasına veya görevlerinin engellenmesine yönelik teşebbüse ait icra hareketi tam suç gibi cezalandırılmaktadır.

Maddenin uygulanmasına ilişkin diğer hususlar için Anayasayı ihlal ve Yasama organına karşı suça ilişkin maddelerin gerekçelerine bakılmalıdır.”

Madde gerekçesinde atıf yapılan aynı Kanununun 309.maddesinin gerekçesi ise şöyledir:

“Anayasanın başlangıç kısmında aynen “millet iradesinin mutlak üstünlüğü; egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunun millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icapları ile belirlenmiş hukuk dışına çıkmayacağı; hiçbir faaliyetin Türk Milli menfaatlerinin, Türk varlığının, devleti ve ülkesi ile bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerini Atatürk Milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı” şeklinde ifade ile siyasal iktidarın kuruluş ve işleyişine egemen olması gereken ilkeler gösterilmiş bulunmaktadır.

Siyasal iktidarın kuruluşu ve işleyişine egemen olan bu ilkeleri içeren kuralların bütünü, Anayasal düzeni teşkil etmektedir. Bu madde ile korunmak istenen hukuki yarar Anayasa düzenine egemen olan ilkelerdir.Madde ile korunmak istenen hukuki yararın niteliği dikkate alınarak, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzen” ibaresi kullanılmış, böylece korunmak istenen hukuki yarara açıklık getirilmiştir.

Maddede tanımlanan suçun oluşabilmesi için, cebir veya tehdit kullanarak Anayasal düzeni değiştirilmesine teşebbüs edilmesi gerekir. Bu nedenle cebir ve tehdit bu suçun unsurunu oluşturmaktadır. Cebir ve tehdit kavramlarının hukuki anlam ve içeriği bilinen bir husustur. Bu nedenle Anayasal düzenin değiştirilmesine yönelik teşebbüsün ancak cebir ve tehdit kullanılarak, yani bireylerin iradeleri zorlanmak suretiyle ifsat edilerek gerçekleştirilmesi gerekir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 146.maddesinin kaynağını oluşturan 1889 İtalyan Ceza Kanununun 118.maddesi, 146.madde de olduğu gibi cebir (Violentemente) unsurunu taşımaktaydı. Ancak, 1930 Faşist İtalyan

Ceza Kanununun aynı konuyu düzenleyen 283.maddesinde, suç tanımından cebir unsuru çıkarılmıştır. Faşizmin etkisiyle kaleme alınan bu 283.madde, bilahare 11.11.1947 tarihinde yeniden değiştirilerek, suç tanımında tekrar cebir unsuruna yer verilmiştir.

Maddede, maddi unsur olarak “teşebbüs edenler” ibaresi kullanılmış olduğundan Anayasanın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen üzerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edilmesi, cezalandırma için yeterlidir. Suç, hem idare edenler hem de idare edilenler tarafından işlenebileceğinden teşebbüste aranılacak elverişlilik, suçun işleniş biçimi ve özellikle suçun bir tehlike suçu olduğu dikkate alınarak, kullanılan cebir veya tehdidin neticeyi elde etmeye elverişli olup olmadığının hakim tarafından takdir edilmesi gerekir.”

a-) Genel olarak:

Bu suç, siyasi iktidar aleyhine işlenen suçlardandır. Anayasal düzen aleyhine işlenen suçla aynı hukuki değeri ihlal etmektedir. Devleti meydana getiren dinamik unsur siyasi iktidar olduğuna göre, bir devletin mevcudiyeti ve devamı iktidarın himayesine bağlıdır. Hukukun egemen olduğu eski dönemden bu yana siyasi kuvvetler himaye edilegelmiştir. Devletin otoritesinin mevcudiyeti siyasi iktidarın himayesi ile sağlanmaktadır.

765 sayılı TCK'nın 147. maddesinde ifade edilen icra vekilleri heyetinden kasıt hükûmettir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 312. maddesi anlamında hükûmet ise, Anayasaya göre Bakanlar Kurulu olarak tecessüm etmektedir (Anayasa madde 109). İcra organı/Bakanlar Kurulunun hem idari, hem de icrai fonksiyonları bulunmaktadır. Hükûmet aynı zamanda devletin Anayasal düzeni içinde bir kurumsal yapıyı ifade etmektedir. Bakanlar Kurulu bir bütün halinde siyasi iktidarı temsil etmektedir. Başbakan ve Bakanlar çift sığata sahiptirler. Bunlar Bakanlar Kurulunun bir üyesi olarak siyasi icra iktidarlarını ellerinde bulundurmaktadırlar. Buna karşılık başı buldukları hizmet hiyerarşisi içinde, idari fonksiyonlarını da ifa ederler. Yani idari birer şeftirler. Bu mahiyetleri ile de devlet kuvvetlerini ve devlet hakimiyetini kullanmaktadırlar. Suçun konusu icra fonksiyonlarıdır. Bu nedenle tek tek Bakanların fonksiyonları veya kural olarak Başbakanın aleyhine yapılacak tecavüzler, bu suçu meydana getirmeyecektir. Ancak, sadece bir Bakan veya Başbakan aleyhine işlenen fiil Bakanlar Kurulunun görevini engelleyecek mahiyette ise bu takdirde hükûmet fonksiyonlarının engellendiği kabul edilmelidir. Bakanlar Kurulu karar alma makamıdır. Cumhurbaşkanına ve Başbakana ait olmayan bütün karar yetkileri kabineye aittir. Başbakan, hükûmetin genel siyasetinin yürütülmesinden sorumludur.

Suçun konusu, Anayasal düzenin temel organlarından olan ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik unsurunun olduğu üç güçten, yönetim gücünü temsil eden hükûmettir. Cebir kullanılarak hükûmetin görevini yapamaz hale getirilmesinde Anayasal düzen bozulduğundan, Anayasayı ihlal suçu oluşmakta iken, Anayasal düzen bozulmadan da Bakanlar Kurulunun görevlerini yapmasının kısmen veya tamamen engellendiği durumlarda “Hükûmete karşı suç”tan söz edilebilecektir. Bu suç teşebbüs suçudur. Suçun oluşumu için Anayasa ile düzenlenen kurumsal yapıya sahip hükûmetin işlevini yerine getirmeyi engelleme amacına yönelik cebir ve şiddet kullanılması gereklidir.

b-) Suçun Unsurları:

aa-) Fail: Suçun faili, idare eden, edilen her gerçek kişi olabilir.

bb-) Tipik Eylem: Cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etmektir. Tipik eylem açısından yukarıda yer verilen madde gerekçesinde yapılan açıklamalar nazara alınmalıdır. Suçun bir teşebbüs suçu olduğu görüldüğünden neticenin gerçekleşmesi aranmaz. Nihai amaca yönelik elverişli eylemlerin cebir veya tehdit kullanarak ika edilmesi gerekir.

Suç, 3713 sayılı Kanununun 3.maddesinde sayılan mutlak terör suçlarındandır.

Korunan değerlerin önemi ve yasa metninde sayılan amaçlara ulaşıldığında suçun cezalandırılabilirliğindeki güçlük/imkansızlık nedeniyle suç bir teşebbüs suçu olarak düzenlenmiş hatta suçun hazırlık hareketleri de yaptırıma bağlanmıştır.(TCK'nın 314.md.gibi) Bu haliyle suç aynı zamanda bir somut tehlike suçudur.

Söz konusu suçun oluşabilmesi için, işlenen fiilin cebri nitelikte olması ve bu amaçları gerçekleştirmeye elverişli bulunması gerekirse de, maddede yazılı hedeflerin gerçekleşmesine ihtiyaç yoktur. (Yargıtay CGK.09.02.2010 t.2009/9-103,2010/22) Belirtilen amaçlara yönelik fiillerin işlenmesi yeterlidir.Cezalandırılan hareket devletin hayatını tehlikeye koyan icra hareketleridir.

c-Tipik eylemin amaç suç yönünden elverişlilik sorunu;

İşlenen araç suçun vahim eylem kabul edilmesi ve failin ayrıca amaç suçtan (TCK 312 md.) da cezalandırılabilmesi için,eylemin bireysel bir amaçla/saikle değil, yasa maddesinde belirtilen amaçları gerçekleştirmek üzere kurulmuş bir örgütün faaliyeti kapsamında ika edilmiş olması gerekmektedir.

Cezalandırılan hareket devletin hayatını tehlikeye koyan icra hareketleridir. “Diğer birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de devletin birliğine ve bütünlüğüne karşı işlenen fiiller, bu amaçla kurulmuş terör örgütlerinin faaliyeti çerçevesinde işlenmektedir. Bu tür terör örgütlerinin araç fiil olarak ifade edilen ve maddede belirtilen amaçlara yönelmiş olan adi suç niteliğindeki kasten öldürme, kasten yaralama, yağma, mala zarar verme vb. fiilleri işlemlerindeki gaye; kamu düzenini bozmak, kamu otoritesini zayıflatmak, toplumda kargaşa yaratmak, toplumun şiddet yoluyla siyasallaşması ve kutuplaşmasının yolunu açmak toplumun karşı koyma gücünü felce uğratmaktır. Fail için işlenen araç suçla ortaya çıkan somut zarar neticesi değil (yakın netice), bu fiilin toplum üzerinde meydana getirdiği etki (uzak netice) önem arz etmektedir.

Fail, işlediği araç fiillerle devlet otoritesinin, ülkesinde yaşayan halkın güvenliğini koruma görevini gerçekleştirmediği, zayıfladığı ve işlerliğini yitirdiği imajını yaratmaya çalışarak devlete olan güveni sarsmayı amaçlar. Ülkede yaşanan kaos ortamı ve toplumda yaşanan korku ve endişe, yöneticilerde ve halkta istenileni vererek kaos ortamını bitirme iradesini doğurur, yöneticileri belli kararları almaya ya da politikalarını değiştirmeye zorlar ve bu da idari, siyasi, ekonomik, ve toplumsal sistem değişikliklerini sonuçlar. Bu suretle de fail, esas gayesi olan devletin birliğini ve bütünlüğünü bozma amacına ulaşmaya çalışır.(N.K. Topçu Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar Sayfa 89, 90,Dönmezer Tedhişçilik sh.56)

Söz konusu düzenlemeye esas itibarıyla cezalandırılmak istenen, amaçların gerçekleştirilmesine yönelik araç fiil ile ortaya çıkan yakın netice değil, araç fiilin işlenmesi ile suçun konusunun zarara uğraması tehlikesidir. Yasa koyucunun düzenlemenin ikinci fıkrasında amaca yönelik araç fiillerinin ayrıca cezalandırılacağını kabul etmesi de bu hususu desteklemektedir. Söz konusu düzenleme dikkate alındığında; araç fiilin işlenmesine yönelik icra hareketinin, hem zarar ya da tehlike suçu

niteliğindeki araç fiilin (TCK. 302/2) hem de tehlike suçu niteliğindeki amaç suçun (TCK. 302/1) "fiil" unsurunu teşkil ettiği görülmektedir." (N.K. Topçu Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar Sayfa 89, 90) Kanuni tanımda yer alan araç fiilin,suç olması gerektiğinde kuşku yoktur. Müstekar uygulamaya göre araç suç,zarar ya da tehlike suçu (Yargıtay 9.CD 26.06.2012 t.2012/2855-8069 sy.k,15.01.2014 t. 2013/12441-2014/614 sy.k. 30.03.2010 t. 20098654-20103632 sy.k 09.06.2011 tarihli, 2011/4202 esas, 2011/3296 karar sayılı kararı.vb.) olabilir. Ancak suç teşkil eden her fiilin de amaç suçu oluşturmak için yeterli/elverişli olmadığı açıktır. Fiilin bu niteliği taşıyıp taşımadığı ise her olayın özelliğine göre; fiilin niteliği, işleniş biçimi, işlenme zamanı, toplumda meydana getirdiği etki, ortaya çıkan zarar ve tehlikenin ağırlığı, örgütün amacı, faaliyet alanı, ülke genelindeki organik bütünlüğü gibi ölçütler değerlendirilerek takdir edilecektir. Toplumda kaos ve tedirginlik oluşturacak, devlet otoritesine olan güveni sarsacak, kamu düzenini, toplum barışını bozarak devletin ülkesi, milleti ve egemenliği bakımından somut tehlike meydana getirecek yoğunluk ve ciddiyetteki eylemlerin amaç suç yönünden elverişli olduğu kabul edilmektedir. Güdülen amacın gereği olarak bu eylemlerin belli bir kişi ya da kitleye tevcih edilmesi gerekmez. Amaç tedhiş ortamı oluşturmak olduğuna göre hedefin muayyen veya gayrimuayyen olmasının da bir önemi yoktur.

d-Tipik eylemde cebirlik sorunu:

Madde gerekçesinde de açıklandığı üzere, tanımlanan suçun oluşabilmesi için, cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs edilmesi gerekir. Bu nedenle cebir ve şiddet bu suçun unsurunu oluşturmaktadır. Bu nedenle Anayasal düzenin değiştirilmesine yönelik teşebbüsün ancak cebir ve şiddet kullanılarak, yani bireylerin iradeleri zorlanmak suretiyle ifsat edilerek gerçekleştirilmesi gerekir.

Kanunun aradığı cebirlikten maksadın fiziki/maddi cebir olduğu açıktır.

Fiziki güce dayanan elverişli ve cebri eylemin, Anayasayı ihlal/Hükümeti ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etmek suçunu oluşturacağı konusunda Fransız, İtalyan, Alman, Türk hukukunda hiçbir hukukçunun itirazı yoktur.(Prof. Dr. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncelleştirilmiş 11.Baskı Syf. 779, 780, 781, 782)

Amaç suç yönünden elverişli/vahim olduğu takdirde silahlı bir örgütün veya silahlı kuvvetlere mensup unsurların Türkiye Büyük Millet Meclisini, Cumhurbaşkanlığı'nı ya da benzer kurumları kuşatması halinde silah kullansın ya da kullanmasın fiziki cebirin mevcudiyetinde tereddüt edilemez. Harpte ülkeyi korumak veya gereğinde siyasi iktidarın insiyatifiyle kamu düzenini sağlamak amacıyla verilen devlete ait silah, tank ve uçağın kanuna aykırı bir şekilde, Anayasal düzeni yıkmak amacıyla kullanılması halinde tipik eylem gerçekleşmiş olacaktır.

Müsnet suçun, devlete ait kamu gücünün kullanılarak işlenmesi olarak ifade edilen "manevi cebir"le işlenip işlenemeyeceğine gelince; Doktrinde Özek, Erem, Toroslu ve Soyaslan.(Prof. Dr. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncelleştirilmiş 11. Baskı Syf. 779, 780, 781, 782) tarafından benimsenen görüşe göre; cebir, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 146.maddesindeki suçun "müstakil bir maddi unsur"unu oluşturmamaktadır. Suçun oluşumu için "failin hukuka aykırı usullere veya cebre matuf bir iradesinin mevcudiyeti" yeterli olacaktır. Bu fikre göre cebir "faildeki kusurlu iradede de mevcut bulunabilir". "146.maddenin cezalandırmak istediği husus, Anayasa iradesine aykırı iradelerdir. Buna göre, "Anayasa iradesine aykırı, netice olarak, hukuka aykırı bulunan

her türlü vasıta ve usul cebir unsuruna dahil olmak gerekir.” Mesela Anayasanın 4.maddesine göre devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü ile laiklik ve demokratik olma gibi cumhuriyetin niteliklerinin ayrıca resmi dilin Türkçe olduğuna dair Anayasa hükmü değiştirilemez, değiştirilmesi dahi teklif edilemez. Anayasadaki bu hükümlerin değiştirilmesine yönelik olarak bir milletvekili tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne bir kanun teklif vermesi 146.maddedeki suçu oluşturmayacaktır. Ancak bu değişiklik teklifin “gündeme alınarak meclis müzakerelerine konu yapılması, 146.maddeyi ihlal edecek bir icra hareketi olur.” Bu görüşe göre, suçun oluşması için cebirin bilfiil tahakkuk etmesine de gerek yoktur. Suçun oluşabilmesi için “failin gayri hukuki vasıtalarla neticeye erişmek hususundaki kastının mevcudiyeti yeterlidir”. Hatta kastın varlığını tespit için “objektif bir takım emarelerin, maddi delillerin mevcudiyeti dahi şart değildir”. Daha da ileri gidilerek, anayasal düzeni değiştirmek hususundaki “gayeye erişilmesi için cebirin mevcudiyeti veya düşünülmesi dahi gerekli görülmemiştir. Gayenin tahakkukunu engelleyebilecek reaksiyonları kırmak için kullanılacak hukuka aykırı usuller dahi yeterli sayılmaktadır.

Cebir kavramını bu şekilde geniş yorumlayan anlayışa göre; Anayasada öngörülmuş olan usule riayet etmeksizin bir anayasa veya kanun değişikliğinin yapılması teşebbüsünde bulunulması dahi, mülga 765 sayılı TCK'nın 146.maddesindeki suçu oluşturacaktır. Anayasal düzeni değiştirmek için başvurulmuş yolun Anayasada öngörülen usul ve esaslara aykırı olması, söz konusu suçun oluşumu açısından yeterli görülmektedir. Keza, “Anayasaya aykırılığı açık olan bir kanun meclisçe çıkarılması da” 146.maddedeki suçu oluşturmaktadır. Bu anlayışa göre, 146.madde kapsamında düzenlenen suç, “görevin suistimali, yetki gaspı, hile, keyfi işlemler yolu ile işlenebilir.

Bu görüşte olan yazarlardan Soyaslan, Anayasal düzeni değiştirmeye cebren teşebbüs suçunun ihmali bir davranışla da gerçekleştirilebileceği düşüncesindedir. Yazara göre, “Cumhurbaşkanının Anayasaya alenen aykırılığı sabit olan bir kanuna karşı Anayasa Mahkemesine gitmeyişi bu suçun ihmali suretiyle icra yoluyla işlenişinin tipik” örneğidir. (İzzet Özgenç, Suç Örgütleri, 8. Bası, Syf. 228,229,230,231)

Doktrinde Soyaslan karşılaştırmalı hukuk açısından durumun, Fransız ve Alman hukukçuları için tartışmalı, İtalyan hukuku için tartışmasız olduğunu, Alman hukukunda Merkel, Haelshner, Von Liszt'in cebir şiddet terimini maddi cebir, Binding'in hukuka aykırılık olarak; Frank, Köhler, Von Calker'in tehdidin şiddetle yapılması olarak tanımlandığını (Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncelleştirilmiş 11.Baskı Syf. 779, 780, 781, 782) nakletmektedir.

Ancak mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 146.maddesinin kaynağını oluşturan 1889 İtalyan Ceza Kanununun 118.maddesi, 146.madde de olduğu gibi cebir (Violentemente) unsurunu taşımaktaydı. Ancak, 1930 Faşist İtalyan Ceza Kanununun aynı konuyu düzenleyen 283.maddesinde, suç tanımından cebir unsuru çıkarılmıştır. Faşizmin etkisiyle kaleme alınan bu 283.madde, bilahare 11.11.1947 tarihinde yeniden değiştirilerek, suç tanımında tekrar cebir unsuruna yer verilmiştir.(Madde gerekçesinden)

5237 sayılı TCK'nın hazırlık çalışmaları sürecinde de Hükümet Tasarısının anayasayı ihlal suçunu düzenleyen 363. maddesinin “koruyucu doktrin”in benimsediği görüş doğrultusunda şu şekilde formüle edildiği görülmektedir;

Madde 363- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının hükümlerine aykırı olarak ve Anayasanın müsaade etmediği usullerle Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu

düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edenler ağırlaştırılmış müebbet hapis ceza ile cezalandırılırlar.

Madde gerekçesi ise şöyledir:

"Anayasanın müsaade ettiği usul ve yollarla Anayasa düzenine aykırı bir netice doğduğunda Anayasa Mahkemesine başvurulmak suretiyle düzeltilmesi mümkün olan bu hallerin suç oluşturmayacağı göz önüne alınarak, yürürlükteki maddedeki (cebir) unsuru yerine (Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının hükümlerine aykırı olarak ve Anayasanın müsaade etmediği usullerle) ibaresi kullanılmış, böylece cebri de içine alan hukuka ve kanuna aykırı her türlü yollar ifade edilmiştir. Bu suretle ayrıca cebir unsurunun var olup olmadığı, maddi ve manevi cebir gibi, 27 Mayıs 1960'dan sonra ortaya çıkan tartışmaların da giderilmesi arzulanmıştır"

Ancak Meclis çalışmaları sırasında bu görüşten vazgeçilerek yasa metninde açıkça "cebir ve şiddet" unsuruna yer verilmiş, cebrin de fiziki/maddi cebir olduğu gerekçede açıklığa kavuşturulmuştur.

Manevi cebir kavramı, me' haz kanun bakımından Faşizmin, Türk Ceza Hukuku yönünden ise meşru siyasi iktidarın yargılanmasına gerekçe arayan 27 Mayıs 1960 darbesinden sonra o gün iktidarda olanları yargılamak amacıyla kurulan Yüksek Adalet Divanı'nın eseridir.(Bknz.madde gerekçesi ve Prof. Dr. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncelleştirilmiş 11.Baskı Syf. 779, 780, 781, 782) Bu nedenledir ki, özgürlükçü çağdaş demokratik hukuk devletinde bu görüşün savunulabilir bir tarafı yoktur.

cc-)Suçun Manevi Unsuru: Suçun manevi unsuru kasttır. Ancak, genel kastla gerçekleştirilen nihai amaca matuf eylemlerin, hükûmeti ortadan kaldırma veya görevlerini yapmasını kısmen ya da tamamen engelleme amacıyla gerçekleştirilmesi gerekir.

V-GİZLİLİĞİN İHLALİ SUÇU YÖNÜNDEN:

Sanık Erdem Gül'ün hukuki durumunun değerlendirilmesi bağlamında, gizliliğin ihlali suçunun da tartışılması gerekecektir.

Konu ile ilgili yasa maddeleri şöyledir:

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

Gizliliğin ihlali

Madde 285-

(1) Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun oluşabilmesi için;

a) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkının veya haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi,

b) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması, gerekir.

(2) Soruşturma evresinde alınan ve soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğini ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlal eden kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır. Ancak, bu suçun oluşması için, tanığın korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararına aykırılık açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz.

(4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların kamu görevlisi tarafından görevinin sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi halinde, ceza yarısına kadar artırılır.

(5) Soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntülerinin yayınlanması halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(6) Soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin haber verme sınırları aşılmaksızın haber konusu yapılması suç oluşturmaz.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu

Soruşturmanın gizliliği

Madde 157 – (1) Kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir.

TCK'nın 285. maddesinin gerekçesi ise şu şekildedir:

“Hukukun genel kurallarından birisi, soruşturmanın gizliliğidir. Soruşturma evresinin içeriği ve sınırları, bu evrenin ne suretle cereyan edeceği, aktörleri ve yetkileri kanunla saptanmıştır. Soruşturma evresi genel olarak ve esas itibarıyla kamuya karşı gizli biçimde cereyan eder.

Soruşturma evresinin gizliliği, bir defa ceza adaletinin doğruluk, dürüstlük, gerçeğe ulaşma ilkelerine uyulması için bir zorunluluktur. Ancak, her şeyden önce suçsuzluk karinesinin sağlam tutulabilmesi yönünden de vazgeçilmez niteliktedir. Aksi takdirde, bizde ve yabancı ülkelerde örneklerine rastlandığı üzere yargısız infazlar sonucu insanlar ıstıraplara sürüklenmekte ve suçsuzluk karinesi böylece lafta kalmaktadır.

Usul kanunları, soruşturma evresinde tarafların ve özellikle şüphelinin ve avukatının yetkilerini belirlemektedir. Avukat, soruşturma dosyasını incelemek olanağına sahiptir. Avukat adalete hizmet eden bir mesleğin mensubu olarak dosyadan elde ettiği bilgileri kanunun verdiği olanaklar çerçevesinde sadece müvekkilin savunması için kullanacak, bunları yayınlamak, örneğin medyaya vermek gibi fiillere girişmeyecektir. Ancak, elbette ki, soruşturması yapılan suçlar hakkında, halkın bilgi sahibi olmak ihtiyacını karşılamak görevindedir. Medya mensupları, bu konularda doğru haber elde edemediklerinde öteden beriden devşirilen ve çok kere yanlış olan bilgileri halka yansıtmakta ve insanların en temel hakkı olan suçsuzluk karinesi böylece ihlal edilmektedir; soruşturma da zarar görmekte ve delillerin yok edilmesi hususunda, elbette ki istemeden şüphelilere yardım sağlamış olmaktadır.

Bu maddede, soruşturma evresinde yapılabilen gizli işlemlerin, yani ceza usulüne ilişkin kanunların netice ve içeriklerinin gizli olduğunu belirttiği işlem içeriklerinin yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanması, suç olarak tanımlanmıştır. Ancak, bu nedenle cezaya hükmedilebilmesi için, bilgilendirmenin alenen gerçekleştirilmesi gerekir.

Soruşturma aşamasında alınan bazı kararların, örneğin telefon dinleme konusunda alınmış hakim kararının ve buna dayalı olarak yapılan dinleme işleminin kanun gereğince gizli tutulması gerekmektedir. Bu gizliliğin ihlali, alınan kararın uygulanmasını engelleyecektir. Bu nedenle, belirtilen kararların ve bunların uygulanmasına ilişkin işlemlerin gizliliğinin açıklanması açısından aleniyet koşulu aranmayacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, kanun gereği olarak kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğinin ihlali de, suç oluşturmaktadır. Bu nedenle cezaya hükmedilebilmesi için, birinci fıkrada olduğu gibi, gizlilik ihlalinin alenen gerçekleşmesi gerekir.

Soruşturma evresi gibi kovuşturma evresi de, tanığın korunmasına ilişkin olarak kimlik bilgilerinin gizli tutulması gerektiği hususundaki karar alınabilir. Alınan bu kararlara ilişkin gizliliğinin ihlalinin suç oluşturabilmesi için, aleniyet koşulu aranmayacaktır.

...

Maddenin dördüncü fıkrasında, soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak damgalanmalarını sağlayacak şekilde görüntülerinin yayınlanması, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.”

a-) Suçla korunan hukuki yarar: 765 sayılı TCK'nında karşılığı bulunmayan ve 5237 sayılı TCK'nın adliye karşı suçlar adlı 2. bölümünde, 285. maddede düzenlenen gizliliğinin ihlali suçu ile korunan hukuki değer, etkin, adil, dürüst ve insan onuruna saygılı bir yöntemle yapılacak soruşturma ve kovuşturma ile maddi gerçeğe ulaşmak için, kanunun düzenlendiği yer de dikkate alındığında öncelikle adli mercilerin otorite ve saygınlığı ile delil ve emarelerin korunması, sonra da ceza soruşturması ve kovuşturmasına maruz kalanların masumiyet/lekelenmeme haklarının muhafaza edilmesidir.

b-) Fail: Bu suçun faili herkes olabilir. Özgü suç değildir. Failin kamu görevlisi olması dördüncü fıkrada cezayı artıran hal olarak düzenlenmiştir.

c-)Tipe uygun eylem unsuru: Gereke suç tanımı ve unsurları yönünden yeterli açıklama içermektedir. Açıklamalarla ilgili kanun metnini fıkra numaralarına ilişkin tutarsızlıkların 02/07/2012 tarih 6352 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten kaynaklandığı görülmektedir.

285/1 maddesi yönünden tipik eylem, soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, masumiyet karinesinin veya haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesidir. İşlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın, maddi gerçeğin ortaya çıkmasının engellemeye elverişli olması gerekir.

Bu fıkrada düzenlenen suç için eylemin alenen işlenmesi şarttır. Gizliliğinin ihlali herhangi bir yöntemle yapılabileceğinden serbest hareketli bir suç olduğu görülmektedir. Gizli kalması istenilen konunun

tamamen veya kısmen açıklanması suçun oluşması için yeterlidir. Aleniyet bakımından eylemin kamuoyuna açıklanması ya da kamuoyunun öğrenebileceği biçimde ifşa edilmesi gerekmektedir.

Bu fıkrada düzenlenen suç tamamen soruşturma aşamasıyla ilgili olup, 5271 sayılı CMK'nın 157. maddesiyle belirlenen soruşturmanın gizliliği ilkesinin ihlalini yaptırım altına almaktadır.

Birinci fıkradaki suç yönünden (a) ve (b) bentlerinin her zaman birlikte var olmaları gerekli olmayıp, suçun işleniş biçimine göre birisinin varlığı suçun oluşumu için yeterlidir. (Prof. Dr. Yener Ünver, Adliye Karşı Suçlar, 3.Baskı, Sy. 431) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması eğer doğrudan masumiyet karinesini ihlal eder nitelikte ise birinci fıkranın (b) bendinde öngörülen işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması şartı aranmaz.

Soruşturmanın gizliliği ikinci fıkradaki düzenleme hariç kural olarak soruşturmanın tarafları ile bunların avukatları için söz konusu olamaz. (5271 sayılı CMK'nın 153, 234/1-4 Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin yürütülmesine dair yönetmelik madde 137) Kanununun 153/2. maddesindeki düzenleme, bu kuralın istisnasını teşkil eder. Ancak, soruşturmanın tarafı olması nedeniyle soruşturma işlemlerine ya da bunların içeriklerine vakıf olan tarafların bunları alenen ifşa etmeleri diğer unsurların da varlığı halinde bu suçu oluşturabilir.

285/2.fıkrada düzenlenen suç yönünden tipik eylem soruşturma evresinde alınan ve soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğinin ihlal edilmesidir.

Bu madde yönünden aleniyet suçun unsuru değildir. Bu suç bakımından gizliliğin ihlal edilmesi, o an için bu işlem ya da içeriğini bilmemesi gerekenlere bir şekilde bildirilmesi ya da öğrenmesinin sağlanmasıdır.

Bu suçta tamamen soruşturma aşamasında yapılan işlem ve bu işlemlerin içerikleri ile ilgili bir koruma sağlar. 5271 sayılı CMK'nın 139 ve 140. maddelerindeki düzenlemelerin ihlalini cezalandıran bir suç tipi ortaya konmuştur.

Üçüncü fıkradaki düzenleme yönünden ise, kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlal edilmesidir. Düzenleme ile 5271 sayılı CMK'nın 182-187 maddeleri gereğince yapılacak kapalı oturum ilkeleri yönünden kovuşturma aşaması ile ilgili bir koruma sağlanmaktadır.

Alenilik bu fıkra kapsamında kalan eylemler için de suçun unsurudur. Ancak, ikinci cümle gereğince tanığın korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararına muhalefet edilmesi halinde aleniyet unsuru aranmaz.

d-)Manevi unsur: Suç, genel kastla işlenebilen bir suçtur.

Hukuka uygunluk sebepleri: Maddenin altıncı fıkrasında soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin haber verme sınırları aşılmaksızın haber konusu yapılması suç oluşturmayacağı düzenlemesine yer verilerek hakkın kullanılması kapsamında özellikle basın yayın hakkının korumaya alındığı görülmektedir.

VI-SOMUT OLAY VE HUKUKİ DEĞERLENDİRMELER:

1-Olay: Suç tarihlerinde sanıklardan Can Dünder'in, Cumhuriyet Gazetesi'nin genel yayın yönetmeni, Erdem Gül'ün ise aynı gazetenin Ankara temsilcisi olarak görev yaptığı, Milli İstihbarat Teşkilatı görevlileri tarafından yürütülen bir faaliyette kullanılan bazı tırların silah yüklü olduğu iddiası ile 19/1/2014 tarihinde Adana'da durdurularak arandığı, arama işlemine karışan askeri ve adli görevlilerle ilgili bilahere Adana Cumhuriyet Başsavcılığınca başlatılan soruşturma devam etmekte iken bu olayla ilgili olarak, bazı gazete ve haber sitelerinde istihbarat teşkilatına ait tırlarda silah ve cephaneye nakledildiğine dair haber ve yorumların yer aldığı, bu olay ile ilgili Cumhuriyet Gazetesinin 29/5/2015 tarihli nüshasında; sanık Can Dünder tarafından yapılan "İşte Erdoğan'ın yok dediği silahlar" başlıklı haberin, 12/6/2015 tarihli nüshasında ise Erdem Gül tarafından yapılan "Erdoğan'ın 'Var ya da Yok' Dediği MiT TIR'larındaki Silahlar Jandarmada Tesicillendi-Jandarma 'Var' Dedi" başlıklı haberlerin yayımlandığı, her iki haberde de tırlarda bulunduğu iddia edilen silah ve mühimmata ilişkin fotoğraflara ve ayrıntılı bilgilere yer verildiği, bu konuda daha önceden Aydınlık Gazetesinde de haber yapıldığı, sanık Can Dünder'in ikrarı ve incelenen açıklama içeriklerine göre, sanıklar tarafından yayımlanan görüntülerin, 21 Ocak 2014 tarihinde Aydınlık Gazetesi'nde yayımlanan haberle ilgili olduğu ve fakat bazı görüntülerin tamamen farklılık taşıdığı, Cumhuriyet Gazetesinde yapılan yayımdan sonra, doğrudan bu haber ve görüntülere atıf yapılarak, Suriye Arap Cumhuriyeti daimi temsilciliği tarafından Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Başkanlığı ve Genel Sekreterliğine 05 Haziran 2015 tarihli, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetinin terör örgütlerine silah temin ettiği ve Suriye Devletinin iç işlerine karıştığına ilişkin şikayet içeren özdeş mektup sunduğu anlaşılmaktadır.

2-Sanıklar hakkında silahlı terör örgütüne yardım etmek suçundan açılan davanın iş bu davadan tefriki kararının değerlendirilmesi;

Sanıklar hakkında silahlı terör örgütüne yardım etmek suçundan açılan davanın iş bu davadan tefrikine dair verilen kararın, 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesi anlamında bir hüküm niteliği taşımadığı açıktır. Fakat hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararlarının hükümlerle birlikte incelenmesi gerekir (CMK madde 272/2). Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen, 22/11/2016 tarihli 2016/YB-1280 Esas, 2016/432 sayılı kararında açıklandığı üzere; 5271 sy. CMK'nın 8. vd. maddeleri anlamında, birlikte görülmelerini zorunlu ve gerekli kılacak şahsi, fiili ya da hukuki bağlantı bulunmayan davaların birlikte görülmesi zorunlu olmadığı gibi her iki dosyanın ulaştığı safahat itibarıyla birleştirmenin, beklenen faydadan ziyade yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması gereğinin ihlali sonucunu doğuracağı durumlarda aynı Kanunun 10/1 maddesi gereğince davaların ayrılmasına da karar vermek mümkündür. Aralarında hukuki ve şahsi irtibat bulunduğu anlaşılacakla birlikte, incelemeye tabi devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçlarının 3713 sayılı Kanunun 3. ve 4. maddelerinde sayılan terör suçlarından olmadığı da gözetildiğinde, TCK'nın 314/3 ve 220/7. maddeleri delaletiyle 314/2. maddesinde düzenlenen suçun yargılmasının iş bu dava ile birlikte görülmesi zorunluluğunun bulunmadığının kabulü gerekir. Davaların ayrı yürütülmesinin her iki yargılama bakımından sonuca etkili görülmemesine, davaların uzamasına sebebiyet vermemesi şartıyla yeniden birlikte görülmesinin mümkün olmasına nazaran verilen kararda hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

3-Hükümete karşı suç yönünden;

Somut olay yönünden; gazeteci olan sanıkların, devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları gereği, niteliği bakımından gizli kalması gerekli bilgileri temin ederek basın yoluyla açıklamak suretiyle hükümeti gerek iç kamuoyunda gerekse uluslararası alanda "teröre destek veren bir ülke" konumuna

düşürmek istedikleri açık ise de, eylemlerinin maddi cebir içermemesi ve amaç suç bakımından elverişli/vahim eylem kapsamında bulunmaması nedeniyle müsnet suçu oluşturmayacağı yönündeki mahkemenin kabul ve gerekçesinde yukarıda açıklanan ve Dairemizce de benimsenen yerleşik yargı kararları ve doktrindeki hakim görüşler karşısında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

4-Devlet sırlarına karşı suç ve casusluk suçları yönünden;

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, demokrasinin vazgeçilmez unsuru olan “kuvvetler ayrılığı ilkesi” doğal olarak Anayasamızda da benimsenmiştir. Bu nedenle hangi bilgilerin “devlet sırrı” olarak tasnif edileceğine karar verme yetkisi, sır teşkil eden alan kanunla belirlenecekse Türkiye Büyük Millet Meclisine, idari bir kararla tespit edilecekse yürütme organına aittir.

Yargılama yapan mahkemenin görevi, idari kararla sır olarak tasnif edilen bilginin;

a) Kanunun belirlediği “devletin güvenliği, iç veya dış siyasi yararları” alanına ilişkin olup olmadığı, bilginin Devletin elinde veya kontrolünde bulunup bulunmadığı, açıklanması halinde ulusal güvenlik veya uluslararası ilişkiler bakımından ciddi zarar ve tehlikeye sebebiyet verip vermeyeceği,

b) Sır kararının yetkili makamlarca usulüne uygun olarak verilip verilmediği,

c) Sırrın daha önce açıklanması nedeniyle herkes tarafından bilinen şey haline gelip gelmediği,

d) Sır olarak kabul edilen bilginin bir suçun işlenmesine ilişkin olup olmadığı,

e) Temin suçları yönünden sırrın temininde özel bir çaba sarfedilip edilmediği,

f) Ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığı,

hususlarını tartışıp değerlendirmek ve denetlemekten ibarettir.

Ölçülülük ilkesi; bilginin devlet sırrı olarak tespit edilmesi bilgi edinme hakkı ve ifade özgürlüğünün sınırlanması niteliğinde olduğundan, yetkili makamlar tarafından bir bilginin sır olarak tespit edilirken oranlılık ilkesi gözetilmelidir. Anayasa'nın 13. maddesinde de temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kural olarak ulusal güvenliğin korunması amacıyla bazı bilgilerin sır olarak korunmasını sözleşmenin 10. maddesine aykırı görmemektedir. Ancak bu yetkinin sınırsız olmadığına da işaret etmektedir. Bilginin sır olarak korunması için diğer koşulların yanında demokratik bir toplumda gerekli bir tedbir niteliğinde olmasının gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre devlet sırrı niteliğindeki bilgi veya belgenin paylaşılmasındaki menfaat ile bu bilginin sır olarak korunmasıyla elde edilecek menfaat arasında adil bir denge kurulmalı, bilginin sır olarak korunmasıyla elde edilecek menfaatin daha ağır basması ve zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanması halinde bilgi veya belge sır olarak korunmalıdır. Bu konuda bir tereddüt halinde takdir hakkı bilginin sır olarak korunması yönünde kullanılmalıdır. (Executive Order 13526, Classified National Security Information, 1.1 md Aktaran Kaymaz. Age.)

Faaliyet alanı ve yetkili makam; Anayasanın 117/2. maddesine göre, Milli güvenliğin sağlanmasından, TBMM'ne karşı Bakanlar Kurulu/Cumhurbaşkanı (21.01.2017 t.6771 sy k.16.maddesi ile) sorumludur. Milli Güvenlik Kurulu ise Anayasanın 118. maddesi gereğince devletin milli güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulaması ile ilgili alınan tavsiye kararları ve gerekli koordinasyonun sağlanması

konusundaki görüşlerini Bakanlar Kuruluna/Cumhurbaşkanına(21.01.2017 t.6771 sy k.16.maddesi ile) bildiren Anayasal bir danışma organıdır. Kararları değerlendirip icra edecek olan mercii Bakanlar Kurulu/Cumhurbaşkanı(21.01.2017 t.6771 sy k.16.maddesi ile) dir. Devletlerin, bekasını temin ve milli menfaatlerini koruma adına ülke sınırları içinde veya dışında niteliği itibariyle devlet sırrı mahiyetinde olan faaliyetleri olabilir. Dava ve haber konusu faaliyetin de bu kapsamda bir faaliyet olduğu gerek dosyada bulunan ilgili kurumların cevabi yazıları gerekse açık kaynaklarda yer aldığı üzere devlet yetkililerinin açıklamaları ile sabittir. Bu bilgilerin temini ve/veya açıklanmasının, doğrudan milli savunmayı ve ülkenin siyasal menfaatlerini hedef aldığı da kuşku duymamak gerekir. Bu itibarla yerel mahkemenin toplayıp karar yerinde tartışarak gösterdiği delil ve değerlendirmelerle temin edilerek haberlere konu yapılan bilgi ve belgerin “niteliği itibariyle devlet sırrı” olarak kabulünde bir isabetsizlik yoktur.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere; “Devlet sırrının” temin edilmesi halinde TCK’nın 327. maddesinde, açıklanması halinde TCK’nın 329. maddesinde, “sırrın” siyasal veya askeri casusluk maksadıyla elde edilmesi halinde TCK’nın 328. maddesinde, bu bilgilerin aynı maksatla açıklanması halinde TCK’nın 330. maddesinde tanımlanan suçlar oluşacaktır. Görüldüğü üzere, sırrın temini ve açıklanması ile askeri veya siyasal casusluk suçu arasında sadece suç saiki açısından fark vardır.

TCK’nın 330. maddesinde düzenlenen; Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları gereği, niteliği bakımından gizli kalması gerekli bilgilerin "siyasal veya askerî casusluk" maksadıyla açıklanması suçunun, niteliği itibariyle aleniyet (kamuya açık olma) unsurunu içermesi nedeniyle basın yoluyla işlenen bir suç olduğunda ve ceza takibi bakımından 5187 sayılı Kanun hükümlerine tabi bulunduğu kuşku yoktur. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. (Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 13.05.2013 tarih 2013/1595 E, 2013/7462 K sayılı ilamı) Bu suçun basın yoluyla işlenmesi mümkün olmayan suçlarla birlikte yargılamaya konu olması da sonucu değiştirmez. Bu nedenle somut olayda bu suç yönünden de 5187 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanamaz olduğuna dair yerel mahkeme düşüncesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.

Ancak bu bilgilerin alelade ya da "siyasal veya askerî casusluk" maksadıyla temin edilmesi suçlarının yapıları itibariyle aleniyet (kamuya açık olma) unsurunu içermemeleri nedeniyle basın yoluyla işlenen bir suç olmadığı da açıktır. Bu nedenle anılan suçlar soruşturma ve kovuşturma usulü bakımından genel hükümlere tabidirler.

İncelenen dosya kapsamına göre,suç konusu haberlerin yer aldığı gazete nüshalarının Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmediği,sanıklar hakkındaki soruşturmanın katılan vekilince verilen 02.06.2015 tarihli şikayet dilekçesi üzerine başlatıldığı,25.01.2016 tarihli iddianamenin yerel mahkemece 05.02.2016 günü kabul edildiği anlaşılmaktadır.Bu durumda davanın, suçu oluşturan fiillerin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından öğrenildiği tarihten itibaren öngörülen dört aylık hak düşürücü süreden sonra açıldığı görülmektedir.

Niteliği gereği devlet sırrı olan bilgi ve belgelerin, temin ve/veya açıklama tarihi itibariyle “devlet sırrı” niteliğini koruyup korumadığına,sırrın herkesçe bilinen hale gelip gelmediğine ve demokratik toplumda gerekli olup olmadığına gelince: Sırrın, başkalarına kapalı, alenileşmemiş gizlenmesinde yarar görülen bir alan olduğu için artık sır vasfı kalmamış aleni hale gelen bilgilerin sır kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ve fakat rivayet, tahmin, şayia gibi hususların bilginin sır olma vasfını ortadan kaldırmayacağı gibi daha önce kısmen açıklansa ya da yayına konu olsa da, kapsam ve niteliği itibariyle devletin güvenliği veya siyasal yararlarını koruma kabiliyetini muhafaza eden bilginin

halen "sır" vasfını muhafaza ettiği yukarıda açıklanmıştır. Özü itibariyle devlet sırrı olduğu kabul edilen bilgilerin kaynağını, Milli İstihbarat Teşkilatı'nın 06/02/2014 tarih ve 112-54128131 sayılı cevabi yazıları ve devlet yetkililerinin açıklamalarına göre, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu ile MİT Müsteşarlığı'na verilen görev ve yetkiler uyarınca yapıldığı bildirilen bir faaliyet oluşturmaktadır.

Bu olayla ilgili olarak Aydınlik Gazetesi'nin 21/01/2014 tarihinde yayımlanan nüshasında "İşte TIR'daki Cephane" başlıklı haberde "Adana'da durdurulan MİT'e ait 3 TIR'dan mühimmat çıktı. Aydınlik, arama fotoğraflarına ulaştı. TIR'larda 'insani malzeme' değil, top mermisi taşındığı belirlendi." iddialarına yer verilmiştir. Anılan gazetenin aynı tarihli ve ertesi günkü nüshalarında tırlarla taşındığı iddia edilen malzemelere dair bazı yazarların yorumları da yayımlanmıştır. Sanık Can Dünder'in ikrarı ve incelenen açıklama içeriklerine göre, sanıklar tarafından yayımlanan görüntülerin, 21 Ocak 2014 tarihinde Aydınlik gazetesinde yayımlanan haberle ilgili olduğu ve fakat bazı görüntülerin tamamen farklılık taşıdığı görülmektedir. Cumhuriyet Gazetesi'nde sanıklar tarafından yapılan haberde önceden yayımlanan haberlere atıf yapılmadığı gibi tamamen farklı nitelikte ve faaliyetle ilgili tüm ayrıntıları içeren, kaynağından edinildiği intibasını uyandıran bilgi ve belgelere yer verildiği anlaşılmaktadır. Nitekim, sanık Can Dünder her iki haberin aynı olmadığını kabul ederek gazetecinin haber değeri taşıyan bütün bilgileri kaynağını açıklamaksızın yayımlamak hakkı olduğunu savunmuştur.

Türkiye'nin, en uzun kara sınırını paylaştığı ülke konumundaki Suriye'de yukarıda zikredilen, olay ve suç tarihlerinde de mevcut olup devam edegelen iç savaş ve çatışmaların Ülkenin milli güvenliğini ciddi anlamda tehdit ettiği açıktır. Çatışmalardan kaçmak zorunda kalan üç milyondan fazla mülteci Türkiye'ye sığınmıştır. Çok sayıda intihar eylemcisi sınırı aşarak ülkeye girmiş ve takip eden süreçte yerel mahkeme kararında da belirtilen terör eylemlerini gerçekleştirmiştir. Merkezi otoritenin kayb olduğu bölgede ortaya çıkan çok sayıda taşeron terör örgütünün ülkenin toprak bütünlüğüne, milli güvenliğine ve siyasi menfaatlerine açık ve yakın tehdit oluşturduğu yaşanan tecrübelerle somutlaşmıştır. Çatışma bölgesinde, Suriye ile komşuluğu ve ilgisi bulunmasa da Ortadoğuyu yeniden şekillendirmek isteyen küresel güç durumundaki ülkelerin stratejik hamleleri olduğu dünya kamuoyunun da malumudur. Bu itibarla milli güvenlik bağlamında ciddi bir tehdit süreci devam etmekte iken, daha evvel haber yapan gazeteden farklı olarak geniş bir kitleye ulaşan Cumhuriyet gazetesinin 29/05/2015 tarihli nüshasında sanık Can Dünder tarafından yapılan haber suretiyle açıklanan, daha evvel açıklanmamış bölümleri ve içeriği itibariyle de devletin güvenliği ve siyasal yararlarını koruma kabiliyetini haiz olan bilgilerin halen "sır" vasfını muhafaza ettiğinin kabulü gerekmektedir.

Sır olarak korunan bilgi ve faaliyetler, suç teşkil edip etmediği sorunu;

Suç, doktrinde birbirine benzer biçimde şöyle tanımlanmaktadır:

Suç denilince kusur yeteneği bulunan bir kimsenin tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu bir insan davranışı anlaşılır. Bir başka deyişle, ceza yaptırımı gerektiren fiildir. (Öztürk - Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku, 9. baskı s. 109)

Suç, cezaya layık haksızlıktır. (Koca - Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel hükümler, 6. Baskı s. 36)

Suç; insanların toplum içinde birlikte yaşamalarının temini, toplumsal düzenin devamı için korunması gereken hukuki değerleri ihlal eden belli insan davranışları olarak tanımlamak mümkündür. (Özgenç Türk Ceza Hukuku, s, 150,)

Hukuka aykırı bir fiil, kanun tarafından özel olarak tarif edilmiş ve bu fiile bir ceza da bağlanmışsa, o fiil suçtur. (Dönmezer - Erman Ceza Hukuku 1. cilt 386 sf.)

Görüldüğü üzere, teoride yapılan tanımlarda ortak özellik suçun bir haksızlık olduğudur.

Suç, şekli anlamda; Hukuk düzeni tarafından ceza ve/veya güvenlik tedbiri ile karşılanan bir insan davranışı (haksızlık) olarak ifade edilebilir.

Ceza hukukunun amacı, hukuksal değerleri korumaktır. Suç teşkil eden fiiller, kanunda suç olarak tanımlanmadan önce de, esasen haksızlık olarak vardır. Bu nedenle suç, bir haksızlık olarak, medeni hukuk ya da kamu hukukuna aykırı harekette bulunmaktan nitelik itibarıyla farklı değildir. Suç, diğer haksızlıklardan yalnızca nicelik itibarıyla farklıdır.

Suç olgusu, devlet sırrı ilişkisi ya da devlet sırrı ile ilgili olarak TCK'nın 327. maddesinin gerekçesinde "Suç olgusuna ilişkin bilgi ve belgeler, bir hukuk toplumunda hiçbir surette devlet sırrı olarak koruma altına alınamaz." denilmek suretiyle, suç ile devlet sırrının bir arada olamayacağı ileri sürülmüştür. Böylece madde metninde bulunmayan bu şartın gerekçede yer aldığı görülmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanununun 125/1. maddesinde de, "Bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz." denilerek suç olgusuna dair bilgi içeren belgelerin, iddiaların aydınlatılması için yargılamanın selameti ve aleniliği bağlamında, mahkemeye karşı devlet sırrı olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.

TCK'nın 327. maddesinin metnine dahil olmamakla birlikte metnin yorumunda başvurulacak kaynaklardan biri olan gerekçede yer verilen bu şart doktrinde de tartışma konusu olmuştur; Hafizoğulları/Özen gerekçede ileri sürüldüğü gibi, suç ile devlet sırrının bir arada olamayacağını, suç teşkil eden veya suçlara ilişkin bir hususun devlet sırrı olarak korunamayacağını savunurken (Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukukunda Devlet Sırrına Genel Bir Bakış sh.27), Şahin/Göktürk'ün ise, bir bilginin hem devlet sırrı hem de bir suç veya suça ilişkin olabileceği görüşünü paylaştıkları görülmektedir(Şahin/Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt II sh.47).

Gerek Ceza Muhakemesi Kanununun 125. maddesinde gerekse TCK'nın 327. maddesinin gerekçesinde kanun koyucu tarafından yapılan vurgunun, maddi ceza hukuku bakımından devlet sırrı-suç olgusu ilişkisine değil ve fakat yargılama hukuku açısından suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgelerin, devlet sırrı olduğu gerekçesiyle mahkemeye karşı gizli tutulamayacağına yönelik olduğu açıktır. Bu nedenle mevzuat bakımından bir bilginin hem devlet sırrı hem de bir suç veya suça ilişkin olabileceğinin kabulünde bir engel bulunmamaktadır. CMK'nın hazırlık çalışmalarında ileri sürülen görüşlerden de aynı sonuca ulaşmak mümkündür.(Özgenç,Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu sh.240)

Diğer taraftan Ceza Muhakemesi Kanununun 125/3. maddesinde, birinci ve ikinci fıkraların, suçun gerektirdiği hapis cezasının alt sınırının 5 yıl veya daha fazla olması halinde uygulanabileceğinin belirtilmiş olması karşısında; bir suç olgusuna ilişkin delilin aynı zamanda sır olabileceğinin, suçla ilgili hususların devlet sırrı kapsamında kalabileceğinin kabulü gerekir. Aksi halde, suçun gerektirdiği hapis

cezasının alt sınırının 5 yıl veya daha fazla olması koşulunun aranmasına gerek duyulmaksızın yargılamada delil olarak kullanılması gerekmektedir.

Devletler de insanlar gibi hayatîyetlerine yönelik saldırı ve tehditler karşısında meşru savunma durumunda kalabilirler. Bu durumda olan devletlerin saldırıyı/tehlikeyi def etmek üzere orantılı biçimde müdahalede bulunmaları karşılık vermeleri bir hukuka uygunluk nedeni olarak hem ulusal hem de uluslararası düzeyde kabul görmektedir. (Birleşmiş Milletler Antlaşmasının 51. maddesi, TCK'nın 25. maddesi gibi)

Somut olay yönünden; incelenen dosya kapsamına göre anılan faaliyetle terör örgütlerine silah temin edildiği iddiasının hiçbir somut dayanağı yoktur. TCK'nın 301. maddesinde düzenlenen devletin organlarını aşağılamak suçuna temas etmekten öteye geçemeyen bu iddiaları doğrulayan bir delil de ikame edilebilmiş değildir. Kaldı ki, yukarıda izah edildiği üzere; Suriye Devleti topraklarında gerçekleşen iç savaş nedeniyle sınır komşusu olan ülkemize yönelik açık ve yakın tehdidin gerçekleşmesinden önce meşru savunma durumunda kalan devletin, yetkili organları marifetiyle halin gereklerine uygun, orantılı ve önleyici tedbirleri almak hakkına sahip olduğunda kuşku duymamak gerekir. Hiç bir devlet felaketlerin gelip çatmasını bekleyemez. Somut faaliyetin de bu kapsamda milli savunma ve siyasal menfaatlerin korunması bağlamında icra edilen bir görevin ifası olarak değerlendirilmesi gerekeceğinden savunmada ileri sürülen, sır olarak korunan bilgi ve faaliyetlerin suç oluşturduğu yönündeki ispat edilemeyen iddianın hukuki dayanağının da bulunmadığının kabulü gerekir.

Ceza yargılaması bakımından olaylar, eylemler; suç teşkil edip etmedikleri, hukuka aykırı olup olmadıkları yönüyle değerlendirilirler. Tartışma konusu müsnet suçlar itibarıyla de hakim tartışacağı kriterler yukarıda açıklanmıştır. Yoksa, tedbirin yeri, zamanı, içeriği, başarılı olup olmadığı gibi yerindelik denetimi kapsamında kalan tartışmaların yargının görev alanı dışında kaldığı açıktır.

Hukuka uygunluk nedenlerinde yanlışlığı gerçekleşmiş midir;

19/01/2014 tarihinde meydana gelen arama olayı ile ilgili bilgileri bir şekilde temin ederek Cumhuriyet Gazetesi'nin 29/05/2015 tarihli nüshasında yayımlayan, 35 yıllık gazeteci olan, bir çok gazetede yazar, genel yayın yönetmeni olarak çalışan, ikrarına göre bir öğretim üyesi olarak doktora tezini "devlet sırrı" konusunda hazırlayan ve neyin sır olup olmadığını değerlendirebilecek konumda bulunan, anlatılan süreçte esas itibarıyla güncelliğini kaybetmiş, devlet sırrı niteliğinde olan bilgi ve belgelerin daha evvel yayımlanmayan bölümlerini temin edip yayımlayan sanık Can Dündar'ın, Anayasa'nın 12. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder." biçiminde vurgulanan, ifade ve basın özgürlüklerinin kullanımı yönünden basın için geçerli olan "görev ve sorumluluk" alanını düzenleyen gazetecilik etik kuralları çerçevesinde hareket ettiği söylenemez.

Bu nedenlerle sanığın eylemlerinin, basın yayın hakkının kullanılması kapsamında hukuka uygun fiiller olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Kanunun amaç ve kapsamı, Dairemizce de kabul gören teori ve uygulamadaki görüşler ile tüm dosya kapsamına göre; sanık Can Dündar'ın devletin milli güvenliği ve siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla devlet sırrı mahiyetinde icra edildiği anlaşılan faaliyetle ilgili olarak 19/01/2014 tarihinde meydana gelen arama olayı ile irtibatlı haberlerin güncelliğini kaybetmesinden yaklaşık 16

ay sonra, Suriye'de yaşanan terör olaylarının milli güvenlik için oluşturduğu ciddi ve yakın tehdidin devam ettiği, bu ülkeyle yaşanan gerginliğin sürdüğü ve uluslararası arenaya taşındığı bir süreçte, siyasi iktidarı gerek iç kamuoyunda gerekse uluslararası alanda “teröre destek veren bir ülke” konumuna düşürmek ve adeta anılan ülkenin soyut iddialarına sözde delil yetiştirmek ve bu yöndeki faaliyetleri engellemek amacıyla, Cumhuriyet Gazetesinin 29/05/2015 tarihli nüshasında davaya konu haberi dünya kamuoyuna da hitap ederek farklı ve çarpıcı bir üslupla yayımlayıp ortaya dökmesinden hemen sonra, doğrudan bu yayıma atıf yapılarak Suriye Arap Cumhuriyeti Birleşmiş Milletler Daimi Temsilciliği tarafından, Güvenlik Konseyi Başkanı ve Genel Sekreterine 05 Haziran 2015 tarihli, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini şikayet eden özdeş mektup sunduğunun da anlaşılması karşısında; casus ile casusluğu talep eden arasında bu bilgi ve belgelerin karşı tarafa aktarılmasına yönelik bir anlaşmanın bulunmasının şart olmadığı, açıklanan bilgilerin anılan ülke temsilcilerine ulaştığı da gözetildiğinde sanığın niteliği gereği devlet sırrı olan bilgileri, casusluk maksadıyla Türkiye Cumhuriyeti Devletinin zararına, Suriye Devletinin yararına temin edip açıkladığı sonucuna varmak ve eylemlerinin TCK'nın 328. ve 330. maddeleri kapsamında değerlendirilip tartışılması gerektiği, aynı gerekçelerle anılan bilginin sır olarak korunması, suç tarihi itibarıyla de demokratik toplumda gerekli/zorlayıcı bir tedbir niteliğinde kabul edilebilecektir.

Bu nedenle, özü itibarıyla devlet sırrı olduğu kabul edilen bilgilerin kaynağını oluşturan 19/01/2014 tarihinde Adana'da silah yüklü olduğu iddiası ile bazı tırların durdurularak aranması olayına karışan sanıklar hakkında Dairemizin ilk derece mahkemesi sıfatıyla 2015/1 esasına kayden görülen dava kapsamında Dışişleri Bakanlığından istenerek dosyasına konulan eşdeğer mektup tercümesi de temin edilerek 5271 sayılı CMK'nın 217. maddesi gereğince taraflara okunup tartışıldıktan sonra ortaya konulan ilkeler doğrultusunda sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi hukuka aykırıdır.

Sanık Erdem Gül yönünden; suç tarihi itibarıyla Cumhuriyet Gazetesinin Ankara temsilcisi olan sanığın anılan gazetenin 12 Haziran 2015 tarihli nüshasında aynı olaya ilişkin Jandarma Kriminal Laboratuvarınca hazırlanan rapora atfen "Jandarma Var Dedi" başlıklı haberi yaptığı sabittir. Yayımlanan bilgi ve belgelerin Devletin güvenliği ve siyasal yararlarına ilişkin olduğu da tartışma konusu değildir. Ancak aynı bilgilerin Sanık Can Dünder tarafından gazetenin 29/05/2015 tarihli nüshasında yayımlanarak açıklandığı ve bu suretle “devlet sırrı” vasfını kaybettiği görülmektedir. Bu nedenle sanığa münnet devlet sırrı niteliğindeki bilgileri casusluk maksadıyla açıklamak suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığının kabulü gerekir.

Keza sanık Can Dünder'in genel yayın yönetmenliğini yaptığı Cumhuriyet Gazetesinin, Ankara temsilcisi olan sanığın, bu bilgi ve belgelere hangi tarihte ulaştığı belli olmadığı gibi devlet sırrı niteliğindeki gizli bilgileri hususi gayretle temin ettiğine veya sanık Can Dünder'in temin etme eylemine iştirak ettiğine dair kesin bir delil de yoktur.

Fakat sanık tarafından yayımlanan ve Jandarma Genel Komutanlığı Kriminal Laboratuvarınca hazırlanan raporun, 19/01/2014 tarihinde Adana'da silah yüklü olduğu iddia edilen tırların aranması olayına karışan askeri ve adli görevlilerle ilgili Adana Cumhuriyet Başsavcılığınca başlatılan soruşturma evrakından olduğu, yapılan haber içeriğinin doğrudan zikredilen soruşturmanın gizliliğini hedeflediği ortadadır.

Adana Cumhuriyet Başsavcılığınca başlatılan ve Dairemizin ilk derece mahkemesi sıfatı ile yaptığı yargılamaya dayanak teşkil eden Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 15.07.2015 tarih 172-176 sayılı

son soruşturmanın açılması kararı ile sona eren soruşturma evresinde yapılan işlemin/raporun ve soruşturma muhtevasının basın yoluyla ifşasından ibaret eylemin, hakkında soruşturma yürütülen şüpheliler yönünden maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olduğu da açıktır. Bu nedenle sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 285/1-b maddesinde düzenlenen suç oluşturduğunun kabulü gerekir. Fakat davanın 5187 sayılı Basın Kanununun suç tarihinde yürürlükte olan 26/1. maddesinde öngörülen dört aylık süreden sonra açıldığının anlaşılması karşısında CMK'nın 223/8. maddesi uyarınca düşmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek hukuki olmayan gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır.

VII-SONUÇ;Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

Devlet sırrını temin etmek ve açıklamak suçları yönünden katılma talebi reddedilen müşteki Recep Tayyip Erdoğan'ın anılan suçlar yönünden Türkiye Cumhuriyeti Başbakanı sıfatıyla suçtan doğrudan zarar görme ihtimali bulunduğundan 5271 sayılı CMK'nın 237/2. maddesi gereğince davaya katılan olarak kabulü ile yapılan inceleme sonucunda;

1-A)Sanıklar hakkında silahlı terör örgütüne yardım etmek suçundan açılan kamu davasının, bu davadan tefrik edilerek ayrı bir esasa kayıt edilmesine ilişkin kararın; usul ekonomisi, davaların makul sürede sonuçlandırılması, her iki davanın birlikte görülmesinde yasal zorunluluk bulunmaması da gözetildiğinde hükmün esasını etkileyecek şekilde yasaya aykırılık teşkil etmediğinin tespitine,

B-)Sanıkların, hükümete karşı suçtan beraatlerine ilişkin kararın temyiz incelenmesinde;

a-Bu suç yönünden davaya katılma ve kanun yoluna başvurma hakkı bulunmayan Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı vekillerinin temyiz taleplerinin CMUK 317. maddesi gereğince REDDİNE,

b-Yapılan yargılama sonunda, sanıklara yüklenen suçun yasal unsurlarının oluşmadığı gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan o yer Cumhuriyet savcısının ve Başbakan sıfatıyla katılan Recep Tayyip Erdoğan vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle beraate ilişkin hükmün ONANMASINA,

2-Sanıklar Can Dündar ve Erdem Gül hakkında devlet sırrını açıklamak suçundan kurulan hükümler bakımından;

a-) Sanık Can Dündar hakkında;

Devlet sırrını açıklamak suçundan açılan davanın, 5187 sayılı Basın Kanununun suç tarihinde yürürlükte olan 26/1. maddesinde öngörülen dört aylık süreden sonra açıldığının anlaşılması karşısında; CMK'nın 223/8. maddesi uyarınca düşmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması,

b-) Sanık Erdem Gül hakkında;

Sanığın 29.05.2015 tarihinde Cumhuriyet Gazetesi'nde yayımlandıktan sonra devlet sırrı niteliği kalmayan bilgileri, 12.06.2015 tarihinde aynı gazetede yayımlayarak açıklamasından ibaret olayda,siyasal veya askeri casusluk suçunun unsurları itibariyle oluşmayacağı ve fakat eylemin TCK'nın 285/1-b maddesi kapsamında soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunu teşkil edeceği görülmekte ise de, vasfen dönüşen bu suçla ilgili davanın 5187 sayılı Basın Kanununun suç tarihinde yürürlükte olan

26/1. maddesinde öngörülen dört aylık süreden sonra açıldığının anlaşılması karşısında; CMK'nın 223/8. maddesi uyarınca düşmesine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi,

3-Devlet sırrının genel kastla veya siyasal ya da askeri casusluk saikiyle temin edilmesi suçları bakımından;

Gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gereken devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etmek(TCK madde 327) ve bu bilgileri açıklamak (TCK madde 329) suçları ile aynı bilgileri casusluk kastı ile temin etmek (TCK madde 328) ve açıklamak (TCK madde 330) suçları arasında TCK'nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kurallarının uygulanma yeri bulunmadığı da gözetilerek;

a-) Sanık Can Dündar yönünden;

Sanığın Cumhuriyet Gazetesinin 29.05.2015 tarihli nüshasında, devletin güvenliği veya siyasal yararları bakımından devlet sırrı niteliğindeki bilgileri yayımlamak suretiyle açıklamasından sonra, Suriye Arap Cumhuriyeti Birleşmiş Milletler Daimi Temsilciliği tarafından Güvenlik Konseyi Başkanı ve Genel Sekreterine 05 Haziran 2015 tarihli, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini şikayet eden özdeş mektup sunulduğunun da anlaşılması karşısında; anılan bilgileri doğrudan siyasal casusluk kastı ile temin ettiğinin kabulü gerekebileceğinden ve eyleminin bu haliyle basın yoluyla işlenmesi de mümkün olmayan TCK 328. maddesinde düzenlenen suç oluşturabileceği gözetilerek bu belgenin Dışişleri Bakanlığında temini ile 5271 sayılı CMK'nın 217. maddesi gereğince taraflara okunup tartışılmasından sonra yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmesi,

b-) Sanık Erdem Gül yönünden;

Sanığın devlet sırrı niteliğindeki gizli bilgileri hususi gayretle temin ettiğine veya sanık Can Dündar'ın eylemine iştirak ettiğine dair cezalandırılmasına yeterli, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden ispat edilemeyen suçtan beraatine karar verilmesi gerekirken yetersiz ve yasal olmayan gerekçe ile yazılı olduğu şekilde karar verilmesi,

4-) Kabul ve uygulamaya göre de;

Anayasa Mahkemesinin 24.11.2015 tarih ve 29542 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 08.10.2015 tarih, 2014/140 E. 2015/85 sayılı iptal kararı ile TCK'nın 53. maddesindeki bazı düzenlemelerin iptal edilmiş olması nedeniyle bu karar doğrultusunda hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmemesi,

Bozmayı gerektirdiğinden Cumhuriyet savcısının, sanıklar müdafilerinin ve katılanlar MİT ve Başbakan sıfatıyla Recep Tayyip Erdoğan vekillerinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmele, hükümlerin bu sebeplerden dolayı BOZULMASINA, 08.03.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan

Üye

Üye

Üye

Üye

