

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
DEĞERLENDİRMELERİN ÖZETİ

ve

YAZILI HUKUKA GÖRE ULAŞILAN SONUÇLAR

I-OLAYIN GELİŞİMİ ve ÖZETİ

Yargılamanın konusu, **BİRİNCİ ORDU KARARGÂHININ KOZMİK ODASINDAN** alınan ve devlet sırrını içeren gizli belgelerdir. Belgeleri teslim alan gazeteci Sanık Mehmet Baransu, kimliklerini hukuka uygun olarak gizlediği için, belgeleri sağlayan kaynak kişi(ler) hakkında dava açılmamıştır. **SANIK MEHMET BARANSU'nun** savunmasının, olayın başlangıcı ve gelişimi açısından, açılan davada belirleyici olduğu görülmektedir.

Belgeleri inceleyen sanıklar, 1'inci Ordu Komutanı Çetin Doğan önderliğinde bir grup askerin AK Parti iktidarını devirmek için "**Balyoz Darbe Planları**" diye anılan bilgilerle ilgili belgeleri ve ses kayıtlarını, **güncel ve kamunun bilmesinde kamu yararı** bulunduğundan, hukuka uygun olarak yayımlamışlardır. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının bu yayın dolayısıyla olaya el koyması üzerine belgeler hemen savcılığa teslim edilmiştir.

Bilirkişilerin devlet sırrı ve gizlilik kapsamına giren belgelerin yayımlanmadığını belirlemesine ve AyM'nin kararında (17.05.2016 tarihli, 2015/7231) da yayımlamama ve teslim olgusunun "... Egemen Harekât Planı kapsamında 118 "çok gizli" belgenin bulunduğu tespit edilerek İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına bildirdiği ve bu belgelerin listesini de gönderdiği anlaşılmıştır (bkz. § 30) (...) suçlamaların temel dayanağını oluşturan Egemen Harekât **Planının** Taraf gazetesinde yapılan haberlerde **yayımlanmadığı hem başvuru tarafından hem de Bakanlık görüşünde** belirtilmektedir (Paragraf, n. 131, 142, 159)" diyerek doğrulamasına karşın, AyM'nin hak ihlallerini belirlemesi üzerine yenilenen yargılama sonucunda Çetin Doğan ve arkadaşlarının aklanmaları (beraat) -ki bu aklanma kararları temyiz edildiğinden henüz kesinleşmemiştir- sanıklar ve bu arada Yasemin Çongar, Ahmet Hüsrev Altan haklarında inceleme konusu suçlarla ilgili davalar açılmıştır.

İncelenen dosya ve özetlenen bu durum karşısında **EYLEMLER ŞUNLARDIR: SANIKLAR DEVLET SIRRI NİTELİĞİNDEKİ GİZLİ BELGELERİ KİMLİĞİ BELİRSİZ KİŞİDEN ALMIŞLAR, İNCELEMİŞLER, ANCAK BELGELER, BİLİNÇLİ OLARAK YAYIMLAMADAN VE BAŞKALARINA AÇIKLANMADAN SAVCILIĞA TESLİM EDİLMİŞ; SADECE DEVLET SIRRI NİTELİĞİNDE OLMAYANLAR YAYIMLANMIŞTIR.**

Hukuksal değerlendirmeler, bu oluş çerçevesinde yapılmıştır.

II-SANIKLARA YÜKLETİLEN SUÇLAR AŞAĞIDAKİ NEDENLERLE OLUŞMAMIŞTIR:

A-GİZLİ OLMAYAN VE DEVLET SIRRI NİTELİĞİNİ TAŞIMAYAN BELGELER NEDENİYLE AŞAĞIDAKİ SUÇLARIN OLUŞMASI SÖZ KONUSU DEĞİLDİR



Gerçekten yukarıda belirtildiği üzere TCY'nin 326/1, 327/1, 329/1'nci maddelerde yapılan suç tanımlarının ortak maddi konuları, devlet sırrı niteliğinde ve gizli belgeler olduğundan, yayımlanan belgeler bu niteliği TAŞIMADIĞINDAN yükletilen suçların maddi konuları ortada yoktur; dolayısıyla belirtilen maddelerdeki suçların oluşması olanaksızdır.

B-YAYIMLANMADAN SAVCILIĞA GERİ VERİLEN GİZLİ BELGELERİN ALINIP İNCELENMESİ EYLEMLERİNE GELİNCE;

1-Olayda TCY'nin 326'ncı maddesinde tanımlanan suçun maddi/davranış öğeleri oluşmamıştır.

Çünkü olayda TCY'de yer alan "kısmen veya tamamen yok etme" (soppressione), "tahrip etme" (distruzione), "sahtecilik yapma" (falsificazione), "tahsis olundukları yerden başka bir yerde kullanma" (consegna carpita) , "hileyle alma" (distrazione) ya da "çalma" (sottrazione) biçimindeki seçenek davranışlardan hiçbiri gerçekleşmemiştir. Sanıklardan Mehmet Baransu'nun kendi savunmasıyla sınırlı bulunan çelişki biçimdeki "belgeleri yok ettik" anlatımı ise daha sonraları aynı sanık tarafından reddedilmiş; dolayısıyla yok etme davranışı bu sanık açısından dahi belirlenememiştir. Öbür sanıklar ise gizli belgelerin incelenmeden ve hiçbiri yerde **"kullanılmadan"** geri verildiğini belirtmişlerdir.

Ayrıca Yasaya göre, gizli belgeleri almak değil, **"hileyle alma"**, yani iradeyi sakatlayarak alma davranışı cezalandırılmaktadır. Belgelerin kaynak kişiden hileyle alındığına ilişkin bir kanıt olmadığından olayda bu davranış da gerçekleşmemiştir.

2-Olayda TCY'nin 327'nci maddesinde tanımlanan suçun maddi ögesi de gerçekleşmemiştir.

Gerçekten yukarıda açıklandığı üzere bu suçun davranış ögesi, gizli bilgileri **"temin etmek"** tir. 1926/765 sayılı Eski TCY döneminde olduğu gibi, Yeni TCY'de de maddede kullanılan "temin etme" sözcükleri, gizli kalması gereken bilgilerin hile ya da şiddet gibi çeşitli araçlarla **irade dışı öğrenilmesini** anlatmaktadır. Tersî durumda, yani verilen belgeyi alma anlamında alınırsa aynı Yasa'nın 326'ncı maddesinde belirtilen "hileyle alma" davranışıyla tutarsızlık ortaya çıkacaktır. Bu nedenle düşen bir miras ya da yapılan yasal bir arama sonucunda irade dışında rastlantı ya da zorunlu olarak öğrenme bile, Yasa'nın temel amacına aykırı olarak, temin etme davranışına girecek ve maddenin temel amacına aykırı olarak cezalandırılacaktır. Bu nedenle kendiliğinden verilen bir şeyi gazetecinin alması bu suç davranışının tanımına girmemektedir. Ancak belgeyi alan, başkalarını içerik açısından bilgilendirdiği takdirde bu eylemi suç oluşturacaktır (m. 329). O kadar.

3-Olayda TCY'nin 329'uncu maddesinde tanımlanan suç da oluşmamıştır. Çünkü gizli belgeler hiç kimseye açıklamadan geri verilmiştir ve bu savunmalar Anayasa Mahkemesinin kararıyla da belirlenmiştir.

Yasal tanıma göre, davranış açısından suç, bilgileri gizliliği ortadan kaldıracak nitelikte ve yeterlikte yetkili olmayan başkalarına kısmen ya da tamamen yazı ya da söz, görsel araçlar, tasvirler, işaretler yoluyla **"açıklama"** biçiminde işlenecek ve bu davranış **öğrenme** ile

tamamlanacaktır (Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, 2.10.1997, 98/114; 2. Daire, 19.10.1972, 302/242). Olayda böyle bir açıklama eylemi bulunmamakta ve de iddia edilmemektedir.

SONUÇ OLARAK OLAYDA TCY'NİN 326, 327. VE 329'UNCU MADDELERİNDE TANIMLANAN SUÇLARIN ÖGELERİ OLUŞMAMIŞTIR.

C-YUKARIDAKİ SUÇLAR OLUŞMADIĞINA GÖRE;

1-Çetin Doğan ve arkadaşlarının aklanmalarına (beraat) ilişkin kararların bekletici sorun olarak gözetilmesine;

2-TCY'nin 43 ve 58'inci maddelerinin uygulanmasına da gerek bulunmamaktadır.

III-CEZA YARGILAMASI YASASI AÇISINDAN DA AŞAĞIDAKİ SONUÇLARA ULAŞILMIŞTIR:

A-SANIKLAR SAVUNMALARINI KANITLAMAK ZORUNDA DEĞİLDİRLER. ANCAK SAVUNMALARI ÇÜRÜTMEK İDDİA MAKAMININ GÖREVIDİR; ÇÜRÜTÜLMEDİKÇE "KUŞKUDAN SANIK YARARLANIR" İLKESİNCE SAVUNMALARIN DOĞRULUKLARI KABUL EDİLMEK GEREKİR:

Bu nedenlerle;

1-Gizli belgelerin teslimi ve gizli olmayanların yayımlandığı konularında savunmanın doğruluğunu kabul edilmek gerekir.

2-Bilirkişi raporu ve AyM'nin kararları da bunu zorlamaktadır.

3-Sanıklar hakkında basın özgürlüğü ve hukuka uygunluk nedenlerinin gözetilmelerine de gerek yoktur. Çünkü suçların öğeleri oluşmamıştır.

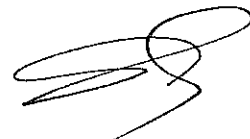
4-Yeri gelmişken belirtelim ki, iddianamede başka davlarda yargılananlarla (Can Dündar) ilgili metinlerin aktarılması, Mahkemece de böyle bir iddianamenin kabul edilmesi bağışlanmaz bir kusurdur. Zira bu tutum;

a-İnsan hakları ve özgürlükleriyle ilgili sözleşmelere taraf olmuş Türk toplumunun hukuk bilincini özümsemediğinin, "hukuk insanı"nın (homo iuridicus) yaratılmadığının ve "hukuk toplumu"nun (socio iuridicus) gerçekleştirilemediğinin göstergesidir.

b-Anayasa Mahkemesinin (AyM) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) birçok hükümlülük kararlarıyla bu husus belgelenmiştir.

c-Varlık nedeni "suçsuzluk karinesi" ve "lekelenmeme hakkı"nı gerçekleştirmek olan ara yargılamanın amacının gerçekleşmediğinin de kanıtıdır.

5-Türk CYY'nin sistemine ve metodik kuşkuya göre yeterli kuşkuya ulaşılmadan hiç kimse hakkında dava açmamak gerekir (m. 170). Oysa olayımızda yükletilen suçlar, tarihi bir kırılma



noktası olan 15 TEMMUZ 2015 tarihinden öncesine ve o dönemin bulgularına göre ele alınmak gerekir. Bu durumda;

a-“..... TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN, BİR OLUŞUMUN, BİR YAPILANMANIN TERÖR ÖRGÜTÜ OLUP OLMADIĞININ BELİRLENMESİ, YAPILACAK YARGILAMANIN SONUCUNA GÖRE; MAHKEMELERE AİTTİR. Mahkemeler bu belirlemeyi, Anayasa ve yasalarla ortaya konulan normatif kurallara ve istikrar gösteren yargısal uygulamalara uygun biçimde gerçekleştirir.” (9. CD, 22.12.2014, 5464/12447). Aynı doğrultuda Dündar/Gül davasında mahkeme yerinde olarak "FETÖ / PDY Silahlı Terör Örgütüne yardım" suçlamasıyla ilgili dosyanın ayrılmasını kararlaştırırken şu cümleye yer vermiştir: "FETÖ/PDY olarak adlandırılan silahlı terör örgütünün varlığı yönünde kesin bir yargı hükmü mevcut olmadığına" (İstanbul 14'üncü Ağır Ceza Mahkemesinin 6 Mayıs 2016 tarih ve 2016/162 K. sayılı kararı) dendiği; AİHM kararları da bu yönde olduğu (No. 24528/02 (4. Daire) - 2. Haziran 2009 tarihli karar (Borovsky v. Slovakei) halde sanıklar hakkında, hukuka aykırı olarak, dava açılmıştır.

b-Önyargılar, ön kabuller, inançlar, sanılarla (doxa), “çok olasılıktan yola çıkma”, sanıkların iç dünyasının dışlanması”, “fail ceza hukuku”na değil “eylem ceza hukuku”na dayanılması ilkeleriyle Yargıtay Ceza Genel Kurulunca (20.11.2007, E. 2007/5-83, K. 2007/244) ve HSYK’ca (10.10.2006 tarih ve 424 sayılı), Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunca (23 Nisan 2003, 2003/43 sayılı) benimsenen “Bangalor yargı etiği ilkeleri” ve Avrupa Konseyince (29-30 Mayıs 2005) benimsenen “Budapeşte ilkeleri”ne aykırı olarak terör örgütü etkinliği kapsamında bir suçun işlendiği ileri sürülmüştür.

c-Bütün bunlar yürürlükteki hukuka aykırı olduğu halde “lekelenmeme hakkı” ve yukarıda sergilendiği üzere “yasada suç olarak tanımlanmamış bir davranıştan dolayı soruşturmaya ve kovuşturmaya tabi olmama hakkı”⁴² çiğneme pahasına kamu davası açılmıştır.

Çağcıl dünyanın bir üyesi olma iddiasında olan Türkiye’de yargılama, ADLİ/YARGISAL YANILGILARA yol açacak bu türden yanlışlardan kaçınmak zorundadır.

17 Ağustos 2016


Prof. Dr. Sami Selçuk

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi

⁴² Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2009, s. 152 vd.