

"İçtihat Metni"

Mahkemesi :Ceza Dairesi

Suç : Silahlı terör örgütüne yardım, Devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin gizli kalması gereken bilgileri açıklama

Hüküm : 1-Silahlı terör örgütüne yardım: Silahlı terör örgütüne yardım suçundan açılan kamu davasının eldeki dava dosyasından tefriki ile, mahkemenin başka bir esas numarasına kaydedilmesine, dosyanın onaylı bir suretinin çıkarılarak yeni esas numarası altında oluşturulacak dosya içerisine konulmasına, bahse konu suçtan yargılamanın yeni oluşturulacak iş bu dava dosyası üzerinden yürütülmesine ilişkin İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 14.06.2017 gün, 2016/205 Esas, 2017/97 Karar hükmünün davayı sonuçlandırıcı nitelikte olmaması nedeniyle bu hükmün kaldırılması hususunda dairece bir karar verilmesine yer olmadığına ilişkin karar,

2-Devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin gizli kalması gereken bilgileri açıklama: Devletin güvenliğine ilişkin gizli kalması gereken bilgileri casusluk maksadıyla açıklamak suçundan dolayı sanığın TCK'nın 330/1, 62/1 maddeleri uyarınca 25 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, sanık hakkında TCK'nın 53. maddesinin uygulanmasına, tutukluluk halinin devamına ilişkin İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 14.06.2017 gün, 2016/205 Esas, 2017/97 Karar hükmünün kaldırılması ile; 5237 sayılı TCK'nın 329/1, 62/1, 53/1-2-3, 63/1. maddeleri gereğince 5 yıl 10 ay hapis cezasına ilişkin karar,

Devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin gizli kalması gereken bilgileri açıklamak suçundan sanık ...'nun mahkumiyetine ilişkin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesince verilen 13.02.2018 gün ve 2017/2075 E. 2018/287 K. sayılı kararın sanık müdafileri, katılan ... vekili, Cumburbaşkanlığı adına katılan sayın ... vekili ve o yer Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz edilmiş olmakla temyiz edenin sıfatı, başvurunun süresi, kararın niteliği ve temyiz sebebine göre dosya incelendi, GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

I-YARGILAMA SAFAHATI VE MAHKEMENİN KABULÜNE GÖRE SOMUT OLAY:

A) Dava:

29 Mayıs 2015 tarihinde Cumhuriyet Gazetesinde Milli İstihbarat Teşkilatına ait Tırlar'da silah taşındığı yönündeki haber ve görüntüler üzerine, müşteki sıfatıyla Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı ... vekilinin 02.06.2015 tarihli şikayet dilekçesi ile sanık ... ve diğerleri hakkında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma başlatılmıştır. Suç tarihi sonrası şüpheli ...'nun Milletvekili seçilmesi nedeniyle hazırlanan 18.04.2016 tarihli fezleke, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulmak üzere Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilerek, soruşturmanın yürütülebilmesi için dokunulmazlığının kaldırılmasına karar verilmesi talep edilmiştir. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünce 09.06.2016 tarihinde söz konusu fezleke ve eki evrak hakkında 08.06.2016 tarihli ve 29736 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 20.05.2016 tarihli ve 6718 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında değişiklik yapılmasına dair kanun kapsamında işlem yapılmak üzere iade edilmiştir.

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı (Özel Soruşturma Bürosu)'nun 2016/78216 soruşturma, 32641 esas, 34071 sayılı iddianamesi ile sanık hakkında, suç tarihi 27.05.2015 olarak gösterilen eylemleri nedeniyle, Devletin Gizli Kalması Gereken Bilgilerini Siyasal veya Askeri Casusluk Amacıyla Temin Etme ve **FETÖ**/PDY Silahlı Terör Örgütüne Bilerek ve İsteyerek Yardım Etmek suçlarından eylemine uyan TCK'nın 328/1, 220/7 maddesi delaletiyle 314/2, 3713 sayılı Kanunun 5, TCK'nın 53. maddeleri gereğince cezalandırılması için kamu davası açılmıştır.

B) İlkderece Mahkeme Kararı:

İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinin 2016/205 esasına kayden görülen davada, 14.06.2017 tarih

2017/97 karar sayılı kararı ile, silahlı terör örgütüne yardım etmek suçundan açılan davanın işbu dava dosyasından tefrikine, sanığın sübut bulan eylemine uyan Siyasi ve Askeri Casusluk Maksadıyla Devletin Güvenliği veya İç veya Dış Siyasal Yararları Bakımından Gizli Kalması Gereken Bilgileri Açıklama suçundan TCK'nın 330/1, 62, 53. maddeleri gereğince cezalandırılmasına karar vermiştir.

C) Bölge Adliye (İstinaf) Mahkemesi Süreci:

Yerel Mahkemenin iş bu kararı İstinaf edilmekle, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesinin 2017/1405 esas, 2017/1646 sayılı kararı ile; ilk derece mahkemesi hükmünün bozulmasına karar verilerek, dava dosyası ilk derece mahkemesine iade edilmiş, anılan mahkeme de 06.11.2017 tarih 183-173 sayılı kararı ile bozma kararının usul ve yasaya aykırılık teşkil ettiği, verilen bozma kararı yönünden mahkemece yapılacak başka bir işlem olmadığı gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığına, dosyanın gereğinin takdir ve ifası için İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesine iadesine karar vermiştir.

Bu kez İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi duruşma açmak suretiyle yapmış olduğu yargılama sonucunda, 13.02.2018 tarih ve 2017/2075 esas, 2018/287 sayılı karar ile silahlı terör örgütüne yardım etmek suçundan açılan davanın işbu dava dosyasından tefrik edilmesine, Devletin güvenliğine ilişkin gizli kalması gereken bilgileri casusluk maksadıyla açıklamak suçundan sanığın TCK'nın 330/1, 62/1, 53. maddeleri gereğince cezalandırılmasına ilişkin İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 14.06.2017 gün, 2016/205 Esas, 2017/97 Karar hükmünün kaldırılmasına, değişen suç vasfı nedeniyle sanık ...'nın, "Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibariyle gizli kalması gereken bilgilerini açıklamak" suçundan eylemine uyan 5237 sayılı TCK'nın 329/1, 3713 sayılı Kanununun 5, TCK'nın 62, 53. maddeleri gereğince cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Karar, sanık müdafileri, katılan ... vekili, Başbakanlık adına katılan ... vekili ve Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz edilmiştir.

D) Ön sorun:

Dava dosyası Dairemize gönderildikten sonra sanık müdafinin 02.07.2018 tarihli dilekçesiyle müvekkilinin 24.06.2018 tarihli TBMM 27. dönem Milletvekili genel seçiminde İstanbul Milletvekili olarak yeniden seçilmesi nedeniyle Anayasanın 83. maddesi delaletiyle CMK'nın 223/3-8 maddeleri gereğince durma kararı verilerek sanığın tahliyesini talep etmesi üzerine Dairenin 19.07.2018 tarih, 2018/2088 E, 2018/10 D.İş. sayılı kararı ile özetle;

Milletvekillerinin dokunulmazlığı T.C. Anayasasının 83/2. maddesinde, "seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir Milletvekili, meclis kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz." şeklinde, düzenlenerek, bu genel hükmün istisnaları "ağır cezayı gerektiren suç üstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanmış olmak kaydıyla Anayasanın 14. maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır." olarak, aynı fıkranın devamında yer almıştır. Atılı suçun işleniş şekli ve soruşturmanın başlama sürecine göre ağır cezalık suç üstü halinin gerçekleşmediği açıktır. Seçimden önce soruşturmasına başlanmış olmak koşuluyla Anayasanın 14. maddesi kapsamındaki suçlardan olmadığına ilişkin ayrıntılı değerlendirme yapılmıştır. Bu genel hükümler yanında Anayasa koyucu, 20.05.2016 tarih, 6718 sayılı Yasanın 1. maddesi ile Anayasaya geçici 20. madde eklemek suretiyle "bu maddenin TBMM'nde kabul edildiği tarihte; soruşturmaya veya soruşturma ya da kovuşturma izni vermeye yetkili mercilerden, Cumhuriyet Başsavcılıklarından ve Mahkemelerden, Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına veya Anayasa ve Adalet Komisyonları üyelerinden kurulu karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan Milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından Anayasanın 83. maddesinin 2. fıkranın 1. cümlesi hükmü uygulanamaz." biçiminde özel bir düzenleme yapılmıştır.

Anayasa yapıcının amacı ve kanunun kapsamının belirlenmesi açısından uygulama ve doktrindeki görüşler dikkate alındığında; madde metninden açıkça anlaşıldığı üzere 20.05.2016 tarihi itibariyle ilgili birimlere intikal etmiş dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan Milletvekilleri hakkında, "bu dosyalar bakımından" Anayasanın 83. maddesi 2. fıkranın 1. cümlesinin uygulanamayacağı öngörülmüştür.

Bu itibarla geçici 20. maddenin, yasama dokunulmazlığına ilişkin genel hüküm niteliğindeki 83/2 inci fıkrasına nazaran "Anayasal bir özel hüküm" olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Anılan hükmün geçici madde olması, hükmün Anayasal hüküm olma niteliğini değiştirmeyeceği gibi özel hüküm olması nedeniyle genel hüküm karşısında öncelikle uygulanma zorunluluğu hukukun temel ilkelerindedir. Madde metninin sarahatine göre, düzenlemenin milletvekili dokunulmazlığının kaldırılmasına dair bir parlamento kararı olmadığı açıktır. Doğrudan Anayasanın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin, 20.5.2016 tarihi itibariyle işlem görmüş dokunulmazlık dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından uygulanamayacağı öngörülerek, aynı madde fıkrasında yer alan iki istisna durumuna bir üçüncü istisna olarak eklendiği görülmektedir.

Şu hale göre, dokunulmazlık statüleri geçici 20. madde kapsamında kalan milletvekillerinin dokunulmazlıklarının, tıpkı ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar da olduğu gibi bu dosyalar sonuçlanıncaya kadar dokunulmazlıklarının bulunmadığının kabulü gerekir. Böylece kovuşturma hukuku yönünden genel hükümlere tabi olan milletvekilinin, yeniden seçilmesi halinde, önceki dokunulmazlığı hukuki niteliği itibarıyla "münferit bir parlamento kararı olan dokunulmazlığın kaldırılması kararı" ile kaldırılmadığından, Anayasa'nın 83/4. maddesi gereğince yeni bir dokunulmazlık korumasına kavuştuğunun kabulüne de imkan bulunmamaktadır. Hakkındaki kovuşturmanın, TBMM'nin dokunulmazlığı yeniden kaldırılmasına gerek duyulmaksızın genel hükümlere göre devam etmesi gerekir gerekçesi ile sanık

müdafinin davanın durmasına ilişkin talebi yerinde görülmemiştir.

E)Somut Olay:

Olayın oluşuna ilişkin yerel mahkeme ile istinaf mahkemesinin kabulü aynı doğrultudadır. Bu kabule göre; Milli İstihbarat Teşkilatı görevlileri tarafından yürütülen bir faaliyette kullanılan bazı tırların silah yüklü olduğu iddiası ile 19.01.2014 tarihinde ...'da durdurularak arandığı, arama işlemine karışan askeri ve adli görevlilerle ilgili bilahare Adana Cumhuriyet Başsavcılığınca başlatılan soruşturma devam etmekte iken, bu olayla ilgili olarak, bazı gazete ve haber sitelerinde istihbarat teşkilatına ait tırlarda silah ve cephane nakledildiğine dair haber ve yorumların yer aldığı, 27.05.2015 günü, sanığın arama işlemine dair görüntülerin yer aldığı, dijital aygıtı hakkındaki dava tefrik edilen sanık...'a verdiği, Cumhuriyet Gazetesinin 29.5.2015 tarihli nüshasında; sanık ... tarafından yapılan "İşte Erdoğan'ın yok dediği silahlar" başlıklı haberin, 12.06.2015 tarihli nüshasında ise ... tarafından yapılan "Erdoğan'ın 'Var ya da Yok' Dediği MİT TIR'larındaki Silahlar Jandarmada Tescillendi-Jandarma 'Var' Dedi" başlıklı haberlerin yayımlandığı, her iki haberde de tırlar da bulunduğu iddia edilen silah ve mühimmata ilişkin fotoğraflara ve ayrıntılı bilgilere yer verildiği, bu olay nedeniyle sanık hakkında açılan dava ve yapılan yargılama sonunda; Milli İstihbarat Teşkilatı görevlileri tarafından yürütülen bu faaliyetin ilk derece mahkemesince casusluk kast ve saikiyle açıklandığı kabul edilerek sanığın TCK'nın 330. maddesi kapsamında, istinaf mahkemesi ise casusluk saikinin sabit olmaması nedeniyle somut eylemin devlet sırrının ifşasına ilişkin olduğu kabulüne varılarak, TCK'nın 329. maddesi gereğince sanığın cezalandırılmasına karar verilmiş, istinaf mahkemesi kararının taraflarca temyize konu edilmesi nedeniyle, bu suçların hukuki değerlendirilmesi yapılacaktır.

II-TEMYİZ İNCELEMESİNİN KAPSAMI VE HUKUKİ DENETİM;

Konuyla ilgili yasal düzenlemeler şöyledir:

Temyiz nedeni

Madde 288 – (1) Temyiz, ancak hükmün hukuka aykırı olması nedenine dayanır.

(2) Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır.

Temyiz başvurusunun içeriği

Madde 294 – (1) Temyiz eden, hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini temyiz başvurusunda göstermek zorundadır.

(2) Temyiz sebebi, ancak hükmün hukukî yönüne ilişkin olabilir.

Temyiz davasının konusu, kural olarak Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairelerince verilen kararların, maddi ceza hukuku ve muhakeme hukuku normlarının kullanılması bakımından hukuka aykırılık taşıyıp taşımadıklarının incelenmesi ile sınırlıdır. (CMK. madde 288/1, 294/2) Hukuka aykırılık, aynı yasa maddesinin ikinci fıkrasında; "Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması" olarak tanımlanmıştır.

Yargıtay ne yasa organının yerine geçebilir ne de olay sorununu çözmeye yetkilidir. Yargıtay ilk mahkemenin yerine geçerek olaya ilişkin sorunları çözemez. (YİBGK 14.12.1992 tarih, 1-5)

Yargıtay temyiz yolunda yargılama yaparken, uyumsuzluğun ispat yönüne yani fiilin belirlenmesine dokunamaz. Yargıtay sadece esas mahkemesinin duruşmada ortaya konan delillere dayanarak vardığı vicdani kanaatine göre belirlemiş olduğu fiilin hukuk normları karşısındaki durumu konusunda yaptığı tavsifi ve ondan çıkardığı sonuçları denetleyebilir. (Prof. Dr. Feridun Yenisey, İstinafta Maddi Ve Hukuki Mesele Denetimi, Dr. Dr. SILVIA TELLENBACH'A ARMAĞAN, Seçkin yayınları syf. 1287)

Ceza Muhakemesinde mahkumiyet hükmünün kurulabilmesi için, maddi sorunu çözen makamın sanığın suçlu olduğuna vicdani kanaat getirmesi gerekir. Geçmişte yaşanmış olan bu olay, delil araçları kullanılarak mahkeme önünde temsil edilmelidir. Mahkeme delil araçlarını akıl yürütmek ve tecrübe kurallarına başvurmak fiili ile vicdanına göre değerlendirir. Bundan sonra gene akıl yürüterek boşlukları doldurur ve vicdani kanaate sezgileriyle değil akıl yoluyla ulaşır (M. Feyzioğlu Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin yayınevi syf. 139).

Alman Yargıtayı 07.06.1979 tarihli kararında şöyle demektedir: "Yargıtayın olay yargıcının kaniya varışını denetlemek bakımından sınırlı bir olanağı vardır. Bu, kural olarak Yargıtay için bağlayıcıdır. Özellikle de Yargıtayın kendi değerlendirmesini olay yargıcınının yerine koyma yetkisi yoktur. Özgür kanıtlama yolunda kanıt sunumunu bir ölçüde yinelenmesi yetkisi de yoktur. Eğer Yargıtay sunulmuş olan kanıtlama araçları dolayısıyla kendi değerlendirmesini olay yargıcınının yerine koyacak olursa kendi görev alanının sınırlarını aşmış olur ve kendisine temyiz yargılamasını yasal düzenlemesine göre üstlenme hakkı ve yeterliliği olmayan bir sorumluluk yüklemiş olur. Kuşkusuz olay yargıcına kaniya varış sürecinde tanınmış olan özgürlüğün de sınırları vardır. Olay yargıcı bu yetkisini kendince (keyfi olarak) kullanamayacağı gibi, bütün kanıtları da sonuna kadar değerlendirmek zorundadır. Bunun ötesinde kesin bilimsel verilere, mantığın yasalarına ve günlük yaşamın deneyim kurallarına dikkat etmek zorundadır." (Aktaran Prof. Dr. Ahmet Gökçen, Yrd. Doç. Dr. Kerim Çakır, Ceza Muhakemesinden Temyiz inceleme mercii olarak Yargıtay, Dr. Dr. SILVIA TELLENBACH'A ARMAĞAN, Seçkin yayınları syf. 1001)

Yargıtayın istisnai olan maddi olay denetiminin sınırları hakkında Türk doktrininde de; "Bir hukuk normu olmayan fizik ve mantık kuralları ve tecrübe kaidesi, bir hukuk normu gibi ele alınarak bunlara aykırı olan vicdani kanaatin denetlenmesine imkan sağlamaktadır." (Prof. Dr. Feridun Yenisey, İstinafta Maddi Ve Hukuki Mesele Denetimi, Dr. Dr. SILVIA TELLENBACH'A ARMAĞAN, Seçkin yayınları syf. 1282) denilmek suretiyle bu görüşe paralel düşüncelerin benimsendiği görülmektedir.

Özellikle 5271 sayılı CMK'nın yürürlüğe girmesi ve istinaf mahkemelerinin de faaliyete geçirilmesinden

sonra ceza yargılama hukukumuzda oluşan kanun yolu sisteminde, hukuka uygunluk denetimi yapmakla görev alanı tanımlanan Yargıtayın kural olarak maddi olay denetimi gerçekleştirme imkanı bulunmamaktadır. Ancak yargılama hukukunun temel kurallarına ve sistemin belirlediği ana ilkelere uyulmakla birlikte "amacın maddi gerçeğe ulaşmak olduğu" gerçeğinin de gözardı edilemeyeceği açıktır. Bu bağlamda delillerle doğrudan temas kurmayan ve öğrenme yargılaması yapamayan Yargıtayın hukuka uygun olarak elde edilen delilleri takdir etme ve bu suretle ilk derece mahkemelerinin vicdani kanaatini denetleme imkanı bulunmamaktadır. Ancak hükmün gerekçesini esas alarak bu delillerle varılan sonucun, akıl yürütme/mantık kurallarına, genel hayat tecrübelerine ve bilimsel kaidelere uygun olup olmadığını denetleyebileceğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.

Sanık hakkında açılan dava ve yapılan yargılama sonunda; Milli İstihbarat Teşkilatı görevlileri tarafından yürütülen bu faaliyetle ilgili bilgi ve görüntülerin temin ve açıklanmasının, devlet sırrının ifşasına sebebiyet verdiği kabul edilerek, sanığın cezalandırılmasına ilişkin istinaf mahkemesi kararının temyiz edilmesi nedeniyle, bu suçların hukuki yönden değerlendirilmesinin yapılması gerekmektedir.

III-HUKUK DEVLETİNDE DEVLET SIRRI VE CASUSLUK KAVRAMLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ:

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 aslolan 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 sırlarının 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 Sarıgözel Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları sh.31).

Hukuk kuralları koyma ve kamu gücünü kullanma tekelini 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 siyasal iktidar olduğuna göre, bir devletin mevcudiyeti ve devamı iktidarın himayesine bağlıdır. Bunun içindir ki, hukukun en eski günlerinden bu yana değişik sistemler içinde siyasal kuvvetler himaye edilmiştir. Devlet otoritesinin mevcudiyeti ancak siyasal iktidarın himayesiyle mümkündür. Devlet mefhumunun hukuki ve politik karakterini ortaya koyan siyasal iktidar realitesi, devleti diğer topluluklardan ayıran kriterdir. Ülke ve Millet mefhumlarını bir birlik ve siyasal organizasyon halinde ortaya koyan unsur siyasal 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; siyasal iktidarın milli güvenliğe/milli savunmaya ilişkin birtakım tasarruflarının devlet sırrı kapsamında kalacağından ve özellikle devletin güvenliği veya siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla, gizli kalması gereken bilgilerin yani devlet sırrının 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 siyasal iktidar olduğunda kuşku olmamalıdır. Zira Devletin güvenlik strateji ve politikalarının, dış ilişkilerdeki hassas dengelerin ancak siyasal 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 sınırlandırılabilmesi 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 sınırlandırılabilmesi belirtilirken, devlet sırrı kavramına da yer verilmiştir.

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 kaydedilir" 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 gerekçesinde; "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" olarak belirtilmiştir.

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, milletler arası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik 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 dışarıdan 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 siyasi yararları bakımından niteliği itibarıyla 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. Hakimın 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, döküman, 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.

E-TÜRK CEZA KANUNUNDA 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:

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.

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.

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.

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 millî 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 Daireleri 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 oluşturmaz. 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,Öğel 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.

Doktrinde aksine görüşlerde mevcuttur. "Devlet sırrının, sır olmaktan çıkması hukuka uygun yolla açıklanması ile olur. Hukuka aykırı yöntemle temin edilen bilgi açıklanmış olması sır vasfını ortadan kaldırmaz. Aynı bilgi yeniden açıklanırsa suç oluşacaktır" (Siyasal veya Askeri Casusluk Suçu S. 83, 2018 baskı Doç. Dr. Murat BALCI)

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

cc-TCK'nın 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'nın 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 askerî 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'nın 328. maddesinde düzenlenen suç, 327. maddedeki suçtan ayıran tek özelliğın, devletin güvenliğine veya iç veya dış siyasal yararlarına ilişkin belge ya da vesika içeriklerindeki bilgilerin "siyasal veya askerî casusluk" maksadıyla temin edilmesi olduğu açıkça görölmektedir.

"Temin" kelimesi gizli kalması gereken bilgilerin öğrenilmesi için çaba göstermek, bu hususta vasitalara 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 öngörölmüş ise de, temin etme çeşitli yollarla olabilir (Arslan-Azizağaoğlu, 2004, s.1291). Bilgiyi temin etmek için kullanılan vasitanın 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 bağıli hareketli suç tipindedir. (Dr. H. Sarıgözel Devlet Sırlarına Karşı Suçlar... syf.237).

Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 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 değışiklikle, "elde eden" tabiri yerine "istihsal eden" tabiri getirilmiştir. 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 gerekliliğı 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 vasitalara başvurarak ya da araçlara ulaşılması suretiyle herhangi bir şekilde öğrenilmesi olarak anlaşılması gerekmektedir. Böylece bilginin doğrudan kaynağından veya nakledenden temini arasında bir fark yoktur.

Bilginin temini için kullanılan vasitanın 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", Devletin yönetilmesi, yönetme yetkisinin kullanılması, idaresiyle ilgili bilgilerin, bir devlet veya kuruluşun gizli amaçları için temin edilmesi ve açıklaması olarak tanımlanmalıdır (Siyasal veya Askeri Casusluk Suçu S. 41, 2018 baskı Doç. Dr. Murat BALCI).

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 casusluğın 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 gereğı, niteliğı 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 gereğı, niteliğı 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 görölmeyebilir. 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, siyasi ve askerî 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. Ün. v. 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 Kurulunda görevli bulunan Bakanlar ve Kuvvet Komutanlarının milli güvenlikle ilgili gerçekleştirdikleri faaliyetler dolayısıyla dinlenilmeleri devlet sırrı kabul edilebilecek bilgiler bakımından siyasal casusluk kapsamında değerlendirilmelidir". (Doç.Dr. Murat Balcı, a.g.makale)

Yorum, yasa metnine bağlı kalarak anlam ve kapsamının belirlenmesine ilişkin mantıklı bir ameliyedir. Suç tanımı yapan yasa metninde bulunmayan bir unsurun içtihat yoluyla yasaya eklenmesi, kanun koyucunun yerine geçilerek zımnen 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 itibarıyla, kanunun öngörmediği böyle bir unsurun suçun oluşması için gerekli kabul edilmesi, ispatının neredeyse imkansız olması nedeniyle bu tür suçların yaptırımsız kalması sonucunu doğuracaktır.

Askeri Yargıtayın 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 vücudu anlaşılabilir için suçun muktazi unsuru olan sırrın yabancı bir devlete veya onun namına hareket eden şahsa ıttılaini 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 "alelade ifşa/açıklama" olmadığına, başka bir tabirle sırrın yabancı bir devletin veya onun namına hareket eden şahsın öğrenmesini/ıttılaini amaçlamasının, sırrın muhatabına ulaşmasını/isalini hedeflemesinin şart olduğunu vurgulaması itibarıyla önemlidir.

Öğretide, Hafizoğulları/Özen'e göre; Devlet sırrını temin ile siyasal 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 siyasal 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 siyasal partiye vs., iletmek niyetiyle temin etmek istemiş olmasının yeterli olduğu, ancak fail bilgiyi kendi şahsi çıkarını gözeterek alırsa fiilinin 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 icap eder. 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. ve 328. 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'î 5237 sayılı TCK uygulamasında gerçek içtima kurallarının tatbiki gerektiği hususunda doktrin ve Yargıtay tereddüde 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. Siyasal veya Askeri Casusluk Suçu S. 81, 2018 baskı Doç. Dr. Murat BALCI).

Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 20.04.1967 tarihli kararında da bu husus açıkça vurgulanmıştır. Anılan karar şöyledir:

"Salahiyetli makamların neşir ve ifşasını men ettiği sırrı istihsal etmekten sanık ...'nın fiiline; bu sırrı gazetede yayınlamak suretiyle iştirakten sanıklar ... Gazetesi yazı işleri müdürü ile, aynı gazetenin...neşriyat müdürü ...'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:... olayları ile ilgili olarak ... Devletleri Başkanı ...'un 5 Haziran 1964 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Başbakanı İsmet İnönü'ye yazdığı ve ... Gazetesinin ...müessili ... tarafından her nasılsa elde edilen mektubu, ... Gazetesinin 13 Ocak 1966 tarihli ..., ..., ... ve ...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 kanunun 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 aramaya 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 milletler arası menfaatleri icabından olarak ... Devletleri Başkanının Kıbrıs meselesi dolayısı ile Türkiye Cumhuriyeti Başbakanına yazmış olduğu mektup 13.1.1966 tarihinde ... Gazetesi'nde 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 sırlarından 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'nın 132 nci maddesinin ikinci fıkrasında gizli kalması devletin emniyeti ve milli veya milletler arası menfaatleri icabından olan bilgileri sağlama fiilli cürüm sayılmıştır.

132 nci maddenin ikinci fıkrası İtalya 1930 CK'nun 256 nci 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 nci madde İtalya 1930 Ceza Kanununun 261 nci maddesinden aynen alınmıştır. 136 nci maddede ise 132 nci maddede yazılı, devletin emniyetini, milli veya milletler arası 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 nci 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.

Yukarıdan beri 132 ve 136 nci 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 Mollamahmutoğlu, a.g.e., s. 1776-1777)

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.

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 cezası verilmemesi, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma halinde bulunması anlamına gelmektedir. (Koca, Üzülmez, A.g.e. s.252, Prof. Dr. Fatih Selami Mahmutoglu, 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.

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.g.e. 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.

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 sınırlandırılması kaçınılmazdır. Çünkü toplumsal yaşama geçişi ve bu geçişin 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 aleyhindedir. Sınırları belirtilmeyen özgürlükler özgürlük vaadinden başka bir şey 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 Kapanı 1970, sy. 204) (Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları H. Sarıgül 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 Anayasanın 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)

Saniğin 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. Anayasanın 28. maddesindeki, "...Devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı, yazanlar veya bastıranlar 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.

III-2937 SAYILI MİLLÎ İSTİHBARAT TEŞKİLATI KANUNUNUN 27.MADDESİNDE DÜZENLENEN SUÇUN DEĞERLENDİRİLMESİ:

Yerel mahkemece özü itibariyle 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.

Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri

Madde 4 – Milli 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 milli güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanlığı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak.

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

c)Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat faaliyetlerinin yönlendirilmesi için Cumhurbaşkanlığı, 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 Cumhurbaşkanlığı 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 Cumhurbaşkanlığı 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 siyasi 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 Milli İstihbarat Teşkilatıdır.

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, hükumete, siyasal gruba, partiye askeriyeye 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 itibariyle 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 itibariyle 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.

VI-SOMUT OLAYLA İLGİLİ HUKUKİ DEĞERLENDİRMELER VE HUKUKİ DENETİM BAĞLAMINDA SANIĞIN HUKUKİ DURUMUNUN TARTIŞILMASI:

1-Maddi mes'elenin denetlenip denetlenemeyeceği yönünden; Temyize konu İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesince verilen kararın gerekçesinde, ilk derece mahkemesi tarafından toplanıp tartışılan delillerin ve varılan sonucun aynen benimsendiğinin belirtilmesine, yargılama sürecindeki usulü işlemlerin kanuna uygun olarak yapıldığının, hükme esas alınan tüm delillerin hukuka uygun olarak elde edildiğinin anlaşılmasına, vicdani kanının kesin, tutarlı ve çelişmeyen verilere dayandırıldığının, tartışılan delillerle varılan sonucun, akıl yürütme/mantık kurallarına, genel hayat tecrübelerine ve bilimsel kaidelere aykırılık taşımadığının tespit edilmesine nazaran, esasen sanığın safahatta açıkça inkar da etmediği, her iki derece mahkemesinde de sabit görülen maddi mes'ele yönünden temyiz denetimi yapma imkanının bulunmadığı değerlendirilmiştir.

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

Sanık 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 hükümle birlikte incelenmesi gerekir (CMK madde 272/2). Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Dairemizce de benimsenen, 22.11.2016 tarihli 2016/YYB-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 itibariyle 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 anlaşılacak 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 yargılamanın iş bu dava ile birlikte görülmesi zorunluluğunun bulunmadığının kabulü gerekir.

3-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 kararlarla sır olarak tasnif edilen bilginin;

- 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,
- Sır kararının yetkili makamlarca usulüne uygun olarak verilip verilmediği,
- Sırrın daha önce açıklanması nedeniyle herkes tarafından bilinen şey haline gelip gelmediği,
- Sır olarak kabul edilen bilginin bir suçun işlenmesine ilişkin olup olmadığı,
- Temin suçları yönünden sırrın temininde özel bir çaba sarf edilip edilmediği,
- 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, Classifiet Netional 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 bildiren Anayasal bir danışma organıdır. Kararları değerlendirip icra edecek olan merci Bakanlar Kurulu/Cumhurbaşkanıdır. Devletlerin, bekasını temin ve milli menfaatlerini koruma adına ülke sınırları içinde veya dışında niteliği itibarıyla 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 belgenin "niteliği itibarıyla 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.

Niteliği gereği devlet sırrı olan bilgi ve belgelerin, temin ve/veya açıklama tarihi itibarıyla "devlet sırrı" niteliğini koruyup korumadığı, sırrın herkesçe bilinir hale gelip gelmediği sorunu; 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 itibarıyla devletin güvenliği veya siyasal yararlarını koruma kabiliyetini muhafaza eden bilginin halen "sır" vasfını muhafaza ettiği yukarıda açıklanmıştır. Özü itibarıyla devlet sırrı olduğu kabul edilen bilgilerin kaynağını, Milli İstihbarat Teşkilatının 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 Müsteşarlığına verilen görev ve yetkiler uyarınca yapıldığı bildirilen bir faaliyet oluşturmaktadır.

Bu olayla ilgili olarak ...Gazetesinin 21.01.2014 tarihinde yayımlanan nüshasında TIR'larda silah taşındığı iddialarına yer verilmesi ve anılan gazetenin aynı tarihli ve ertesi günkü nüshalarında TIR'larla taşındığı iddia edilen malzemelere dair bazı yazarların yorumları da yayımlandığı anlaşılmıştır. Başka dosya sanığı...tarafından yayımlanan görüntülerin, 21 Ocak 2014 tarihinde Aydınlik gazetesinde yayımlanan haberle ilgili olduğu ve fakat bazı görüntülerin tamamen farklılık taşıdığı açıktır. ... Gazetesinde 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, ... her iki haberin aynı olmadığını kabul ederek gazetecinin haber değeri taşıyan bütün bilgileri kaynağını açıklamaksızın yayımlamak hakkı olduğunu savunmuştur. Anılan sanığın "Tutuklandık" isimli kitabında yer alan;

"...Nihayet 27 Mayıs Çarşamba günü öğlenden sonra solcu bir milletvekili dostum getirdi, görüntüleri.

" Merak ettiğin herşey bu görüntülerin içinde" dedi.

...Görüntüleri hemen bizim yazı işleri ekibi ile paylaştım; herkes çok heyecanlandı

...Eldeki malzemeyi pek az kişi biliyordu...O aşamada "bomba"mızı gazetenin icra kurulu başkanı ...'a göstermek aklıma geldi.

"bunun sonuçlarını düşündün mü" dedi.

28 mayıstaki acil toplantıya böyle girdik. Gazetenin avukatları ile karşılıklı olarak oturduk, onlar riskleri söyler, kararı yazı işlerine bırakırlardı

....Akın, toplantıyı açarken gayet net konuştu; "bunun devlet sırrı olduğunu söyleyecekler, TIR'ları durduran savcılar, askerleri tutukladılar. Devletin sırrını ifşa ağır cezalı bir suçtur. Tutuklama kaçınılmaz..."

Şeklindeki ifadelerinden de anlaşılacağı üzere, gelen bilgi ve görüntülerin, önceden yayınlanması nedeniyle güncelliğini ve "sır olma vasfını" kaybetmiş sıradan/aleni bayat bir haber konusu olmayıp, bilakis deneyimli gazeteci ... ve ekibinde heyecan yaratan, gazetede sınırlı sayıda kişiyle paylaşılan, bir an önce yayınlamak için acele edilen, hukuk bürosunca cezai sonuçları konusunda uyarılmalarına rağmen bu risk üstlenilerek yayınlanan, güncelliğini ve gizliliğini muhafaza eden bilgiler içerdiği çok açıktır. Bu nedenle bu sırrın kamuoyunda bilinen şey haline geldiği yönündeki savunmaya itibar edilmemesinde isabetsizlik görülmemiştir.

Demokratik toplumda gereklilik; Türkiye'nin, en uzun kara sınırını paylaştığı ülke konumundaki Suriye'de yukarıda zikredilen, olay ve suç tarihlerinde de mevcut olup devam ede gelen 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 orta doğuyu 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, sanık ... tarafından temin edilip başka dosyada sanık ...'a verilen ve ... tarafından da daha evvel haber yapan gazeteden farklı olarak geniş bir kitleye ulaşan ... gazetesinin 29.05.2015 tarihli nüshasında yapılan haber suretiyle açıklanan, daha evvel açıklanmamış bölümleri ve içeriği itibarıyla devletin güvenliği ve siyasal yararlarını koruma kabiliyetini haiz olan bilgilerin halen "sır" vasfını muhafaza ettiğinin kabulü ve sırrın korunmasının demokratik toplumda gerekli olduğunun kabulünde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Sır olarak korunan bilgi ve faaliyetlerin, 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 yaptırımını 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 vardılar. 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/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)

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 millî 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 hakimın tartışacağı kriterler yukarıda açıklanmıştır. Yoksa, tedbirin yeri, zamanı, içeriği, başarılı olup olmadığı gibi yerindelik denetimi kapsamında kalan tartışmaların yargının görev alanı dışında kaldığı açıktır.

Kanunun amaç ve kapsamı, Dairemizce de kabul gören teori ve uygulamadaki görüşler ile tüm dosya kapsamına göre; sanığın, Devletin millî güvenliği ve siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla devlet sırrı mahiyetinde icra edilen faaliyetlere ilişkin bilgi ve görüntüleri Cumhuriyet gazetesinin genel yayın yönetmeni olan ve haberi yapan başka dosya sanığı ...'a, faaliyetten yaklaşık 16 ay sonra verdiğinin anlaşılması, sanığın bilgi birikimi ve mesleki tecrübesine göre, eyleminin sonuçlarını bilebilecek durumda olduğunun ve fakat bu bilgileri verdiği ...'la saik/özel kast bakımından iştirak iradesi doğrultusunda hareket ettiğini ortaya koyan sezgi ve zan düzeyini aşan kesin delil elde edilemediğinin, mahallinde gerekçeleriyle açıklanmış olması karşısında; sanığın niteliği gereği devlet sırrı olan bilgileri, açıklamaktan ibaret eyleminin TCK'nın 329/1. maddesinde düzenlenen suç oluşturduğunun kabulünde, aynı gerekçelerle anılan bilginin sır olarak korunmasının, suç tarihi itibarıyla de demokratik toplumda gerekli/zorlayıcı bir tedbir niteliğinde kabul edilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

VII- SONUÇ; Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

1-Devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin gizli kalması gereken bilgileri açıklama ve terör örgütüne yardım suçundan kurulan hükümler yönünden;

Yargılama sürecindeki usulî işlemlerin kanuna uygun olarak yapıldığı, hükme esas alınan tüm delillerin hukuka uygun olarak elde edildiğinin belirlendiği, aşamalarda ileri sürülen iddia ve savunmaların temyiz denetimini sağlayacak biçimde eksiksiz olarak sergilendiği, özleri değiştirmeksizin tartışıldığı, vicdani kanının kesin, tutarlı ve çelişmeyen verilere dayandırıldığı, eylemlerin doğru olarak nitelendirildiği ve kanunda öngörülen suç tipine uyduğu, yaptırımların kanuni bağlamda şahsileştirilmek suretiyle uygulandığı anlaşılmalı; sanık müdafileri, katılan ... vekili, Cumhurbaşkanı sıfatı ile sayın ... vekili ve o yer Cumhuriyet savcısının temyiz dilekçesinde ileri sürdüğü nedenler yerinde görülmediğinden CMK'nın 302/1. maddesi gereğince temyiz davasının esastan reddiyle hükümlerin ONANMASINA,

2-Milletvekiliğinin kesin hüküm giyme halinde düşmesinin, bu husustaki kesin mahkeme kararının genel kurula bildirilmesine bağlanmış bulunmasına (Anayasa 84/2. m.) ve TBMM üyesi hakkında, seçimden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesinin, üyelik sıfatının sona ermesinden sonra mümkün bulunmasına (Anayasa 83/3 m.) nazaran, Anayasanın 83/3 maddesi gereğince sanık hakkında verilen ceza hükmünün yerine getirilmesinin üyelik sıfatının sona ermesine bırakılmasına, bu nedenle sanığın başka suçtan tutuklu ya da hükümlü değil ise derhal salıverilmesi için ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına müzekkere yazılmasına,

Sanık hakkında kesinleşen hükmün bir örneğinin Anayasanın 84/2 maddesi gereğince gereğinin takdiri için TBMM Başkanlığına gönderilmesine, 20.09.2018 tarihinde ...'in yargılama şartı, eksik araştırma ve suç vasfı ve ...'in suçun vasfı yönünden karşı oyları ve oy çokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY:

Ayrıntıları ekli muhalefet şerhinde belirtilmek üzere;

Eylemin "devletin güvenliğine ilişkin gizli kalması gereken bilgileri casusluk maksadıyla açıklama" suçu yönünden de araştırılması gerektiğine yönelik eksik araştırma ve karşı oy gerekçesine göre de sanığın

tutukluluk halinin devamına karar verilmesi gerektiğine ilişkin karşı oy kullanılmıştır.

KARŞI OY:

Ayrıntıları ekli muhalefet şerhinde belirtilmek üzere;

Usul yönünden; Anayasa 83/4'e göre "Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır." ve CMK 223/8. maddesi gereğince kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulması nedeniyle Meclis'in dokunulmazlığını kaldırma kararının gerçekleşmesini beklemek üzere durma kararı verilmesi gerektiği,

Saniğa ait suç öncesi ve sonrasını kapsayacak şekilde baz/yer/konum, kişi, iletişim süresi bilgilerinin değerlendirilmesini içerir ayrıntılı HTS analiz raporu alınmaması, belirleyici delil niteliğinde olan ...'ın beyanının alınmaması,

Esas yönünden; sırrın aleniyet kazanıp kazanmadığı yönünde önem arz eden bu olayla ilgili olarak ... Gazetesinin 21.01.2014 tarihinde yayımlanan nüshasında "İşte TIR'daki Cephane" başlıklı haberde "...da durdurulan MİT'e ait 3 TIR'dan mühimmat çıktı. ..., arama fotoğraflarına ulaştı. TIR'larda "insani malzeme" değil, top mermisi taşındığı belirlendi" iddialarına yer verildiği, anılan gazetenin aynı tarihli ve ertesi günkü nüshalarında TIR'larla taşındığı iddia edilen malzemelere dair bazı yazarların yorumlarının yayımlandığı nüshalarının getirilip değerlendirilmesi, bu konuda varsa soruşturma veya kovuşturma dosyasının getirilip incelenmeden karar verilmesi,

Suç vasfı ve sübut yönünden; eylemin sübutunun kabul edildiği takdirde TCK'nın 327. maddede düzenlenen "devlet güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme" suçunu oluşturduğu,

Kabule göre; eylemin siyasi ve askeri casusluk özel kastıyla işlenmediği, devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri açıklama olarak kabulü karşısında bu konuda daha önce ... Gazetesinde yayınlanan haber ve görüntüler nedeniyle kısmen sırrın açıklandığı ve tehlikenin hafiflediği gözönüne alınarak cezanın alt sınırdan taksiri yerine yasal olmayacak şekilde teşdiden cezanın uygulanması usul ve yasaya aykırı olduğu düşüncesiyle karşı oy kullanılmıştır.

KARŞI OY GEREKÇESİ:

Sayın çoğunluğun, "sanık ... hakkında, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesinin 13.02.2018 gün ve 2017/2075 E. - 2018/287 K. sayılı kararıyla verilen mahkumiyet kararının ONANMASINA, Anayasanın 83/3 maddesi gereğince sanık hakkında verilen ceza hükmünün yerine getirilmesinin üyelik sıfatının sona ermesine bırakılmasına" ilişkin düşüncesine iştirak edilmemiştir.

Dosya kapsamı incelendiğinde;

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın (Özel Soruşturma Bürosu) 2016/78216 soruşturma, 32641 esas, 34071 sayılı iddianamesiyle sanık ... hakkında "Devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasi ve askeri casusluk amacıyla temin etme ve **FETÖ**/PDY silahlı terör örgütüne bilerek ve isteyerek yardım etmek" suçlarını işlediğinden bahisle TCK'nın 328/1, 220/7 maddesi delaletiyle 314/2, 3713 sayılı Kanunun 5, TCK'nın 53. maddeleri gereğince cezalandırılması istemiyle kamu davası açıldığı, yapılan yargılama sonucunda sanık hakkında İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinin 14.06.2017 tarih ve 2016/205 E-2017/97 K. sayılı kararıyla "silahlı terör örgütüne yardım etmek suçundan iş bu dava dosyasından tefrikine, sanığın sübut bulan eylemine uyan siyasi ve askeri casusluk maksadıyla devletin güvenliğine ilişkin gizli kalması gereken bilgileri açıklama" suçundan ise TCK'nın 330/1, 62 ve 53. maddeleri uyarınca mahkumiyetine yönelik hüküm kurulduğu, bu kararın istinaf edilmesi üzerine İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi ilk önce 2017/1405 esas, 2017/1646 sayılı kararı ile "ilk derece mahkemesi hükmünün bozulmasına karar vererek, dava dosyasının ilk derece mahkemesine iadesine" karar vermiş, ancak anılan mahkemece 06.11.2017 tarih ve 183-173 sayılı karar ile "bozma kararının usul ve yasaya aykırılık teşkil ettiği, verilecek bozma kararı yönünden yapılacak bir işlem olmadığı gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığına, dosyanın gereğinin takdir ve ifası için İstanbul Bölge Adliye 2. Ceza Dairesine iadesine" yönelik karar verilmiş, bunun üzerine İstanbul Bölge Adliye 2. Ceza Dairesi duruşmalı olarak yaptığı inceleme sonucunda, 13.02.2018 tarih ve 2017/2075 esas, 2018/287 karar sayılı kararı ile "silahlı terör örgütüne yardım etmek suçundan açılan davanın işbu dava dosyasından tefrik edilmesine, devletin güvenliğine ilişkin gizli kalması gereken bilgileri casusluk maksadıyla açıklamak suçundan sanığın TCK'nın 330/1, 62/1 ve 53. maddeleri gereğince cezalandırılmasına ilişkin İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinin 14.06.2017 tarih ve 2016/205 E- 2017/97 K. sayılı sanık hakkında kurulan mahkumiyet kararını kaldırarak sanık ...'nın "devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin gizli kalması gereken bilgileri açıklamak" suçundan eylemine uyan TCK'nın 329/1, 3713 sayılı Kanunun 5, TCK'nın 62, 53 maddeleri gereğince cezalandırılmasına" karar verdiği, bu kararında sanık müdafileri, katılan ... vekili, katılan ... vekili ve o yer Cumhuriyet savcısı tarafından lehe ve aleyhe temyiz edilmesi üzerine dosyanın dairemize gönderildiği, anlaşılmaktadır.

Öncelikle sayın çoğunluk ile aramızda "mahkumiyete esas teşkil eden görüntülerin yer aldığı digital aygıtın, hakkındaki dava dosyası tefrik edilen sanık ...'a, sanık ... tarafından verildiği ve içindeki bilgilerinde "devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgiler" olduğu konusunda herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır.

Sayın çoğunluk ile aramızda oluşan uyuşmazlığın konusunu "sanık tarafından eylemin casusluk kast ve saikiyle gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, bu kapsamda sanığın eyleminin TCK'nın 330/1 maddesinde düzenlenen "Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri siyasi ve askeri casusluk maksadıyla açıklama" suçunu oluşturup oluşturmayacağı" oluşturmaktadır.

İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, Yedinci Bölüm'de Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk adı altında yer alan 5237 sayılı TCK'nın 329 ve 330. maddeleri;

"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.

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."

şeklinde düzenlenmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 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.

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 "SİYASAL VEYA ASKERİ CASUSLUK" ÖZEL MAKSADI/SAİKİ İLE AÇIKLANMASI OLDUĞU ANLAŞILMAKTADIR.

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.

Suçların konusunu; 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 İlâmı). 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 oluşturmaz. 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.

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 Devletin veya vatandaşlarının veya Türkiye'de oturmakta, ikamet ekmekte olanların zararına olacak bilgilerin toplanması olarak tanımlanmaktadır (Doç. Dr. Murat Balcı, FSM. Ün. Hukuk Fak Ceza ve Muhakeme Hukuku Öğr. Üyesi, yayınlanmamış makale).

Madde gerekçesine göre ise siyasal casusluktan maksat; yabancı bir devlet yararına, Türkiye Devletin 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.

Suçların faili herkes olabilir.

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, siyasi ve askeri casusluk suçlarında özel saik de aranmaktadır. Esasen Ceza Kanununun 329. maddesinde tanımlanan suç ile 330. maddede tanımlanan suçu 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 varlığını" 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 siyasi 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 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 mantıklı bir ameliyedir. Suç tanımı yapan yasa metninde bulunmayan bir unsurun içtihat yoluyla yasaya eklenmesi, kanun koyucunun yerine geçilerek zımnen 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 itibarıyla, kanunun öngörmediği böyle bir unsurun suçun oluşması için gerekli kabul edilmesi, ispatının neredeyse imkansız olması nedeniyle bu tür suçların yaptırımsız kalması sonucunu doğuracaktır.

Askeri Yargıtayın 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 vücudu anlaşılabilir için suçun muktazi unsuru olan sırrın yabancı bir devlete veya onun namına hareket eden şahsa ittilaini isali şart olup, ..." şeklindeki saptama, TCK'nın 330. maddesinde düzenlenen Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasi yararları bakımından, niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgilerin, "siyasi veya askerî casusluk" maksadıyla açıklanması suçu bakımından sanığın kastının "alade ifşa/açıklama" olmadığı, başka bir tabirle sırrın yabancı bir devletin veya onun namına hareket eden şahsın öğrenmesini/ittilaini amaçlamasının, sırrın muhatabına ulaşmasını/isalini hedeflemesinin şart olduğunu vurgulaması itibarıyla önemlidir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, özellikle daha önce Dairemiz tarafından hakkındaki dava dosyası bu dosyadan tefrik edilen sanık ... hakkında verilen 08.03.2018 tarih ve 2016/6690 esas, 2018/604 karar sayılı bozma ilamındaki gerekçelerde dikkate alınarak dosya kapsamı irdelendiğinde;

Milli İstihbarat Teşkilatının 06.02.2014 tarih ve 112-54128131 sayılı cevabi yazıları ve devlet yetkililerinin açıklamalarına göre, ülkenin milli güvenliği ve siyasi menfaatleri doğrultusunda; Milli İstihbarat Teşkilatı görevleri tarafından yürütülen faaliyetin engellenmesi amacıyla, yapılan sözde ihbar doğrultusunda suç soruşturması yapıldığı izlenimi verilme suretiyle 19.01.2014 tarihinde ...'da silah yüklü olduğu iddiası ile bazı tırların 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 cephane nakledildiğine dair haber ve yorumların yer aldığı, 27.05.2015 günü, sanığın arama işlemine dair görüntülerin yer aldığı digital aygıtı hakkındaki dava tefrik edilen sanık ...'a verdiği, bu olay ile ilgili ... Gazetesinin 29.05.2015 tarihli nüshasında; dava dışı sanık... tarafından yapılan "İşte Erdoğan'ın yok dediği silahlar" başlıklı, 12.06.2015 tarihli nüshasında ise ... tarafından yapılan "Erdoğan'ın 'Var ya da Yok' Dediği MİT TIR'larındaki Silahlar Jandarmada Tescillendi-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 ... Gazetesinde de haber yapıldığı, 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.

Bu şekilde;

Sanık ...'nun, devletin milli güvenliği ve siyasi yararları bakımından niteliği itibariyle devlet sırrı mahiyetinde icra edildiği anlaşılan faaliyetle ilgili olarak 19.01.2014 tarihinde meydana gelen arama işlemine ait görüntülerin yer aldığı digital aygıtı, 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, yayımlanması amacıyla hakkındaki dava dosyası tefrik edilen sanık ...'a vererek ifşasını sağladığı, hakkındaki dava dosyası tefrik edilen sanık ...'ın da ... Gazetesinin 29.05.2015 tarihli nüshasında "İşte Erdoğan'ın yok dediği silahlar" başlıklı haberi dünya kamuoyuna da hitap ederek farklı ve çarpıcı bir üslupla yayımlayıp ortaya döktüğü, bu haberin hemen sonrasında, 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 sunulduğunun görülmesi 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 eyleminin TCK'nın 330. maddesi kapsamında değerlendirilip tartışılması gerektiği, bu nedenlerle, özü itibariyle devlet sırrı olduğu kabul edilen bilgilerin kaynağını oluşturan 19.01.2014 tarihinde Adana'da silah yüklü olduğu iddiası ile bazı tirların 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.

Bu cihetlerle,

a) Sanık ...'nun, devletin milli güvenliği ve siyasi yararları bakımından niteliği itibariyle devlet sırrı mahiyetinde icra edildiği anlaşılan faaliyetle ilgili olarak 19.01.2014 tarihinde meydana gelen arama işlemine ait görüntülerin yer aldığı digital aygıtı yayımlanması amacıyla hakkındaki dava dosyası tefrik edilen sanık ...'a vererek ifşasını sağlaması, hakkındaki dava dosyası tefrik edilen sanık ...'ın da, ...Gazetesinin 29.05.2015 tarihli nüshasında, devletin güvenliği veya siyasi 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 siyasi casusluk kastı ile açıkladığının kabulü gerekebileceğinden ve eyleminin bu haliyle TCK 330. maddesinde düzenlenen suçu oluşturabileceği gözetilerek bu belgenin Dışişleri Bakanlığından 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 "hükmün bozulması" gerektiği düşüncesiyle sayın çoğunluğun hükmün onanmasına,

b) Yine karşı oy gerekçemizde dile getirdiğimiz hususlar ve sanık ...'nun dokunulmazlık statüsünün Anayasanın geçici 20. maddesi kapsamında kalması, sanığın üzerine atılı suçun vasıf ve mahiyeti, katalog suçlardan olması, delil durumu ve sanık hakkında hükmolunabilecek cezanın alt ve üst sınırı gözününe alındığında, sanığın tutukluluk halinin devamı yerine sayın çoğunluğun sanığın tahliyesine, Karar vermesi hukuka aykırı olduğundan,

Sayın çoğunluğun ""sanık ... hakkında, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesinin 13.02.2018 gün ve 2017/2075 E. - 2018/287 K. sayılı kararıyla verilen mahkumiyet kararının ONANMASINA, Anayasanın 83/3 maddesi gereğince sanık hakkında verilen ceza hükmünün yerine getirilmesinin üyelik sıfatının sona ermesine bırakılmasına" ilişkin düşüncesine iştirak edilmemiştir.

KARŞI OY GEREKÇESİ:

Devletin güvenliğine ve siyasi yararlarına ilişkin gizli kalması gereken bilgileri açıklamak suçundan sanık ...'nun mahkumiyetine ilişkin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesince verilen 13.02.2018 gün ve 2017/2075 E. 2018/287 K. sayılı kararın sanık müdafileri, katılan vekilleri ve o yer Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz edilmiş olmakla dava dosyası Dairemize gönderildikten sonra sanık müdafininin 02.07.2018 tarihli dilekçesiyle müvekkilinin 24.06.2018 tarihli TBMM 27. dönem Milletvekili genel seçiminde İstanbul Milletvekili olarak yeniden seçilmesi nedeniyle Anayasanın 83. maddesi delaletiyle CMK'nın 223/3-8 maddeleri gereğince durma kararı verilerek sanığın tahliyesini talep ettiği, Dairemizce

yapılan değerlendirmede 19.07.2018 tarih, 2018/2088 Esas, 2018/10 D. İş sayılı yargılamanın durdurulması talebi oyçokluğuyla reddine karar verildiği, sanığın tahliye talebinin ise esasla birlikte sonuçlandırılmasına karar verildiği, Dairemizce 20.09.2018 tarih 2018/88 Esas, 2018/2728 Karar sayılı ilamıyla temyiz incelemesi yapıp, sonucunda oyçokluğuyla İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesinin 13.02.2018 tarih ve 2017/2075 E. 2018/287 K. sayılı ilamının oyçokluğuyla onanmasına karar verildiği tespit edilmiştir. Karara usul yönünden, esas yönünden ve mahkemenin kabulü yönünden kısaca yargılama şartının gerçekleşmemesi, eksik soruşturma/araştırma ve suç vasfı yönünden karşı oy kullanılmıştır.

İstanbul BAM 2. Ceza Dairesinin 13.02.2018 tarih 2017/2075 E - 2018/287 K. sayılı Kararının gerekçesinde;

Casusluk suçunu TCK m. 327 ve 329'da düzenlenen suçlardan ayıran temel unsur eylemin casusluk kastıyla gerçekleştirilmesi hususudur. Bu manevi unsurun oluşabilmesi için failin genel kastının yanında sözü edilen özel maksadının da bulunması egrekir. Gerek TCK 328 ve gerekse 330'da düzenlenen suçun oluşabilmesi için diğer unsurların yanında eylemin yabancı bir devlet ya da örgüt yararına gerçekleştirilmesi ve bu şekilde devletin güvenliğini veya iç veya dış siyasal yararları bakımından milli güvenliğin tehlikeye düşürülmesi gereklidir. Aksi halde yani casusluk kastının belirtilen şekilde bulunmaması durumunda eylem TCK m.327 ve 329'da düzenlenen suçlara vücut verecektir.

TCK m.329'da düzenlenen suçun genel kastla TCK m. 330'da düzenlenen suçun özel kastla işlenebileceğinde kuşku bulunmamaktadır.

Sanığın sübut bulduğunda kuşku bulunmayan devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibariyle gizli kalması gereken bilgileri hangi kasit ile açıklandığının tespiti açısından mahkemece değerlendirme yapıldığı, 14. Ağır Ceza Mahkemesinin 2016/37 Esas ve 2016/162 Karar sayılı dosyasında yargılanarak mahkumiyetine karar verilen ...'ın Tutuklandık isimli kitabındaki açıklamada ... Gazetesi'nde daha önce yer alan bilgiden fazlasını içeren görüntü ve bilgilerin yayınlanacağını bilecek bilgi ve birikime sahip olan sanığın niteliği itibariyle gizli kalması gereken bilgileri verdiği, eylemin bu haliyle genel kastla işlenebilen "devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibariyle gizli kalması gereken bilgileri açıklama" suçuna vücut verdiği,

Sanığın herhangi bir yabancı devlet görevlisi veya herhangi bir terör örgüt yöneticisi veya üyesi ile temas halinde olduğuna ve bu bilgileri bu maksatla elde edip yayınlayacağını bilerek ...'a vermek sureti ile açıklanmasına sağladığına dair dosyaya yansıyan bir delil bulunmamaktadır. Verilen bilgilerin yayınlanması sonrası oluşacak kamuoyun hükümet aleyhine bilmek ve bunu istemek tek başına özel kastın varlığını ortaya koymaya yetmeyecektir. Sanık kamu görevlisi değildir. Bilgileri bir kamu görevlisini kullanmak sureti ile elde ettiğine dair dosyamızda bilgi de yoktur. Mahkeme devamını dosya içeriğine göre yapılan inceleme ve değerlendirmelere göre sanığın üzerine atılı eylemin TCK 329/1 maddesi kapsamında kaldığı, sübut bulan bu suçtan cezalandırılması gerektiği kanaatiyle sanığın TCK 329/1 maddesi gereğince sonuç itibariyle 5 yıl 10 ay cezalandırılmasına karar vermiştir.

Sanığın eyleminin konusunu özel kastla işlenebilen siyasi ve askeri casusluk suçlarını (TCK 328/1, 330/1) oluşturduğu, istinaf mahkemesi ve Dairemizin onama oyu kullanan 3 üyesi ve muhalefet şerhi kullanan 1 üyenin ortak görüşü olduğu tespit edilmiştir.

Karşı oy kullanımının hukuki sebepleri:

Karşı oy yazısında usul yönünde Anayasa 83/4'e göre yeniden seçilen milletvekili hakkında yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararı alınması gerektiği ve İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi kararlarında hükme esas aldıkları 2 olgu/delilin bulunduğu, bunlardan bir tanesinin... 'ın "Tutuklandık" isimli kitabında yer alan "27 Mayıs Çarşamba günü öğleden sonra solcu bir milletvekili dostum getirdi görüntüleri" beyanı, ikincisi Can Dünder'in ...'yla 27 Mayıs 2015 günü saat 14:32:20'de yaptığı 21 saniyelik görüşme kaydı olduğu, bu delillerin sıhhati, tartışılması ve değerlendirilmesi konusundaki açıklamalar ile bu delillerin mevcut dosyadaki haliyle mahkumiyete yeterli olup olmadığı "şüpheden sanık yararlanır" kuralını ihlal edip etmediği konusunu ve mahkemelerin suç vasfını tespit etmeye yönelik düşüp düşmediğini hukuki olarak değerlendireceğiz.

1-Usul Yönünden

Anayasa 83/4'e göre "Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır." ve CMK 223/8. maddesi gereğince kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulması nedeniyle Meclis'in dokunulmazlığını kaldırma kararının gerçekleşmesini beklemek üzere durma kararı verilmesi gerektiği,

Dairemiz kararda çoğunluk görüşüyle kısaca; "Anayasa geçici 20. maddesinin yasama dokunulmazlığına ilişkin genel hüküm niteliğindeki 83/2 inci fıkrasına nazaran "Anayasal bir özel hüküm" olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Anılan hükmün geçici madde olması, hükmün Anayasal hükmü olma niteliğini değiştirmeyeceği gibi özel hüküm olması nedeniyle genel hüküm karşısında öncelikle uygulanma zorunluluğu hukukun temel ilkelerindedir. Madde metninin sarahatine göre, düzenlemenin milletvekili dokunulmazlığının kaldırılmasına dair bir parlamento kararı olmadığı açıktır. Doğrudan Anayasanın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin, 20.5.2016 tarihi itibariyle işlem görmüş dokunulmazlık dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından uygulanamayacağı ve durma kararı verilemeyeceği" sonucuna ulaşmıştır.

Sanık ... hakkında daha önce geçici 20. madde gereğince dokunulmazlık kararı kaldırılarak soruşturma yürütülüp hakkında dava açıldığı, sanığın yeniden 27. dönem CHP İstanbul milletvekili seçildiği, bu

durumda Anayasa geçici 20. madde gereğince dokunulmazlığı kaldırılan kişinin yeniden milletvekili seçilmesi halinde hakkında Anayasa 83/4 maddesi uygulanır mı uygulanmaz mı?

Konuyla ilgili Anayasal ve yasal düzenlemeler;

Yasama dokunulmazlığı

Madde 83 – Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisce başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar.

Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez.

Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır.

Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınmaz.

Geçici Madde 20 – (Ek: 20/5/2016-6718/1 md.)

Bu maddenin Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edildiği tarihte; soruşturmaya veya soruşturma ya da kovuşturma izni vermeye yetkili mercilerden, Cumhuriyet başsavcılıklarından ve mahkemelerden; Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına veya Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından, Anayasanın 83 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü uygulanmaz.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş gün içinde; Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığında, Başbakanlıkta ve Adalet Bakanlığında bulunan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyalar, gereğinin yapılması amacıyla, yetkili merciine iade edilir.

Madde 223 – (8) Türk Ceza Kanununda öngörülen düşünme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir. Ancak, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir. Bu karara itiraz edilebilir.

Çoğunlukla aynı görüşte olduğum hususlar;

1-Saniğin eyleminde "suçüstü halinin kabulünün mümkün olmadığı"

2-Soruşturmanın saniğin milletvekili seçilmesinden sonra başlaması, gerekse anılan suçların anayasanın 14. maddesi kapsamında, kovuşturma usulü yönünde istisnaya tabii suçlardan olmadığı.

Konulardır. Kısaca kararda ağır cezalı suçüstü halinin olmadığı ve isnat edilen suçların Anayasanın 14. maddesi kapsamında kalan suçlardan olmadığı konularında görüş birliğine varılmıştır.

Anayasa 83/4'e göre "Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır. "

Bu hüküm; geçici dokunulmazlığı meclis kararı ile kaldırılarak yargılanmasının önü açılan milletvekilinin tekrar seçilmesi halinde yargılanmasına devam edilebilmesi için meclisin yeniden dokunulmazlığı kaldırılması zorunluğunu öngörmektedir.

Anayasa; dokunulmazlığının kaldırılmasının yalnızca milletvekili seçildiği dönemle ve dokunulmazlığın kaldırılmasına konu dosyayla sınırlı olduğunu ortaya koymakla yetinmemiş, yeni dönemde tekrar seçilen milletvekilinin aynı dosyayla yargılanmasını dokunulmazlığının tekrar kaldırılmasına bağlamıştır.

Anayasa; her seçim dönemini milletvekili dokunulmazlığı için ayrı değerlendirmiş ve daha önce yasama dokunulmazlığının kaldırılmasının, dokunulmazlığın kaldırılmasına konu dosyayı da içine almak suretiyle yeniden seçilen milletvekilinin dokunulmazlığını etkilemeyeceğini belirtmiştir. (www.hukukihaber.net.makale5942 Prof. Dr. Ersan Şen)

Çoğunlukla aramızdaki usul yönünden uyuşmazlığa neden olan Anayasa geçici 20. maddesinin düzenlenmesinin amacı nedir? Kanun koyucu geçici 20. madde düzenlemeye neden ihtiyaç duydu?

Kanunun genel gerekçesinde;

"Anayasaya göre, yasama dokunulmazlığının amacı, milletvekillerini keyfi ve asılsız ceza kovuşturmalarından ve tutuklamalardan korumak suretiyle parlamento çalışmalarının güvenliğini sağlamaktır. Yasama dokunulmazlığı, gerçekte bundan yararlanan milletvekilinin kişisel yararı için değil, "kamu yararı" için benimsenmiş bir kurumdur. Bu sebeple, milletvekiline mutlak manada koruma değil, sadece milletvekilliği süresince bir koruma sağlanmakta, bu süre içerisinde zamanaşımı işletilmemekte, delillerin toplanması gibi bazı soruşturma işlemlerinin yapılması mümkün olmaktadır.

"Yasama dokunulmazlığı" bir hukuki müessese olarak benimsenirken, beraberinde "dokunulmazlığın kaldırılması" usulüne de yer verilmiştir. Türkiye uygulamasında, özellikle, "kamuoyunda uyandıracığı etki" dikkate alınarak, milletvekili dokunulmazlığının kaldırılması, daha doğru bir ifade ile milletvekilinin soruşturulmasına ve yargılanmasına izin verilmesi mümkün kabul edilmektedir."

Yasama dokunulmazlığının ruhunu yansıtan bu açıklamalardan sonra başlangıçta terörle mücadele

kapsamındaki dokunulmazlık dosyalarında dokunulmazlığın kaldırılması ve yargının önünün açılması talebiyle başlayıp, daha sonra bütün suç dosyalarında dokunulmazlığın kaldırılması konusunda görüş birliği sağlandığı, ancak Anayasa içtüzükte dokunulmazlığın kaldırılmasına dair süreç ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve bunun belirli süreler içerisinde sonuçlandırılması öngörülmüştür. Bu sürecin uzun bir prosedürü gerektirmesi karma komisyonda o gün itibarıyla 562 fezleke bulunması ve bunların tek tek görüşülmesinin 30 haftadan daha fazla süreyi alacağı tespit edildikten sonra kanunun genel gerekçesinde düzenleme amacının "Dokunulmazlık dosyalarının başta terörle ilişkili olanlar olmak üzere tamamının kaldırılması ve aynı zamanda Türkiye Büyük Millet Meclisi çalışmalarının tıkanmasına da fırsat verilmemesi bir arada dikkate alındığında Anayasaya geçici bir madde eklemek suretiyle bir çözüm düşünülmektedir.

Anayasaya eklenecek bir geçici madde ile, hem bütün dokunulmazlık dosyalarında dokunulmazlık kaldırılmış olacak, hem de uzun bir süreç sebebiyle Meclis çalışmaları tıkanmış olmayacaktır. " şeklinde açıklamada bulunarak kanun koyucunun amacı ortaya koyduğu. Bununla yetinmeyerek kanun teklifinin geneli üzerine yapılan görüşmelerde hükümet adına söz alan dönemin Adalet Bakanı Bekir Bozdağ'ın "Görüşülmekte olan Anayasa değişiklik Teklifi'nin milletvekillerinin suçluluğu veya suçsuzluğu hakkında iddiada bulunan bir düzenleme olmadığı, sadece milletvekillerinin yargılanmalarının önündeki anayasal engeli yine Anayasa'ya eklenen geçici bir maddeyle bir defalığına kaldırmak suretiyle yargılanmalarına izin verildiği, dosyalarla ilgili nihai kararın ise yargı organları tarafından verileceği" şeklinde teklifle ilgili görüşünü belirttiği,

Teklifinin birinci maddesi üzerinde yapılan görüşmelerden sonra ve madde oylamasından önce TBMM Anayasa ve Adalet Karma Komisyonu Başkanı Prof. Dr. ...'un uygulamayla ilgili olarak uygulayıcılara yol göstermek ve maddenin yorumlanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermek açısından kısa bir açıklama yapmıştır. Buna göre; "Anayasa değişiklik Teklifi ile Anayasa'nın 83'üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmünün uygulanmaz denildiği, Anayasa'nın 83'üncü maddesinin dördüncü fıkrasının varlığını sürdürdüğü, tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasının Meclisin dokunulmazlığı yeniden kaldırılmasına bağlı olduğu, bu hükme ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmadığı için hükmün yerinde durduğu ve geçerli olduğu, dolayısıyla tekrar bir seçim olması halinde seçilenlerin, dokunulmazlığı kaldırılan dosyalar bakımından, dokunulmazlığın yeniden kazanılacağına açık olduğunu" (02/05/2016, Anayasa Komisyonu Raporunda) Hem komisyon başkanı hem de bir Anayasa Hukuku profesörü olarak bu açıklamaları yapmıştır.

Açık ve net tartışmaya yer bırakmayacak şekilde kanun koyucu amacını ortaya koymuştur ve buna göre düzenleme yapmıştır.

Anayasanın 83. maddesinin 2. fıkrası uyarınca her biri hakkında ayrı ayrı karar verilmesi gereken milletvekilleri hakkında "toplu dokunulmazlık kaldırılması" yoluna gidilmiştir. (Prof. Dr. Hikmet Sami Türk, www.milliyet.com.tr)

Geçici 20. madde Anayasa değişikliği maddesi değildir. Anayasa 83/2 maddesinin 1. fıkrasının geçici olarak uygulanmamasıdır.

19.08.2018 tarihinde ...'nın vekilleri tarafından sanığın tekrar milletvekili seçilmesi nedeniyle hakkındaki yargılamanın durdurulmasını ve tahliyesine karar verilmesi talebi üzerine Yargıtay 16. Ceza Dairesi 19.07.2018 tarihli, E. 2018/2088, D.İş Karar 2018/10 sayılı talebin oyçokluğuyla reddine ilişkin kararının aleniyet kazanması üzerine basın/yayın ve özellikle akademik çevrelerce çok sayıda kişi tarafından değerlendirilmiş, bu konuda uzman akademisyenler tarafından yapılan değerlendirmelerin yer aldığı birkaç makalenin ve yazının değerlendirilmesi gerektiği kanaatiyle muhalefet şerhinde yer verilmiştir.

20.05.2016 t. ve 6718 s. Kanunla Anayasaya eklenen Geçici Madde 20 düzenlemesi, bir genel düzenleyici hüküm değil; 20.05.2016 tarih itibarıyla işlenmiş belirli fiillerle sınırlı olarak ilgili milletvekilleri hakkında dokunulmazlığın kaldırılması kararı mahiyetini taşımaktadır. Buna göre, söz konusu Geçici Madde kapsamına giren fiillerle ilgili olarak, bir milletvekili gözüaltına alınabilir, sorguya çekilebilir, tutuklanabilir ve yargılanabilir. Bu itibarla söz konusu madde düzenlemesi, en genel norm-özel norm ilişkisine ne de kural-istisna ilişkisi çerçevesinde ve hatta ne de süreli veya geçici kanun olarak değerlendirmeye tabii tutulabilir. Bu durumda Anayasanın 83. maddesinin 4. fıkrası hükmünün uygulama kabiliyeti bulacağına hiçbir kuşku bulunmamaktadır. "Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclis'in yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır." Faraziye (varsayım) olarak bir an için söz konusu geçici madde hükmünün genel düzenleyici bir hüküm olduğu kabul edilse bile, getirilen istisna sadece 83. maddenin 2. fıkrasının 1. cümlesine ilişkin olduğu için, karara konu teşkil eden olay bakımından maddenin 4. fıkrası hükmü uygulama kabiliyeti bulacaktır. Bu itibarla, Yargıtay 16. Ceza Dairesinin oyçokluğuyla aldığı 19.07.2018 tarihli ve E. 2018/2088, D.İş Karar 2018/10 sayılı kararında var olan sonucu hukuken doğru bulmamaktayız. (Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Hukuki Değerlendirme, Prof. Dr. İzzet Özgenç, twitter.com/izzetoezgenç, Prof. Dr. İzzet Özgenç, Yargıtay Kararı Yanlıştır, Hürriyet Gazetesi, Sözcü Gazetesi, 20.08.2018)

Yargıtayın... kararı oldukça sorunlu. Yeniden seçilen vekil yeniden dokunulmazlık kazanır. Tek istisnası seçimden önce başlamak kaydıyla anayasanın 14. maddesi kapsamındaki suçlardır.

Yargıtay 16. CD kararının muhalefet şerhine ilaveten katıldığım diğer hukuki yorum Prof. Dr. Kemal Gözler'in değerlendirmesidir. (Prof. Dr. Osman Can, Cananayasa.com.tr, 24.07.2018)

Prof. Dr. Kemal Gözler'in yeni çıkardığı Türk Anayasa Hukuku adlı kitabı ve www.anayasa.gen.tr'de yayınladığı "Yargıtay'ın ... kararı hakkında açıklama" adlı makalesinde gerçekten bir Anayasa hukuku uzmanı gözüyle inceleyip ayrıntılarıyla ortaya konması nedeniyle bu muhalefet şerhinde yer vermek

gerektiği kanaatine ulaşılmıştır. Prof. Dr. Kemal Gözler, makalesinde;

Geçici 20'nci madde Uyarınca Yasama Dokunulmazlığı Kalkan Bir Milletvekili Tekrar Seçilirse Yasama Dokunulmazlığını Tekrar Kazanır mı? (... Olayı).- Geçici 20'nci maddeye dayanılarak yargılanan ve tutuklu bulunan..., 24 Haziran 2018 seçimlerinde aday olmuş ve tekrar milletvekili seçilmiştir...'nun müdafii, müvekkilinin tekrar milletvekili seçilmesi nedeniyle yargılamanın durdurulmasına ve tahliyesine karar verilmesini talep etmiştir. Yargıtay Onaltıncı Ceza Dairesi, 19 Temmuz 2018 tarih ve E.2018/2088 ve K.2018/10 (D. İş) sayılı kararıyla bu talebi reddetmiş, tekrar seçilen Enis Berberoğlu'nun yasama dokunulmazlığından yararlanamayacağına ve yargılamaya devam edilmesi gerektiğine karar vermiş ve şöyle demiştir:

"Anayasanın geçici 20. maddesi ile yargılandığı suçlar yönünden yasama dokunulmazlığı 'kendiliğinden kaldırılan' ve bu suretle yasama dokunulmazlığına anayasal bir istisna getirilmesi nedeniyle genel hükümlere göre yargılana gelen sanığın, 27. dönemde yeniden milletvekili seçilmesi ile yargılandığı suçlar nedeniyle yeni bir korumaya kavuşamayacağına ve hakkında Anayasanın 83/4 üncü fıkrasının tatbik kabiliyeti bulunmadığının kabulünde zaruret vardır" .

Kanımızca Yargıtay Onaltıncı Ceza Dairesinin bu kararı, yasama dokunulmazlığının hukukî mahiyeti açısından fevkalâde problemlidir. Şöyle:

Yukarıda açıklandığı gibi, yasama dokunulmazlığı sürekli değil, geçici niteliktedir. Milletvekilliği sona erince, yasama dokunulmazlığı da kendiliğinden sona erer. Keza yasama dokunulmazlığını doğuran olay "seçim"dir. Yani bir kişinin yasama dokunulmazlığına sahip olmasının sebebi onun milletvekili olarak seçilmesidir. Ne kadar seçim var ise, o kadar yasama dokunulmazlığı vardır. O nedenle her seçimde yasama dokunulmazlığı tekrar başlar. Tabir caiz ise, yasama dokunulmazlığı bakımından, seçimler bir tabula rasa oluşturur. Her seçim, devam eden yasama dokunulmazlıklarını sıfırlar ve yenilerini başlatır. Sürekli bir yasama dokunulmazlığı değil, her yasama dönemi için ayrı ayrı mevcut olan yasama dokunulmazlıkları vardır.

Zaten bu nedenle Anayasamızın 83'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasında "tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır" denmektedir. Bu hüküm olmasa dahi sonuç değişmezdi. Çünkü yasama dokunulmazlığı kaldırılan milletvekili, tüm diğer milletvekilleri gibi, her seçimde tekrar yasama dokunulmazlığını kazanır. Tekrarlayalım: Milletvekilliği süresinin bitmesiyle bütün milletvekillerinin yasama dokunulmazlığı biter; seçimle birlikte seçilen milletvekilleri yasama dokunulmazlığını tekrar kazanırlar. Bu sadece... için değil, bütün milletvekilleri için geçerlidir. ..., tüm diğer milletvekilleri gibi, 24 Haziran 2018 seçimleriyle milletvekili seçilerek yasama dokunulmazlığını kazanmıştır.

Geçici 20'nci maddenin uygulanması bakımından ... ile 24 Haziran 2018 seçimlerinde ilk defa milletvekili seçilen bir milletvekili arasında bir fark yoktur.... da, 24 Haziran 2018 seçimlerinde ilk defa milletvekili seçilen bir milletvekili de aynı dokunulmazlıktan yararlanır. 24 Haziran 2018 seçimlerinde ilk defa seçilen bir milletvekiline nasıl geçici 20'nci madde uygulanamaz ise, 24 Haziran 2018 seçimlerinden sonra ...'na da uygulanamaz. Nasıl Anayasanın 82'nci maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesi, ilk defa seçilen milletvekillerini koruyorsa, aynı şekilde aynı seçimlerde seçilen...'nu da korur.

20 Mayıs 2016 tarih ve 6718 sayılı Kanunla Anayasamıza eklenen geçici 20'nci maddenin kapsamı, 20 Mayıs 2016 tarihinde "Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, TBMM Başkanlığına veya Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyalar"dır. Bu dosyalarda kaldırılması istenen yasama dokunulmazlıkları, 3 Kasım 2015 tarihli milletvekili seçimleriyle kazanılmış olan yasama dokunulmazlıklarıdır. Zaten yasama dokunulmazlığı sürekli bir şey olmadığına ve her seçimle yeni bir yasama dokunulmazlığı başladığına göre, 26'nci yasama döneminde yasama dokunulmazlığını ortadan kaldıran bir sebep, 27'nci yasama döneminde geçerli olamaz.... hakkında 20 Mayıs 2016 tarihinde adı geçen makamlara intikal etmiş olan yasama dokunulmazlığının kaldırılması dosyasındaki talep, kaçınılmaz olarak...'nun 3 Kasım 2015 seçimleriyle başlamış olan 26'nci yasama dönemindeki yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkindir. Buna ikna olmayan var ise kendisine şu soruyu sorsun: Eğer söz konusu dosya nedeniyle...'nun dokunulmazlığı, geçici 20'nci maddeyle değil de, TBMM tarafından kaldırılıyorsa, hangi dönemdeki dokunulmazlığı kaldırılmış olacaktı?

26'nci dönem için geçerli olan bir sebeple, bir milletvekilinin 27'nci dönemde de yasama dokunulmazlığının sağladığı korumadan mahrum bırakılması, anayasa hukukunda geçerli olan yasama dokunulmazlığı teorisinin bütün temellerinin altüst olması anlamına gelir. Eğer böyle bir şey mümkün ise, Yargıtay Onaltıncı Ceza Dairesinin yasama dokunulmazlığı teorisini yeniden yazması gerekir."

Şeklinde değerlendirilmiştir.

Yine Anayasa mahkemesi üyeliği de yapan Prof. Dr. Fazıl Sağlam, yayınlanan makalesinde; Prof. Dr. Kemal Gözler'in yaptığı tespitlerin tümüne katıldığını belirterek, Yargıtay kararının temel gerekçesi geçici 20. maddenin 83/2 madde karşısında özel hüküm niteliğinde olduğunu belirttiği, ancak bu bakış açısının geçerli olabilmesi için herşeyden önce özel - genel ilişkisi bulunduğu ileri sürülen iki normun zaman bakımından maddi yasa kavramında aranan sürekliliğe sahip olması gerekir. Bu kurallardan biri sürekli, diğeri geçici ise, burada özel - genel norm ilişkisinden söz etmek yorum konusunda hatalı sonuçlara götürür.

İki hukuk normu arasında özel-genel ilişkisinin doğabilmesi için, özel normun uygulama alanının genel norm tarafından kapsanması, başka bir deyişle özel normun düzenlediği bütün hallerin, aynı zamanda genel normun düzenlediği haller arasında yer alması gerekir. Özel normun vakıalar bütünü (Tatbestand)

genel normün tüm özelliklerini kendinde topladıktan başka, en az bir ek özelliğe daha sahip ise, bu iki norm arasında özel-genel ilişkisi kurulmuştur. Bu durumda "lex specialis derogat legi generali" kuralı hükmünü yürütür, yani özel norm genel normün yerini alır ve tek başına uygulanır. Başka bir deyişle genel normün uygulanma alanı özel norm tarafından daraltılmış olur." (Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, s.92 vd)

Anayasa geçici 20. madde düzenlemesine bakıldığında geçici maddenin bu özellikleri taşımadığı, düzenlenen olguların Anayasa'nın 83/2. Maddesinin düzenlediği haller arasında yer aldığını ileri sürmek mümkün değildir.

Bu düzenlemenin yasama dokunulmazlığına anayasal bir istisna getirildiği doğrudur. Ama bunu özel –genel norm ilişkisi olarak nitelemek bir yüksek mahkeme için –en hafif deyimiyle– büyük bir talihsizliktir.

Bu ayırımın yorum kuralları bakımından en önemli yanı, hukukta istisna kurallarının dar yorumlanması zorunludur. (Kemal Gözler, "Yorum İlkeleri": Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması", TBB Yayını Ankara 2012, s.50 vd). Oysa Mahkeme yorum yoluyla geçici bir istisna kuralına Anayasa'da yer almayan ve anayasa koyucu tarafından da amaçlanmayan bir genişlik ve süreklilik kazandırmıştır. Bu yaklaşım yukarıda açıklanandan da vahim bir hukuksal hatadır. Çünkü geçici maddenin uygulama kapsamı, başka bir deyişle kuralının hangi dosyalarla ilgili olarak uygulanmayacağı, maddede yorum gerektirmeyecek bir açıklıkta vurgulanmıştır. Bu istisnayı, yeni bir seçimle yeniden kazanılmış bir dokunulmazlığa yaymak, istisnaların dar yorumlanacağına ilişkin yorum kuralına açıkça aykırıdır.

Düzenlemede maddenin oluşum süreci (tarihi yorum) gözönünde tutulduğunda olayda maddenin oluşum süreci gerek sözel, gerek sistematik ve gerekse amaçsal yorumla ulaşılabilecek sonuçları doğrulamaktadır. Anayasa ve Adalet Karma Komisyonu Başkanının açıklamalarında "Anayasa'nın 83/4. maddesi varlığını sürdürmektedir Buna göre, tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması meclis dokunulmazlığının yeniden kaldırılmasına bağlıdır. Bu kurala ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Hüküm yerinde durduğu ve geçerli olduğundan tekrar bir seçim olması halinde seçilenlerin, dokunulmazlığı kaldırılan dosyalar bakımından dokunulmazlığı yeniden kazanacağı açıktır" (Prof. Dr. Fazıl Sağlam, http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/1048930/Anayasa_Profesoru_Dr._Fazil_Saglam__Berberoglu_na_yapilan_haksizlik_giderilmeli.html, 08.08.2018)

Anayasa geçici 20. maddedeki düzenleme meclis iradesini ikame ediyor. Anayasa madde değişikliği iradesini ikame etmiyor. Yani meclisin iznine tabi olan dokunulmazlık prosedürünü bir defa geçici olarak ortadan kaldırıyor.

Örneğin; Anayasa 127/3 maddesi mahalli seçimler 5 yılda bir yapılır diyor. Geçici bir madde ile bu süreyi 4 yıla indirdiğiniz zaman o seçim için bu kural uygulanacak ve bu seçim yapıldıktan sonra Anayasa hükmü aynen devam edecek. Dolayısıyla esas itibarıyla burada bir Anayasa maddesinin değişikliği değil meclis iradesinin ikame edilmesi söz konusudur. Geçici 20. maddede aynen bu şekilde zaman kaybı ve meclis çalışmalarının tıkanmaması için tek tek dokunulmazlık kaldırma prosedürü yerine geçici olarak toplu kaldırmak yoluna gidiyor. Dolayısıyla bu meclisin iradesinin ikame edilmesini düzenleyen bir maddedir. Yani dokunulmazlıkların kaldırılması izin prosedürünün kaldırılması iradesinin ikame edilmesidir.

Yargı mercileri karar verirken meclisin bu açık iradesinin önüne geçemez, yok sayamaz. Bu hukuk güvenliği ilkesine aykırıdır.

Hukuk güvenliği; Demokratik toplumun, Çağdaş yaşamın, Ekonomik yatırımın ve gelişmenin teminatıdır. Hukuk güvenliği sağlanması yargı mercilerinin birincil görevidir.

Anayasa 83/4 maddesi seçilen tüm milletvekillerini kapsar. Geçici 20. madde kapsamına giren ve dokunulmazlığı kaldırılan milletvekilinin yeniden seçilmekle hakkında geçici 20. madde uyarınca yürütülen yargılamanın ve yargılamaya bağlı olarak tatbik edilen koruma tedbirlerinin son bulacağı, geçici 20. maddeyle dokunulmazlığı kaldırılrsa bile tekrar milletvekili seçilen hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için meclisin dokunulmazlığını kaldırması gerektiği, aksi halde yalnızca 26 dönemi kapsayan geçici 20. madde tatbiki suretiyle yargılamaya ve koruma tedbirlerine 27. dönemde otomatik olarak devam edilmeyeceği Anayasa 83/4'ün mantığına ve 6718 sayılı Yasanın konuluş amacına ve yasa koyucunun açık iradesine uygun olduğu aşikardır.

Kararın gerekçesinde Anayasanın 83/4. maddenin uygulanmama sebebi olarak gösterilen "milletvekilinin yeniden seçilmesi halinde önceki dokunulmazlığın hukuki niteliği itibarıyla "münferit parlamento kararı olan dokunulmazlığın kaldırılması kararı" ile kaldırılmadığından Anayasanın 83/4 maddesi gereğince yeni bir dokunulmazlık korumasına kavuştuğunun kabulüne imkan bulunmamaktadır." görüşü kanun koyucunun iradesine ve Anayasadaki yasama dokunulmazlık kurumuna uygun değildir. Zira bu milletvekilleri dokunulmazlığı tek tek kaldırılıysaydı 83/4 maddesinden yararlanacaklardı. Ancak toplu olarak izin prosedürü kaldırıldığında bu haktan yararlanamazlar sonucunu doğurur ki bunun da hukuki olmadığı aşikardır. Dolayısıyla esas itibarıyla düzenlenen geçici olarak dokunulmazlığı kaldırılan kişiler hakkındaki izin prosedürünün bir defaya mahsus olmak üzere kaldırılması, yani toplu dokunulmazlık kararı verilmesi iradesinin ikamesidir.

Milletvekilinin tutuklu olması sebebiyle Anayasanın 14. maddesindeki düzenlemeye eylemin girmediğinin kabulü karşısında sanığın milletvekili seçildikten sonra tutuklu bulunduğu Türkiye Büyük Millet Meclisine yemin edememiş ve milletvekilliği görevini fiilen yerine getirememiştir. Bu görevin yerine getirilmesine engel olan tutukluluk halinin milletvekili olarak siyasi ve faaliyet ve temsil hakkını engellemesi nedeniyle seçilme hakkına bir müdahale teşkil ettiği açıktır. Kişinin özgürlük hakkı ile seçilme ve siyasi faaliyetlerde bulunma hakkının kullanılmasından kaynaklanan yarardan çok daha ağır basan

korunacak bir yararın varlığını somut olgulara dayanılarak gösterilmesi gerekir. Kişi özgürlük hakkı ile seçilme ve temsil hakkıyla yargılamanın tutuklu olarak sürdürülmesindeki kamu yararı arasında makul denge gözetilmesi gerekir. Gözetilmediği zaman seçilen milletvekilinin siyasi faaliyette bulunma hakkına yönelik ağır müdahalenin ölçülü ve demokratik toplumun düzeninin gereklerine uygun olmadığı, bu nedenle Anayasanın 19/7 bununla bağlantılı olarak Anayasa 67/1 maddesinin ve yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ve 3. maddelerine aykırılık sonucunu doğuracaktır. (AYM. başvuru no: 2012/1272 04.12.2013 tarih, M. Ali Balbay)

Kaldı ki Anayasanın 83/3 maddesine göre "TBMM. üyesi hakkında, seçimden önce ve sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır." İnfaz engeli olarak düzenlenen bu yasama dokunulmazlığından başlamış veya henüz başlamamış olan ceza mahkumiyetlerinin milletvekilliğinin sona ermesine bırakılmaktadır. Cezanın infazına engel olan bu dokunulmazlığın kalkması mümkün değildir. Dolayısıyla tutuklu milletvekili hakkındaki ceza onaylansa bile cezaevinde kalması mümkün değildir. İnfaz engeli yasama dokunulmazlığı kurumu gereğince derhal bırakılmak zorundadır. Bu yasal ve anayasal zorunluluktur.

Bu Anayasal hükmün gereği Dairemizce esas kararlar birlikte yerine getirildiği, ancak kanımca Anayasa 83/3 maddesi de sistematik yorum gereği gözönünde tutularak durma kararı verilmesi gerekirdi.

Sonuç olarak; Anayasa geçici 20. maddedeki düzenleme meclis iradesini ikame ediyor. Anayasa değişikliği iradesini ikame etmiyor. Yani meclisin iznine tabi olan dokunulmazlık prosedürünü bir defa geçici olarak ortadan kaldırıyor. "Geçici geriye dönük askıya alma" niteliğinde olan bu hüküm; geçici dokunulmazlığı meclis kararı ile kaldırılarak yargılanmasının önü açılan milletvekilinin tekrar seçilmesi halinde yargılanmasına devam edilebilmesi için meclisin yeniden dokunulmazlığı kaldırılması zorunluğunu öngörmektedir.

Anayasa; dokunulmazlığının kaldırılmasının yalnızca milletvekili seçildiği dönemle ve dokunulmazlığın kaldırılmasına konu dosyayla sınırlı olduğunu ortaya koymakla yetinmemiş, her seçim dönemini milletvekili dokunulmazlığı için ayrı değerlendirmiş yeni dönemde tekrar seçilen milletvekilinin aynı dosyayla yargılanmasını dokunulmazlığının tekrar kaldırılmasına bağlamıştır.

Kanun koyucunun iradesini açıkça yansıtan TBMM Anayasa ve Adalet Karma Komisyonu Başkanı Prof. Dr. ...'un uygulamayla ilgili olarak uygulayıcılara yol göstermek ve maddenin yorumlanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermek amacıyla söylediği "Anayasa değişiklik Teklifi ile Anayasa'nın 83'üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmünün uygulanmaz denildiği, Anayasanın 83'üncü maddesinin dördüncü fıkrasının varlığını sürdürdüğü, tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasının Meclisin dokunulmazlığı yeniden kaldırılmasına bağlı olduğu, bu hükme ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmadığı için hükmün yerinde durduğu ve geçerli olduğu, dolayısıyla tekrar bir seçim olması halinde seçilenlerin, dokunulmazlığı kaldırılan dosyalar bakımından, dokunulmazlığın yeniden kazanılacağına açık olduğunu" şeklindeki beyanına aynen katılıyoruz. Kanun koyucunun amacını açıkça ortaya koyuyor, yargı mercilerinin meclisin bu iradesinin önüne geçmesi, yok sayması hukuk güvenliğine aykırı olduğundan Anayasa 83/4'e göre "Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır." ve CMK 223/8. maddesi gereğince "Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir. Ancak, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir." belirtilen Anayasal ve yasal hükümler gereğince kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulması nedeniyle Meclis'in dokunulmazlık kaldırma kararı gerçekleşmesini beklemek üzere durma kararı verilmesi gerektiği, bu nedenle dosyanın esasına girilemeyeceği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

-Saniğa ait telefona ait suç öncesi ve sonrası kapsayacak şekilde baz/yer/konum, kişi, iletişim süresi bilgilerinin değerlendirilmesini içerir ayrıntılı HTS analiz raporu alınmaması,

İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi 14.06.2017 tarih, 2016/205 Esas, 2017/97 sayılı kararının gerekçesinde kullandığı (sanık ... HTS kayıtları başlığıyla 59, 60 ve 64. sayfada) kayıtların ...'nun kullandığı telefona ait HTS kayıtları olmadığı, ...'ın kullandığı telefona ilişkin HTS kayıtları olduğu, buna göre;

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı 29.03.2016 tarih ve 2016/9898 soruşturma sayılı yazısı ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığından, ...'ın ... numaralı GSM hattına ait HTS verilerinin gönderilmesi istenilmiş, istenen bilgiler Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının 30.03.2016 tarih ve 401.01.01-2016.166876 sayılı cevabi yazı ve ekte gönderilen CD üzerinde yetkili imzalarla düzenlenen 30.03.2016 tarihli tespit tutanağı düzenlendiği, buna göre "Excel" dosyası içerisinde ...'ın kullandığı ... numaralı telefona ait HTS verilerinin ve görüşme yapılan karşı numaralarının baz bilgilerinin bulunduğu görülmüş, yapılan incelemede Excel dosyasının 51. satırında yer alan 13 sıra numaralı görüşmede... numaralı telefonu kullanan ...'nın 27.05.2015 saat 14:32:20'de 0532 284 86 74 numaralı telefonu kullanan ...'ı aradığı 21 saniye görüştükleri ve ...'nın kullandığı telefonun görüşmenin yapıldığı esnada ... adresi civarında baz verdiği tespit edildi. Ekran görüntüsü alınarak dosyaya konulduğu tespit edilmiştir. CMK 135/6'ya göre Cumhuriyet savcısı tarafından alınan bu kayıtların hakim onayına sunulması gerekirken sunulmadığı, bu nedenle bu kayıtların İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinin sanık hakkında TCK 330/1 maddesinde isnat edilen suça ilişkin hükme esas alınamayacağı açıktır. Ancak İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi ...'nın kullandığı 0532 314 76 67 numaralı telefona ait mahkemenin ara kararıyla iletişim tespit kayıtları (HTS) getirilerek mahkemeden ...'ın uzman olarak dinlenmesi yasal

olduğundan İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi kararı yönünden iletişimin tespitine yönelik bu kanuna aykırılık hususunun giderildiği kabul edilmiştir.

HTS Kayıtlarının Delil Değeri ve Yargıtay Uygulaması

Soruşturma safhasında, suç şüphesiyle ilgili olarak soruşturma makamı her türlü inceleme ve araştırmayı yapabilir, şartları bulunduğu ilgili koruma tedbirlerine müracaat edilebilir. Örneğin, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi kapsamında şüphelinin iletişimi dinlenebilir, kayda alınabilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir (CMK m. 135/1).

Şüpheli veya sanığın iletişiminin tespiti de mümkündür. (CMK 135/6)

Şüpheli ve sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti, CMK 135/(6) "(Ek: 2/12/2014-6572/42 md.) Şüpheli ve sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespiti, soruşturma aşamasında hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında mahkeme kararına istinaden yapılır. Kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu ve tedbirin süresi belirtilir. (Ek cümleler: 24/11/2016-6763/26 md.) Cumhuriyet savcısı kararını yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde kayıtlar derhâl imha edilir."

Bu çerçevede, şüphelinin görüşme içeriği buldurmeyen iletişim kayıtlarına (arayan ve aranan abone, cihaz, zaman, süre ve yer bilgilerini gösteren kayıtlara) ulaşılabilen, şüphelinin diğer şüphelilerle olan görüşme ve buluşmalarına ilişkin yer, zaman, süre bilgisi içeren veriler elde edilebilmektedir. Bu kayıtlar kısaca HTS (Historical Traffic Search) yani telefon görüşme ve sinyal kayıtlarının geçmişi olarak tarif edilmektedir.

Ceza yargılaması açısından üzerinde durulması gereken husus, bir delilin kullanıldığı ceza yargılamasında o olayı ne kadar temsil ettiği ile ilgilidir. Acaba herhangi bir delil (somut olayda HTS kayıtları), tek başına sübut için yeterli kabul edilir mi? Yahut bu delil başka hangi tür delillerle desteklendiğinde sübut için yeterli olabilir mi?

HTS kayıtları, iletişimin içeriğine müdahale edilmeksizin, kişinin kimle, nerede, ne zaman, ne kadar süreyle iletişime geçtiğine yönelik verileri içerir.

HTS kayıtlarının tek başına sübuta elverişli delil niteliğinde değildir. HTS kayıtları, diğer delillerle birlikte bir anlam ifade edebilir. HTS kayıtlarının ortaya koyduğu veriler, diğer delillerle (örneğin tanık, sanık beyanı, görüntü kayıtları vs.) desteklenebiliyor ise, bu veriler belirti delili olarak hüküm verilirken hiç kuşkusuz göz önünde bulundurulabilir.

Yargıtay uygulamalarında HTS kayıtlarının delil değerine ilişkin farklı uygulamaların ortaya çıktığı görülmektedir. Yeni tarihli bir kararında Yargıtay Ceza Genel Kurulu; "sanık ... ile ... ve...'nın cep telefonlarının sinyal bilgilerinin incelenmesi sonucunda, olay tarihinde cep telefonlarının aynı baz istasyonundan sinyal vermesi nedeniyle sanıkların buldukları iddia edilmekte ise de; baz istasyonlarının geniş bir kapsama alanının olması, sanık'in işyeri ile ...'ın görev yaptığı adliye ve ikamet ettiği lojmanın birbirine yakın yerlerde bulunması ve ...'nın avukat olması dikkate alındığında cep telefonlarının aynı baz istasyonundan sinyal vermesinin normal olduğu, başka bir anlatımla ..., ... gibi büyük şehirlerde birbirine yakın yerlerde oturan, çalışan veya tesadüfen aradan geçmekte olan insanların cep telefonlarının aynı baz istasyonundan sinyal vermesinin olağan bir durum olması gözönüne alındığında, cep telefonlarının aynı baz istasyonu kapsamında sinyal vermesinin sanık ...'in diğer sanıklarla bir araya geldiği ve görüştüğünü kabule imkan vermemektedir. Bu itibarla, sanığın delil yetersizliğinden beraatine ilişkin Özel Daire kararı isabetli olup onanmasına karar verilmelidir" şeklinde hüküm kurmuştur.

Sanığa ait suç öncesi ve sonrasını kapsayacak şekilde baz/yer/konum, kişi, iletişim süresi bilgilerinin değerlendirilmesini içerir bilirkışiden ayrıntılı HTS analiz raporu alınmaması, Belirleyici delil niteliğinde olan ...'in beyanının alınmaması

Bu dosyada olayın tanığı konumunda olan... 'in yazdığı kitapta "27 Mayıs Çarşamba günü öğleden sonra solcu bir milletvekili dostum getirdi görüntüleri" şeklindeki beyanı mahkumiyete esas alınan delil niteliğinde görüldüğünden sanık ...'nun olay tarihinde milletvekili olmadığı gözönüne alınarak ...'in beyanı belirleyici delil olması nedeniyle ...'in bu dosyada tanık olarak dinlenmesi gerektiği halde bundan imtina edilmesi,

Anayasa Mahkemesi (Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümü'nün 13.04.2016 tarihli ve 2014/10249 başvuru numaralı kararı) Yargıtay Ceza Genel Kurulu (23/02/2016 tarih, 2014/5.MD-98 E. 2016/83 K., 10/12/2013 tarih 2013/359 K.) ve Dairelerinin (Yargıtay 16. CD. 02.04.2018 tarih, 2017/3221 Esas, 2018/940 Karar) ve AİHM (Khodorkovskiy ve Lebedev/Rusya, B. No: 11082/06, 13772/05, 25/7/2013, § 717; Cevat Soysal/Türkiye, B. No: 17362/03,23/9/2014, § 77)istikrarlı bir şekilde kararlarında belirttikleri gibi hakim kararına ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. (CMK 217, AİHS m.6/3-d) Dayanılan beyan delili ise, beyanda bulunan kişinin taraflara soru sorma hakkı da tanınarak huzurda dinlenmesi gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi birçok kararında "Mahkumiyet hükmü, belirleyici olarak, başvurucunun soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulatma imkanı bulamadığı bir tanık tarafından verilen ifadelere dayandırılmış ve savunma haklarının korunması için hiçbir tedbir alınmamıştır. Sonuç olarak, bahse konu mahkumiyetin belirleyici delilinin tanık ...'nın açıklamaları olduğu, bu tanığın duruşmada dinlenilmemesi ve sanıkla yüzleştirilmemesinin adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır." sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle;

Somut olayda beyanı hükme esas alınan ve belirleyici delil niteliğinde olan...’ın dinlenmesi, en azından bu yönde bir çaba gösterilmesi gerektiği,

Hususları usul yönünde eksiklik olduğundan dosyanın bu yönlerden bozulması gerektiği,

2- Esas Yönünden;

Cumhuriyet Gazetesinin 29/5/2015 tarihli nüshasında; sanık ... tarafından yapılan "İşte Erdoğan'ın yok dediği silahlar" başlıklı haberin, 12.06.2015 tarihli nüshasında ise ... tarafından yapılan "Erdoğan'ın 'Var ya da Yok' Dediği MİT TIR'larındaki Silahlar Jandarmada Tescillendi-Jandarma 'Var' Dedi" başlıklı haberlerin yayımlandığı, her iki haberde de tırlarda bulunduğu iddia edilen silah ve mühimmata ilişkin fotoğraflara ve ayrıntılı bilgilere yer verildiği ve ...’ün eylemiyle ilgili olarak daha önce Dairemizce verilen 2016/6690 Esas, 2018/604 Karar sayılı ilamında "Sanığın 29.05.2015 tarihinde ...Gazetesinde 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" gerekçesiyle bozulduğu gözönüne alınarak;

Sırrın aleniyet kazanıp kazanmadığı yönünde önem arz eden bu olayla ilgili olarak... Gazetesinin 21.01.2014 tarihinde yayımlanan nüshasında "İşte TIR'daki Cephane" başlıklı haberde "...’da durdurulan MİT’e ait 3 TIR’dan mühimmat çıktı. ..., arama fotoğraflarına ulaştı. TIR’larda "insani malzeme" değil, top mermisi taşındığı belirlendi" iddialarına yer verildiği, anılan gazetenin aynı tarihli ve ertesi günkü nüshalarında TIR’larla taşındığı iddia edilen malzemelere dair bazı yazarların yorumlarının yayımlandığı nüshalarının getirilip değerlendirilmesi, bu konudaki soruşturma sonucunda ... Gazetesini yetkilileri hakkında "gizli bilgileri ifşa etmek" suçundan kamu davası açıldığı gözönüne alınarak yargılama dosyasının getirilip incelenmeden karar verilmesi, zira;

Niteliği gereği devlet sırrı olan bilgi ve belgelerin, temin ve/veya açıklama tarihi itibariyle "devlet sırrı" niteliğini koruyup korumadığına, sırrın herkesçe bilinen hale gelip gelmediği ve demokratik toplumda gerekli olup olmadığının açığa kavuşturulması gerektiği, sırrın, başkalarına kapalı, alenileşmemiş gizlenmesinde yarar görülen bir alan olduğu için artık sır vasfı kalmamış aleni hale gelen bilgilerin sır kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmektedir.

Sanığa isnat edilen suçun 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 itibariyle devletin güvenliği veya siyasal yararlarını koruma kabiliyetini muhafaza eden bilginin temini de bu suçlara vücut verir.

Açıklanan nedenlerle ... Gazetesinde yayınlanan haber ve görüntü ve yazılan yazıların ve bu konuda yapılan yargılama dosyasının getirilip incelendikten sonra aleniyet unsuru gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilmesi zorunludur.

3- Suç vasfı ve sübut yönünden;

Dosya kapsamında öncelikle sanığa isnat edilen Milli İstihbarat Teşkilatı görevlileri tarafından yürütülen bir faaliyette kullanılan bazı TIR’ların silah yüklü olduğu iddiasıyla 19.01.2014 tarihinde Adana’da durdurularak arandığı, aramaya ilişkin görüntülerin bir şekilde temin edilerek ...’a ulaştırıldığı iddiasıyla hakkında yapılan yargılamalar sonucunda İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Dairesince "Devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama" suçundan mahkumiyetine karar verildiği (TCK 329/1), kararın temyiz edilmesi üzerine Dairemizce yapılan inceleme sonucunda oyçokluğuyla kararın onanmasına karar verilmiştir.

Dosyada kapsamındaki tüm bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde;

Türk Ceza Kanununun 327. maddesinde Devletin güvenliğine ilişkin belgeleri temin etme,

TCK 328. maddede Devletin güvenliğine ilişkin bilgi ve belgeleri siyasal ve askeri casusluk amacıyla temin etmek,

TCK 329. maddede Devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklamak,

TCK 330. maddede Devletin gizli kalması gereken bilgileri siyasal ve askeri casusluk maksadıyla açıklamak

şeklinde düzenleme olduğu,

Saniğin eyleminin hangi suçu oluşturduğu tespit etmek için kanuni düzenlemeyi incelememiz gerekmektedir. Bu suçların tümünün ortak özelliği bilginin devlet sırrı olmasıdır.

TCK'da "devlet sırrı" kavramına ilişkin bir tanım yer almamaktadır. Ancak CMK'nın 47/1-2. cümlesinde; "Açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; Anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, Devlet sırrı sayılır" denilerek bir tanımlama yapılmıştır.

Devlet sırrı ile ilgili bir başka tanımlama, TCK'nın 326. maddesinin gerekçesinde yer almaktadır. Buna göre; "Sırdan maksat, yetkili bulunmayan kişilerin hakkında bilgi sahibi olmaları halinde Devletin güvenliğinin, milli varlığının, bütünlüğünün, Anayasal düzeninin veya iç veya dış siyasal yararlarının tehlikeye düşebileceği bilgilerdir." (Doç. Dr. Murat Balcı, Siyasal veya Askeri Casusluk Suçu, 2018, sh-19,) TCK'nın 328. maddesinde düzenli "siyasal veya askeri casusluk suçu"nu, 327. maddede düzenli "devlet güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme" suçundan ayırmak için kanunkoyucu özel kastı kabul etmiştir. 328. maddede düzenli "siyasal veya askeri casusluk" suçunda failin amacı, tipik maddi fiile değil, manevi unsura dahil olduğundan genel kastın yanında failde, "siyasal veya askeri casusluk" özel kastının varlığı aranmalıdır. (Dr. Mehmet Yayla, Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk, sh-198-199)

Suçun oluşması için genel kast yeterli olmayıp özel kastın da bulunması gerekir. Maddi fiilin bilinçli ve iradi olmasından başka, failin özel bir amaçla hareket etmesini gerekli kıldığı hallerde özel kast söz konusudur. Özel kastta, suçun işlenmesinden önce yasal tanımda yer alan saikin failde bulunması, bu güdünün etkisiyle suçu işlemesi aranacaktır.

TCK 328 ve 330'daki suçun oluşumu için failde aranması gereken askeri veya siyasi casusluk kastının da delillerle açıkça ortaya konması gerekmektedir. Nitekim, Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 29.06.1978 gün ve 1978/70-58 E.K. sayılı ilamında "Müsnet suçun manevi unsuru ise; "casusluk kastı"dır. Failin bilerek ve isteyerek casusluk maksadıyla hareket etmiş olması lazımdır. Fiilin umumi kast ile işlenmesi de kafi değildir. Suçun ayrıca "özel kast" altında işlenmesi gerekir.

Suçun oluşumu için failde aranması gereken askeri veya siyasi casusluk kastının da delillerle açıkça ortaya konması gerekmektedir. Nitekim, Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 29.06.1978 gün ve 1978/70-58 E.K. sayılı ilamında "Müsnet suçun manevi unsuru ise; "casusluk kastı"dır. Failin bilerek ve isteyerek casusluk maksadıyla hareket etmiş olması lazımdır. Fiilin umumi kast ile işlenmesi de kafi değildir. Suçun ayrıca "özel kast" altında işlenmesi gerekir.

Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 2.10.1997 gün ve 1997/98-114 E. K. Sayılı kararı; "Casusluk sözlük anlamıyla; gözetlemek amacıyla düşman içine sızmak, yabancı bir devletle ilgili sırları öğrenmeye çalışmaktır. Hukuki kavram olarak casusluk; bir devlet menfaatine bir başka devletin askeri, siyasi ve iktisadi durumuna ilişkin gizli bilgilerin veya belgelerin araştırılması, sağlanması ve yabancı devlete ulaştırılmasıdır. Dolayısıyla casusluk, casus ile casusluğu talep eden arasında, talep edilen kimsenin devleti için "sır" niteliği taşıyan bilgi ve belgelerin karşı tarafa aktarılmasına yönelik bir anlaşmanın bulunmasını gerekli kılar.

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"ni aramıştır. Kararda 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), bu düşünce kanun sistematiğine uygun ve doğru değildir. Zira bilgiyi temin eden kişi bunu sonradan casusluk amacıyla bir devlete veya onun adına hareket eden istihbarat örgütüne veya kişilere vemesiyle özel suç kastı tespit edilmiş olur ve suç siyasi ve askeri casusluk suçunu oluşturur. Eğer bunu yapmazsa suç, gizli kalması gereken bilgileri temin suçu olarak değerlendirilir.

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 vücudu anlaşılabilir için suçun muktazi unsuru olan sırrın yabancı bir devlete veya onun namına hareket eden şahsa ittilalına 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 askeri casusluk" maksadıyla açıklanması suçu bakımından saniğin kastının "alelade ifşa/açıklama" olmadığına, başka bir tabirle sırrın yabancı bir devletin veya onun namına hareket eden şahsın öğrenmesini/ittilalını amaçlamasının, sırrın muhatabına ulaşmasını/isalini hedeflemesinin şart olduğunu vurgulaması itibarıyla önemlidir.

Özel kastla, kısaca casusluk amacıyla bilgi ve belge temin etme TCK 328, casusluk amacıyla bilgi ve belgeyi açıklamak ise TCK 330'daki suçu oluşturur.

TCK'nın 330. maddesinde düzenlenen devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgilerin, "siyasal veya askeri casusluk" maksadıyla açıklanması suçu bakımından saniğin kastının "alelade ifşa/açıklama" olmadığına, başka bir tabirle sırrın yabancı bir devletin veya onun namına hareket eden şahsın öğrenmesini/ittilalını amaçlamasının, sırrın muhatabına ulaşmasını/isalini hedeflemesinin şart olduğunu (Askeri Yargıtay'ın 27.01.1942 tarih ve 1723 esas - 1819 sayılı karar, Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 2.10.1997 gün ve 1997/98-114 E. K, Yargıtay 9. Ceza

Dairesi 18.06.2014 tarih 2014/4290-7360 sayılı, 08.05.1975 tarih ve 11 esas - 16 karar) dolayısıyla TCK 330 maddedeki suçun ağır şartlara tabi tutulduğunu kabul etmek gerekir.

Kanun koyucu siyasi ve askeri casusluk suçlarını ağır hükümlere ve sıkı unsurlara bağlamıştır.

Casusluk kastı olmaksızın devletin gizli kalması gereken bilgi ve belgelerini temin etme kastıyla hareket edildiği tespit edildiği takdirde alelade temin etme ve açıklama suçu olur. Temin etme durumunda TCK 327, açıklama durumunda da 329. maddedeki suç oluşur.

Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 20.04.1967 tarihli kararında da bu husus açıkça vurgulanmıştır.

Kıbrıs olayları ile ilgili olarak Amerika Birleşik Devletleri Başkanı ...'un 5 Haziran 1964 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Başbakanı İsmet İnönü'ye yazdığı ve ... Gazetesinin Ankara mümessili ... tarafından her nasılsa elde edilen mektubu,... Gazetesinin 13 Ocak 1966 tarihli ..., ..., ve... nüshalarında neşretmek suretiyle ifşa edilmesi olayında mahkeme temin suçuyla açıklama suçunun ayrı ayrı suçlar olduğu ve birbirlerinden bağımsız oldukları bir suçun falin diğer suçun faili olmayabileceğini açıkça belirtmiştir. Nitekim kararda;

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

132 nci maddenin ikinci fıkrası İtalya 1930 CK'nun 256 nci 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 nci madde İtalya 1930 Ceza Kanununun 261 nci maddesinden aynen alınmıştır. 136 nci maddede ise 132 nci maddede yazılı, devletin emniyetini, milli veya milletler arası 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 nci 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.

Yukarıdan beri 132 ve 136 nci 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 Mollamahmutoğlu, a.g.e., s.1776-1777)

Kanuni düzenlemede gerekçe ve yukarıda zikredilen kararda belirtildiği şekilde 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. TCK 327 maddesi gereğince gizli kalması gereken bilgileri temin eden kişinin, bir suretle temin edilen devlet sırrını ifşa eden sanıklarla suç ortaklığı söz konusu ve gerekli değildir.

Bizim kanuni düzenlememize göre gizli kalması gereken bilgi ve belgeleri temin etme (TCK 327) ve temin edilen bilgilerin açıklanması suçları ayrı cürümler olduklarından bunların faileri arasında asli ve fer'i, maddi ve manevi ortaklık söz konusu değildir, buna da gerek yoktur.

Dolayısıyla olayda sanık ...'nın,...'in eylemine ortak olduğu ve bu suça iştirak ettiğine dair dosyaya yansıyan hiçbir delil yoktur. Çoğunluk, ...'nun devletin gizli kalması gereken bilgilerini içerir bir şekilde temin ettiği CD'yi Can Dündar'a vermesiyle açıklama suçunu işlediği kabul etmiştir. Biz bu konuda çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

"Devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme" başlığıyla düzenlenen TCK 327. maddede "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." yer alan temin sözcüğünün anlamını irdelenmek gerekir. "Temin" kelimesi gizli kalması gereken bilgilerin öğrenilmesi için çaba göstermek, bu hususta vasıtalara başvurma gereğini ifade etmektedir. Bilgilerin böylece temini yani öğrenilmesiyle suç oluşur. Sanığın eylemine uyduğu kabul edilen "Devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama" başlığıyla düzenlenen TCK 329. maddede "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" maddede yer alan "açıklayan" sözcüğü esas itibarıyla daha önceki TCK'da yer alan ve kararın gerekçelerinde de yer verilen "ifşa" sözcüğünün karşılığı olarak düzenlenmiştir. Türk Dil Kurumuna göre "İfşa: Açıklama, herhangi bir şeyi açığa çıkarma, yayma, açığa vurma, gizli bir şeyi herkese duyurma" şeklinde tanımlamıştır. Buradaki tanım ve madde gerekçelerini birlikte değerlendirdiğimizde alelade teminin ifşayı kapsamadığı, ifşanın daha kapsamlı olduğu, burada sanığın suç kastının ve saikinin açıkça ortaya konulması gerektiği, nitekim somut dosyada ...'ın "Tutuklandık" adlı kitabındaki açıklamaları ve hukuki olarak yayınlanması ve ifşa edilmesi sırasında sorun çıkacağı yönündeki tüm uyarıları dikkate almaması... ve ... arasındaki kast ve saikin farklı olduğu gerçeği ortaya koymaktadır. ...'nun eylemi yayın konusu haberlerin daha önce aleniyet kazanmadığı ve eylemin sübutunun kabul edildiği takdirde TCK'nın 327. maddede düzenlenen "devlet güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme" suçunu oluşturacağı kanısındayız.

4-Kabule Göre

Dairemizce onanan kararda; eylemin siyasi ve askeri casusluk özel kastıyla işlenmediği, devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri açıklama (TCK

329/1) olarak kabulü karşısında;

...Gazetesinin 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 verildiği, anılan gazetenin aynı tarihli ve ertesi günkü nüshalarında TIR'larla taşındığı iddia edilen malzemelere dair bazı yazarların yorumlarının yayınlandığı tespit edildiği,...Gaztesinden çok önce yayınlanan bu konudaki yazılı görsel basındaki haber ve görüntüler ve... Gazetesinde yayınlanan haber ve görüntüler nedeniyle kısmen sırrın açıklandığı ve tehlikenin hafiflediği gözönüne alınarak cezanın alt sınırdan takdiri yerine yasal olmayacak şekilde teşhiden cezanın uygulanması suretiyle sanığa fazla ceza verilmesi usul ve yasaya aykırı olduğu; Yukarıda belirtilen düşüncelerle çoğunluk ve aleyhe azınlık muhalefet görüşlerine kovuşturma şartının gerçekleşmemesi, eksik soruşturma ve araştırma, suç vasfında yanılığa düşme, kabule göre de fazla ceza tayin edilerek ölçülülük ve ortantılılık ilkelerine aykırı hareket edilmesi nedeniyle karşı oy kullanılmıştır. Açıklanan nedenlerle sanık ... hakkında, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesinin 13.02.2018 gün ve 2017/2075 E. - 2018/287 K. sayılı kararıyla verilen mahkumiyet kararının BOZULMASINA karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle sayın çoğunluğun görüşüne iştirak edilmemiştir.