

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE İFADE
ÖZGÜRLÜĞÜ İŞİĞINDA BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ VE TÜRK
HUKUKU

Menent ÇELİKBOYA
105614021

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
(İNSAN HAKLARI HUKUKU)

Yrd. Doç. Dr. Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU

2011

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE İFADE
ÖZGÜRLÜĞÜ İŞİĞİNDA BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ VE TÜRK
HUKUKU

FREEDOM OF PRESS IN LIGHT OF FREEDOM OF SPEECH
UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN
RIGHTS AND TURKISH LAW

Menent ÇELİKBOYA
105614021

Yrd. Doç. Dr. Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU :

Yrd. Doç. Dr. Vesile SONAY EVİK :

Yrd. Doç. Dr. Rağıp Barış ERMAN :

Tezin Onaylandığı Tarih :

Toplam Sayfa Sayısı :

124

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- | | |
|------------------------------------|--|
| 1) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi | 1) European Convention on Human Rights |
| 2) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi | 2) European Court of Human Rights |
| 3) İfade Özgürlüğü | 3) Freedom of Speech |
| 4) Basın Özgürlüğü | 4) Freedom of Press |
| 5) Özel Hayatın Gizliliği | 5) Freedom of Privacy |

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE İFADE
ÖZGÜRLÜĞÜ İŞİĞİNDA BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ VE TÜRK
HUKUKU

FREEDOM OF PRESS IN LIGHT OF FREEDOM OF SPEECH
UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN
RIGHTS AND TURKISH LAW

Menent ÇELİKBOYA
105614021

Yrd. Doç. Dr. Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU :

Yrd. Doç. Dr. Vesile SONAY EVİK :

Yrd. Doç. Dr. Rağıp Barış ERMAN :

Tezin Onaylandığı Tarih :

Toplam Sayfa Sayısı : 124

Anahtar Kelimeler (Türkçe)	Anahtar Kelimeler (İngilizce)
1) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	1) European Convention on Human Rights
2) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi	2) European Court of Human Rights
3) İfade Özgürlüğü	3) Freedom of Speech
4) Basın Özgürlüğü	4) Freedom of Press
5) Özel Hayatın Gizliliği	5) Freedom of Privacy

ÖZET

Çalışmanın ilk bölümünde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında ifade özgürlüğü anlatılacaktır. İkinci bölümde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında basın özgürlüğü ilkeleri ve basın özgürlüğü-özel yaşam hakkı çatışması incelenecektir. Üçüncü ve son bölümde ise ilk iki bölümde ortaya konulan standartlar ışığında Türk Hukuku'ndaki basın özgürlüğü ile ilgili yasal düzenlemeler değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, özel hayatın gizliliği

ABSTRACT

In the first section of the study, the principles of Freedom of Speech under the European Convention on Human Rights and in the European Court of Human Rights Case Law will be defined. In the second section, in light of the European Court of Human Rights Case Law regarding freedom of speech and conflict of freedom of speech – freedom of privacy will be examined. In the last section, Turkish legislation concerning freedom of speech and freedom of press will be examined.

Keywords : European Convention on Human Rights, Freedom of Speech, Freedom of Press, European Court of Human Rights, Freedom of Privacy

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ IŞIĞINDA BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ VE TÜRK HUKUKU

ÖZET	iii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR CETVELİ	vii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	3
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	3
1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	3
2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 10(1) ile Teminat Altına Alınmış Haklar	8
3. Sınırlama Rejimi.....	9
I- Yasayla Öngörülme (Yasaya Uygunluk)	10
II- Meşru Amacın Olması	14
III- Müdahalenin Demokratik Toplum Düzeni İçin Gerekli Olması.....	18
İKİNCİ BÖLÜM	23
AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ.....	23
1. Genel Olarak	23
2. Basının Siyasetteki Yeri	27
I- AİHM'in Konuya İlişkin Standardı	27
II- AİHM'in Müdahalenin Meşruluğunu Belirlemede Kullandığı Ölçütler	30
3. Basın Özgürlüğü ve Özel Yaşamın Korunması Hakkı Çatışması	38
I- AİHM'in Konuya İlişkin Standardı	38
II- AİHM'in Müdahalenin Meşruluğunu Belirlemede Kullandığı Ölçütler	41
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	49
AİHM STANDARTLARI AÇISINDAN TÜRK HUKUKUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ	49
1. Genel Olarak Türk Hukukunda İfade Özgürlüğü	49
I- 1982 Anayasasında İfade Özgürlüğü	49
II- 1982 Anayasasında Ortaya Konan Basın Özgürlüğü İlkeleri ...	53

III-	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler	57
A-	Hakaret (Madde 125)	58
B-	Suç İşlemeye Tahrik (Madde 214)	62
C-	Suç ve Suçluyu Övme (Madde 215)	64
D-	Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama (Madde 216).....	64
E-	Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama (Madde 301).....	70
F-	Konuyla Yakından Bağlantılı Diğer Düzenlemeler	75
IV-	5532 Sayılı Kanunla Değişik Terörle Mücadele Kanunu'ndaki Düzenlemeler	77
A-	Genel Olarak	77
B-	Açıklama ve Yayınlama Suçu (Madde 6)	80
C-	Terör Örgütleri (Madde 7)	86
V-	5187 Sayılı Basın Kanunu	89
A-	Genel Olarak	89
B-	Basın Rejimine İlişkin Temel Kavramlar.....	91
	1. Basılmış Eser Kavramı	91
	2. Yayın Kavramı	93
	3. Dönemsel Yayınlar	95
	a) Tanımlar	95
	b)Dönemsel Yayın Faaliyetinde Bulunmak İçin Beyanname Verme Zorunluluğu	96
	c) Süreli Yayın Sahibi	97
	d) Sorumlu Müdür	99
	4. Basın Suçları ve Basında Sorumluluk Rejimi	100
2.	Basın Yoluyla Doğan Saldırılarda Hukuka Uygunluk Nedenleri	102
I-	Genel Olarak	102
II-	Hukuka Uygunluk Nedenleri	103
A-	Haberin Gerçekliği İlkesi.....	105
B-	Haberin Güncelliği İlkesi	108

C-	Kamu Yararı İlkesi (Üstün Yarar Kriteri).....	111
D-	Öz İle Biçim Arasındaki Dengenin Korunması İlkesi	114
E-	Rıza.....	117
SONUÇ		118
YARARLANILAN KAYNAKLAR		viii

KISALTMALAR CETVELİ

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
Avrupa Sözleşmesi	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
b	: Bend
bkz.	: Bakınız
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
dn.	: Dipnot
E	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
K	: Karar
Komisyon	: Avrupa Komisyonu
Mahkeme	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
md	: Madde
No.	: Numara
ÖD	: Yargıtay Özel Dairesi
Parag.	: Paragraf
Sözleşme	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Statü	: Avrupa Konseyi Statüsü
s.	: Sayfa
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
v.	: Karşı

GİRİŞ

Her tez kendi içerisinde bir antitezini barındırır. Öte yandan karşıt fikirlerin çatışması ile yeni bir sentez oluşur. İnsanlık tarihinin bütün mücadelelerinin bizzat canlı şahidi olarak ifade özgürlüğü her dönem, batı demokrasilerinin ve demokratik bir toplum düzeni izinde yürüyen toplulukların sentez arayışlarının en güçlü silahı haline gelmiştir. İnsanlık tarihinin ilk dönemlerinden itibaren kendisini topluma ifade etmeyi başaran birey zamanla toplumda söz sahibi olarak ilk lider kavramını ortaya çıkarmış, bu döngü günümüze gelene kadar devlet olgusunun oluşmasına sebebiyet vermiştir. İnsanlığın özgürleşme mücadelesi içerisinde ifade özgürlüğü kanlı savaşların meydana gelmesinde de çoğu zaman başrolü oynamıştır.

İfade özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin standartlarında da belirtildiği gibi, her dönemde kişinin kendini geliştirmesinin vazgeçilmez bir unsuru, bireyin temelidir. Bu bakımdan ifade özgürlüğü demokratikleşme mücadelesi olmasının yanı sıra aynı zamanda bireyin kendisiyle mücadelesinin de özünü oluşturmaktadır. İktidarı kendisinde tekelleştirerek, hiçbir şekilde yanılmaz olduğunu söylemlen Kilise, bu iktidarı elinde tutmak amacıyla her dönemde insanların dönemin mevcut düzenini sorgulamasının önüne geçmek için çaba sarf ederken aslında engellemeye çalıştığı ifade özgürlüğüydü. Halkın özgürleşme savaşında Kilise'ye karşı olan mücadelesinde en büyük silahı ve savı, ifade özgürlüğü olmuştur. Hugo Grotius, Descartes, Benedictus Spinoza, J. J. Rousseau, Hobbes gibi düşünürler kurumsallaştırmaya çalıştıkları ifade özgürlüğü mücadeleleriyle her dönem Kilise'nin baskısı altındaydılar.

Her türlü düşüncenin hatalı olsa bile hakikate varılmada bir adım olduğunu söyleyen John Milton'un, tez-antitez-sentez kuramıyla Marx'ın, Ethica'sı ile Spinoza'nın kurumsallaştırmaya çalıştığı ifade özgürlüğü, modern tarihte sonuçlarını zaman zaman kanlı ihtilallerden ve mücadelelerden de geçerek Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin kabulü ile vermiştir. İfade Özgürlüğü, Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nde, "Herkesin düşünce ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak, düşüncelerinden dolayı rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın, bilgi ve düşünceleri her yoldan araştırmak, elde etmek ve

yaymak hakkını gerekli kılar” şekliyle kurumsallaşmıştır. Her ne kadar Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, Sözleşme formunda hazırlanmamış olsa da tüm ülkelerde derin psikolojik etkiler uyandırmış ve Bildiriye ulusal hukuk düzenlerinde sayısız kez yargı kararlarıyla atıfta bulunulmuştur.

İnsan haklarının bölgesel sistemde Sözleşme formatında kurumsallaştırma çabalarının en önemli sonuçlarından birisi de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kabulüdür. İfade özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde 10. maddede düzenlenmiştir. Söz konusu madde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ürettiği içtihatlarla zenginleştirilmiştir. Bu bağlamda çalışmanın ilk bölümünde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemi ile Mahkeme'nin ifade özgürlüğü ile ilgili ürettiği standartlar ortaya konulacaktır. İkinci bölümde ifade özgürlüğünün özel kullanım biçimi olarak basın özgürlüğü ilkeleri ortaya konulacak, bu bölümde Mahkeme'nin basın özgürlüğü – özel yaşam hakkı çatışmasında ortaya koyduğu yeni ilkeleri belirlenecektir. Üçüncü bölümde ise Mahkeme'nin ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü ile ilgili ortaya koyduğu standartlar ışığında Türk hukuku incelenecektir. Basın kavramı, İngilizce'de “press”, Almanca'da “die Presse” kelimelerinden dilimize girmiş olup gazete, dergi gibi basılmış eserlerde mevzubahis olabilecek “basmak” fiilinden türemiştir. Bu bakımdan basın kavramının yeni teknolojik gelişmelerle birlikte yapılacak yayımlara uygun düşmeyeceği açıktır. Salihpaşaoğlu'nun da belirttiği gibi uygulamada “sinema hukuku”, “radyo-televizyon hukuku”, “internet hukuku” gibi yeni hukuk bölümlerinin oluşmaya başlaması ile teknolojik gelişmelere paralel olarak her türlü kitle iletişim araçlarının basın kavramına sokulması basın rejiminin zedelenmesine ve zamanla belirsizleşmesine yol açacaktır.¹ Bu açıklamalar ışığında inceleme konusu çalışmada basın özgürlüğü kavramı içerisinde gazete, dergi gibi basılarak çoğaltılan kitle iletişim araçları incelenecektir.

¹ Yaşar Salihpaşaoğlu, Türkiye'de Basın Özgürlüğü, 1. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 24.

BİRİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

İkinci Dünya Savaşı'nın demokrasi cephesinin zaferiyle bitmesi, insan haklarında yeni açılımlara olanak sağlamıştır. İkinci Dünya Savaşı'nın getirdiği büyük yıkımlar, devletlerin sağduyulu adımlarıyla yeni demokratik önlemlerin alınmasına sebebiyet vermiştir. Milletler Cemiyeti'nin yerine insan haklarına, insan kişiliğine ve eşitlik ilkesine özel önem veren, bu amaçların gerçekleştirilmesini örgütün varlık nedeni sayan Birleşmiş Milletler'in kurulması (1945) ve bu örgütün başta Evrensel İnsan Hakları Bildirisi olmak üzere yaptığı çalışmalar, alınan demokratik önlemlerin en somut örnekleridir. Evrensel Nürnberg Mahkemeleri'nde (1945 – 46), Nazi savaş suçluları yalnız “barışa karşı işledikleri suçlar”dan dolayı değil, aynı zamanda “insanlığa karşı işledikleri suçlar”dan da yargılanmıştır.

Bölgesel düzlemde ise savaş sonrası dönemin insan hakları açısından Avrupa Kıtası'ndaki en büyük olayı, Avrupa Konseyi'nin (*Council of Europe*) kurulmasıdır. Avrupa Konseyi, İkinci Dünya Savaşı'nın hemen bitiminde 5 Mayıs 1949 tarihinde kurulmuştur. Kurucu belge, 05.05.1949 tarihinde imzaya açılan ve işlerlik kazanmasının koşulu olan 7 devletin onaylamasıyla 03.08.1949 tarihinde yürürlüğe giren “Avrupa Konseyi Statüsü”²dür.

Statü, niteliği itibari ile taraf devletlere haklar ve ödevler getiren çok taraflı bir sözleşmedir. Bununla birlikte, bölgesel düzlemde, getirdiği demokratik ilkelerle ve kurumlarla birçok ulusal üstü örgütlerin yapılanmalarını etkilemiştir. Bu anlamda, çok taraflı bir sözleşmeden daha geniş manevi değeri vardır.³

Statü metni yakından incelendiği zaman, taraf devletlerin “adalet ve işbirliği içinde hareket ederek insan topluluğunun ve medeniyetin korunması için barışın zaruri olduğuna inanmak”, “hakların müşterek malı olan ve her gerçek demokrasinin dayandığı fert hürriyeti, siyasi hürriyet ve hukukun üstünlüğü

²“Avrupa Konseyi Statüsü” bundan sonra “Statü” olarak kısaltılacaktır.

³Aslan Gündüz, Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar, 4. baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s. 645.

prensiplerine bağılı olmak”, “Avrupa Konseyi üyesi devletlerin, müşterek malları olan ilke ve prensipleri korumak ve yaymak, siyasi ve iktisadi ilerlemelerini sağlamak (md.1/a)”, “insan hakları ve temel özgürlükleri korumak ve geliştirmek (md.1/b)”, “her kişinin, insan hakları ve temel özgürlüklerden yararlanma ilkesine saygı duymak (md.3)” ödevlerinin olduğu görölmektedir.⁴

Türkiye, Statü’nün 4. maddesinde belirtildiği şekilde Bakanlar Komitesi tarafından Avrupa Konseyi’ne davet edilmiş ve 08.08.1949 tarihinde Avrupa Konseyi’ne katılma kararını Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne ilettikten sonra katılmaya yönelik iç hukuk işlemlerini tamamlayıp onay belgesini iletmiştir. Statü’nün 42. maddesi uyarınca, Türkiye, Avrupa Konseyi’ne, onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne iletildiği tarih olan 13.04.1950 tarihinde katılmış sayılmaktadır.

şu anda 47 üyesi bulunan Avrupa Konseyi’nde 1990’lar, üye sayısının Doğu Avrupa’daki çözümlere paralel olarak artış gösterdiği yıllar olmuştur. Avrupa Konseyi, Sovyetler Birliği’nin çözümlenmesiyle yeniden yapılanma sürecine giren bu devletlere insan hakları ve demokrasi başta olmak üzere birçok konuda yardımcı olmuştur. Ayrıca, üyelik koşulu olarak, Avrupa Konseyi’nin ürettiği temel insan hakları belgelerine taraf olmaları da şart koşulmuştur.⁵

4 Kasım 1950 tarihinde imzalanıp 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe giren “İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi”⁶ (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi), Avrupa Konseyi’nin yaptığı ilk sözleşmesel çalışmadır. Sovyetler Birliği’nin ayrılmasından sonra eski Doğu Bloğu ülkeleri de Avrupa Konseyi üyesi olduktan hemen sonra AİHS’ye taraf olmuşlardır.⁷ AİHS’ye taraf devlet sayısı 14.06.2008 itibariyle kırk yedidir.⁸ Türkiye, AİHS’yi, imzaya açıldığı tarih olan 04.11.1950 tarihinde imzalamıştır. AİHS’nin yükümlülükleri ise Türkiye açısından, onaylama belgesinin Avrupa Konseyi

⁴Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 6. baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 961-962.

⁵Bu Doğu Bloğu ülkelerinin Avrupa Konseyi’ne üye olma tarihleri için bkz. Gemalmaz, s. 963, dn. 14.

⁶“İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi”, bundan sonra AİHS veya bu bölüm içerisinde Sözleşme olarak kısaltılacaktır.

⁷Gemalmaz, İnsan Hakları Hukuku, s. 966.

⁸Üye devletlerin tam metni için bkz. (çevrimiçi) <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTableauCourt.asp?MA=3&CM=16&CL=ENG>

Genel Sekreterliği'ne depo edilmesi tarihi olan 18.05.1954'te doğmuştur. Bu gelişmeler ve bilgiler ışığında, Komisyonun da kararlarında belirttiği üzere; “Avrupa Sözleşmesi (AİHS), aradan geçen yüzyıllık zaman sürecinde yavaş yavaş, “İnsan hakları alanında Avrupa Kamu Hukuku düzeninin anayasal aracı” haline gelmiştir.”⁹

AİHS'nin düzenlediği haklar ve özgürlükler sadece uluslar arası değil, aynı zamanda ulusal zeminlerde de uygulanma gücüne sahiptir. Birleşik Krallık, İrlanda ve Norveç hariç olmak üzere, diğer bütün üye ülkelerde AİHS, iç hukukun bir parçasıdır.¹⁰ Bunun anlamı, Sözleşmeye taraf olmakla birlikte, üye devletin AİHS'den kaynaklanan sözleşmesel sorumluluğunun başladığıdır. Ayrıca taraf devletin yasama organının sözleşmeyi iç hukukun bir parçası haline getirmek için başka bir işlem yapmasına gerek bulunmamaktadır. Sözleşme, taraf devletlerde ulusal mahkemeler ve bütün kamu otoriteleri için bağlayıcı niteliktedir ve ulusal hukukta AİHS'nin bir organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi¹¹ kararlarına atıfta bulunulabilir. Bununla birlikte, ulusal yargı organları ve idare, iç hukuktaki bir yasanın AİHS ve AİHM içtihatlarıyla çelişmesi durumunda AİHS ve onun içtihat hukukuna öncelik tanımak zorundadır.¹²

AİHS'nin yer bakımından uygulanma alanı, taraf devletin eylemlerinin vuku bulduğu her yerdir; salt taraf devletlerin ülkesiyle sınırlı değildir. Evrensel İnsan Hakları listesinde yer alan hakların bazılarında yer vermekle birlikte sadece birinci kuşak hakları düzenleyen AİHS'nin bu açığı, daha sonradan düzenlenen protokollerle ve sözleşmelerle giderilmeye çalışılmıştır.¹³ Düzenlediği hakların kapsamından ziyade AİHS'nin kurumsallaştırdığı denetim mekanizmaları ve usullerinin kendisinden sonra uluslar arası ve bölgesel düzlemde üretilen sözleşmeleri etkilemesi, bu sözleşmeyi en önemli kılan noktadır.

⁹Komisyon Kararı Christomas et. al. c/Turquie, RUDH 1991-3, s. 193 (naklen İbrahim Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, 6. baskı, İmge Kitabevi, İstanbul 2002, s. 227).

¹⁰AİHS'nin üye ülkelerdeki normlar hiyerarşisi bakımından yeri için bkz. Kaboğlu, s. 227-228.

¹¹“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, bundan sonra AİHM ya da Mahkeme olarak kısaltılacaktır.

¹²Monica Macovei, İfade Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz - İnsan Hakları El Kitapları, No. 2, 2. baskı, Ankara Açık Cezaevi, Ankara 2003, s. 5.

¹³Örneğin Avrupa Sosyal Şartı'nın kabulünden sonra ikinci kuşak hakların AİHS'ye eklenmesi meselesi tartışılmıştır.

Sırasıyla Komisyon ve Mahkeme tarafından incelenen şikayet başvurularının artması ve usulü düzenlemelerin yetersizliği ve AİHS başvuru sisteminin yavaşlaması sebebiyle 01.11.1998 tarihinde 11 Numaralı Protokol yürürlüğe girmiştir. Bu protokol ile AİHS'nin denetim sisteminin etkinleştirilmesi amaçlanmıştır.

11 Numaralı Protokol öncesinde, hakların ihlalini denetlemek üzere AİHM ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu¹⁴ görev yaparken bu organların aldığı kararların icrasının takipçiliğini de Avrupa Komisyonu Bakanlar Komitesi yapmaktaydı. Söz konusu organlardan AİHM ve AİHK, AİHS ile kurulmuş organlardır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ise adından da anlaşılacağı üzere aslen Avrupa Komisyonu'nu kuran Avrupa Komisyonu Statüsü ile kurulmuş bir organdır ve ona AİHS sistemi içerisinde bir misyon yüklenmiştir.

AİHS, bireysel şikayet başvurusunu İkinci Dünya Savaşı sonrası düzenleyen ilk belge olması ile de dikkat çeker. 11 Numaralı Protokol öncesi, bireysel başvuru süreci AİHS'ye taraf olmakla kendiliğinden kazanılmıyordu. Taraf devletlerden öncelikle Komisyonun bireysel şikayet başvurularını inceleme yetkisini tanıdıklarına dair bir beyan aranmaktaydı.

Bireysel şikayet başvurusunun yanında AİHS tarafı bir devletin diğer taraf devleti şikayet usulü olan devletlerarası şikayet başvurusu da AİHS ile düzenlenmiştir. Bu sürecin de işlemeye başlaması için 11 Numaralı Protokol öncesindeki sisteme göre AİHM'in zorunlu yargı yetkisinin devletler tarafından tanınması gerekmektedir. Türkiye, AİHM'i tanıma beyanını ilk kez Sözleşmeye taraf oluş tarihinden otuz beş yıl sonra (1989) üç yıl süreli olarak yapmıştır ve bu sürelerin sonunda tanıma beyanlarını yinelemiştir.

11 Numaralı Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra, başvuru prosedürünü hızlandırmak amacıyla ilk olarak Komisyon ortadan kaldırılmış ve AİHM tam zamanlı olarak görev yapmaya başlamıştır. Komisyon, 11 Numaralı Protokol kabul edilmeden önce bireysel ve devletlerarası şikayet başvuruları hakkında ön

¹⁴“Avrupa İnsan Hakları Komisyonu”, bu bölüm içerisinde “AİHK” ya da “Komisyon” olarak kısaltılacaktır.

inceleme yaparak onların kabul edilebilirliğini ve kabul edilenler için hazırlayacağı nihai raporunu karara bağlıyordu. 11 Numaralı Protokol ile Komisyon kaldırıldığı için artık bireysel ve devletlerarası şikayet başvuruları doğrudan Mahkeme'ye yapılmaktadır.¹⁵

Sözleşme'de Bölüm II Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başlığı altında AİHM'in içyapısı düzenlenmiştir. Madde 26 ve 27'den çıkardığımız genel sonuç, Mahkeme'nin Komiteler, Daireler ve Büyük Dairelerden oluştuğudur. Madde 28'de komitelerin görevi düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre komitelere düşen görev, 34. madde çerçevesinde sunulmuş bir bireysel başvuru hakkında, oybirliği şartıyla, kabul edilmezlik açıklaması yapmak ya da söz konusu başvuruyu vak'alar listesinden çıkartmaktır. 28. madde çerçevesinde komite tarafından bir karar alınamadığı takdirde bir Daire, 34. madde çerçevesinde sunulmuş bir bireysel başvuru vakası hakkında, kabul edilebilirliği ve esası üzerinde karar verecektir. Bunun dışında madde 28.2 ile Dairelere sunulan diğer bir görev, madde 33 çerçevesinde sunulmuş Devletlerarası başvuruların kabul edilebilirliği ve esası üzerinde, Mahkeme tarafından istisnai hallerde aksine karar alınmadıkça ayrı olacak şekilde (madde 29/3) karar vermektir. 11 Numaralı Protokol ile getirilen yeni bir usul ile, madde 30 çerçevesinde bir Dairenin önünde görülmekte olan bir vak'a Sözleşme'nin ya da onun Protokollerinin yorumlanmasına ilişkin ciddi bir sorun doğurduğu ya da önünde bulunan bir sorunun çözümü Mahkeme tarafından daha önce verilen bir hükümle uyuşmayacak bir sonuç yarattığı hallerde, Daire, vak'anın taraflarından herhangi biri itiraz etmedikçe, hükmünü vermeden önce herhangi bir anda, yargılama yetkisini Büyük Daire lehine bırakabilir.¹⁶

11 Numaralı Protokol ile değişik AİHS'nin 33. maddesi, devletlerarası şikayet başvurularını düzenlemektedir. Söz konusu metne göre;

¹⁵Komisyonun ortadan kaldırılmasının bir sonucu olarak, şikayet başvurularının incelenmeye başlanması için devletlerin Komisyon yetkisini tanıma beyanlarında bulunması zorunluluğu da ortadan kalkmıştır. Bundan böyle bir hak mağduru olduğunu iddia eden taraf devletin vatandaşının AİHM'e başvurmasıyla birlikte, inceleme süreci herhangi bir onay belgesi vermeksizin başlamaktadır. Taraf devletler, Sözleşmeye taraf olmakla AİHM'in yargı yetkisini tanımış olmaktadır. Aynı durum devletler tarafından yapılan başvuru sürecinde de geçerlidir.

¹⁶Gemalmaz, İnsan Hakları Hukuku, s. 985.

“Herhangi bir Sözleşme tarafı devlet, Sözleşme ve onun Protokollerindeki hükümlerin başka bir sözleşme tarafı devletçe ihlal edildiğine ilişkin herhangi bir savı Mahkeme önüne götürebilir.”

11 Numaralı Protokol sonrası Bakanlar Komitesi'nin durumunu yakından incelediğimiz zaman, eski sisteme göre en önemli değişikliğin Bakanlar Komitesi'ne tanınan yarı-yargısal rolün yeni sistemde ortadan kaldırılması olduğu görülüyor. 11 Numaralı Protokol öncesi, AİHM'in yargılama sürecine başlaması için AIHS tarafı bir devletin Sözleşme'nin ihlali iddiasını Mahkeme'ye getirmesi gerekiyordu. Söz konusu vak'a Mahkeme'ye getirilmediği takdirde başvuru, Bakanlar Komitesi tarafından sonuca bağlanmaktaydı.

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 10(1) ile Teminat Altına Alınmış Haklar

AİHS'nin 10. maddesi, ifade özgürlüğü'nü korumaktadır. Madde metninin birinci paragrafına göre, herkesin ifade özgürlüğü hakkı vardır. Söz konusu hak, kamu makamları tarafından müdahale olmaksızın ve ulusal sınırlar dikkate alınmaksızın, görüşlere sahip olma ve bilgi ve düşünceleri edinme ve bunları yayma özgürlüğünü içerir. AİHS'nin 10. maddesi devletlerin radyo, televizyon ya da sinema işletmeciliğinin izne veya ruhsata bağlanması isteminde bulunmalarına engel teşkil etmemektedir.

10. maddenin ikinci paragrafında ifade özgürlüğünün sınırlanması düzenlenmiştir. Düzenlenen sınırlama rejimine göre ifade özgürlüğü ödevler ve sorumluluklar ile yürütülür. Bu bakımdan ifade özgürlüğünün kullanımı ulusal güvenliğin, ülke bütünlüğünün ya da kamu emniyetinin yararı, düzensizliğin ya da suçun önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilginin edinilerek açığa çıkmasının önlenmesi, yahut yargı organlarının yetki ve tarafsızlığının muhafazası için hukukun öngördüğü ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan türdeki formalitelere, koşullara, kayıtlamalara ya da cezalara tabi tutulabilir.

Sözleşme'nin ilgili maddesinin ilk paragrafını yakından incelediğimizde güvence altına alınmış olan hakların şunlar olduğunu görüyoruz:

- Görüşlere sahip olma özgürlüğü,
- Bilgi edinme özgürlüğü,
- Düşünceleri edinme özgürlüğü,
- Bilgileri yayma özgürlüğü,
- Düşünceleri yayma özgürlüğü

3. Sınırlama Rejimi

Bölgesel ve uluslar arası düzlemdeki insan hakları belgelerinde hakların sınırlandırılması, belirli kıstaslara uygun olacak şekilde yapılır. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasında kullanılan ölçütler AİHS'nin 10(2). maddesinde belirtilmiştir. Söz konusu sınırlandırma ölçütleri şunlardır:

“ulusal güvenlik”, “ülke bütünlüğünün ya da kamu emniyetinin yararı”, “düzensizliğin ya da suçun önlenmesi”, “sağlığın ya da ahlakın korunması”, “başkalarının şöhret ve haklarının korunması”, “gizli bilginin edinilerek açığa çıkmasının önlenmesi”, “yargı organlarının yetki ve tarafsızlığının muhafaza edilmesi”.

AİHS'nin 10(2). maddesinde belirtilen ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında kullanılan ölçütlerin iki guruba ayrıldığı görülmektedir. Bir yanda hakkın kullanılmasının tek olarak diğer bireylerin haklardan yararlanmasını engellemeye yönelik olan sınırlandırma ölçütü yer alırken, diğer yanda hukuk düzeni içerisinde kamu düzeni bakımından konulan sınırlandırma ölçütleri yer almaktadır.

Diğer uluslar arası ve bölgesel insan hakları belgelerinde olduğu gibi AİHS sisteminde de her somut vak'ada insan haklarının içeriğini ve sınırlarını belirleme yetkisi, sözleşme ile belirlenen yargısal ya da yarı-yargısal organdadır. AİHS sisteminde bu organ AİHM'dir. Ulusal organlar, ifade özgürlüğünün içeriğini kendi hukuk sistemlerinde ne şekilde belirlemiş olurlarsa olsunlar, söz konusu

içerik AİHM’i bağlamayacaktır. Mahkeme, önüne gelen her somut olayda, içtihatlarıyla içeriğini doldurduğu sınırlandırma ölçütlerine, ulusal sistemlerde ne şekilde uyulduğunun denetimini yapmaktadır.¹⁷

Bu bölümde AİHS madde 10(2)’de belirtilen ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında kullanılan ölçütlerin içeriğinin AİHM’in içtihatlarıyla ne şekilde doldurulduğu incelenecektir.

I. Yasayla Öngörülme (Yasaya Uygunluk)

AİHS’nin 10(2). maddesinde belirtildiği şekliyle, ifade özgürlüğünün kullanımının sınırlanmasının hukuken öngörülmesi, Mahkeme içtihatlarına göre ifade özgürlüğüne müdahale teşkil edecek olan eylem ve işlemin ulusal hukukta yasal dayanağının bulunması anlamına gelir.¹⁸ Mahkemenin Sunday Times v. Birleşik Krallık vak’asında vardığı içtihat şu şekildedir:

“Mahkeme, ‘hukukun öngördüğü’ ifadesindeki ‘hukuk’ sözcüğünün sadece ‘yasa’yı değil, ama yazılı olmayan hukuku da kapsadığını ifade etmiştir.”

Mahkeme aynı kararında devamla;

“Mahkemeye saygısızlıkla ilgili hukukun bir mevzuat olmayıp ‘common law’ın bir ürünü olmasının, mahkeme tarafından bir önemi yoktur. ‘common law’ tarafından konan bir yasağın, mevzuat biçiminde düzenlenmediği gerekçesiyle ‘hukukun öngörmediği’ bir yasak olarak kabul etmek, Sözleşme’yi hazırlayanların amaçlarına açıkça aykırı olur. Aksi takdirde ‘common law’a sahip olan Sözleşme’ye taraf olan bir devlet, Sözleşme’nin 10(2). fıkrasının korumasından yoksun kalacak ve devletin hukuki sistemi temelinden sarsılacaktır.” kanaatine varmıştır.¹⁹

¹⁷Gemalmaz, İnsan Hakları Hukuku, s. 1608.

¹⁸Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s. 375.

¹⁹Sunday Times v. Birleşik Krallık, 26.04.1979, Başvuru No:6538/74, parag. 47. (çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr>

Söz konusu içtihadı ile Mahkeme, devletlerin hukuk sistemleri arasındaki farklılıkların Sözleşme'nin korumasından yararlanma bakımından güçlük yaratmaması açısından hukukun geniş yorumlanması gerektiği hususundaki görüşünü ortaya koymaktadır. İngiltere ile ilgili önüne gelen vak'alarda Mahkeme, hukuku bu şekilde geniş yorumlayarak, bir hukuk kuralının sözlü olmasına bakmaksızın kuralın maddi anlamda yasa niteliği taşımasını yeterli görmüştür. Mahkeme'nin kanaati şüphesiz İngiltere dışındaki diğer sözleşme tarafı devletlerin de hukukunu kapsamaktadır. Özetle Mahkeme, sözleşme tarafı devletlerin iç hukukundaki temel hak ve özgürlüklerle ilgili bir mevzuatın şekli anlamda yasa niteliği taşımasına bakmaksızın, maddi anlamda yasa niteliği taşımasını yeterli görmektedir.²⁰ Zira maddi yasa anlayışında, kanunun içeriği önem teşkil eder. Kanunun genel, soyut nitelik taşıması yani bir hukuk kuralının herkes açısından uygulanma kabiliyetinde olması o hukuk kuralının maddi anlamda yasa niteliği taşıması sonucunu doğurur. Maddi anlamda yasada ilgili yasayı yapan organ önemli değil iken, şekli anlamda yasada o yasayı yapan organ önemlidir.²¹ Yasama organlarınca usulüne göre yapılan her yasa şekli anlamda yasa kabul edileceğinden genel ve soyut olmayan, kişiye özgü hukuk kuralları taşıyabilen şekli anlamda yasanın Mahkeme içtihatlarında yasa olarak değerlendirilmesi hukuki koruma açısından yerinde olmazdı. Bu durumda Mahkeme'nin yasaya dayalılık ölçütünde hukuk kuralının maddi anlamda yasa olması yönündeki içtihadı yerindedir. Bununla birlikte Eren'in belirttiği üzere hukuk güvenliğini göz ardı etmeyecek şekilde meydana getirilmiş şekli anlamda bir yasanın yasallık ilkesine uygunluğundan söz edilebilecektir.²²

Common Law ile Kıta Avrupası hukuk sistemleri arasında olduğu gibi ulusal ve uluslar arası insan hakları belgelerinde yapılan yasa tanımları birbirinden farklılık arz edebilmektedir.²³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında yasanın "ulaşılabilir ve açık olması" gerektiğinin altını birçok defa çizmiştir. Örneğin Mahkeme, Sunday Times v. Birleşik Krallık vak'asında "hukukun öngördüğü" terimini açıklarken şu standardı ortaya koymuştur:

²⁰Abdurrahman Eren, Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklileri, 1. baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s. 190.

²¹Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, 5. baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1998, s. 10-11.

²²Eren, s. 70; karşı görüş için bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 376.

²³Eren, s. 69.

“Birincisi, (uygulanacak olan) hukuk, kolay ulaşılabilir (adequately accessible) olmalıdır; eşdeyişle, vatandaşlar belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidirler. İkincisi, vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta (precise) düzenlenmemiş bir norm “hukuk” (law) olarak kabul edilemez: Vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir danışmayla önceden görebilmelidir (foresee). Bu sonuçların mutlak bir belirginlikle (absolute certainty) önceden görülebilir (foreseeable) olması gerekmez; çünkü tecrübeler bunun mümkün olmadığını göstermektedir. Belirgin olması daha çok arzu edilir, ancak bu aşırı derecede bir katılığı beraberinde getirebilir; oysa hukuk, değişen koşullara ayak uydurabilmelidir. Bu nedenle birçok yasa (laws) az ya da çok, kaçınılmaz olarak muğlak (vague) terimlerle ifade edilir; bunların yorumu ve uygulanması, hukuk tatbikatının sorunudur.”²⁴

Söz konusu standart ışığında yasallık ilkesi çerçevesinde arananlar ilgililerin mevcut bir yasanın varlığı konusunda bilgi sahibi olabilmesi - ilgili yasanın yayımlanmış olması gibi -, bu yasaya kolayca ulaşım imkanının mevcudiyeti, ilgililerin gerektiği zaman bir hukukçunun yardımına da başvurabilmek suretiyle ilgili yasanın ne demek istediğini muğlak olmaksızın açık bir şekilde ve tereddüde düşmeksizin anlayabilmeleridir.²⁵ Mahkeme Barthold v. Federal Almanya²⁶ vak’asında vardığı kararında da önceki standartlarının altını şu şekilde çizmiştir: “Mahkemenin içtihadına göre, müdahalenin iç hukukta temeli bulunmalıdır; müdahalenin dayandığı düzenleme kolay biçimde ulaşılabilir nitelikte ve kişinin, gereksinim doğduğunda uygun tavsiye de alabilmesi dâhil, kendi davranışlarını düzenlemesine elveren yeterli açıklıkta formüle edilmiş olmalıdır.”²⁷

²⁴Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt 1, 1. baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004, s.295; ayrıca Mahkeme’nin benzer yöndeki içtihatları için bkz. Silver ve diğerleri v İngiltere, 25.03.1983, Başvuru No: 5947/72, parag. 88; Olsson v İsveç, 24.03.1988, Başvuru No: 10465/83, parag. 61; Observer ve Guardian v Birleşik Krallık, 26.11.1991, Başvuru No: 13585/588, parag. 65; Castells v İspanya, 23.04.1992, parag. 44. (çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr>

²⁵Gözübüyük/Gölcüklü, s. 671.s

²⁶Berthold v. Federal Almanya, 25.03.1985, Başvuru No: 8734/79; (çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr>

²⁷Mehmet Semih Gemalmaz, Burak Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye’de Bilgi Edinme Düşünce – İfade ve İletişim Mevzuatı Düşünce Suçu(!?)na Karşı Girişim, Yazıhane Yayınları, s. 209.

Mahkeme'nin Malone v. Birleşik Krallık²⁸ vak'asında belirttiği gibi "hukuka uygun olarak" tabiri sadece iç hukuka atıfta bulunmakla kalmaz. Bu tabir, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin başlangıç bölümünde de şüpheyeye yer bırakmayacak şekilde ifade edildiği şekliyle "hukukun üstünlüğüne uygunluğu gerektiren bir hukukun kalitesiyle" de ilgilidir. Zira, 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31(2). maddesine göre bir andlaşmanın yorumu bakımından andlaşmanın başlangıç bölümü de göz önünde bulundurulur.²⁹ Mahkeme de Golder v. Birleşik Krallık³⁰ vak'ası kararında Viyana Sözleşmesi'nin ilgili hükmüne, içtihadında şu şekilde yer vermiştir: "Viyana Sözleşmesi'nin 31(2). fıkrasında belirtildiği gibi bir andlaşmanın Başlangıcı, metnin bütünleyici parçasını oluşturur. Ayrıca Başlangıç, yorumlanacak olan belgenin "amacını" ve "maksadını" tespit etmek için genellikle çok yararlıdır."³¹

Mahkeme'nin ürettiği önemli bir başka standart Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beerman v. Federal Almanya³² kararında yer almaktadır. Söz konusu standart şu şekildedir:

"Mahkeme'nin daha önce saptadığı üzere, sıklıkla yasalar, mutlak netlikte olmayan biçimde kaleme alınmaktadır. Bu durum pazarda/market ve iletişim alanında görülen gelişmelere bağlı bir sürekli değişimin olduğu rekabet gibi alanlarda söz konusudur. Bu tür mevzuatın yorumlanması ve uygulanması, kaçınılmaz olarak pratikte sorunlar yaratmaktadır. Bu vak'ada, gündemdeki meseleye ilişkin olarak Federal Adalet (Almanya) Mahkemesinin yerleşik içtihatları bulunmaktadır. Bu açık, zengin ve geniş kapsamlı olarak yorumlanmış bulunan içtihatlar, ticaret erbabına ve onların danışmanlarına, ilgili alanlarda kendi davranışlarını ayarlama olanağı vermektedir."³³

²⁸Malone v. Birleşik Krallık, 02.08.1984, Başvuru No:8691/79; (çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr>

²⁹Malone v. Birleşik Krallık, parag. 67.

³⁰Golder v. Birleşik Krallık, 21.02.1975, Başvuru No: 4451/70; (çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr>

³¹Golder v Birleşik Krallık, parag. 34.

³²Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beerman v. Federal Almanya, 20.11.1989, Başvuru No: 10572/83, Gemalmaz, Türkiye'de Bilgi Edinme, Düşünce – İfade ve İletişim Mevzuatı, s. 209.

³³Gemalmaz, Türkiye'de Bilgi Edinme, Düşünce – İfade ve İletişim Mevzuatı, s. 209.

Söz konusu standardın ışığında varılacak sonuç Gemalmaz'ın ortaya koyduğu üzere; hukuken öngörülme ilkesi sadece yasaları değil, aynı zamanda iç hukuktaki mevzuatın yeterli olmaktan uzak ve anlaşılması güç olması durumlarında içtihatları da kapsar.³⁴

II- Meşru Amacın Olması

Meşru amaç ilkesi, bir temel hak ve özgürlüğün belirli bir amaca ulaşmak için ve ilgili maddede sayılan sebeplerle sınırlanabileceğini ifade eder.³⁵ Gemalmaz'ın da belirttiği üzere temel hak ve özgürlükler ancak sınırlandırma ölçütlerine dayalı olarak sınırlandırılabilirler.³⁶ AİHS'nin 10(2). maddesinde ifade özgürlüğünün hangi sınırlandırma ölçütlerine dayalı olarak sınırlanabileceği belirtilmiştir. Söz konusu sınırlandırma ölçütleri şunlardır: “ulusal güvenlik”, “toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması”, “kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi”, “sağlığın ve ahlakın korunması”, “başkasının şöhret ve haklarının korunması”, “yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması”.

Yukarıda yasayla öngörülme ilkesi incelenirken de değinildiği üzere ortaya konulan sınırlandırma ölçütlerini önüne gelen somut vak'alarda nihai olarak yorumlayacak ve belirli bir içeriğe kavuşturacak organ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'dir. Bu ölçütler bağlamında ulusal yargı makamları, örneğin Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, daha önceden belirli yorumlar yapmış olsalar bile, bu yorumlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni bağlamaz. Sonuç olarak denilebilir ki, ulusal organlar sadece ulusal mevzuatlarını değil aynı zamanda ulusal içtihatlarını da uluslar arası norm ve içtihatlarla uyumlu hale getirmekle yükümlüdürler. Aksi halde, devletler uluslar arası yargı denetimi bağlamında sorumluluktan kurtulamazlar.³⁷ Zira Gomien'in de belirttiği üzere Sözleşme'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü modern demokrasi anlayışının olmazsa olmaz bir kurumudur. Bu özelliğinden dolayı da bütün diğer temel hak ve özgürlüklerin kullanılması açısından da bir öngereklilik oluşturur. İfade özgürlüğünün bu niteliğinden dolayı da Sözleşme'nin genel prensip ve ilkelerinin

³⁴Gemalmaz, Türkiye'de Bilgi Edinme, Düşünce – İfade ve İletişim Mevzuatı, s. 209.

³⁵Eren, s. 76.

³⁶Gemalmaz, İnsan Hakları Hukuku, s. 1608.

³⁷Gemalmaz, İnsan Hakları Hukuku, s. 1609.

yorumlanarak içeriğinin doldurulması ile ilgili vak'aların pek çoğu 10. madde altında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelmiştir.³⁸

Başvurucusu Richard Handyside'm, içinde çocuklarla ilgili cinsel konularda tavsiye niteliğinde yazılar olan bir kaynak kitap yayınladığı için mahkum edildiği Handyside v. Birleşik Krallık³⁹ vak'asında Mahkeme meşru amaç ilkesiyle ilgili olarak şu tespitte bulunmuştur:

“(...) getirilen her ‘formalite’, ‘koşul’, ‘yasak’ ve ‘ceza’, izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır.”⁴⁰

Söz konusu tespit ışığında meşru amaç ilkesi ile orantılılık ilkesi birlikte vurgulanmıştır. Mahkeme, önüne gelen her somut vak'ada devletler tarafından ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin elde edilmek istenen meşru amaç ile orantılı olup olmadığını da incelemektedir. Mahkeme'nin denetiminde meşru amaç ilkesi ile orantılılık ilkesi el ele yürümektedir.⁴¹

Başvuranın editörü olduğu dergi aracılığıyla Türkiye'de kürt meselesi ile ilgili olarak bölücü propaganda yapmakla suçlandığı Şener v. Türkiye⁴² vak'asında Mahkeme'nin ortaya koyduğu standart, müdahalenin meşru bir amaca ulaşmak için orantılılık ilkesi çerçevesinde olması gerektiğine bir kez daha işaret etmiştir. Söz konusu vak'ada devlet, diğer savunmalarının yanında yaptığı müdahalenin milli güvenliğin ve kamu emniyetinin sağlanması için gerekli olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'nin olaydaki içtihadı şu şekildedir:

“Mahkeme denetim yetkisini kullanırken müdahaleyi makalenin içeriği ve hangi kapsam içinde kullanıldığını da dikkate almak suretiyle, bir bütün olarak ele alarak incelemelidir. Özellikle de müdahalenin “takip edilen meşru amaç ile orantılı olup olmadığı” ve ulusal otoriteler tarafından müdahaleyi savunmak için gösterilen nedenlerin “ilgili ve yeterli” olup olmadığı konusunda karar vermelidir.

³⁸Donna Gomien, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi El Kitabı, (Çevirenler: Serkan Cengiz, Utku Kılınc), 1. baskı, İzmir Barosu Yayınları, İzmir 2008, s. 123.

³⁹Handyside v. Birleşik Krallık, 07.12.1976, Başvuru No: 5493/72; (çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr>

⁴⁰Handyside v. Birleşik Krallık, parag. 49.

⁴¹Doğru, s. 174.

⁴²Şener v. Türkiye, 18.07.2002, Başvuru No: 26680/95; (çevrimiçi) <http://hukukturk.com>

Mahkeme, bu bağlamda müdahalenin orantılı olup olmadığı konusu değerlendirilirken, verilen cezaların şiddetini de dikkate almalıdır.(...) Mahkeme, bu şekilde davranarak, ulusal yetkililerin 10. maddede belirtilen kurallara uygun standartlar uyguladığı ve ayrıca ilgili olayların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayandıkları konusunda kendini ikna etmelidir.”⁴³

Silver ve diğerleri v. Birleşik Krallık⁴⁴ vak’asında başvuruçular mektuplarının cezaevi görevlileri tarafından kontrol edildiğini, bunun Sözleşme’nin 8. maddesinde belirtilen haberleşme hakkının ve 10. maddede belirtilen ifade özgürlüğünün ihlali sonucunu doğurduğunu iddia etmişlerdir. Bununla birlikte, ek olarak başvuruçular Sözleşme’nin 13. maddesine aykırı bir şekilde tüketilmesi gereken etkili bir iç hukuk yolu olmadığı iddiasında bulunmuşlardır. Başvurucu Silver, ayrıca hukuki yollara başvurmak için avukatla görüşme izni talebini içeren iki dilekçesinin reddedilmiş olduğunu ve bu durumun Sözleşme madde 6(1)’de düzenlenen mahkeme hakkından yoksun bırakılmasına neden olduğunu iddia etmiştir. İfade özgürlüğünde meşru amaç ilkesi çerçevesinde hükümet, izlenen meşru amaçların “düzensizliğin önlenmesi”, “suçun önlenmesi”, “ahlakın korunması”, “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” olduğunu belirtmiştir.⁴⁵ Mahkeme, vak’ada müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelerken belirttiği standardında meşru amaç ve orantılılık ilkeleri ile ilgili olarak şu standardı ortaya koymuştur:

“ “demokratik bir toplumda gerekli” deyiimi, bir müdahalenin Sözleşme’ye uygun olabilmesi için, diğer şeylerle birlikte, “toplumsal ihtiyaç baskısı”nı karşılamak ve “izlenen meşru amaçla orantılı” olmak zorunda olduğu anlamına gelir.”⁴⁶

Open Door ve Dublin Well Woman v. İrlanda⁴⁷ vak’asında başvuruçular iki şirket, İrlanda’da hamile kadınlara danışmanlık hizmeti vermektedirler. Bununla birlikte başvuruçular iki şirket, eğer talep edilirse, Britanya’daki kürtaj kliniklerinin yeri ve adları ile bu kliniklerle iletişim konusunda da bilgi vermektedir. Başvuruçuların söz konusu kliniklerle ilgili hizmetleri, yerel mahkeme tarafından sürekli olarak

⁴³Şener v. Türkiye, parag. 39. (çevrimiçi) <http://hukukturk.com>

⁴⁴Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, 25.03.1983, Başvuru No: 5947/72; Doğru, s. 571-596.

⁴⁵Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, parag. 96.

⁴⁶Silver ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, parag. 97.

⁴⁷Open Door ve Dublin Well Woman v. İrlanda, 29.10.1992, Başvuru No: 14234/88; (çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr>

yasaklanmıştır. Bu karar daha sonra İrlanda Anayasa Mahkemesi tarafından da onanmıştır. Başvurucu iki şirketin Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurusundan sonra Komisyon, raporunda ifade özgürlüğü bakımından Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir. Mahkeme ise, 29.10.1992 tarihli kararında meşru amaç ve orantılılık ilkesi ile ilgili olarak; “başvurucuların bilgi alma ya da yaymaları üzerine getirilen yasak/kayıtlama(nın), öngörülen amaç ile orantılı olmadığını” tespit etmiştir.⁴⁸ Mahkeme, diğer tespitlerinde, yerel mahkemenin verdiği tedbir kararının, başvuru bilgisi ulaştırma özgürlüğüne ve doğurganlık yaşındaki kadınların bilgiye ulaşma özgürlüğüne müdahale oluşturduğunu belirtmiştir. Zira, İrlanda iç hukukunda İrlanda vatandaşlarının başka ülkelere kürtaj olmak amacıyla gitmesini yasaklayan bir norm da mevcut değildir. Bu bakımdan devletin müdahalesi “suçun önlenmesi” meşru amacıyla yapılmış olamaz. Söz konusu müdahale, “İrlanda hukukunda doğmamış çocuğun yaşama hakkının korunması yaşamın niteliğiyle ilgili yüksek ahlaki değerlerle ilgili olduğu için”, “ahlakın korunması” amacı ile yapılmıştır. Fakat bununla birlikte devletlerin ahlak konusundaki takdir alanı sınırsız ve denetimsiz olmadığından doğmamış çocuğun yaşam hakkının tehlikede olduğu göz önünde bulundurularak alınmış olan her türlü tedbir her olayda haklı görülemez.⁴⁹

Avrupa İnsan Hakları sisteminde sınırlandırma ölçütlerini tek tek gösteren bir madde bulunmamaktadır. Sınırlandırma ölçütleri ilgili özgürlüğü düzenleyen maddelerde ayrı olarak belirtilmiştir. Bunun yapılma sebepleri hakların niteliklerinin birbirinden farklı olmasıdır. Bazı özgürlükler için hiçbir sınırlama sebebi de getirilmemiştir.⁵⁰ Hiçbir şekilde sınırlandırılmayan bu tür haklar mutlak hak niteliğindedir. İfade özgürlüğü açısından ise, yukarıda incelendiği üzere sınırlandırma ölçütleri Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. paragrafında tek tek sayılmıştır. Bu sebeple ifade özgürlüğü mutlak hak niteliğinde değildir. Eren'in görüşüne göre ifade özgürlüğü, “belli nedenlerle sınırlanabilen haklar” kategorisine girmektedir.⁵¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, hakların niteliklerine göre farklı sınırlandırma ölçütlerine sahip olmasından ve hiçbir

⁴⁸Gemalmaz, Türkiye'de Bilgi Edinme, Düşünce – İfade ve İletişim Mevzuatı, s. 208.

⁴⁹Open Door ve Dublin Well Woman v. İrlanda; (çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr>

⁵⁰Eren, s. 77.

⁵¹Eren, s. 48.

sınırlandırma ölçütüne sahip olmayan mutlak haklara da yer vermesinden dolayı Eren'e göre "hakkın niteliğine göre farklılaşmış-kademeli sınırlama sistemine sahiptir."⁵²

III- Müdahalenin Demokratik Toplum Düzeni İçin Gerekli Olması

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen vak'ada bir müdahalenin demokratik toplum düzeni için gerekli olup olmadığını incelerken ilk aşamada hakka yapılan müdahalenin gerekli olup olmadığını göz önünde bulundurur. İkinci aşamada ise söz konusu müdahalenin demokratik toplum düzeni ile bağdaşır bağdaşmadığı inceleme konusu yapılmaktadır.⁵³

Mahkeme'nin görüşüne göre; "Sözleşme'nin 10(2). maddesindeki 'gerekli' (necessary) sıfatının, bir yandan 'zorunlu' (indispensable) sözcüğü ile anlamdaş olmadığını (krş. Md.2(2)'deki "mutlaka gerekli", md.6(1)'deki "kesinlikle gerekli" ifadeleri ve md.15(1)'deki "durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde" ifadesi), öte yandan 'kabul edilebilir', 'olağan' (krş. md.4(3)), 'yararlı' (krş. Birinci Protokolün 1. maddesi, Fransızca metin), 'makul' (krş. md.5(3) ve md.6(1)) veya 'arzu edilen' deyimleri gibi esnekliğe sahip olmadığı dikkate alınmaktadır. Bununla beraber, bu bağlamda 'gereklilik' kavramının ima ettiği toplumsal ihtiyaç baskısının (pressing social need) varlığını ilk aşamada değerlendirecek olanlar, ulusal makamlardır."⁵⁴

Yukarıda da belirtildiği üzere ulusal makamların bir takdir alanı bulunmaktadır. Bu konuda, Mahkeme ikinci aşamada devreye girmektedir. Bunun nedeni ulusal mercilere bırakılmış olan takdir alanını denetleyecek olan makamın AIHM olmasıdır. Zira Mahkeme'ye göre; "ulusal takdir alanı Avrupa denetimi ile el ele yürümektedir."⁵⁵ Mahkeme, söz konusu denetimi önüne gelen vak'ada devletin hakka müdahale teşkil eden eyleminin ülkede zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç baskısından kaynaklanıp kaynaklanmadığını değerlendirerek yapar. Gereklilik

⁵²Eren, s. 77.

⁵³Gözübüyük/Gölcüklü, s. 377-378.

⁵⁴Handyside v. Birleşik Krallık, parag. 48; Barthold v. Almanya, parag. 55; Sunday Times v. Birleşik Krallık, parag. 59.

⁵⁵Handyside v. Birleşik Krallık, parag 49.

incelemesi yaparken Mahkeme'nin göz önünde bulunduracağı husus müdahale teşkil eden eylemin hedeflenen amaçla orantılı olup olmadığıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında “demokratik toplum düzeni”, ayrımcılık yasağı, hukukun üstünlüğü ve çoğulculuk ilkeleri ile tanımlanmıştır. AİHM'e göre “demokratik toplum”; çoğulculuğun, hoşgörünün, düşünceye açıklığın (açık fikirlilik), farklı olma hakkına saygının gerçekleştiği bir toplumdur. Farklı anlayışların birlikte yaşaması anlayışını belirten çoğulculuk ilkesi “demokratik toplum”un kurucu unsurudur.⁵⁶

Çoğulculuk ilkesi kurumsal anlamı ile yasama, yürütme ve yargı organlarının ayrılığını ifade eder. Bu düzlemde yargı organının, yasama ve yürütmeden ayrılarak, bağımsız olacak şekilde kurumsallaşması demokratikleşmenin önemli unsurlarından birini oluşturur. İdeolojik anlamıyla çoğulculuk ise, temel hak ve özgürlüklerin tanınarak, çoğulculuğun zeminini oluşturan ifade özgürlüğünün her birey açısından sağlanmasını ve çok partili siyasi yaşamı ifade eder.⁵⁷

Britanya Demiryollarında bir dönem işçi olarak çalışmış olan başvuruçuların Britanya Demiryolları ile üç sendika arasında imzalanmış olan bir sözleşme gereği, Britanya Demiryollarında çalışmak için sözleşmeyi imzalamış üç sendikadan birisine üye olmaları şartının AİHS'nin 9, 10, 11 ve 13. maddelerinin ihlali neticesini doğurduğu iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurduğu Young, James ve Webster v. Birleşik Krallık⁵⁸ vak'asında Mahkeme, somut olayı çoğulculuk ilkesi ışığında çoğunluk ve azınlık hakları açısından da incelemiştir. Mahkeme, söz konusu standardında çoğulculuk, hoşgörü ve düşünceye açıklığın demokrasinin yapı taşları olduğunu ifade ettikten sonra şu görüşünü ortaya koymuştur:

“(...) demokrasi çoğunluğun görüşünün her zaman üstün olması anlamına gelmez. Azınlığın haklarının da adil ve uygun bir zeminde tanındığı ve çoğunluğun baskın

⁵⁶Bakır Çağlar/Naz Çavuşoğlu, Parti Kapatma Davalarında Mermer – Mozaik İkilemi: Demokratik Toplum Düzeni Hukuku Tartışması Üzerine Notlar, Anayasa Yargısı 16, Ankara, 1999, s. 160-161.

⁵⁷Süheyl Batum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, Yayın No: 3761, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1993, s. 229-230.

⁵⁸Young, James ve Webster v. Birleşik Krallık, 13.08.1981, Başvuru No: 7601/76; (çevrimiçi) <http://echr.coe.int>

görüşleri nedeniyle bu durumu suiistimal edemediği bir denge ortamı sağlanmalıdır.(...)”⁵⁹

Aynı kararda sessiz kalma hakkına da vurgu yapılmıştır. Young, James and Webster vak’asında demiryollarında çalışmak için üç sendikadan birine üye olmak zorunda bırakılan işçilerin, sendikanın görüşlerine muhalif olamayacakları şartı sessiz kalma hakkı çerçevesinde tartışılmıştır. Mahkeme söz konusu vak’ada ifade özgürlüğünün, bir kişinin kendisini ifade etmeme özgürlüğünü de kapsayacağını, bu sebeple sendika üyesi olan işçilerin sendika ile aynı görüşü benimsemesi şartının ifade özgürlüğünün görünüm biçimlerinden sessiz kalma hakkına aykırılık oluşturacağını belirtmiştir.

Mahkeme, benzer bir görüşünü de K v. Avusturya⁶⁰ vak’ası kararında açıklamıştır. Mahkeme’ye göre Sözleşme’nin 10. maddesi, tanıklıktan kaçınma özgürlüğünü de kapsar. Olayda başvuru, uyuşturucu madde satın aldığı bir çiftin yargılamasında kendisi hakkında ceza davası bulunduğu gerekçesiyle tanıklıktan çekilmiş ve bunun üzerine hapis ve para cezasına çarptırılmıştır. Başvurucun AİHM’e yaptığı başvuru neticesinde Mahkeme kendi arzusu dışında tanıklık etmeye zorlanmanın, ifade özgürlüğünün negatif görünümünün -sessiz kalma hakkının- ihlali neticesini doğuracağını ortaya koymuştur.⁶¹

Çoğulculuk prensibinin etkin bir şekilde uygulanabilmesi için bazı temel hak ve özgürlüklerin üstün korumadan yararlandırılması gerekmektedir. Bu haklardan biri de ifade özgürlüğüdür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında ifade özgürlüğünü demokratik toplumun temeli ve insan varlığının gelişmesinin ön şartı olduğunu belirtmiştir.⁶²

⁵⁹Young, James ve Webster v. Birleşik Krallık, parag. 63.

⁶⁰K v. Avusturya, 02.06.1993, Başvuru No:16002/90; (çevrimiçi) <http://echr.coe.int>

⁶¹Report of 14 December 1979, B.39 (1984), p. 48; judgement of 13 August 1981, A.44, pp. 23-24; Report of 13 October 1992, A.255-B, p. 38; (naklen P. Van Dijk, G.J.H van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Kluwer Law International, Netherlands 1998, s. 565).

⁶²Çağlar/ Çavuşoğlu, s.162-163.

Dudgeon v. Birleşik Krallık⁶³ vak'asında başvuru, bir homoseksüel olarak yetişkinlerin kendi rızası ile cinsel eylemlerde bulunmasının Kuzey İrlanda'da suç teşkil etmesinin hukuka aykırı olduğu gerekçesi ile Avrupa İnsan Hakları Komisyon'una başvurmuştur. Süresi içinde Mahkeme'nin önüne gelen vak'ada Mahkeme hoşgörü ve açık fikirlilik ilkeleri ile ilgili olarak aşağıdaki görüşünü belirtmiştir:

“Sözleşme’de yer alan bir hakkın kısıtlanmasının, hoşgörü ve açık fikirlilik gibi iki temel özelliğe dayanan “demokratik bir toplumda gerekli” bir tedbir olarak görülebilmesi için, bu kısıtlamanın meşru amaçla orantılı olması gerekmektedir.”⁶⁴

Mahkeme, Handyside v Birleşik Krallık vak'ası içtihadında ifade hürriyetinin ya da “farklı olma hakkının”, demokratik toplum düzeninin en önemli unsurlarından biri olduğunu şu cümlelerle açıklamıştır:

“(…) İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ‘haber’ ve ‘düşünceler’ için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz.(...)”⁶⁵

Mahkeme, Castells v. İspanya⁶⁶ kararında Handyside v. Birleşik Krallık vak'asındaki içtihadına yollama yapmaktadır. 1992 tarihli Castells kararı, ifade hürriyetinin kullanılmasıyla ilgili klasik kararlarından biridir. Castells davası, davacının seçilmiş bir temsilci ve muhalefet üyesi bir parlamenter olması dolayısıyla ayrıca önem taşımaktadır. İspanyol senatör Miguel Castells 11 Haziran 1979 tarihinde, haftalık bir dergide yayınlanan yazısında, Bask Ülkesi'nde meydana gelen adam öldürme ve silahlı saldırılardan devlet içinde

⁶³Dudgeon v. Birleşik Krallık, 22.10.1981, Başvuru No: 7525/26; (çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr>

⁶⁴Dudgeon v. Birleşik Krallık, parag. 53; Doğru, s. 431.

⁶⁵Handyside v. Birleşik Krallık, parag. 49.

⁶⁶Castells v. İspanya, 23.04.1992, Başvuru No: 11798/85; (çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr>

yerleşik olduğuna inandığı aşırı sağ örgütleri sorumlu tutmuştur. Yüksek Mahkeme (Supreme Court) Senato'dan, Castells'in parlamenter dokunulmazlığının kaldırılmasını istemiş, dokunulmazlığı kaldırılan Castells Yüksek Mahkeme'de yargılanarak 31 Ekim 1983'te, 1 sene 1 gün hapis ve ayrıca aynı süre kamu hizmeti ve meslekten men cezalarına mahkum edilmiştir.

Castells'in Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı kişisel başvuru da, Mahkeme'nin 10 Nisan 1985 tarihli kararı ile reddedilmiştir. Bunun üzerine Miguel Castells 17 Eylül 1985'te İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurmuş ve başvuruyu (No:11798/85) kabul edilebilir bulan Komisyon, 8 Ocak 1986 tarihli raporunda AİHS'nin ifade özgürlüğünü koruma altına alan 10. maddesinin ihlal edildiğine 3'e karşı 9 oyla karar vermiştir. Castells İspanya'ya karşı davası 8 Mart 1991'de Komisyon, 21 Mart 1991 tarihinde ise İspanya Hükümeti tarafından AİHM önüne getirilmiştir.⁶⁷ Mahkeme, kararında ifade hürriyetini, demokratik toplumun esas temellerinden biri ve demokrasinin gelişmesinin ön şartı olarak belirterek daha önceki kararlarını da tekrarlayan şu ifadelere yer vermiştir:

“(…)Düşünceyi açıklama hürriyeti sadece genel kabul gören, saldırgan olmayan ya da önemsiz görülen haber ya da düşünceler için değil ama devletin ya da toplumun belli bir kesitini sarsan veya rahatsız eden haber ya da düşünceler için de geçerlidir.”⁶⁸

Mahkeme, ifade özgürlüğüne yapılan bu müdahalenin demokratik toplum için zorunlu olmadığına ve dolayısıyla AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Görüldüğü gibi, toplumun büyük bir kesimini sarssa veya rahatsız etse de ifade özgürlüğü üstün bir korumadan yararlandırılmaktadır. Bu yararlandırmanın, çoğulculuk ve buna bağlı olarak demokratik toplum düzeni için bir zorunluluk olduğu yukarıda da belirtilmiştir.

⁶⁷ Çağlar/Çavuşoğlu, s. 166-167.

⁶⁸ Naz Çavuşoğlu, Anayasa Notları, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 1997, s. 81.

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ

1. Genel Olarak

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi basın özgürlüğünün ihlali ile ilgili davalarda genel olarak üç aşamalı bir yol izlemektedir. İlk aşamada devletin müdahalesinin yasal olup olmadığını incelenmektedir. Bu aşamada incelenen husus devletin müdahalesini haklı kılan bir yasanın mevcut olup olmadığıdır. Söz konusu yasanın mevcut olması durumunda bu yasanın ilgili maddesinin yeterince açık olup olmadığı, bireyin bu yasayı bilmesinin mümkün olup olmadığı incelenir. Mahkemenin, uyuşturucu sorunu ve uyuşturucu kullanılması nedeniyle dava açılması konularında bir makalenin Sunday Times gazetesinde yayınlanmasına getirilen kayıtlamanın ifade özgürlüğünün ihlali sonucunu oluşturup oluşturmadığını incelediği Sunday Times v. Birleşik Krallık⁶⁹ vakası kararındaki vargısına göre, AİHS'nin 10(2). maddesindeki “hukukun öngördüğü” ifadesindeki “hukuk(law)” kelimesi sadece “yasa”yı değil, aynı zamanda yazılı olmayan hukuku da kapsar.⁷⁰ Mahkemeye göre;

“ “hukuken öngörülmüş” ifadesinden şu iki koşul ortaya çıkmaktadır: Birincisi, (uygulanacak olan) hukuk, yeterince ulaşılabilir olmalıdır; eşdeyişle, vatandaşlar belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidir. İkincisi, vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta düzenlenmemiş bir norm, “hukuk” kuralı olarak kabul edilemez. Vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir danışmayla önceden görebilmelidir. Bu sonuçların mutlak bir belirginlikle önceden görülebilir olması gerekmez; çünkü tedbirler bunun mümkün olmadığını göstermektedir. Belirgin olması daha çok arzu edilir, ancak bu aşırı derecede bir katılığı beraberinde getirebilir; oysa hukuk, değişen koşullara ayak

⁶⁹Sunday Times v. Birleşik Krallık, 26.04.1978, Basvuru no:6538/74; (çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr>

⁷⁰Sunday Times v. Birleşik Krallık, parag. 47.

uydurabilmelidir. Bu nedenle bir çok yasa az ya da çok, kaçınılmaz olarak muğlak terimlerle ifade edilir; bunların yorumu ve uygulanması, hukuk tatbikatının sorunudur.”⁷¹

İkinci aşamada Mahkeme, devletin müdahalesinin meşru bir amaca ulaşmak amacı taşıyıp taşımadığına ve müdahalenin izlenen meşru amaç ile orantılı olup olmadığına bakar. Söz konusu meşru amaçlar AİHS'nin 10. maddesinin ikinci paragrafında sayılan ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü veya kamu güvenliği, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının şeref ve haklarının korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi, yargı organının otorite ve tarafsızlığının korunmasıdır. Bu incelemeyi yapan Mahkeme, görevinin Handyside v. Birleşik Krallık⁷² vakasında, herhangi bir şekilde ulusal mahkemelerin yerine geçecek şekilde karar vermek olmadığı, yerel mahkeme kararlarının AİHS madde 10(2). paragrafta belirtilen amaçlara uygun olup olmadığını denetlemek olduğu vargısına varmıştır. Mahkeme'ye göre ulusal mahkemelerin kararları, verildikleri durum ve şartlar göz önünde bulundurulmamak suretiyle incelenmemelidir. Aksi takdirde Mahkeme'nin denetimi çoğu zaman yanıltıcı olabilir. Mahkeme bu tür kararları, dava konusu yayın ile hak ihlali iddiasında bulunan bireyin ulusal ve uluslar arası yargıda sunduğu delil ve argümanları bir bütün olarak göz önünde bulundurmak suretiyle almalıdır. Mahkeme elinde bulundurduğu bütün delilleri değerlendirmek suretiyle devletlerin “müdahale” şeklinde aldıkları önlemlerin gerekçelerinin AİHM madde 10(2). paragraftaki amaçlara uygun olup olmadığını değerlendirmelidir.⁷³ Mahkeme söz konusu devlet müdahalesinin amaçlanan meşru hedefle orantılı olup olmadığını inceler. Mahkeme'nin yapmış olduğu müdahalenin meşru amaçla orantılı olup olmadığı incelemesi Gemalmaz'ın da belirttiği üzere, “aslında ‘orantılılık ilkesi’ nin vurgulanmasıdır.”⁷⁴ Meşru amaca ulaşmak için yapılan müdahale, hakkın özüne dokunmamalı ve müdahale sonucu getirilen yasak çok geniş ve orantısız olmamalıdır.⁷⁵

⁷¹Sunday Times v. Birleşik Krallık, parag. 49.

⁷²Handyside v. Birleşik Krallık, 07.12.1976, Başvuru no: 5493/72.

⁷³Handyside v. Birleşik Krallık, parag. 50.

⁷⁴Gemalmaz, Türkiye’de Bilgi Edinme, Düşünce – İfade ve İletişim Mevzuatı, s. 208.

⁷⁵Open Door and Dublin Well Woman v. İrlanda, 29.10.1992, 14243/88, parag. 72-76; (çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr/>; Gemalmaz, Türkiye’de Bilgi Edinme, Düşünce – İfade ve İletişim Mevzuatı, s. 208.

Üçüncü aşamada Mahkeme, hukuken öngörülmüş ve meşru bir amaca ulaşmak için yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliğini inceler. Mahkeme'nin, ifade özgürlüğünü ile ilgili vak'alarda incelediği demokratik bir toplumda gereklilik ile ilgili standardını ilk olarak basınla ilgili olan iki vak'ada⁷⁶ oluşturması dikkat çekicidir. Söz konusu standart ilk olarak Handyside v. Birleşik Krallık vakasında şu şekilde ortaya konulmuştur:

"Mahkeme, Madde 10, paragraf 2'deki anlamıyla 'gerekli' sıfatının, bir yandan 'zorunlu' sözcüğü ile anlamdaş olmadığını; öte yandan 'kabul edilebilir', 'olağan', 'yararlı', 'makul' ya da 'arzu edilen' deyimleri gibi esnekliğe sahip olmadığını dikkate alır. Bununla beraber, bu bağlamda 'gereklilik' kavramının ima ettiği toplumsal ihtiyaç baskısının gerçekliğini ilk aşamada değerlendirecek olan ulusal yetkililerdir. Sonuç olarak, Madde 10, paragraf 2, Sözleşmeciler Devletlere bir takdir alanı bırakır. 'Yasa ile düzenlenmiş'/'(Hukukun öngördüğü)' bu alan, hem ulusal yasa koyucuya, hem de yürürlükteki hukuku yorumlamak ve uygulamakla görevlendirilmiş makamlardan olan yargılama makamına da bırakılmıştır.", (parag. 48).

"Bununla birlikte, 10(2). madde Sözleşmeciler Devletlere sınırsız bir takdir yetkisi vermez. Devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmelerini Komisyon ile birlikte güvence altına almakla görevli olan Mahkeme, bir 'yasak' ya da 'ceza'nın, Madde 10 ile korunan ifade özgürlüğü ile uzlaştırılabilir olup olmadığına ilişkin son kararı vermekle yetkilidir. Ulusal takdir alanı, Avrupa denetimi ile el ele yürümektedir. Bu denetim, hem şikayet edilen önlemin amacıyla hem de bunun 'gerekliliği' ile ilgilidir; denetim, sadece temel mevzuatı değil, bağımsız bir mahkeme tarafından verilmiş olsa da, bu mevzuatı uygulayan mahkeme kararlarını da kapsar(...) Denetim görevi, Mahkemeyi, 'demokratik bir toplumu' niteleyen ilkelere azami dikkat göstermeye zorlamaktadır(parag. 49)."⁷⁷

Benzer şekilde Mahkeme'nin, Sunday Times v. Birleşik Krallık vakasındaki içtihadı ise şöyledir:

⁷⁶Handyside v. Birleşik Krallık; Sunday Times v. Birleşik Krallık.

⁷⁷Gemalmaz, Türkiye'de Bilgi Edinme, Düşünce – İfade ve İletişim Mevzuatı, s. 206.

“Mahkeme, Sözleşme’nin 10(2). maddesindeki anlamıyla “gerekli” sıfatının, “zorunlu sıfatıyla anlamdaş olmadığı gibi, “kabul edilebilir”, “olağan”, “yararlı”, “makul”, “arzu edilen”, ifadelerinin esnekliğine de sahip olmadığını ve bir “toplumsal ihtiyaç baskısı”nın varlığına işaret ettiğini” belirtmiştir(...) Mahkeme ikinci olarak, Sözleşme’de kabul edilen hak ve özgürlüklerin korunmasında sorumluluğun, öncelikle Sözleşmeciler Devletlerin kendilerinde olduğunu vurgulamıştır. Bu bakımdan, “10(2). fıkrası Sözleşmeciler Devletlere bir takdir alanı bırakır. Bu alan, hem ulusal yasa koyucuya, hem de, aralarında yargı organlarının da bulunduğu, yürürlükteki hukuku yorumlamak ve uygulamakla görevlendirilmiş organlara bırakılmıştır(...)”. “Bununla beraber, Sözleşme’nin 10(2). maddesi, Sözleşmeciler Devletlere sınırsız bir takdir yetkisi vermez”; “Mahkeme, bir ‘yasağın’ 10. maddede korunan ifade özgürlüğü ile uzlaştırılabilir olup olmadığı hakkında nihai kararı vermekle yetkilidir. Ulusal takdir alanı, Avrupa denetimiyle el ele yürümektedir”; bu “denetim, sadece temel hukuki düzenlemeleri değil, bağımsız bir mahkeme tarafından verilmiş de olsa, bu mevzuatı uygulayan mahkeme kararlarını da kapsar(.)” Mahkeme, bu ilkelerin bileşiminden kendi görevinin, “hiçbir biçimde yetkili ulusal mahkemelerin yerini almak değil, fakat ulusal mahkemelerin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların 10. maddeye uygunluğunu denetlemek olduğu” sonucuna ulaşmıştır(...). Bu demek değildir ki, Mahkeme’nin denetimi davalı bir Devletin takdirini makul biçimde (reasonably), özenle (carefully) ve iyi niyetle (good faith) kullanıp kullanmadığını araştırmakla sınırlıdır. Böyle davranan bir Sözleşmeciler Devlet dahi, yaptığı davranışın Sözleşme’yle üstlendiği taahhütlere uyumu konusunda Mahkeme’nin denetimine tabidir. Mahkeme, Hükümetin ve Komisyon çoğunluğunun aslında Handyside davasında ileri sürdüğü karşıt düşüncüyü (aynı karar, parag.47) burada da geçerli görmemektedir(...)”.⁷⁸

Mahkeme’nin Handyside ve Sunday Times kararlarında da belirttiği gibi ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun temelini oluşturur. İfade özgürlüğü ile sadece lehte olduğu kabul edilen, zararsız veya ilgilenmeye değmez addedilen haber ve düşünceler değil, bunun yanında devletin ya da veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, ona çarpıcı gelen veya rahatsız eden haber ve düşünceler de

⁷⁸Sunday Times v. Birleşik Krallık, parag. 59.

korunur. Fakat söz konusu basın olduğunda, ifade özgürlüğü ile ilgili belirtilen ilkeler daha da önemli hale gelir. Basın, demokratik toplumlarda oynadığı rol ile önem arz eder, Mahkeme de hemen her kararında basının oynadığı rolün önemine değinir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin basın özgürlüğü üzerinde hassasiyetle durmasının nedeni Gelgör'ün de belirttiği üzere, “özgür basın, demokratik bir toplumu totaliter bir toplumdaki ayırt eden en önemli öğelerden biri olması”dır.⁷⁹ Mahkeme'nin görüşüne göre de;

“Basın söz konusu olduğunda, bu ilkeler özel bir önem kazanır. Bu ilkeler, önemli ölçüde toplumun yararına hizmet eden ve aydınlatılmış bir halkın işbirliğini gerektiren adaletin dağıtılması alanına da aynı ölçüde uygulanır. Mahkemelerin boşlukta çalışmadıkları, genel kabul gören bir olgudur. Mahkemeler, uyuşmazlıkların çözümünde bir forum durumundadırlar, ama bu demek değildir ki, uzmanlaşmış dergilerde, genel basında ya da halk arasında uyuşmazlıklar önceden tartışılmaz. Dahası, basın yayın organları adaletin usulüne göre dağıtılmasına tecavüz etmeyip, kamu yararının bulunduğu diğer alanlarda olduğu gibi, mahkemelerin önüne gelmiş sorunlarla ilgili haber ve düşünceleri vermekle yükümlüdür. Sadece basın yayın kuruluşları bu tür haber ve düşünceleri vermekle görevli değildir, halkın da bu haber ve düşünceleri edinme hakkı vardır.”⁸⁰

2. Basının Siyasetteki Yeri

I- AİHM'in Konuya İlişkin Standardı

Mahkeme'nin *Lingens v. Avusturya*⁸¹ kararında belirtildiği üzere basının başkalarının itibarını korumak gibi çizilmiş sınırları ihlal etmemesi zorunludur. Bunun yanında kamu menfaati taşıyan her türlü meselede olduğu gibi demokratikleşme için önem arz eden görevinden dolayı siyasetle ilgili haber ve düşünceleri iletmek, siyasi düşüncelerle ilgili belirtilen sınırı aşmamak suretiyle eleştirilerde bulunmak basının asli görevlerindedir. Zira halkın da bu haberlere ve bilgilere ulaşma hakkı vardır. Bununla birlikte, siyasal tartışma özgürlüğü

⁷⁹Burhan Gelgör, *Adalet Dergisi*, 26. sayı, Eylül 2006; *Sunday Times v. Birleşik Krallık*, http://www.yayin.adalet.gov.tr/26_sayi%20icerik/Burhan%20GELGÖR.htm

⁸⁰*Sunday Times v. Birleşik Krallık*, parag 65; *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen v. Danimarka*, 07.12.1976, Başvuru no: 5095/71, parag. 52; (çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr>

⁸¹*Lingens v. Avusturya*, 08.07.1986, Başvuru No: 9815/82; (çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr>

demokrasinin tam ortasında yer aldığından dolayı basın, siyasi haber ve fikirleri yaymak suretiyle, bireylere siyasi düşüncelerden haberdar olma, siyasetçileri bu yolla tanıma imkanı sunarak onların kişisel fikirlerinin oluşmasına yardımcı olmaktadır.⁸² Bu durumda, siyasetçilere yapılan eleştiriler ile özel şahıslara yapılan eleştiriler arasında bir ayırım yapılması ihtiyacı doğar. Şöyle ki; siyasetçi, sürekli kamuoyunun önünde bulunan bir birey olarak, hareketleri ve davranışlarını basının ve kamunun denetimine açmaktadır. Demokrasinin temel niteliklerine göre yeni fikir ve düşüncelerin oluşması karşıt fikirlerin çarpışmasından besleneceği için siyasetçinin düşünce ve davranışlarının eleştiri sınırının daha esnek olması doğaldır. Mahkeme'nin görüşüne göre de;

“(…) bir siyasetçiye yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, özel bir şahsa yönelik eleştiri sınırına göre daha geniştir. Bir siyasetçi, özel şahıstan farklı olarak, her sözünü ve eylemini bilerek ve kaçınılmaz bir biçimde, gazetecilerin ve halkın yakın denetimine açar; bu nedenle daha geniş bir hoşgörü göstermek zorundadır. Hiç kuşku yok ki, Sözleşme'nin 10(2). maddesi, başkalarının yani bütün bireylerin itibarının korunmasına imkan verir; bu koruma, siyasetçileri şahsi sıfatları dışında hareket ettikleri zaman da içine alır. Ancak bu gibi durumlarda söz konusu korumanın gerekleri, siyasi meseleleri açık biçimde tartışmanın yararıyla bağlantılı olarak tartılmalıdır.”⁸³

Mahkeme'nin yukarıdaki kararından da anlaşılacağı gibi basın özgürlüğünde birbiriyle bağlantılı iki ana öge bulunmaktadır. Bir tarafta basının haber verme görevi bulunurken, diğer yanda halkın haber alma hakkı vardır. Devletler, basın özgürlüğüne bir müdahalede bulunurlarken demokratik bir toplumda gereklilik unsurunu bu iki ögeyi göz önünde bulundurarak tartmalıdırlar.

Söz konusu basının haber verme görevi ve bireyin haber alma hakkı, siyasi konularda Mahkeme'ye göre daha titizlikle incelenmesi gereken ve eleştiri sınırları daha esnek konular olduğu için, kamu menfaati daha üstün tutulmuştur. Mahkeme'nin siyasi konulardaki eleştiri hakkına getirdiği esnekliği Oberschlick

⁸²Castells v. İspanya, 23.04.1992, parag. 43.

⁸³Lingens v. Avusturya, 08.07.1996, Başvuru no: 9815/82, parag. 42.

v. Avusturya⁸⁴ kararında da görebiliriz. Olayda başvuru Gerhard Oberschlick, Forum adlı derginin editörüdür. Bu dergisindeki bir yazıda, Avusturya'nın güneyindeki Carinthia eyaletinin valisi ve aynı zamanda sağcı Özgürlük partisinin lideri olan bay Jörg Haider'in 1991'de tahrik edici bir üslupla verdiği söylevinde kullandığı “ 2. Dünya Savaşı'nda yaşamını tehlikeye atmış olanlar dışında kimseye düşünce özgürlüğü tanınmaması gerekir.” beyanını üzerine Jörg Haider hakkında Almanca'da “ahmak”, ”geri zekalı” gibi anlamlara gelen “Troll” sözcüğünü kullandığı için yargılanmış ve suçlu bulunmuş, bunun üzerine AİHM'e başvurmuştur.

Mahkeme bu kararında da halkın yine basın aracılığıyla demokrasiye katılımının önemini vurgulamıştır. Mahkeme'nin bu davada siyasi konulardaki eleştiriye dair ürettiği standart şu şekildedir:

“(basın) diğerlerinin yanı sıra, ‘başkalarının şöhretinin/haysiyetinin korunması şeklindeki bağlı bulunduğu ilkeleri ihlal edemezse de, siyasal meseleler ve kamunun menfaatine ilişkin diğer konular hakkında bilgi ve görüşleri yaymakla da ödevlidir. Basın özgürlüğü, siyasal liderlerin görüşleri ve eğilimleri konusunda bir görüş oluşturabilmesi ve bunu ortaya çıkartabilmesi için kamuya en etkili araçlardan birisini sunmaktadır. Bu husus, kamunun bilgi ve görüşleri edinme hakkını açıkça belirten madde 10 hükmüyle de vurgulanmıştır. Daha genel olarak, özgür siyasal tartışma, Sözleşmenin birçok yerinde düzenlenen demokratik bir toplum kavramının tam özünde yer almaktadır.(.) (parag. 58).

Forum dergisinde anılan bilgiyi içeren metine yer verilmesi, genel önemi haiz bir siyasal sorun hakkında kamunun tartışabilmesine katkı yapmıştır. Özellikle sosyal alanda vatandaşlarla yabancılar arasında farklı muamele yapılmasına ilişkin mesele, sadece Avusturya'da değil ama Avrupa Konseyi üyesi diğer Devletlerde de kayda değer tartışmalara yol açmaktadır. Bay Oberschlick'in eleştirisi kışkırtıcı biçimde, bir politikacı tarafından dile getirilen ve başvuru üslubu benzeri şekilde çok sayıda insanı şok eder nitelikteki bir öneriye, kamunun dikkatini çekmeye çalışmıştır. Kendisini bu tür terimlerle ifade eden bir politikacı,

⁸⁴Oberschlick v. Avusturya, 23.05.1991, Başvuru no: 11662/85; (çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr>; Gemalmaz, Türkiye'de Bilgi Edinme, Düşünce – İfade ve İletişim Mevzuatı, s. 212.

gazeteciler ve kamu tarafından sert bir tepki görmeye kendisini maruz bırakmış demektir. (parag. 61)⁸⁵

Mahkeme, eleştirilerin hükümete yapılması durumunda, bu eleştirilerin sınırının politikacılara yapılan eleştirilerden bile daha esnek olması gerektiği kanaatindedir. Şöyle ki;

“Hükümeti eleştirmenin hoş görülebilir sınırları, şahısları ve hatta politikacıları eleştiri sınırından daha geniştir. Demokratik bir sistemde Hükümetin eylemleri ve ihmalleri, sadece yasama ve yargılama organlarının değil, basın ve kamuoyunun da yakından incelemesine tabidir. Dahası, Hükümetin işgal ettiği üstün mevki, özellikle muhaliflerinin veya medyanın haksız saldırılarını ve eleştirilerini karşılamak için başka araçları kullanabileceği durumlarda ceza davasına başvurmada kendisini sınırlı görmesini gerektirir. Ancak yetkili devlet otoriteleri, kamu düzeninin güvencesi olmaları sıfatıyla, temelden yoksun veya kötü niyetle oluşturulmuş iftira niteliğindeki suçlamalara, aşırıya kaçmadan ve gereği gibi tepki göstermeyi amaçlayan cezai nitelikte önlemleri de almakta serbesttirler.”⁸⁶

Mahkeme, Castells v. İspanya vak’ası kararında basının demokratik toplum düzenine olan katkısını bir kez daha şu cümlelerle vurgulamıştır:

“Hukukun üstünlüğü ile idare edilen bir Devlette basının önde gelen vazgeçilmez rolü unutulmamalıdır... Basın özgürlüğü halkın siyasal liderlerin düşünceleri ve davranışları hakkında görüş sahibi olabilmeleri için en uygun araçlardan biridir... İfade özgürlüğü ayrıca herkesin, demokratik bir toplumun özünde yer alan serbest siyasal tartışmaya katılmasını olanaklı kılmaktadır.”⁸⁷

II- AİHM’in Müdahalenin Meşruluğunu Belirlemede Kullandığı Ölçütler

Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. paragrafına kıyasen basın özgürlüğü de görev ve sorumluluklar ile yürütülmelidir. Söz konusu deyişi haklar ile görevler arasında bir paralellik bulunduğu şeklinde anlamamak gerekir. Aksi takdirdeki bir yorum yanlış olur. Bu ifade, hakların kullanılmasında sorumlu bir şekilde hareket etmek

⁸⁵ Gemalmaz, Türkiye’de Bilgi Edinme, Düşünce – İfade ve İletişim Mevzuatı, s. 212.

⁸⁶ Castells v. İspanya, parag. 46.

⁸⁷ Castells v. İspanya, parag. 43; Gemalmaz, Türkiye’de Bilgi Edinme, Düşünce – İfade ve İletişim Mevzuatı, s. 212-213.

şeklinde yorumlanmalıdır. Benzer bir anlatımla, basın kullanılmak suretiyle kişiler şiddete teşvik edilmemeli, ırk, cins, cinsiyet ve her türlü ayrımcılık yapmak suretiyle kişilere kin ve nefret duyguları empoze edilmemeli, herhangi bir dayanağı olmayan hakaretamiz sözlere ve suçlamalara meydan verilmemelidir. Bu bağlamda Mahkeme, basın özgürlüğü ile ilgili verdiği kararlarda olaylar (facts) yanında değer hükümlerine de yer vermiştir. Mahkeme, bu ikisi arasında ayırım yapar.⁸⁸ Lingens v. Avusturya davasında başvuru, Avusturya Şansölyesi'nin eski Nazileri koruduğunu düşündüğü için onun hakkındaki yazısında kullandığı "ahlak dışı", "en alçak oportünizm", "haysiyetsiz" ifadelerinin hakaret içerdiği iddiasına karşı söz konusu ifadelerinin ifade özgürlüğü hakkını kullanırken dile getirdiği değer yargıları olduğunu savunmuştur.⁸⁹ Mahkeme'nin görüşüne göre de; olaylar/vakıalar (facts) ile değer yargıları arasında özenli bir ayırım yapılması gereklidir. İki kavramın arasındaki fark; vakıalar maddi gerçekliği belirtir, bu sebeple doğrulukları kanıtlanabilir; fakat değer yargıları için böyle bir ispat söz konusu değildir. Aksi takdirde bir durumun kabulü halinde gazeteciler, beyanlarının doğruluğunu kanıtlayamadıkça mahkûmiyet kararından kurtulamazlar.⁹⁰ Mahkeme, olayda başvuru Lingens'in yazısında kullandığı sözlerin ifade edilen sebeplerden dolayı değer hükmü olduğu kanaatine varmıştır.

Benzer şekilde Mahkeme, Oberschlick v. Avusturya kararında da başvuru kişinin siyasetçinin ifadelerini ve olayları saptırmadığını, olayla ve ifadelerle ilgili olarak kendi değer yargılarında bulunduğunu, söz konusu sebeplerden ötürü başvuru kişinin yerel mahkeme kararından dolayı suçlu bulunmasının AIHS madde 10 ile korunan ifade özgürlüğünün ve dolayısıyla basın özgürlüğünün ihlalini oluşturduğu kanaatine varmıştır.⁹¹ Mahkeme, Bladet Tromso ve Stensaas v. Norveç kararında başvuru kişinin yayında kullandığı ifadelerden yola çıkarak vardığı kanaatinde gazetecinin kullandığı deyimlerin polemik niteliğinde de olsa, söz konusu ifadeler objektif açıklamalarla desteklendiğinde, bunların asılsız

⁸⁸Rıza Türmen, Avrupa Birliği Genel Sekreterliği web sitesi, <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=38553&l=1>

⁸⁹Lingens v. Avusturya, parag. 45.

⁹⁰Lingens v. Avusturya, parag. 46.

⁹¹Oberschlick v. Avusturya, parag. 65.

kişisel saldırı olarak nitelendirilemeyeceğini belirterek, basın özgürlüğünün bir derece abartmayı, hatta kışkırtmaya başvurmayı da içerdiğini ifade etmiştir.⁹²

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları doğrultusunda basın özgürlüğüne yapılan vurgunun konusunu kamusal bir figür oluşturabileceği gibi bazen de kamusal yarar sağlayan bilginin kendisi oluşturur. *Incal v. Türkiye*⁹³ vak'asında hükümetin ırkçı söylemler kullanarak Kürt halkını İzmir'den göç etmeye zorlayan politikalarını eleştiren broşürler dağıtılması kararını imzalayan başvurucu, yerel mahkeme tarafından halkı hükümet aleyhine kışkırtan ve suç işlemeye teşvik eden propaganda yaptığı gerekçesiyle 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 312/2-3 ve 5680 Sayılı Basın Kanunu'nun ek 4. maddesi gereğince cezalandırılmıştır. Başvurucunun AİHM'e yaptığı başvuru sonucu AİHM, muhalefet partisi üyesi siyasetçilerin ifade özgürlüğünün önemine dikkat çekmiştir.⁹⁴ AİHM'e göre hükümete yönelik eleştirilerin sınırları, politikacılara karşı olan eleştirilerin sınırından da geniştir. Hükümete karşı söz konusu denetimi yapma yetkisi sadece yasama ve yargı organlarına ait değildir. Yasama ve yargı dışında basının ve kamuoyunun da hükümetin eylem ve ihmallerini denetim yetkisi vardır. Hükümet, işgal ettiği üstün mevki nedeniyle, muhaliflerinin ve medyanın haksız saldırılarını ve eleştirilerini karşılarken en son çare olarak ceza davasına başvuru yolunu kullanmalıdır. Bununla birlikte yetkili devlet otoriteleri kamu güvencesinin öznesi olarak kötü niyetli ve iftira niteliğindeki suçlamalara karşı aşırıya kaçmayacak şekilde gerektiği gibi tepki göstermeyi amaçlayan cezai nitelikteki önlemleri almak yetkisine de sahiptirler.⁹⁵ AİHM *Türkiye Komünist Partisi v. Türkiye* vak'ası kararında, Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmasına karar verilen Türkiye Komünist Partisi'ne ilişkin olarak, ifade özgürlüğünün en önemli unsurlarından biri olarak çoğulculuğun önemine değinerek, çoğulculuk olmadan demokrasinin olamayacağını, siyasi partilerin de

⁹²Bladet Tromso ve Stensaas v. Norveç, 20.05.1999, Başvuru no: 21980/93, parag. 59; (çevrimiçi) <http://echr.coe.int>

⁹³*Incal v. Türkiye*, 09.06.1998, Başvuru No: 22678/93; (çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr>

⁹⁴Michael J. Beloff QC, "Politicians and the Pres", *Freedom of Expression and Freedom of Information Essays in Honour of Sir David Williams*, (Editor: Jack Beatson, Yvone Cripps) Oxford University Press, Cambridge 2002, s. 81.

⁹⁵Michael J. Beloff QC, s. 81.

belirli bir topluluğun söylemlerine yer verdiği için ifade özgürlüğünün korumasından yararlanması gerektiğini ifade etmiştir.⁹⁶

AIHM'in içtihatları ile ortaya koyduğu bir başka ilke ise ifade özgürlüğü sınırları içerisinde kalmak şartıyla kitap, dergi, broşür gibi eserlerin dağıtımının yasaklanamayacağı ilkesidir. Yukarıda da incelendiği üzere Handyside v. Birleşik Krallık vak'asında bu ilke ilk kez ortaya konulmuştur. Bu ilke ile ilgili Mahkeme'nin bir başka kararı 19.12.1994 tarihli Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi v. Avusturya⁹⁷ kararıdır. Söz konusu kararda başvurulardan "VDSÖ" Viyana menşeli bir dernektir. VDSÖ, aylık olarak yayınlanan ve Avusturya ordusunda görev yapmakta olan askerlere yönelik "Kirpi"(Igel) adında bir dergi hazırlamaktadır. Igel, içeriğinde askeri yaşamla ilgili makalelere de yer vermektedir. VDSÖ, askeri bir uygulama olan bir başka iki özel derginin askerlere gönderilen resmi bülten ile beraber gönderilmesi uygulamasına dayanarak, 1987 yılında Federal Savunma Bakanlığı'na yaptığı bir başvuruda Igel'in de askerlere dağıtılması için izin istemişse de Federal Savunma Bakanlığı bu başvuruya yanıt vermemiştir. 10 Mayıs 1988 yılında Bakan, Silahlı Kuvvetler Yasasında dayanağı bulunan halka açık siyasi konulardaki bilgilerin askerler tarafından edinilme hakkını hatırlatarak, Igel'in askeriyenin itibarını zedeleyecek ve onun anayasal görevlerine uygun olmayan bir içerikte bulunduğunu belirterek başvuruçunun talebini reddetmiştir. Bakan, söz konusu reddinin gerekçesi olarak da Anayasanın 79. maddesine, Genel Askerlik Tüzüğü'nün 3(1). fıkrasına, Ceza Kanunu'nun 116. maddesine ve Silahlı Kuvvetler Yasası'nın 46. maddesi ve 44(1). fıkrasına dayandığını belirtmiştir.⁹⁸ Mahkeme'nin görüşüne göre ifade özgürlüğü nüfusun bir bölümü açısından rahatsızlık uyandıran, saldırgan ve şok edici bilgileri ve fikirleri de korur. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliğin gerekleridir ve söz konusu ilkeler olmadan demokratik toplum düzeninden bahsedilemez. Söz konusu ilkeler askerlik görevini yapanlar için de geçerlidir. Bununla beraber askerlik görevini yapanların askeriyenin kendine özgü disiplin anlayışına tabi olmaları gereği de

⁹⁶Incal v. Türkiye, parag. 54.

⁹⁷Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi v. Avusturya, 19.12.1994, Başvuru No:15153/89; (çevrimiçi) <http://.ihami.anadolu.edu.tr>

⁹⁸Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi v. Avusturya; (çevrimiçi) <http://.ihami.anadolu.edu.tr>

göz ardı edilemez. Söz konusu disiplin rejimi yazılı eserler için de geçerlidir.(bkz. Engel ve diğerleri kararı) (parag. 36)

Mahkeme, askeriye'nin kendi yayınlarını bütün ülkede yayınladığını ve askeri görevlerini yapan kişilere de dağıtıldığını gözlemlemiştir. Bununla beraber sadece Igel dergisi bu olanaktan yararlandırılmamıştır. Bu yasaklama da Igel dergisinin asker personel arasındaki okuyucu kitlesinin azalmasına sebep olmaktadır. Kaldı ki, Igel dergisi abonelerine dergiyi gönderebilme şansına da sahiptir. İfade özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların dar yorumlanması gerektiğinden söz konusu sınırlamanın hukuken geçerli olabilmesi için emredici nitelikte olması gerekir. (parag. 37)⁹⁹

Hükümet, savunmasını Igel dergisinin içeriğine yönelik olarak yapmıştır. Hükümetin savunmasına göre Igel dergisi ordunun etkinliğine ve disiplin rejimine bir tehdit oluşturmaktadır. Mahkeme'nin görüşüne göre Igel dergisinin tartıştığı hiçbir konu askeriye'ye karşı itaatsizlik, şiddet propagandası yapmamakta ve askeriye'nin yararsız olup olmadığını sorgulamamaktadır. Ek olarak, dergi askeriye'yle ilgili olarak okuyucuları yeniliklerin tartışılması ve yasal şikayetler konularında cesaretlendirmektedir. Bununla beraber, polemikçi üslubuna nazaran demokratik bir toplumda gerekli olan düşüncelerin tartışılması sınırı aşılmamıştır. Bu tür düşüncelerin tartışılmasına demokratik bir toplumda ordunun da tahammül göstermesi gerekmektedir. (parag. 38)¹⁰⁰

Mahkeme, sonuç olarak Federal Savunma Bakanı'nın Igel dergisinin askeriye tarafından dağıtılmasına izin verilmemesi konusundaki tasarrufunun hedeflenen meşru amaçlarla orantılı olmaması nedeniyle Sözleşme'nin 10. maddenin ihlali neticesini doğurduğunu belirtmiştir.(parag. 40)¹⁰¹

Söz konusu karar ışığında üzerinde durulması gereken bir başka konu ise kamu görevlilerinin (civil servants) ifade ve basın özgürlüğünden yararlanabilmelerinin

⁹⁹Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi v. Avusturya, parag. 37; (çevrimiçi)www.echr.coe.int

¹⁰⁰Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi v. Avusturya, parag. 38; (çevrimiçi) www.echr.coe.int

¹⁰¹Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi v. Avusturya, parag. 40; (çevrimiçi) www.echr.coe.int

sınırının diğer bireylerle eş olup olmadığıdır. Burada belirtilen kamu görevlisi terimi hükümette görev yapan devlet memurlarını, askeri personeli, güvenlik güçlerini de kapsamına alacak şekilde geniş bir biçimde yorumlanacaktır. Yukarıda da değinildiği gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin ilk paragrafında ifade özgürlüğünden herkesin yararlanabileceği belirtildikten sonra ikinci paragrafta bu hakkın sınırlama rejimi düzenlenmiştir. Sınırlama rejimini düzenleyen ikinci paragrafta ifade özgürlüğünün görev ve sorumluluklar çerçevesinde kullanılacağı belirtilmiştir. Söz konusu sınırlamalar kişi bakımından (ratione personae) değil konu bakımından (ratione materiae) uygulanacaktır.¹⁰²

Konu bakımından ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü anlamında kamu görevlilerinin söz konu haktan istifadesini değerlendirirken AIHS'nin dernek kurma ve toplantı özgürlüğü hakkını düzenleyen 11. madde hükmünü de göz önünde bulundurmak yararlı olacaktır. AIHS'nin 11(1). maddesinde herkesin asayiş bozmayan toplantılar yapmak, dernek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak haklarına sahip olduğu belirtilmiştir. Maddenin ikinci paragrafında sınırlamalar rejimine yer verilmiştir. Söz konusu paragrafta göre, ilgili hakların kullanılması, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla ve ancak yasayla sınırlanabilir. Bu madde, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, kolluk mensupları veya devletin idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında meşru sınırlamalar konmasına engel değildir.

Yukarıda da açıklandığı üzere 10. ve 11. maddelerde yer verilen sınırlama sebepleri konu bakımından getirilen sınırlama sebepleridir. Tek ve otomat şekilde kişiler bakımından uygulanacak sınırlama sebepleri olarak yorumlanamazlar. Bu sınırlama sebepleri tematiktirler; yani her vak'ada farklılık gözeten durumlara göre uygulanacaktırlar. Söz konusu sınırlama nedenleri kişilere refere edilemezler. Bununla beraber, Sözleşme'yi kaleme alanların niyetinin kamu

¹⁰²Loukis G. Loucaides, *Essays on The Developing Law of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands 1995, s. 55.

görevlilerinin ifade ve basın özgürlüğünün sınırlarını diğer bireylere nazaran dar bir çerçevede çizmek olmadığını; Sözleşme'yi kaleme alanlar eğer bu niyette olsaydılar madde 11(2)'nin son cümlesinde olduğu gibi kamu görevlileri bakımından ayrı bir sınırlama nedenine 10(2)'de de yer verirdi söylemi Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından kabul görmemiştir. Komisyon, söz konusu söylemi ikna edici bulmadığını, çünkü madde 11(2)'nin son cümlesinin hükümden bağımsız olarak tahlil edilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Komisyon, raporlarında kamu görevlilerinin özgürlüğünün sınırlandırılmasının konu bakımından yapıldığını ve sınırlandırılanın kişiler değil özgürlüğün bazı formları olduğunu ifade etmiştir.¹⁰³

Yukarıda da açıklandığı gibi kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünün diğer bireylerden farklı bir şekilde uygulanması kamu görevlilerinin bu sıfatlarından kaynaklanmamaktadır. Bununla beraber belirli sınırlamaların kamu görevlilerini, içinde buldukları pozisyon nedeniyle, diğer bireylere nazaran daha katı bir şekilde etkilediği de göz ardı edilemez bir gerçektir. Örneğin ulusal güvenlikle ilgili hassas nitelikli bilgilerin Savunma Bakanlığı'nda çalışanlar tarafından yayılmasının katı kurallara bağlanması şüphesiz diğer vatandaşların bilgileri yayma özgürlüğünden farklı bir konumdur. Savunma Bakanlığı'nda çalışan işçilerin böyle bir sınırlandırmayla bağlı olması ifade özgürlüklerinin sadece söz konusu pozisyonları nedeniyle sınırlandırıldığı anlamına gelmez.

Bununla beraber AIHM içtihatları incelendiğinde, Mahkeme'nin kamu görevlilerini, statüleri sebebiyle diğer bireylere nazaran daha az avantajlı bir konuma yerleştirdiğini görüyoruz. Mahkeme'nin söz konusu durumu kamu görevlilerinin konumları itibariyle yerine getirmekle yükümlü oldukları görev ve sorumluluklar ile açıklamıştır. Komisyon'un Engel ve diğerleri v. Hollanda¹⁰⁴ vak'asındaki görüşüne göre; kamu görevlileri, askerler, polis, yazarlar, politikacılar gibi farklı kategorilerdeki kişilere uygulanacak standartlar da farklılık arz edecektir. Bu farklılık kamu görevlilerinin toplumdaki fonksiyonlarını icra

¹⁰³Series A, Vol.104, para. 110 ve dn.3 Series A, Vol. 105 para. 87; (naklen Loukis G. Loucaides, s. 57).

¹⁰⁴Engel ve Diğerleri v. Hollanda, 08.06.1976, Başvuru No: 5100/71; (çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr>

ederken ki farklı görev ve sorumluluklarından kaynaklanmaktadır.¹⁰⁵ Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 10(2). maddesinde yer verilen düzen kavramı, salt kamu düzenini ifade etmeyip olaydaki askeri disiplin anlayışındaki gibi belirli bir sosyal gurup içerisinde hüküm sürmesi gereken düzen anlamını da ifade eder.¹⁰⁶ “Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü askerlere, Sözleşmecî Devletlerin egemenlik yetkisi içinde bulunan diğer şahıslara uygulandığı gibi uygulanır. Ne var ki, askerlerin askeri disiplini zayıflatmasını önlemek amacıyla getirilmiş hukuk kuralları olmaksızın, ordunun gereği gibi işleyeceğini düşünmek zordur. (...) Mahkeme bu konuda askeri yaşamın özelliklerini, silahlı kuvvetler mensuplarının yerine getirmekle yükümlü oldukları ‘görevleri’ ve ‘sorumlulukları’, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasının Sözleşmecî Devletlere bıraktığı ‘takter alanı’nı görmezlikten gelemez. (...) Mahkeme'ye göre siviller ile askerler arasındaki farklılık, askeri yaşam ile sivil yaşam arasındaki farklılıkla, daha özel olarak, ifade özgürlüğü alanında silahlı kuvvetler mensuplarının üstlendikleri ‘görev’ ve ‘sorumluluk’la açıklanabilir.”¹⁰⁷

Basın Özgürlüğü'nün gereği olarak basının haber kaynakları korunur. Söz konusu standart Mahkeme tarafından 27.03.1996 tarihli William Goodwin v. Birleşik Krallık¹⁰⁸ vak'asında ortaya konulmuştur. Yayınlayacağı, bir şirketin mali durumuna ilişkin haberinin kaynağının açıklanması emredilen tedbir kararına karşı gelen bay Goodwin, yerel mahkeme tarafından para cezasına çarptırılmış ve AİHM'e başvurmuştur. AİHM ortaya koyduğu standartta, gazetecilere ait kaynakların korunmasının çeşitli hukuk düzenlerinde ve uluslar arası belgelerde de tekrarlandığı gibi basın özgürlüğünün en temel ilkelerinden biri olduğunu, söz konusu koruma olmaksızın basının kamuyu ilgilendiren konularda haber verme hakkının hukuka aykırı olarak sınırlandırılmış olacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre aksi durumda basının kamunun bekçisi rolü zayıflatılmış ve etkili ve gerçekçi bilgi sağlama yeteneği kısıtlanmış olacaktır. Basının haber kaynağını açıklamaya zorlanması Sözleşme madde 10'a aykırılık oluşturacaktır.¹⁰⁹

¹⁰⁵Loukis G. Loucaides, s. 57-58.

¹⁰⁶Engel ve Diğerleri v. Hollanda, parag. 98.

¹⁰⁷Engel ve Diğerleri v. Hollanda, parag. 100, 103.

¹⁰⁸Goodwin v. Birleşik Krallık, 27.03.1996, Başvuru No: 17488/90; (çevrimiçi) <http://echr.coe.int>

¹⁰⁹Goodwin v. Birleşik Krallık, parag. 30.

3. Basın Özgürlüğü ve Özel Yaşamın Korunması Hakkı Çatışması

Bu bölüm altında basın özgürlüğü ile özel yaşamın korunması hakkı arasındaki çatışmalar ışığında Mahkeme'nin ortaya koyduğu standartlar incelenecektir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8(1). maddesinde; herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra Sözleşme'nin 8(2). maddesinde söz konusu hakka yapılabilecek olası müdahalelerin şartları sayılmıştır. İlgili paragrafa göre; ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak şartıyla bu hakkın kullanılmasına kamu otoritelerince müdahale edilebilir.

Yukarıda sayılan sınırlama ölçütlerinin ışığında Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı yukarıda ifade özgürlüğünü de nitelendirirken ortaya koyduğumuz kıstaslar ışığında mutlak bir hak niteliğinde değildir. Özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı belli nedenlerle sınırlanabilen haklar sınıflandırmasına girmektedir.

I- AİHM'in Konuya İlişkin Standardı

AİHS'nin 8. maddesiyle korunan özel yaşam hakkına, maddenin 2. paragrafında kamusal makamlar tarafından belirli sınırlama ölçütlerine uygun olarak müdahale edilebileceği belirtilmiştir. Bu durumda özel yaşam hakkının demokrasinin vazgeçilmez unsuru olan ifade özgürlüğü ilkeleri ışığında basın özgürlüğü ile çatışması kaçınılmazdır. Sorun, özellikle kamusal kimliği nedeniyle basının önünde olan şahıslar için ayrı bir önem teşkil etmektedir.

Özel yaşam hakkı ile ilgili olarak öncelikle devletin sorumluluğunu ortaya koyması açısından Mahkeme'nin X ve Y v. Hollanda¹¹⁰ vak'asında ortaya koyduğu standardı hatırlatmakta yarar vardır. Zihinsel özürlü olan 16 yaşındaki Bayan X, kaldığı zihinsel özürlü çocuklar için işletilen özel bir bakımevinde cinsel istismara uğramıştır. Bayan X'in babasının kamu makamlarına yaptığı şikayet, söz konusu suçun takibinin şahsi şikayete bağlı olması sebebiyle reddedilmiştir. Mahkeme'nin bu vak'ada ortaya koyduğu standarda göre;

“(…) Sözleşme'nin 8. maddesi esas itibarıyla bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalesine karşı korumakla birlikte, Devleti sadece böyle bir müdahalede bulunmaktan kaçınmaya zorlamakla kalmaz; bu öncelikli negatif yükümlülüğe ek olarak, özel ve aile yaşamına etkili bir şekilde saygı gösterilmesi için pozitif yükümlülükleri de bulunabilir(…). Bu yükümlülükler, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında olsa bile, özel yaşama saygıyı sağlamayı hedefleyen tedbirlerin alınmasını içerebilir.”¹¹¹

Mahkeme'nin yukarıdaki standardına göre özel yaşamın korunması ile ilgili olarak devletin biri negatif diğeri pozitif iki asli görevi vardır. Devletin negatif yükümlülüğüne göre, bireyin özel yaşam hakkına keyfi müdahalelerden kaçınması gerekmektedir. Bununla birlikte, pozitif yükümlülüğüne göre özel yaşam hakkının güvence altına alınması için gereken önlemlerin devlet tarafından alınması da devletin pozitif yükümlülüğünü oluşturur. Bu bağlamda, birey – birey ile birey – özel kuruluşlar arasında çıkabilecek özel yaşamın ihlali ile ilgili vak'alarda devletin pozitif yükümlülüğüne gidilebilir. Sonuç olarak AIHS'nin 8. maddesi ile korunan özel yaşam hakkı, kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı olduğu kadar, özel kişi ve özel kuruluşların ihlal neticesini doğuran müdahalelerine karşı da bir korumayı güvence altına alır.¹¹² Bu durumda basın yoluyla özel yaşam hakkının sınırlarının ihlal edilmesi durumunda devletin sorumluluğu yoluna gidilebilecektir.

¹¹⁰X ve Y v. Hollanda, 26.03.1985, Başvuru No: 8978/80. (çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr>

¹¹¹X ve Y v. Hollanda; parag. 23.

¹¹²M. Walter Schwimmer, “Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi Raporu - 8130”(çeviren: Onur Özcan), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7 Prof. Dr. Hans Joachim Hirsch'e Armağan Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, (Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver), 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 141.

Devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerinin sınırı Mahkeme'ye göre kati değildir. Uygulanacak olan prensipler, her somut vak'adaki farklılıklar saklı kalmak üzere, hemen hemen benzerdir. Mahkeme, her somut olayda bireyin ve toplumun yarışan menfaatlerini göz önünde bulundurmaya kaydıyla devletin takdir marjına sahip olduğunun altını çizmiştir.¹¹³

Mahkeme'nin 24.06.2004 tarihli Von Hannover v. Almanya vak'ası kararında da belirttiği gibi özel yaşam ile ilgili yukarıda ortaya konan standartların bu bölüm altında incelenen Sözleşme'nin 10. maddesinde koruma altına alınan ifade özgürlüğü ışığında basın özgürlüğü ilkeleri ile de dengelenmesi gerekmektedir.¹¹⁴

Yukarıda çeşitli defalar değinilen Mahkeme'nin ifade özgürlüğü ile ilgili içtihatlarına göre, her toplumun ve insanın gelişmesinin esaslı koşullarından biri olan ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun yapı taşıdır. Bu sebeple ifade özgürlüğü kapsamında sadece lehte olduğuna inanılan düşünceler değil, bununla birlikte toplumu şoke eden, nüfusun bir bölümünün karşısında olan, çarpıcı ve rahatsız edici haber ve düşünceler de korunur. Bu ilke, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir ve bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz.¹¹⁵ Mahkeme'nin Lingens v. Avusturya vak'asında belirttiği üzere, ifade edilen ilkeler basın söz konusu olduğunda özel bir önem kazanır. Basının bir yandan özel yaşamın korunması ile ilgili sınırlara dikkate etmesi gerekirken diğer yanda da halkı ilgilendiren meseleler ile siyasi konulardaki tartışmaları da ortaya koymak yükümlülüğü vardır. Bu bağlamda basının söz konusu konulardaki ifade ve düşünceleri ortaya koyma görevinin yanı sıra halkın da bu tür fikirleri ve düşünceleri edinme hakkı olduğunun da altı çizilmelidir.¹¹⁶ Bununla birlikte Mahkeme'nin Prager ve Oberschlick v. Avusturya¹¹⁷ vak'ası kararında ortaya koyduğu gibi basın özgürlüğü belirli bir sınıra kadar abartma, hatta provakasyonu da kapsar.¹¹⁸

¹¹³Keegan v. İrlanda, 26.05.2005, Başvuru No: 16969/90, parag.49. (çevrimiçi)www.echr.coe.int

¹¹⁴Von Hannover v. Almanya, 24.06.2004, Başvuru No: 59320/00, parag. 58 (çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr>

¹¹⁵Handyside v. Birleşik Krallık, parag. 49.

¹¹⁶Lingens v. Avusturya, Parag. 41; Vahit Bıçak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, (çeviren Faruk Çakır), 1. baskı, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2002, s.128.

¹¹⁷Prager ve Oberschlick v. Avusturya, 26.04.1995, Başvuru No: 15974/90; (çevrimiçi)

<http://echr.coe.int>

¹¹⁸Prager ve Oberschlick v. Avusturya, parag. 38.

Mahkeme'nin ürettiği standartlar ışığında basının haber verme yükümlülüğü kapsamında özel yaşam alanına ne derece girebileceği, mahremiyet hakkının sınırlarının çizilmesi ile cevap bulabilir.

II- AİHM'in Müdahalenin Meşruluğunu Belirlemede Kullandığı Ölçütler

Basın özgürlüğü ile mahremiyet hakkı arasındaki çatışmayı bir kez daha gün yüzüne çıkartan olay, 1997 yılında Galler Prensesi Diana Spencer'in paparazzilerden kaçmak isterken geçirdiği trajik trafik kazası sonucu yaşamını yitirmesi olmuştur. Bu trajik olay, basının mahremiyet hakkının sınırlarına ne derece girebileceği yönündeki tartışmalara yeni bir boyut kazandırmıştır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1997 yılı Eylül ayı oturumunda da gündemi söz konusu trajik kazanın etkisiyle mahremiyet hakkı oluşturmuştur.¹¹⁹

Mahremiyet hakkı, Özcan'ın aktardığına göre, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 428 (1970) Sayılı Kararı'nda bulunan Kitle İletişim Basını ve İnsan Hakları Hakkında Bildiri içinde şu şekilde tanımlanmıştır:

“Mahremiyet hakkı esas olarak hayatını en az müdahale ile sürdürmekten ibarettir. Bu hak özel hayat, aile ve ev hayatı ile, kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü, onur ve itibarını, kişiyi olduğundan farklı göstermekten kaçınmayı, gereksiz ve utandırıcı şeylerin açıklanmamasını, özel fotoğrafların izin almadan yayınlanmamasını, casusluğa karşı korumayı ve haklı görülemez ve kabul edilemez yerli yersiz konuşmamayı, özel iletişimin kötüye kullanılmasına karşı korumayı, kişi tarafından gizli olarak iletilmiş ve elde edilmiş bilgilerin ifşa edilmesine karşı korumayı içerir.”¹²⁰

Yukarıdaki bölümlerde de incelendiği üzere basın yoluyla eleştiri konusunda politikacıların ve bürokratların hoş görülebilir alanı normal vatandaşların alanına göre daha geniştir. Bu bağlamda politikacıların ve bürokratların özel yaşamına

¹¹⁹“Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin Özel Yaşam Hakkı Üzerine 1165 (1998) Sayılı Kararı” (çeviren: H. Burak Gemalmaz), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7 Prof. Dr. Hans Joachim Hirsch'e Armağan Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, (Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver), 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 137.

¹²⁰İçel/Ünver, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, s. 146.

ilişkin mahrem konuların ortaya konulması, tartışılması halkın bu bilgileri edinme özgürlüğü bağlamında doğal karşılanmaktadır. Bu kişilerin aile yaşantısının, geçmişteki çeşitli ekonomik, siyasi, politik, dini ilişkilerin ve tutumlarının basın tarafından ortaya konmasında kamu yararı bulunduğu kabul edilmektedir. Söz konusu konular normal bir vatandaş açısından mahremiyet alanına girdiği için özel yaşam hakkı kapsamında korunurken ülke yönetiminde görev alan kişiler açısından kamu yararı ölçütü gereği her zaman korunmayabilmektedir. Söz konusu kamu yararı ölçütü gereği, vatandaşların ülke yönetiminde söz sahibi olacak politikacı ve bürokratların hakkında daha fazla bilgi ve görüş sahibi olmasının, örneğin bu kişilerin dünya görüşleri ve çeşitli olaylardaki davranışlarının ve tutumlarının nasıl olduğunu bilmelerinin gerekli ve yararlı olduğu kabul edilmektedir. Bununla beraber kabul gören bir diğer görüşe göre de bu bürokrat ve politikacıların yaptıkları işin niteliğinden dolayı özel yaşamlarını kamunun ilgisine ve denetimine açmış oldukları kabul edilmektedir. Bu durumda söz konusu kişiler kamunun gözü önünde olmalarından dolayı mahremiyet alanlarına girilmesi durumuna normal vatandaşlara nazaran daha fazla katlanmak zorundadırlar.¹²¹

Gemalmaz'ın aktardığı Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1997 tarihindeki oturumunda Meclis, basın ilkeleri karşısında kamusal figürlerinki başta olmak üzere mahremiyetin bölgesel düzeyde yeni bir sözleşme ile korunmasının gerekip gerekmediği hususundaki tartışmalara konu olmuştur. Sözleşme taraftarlarına göre özel yaşamın ulusal mevzuat ile üst düzeyde korunduğu ülkelerde dahi özel yaşam ihlalleri gündeme gelmektedir. Örnek olarak Galler Prensesi'nin trajik bir kaza sonucu öldüğü Fransa'nın da özel yaşamın korunmasıyla ilgili mevzuatın olduğu ülkelerden birisidir. Bunun yanında bölgesel bir sözleşme yapılması taraftarı olmayan diğer görüşe göre ise mahremiyet ulusal düzenlemelerin yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile zaten korunmaktadır. Bu sebeple ifade özgürlüğünün tehlikeye atılmasına gerek yoktur.¹²²

¹²¹Oktay Uygun, "Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye'de İfade Özgürlüğü", Bülent Tanör Armağanı (Yayıma Hazırlayan: Ögem Öktem Tanör), 1. baskı, Legal Yayıncılık Hukuk Kitapları Serisi: 32, İstanbul 2004, s. 752-753.

¹²²İçel/Ünver, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, s. 137.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin Özel Yaşam Hakkı Üzerine 1165 (1998) Sayılı Kararı'nda kamusal figürler şu şekilde tanımlanmıştır:

“Kamusal figürler, kamusal görevleri ifa eden ve/veya kamu kaynaklarını kullanan ve en geniş halinde de, politika olsun, ekonomi olsun, sanat olsun, sosyal alan olsun, spor olsun veya herhangi bir başka alan olsun kamusal yaşamda/public life rol oynayan bütün kişilerdir.”¹²³

1165 Sayılı Karar'da kamusal figürlerin özel yaşam alanlarının basının bazı sektörleri için karlı bir mal olduğu vurgulanmıştır. Söz konusu kar marjı olarak görünen bu mahremiyet alanı, ulusal düzeyde özel yaşam hakkının üst bir korumadan yararlandığı ülkelerde bile fark edilir derecede ihlale uğramaktadır. Söz konusu mahremiyet alanının ihlaline gerekçe olarak da ifade özgürlüğü bağlamında herkesin bilgi edinme hakkı olduğunu hatırlatmaktadırlar. Bu bağlamda kamu yararı argümanı bazı vak'alarda bir bahane olarak ileri sürülmektedir. Bununla beraber bazı durumlarda başta politikacılar olmak üzere kamusal figürlerin mahremiyet alanına girilmesinde kamu yararının bulunduğu da yadsınamaz bir gerçektir. Zira seçmenlerin ülke yönetiminde görev alacak olan kişiler hakkında doğru değerlendirmelerde bulunabilmesi için onları yakından tanınması gerekmektedir. 1165 Sayılı Kararda ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi Raporu – 8130'da tartışılan bütün bu konular neticesinde Sözleşme'nin 8. maddesinde koruma altına alınan mahremiyet hakkı ile 10. maddede korunan ifade özgürlüğünün dengelenmesi gerektiği sonucuna varılarak; bu hakların Sözleşme ile korunduğu ve üye devletlerin hepsinin Sözleşme'yi onayladığı hatırlatılarak yeni bir bölgesel sözleşme yapmanın gerekli olmadığı noktasında birleşilmiştir. Bununla birlikte ulusal mevzuatlarında mahremiyet alanıyla ilgili bir düzenleme olmayan ve mevzuatlarında böyle bir düzenlemeye yer vermekle birlikte aşağıda belirtilen ilkelere yer vermeyen üye devletlerin bu ilkeler doğrultusunda mevzuatlarını güçlendirmeleri tavsiye edilmektedir. Karar taslağında belirtilen ilkeler şunlardır:

“& Kişinin kamusal rolüyle hiçbir bağlantısı olmayan fotoğraf, video, film veya metinlerin yayımını, açık ve anlamı belirsiz olmayan bir iznin gerekliliğine bağlı tutma;

¹²³İçel/Ünver, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, s. 138.

& Mahremiyete saldırı halinde yeterince caydırıcı, özellikle parasal giderim hükümleri oluşturma;

& Editörlerin, hakaret için oldukları gibi, mahremiyete saldıran yayınlardan da sorumlu tutulma(sı);

& Sistematik olarak insanların mahremiyetine saldıran yayın gurupları/publishing groups için ekonomik cezalar öngörülmesi;

& Bir kişinin haklı olarak korkmasına veya fiziksel yaralanmasına yol açacak biçimde, o kişinin fotoğrafını çekmek, o kişiyi filme almak veya onu kaydetmek için yapılan izlemenin veya o kişiyi arkasından kovalamanın yasaklanması;

& Paparazzinin, izinsiz giriş olmaksızın elde edilemeyecek olan kayıtları elde etmek için izinsiz girdiği ya da “görsel ve işitsel arttırma cihazları” kullandığı durumda mağdur tarafından bir fotoğrafçı ya da doğrudan ilgili bir kişi aleyhinde özel bir hukuk davası açılmasının sağlanması.”¹²⁴

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 24.06.2004 tarihli Von Hannover v. Almanya¹²⁵ vak’ası kararında, başvuru Monaco Prensesi Caroline Hannover’ın magazin gazetecileri tarafından sürekli takip edilerek fotoğraflarının çekilmesi ve yayınlanması suretiyle taciz edilmesinin Alman Mahkemelerince hukuka uygun bulunmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde düzenlenen özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkının ihlali iddiasını değerlendirmiş ve başvurucuyu haklı bularak, özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiği kanaatine varmıştır.

Monako Prensi 3. Ranier’in büyük kızı olan başvuru Caroline Hannover, “Prenses Grace Vakfı”, “Monako Prensi Pierre Vakfı” gibi yardım ve kültür amaçlı vakıfların başkanlık görevini yürütmekte olup bununla birlikte kraliyet ailesini de Kızıl Haç balosu, Uluslar arası Sirk Festivalinin açılış töreni gibi etkinliklerde temsil görevini icra etmektedir. Başvuru, yaşamının çoğunu ikametgahı Monako’da olmasına rağmen Fransa’da geçirmektedir. Başvuru AIHM önündeki iddiasında, günlük yaşamının her anında paparazziler tarafından takip edildiğini, senelerdir Alman Mahkemeleri’ne yaptığı başvurularla özel

¹²⁴İçel/Ünver, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, s. 143.

¹²⁵Von Hannover v. Almanya, 24.06.2004, Başvuru No: 59320/00 (çevrimiçi)
<http://ihami.anadolu.edu.tr>

yaşamının korunması için mücadele ettiğini fakat “gözden uzak ortam” kavramının Almanya Federal Adalet Mahkemesi ve Federal Anayasa Mahkemesi tarafından sınırlı tanımlandığı için söz konusu mücadelesinden sonuç alamadığını, kamusal bir figür olarak kendisinin ve diğer kamusal figürlerin özel yaşam alanının Alman mevzuatında çok sınırlı olarak tanındığını, söz konusu özel yaşam korumasından faydalanabilmek için sürekli olarak gözden uzak bir ortamda bulunduğunu kanıtlamak zorunda kaldığını, bunun da fiilen mümkün bulunmadığını ifade etmiştir. Bununla birlikte demokratik toplumlardaki basın özgürlüğü ilkeleri gereğince basının haber verme yükümlülüğü ile halkın haber alma özgürlüğünün farkında olmasına rağmen başvuru konusu fotoğrafların haber alma özgürlüğü içinde değerlendirilemeyecek önemsizlikte ve özel yaşamını ihlal edecek düzeyde olmakla birlikte kar amacı güdülerek çekilmiş fotoğraflar olduğunu belirtmiştir. Ayrıca söz konusu fotoğraflar yüzünden her türlü hareketini kontrol etme zorunda kaldığını ifade etmiştir.¹²⁶

Hükümet savunmasında Alman mevzuatının basın özgürlüğü ilkeleri ile özel yaşamın korunması hakkı arasında adil bir denge kurduğunu, Alman Mahkemeleri'nin başvuru konusunu oluşturan fotoğrafların “gözden uzak bir ortamda” çekilmediğini tespit ettiğini, kamusal figürlerin özel yaşam alanının dar olduğunu çünkü halkın kamusal figürlerin halk arasında nasıl davrandığını bilmekte hakkı olduğunu, bu sebeple kamusal figürlerin özel yaşam alanının dar olduğunu ifade etmiştir. Davaya katılanlardan Alman Dergi Yayıncıları Birliği, Alman Mahkeme kararlarının AIHM içtihatları ile uyumlu olduğunu, halkın bilgilendirilmesi ilkesinin sadece siyasetçilerle sınırlı olmadığını, bununla birlikte diğer nedenlerle tanınır duruma gelmiş figürlerin de bu kapsamda değerlendirildiğini, basının söz konusu durumda “gözcülük” niteliğinin nispeten dar olduğunu belirtmiştir. Diğer katılan Burada Yayın Şirketi, başvuru konusunun Monako Prensesi olması nedeniyle, “First Lady” olarak toplumda bir model oluşturduğunu, ailesinin geçmişten beri basında dikkat çekmeye çalıştığını, bu sebeple, halkın ilgisinden ailenin de sorumlu olduğunu, Prenses Caroline'in resmi görevleri de hatırlandığında herhangi bir ihlalin söz konusu olmadığını belirtmiştir.¹²⁷

¹²⁶Von Hannover v. Almanya, parag. 8, 44.

¹²⁷Von Hannover v. Almanya, parag. 45- 47.

Başvurucunun AİHM'e yaptığı başvuruda Mahkeme, başvuruyu aşağıda belirtilen fotoğraflarla sınırlamıştır:

- a. Başvurucunun "Caroline ve melankoli. Yazar Roig'e göre, yaşamı sayısız talihsizliklerle dolu bir romandır" başlığı altında ata binerken çekilmiş ve 05.08.1993 tarihli Bunte dergisinde yayınlanan fotoğrafı;
- b. Başvurucunun "Saf Mutluluk" haber başlığı altında Vincent Lindon ile yemek yerken; alış veriş yaparken; bisiklete binerken, bir markette yanında koruması bulunurken çekilmiş ve 19.08.1993 tarihli Bunte dergisinde yayınlanan fotoğrafları;
- c. Başvurucunun "Caroline(...) bir kadın hayata dönüyor" haber başlığı altında Zürs/Alberg Avusturya'da kayak tatili yaparken çekilmiş ve 27.02.1997 tarihli Bunte dergisinde yayınlanan fotoğrafları;
- d. Başvurucunun 15.03.1997 tarihli Bunte dergisinde yayınlanan yalnız bir şekilde evinden çıkarken ve Prens Van Hannover ile birlikteyken çekilmiş fotoğrafları;
- e. Başvurucunun 10.04.1997 tarihli Bunte dergisinde yayınlanan ve onu Prens ile tenis oynarken ve bisikletlerini bırakırken gösteren fotoğrafları;
- f. Başvurucunun Neue Post dergisinde yayınlanan Monte Carlo plajında mayolu bir şekilde banyo havlusuna sarılmış bir vaziyetteyken sendelediğini gösteren fotoğrafları.¹²⁸

Mahkeme, söz konusu vak'ada Observer ve Guardian v. Birleşik Krallık vak'asındaki içtihadına gönderme yaparak basın kişilerin itibarına saygı ile ilgili sınırı aşmamak şartıyla toplumu ilgilendiren konularda kamuyu bilgilendirme hakkını hatırlatarak; politikacıların bu sıfatlarından doğan görevlerini yerine getirirken tartışmalı hususlar da dahil demokratik bir tartışmaya katkı niteliğini taşıyan vak'aların haber yapılması ile başvuru konusu vak'ada olduğu gibi resmi bir görev ifa etmeyen kişilerin özel yaşamından kesitlerin haber yapılması arasında bir ayırım gözetilmesi gerektiği düşüncesindedir. Mahkeme'ye göre başvuru olayda basın, kamu yararına ilişkin tartışmaya katkı niteliğinde bir bilgi vermek suretiyle demokratik toplumdaki "bekçi köpeği" rolünü ifa etmekten

¹²⁸Von Hannover v. Almanya, parag. 45- 47; İçel/Ünver, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, s. 176-177.

uzaktır.¹²⁹ Mahkeme'nin kanaatine göre siyasetçilerin durumunda olduğu gibi kamusal figürlerin belirli koşullar altında özel yaşamlarının bilinmesinde kamusal bir yarar bulunmakla beraber söz konusu olayda durum böyle değildir. Başvuru konusu olayda bilinen bir kişi olmasıyla birlikte başvurucunun vak'a konusu fotoğrafları bazı okuyucuların başvurucunun özel yaşamına ilişkin merak duygularını tatmin amaçlıdır ve kamusal bir tartışmaya katkı sağlayacak nitelikten uzaktır ve söz konusu durumlarda ifade özgürlüğünün yorumu dar olmalıdır.¹³⁰

Mahkeme'nin üzerinde durduğu önemli diğer bir husus da, başvuru konusu olayda başvurucunun fotoğraflarının bilgisi ve rızası dışında çekilmiş olduğu gibi, tanınmış kişilerin günlük yaşamlarında basın tarafından uğradıkları tacize katlanmak zorunda kaldıkları gerçeğidir. Söz konusu olayda da plaj giriş kuralları sıkı bir şekilde belirlenmesine rağmen başvurucunun plaj kenarında sendelerken çekilmiş fotoğrafları yüzlerce metre öteden gizlice çekilmiştir. Mahkeme her bireyin kişiliğini geliştirme hakkı çerçevesinde özel yaşam hakkı bulunduğunu hatırlatarak halk tarafından tanınan kişiler de dahil herkesin özel yaşam hakkının korunması konusunda meşru bir beklentiye sahip olduğunu belirtir ve özel yaşam hakkının herkes için geçerli olduğunu ifade eder.¹³¹ Mahkeme'ye göre, çağdaş bir toplumda örnek kişiler ile kamusal figürler arasındaki ayırım açık bir şekilde yapılmalıdır. Kişi hukuk devletinde ne zaman, nerede korunaklı ve gözden uzak bir mekanda olduğunu ya da üçüncü kişilerin ve basının gözü önünde olduğunu bilmeye ihtiyacı vardır. Başvurucu bakımından ise olayda örnek bir kişi olarak kamunun gözünden uzak bir mekanda olmadığı ve bunu ispat edemedikçe özel yaşam hakkı korumasından yararlanamayacaktır. Bu şekilde fotoğraflarının çekilmesinde fotoğrafları özel yaşam alanına dahil olsa bile bu eylemlere katlanmak zorunda kalacaktır. Bu da hukuken kabul edilmesi mümkün olmayan bir durum yaratacaktır. Mahkeme'ye göre mekansal ölçüt, teoride uygun olmakla birlikte gerçek yaşamda kişinin önceden mekanı tahmini açısından güçlük arz edeceği için belirsizlik taşımaktadır. Olayda olduğu gibi kişiyi toplumda örnek kişi olarak nitelemek özel yaşam hakkının sınırlanması için yeterli değildir.

¹²⁹“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önünde Prenses Caroline Papparazzilere Karşı” (çeviren: Haydar Burak Gemalmaz), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7 Prof. Dr. Hans Joachim Hirsch'e Armağan Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, (Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver), 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 195.

¹³⁰Von Hannover v. Almanya, parag. 64 -66.

¹³¹ Hannover v. Almanya, parag. 68 - 69.

Mahkeme, basının haber verme özgürlüğü (ifade özgürlüğü) ile özel yaşam hakkının korunmasını dengelerken göz önünde bulundurulması gereken faktörün haberin demokratik bir toplumdaki tartışmaya katkı yapıp yapmadığının belirlenmesi olduğunu ifade etmiştir. Başvuru konusu olayda söz konusu haberler fotoğraflarla dengelenmek suretiyle Prenses Caroline'in özel yaşamından ayrıntıları vermektedir ve bu haberler demokratik bir toplumda toplumsal bir tartışmaya katkı yapmaktan uzaktır. Ayrıca Mahkeme'ye göre kişi halk tarafından tanınan örnek bir kişi olsa ve gözden uzak bir ortamda bulunmasa da toplumun her zaman söz konusu örnek kişinin nerede bulunduğunu ve özel yaşamında ne şekilde davrandığını bilmek hususunda meşru bir menfaati bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle Mahkeme'ye göre başvuru konusu olayda Alman Mahkemeleri başvuru konusunun özel yaşam hakkının etkili bir şekilde korunmasını sağlayamamıştır ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı ihlal edilmiştir.¹³²

Mahkeme'nin 2004 tarihinde verdiği inceleme konusu karar, özel yaşam alanı ile ifade özgürlüğü çerçevesinde basın özgürlüğü çatışmasında getirdiği kriterler ile emsal niteliği taşımaktadır. Gemalmaz'ın belirttiği üzere söz konusu karar hem tarihinin yeni olması hem de özel yaşam alanına getirdiği yeni ölçütler bağlamında günceldir. AİHM'in Van Hannover kararından önceki yaklaşımında özel yaşam alanındaki ölçüt mekansal nitelikteydi. Mekansal yaklaşıma göre kişi eğer kişi gözden uzak bir mekanda bulunuyor ise özel yaşam korumasından yararlanabilecektir. Bununla birlikte bireyin kamu tarafından tanınan örnek bir kişi olması halinde özel yaşam alanı da sınırlanmaktadır. Mahkeme'nin Van Hannover kararında ortaya koyduğu ölçüt ise iki görünümlüdür ve iki ölçüt de birlikte değerlendirilmelidir. İlk ölçüt kişinin toplumda ifa ettiği "görev" iken, ikinci ölçüt, ilk ölçüte uyan kişi hakkında yapılan haberin "toplumdaki bir tartışmaya katkı sağlaması"dır. Bu durumda görevsel ölçüt gereği "kişinin niteliği" belirlenmeliyken ikinci ölçütte de söz konusu kişiyle ilgili "haber niteliği" belirlenmelidir. Söz konusu ölçütleri kapsamayan bir yayın özel yaşam alanını ve dolayısıyla bireyin özel yaşam hakkını ihlal edecektir.¹³³

¹³²İçel/Ünver, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, s. 197-198.

¹³³İçel/Ünver, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, s. 171.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AİHM STANDARTLARI AÇISINDAN TÜRK HUKUKUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Genel Olarak Türk Hukukunda İfade Özgürlüğü

Söz konusu başlık altında ilk olarak 1982 Anayasası'nda yer alan ifade özgürlüğü düzenlemeleri incelendikten sonra yine anayasada yer alan basın özgürlüğü ilkeleri ortaya konulacaktır. Daha sonra 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki ifade özgürlüğü ile ilgili üzerinde en çok tartışılan başlıca maddelere, ifade özgürlüğü ile yakından bağlantısı olan diğer düzenlemelere ve 5532 Sayılı Kanunla Değişik Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. ve 7. maddelerine yer verilecektir. Son olarak 5187 Sayılı Basın Kanunu'ndaki temel kavramlar, basın suçları ve sorumluluk rejimi ortaya konulacaktır.

I- 1982 Anayasasında İfade Özgürlüğü

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası incelendiğinde “düşünce ve kanaat hürriyeti” ile “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” nin iki ayrı madde altında incelendiği görülecektir. Okumuş'un görüşüne göre ifade hürriyetinin iki ayrı madde altında düzenlenmesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemine benzemektedir; şöyle ki 25. madde AİHS madde 9'a, 26. madde ise AİHS madde 10'a karşılık gelmektedir. İfade özgürlüğünün Anayasa'da iki ayrı özgürlük olarak düzenlenmesinin gerekçesi 25. maddede korunan özgürlük ile 26. maddede korunan özgürlüğün içerik ve nitelik olarak birbirinden farklı olmasıdır. Düşünce ve kanaat özgürlüğü mutlak hak niteliğindeki düşünceyi yayma ve açıklama özgürlüğü mutlak hak niteliğinde değildir.¹³⁴ Anayasa'nın 25. maddesinde düşünce ve kanaat hürriyeti düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasında herkesin düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olduğu belirtilmiştir. Maddenin 2. fıkrasında hiçbir sebep ve amaçla kişilerin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı, düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamayacağı ve suçlanamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 15. maddesinde “temel hak ve

¹³⁴Ali Okumuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de İfade Hürriyeti, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 136.

hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması” başlığı altında savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde temel hak ve hürriyetlerin kullanımının ne şekilde kısıtlanabileceği düzenlenmiştir. 15. maddenin 2. paragrafında hiç kimsenin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı belirtilmiştir. Bu hüküm altında düşünce ve kanaat hürriyetine hem olağan hem de olağanüstü rejimde müdahale edilemeyecektir¹³⁵. Sonuç olarak Anayasa’nın 25. maddesinde düzenlenen düşünce ve kanaat hürriyeti mutlak nitelikte bir haktır.

Anayasa’nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti düzenlenmiştir. 26. maddeye göre, herkesin, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına ya da toplu olarak açıklama ve yayma hakkı vardır. Bu hürriyetin kullanılması resmi makamların müdahalesi olmadan kullanılır ve bu hak haber veya fikir almak ya da vermek özgürlüğünü de kapsar. Maddenin 1. fıkrasının son cümlesine göre 1. fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Maddenin 2. fıkrasında düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlama rejimi düzenlenmiştir. 26. maddenin 2. fıkrasına göre;

“Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.”

Söz konusu madde metni 3.10.2001 tarih ve 4709 Sayılı “Türkiye Cumhuriyetinin Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun” ile değiştirilmiş metindir. 4709 Sayılı Kanun’dan önceki madde metninde “milli güvenlik”, “kamu düzeni”, “kamu güvenliği”, “Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması” ölçütleri yer

¹³⁵İbrahim Şahbaz, Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 187.

almamaktaydı. Bu ölçütler 4709 Sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden önce Anayasa'nın 13. maddesinde yer almaktaydı. Bu sebeple 13. madde “genel bir sınırlama kuralıydı.” Yapılan değişiklik ile düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlama rejimi, bu hakkı düzenleyen 26. maddede ayrı bir fıkra olarak düzenlenmiştir.¹³⁶

AB uyum yasaları sürecinde yapılan bu değişiklik isabetli olmuştur. Zira uluslar arası insan hakları belgelerinin yapıma amacı temel hak ve özgürlükleri güvence altına almaktır. İnsan hakları tarihinden günümüze gelene kadar varılan sonuç, özgürlüklerin kural, sınırlamaların istisna olduğudur. İnsan hakları belgeleri ile liberal demokrasilerdeki temel hak ve özgürlükleri düzenleyen diğer belgelerde bir temel hak ve özgürlüğe hayat vermek esastır. Temel hak ve özgürlüklerin bir bölümü sınırlandırılmaya müsaitken diğer bir bölümü nitelik olarak sınırlandırmaya uygun değildir. Temel hak ve hürriyetleri sınırlandırma istisna olduğundan bu ilkeye uygun olarak uluslar arası ya da bölgesel insan hakları belgelerinde bütün hakları sınırlayan bir genel sınırlama maddesine yer verilmemiştir. Bunun yerine temel hak ve özgürlükler tek tek farklı maddelerde tanımlanmış ve ilgili hakkı düzenleyen maddede ayrı bir fıkra olarak temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılabilen bir nitelikte olmasına bağlı olarak sınırlama rejimi düzenlenmiştir. Belli bir maddede sınırlandırılabilen bütün temel hak ve özgürlükleri kapsayacak şekilde genel bir sınırlandırma ölçütü yazmak, yazım tekniği anlamında daha pratik olmakla birlikte, her temel hak ve özgürlüğün niteliği ve sınırlandırma ölçütü farklı olacağından uygun bir teknik olmaz.¹³⁷

4709 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce 26. maddeye ilişkin diğer bir sınırlandırma rejimi de 3. fıkrada yer alan düzenlemeydi. Söz konusu düzenlemeye göre, düşüncelerin açıklanması ve yayılmasında kanun tarafından yasaklanmış olan bir dil kullanılmayacaktır. İlgili yasağa aykırı olacak şekilde yazılı ya da basılı kağıtlar, plaklar, ses ve görüntü bantları ve ilgili sair anlatım araç ve gereçleri usulüne göre verilmiş hakim kararına göre ya da gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda kanun tarafından yetkili addedilmiş merciin emriyle toplattırılmalı ve toplatma kararını veren merci bu kararını, yirmi dört saat içinde

¹³⁶Şahbaz, s. 188.

¹³⁷Gemalmaz, İnsan Hakları Hukuku, s. 1612-1613.

yetkili hakime bildirmelidir. Hakimin bu uygulamayı üç gün içinde karara bağlaması gereklidir. Söz konusu hüküm isabetli bir değişiklikle Avrupa Birliği normlarına uygun olmadığından mülga olmuştur.

4709 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında 26. maddenin son fıkrasında, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Şahbaz'ın da belirttiği gibi yürütmenin düzenleyici işlemleri ile söz konusu özgürlüğe müdahale edilmesi mümkün değildir.¹³⁸ Yürütmenin müdahale yetkisinin olmaması dayanağını 26.09.2004 tarihli ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinden almaktadır. 5237 Sayılı Kanun'un "suçta ve cezada kanunilik" başlığını taşıyan ikinci maddesinin ikinci fıkrasına göre, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağı hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 27. maddesinde ise ifade özgürlüğünün özel kullanım şekli olarak "Bilim ve Sanat Hürriyeti" düzenlenmiştir. Anayasa'nın 27. maddesine göre, herkesin, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkı bulunmaktadır. Bu maddenin 2. fıkrasında uluslar arası insan hakları belgeleri sistematiğine uygun olarak bu hakkın sınırlama rejimi düzenlenmiştir. Söz konusu sınırlamaya göre yayma hakkı, Anayasa'nın ilk üç maddesi hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamayacaktır. İfade özgürlüğünün diğer bir özel kullanım şekli de 28. maddede düzenlenen "Basın Hürriyeti"dir. 28. maddede basın hür olduğu sansür edilemeyeceği belirtilmiştir. Birinci fıkranın ikinci cümlesinde basımevi kurmanın izin alma ve mali teminat şartına bağlanamayacağı düzenlenmiştir. Basın hürriyetinde sınırlama rejimi olarak 26. ve 27. madde hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Düşüncüyü yayma ve açıklama özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü ile basın özgürlüğünü düzenleyen maddelerde sınırlama rejimleri ayrı olarak açıklanmıştır. Bu özgürlükler sınırlama rejimlerine tabi olduğundan mutlak nitelikte değildir. Nitelikleri itibarıyla belli nedenlerle sınırlanabilen haklardandır.

¹³⁸Şahbaz, s. 188-189.

II- 1982 Anayasasında Ortaya Konan Basın Özgürlüğü İlkeleri

1982 Anayasası'nın 28. maddesinin ilk cümlesindeki düzenlemeyle ortaya konan ilkeye göre; "basın hürdür, sansür edilemez."

28. maddenin ikinci cümlesinde basımevi kurmanın izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamayacağı ifade edildikten sonra 29. maddede süreli ve süresiz yayınların önceden izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamayacağı düzenlenmiştir. 1876, 1924, 1961 Anayasalarında yer almayan basımevi kurmak için izin ve mali teminat yatırılamayacağı ilkesi isabetli bir düzenlemeyle 1982 Anayasasında yer almıştır. Aksi takdirdeki bir düzenleme basının siyasi iktidarın baskısı altında kalması sonucunu doğurur.¹³⁹ Osmanlı döneminde gazete, dergi gibi süreli yayınların düzenlenmesi hususunda çıkarılan bir tüzük olan 1864 tarihli Matbuat Nizamnamesi'nde gazete, dergi gibi süreli yayınların çıkarılmasında izin verme yetkisi Matbuat Müdürlüğü'ne bırakılmıştı. Görüldüğü gibi 1864 tarihli Matbuat Nizamnamesi'nde izin sistemi mevcuttu. Bu nizamnamede resmi ilanların yayınlanması için bir ücret yatırılması gerekiyordu ve Hükümet'in sakıncalı içerikte bulunduğu yazılar konusunda yayın yönetmenlerine uyarıda bulunma gerektiğinde de gazete, dergi gibi süreli yayınları kapatma yetkisi bulunmaktaydı.¹⁴⁰ 1931 tarihli Matbuat Kanunu'nda yapılan 1938 tarihli değişiklik gereği yayın faaliyetinde bulunacak kişinin söz konusu yayından dolayı doğabilecek zararları karşılamak için önceden bir teminat yatırma zorunluluğu bulunmaktaydı.¹⁴¹ 1982 Anayasası'nda ise süreli yayın çıkarmak için kanunda belirtilen mercilere kanunun gösterdiği belgelerin verilmesi yeterli görülmüştür. İlgili maddeye göre Basın Kanunu'nda aşağıda inceleneceği gibi beyanname verme yükümlülüğünün şartları ve ilgili merci belirtilmiştir.

1982 Anayasası'nın 30. maddesinde ise kanunda belirtilen usul ve esaslara uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentilerinin zapt ve müsadere edilemeyeceği düzenlenmiştir. AB uyum yasaları çerçevesinde 07.05.2004

¹³⁹Yaşar Salihpaşaoğlu, Türkiye'de Basın Özgürlüğü, 1. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 95.

¹⁴⁰AnaBritannica, 15. cilt, The University Of Chicago, 1991, s. 421-422.

¹⁴¹Özden Çankaya/Melike Batur Yamaner, Kitle İletişim Özgürlüğü, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s. 117-118.

tarihinde yapılan Anayasa değişikliğinden önce madde metni Şu Şekildeydi: “Kanuna uygun Şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri, Devletin ũlkesi ve milletiyle bŕlünmez bŕtŕnlüęü,, Cumhuriyetin temel ilkeleri ve milli güvenlik aleyhinde işlenmiş bir suçtan mahkum olma hali hariç, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve mũsadere edilemez ve iŐletilmekten alıkonulamaz.” 07.05.2004 tarihinde yapılan değişiklik ile madde metninden “Cumhuriyetin temel ilkeleri ve milli güvenlik aleyhinde işlenmiş bir suçtan mahkum olma hali hariç” ibaresi çıkarılmıştır. AİHM kararlarında da çoğu kez belirtildiği Şekliyle demokratik bir toplumda basının kamuoyunun oluşması ve demokrasiye yaptığı katkı göz önünde bulundurulduğunda her tŕrlŕ iktidar baskısından arı olması gereklidir. Bu bakımdan Anayasada dŕzenlendięi Şekliyle basın araçlarının özel bir korunmadan yararlanması zaruridir. Aksi bir dŕzenleme halinde Salihpaşaoğlu’nun da belirttiği gibi, henŕz kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı dahi olmadan basın araçlarının suç aleti oldukları gerekçesiyle zapt ve mũsadereye konu olması sonucunu doğurur. Sŕz konusu anayasa hŕkmŕ kanunlarda belirtilen usullere uygun bir basım işletmesi olarak kurulan basım evi ve eklentilerinin sŕz konusu korumadan yararlanacağını belirttiğinden kanunlara aykırı bir Şekilde kurulan basımevleri bu korumadan yararlanamayacaktır.¹⁴²

Anayasanın 32. maddesinde dŕzenlenen bir diğer ilke dŕzeltme ve cevap hakkıdır. Sŕz konusu maddede dŕzeltme ve cevap hakkının “kişilerin haysiyet ve Őereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde” tanınacağı belirtilmiştir. İlgili dŕzenleme gereğince dŕzeltme ve cevap hakkının kanunla dŕzenleneceęi ifade edilmiştir. Sŕz konusu gŕnderme gereğince dŕzeltme ve cevap hakkı 5187 Sayılı Basın Kanunu’nda dŕzenlenmiŐtir. 5187 Sayılı Basın Kanunu’nun 14. maddesinde dŕzenlenen cevap ve dŕzeltme hakkının kullanılabileceği durumlar, Anayasa’nın 32. maddesindeki dŕzenlemeye uygun olacak Şekilde, (a) kişilerin Şeref ve haysiyetini ihlal edici yayım yapılması, (b) gerçeğe aykırı yayım yapılması olarak belirtilmiştir. Bu hak sadece dŕnemsel yayınlar için sŕz konusudur. 5187 Sayılı Basın Kanunu’nda dŕzeltme ve cevap hakkını yukarıda belirtilen yayımlardan zarar gŕren kişinin kullanabileceği belirtilmiştir. Fakat burada zarar gŕren kişinin cevap ve dŕzeltmeye konu yazıyla

¹⁴²SalihpaŐaoęlu, s. 96-97.

bir ilgisinin olması aranmıştır. Aranan bu ilgi genel bir ilgi değil, özel bir ilgidir.¹⁴³ Kanunun aradığı “yayımdan zarar gören kişi olma” isabetlidir. Genel bir zarar görme aransaydı bu durumda İçel/Ünver’in de belirttiği gibi söz konusu gerçeğe aykırı haberler için geniş bir okuyucu kitlesinin cevap ve düzeltme hakkı doğacağından bu durum basın açısından külfetli sonuçlar getirirdi.¹⁴⁴ 5680 Sayılı mülga Basın Kanunu’nun 19(7). maddesinde, “Devlet daireleri, kamu müesseseleri ve tüzelkişiler tarafından gönderilecek cevap ve düzeltmeler hakkında” denilmek suretiyle Devlet daireleri ile kamu kurum ve tüzel kişilerin de cevap ve düzeltme hakkı olduğu belirtilmişti. 5187 Sayılı Kanun’da söz konusu yayınlardan dolayı “kişilerin” cevap ve düzeltme hakkı olduğu belirtilmiştir. Bu ifade, 14. maddenin son fıkrasındaki,”Düzeltilme ve cevap hakkına sahip olan kişinin ölmesi halinde bu hak, mirasçılardan biri tarafından kullanılabilir. (...)” düzenlemesi ile birlikte ele alındığında, kanunun cevap ve düzeltme hakkını sadece gerçek kişilere tanıdığı kabulü gerekecektir.¹⁴⁵ Bu hakkın kullanılabilmesi için cevap ve düzeltme yazısının zarar gören kişi tarafından, söz konusu yazının yayımından itibaren iki ay içinde sorumlu müdüre gönderilmesi gereklidir. Söz konusu hakkı kullanma süresine 5187 Sayılı Basın Kanunu’nun 14. maddesinin son fıkrası ile hususi bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre cevap ve düzeltme hakkının mirasçılar tarafından kullanılması durumunda iki aylık süreye bir ay ilave edilecektir. 14. maddenin son fıkrasındaki düzenlemeye göre mirasçıların da bu söz konusu hakkı kullanabilecekleri öngörülmüştür. Kanun mirasçılar bakımından birlikte kullanma gibi bir zorunluluk aramamıştır.¹⁴⁶ Sorumlu müdür cevap ve düzeltme yazısını yayınlamaya karar verirse, söz konusu yazıda hiçbir ekleme ya da düzenleme yapmadan günlük süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç 3 gün içinde, günlük süreli yayın dışındaki süreli yayınlarda yine yazıyı aldığı tarihten itibaren 3 günden sonraki ilk nüshada, ilgili yazının yer aldığı sayfa ve sütunda, aynı puntolarla ve aynı şekilde yayınlamak zorundadır. Burada belirtilmesi gereken başka bir husus da düzeltme ve cevap yazısının, bu hakkın kullanılmasına sebebiyet veren yazının yayımlandığı bölümde yer verilmesi gerektiğidir. Zira

¹⁴³Çankaya/Yamaner, s. 150-151.

¹⁴⁴İçel/Ünver, Kitle Haberleşme Hukuku Basın Radyo-Televizyon Sinema-Video İnternet, 8. baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s. 201.

¹⁴⁵İçel/Ünver, Kitle Haberleşme Hukuku, s. 200.

¹⁴⁶İçel/Ünver, Kitle Haberleşme Hukuku, s. 201.

gazete ve dergilerin farklı bölümlerinin okuyucu kitleleri farklı olabileceğinden, bu hakkın gerçek anlamda fayda getirmesi açısından yazıya aynı bölüm altında yer verilmesinin aranması isabetlidir. Eğer söz konusu hakkın kullanılmasına sebebiyet veren yazı magazin bölümünde yazılmış ise cevap ve düzeltme yazısının da bu bölümde aynı köşede ve sayfada yer alması gerekecektir. Ayrıca kanunun düzenlemesine göre cevap ve düzeltme yazısının yazılmasına sebebiyet veren eserin cevap ve düzeltme yazısında belirtilmesi gereklidir. Söz konusu düzeltme ve cevap yazısının, ilgili yazıdan uzun olmaması aranmıştır. 5680 Sayılı mülga Basın Kanunu'nun 19(2). Maddesindeki düzenlemede cevap ve düzeltme yazısının ilgili yazının iki katından uzun olamayacağı aranmıştı. Söz konusu cevap ve düzeltme yazısına sebebiyet veren yazının yirmi satırdan az yazı veya resim veya karikatür olması durumunda düzeltme ve cevap yazısının 30 satırdan fazla olamayacağına dair düzenlemeye İçel/Ünver, yapılan lekelemenin her zaman kısa bir yazıyla giderilemeyeceği görüşüyle, söz konusu satır düzenlemesinin genişletilmesi gerektiği kanaatindedir.¹⁴⁷ Sorumlu müdür, söz konusu cevap ve düzeltme yazısının yayımlamaz ise bu durumda yayım için tanınan sürenin bitiminden itibaren, maddenin birinci fıkrasındaki düzenlemeye aykırı yayımlanması halinde ise yayım tarihinden itibaren 15 gün içerisinde ilgili zarar gören kişi bulunduğu yer sulh ceza mahkemesi hakiminden yayının yapılmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hakimi bu istemi 3 gün içerisinde karara bağlayacaktır. 5187 Sayılı Basın Kanunu'nun 18. maddesinde cevap ve düzeltmenin yayımlanmaması durumunda sorumluluk ve ceza düzenlenmiştir. Kesinleşmiş hakim kararında rağmen düzeltme ve cevabı yayımlamayan sorumlu müdür ile sorumlu müdürün bağlı bulunduğu genel yayın yönetmeni, yayım koordinatörü gibi yetkililer on milyar liradan 150 milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılacaktır. Ağır para cezası, bölgesel süreli yayınlarda yirmi milyar liradan, yaygın süreli yayınlarda elli milyar liradan az olamayacaktır. Maddedeki diğer yaptırım ise düzeltme ve cevap yazısının yayımlanmaması veya 14(1). maddedeki şartlara uyulmaksızın yayımlanması durumunda masraflar yayın sahibi tarafından karşılanmak suretiyle, hakimın söz konusu cevap ve düzeltmenin tirajı yüz binin üzerinde olan iki gazetede ilan şeklinde yayımlanmasına karar verebileceği şeklindedir.

¹⁴⁷İçel/Ünver, Kitle Haberleşme Hukuku, s. 212-213.

5187 Sayılı Kanunda belirtilen bir diğerk ilke ise 28. maddede belirtilen devletin basın ve haber alma özgürlüğünü sağlamak hususunda gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüdür. Basının haber verme yükümlülüğü bulunmakla birlikte bireylerin de haber alma hakkı vardır. Bu durumda basın ve bireylerin ilgili hak ve ödevlerini gereği gibi yerine getirebilmeleri için devletin biri negatif ve pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Devletin negatif yükümlülüğü gereğince bireylerin ifade özgürlüğü çerçevesinde bilgi edinme hakkını serbestçe kullanabilmelerini kısıtlayan uygulamalardan kaçınma zorunluluğu bulunmaktadır. Devletin pozitif yükümlülüğü aynı şekilde Anayasa'nın 5. maddesinde de düzenlenmiştir. 5. maddede Devletin kişilerin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma, bireylerin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama yükümlülüğü olduğu belirtilmiştir. Devletin pozitif yükümlülüğü gereğince Salihpaşaoğlu'nun da belirttiği üzere basın özgürlüğü açısından Devletin pozitif yükümlülüklerinden en önemlisi basının tekelleşmesinin önüne geçmektir. Bununla birlikte yeni kurulan süreli yayın işletmelerine bazı vergi kolaylıkları getirilmesi ya da yeni basın işletmeleri kurulmasını teşvik edici düzenlemelerin yapılması da yine Devlet'in basın özgürlüğü alanındaki pozitif yükümlülüklerini oluşturmaktadır.¹⁴⁸

III- 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler

01.03.1926 tarih ve 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu yapılan altmışa yakın değişiklik ile bütünlüğünü kaybetmişti. Söz konusu değişiklikler neticesinde ceza hukuku prensiplerine aykırı olarak kişiler işlemiş oldukları fiillerinden dolayı iki defa cezalandırmalara tabi olabilmekteydi. Bu durum 765 Sayılı Yasa'nın 264/6. maddesindeki "(...) suç daha ağır bir cezayı gerektirse bile ayrıca (...)"; 264/7, 536/1-2., 537/1-2-3. maddesindeki, "(...) eylem başka bir suçu oluştursa bile ayrıca (...)” gibi ifadelerden kaynaklanmaktaydı. 765 Sayılı Yasa'nın bütünlüğünü kaybetmesi sonucunda yapılan uzun çalışmalar neticesinde 26.09.2004 tarihinde 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu kabul edilmiştir.¹⁴⁹ Bu

¹⁴⁸Salihpaşaoğlu, s. 107-108.

¹⁴⁹Salihpaşaoğlu, s. 172-173.

bölüm altında Türkiye'nin AİHM önünde sık sık yargılanmasına konu olan Suç İşlemeye Tahrik (Madde 214), Suçu ve Suçluyu Övme (Madde 215), Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama (Madde 216), Türklüğü, Cumhuriyet, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama (Madde 301) suçları ulusal yargı kararları ışığında incelenecektir.

A- Hakaret (Madde 125)

5237 Sayılı Kanun'un hakaret başlığını taşıyan 125. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır:

“(1) Bir kimseye onur, şeref, ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden ya da yakıştırmalarda bulunmak veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için, fiilin en az üç kişiyle iltihat ederek işlenmesi gerekir.

(2) Fiilin mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkra da belirtilen cezaya hükmolunur.

(3) Hakaret suçunun;

a. Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı,

b. Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı,

c. Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle, işlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.

(4) Ceza, hakaretin alenen işlenmesi halinde, altıda biri; basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, üçte biri oranında artırılır.

(5) Kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi halinde, suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır.”

Maddenin genel gerekçesinde hakaret fiilinin cezalandırılmasıyla korunan hukuki değerlerin kişilerin şeref, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı, diğer fertler nezdindeki saygınlığı olduğu belirtilmiştir. Hakaret suçunun oluşabilmesi için kişiye somut bir fiil ya da olgunun isnat edilmesi gereklidir. Kişiye isnat edilen fiilin gerçek olup olmamasının hakaret suçunun oluşması açısından bir önemi

olmamakla birlikte, somut olayın gerçekliği ispat edildiğinde fail cezalandırılmayacaktır. Kişiyeye, onu herhangi bir olayla irtibatlandırmaksızın bir takım soyut yakıştırmalarda bulunulması da söz konusu suçun oluşmasına sebebiyet vermektedir. Örneğın bir fiil ya da olgu isnadı söz konusu olmaksızın, kötü bir niteliği veya huyu ifade eden “dolandırıcı”, “ikiyüzlü”, “hain” gibi sözler sarf edilmesi hakaret suçunu oluşturur. Aynı şekilde kişinin bedeni arızasına ya da ona bir hastalığın izafe edilmesine yönelik “kör”, “şası”, “psikopat”, “aidsli” demekle de söz konusu suç oluşur. Önemli olan, davranışın kişiyi küçük düşürmeye yönelik olarak gerçekleştirilmesidir.

Bu bağlamda, kişiyeye, onu toplum nazarında küçük düşürmeye yönelik “komünist”, “partizan”, “faşist” gibi bir takım sözler sarf edilmesi halinde de maddede tanımlı suç oluşur. Hakim, sarf edilen sözün kişiyi toplum nazarında küçük düşürmek amacıyla olup olmadığını tayin ederken her somut olayda, toplumda hakim olan örf, adet ve telakkileri göz önünde bulundurur.

Hakaret suçunun kişinin gıyabında işlenmesi de söz konusu olabilir. Gıyapta hakaretin cezalandırılabilmesi, fiilin mağdurun gıyabında ve en az üç kişiyle iltihat ederek gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Söz konusu kişilerin bir arada ya da dağınık olmalarının suçun oluşması açısından bir önemi yoktur. Ancak izlenen suç siyaseti gereğince, hakaret suçunu meydana getiren fiilin en az üç kişi muhatap alınarak yapılması gerekmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasına göre de kişiyi hedef alan söylemlerin mektup, telefon, faks gibi yollarla işlenmesi halinde de hakaret suçunun oluşacağı belirtilmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasına göre de söz konusu suçun kamu görevlilerine karşı işlenmesi durumu, suçun nitelikli halini meydana getirmektedir. Aynı şekilde suçun dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değıştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı ya da kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle, işlenmesi halinde verilecek cezanın alt sınırı üçte biri oranında arttırılacaktır.

Bununla birlikte maddenin dördüncü fıkrasına göre hakaretin alenen işlenmesi, suçun nitelikli bir şekli olarak kabul edilmiştir. Fiilin gerçekleştiği koşullar açısından belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir nitelikte olma, aleniyet için aranan temel ölçüttür.

Maddenin son fıkrasında ise kurul halinde çalışan kamu görevlilerine, kamu görevlerinden dolayı hakaret edilmesi halinde suçun, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılacağı belirtilmiştir.¹⁵⁰

Burdur Ağır Ceza Mahkemesi üyesi sanık N. Ş.'nin aynı mahkemede zabıt katipliği yapan mağdur Ö. U'ya diğer personelin de hazır bulunduğu mahkeme kaleminde yönelttiği “şişko”, “sen dincisin, para harcamazsın, hadi seninle içmeye gidelim”, “aptal herif, size laf söyleyince çarşafa dolanıyorsunuz”, “şişko, adam gibi yaz” şeklindeki ifadelerin hakaret suçunu oluşturmadığı kanaatiyle sanığın beraatine karar veren Yargıtay 4. Ceza Dairesi kararının temyizi neticesinde Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 26.12.2006 tarih ve 251 E. - 324 K. sayılı kararında; “suç tarihinden çok kısa bir süre önce bu göreve atanmış bulunan sanığın mahkeme kaleminde gerçekleşen konuşma öncesinde diğer personele yönelik olarak da olumsuz söz ve davranışlar sergilemesi, olağan duyarlılıkla değerlendirildiğinde bir kamu görevlisinin kendisini aşağılanmış sayacağı nitelikteki ‘şişko’ hitabını mağdurun alınganlık gösterdiğini bilerek ve yazı işleri müdürünün uyarısına karşın ısrarla her fırsatta ve çalışma ortamında yinelemiş olması karşısında, beraat kararında belirtilenin aksine bu sözlerin şaka yollu söylenmediği, maiyetinde çalışan ve henüz aday memur olması nedeniyle mukabele gücünden mahrum bulunan mağdur Ömer’i aşağıladığını bilerek bu hitabı sürdüren sanığın, neticeyi ‘bilme’ ve ‘isteme’den ibaret suç kastı ile hareket ettiği anlaşıldığından, Yargıtay Cumhuriyet savcısının temyiz itirazının kabulü ile Yargıtay 4. Ceza Dairesince verilen beraat hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.” kanaatine varmıştır.¹⁵¹

Kadıköy Adliyesi önünde sergilediği "kolaj" çalışmasının Başbakan Recep Tayyip

¹⁵⁰ Necati Meran, Gerekçeli-Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 598-600.

¹⁵¹ Yargıtay CGK, 26.12.2006, E: 251, K: 324.

Erdoğan'a yönelik hakaret unsuru içerdiği iddiasıyla yargılanan sanığın beraatine dair Kadıköy 2. Sulh Ceza Mahkemesi'nce verilen kararın temyizi neticesinde Yargıtay 25.05.2009 tarihli kararında; "Temel insan haklarından olan düşünceyi açıklama ve yayma ile bilim ve sanat özgürlüğü, Anayasa'nın 26 ve 27. maddeleri ile güvence altına alınmıştır. Ancak sanat yolu ile eleştiri, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü kapsamında kişiler için bir hak olmakla birlikte, başkalarının şöhret ve haklarının ihlali sonucunu doğurması halinde, hakkın kullanılmasının sağladığı korumadan yararlanması düşünülemez. Eleştirinin hangi durumda bir hak olmaktan çıkıp, suç boyutuna ulaştığının belirlenmesinde, muhatabın sıfatı, sosyo-kültürel durumu, toplumda egemen örf ve adetle ülke kamuoyunda yarattığı etki vb. gözetilmelidir. Her ne kadar demokratik toplum olmanın gereği olarak, siyasi kimliği bulunan kişilerin diğer bireylere göre kaba, sert ve kırıncı eleştirilere karşı daha hoşgörülü olması beklenebilir ise de, eleştirilen durum ile anlatım biçimi arasında düşünsel bağın bulunmaması ve küçültücü değer yargısı içermesi halinde eylemi hukuka uygun kılan çerçeve aşılmış olur. Bu açıklamalar karşısında, sanığın kolaj tekniğini kullanarak yaptığı, köpek bedeni üzerine T.C. Başbakanı'nın kafa fotoğrafı yerleştirilen, üstündeki örtüye "B...'nin köpeği olmayacağız" yazılı, ağzında ABD doları, boynunda ABD Bayrağı Figürü ve kuyruğunda füze bulunan çalışmayı, Kadıköy Adliye Binası önünde halka, davet ettiği basın mensuplarına ve kameralara göstermek suretiyle gerçekleşen eyleminde, yapılan eleştirinin, kaba, sert, kırıncı ve incitici olmanın ötesinde aşağılayıcı boyuta ulaştığı ve muhatabın köpek biçiminde resmedilmesinden ibaret kalmayıp, "B...'nin köpeği olmayacağız" denilmek suretiyle ironi yapılarak, köpekleşme olgusuna ve dilimizde "köpek" sözcüğüne yüklenen "alçak, soysuz; çıkarı için yaltaklanan (kimse)" gibi anlamlara vurgu yapıldığı, böylece kamu görevi yapan mağdur hakkında küçültücü değer yargısında bulunularak içsel değere ve kamuoyu nezdindeki şeref ve saygınlığına saldırıda bulunarak hukuka uygunluk sınırının aşıldığı, İngiliz vatandaşı olup 20 yıldır Türkiye'de yaşayan ve çeşitli eğitim kurumları ile Üniversitelerde hocalık yaptığı anlaşılan sanığın, Türk örf ve adetlerinden uzak olmayan yaşantı içinde olduğu ve eylemin ülke kamuoyundaki etkisini bilebilecek durumda bulunduğu gözetilmeden, suça konu kolajın siyasi eleştiri ve mesaj içerdiği, sanığın suç kastının bulunmadığı

biçimindeki yasal olmayan gerekçeyle hükümlülüğü yerine beraatine karar verilmesi(...)¹⁵² kanaatine vararak yerel mahkeme hükmünü bozmuştur.¹⁵²

Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 12.02.2007 tarihli kararında, İlçe Jandarma komutanı olan katılan S.'nin geceleyin görevden ayrılıp eve dönerken, kardeşinin merdivenden düşerek yaralanması nedeniyle Hastaneye götürmek için taksi arayan sanığa yardımcı olmaya çalıştığı ve yine İlçe Jandarma Komutanlığı'nda görevli astsubay olan katılan C.'yi de arayarak yardımcı olmasını istediği ve bu nedenle katılan C.'nin de olay yerine geldiği, sanığın bir türlü taksi bulunmamasına sinirlenerek her iki katılına hakaret ettiği ve kendisinin uyarılması üzerine, katılanlara saldırıp vurarak yaraladığının anlaşılması karşısında; katılanların yerine getirmekte oldukları bir görev bulunmaması dolayısıyla eylemin görevli memura yönelik yaralama ve görevliye sövme suçlarını oluşturmadığı, koşulları bulunması halinde uzlaşma hükümlerine tabi olan Türk Ceza Kanunu'nun 86/2 ve 125/1-4, 43.madde ve fıkralarına uyan suçları oluşturacağı gözetilmeden, aynı yasanın 86/2, 3-c, 125/3-a, 4, 43madde ve fıkraları ile mahkumiyet hükmü kurulmasını bozma nedeni saymıştır.¹⁵³

B- Suç İşlemeye Tahrik (Madde 214)

5237 Sayılı Kanun'un suç işlemeye tahrik başlığını taşıyan 214. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır:

“(1) Suç işlemek için alenen tahrikte bulunan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Halkın bir kısmını diğer bir kısmına karşı silahlandırarak, birbirini öldürmeye tahrik eden kişi, on beş yıldan yirmi dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Tahrik konusu suçların işlenmesi halinde, tahrik eden kişi, bu suçlara azmettiren sıfatıyla cezalandırılır.”

Maddenin genel gerekçesine baktığımız zaman birinci fıkrada tanımlanan suç işlemeye tahrik fiilinin iştirak ilişkisinden bağımsız düzenlendiğini görüyoruz. Söz konusu fiil, suçun yapısal unsurlarından sonuç bakımından tehlike suçudur.

¹⁵² Yargıtay 4. C.D, 25.05.2009, 10444 E., 10167 K.

¹⁵³ Yargıtay 4. C.D, 12.12.2007, 8695 E., 10754 K.

Suç tipinde tanımı yapılmış olan tahrik fiilinin yapılması suçun işlenmesi için yeterli olduğundan ve bu tahrik neticesinde meydana gelen bir tehlikenin gerçekten meydana gelmesine gerek olmadığından birinci paragrafta belirtilen suç, soyut tehlike suçudur.¹⁵⁴ Madde gerekçesinin devamında da belirtildiği gibi, “suç işlemek için tahrik, aslında tahrik konusu suça bir hazırlık hareketi niteliğindedir. Ancak aleni olarak gerçekleştirilen bu tür fiillerin, kamu barışı açısından ifade ettiği tehlike nedeniyle, zararlı neticenin doğmasını beklemeden ve iştirak kurallarından bağımsız olarak ceza yaptırımını altına alınması gerekmiştir.” Bu cümle birinci fıkrada belirtilen tahrik suçunun soyut tehlike suçu olarak düzenlenme gerekçesini açıklamaktadır.

Birinci fıkrada belirtilen suç açısından önemli olan, suça tahrik edilen kimsenin belirli olmamasıdır. Birinci fıkrada belirtilen suç ile ilgili olarak gerekçede, “eğer muayyen kişiler, belli bir suçu işlemek için teşvik veya azmettirilmiş ise, meselenin iştirak kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.” denilmektedir. Eğer suça tahrik edilen kişi belirli ise tahrik eden açısından iştirak hükümleri uygulanacak iken, suça tahrik edilen kişinin belirli olmaması durumunda suça tahrik eden kişi tahrikten sorumlu olacaktır.¹⁵⁵

Maddenin ikinci fıkrasında belirtilen suç, halkın bir kısmını diğer bir kısmına karşı silahlandırmak suretiyle birbirini öldürmeye tahrik edilmesi ile oluşacaktır. Kanuni tanımda yapılan fiilin işlenmesi suçun yapılması açısından yeterlidir. Gerekçede de belirtildiği üzere suçun tamamlanabilmesi için öldürmenin ya da fiili saldırının başlaması gerekli değildir. Bu durumda halkın bir kısmının diğer bir kısma karşı silahlandırmak suretiyle öldürülmesinin istenmesi durumunda suç oluşmuş olacaktır. Fakat tahrikin belirli kimselerin öldürülmesi kastıyla yapılması durumunda gerekçede de belirtildiği gibi bu fıkra hükmü uygulanmayacak, konu iştirak hükümleri açısından değerlendirilecektir.

¹⁵⁴Kayihan İçel, İçel Suç Teorisi, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s. 68.

¹⁵⁵Şahbaz, s. 289.

C- Suçu ve Suçluyu Övme (Madde 215)

765 Sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 312/1. maddesinde düzenlenen¹⁵⁶ bu madde 5237 Sayılı Yasa'da 215. maddede; "İşlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." şeklinde kaleme alınmıştır.

Madde gerekçesinde de açıklandığı gibi bu madde ile suçu ve suç işleyen kişiyi övme suçu tanımlanmıştır. Bu maddede düzenlenen suçun oluşması için bir kimsenin daha önceden işlenmiş bir suçu veya o suçun failinin övülmesi gerekmektedir. Bu suçun gerekçesinde suç işlemiş olan bir kişinin övülmesi ile işlenmiş olan bir suçun övüldüğü belirtilmiştir. Yargıtay 26.03.2009 tarihli kararında, 1996 yılında düzenlenen bir eylemde canlı bomba olarak kullanılan terör örgütü mensubunun ölüm yıldönümünde atılan sloganları alkışlarla destekleyerek ve yürüyerek eyleme katılan sanıklar hakkında verilen beraat kararının bozmayı gerektirdiğine hükmetmiştir.¹⁵⁷

D- Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama (Madde 216)

765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nun 312/2-3 ve 175. maddelerinde düzenlenen suçlar 5237 Sayılı Yasa'da 216. maddede düzenlenmiştir¹⁵⁸. Madde metni şu şekildedir:

"(1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

¹⁵⁶Şahbaz, s. 291; 765 Sayılı Yasa'nın 312/1. maddesi şu şekildeydi: "Bir cürmü alenen öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna uymamaya tahrik eden kimseye altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir."

¹⁵⁷Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 26.03.2009, Esas No: 2007/7162; (çevrimiçi)www.hukukturk.com

¹⁵⁸Şahbaz, s. 291.

(3) Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Madde gerekçesinde kin, “öç almayı gerektirecek şiddetli düşmanlık hareketlerin(in) zeminini oluşturan psikolojik bir hal”; düşmanlık, “husumet beslenen konuya karşı düşünerek, tasarlayarak zarar vermeye, onu mağlup etmeye yönelmiş kin duygusu”; kin ve düşmanlık ise, “husumet beslenen konuya karşı tasarlayarak zarar vermeye, öç almayı gerektirecek şiddette nefret duymaya yönelik hareketlerin zemini(ni) oluşturan psikolojik bir hal” olarak tanımlanmıştır.

Maddenin birinci fıkrası incelendiğinde suçun oluşması için tahrikin, “kamunun güvenliği için tehlikeli tarzda kin ve düşmanlığa” yönelik ve “alenen” olması arandığı için söz konusu suç, soyut tehlike suçu değil, somut tehlike suçudur. Somut tehlike suçlarında hakim tarafından tespiti zaruri olan gerçek bir zarar tehlikesinin mevcudiyeti gereklidir.¹⁵⁹ Birinci fıkra da belirtilen suçun soyut tehlike suçu olmaktan çıkıp somut tehlike suçu olarak düzenlenmesinin altında yatan sebep Şahbaz’a göre, çağdaş hukuk sistemlerindeki soyut tehlike suçlarının kaldırılma yönünde ağırlaşan eğilimdir. Bu sayede özgürlüklerin kullanım alanları genişletilecektir. Sonuç olarak bu fıkra içerisinde değerlendirilecek olan tahrikin şiddet içeren ya da şiddete özendirici nitelikte olması gerekir.¹⁶⁰ Tehlike suçları ile sonucunda somut bir zararın meydana gelmesinin arandığı zarar suçları birbirinden ayrılır. Tehlike suçlarında söz konusu hareket, somut ve yakın bir tehlike oluşturmuyorsa suç da oluşmaz. Bu durumda tahrikin açık bir şekilde kin ve düşmanlığa yöneldiğinin anlaşılmasıyla birlikte, kin ve düşmanlığı meydana getirmek bakımından da elverişli ve uygun olmasının tespiti durumunda madde 216/1’deki suç oluşacaktır. Dolaylı olarak etkileme durumunda bu suç oluşmaz. Söz konusu maddenin konulmasının altında yatan amaç bir zararın doğmasının önlenmesi ise, bu zararı meydana getirebilecek tehlikenin koşul olarak aranması ile birlikte bu tehlikenin meydana gelip gelmediğinin de araştırılması gerekmektedir. Tehlike suçları, sonuç itibarıyla zarar meydana getirmeksizin,

¹⁵⁹İçel, s. 68.

¹⁶⁰Şahbaz, s. 293.

suçun işlenmesi hususunda bir tehlike meydana getirdikleri için cezalandırmalara konu olan sınırlı eylemlerdendir. Eğer söz konusu tehlike, hedeflenen suçun işlenmesi için uygun ya da elverişli nitelikte bulunmaz ise bu durum da suç da teşkil etmeyecektir. Eylemin suçun oluşması açısından elverişli olmamasına rağmen cezalandırılması demokratik özgürlüklerin sınırlandırılması sonucunu meydana getirir. Demokratik toplumlarda devlet, bireylerin hak ve özgürlüklerini korurken eşitlik ilkesi çerçevesinde hareket etmeli ve bu hak ve özgürlüklerin kullanımında dengeli bir siyaset izlemelidir. Bu bakımdan sınırlandırma rejimleri AİHM'in oluşturduğu standartlar çerçevesinde kullanılabilir. İfade özgürlüğü bakımından insanın aklında olup bitenlerin sınırlandırılması söz konusu değildir. Zira düşünce özgürlüğü mutlak hak niteliğindedir. Burada sorun, düşüncenin ortaya konuluş biçiminin demokratik toplum düzeni, kamu güvenliği, devletin bütünlüğü ve rejimi, siyasal düzen açısından açık ve muhakkak bir tehlike oluşturup oluşturmayacağı ve bu çerçevede bireyleri yasalara aykırı nitelikte eylemlere yöneltip yöneltmeyeceğinin saptanmasıdır. Demokratik toplumlarda düşünce ve fikir suçlarının kabulünde benimsenmesi gereken ölçü, düşüncenin açıklanması suretiyle toplum açısından açık ve gerçekleşmesi muhakkak bir tehlikenin meydana gelip gelmediği ve bireyleri söz konusu eyleme yönlendirme konusunda cesaret verici bir içeriğin yaratılıp yaratılmadığıdır.¹⁶¹

Yargıtay Genel Kurulu, 15.03.2005 tarihli kararı ile, Sanık S.'nin sorumlu yazı işleri müdürü olduğu bir gazetede Sanık M.'nin "Din Düşmanlığı Terörü" başlığı altında yazdığı yazısında kullandığı "Dünyanın hiçbir medeni, ileri, sağlıklı, hukuklu ülkesinde dinsiz ve şirret bir azınlığın, o ülkede hakim olan dine ve dinlere savaş açtığı, saldırdığı, hakaretler savurduğunu göremezsiniz..."; "Bizdeki gizli ve derin devlet idarecileri ilhamlarını diktatörlükle idare edilen küçük Tunus'tan alıyor. Orada Müslüman halka din hürriyeti tanınmıyor. Kadın ve kızların sokaklarda tesettürlü gezmesi yasaktır. Beş vakit namaz kılmak bir cesaret meselesidir. Camilerde ayrı ayrı zamanlarda vakit ezanları okunmakta, birkaç ihtiyar namaz kıldıktan sonra kapılar hemen kapanmaktadır. Tunus Müslümanlar için bir zindan, bir cehennem olmuştur... Böyle küçük bir Afrika ülkesi, imparatorluklar kurmuş Türkiye'ye örnek ve model olabilir mi: Elbette

¹⁶¹Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15.03.2005, Esas No: 2004/8-21; (çevrimiçi) www.hukukturk.com

olamaz?()); “Devletin temel nizamlarını masonluk, dinsizlik, ateizm, Rotaryenlik, Lionsçuluk, Sabetaycılık üzerine oturtmak maksadıyla propaganda yapmak, faaliyette bulunmak serbest ama Müslümanların İslami prensip ve hükümleri hayata hakim kılmak için çalışmaları yasak.”; “İslama ve Müslüman halka düşmanlık yapanların hepsi sabetaycıdır demiyorum ama onların içinde çok militan, çok azılı, çok ileri giden Selanik Dönmeleri vardır...” gibi ifadeler ile yazının bütünlüğü içinde halkın bir kesimine karşı aşağılayıcı, kırıncı, küçük düşürücü ifadeler kullandığı gerekçesiyle 765 Sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nun m. 312/2-son ve 59/2. maddeleri gereğince İ 6 Nolu Devlet Güvenlik Mahkemesi’nin 09.10.2002 tarihinde verdiği sanık M. hakkındaki 1 yıl 8 ay hapis cezasını onamış; dava konusu yazının yayınlandığı M. Gazetesi’nin 5680 Sayılı Yasa’nın Ek 2/1. maddesi gereğince takdiren 3 gün süreyle kapatılmasına ilişkin verdiği hükmü bozmuş; Sanık S. hakkında ise “Hükümden sonra yürürlüğe giren 5187 sayılı Basın Yasasınının 11. maddesinde belirtilen cezai sorumluluğa ilişkin koşulların gazetenin sorumlu yazı işleri müdürü olan bu sanık bakımından gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun araştırılıp tartışılmasından sonra yeniden hüküm kurulmasının zorunlu bulunması” gerektiği yönündeki görüşüyle hükmü bozmuştur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun kararına katılmayan kurul üyeleri karşı oy yazılarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına gönderme yaparak, söz konusu yazıda geçen ifadeler için “marjinal” nitelimesinde bulunmuş ve bu tür marjinal ve toplumun bir bölümü için aykırı nitelikteki düşüncelerin ifade edilebilmesinin çoğulcu ve demokratik toplumlarda hoşgörü ile karşılanması gerektiğini belirtmişlerdir. Karşı görüşteki Kurul Üyeleri, dava konusu ifadelerin 765 Sayılı Yasa’nın 312/2. maddesinde düzenlenen suç açısından tipik olmadığını ve bu sebeple ifadelerin bu suç kapsamında değerlendirilemeyeceğini tespit etmişlerdir. Somut tehlikenin varlığı açısından ise, yazının yayınlandığı tarih olan 15.11.2000 tarihinden kararın verildiği tarihe kadar yaklaşık 4 yılın üzerinde bir zaman geçmesine ve sanığın benzer ifadeler kullanarak yazdığı ve yayınlanan birçok yazısına rağmen bu süre zarfında kamu güvenliği bakımından somut bir tehlike teşkil edecek bir olay yaşanmadığını ifade etmişlerdir. Karşı oy yazılarında, Avrupa Birliği’ni stratejik bir hedef olarak belirlendiği ve bu hedef doğrultusunda AB uyum yasaları çerçevesinde Türk Hukuk mevzuatında yeni

düzenlemeler yapıldığı ifade edildikten sonra 765 Sayılı Yasa'nın 312. maddesinde düzenlenen "halkı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik suçu"nın tehlike suçu olduğu ama 4744 Sayılı Kanun ile açıkça somut tehlike suçuna dönüştürüldüğü ve bu net ifade doğrultusunda dava konusu suç tipinin kişilerin özgürlük alanını daraltacak şekilde yorumlanmasının temel ceza hukuku prensiplerine aykırı olacağı ifade edilmiştir. Son olarak karşı oy yazılarında, karar tarihinde henüz yürürlüğe girmeyen 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda inceleme konusu suç tipinin karşılığını oluşturan 216. maddesinin 1. fıkrasındaki metnin de kişilerin özgürlük alanını genişlettiği için Yargıtay 8. Ceza Dairesi verdiği hükmün hukuka uygun olduğu belirtilmiştir.¹⁶²

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi standartlarına uygun karşı oy yazısı ışığında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçu'nun oluşabilmesi için gerekli unsurlar şunlardır:

- a. Tahrik eylemi aleni bir şekilde yapılmalıdır.
- b. Tahrik eylemi sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklılıklardan en az birine yönelik olmalı ve söz konusu farklılığa dayanarak sayılan kesimleri karşı karşıya getirmelidir.
- c. Tahrikin aynı sosyal sınıfa, ırka, dine, mezhebe mensup olup da bu grup içinde farklı düşüncelere sahip kimselere karşı işlenmesi halinde bu maddede belirtilen suç oluşmaz.
- d. Tahrikin, "kamu düzeni"ni tehlikeye sokacak biçimde farklı halk kesimlerini birbirine karşı düşmanlığa ve kin beslemeye yöneltmesi gerekmektedir. Söz konusu tehlikenin düzeni bozmaya yetecek düzey ve etkinlikte olması zaruridir. Bununla birlikte tahrik, şiddet çağrısı içermekle birlikte bu tahrikin etkin düzeyde gerçekleşmesi aranmaktadır.
- e. Söz konusu suç, soyut tehlike suçu olmayıp somut tehlike suçu olduğundan ve gerçekleşmesi muhakkak bir tehlikenin mevcudiyeti gerektiğinden tahrikin halk üzerindeki etkileri, yorumları değerlendirilmelidir.
- f. Öncelikli incelemede söz konusu tahrikin somut bir tehlike oluşturduğunun saptanamayacak derecede gizli olması; fakat bu gizliliğin, yöneldiği halk kesimi açısından algılanabilecek nitelikte olması ve bu gizli tahrik sonucu oluşan

¹⁶²Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15.03.2005, Esas No: 2004/8-21; (çevrimiçi)www.hukukturk.com

tehlikenin somut bir tehlike meydana getirmesi durumunda söz konusu suçun oluşacağı kabul edilmelidir.

g. Tahrikin tek başına somut bir tehlike yaratabilecek düzeyde olmayıp benzer tahriklerle birlikte kümülatif olarak somut bir tehlike yaratacak düzeye gelmesiyle bütünü oluşturan eylemlerin anılan suç oluşturabileceği; bu durumda bütün eylemlerin birbirinden ayrılmadan aynı hükümlere konu edilecek şekilde topluca yargılamaya tabi tutulmaları gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır.

h. Suç unsurlarından en az birinin eksik olması ya da yeterlilik ölçüsü düzeyinde bulunmaması durumunda suç oluşmayacaktır.

i. Temel ceza hukuku prensipleri gereğince genişletme ya da kıyas yolu ile söz konusu suç oluşmayacaktır. Somut tehlike yaratacak düzeye ulaşmamış tahriklerin genişletme ya da kıyas yolu ile suç tipine sokulmasına imkan yoktur.

j. Ceza hukukunun temel prensiplerinden “kuşkunun lehe yorumlanacağı” ilkesi gereğince sayılan suç unsurlarından herhangi birinin oluştuğunda kuşku duyulması halinde öncelikli olarak bu kuşkunun aşılması gerekecektir. Söz konusu kuşku aşılamıyorsa anılan prensip gereğince yorumun sanık lehine olacak şekilde yapılması gerekmektedir.¹⁶³

Çoğunluk görüşüne katılmayan kurul üyelerine göre, kamu düzeni kavramı ile hukuk düzeni kavramını birbirinden ayırmak gereklidir. Halkın birbiriyle uyumlu ve bütünlük içerisinde yaşaması demek olan kamu düzeni, devletin hukuki düzeni, rejimi şeklinde geniş bir şekilde yorumlanmamalıdır. Geniş yorumlanma durumunda düzen ve yarar aynı anlama geleceğinden kamu düzeni kavramı özgürlüklerin sınırlanmasında bir araç haline gelebilecektir. Bu sebeple kamu düzeni kavramı halkın normal yaşamasının seyrini değiştirebilecek olan her türlü düzensizliğin bulunmaması şeklinde yorumlanmalıdır.¹⁶⁴ Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise incelenen kararında AİHM standartlarına uygun şekilde hüküm oluşturamamıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun çoğunluk görüşüne katılmayan kurul üyeleri, yukarıda incelenen “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama” suçu ile ilgili olarak AİHM standartlarına uygun şekilde şu tespitlerde bulunmuşlardır:

¹⁶³Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15.03.2005, Esas No: 2004/8-21; (çevrimiçi)www.hukukturk.com

¹⁶⁴Şahbaz, s. 295.

“Kamu düzenini korumak gerekçesi altında, belli bir ideolojinin, dokunulmazlık zırhına büründürülmesi, ya da “en fazla korunmaya mazhar” bir ideolojik kata(e)gorinin yaratılması çoğulculuğu baltalayacaktır(...) Dolayısıyla, “özgürlüklerin esas, sınırlamanın istisna” olduğuna ilişkin genel ilkelere hareketle düşünce özgürlüğünün ancak kamu düzeni açısından zorunlu ve istisnai bir tedbir olarak sınırlandırılması kabul edilmelidir. Nitekim (...) AİHM’nin “Avrupa kamu düzeni karakterine yaslanarak” geliştirdiği içtihatlar incelendiğinde, mahkemenin her iki değer arasındaki hassas dengeyi düşünce özgürlüğü lehine kurmaya çalıştığı görülmektedir (...) AİHM’in yalnızca kanaatlerin ifadesi olan düşünce açıklamaları ile kamu düzenini ve bunun bir ögesi olan kamu güvenliğini şiddet yoluyla bozmaya yönelik olan düşünce açıklamaları açısından ayırım yaptığı anlaşılmaktadır (...) Sınırlama ancak bu ikincisi için söz konusu olabilir (...) Aksoy/Türkiye davasında da AİHM, Türkiye Devletinin mevcut düzenini, ilkelerini ve yapısını sorgulayan, ancak şiddete ya da silahlı direnişe teşvik edici hiçbir unsur içermeyen konuşma ve yayınların cezalandırılmasını düşünce özgürlüğünün ihlali olarak görmüştür. (...) Özetle, özgürlükleri sınırlama sebebi olarak ortaya çıkan “kamu düzeni” kavramı, niteliği ne olursa olsun mevcut bir siyasal düzenin korunmasının bir aracını değil, özgürlükçü ve çoğulcu bir demokratik toplum yapısının asgari güvencesini oluşturmaktadır.(...)”¹⁶⁵

E- Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama (Madde 301)

765 Sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nun 159. maddesindeki düzenlenen suç, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda 301. maddede düzenlenmiştir.¹⁶⁶ 301. maddedeki (Değişik: 30.04.2008-5759/1 md.) düzenleme şu şekildedir:

“(1) Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Devletin askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi birinci fıkraya hükmüne göre cezalandırılır.

¹⁶⁵Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15.03.2005, Esas No: 2004/8-21; (çevrimiçi)www.hukukturk.com

¹⁶⁶Şahbaz, s. 312.

- (3) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.
- (4) Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.”

Değişiklikten önce maddede yer alan “Türklük” deyimi yapılan “Türk Milleti” olarak değiştirilmiştir. Değişiklik gerekçesinde “Millet” deyimi ile, “geçmişten beri bir arada yaşamış ve halen bir arada yaşama inancında, istek ve kararında olan; aynı vatana sahip; aralarında kültür, tarih ve ülkü birliği olan insanların oluşturduğu (...)” toplumun anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Bununla beraber değişiklik gerekçesinin devamında “Bir toplumun millet olma özelliğini taşıyabilmesi için, üzerinde hayat sürdürebileceği vatanının bulunması; bireyleri arasında kültür ve tarih birliği ile aynı devlet çatısı altında yaşama arzusunu ifade eden ülkü birliğinin bulunması gerekir. Madde metninde kullanılan Türk Milleti ibaresinden anlaşılması gereken budur.” denilmiştir.

Yine, değişiklikten önce 5237 Sayılı Kanun’un ilk halinde yer alan birinci fıkradaki “Cumhuriyet” deyimi, “Türkiye Cumhuriyeti Devleti” şeklinde değiştirilmiştir.

Maddede belirtilen kurumlara karşı aşağılamanın bu madde kapsamında suç oluşturabilmesi için alenen yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde 301. maddede belirtilen suç oluşmaz. Maddenin değişiklik gerekçesinde de aleniyetin, söz konusu suçun oluşması için gerekli bir unsur olduğu ifade edilmiştir.

Değişiklikten önceki maddenin ilk halinde üçünü fıkrada yer alan, “Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında arttırılır.” Düzenlemesi değişiklik gerekçesinde açıklandığı üzere, ceza hukuku prensiplerinden suçta ve cezada eşitlik ilkesine aykırı bir düzenleme olduğu için madde metninden çıkarılmıştır.

Maddenin üçüncü fıkrasında ise eleştiri hakkı hukuka uygunluk sebebi olarak belirtilmiştir. Yukarıda AIHM standartlarında çeşitli defalar değinildiği üzere ifade özgürlüğü, demokratik toplumun olmazsa olmaz bir koşulu olarak çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliği gerektirir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Handyside v Birleşik Krallık vak’asında ortaya koymuş olduğu, “İfade özgürlüğü, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye

değmez görülen haber ve düşünceler bakımından değil, aynı zamanda aleyhte olan, çarpıcı gelen veya rahatsız eden haber ve düşünceler bakımından da söz konusudur.” içtihadına maddenin değişiklik gerekçesinde de yer verilerek, eleştiri hakkının ifade özgürlüğünün olmazsa olmaz bir koşulu olduğunun altı çizilmiştir.

Madde gerekçesinde isabetli bir şekilde belirtilen bir başka husus ise, bir ifadenin suç unsuru teşkil edip etmediğinin konuşmanın bütününe göz önünde bulundurulmak suretiyle tespit edilmesi gerektiğidir. Bu bakımdan konuşmanın ya da yazının içerisinden belirli sözcüklerin seçilerek suç teşkil ettiğinin belirlenmesi ifade özgürlüğüne aykırılık oluşturacaktır.¹⁶⁷

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11.07.2006 tarihli kararında, Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasındaki sanık Hrant Dirk’in Agos Gazetesi’nin 13.02.2004 tarihindeki nüshasında yer verilen yazısında kullandığı “Türkten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni’nin Ermenistan’la kuracağı asil damarında mevcuttur” ifadesinin 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 301. maddesine karşılık gelen 765 Sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nun 159. maddesinde düzenlenen “Türklüğü alenen tahkir ve tezyif suçu” kapsamına girip girmediği yönündeki uyuşmazlıkta “(...) Yerel Mahkeme kararının gerekçesinde yetersizlik bulunmakla birlikte, yapılan hukuki değerlendirmelerde, Özel Dairece belirtilen bozma nedenleri dışında bir isabetsizlik bulunmadığı (...)” görüşüyle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın itirazının reddi ile söz konusu ifadeyle 159. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Yargıtay, sanığın Mustafa Kemal Atatürk’ün, “Muhtaç olduğun kudret damarlarındaki asil kanda mevcuttur” sözünü dava konusu ifade ile “ustaca bir üslupla değiştirerek” Türklüğü aşağıladığı kanaatine varmıştır. Kararda söz konusu değerlendirmenin sadece ifade edilen cümle nazara alınarak yapılmadığı, sanık Hrant Dink’in Agos Gazetesi’nin 10. sayfasındaki Şapparigce isimli köşesinde “Ermeni kimliği üzerine” üst başlığıyla yayınlanan yazı dizisi

¹⁶⁷Maddenin değişiklik gerekçesi için bkz: Remzi Gündüz/Veysel Gültaş, Gerekçeli Karşılaştırmalı Tablolu 2006-2007-2008 İçtihatları ile 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu (Özel Hükümler) Cilt 2, Bilge Yayınevi, Ankara 2009, s. 1407-1408.

kapsamında Serinin 6. yazısını oluşturan 23 Ocak 2004 tarihli “Ermeni’nin Türk’ü”; 30 Ocak 2004 tarihli “Türk’ten kurtulmak” ve 13 Şubat 2004 tarihli “Ermenistan’la Tanışmak” başlıklı yazılarının birlikte değerlendirildiği ifade edilmiştir.¹⁶⁸

Yargıtay Genel Kurulu’nun kararı 765 Sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nun 159 ve söz konusu maddenin 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki karşılığını oluşturan 301. maddesine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. maddesi kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ürettiği içtihadı standartlara aykırılık oluşturmaktadır. T.C. Anayasası’nın 90(5). maddesine göre; “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esastır.” Maddenin son cümlesi doğrultusunda denilebilir ki, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası sözleşmeler kanunlara üstün gelir.¹⁶⁹ Temel hak ve özgürlükleri düzenleyen uluslar arası andlaşmalar herkes için temel insan hakları standartları getirdiği için bu hakların uluslar arası bir güvenceye kavuşturulması eğilimi ve T.C. Anayasası’nın anılan 90. maddesi ışığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi iç hukukun bir parçası haline gelmiştir ve Türk kanunları ile Sözleşme’nin çatışması halinde Sözleşme hükümleri esas alınacaktır. Sözleşme, iç hukuktaki etkisini kendiliğinden gösterecektir; bunun için iç hukukta bir düzenleme yapılması şart değildir. T.C Anayasası’nın 90. maddesinde de belirtildiği gibi, Sözleşme hükümlerine karşı Anayasa’ya aykırılık iddiası ileri sürülemeyecektir.¹⁷⁰

Mahkeme’nin Handyside v. Birleşik Krallık vak’asında belirttiği standardına göre ulusal denetim ile Avrupa denetimi el ele yürümektedir. AİHM’e göre; “(...)

¹⁶⁸Söz konusu yazı dizisinde yer verilen ifadeler ve karar için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11.07.2006, 2006 / 169 E, 2006/184 K; (çevrimiçi)www.hukukturk.com; Yargıtay 8. CD, 22.06.2004, 2003/2930 E, 2004/5686 K; Gündüz, Gültaş, s. 1409-1434.

¹⁶⁹Özgür Heval Çınar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukuna Etkisi, 1. baskı, İnsan Hakları Derneği İstanbul Şubesi Yayınları, İnsan Hakları Hukuku Serisi:1, İstanbul 2005, s. 101.

¹⁷⁰Gözübüyük/Gölcüklü, s. 21.

Devletin yükümlülüklerini yerine getirmelerini güvence altına almakla görevli olan Mahkeme (Md. 19), bir ‘yasak’ veya ‘ceza’nın 10. maddede korunan ifade özgürlüğü ile uzlaştırılabilir olup olmadığı hakkında nihai kararı vermeye yetkilidir. (...) Denetim görevi Mahkeme’yi, ‘demokratik bir toplumu’ niteleyen ilkelere azami dikkat göstermeye zorlamaktadır. (...) Buradan çıkan sonuca göre Mahkeme’nin görevi, her hangi bir biçimde yetkili ulusal mahkemelerin yerini almak değil, fakat ulusal mahkemelerin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların Sözleşme’nin 10. maddesine uygunluğunu denetlemektir. (...)”¹⁷¹ Nihai olarak denetim yetkisinin AİHM’de olması, ulusal yargı kararlarının AİHM’in ürettiği standartlarla uyumlu olması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

Bu açıklamaların ışığı altında, Mahkeme’nin 18.07.2000 tarihli Şener v. Türkiye vak’ı kararı da belirttiği gibi, “Mahkeme, denetim yetkisini kullanırken müdahaleyi makalenin içeriği ve hangi kapsam içinde kullanıldığını da dikkate almak suretiyle, bir bütün olarak ele alarak incelemelidir.”¹⁷² Söz konusu düzenleme 756 Sayılı ve 5237 Sayılı kanunlarda da mevcut iken Yargıtay, Hrant Dink davasında bu düzenlemeye aykırı bir şekilde, yazıyı bir bütün olarak incelemeksizin, toplam 8 dizilik bir yazı dizisinin sadece 6., 7., ve 8., yazılarını nazara almak suretiyle sanığın “Türkten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni’nin Ermenistan’la kuracağı asil damarında mevcuttur” cümlesini genelden soyutlayarak hüküm kurmuştur. Benzer görüşteki Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun çoğunluk görüşüne katılmayan Kurul Başkanı Osman Şirin ve Kurul Üyesi Muvaffak Tatar da görüşlerinde, yazı bütünlüğü açısından dizinin birden sekize kadar olan bölümlerinden aktarmalar yaparak, “zehirli kan” tanımlamasının önünde yer alan “O” tanımlamasının gözetilmemiş ve zehirli kan ifadesinin etki ve yönlendirmesiyle yazarın gerçek kastının ne olduğunun sorgulanmadığını ifade etmişlerdir. Şirin ve Tatar devamla, “(...) Oysa “Türk’ten boşalacak “O” zehirli kan” tanımlamasıyla kastedilenin, altıncı yazının sonuncu paragrafında; “sonuçta görülüyor ki işte Türk, Ermeni kimliğinin hem zehiri hem panzehiridir. Asıl önemli sorun ise Ermeninin kimliğindeki bu Türk’ten kurtulup kurtulamayacağıdır.” ifadeleriyle açıklandığı ve “zehirli kan” benzetmesiyle; Türklük ya da Türklerin değil 1915 olayları nedeniyle Ermeni

¹⁷¹Handyside v. Birleşik Krallık, parag. 49-50.

¹⁷²Şener v. Türkiye, parag 39; Bıçak, s. 508.

toplumunda oluşan ve artık kurtulmak gereken hatalı anlayışın kastedildiği görülmektedir. (...)”¹⁷³ görüşünü belirtmişlerdir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Handyside v. Birleşik Krallık vak’asında ortaya koyduğu ve kökleşmiş içtihadına göre de; “İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceler bakımından değil, aynı zamanda aleyhte olan, çarpıcı gelen veya rahatsız eden haber ve düşünceler bakımından da söz konusudur. İfade özgürlüğü söz konusu kapsamıyla, demokratik bir toplumun olmazsa olmaz unsurları olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereğidir. Bunlar olmaksızın demokratik toplumdaki söz edilemez.”¹⁷⁴

F- Konuyla Yakından Bağlantılı Diğer Düzenlemeler

5237 Sayılı Yasa’nın Kişilere Karşı Suçlar başlıklı ikinci kısmının İntihar Suçunu düzenleyen 84/3. maddeye göre, “Başkalarını intihara alenen teşvik eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu fiilin basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, kişi dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

5237 Sayılı Yasa’nın Hürriyete Karşı Suçlar başlıklı yedinci bölümünde yer alan Haberleşmenin Engellenmesi başlıklı 124/3. maddeye göre, Her türlü basın ve yayın organının yayınının hukuka aykırı bir şekilde engellenmesi hâlinde, ikinci fıkra hükmüne göre (bir yıldan beş yıla kadar hapis) cezaya hükmolünür.

Özel hayatın gizliliğini ihlal başlıklı 134. maddeye göre, Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlâl eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle ihlâl edilmesi hâlinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz. Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, ceza yarı oranında artırılır.

¹⁷³Çoğunluk görüşüne katılmayan Yargıtay Ceza Genel Kurulu Başkanı Osman Şirin ve Kurul Üyesi Muvaffak Tatar’ın görüşünün tamamı için bkz. Gündüz/Gültaş, s. 1416-1434.

¹⁷⁴Handyside v. Birleşik Krallık, parag. 49.

5237 Sayılı Yasa'nın 226/2. maddesine göre, Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Gizliliğin ihlali başlıklı 285. madde hükmüne göre, (1) Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlâl eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, soruşturma aşamasında alınan ve kanun hükmü gereğince gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğinin ihlâli açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz. (2) Kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlâl eden kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır. Ancak, bu suçun oluşması için tanığın korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararına aykırılık açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz. (3) Bu suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, ceza yarı oranında artırılır. (4) Soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak damgalanmalarını sağlayacak şekilde görüntülerinin yayınlanması hâlinde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs başlıklı 288. madde hükmüne göre, (1) Bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde verilecek ceza yarı oranında artırılır.

5237 Sayılı Yasa'nın 299. maddesinde Cumhurbaşkanına hakaret suçu düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, (1) Cumhurbaşkanına hakaret eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Verilecek ceza, suçun alenen işlenmesi hâlinde, altıda biri; basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, üçte biri oranında artırılır. (3) Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.

Devlete karşı savaşa tahrik suçunu düzenleyen 304. madde hükmüne göre, (1) Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı savaş açması veya hasmane hareketlerde bulunması için yabancı devlet yetkililerini tahrik eden veya bu amaca yönelik olarak yabancı devlet yetkilileri ile işbirliği yapan kişi, on yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Tahrik fiilinin basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır. (2) Bu madde uygulamasında, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin güvenliğine karşı suç işlemek üzere oluşturulmuş örgütlerin doğrudan veya dolaylı olarak desteklenmesi, hasmane hareket olarak kabul edilir. (3) Bu maddede tanımlanan suçun işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

Halkı askerlikten soğutma başlıklı 318. maddeye göre, (1) Halkı, askerlik hizmetinden soğutacak etkinlikte teşvik veya telkinde bulunanlara veya propaganda yapanlara altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Fiil, basın ve yayın yolu ile işlenirse ceza yarısı oranında artırılır.¹⁷⁵

IV- 5532 Sayılı Kanunla Değişik Terörle Mücadele Kanunu'ndaki Düzenlemeler

A- Genel Olarak

Latince kökenli bir kelime olan “terör” sözcüğü Türkçe’ye Fransızca “terreur” sözcüğünden geçmiştir. Latin kökenli kelimenin karşılığı “korku”, “dehşet verici”dir. Terör kelimesi günümüzde sıklıkla kullanılan bir ifade olmakla beraber tüm vak’aları kapsayacak, uluslar arası düzeyde ortak kabul görmüş bir terör tanımı yapılmamıştır. Birinci madde içeriği yakından incelendiğinde de görüleceği üzere ilgili maddede “terör tanımı” başlığı altında terör suçu olarak kabul edilecek eylemler yer almıştır. Bu bakımdan terörizm ifadesinden de

¹⁷⁵ Şahbaz, s. 331-335.

bahsetmek gereklidir, zira madde içeriğindeki eylemler ile terörizme vurgu yapılmıştır. Terör ile terörizm arasında farklılık bulunmaktadır.¹⁷⁶

Terör; yıldırma, cana kıyım ve malı yakıp yıkma, korkutma, tedhiş anlamına gelmektedir. Terörizm ise; Siyasal bir hedefe ulaşmak amacıyla devlete, halka veya bireylere karşı şiddet eylemlerine başvurma anlamındadır.¹⁷⁷ Bu bakımdan, Taştan'ın da ifadesine göre, “(...) bu bağlamda hedefsiz, istem dışı, sistemli olmayan bireysel davranışlar terör olarak adlandırılabilir de terörizm sayılamaz. Zira terörizm; terörü sistematik ve hesaplı olarak siyasi hedeflere ulaşmak için bilinçli kullanma halidir. (...) terörizm genellikle şiddet ve dehşet olgularının birleştiği siyasal içerikli ve kurulu bir düzene-sisteme yönelik amaçlı eyleme verilen adı, terör ise büyük çaplı korku veren ve bireylerde yılgınlık yaratan bir eylem durumunu ifade etmektedir. Terörizm, siyasal amaçlar için mevcut durumu yasa dışı yollardan değiştirmek amacıyla örgütlü, sistemli ve sürekli terör eylemlerini kullanmayı benimseme durumudur.”¹⁷⁸

Terörizm, Taştan'ın da altını çizdiği gibi bir strateji değildir. Terörizm, belirli bir amaca ulaşmak için yapılır. Bu amaç çoğu zaman politik olmakla beraber, ekonomik ya da sosyal de olabilir. Bu bakımdan terörizm bir ideoloji değildir.¹⁷⁹ Doktrindeki bir başka tanıma göre ise terörizm, uzun süreli korku ve dehşet durumunu ortaya çıkarmaya yarayan şiddet eylemleri ile siyasal nitelikli amaçlara ulaşmak gayesiyle yapılan ve psikolojik unsurları ağır basan bir savaş biçimidir. Bu tanıma göre terörizm örgütlü ve sistemli olarak yapılmalı ve terör kullanılması bir yöntem olarak benimsenmelidir.¹⁸⁰

Terör tanımı, 12 Nisan 1991 tarihinde kabul edilerek aynı günlü mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun birinci maddesinde şu şekilde yapılmıştır:

¹⁷⁶Mehmet Taştan, Açıklamalı - İçtihatlı Terörle Mücadele Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 7.

¹⁷⁷(çevrimiçi)<http://www.tdkterim.gov.tr>

¹⁷⁸Taştan, s. 8.

¹⁷⁹Taştan s. 8.

¹⁸⁰İbrahim Çiçek, 5532 Sayılı Kanunla Değişik Açıklamalı Terörle Mücadele Kanunu, Kazancı Yayınevi, İstanbul 2006, s. 21.

Terör tanımı

Madde 1- Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.

Maddenin ikinci fıkrasında yer verilen “örgüt” tanımı, 29.06.2006 tarih ve 5532 Sayılı yasa kapsamında getirilen değişiklikler ile kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan ikinci fıkra hükmüne göre örgüt, “İki veya daha fazla kimsenin birinci fıkrada yazılı terör suçunu işlemek amacıyla birleşmesi halinde bu Kanunda yazılı olan örgüt meydana gelmiş sayılır” şeklinde kaleme alınmıştı. Yeni düzenlemede örgüt tanımının yapılmaması karşısında bu konuda genel düzenlemeye bakılması gerekecektir. 11.05.2005 kabul tarihli ve 5349 Sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un geçici 1. maddesine göre; “Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar uygulanır.” Bu durumda 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır” şeklindeki “özel kanunlarla ilişki” başlığını taşıyan 5. maddesinin göndermesi karşısında aynı yasanın madde 6 1-j hükmü gereğince; “örgüt mensubu suçlu deyiminden; bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişi” anlaşılacaktır.¹⁸¹

¹⁸¹Şahbaz, s. 344-345.

Maddenin hükümet gerekçesinde de Türkiye'nin de taraf olduğu, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi¹⁸²,nin 2. maddesinin a bendinde örgütlü suçlar tanımına yer verildiği ve bu Sözleşme'deki örgütlü suç tanımına uygun tanımın 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinde de yer alması karşısında 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda örgütlü suç tanımının yapılmasına gerek görülmediği belirtilmiştir.¹⁸³

Yukarıda da ortaya konulduğu gibi terör kavramının içeriğine hangi suçların gireceği konusunda uygulamada bir birlik bulunmamaktadır. Bu duruma 3713 sayılı Kanun'un Genel Gereğesi'nde de yer verilmiştir. Genel gerekçede de ifade edildiği gibi, terör kavramı üzerindeki anlaşmazlıklar hangi suçların bu kavrama girdiği konusunda belirsizlikler yaratmaktadır. Söz konusu anlaşmazlıklar neticesinde uluslar arası sözleşmelerde terörün tanımına yer verilmemiş, bunun yerine terör eylemleri olarak tanımlanabilecek bir liste yapılmıştır.

B- Açıklama ve Yayınlama Suçu (Madde 6)

3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesindeki düzenlemeye göre, (1) İsim ve kimlik belirterek veya belirtmeyerek kime yönelik olduğunun anlaşılmasını sağlayacak surette kişilere karşı terör örgütleri tarafından suç işleneceğini veya terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerinin hüviyetlerini açıklayanlar veya yayınlayanlar veya bu yolla kişileri hedef gösterenler beş milyon liradan on milyon liraya kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Terör örgütlerinin bildiri veya açıklamalarını basanlara veya yayınlayanlara bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. (3) Bu Kanunun 14 üncü maddesine aykırı olarak muhbirlerin hüviyetlerini açıklayanlar veya yayınlayanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (4) (Değişik fıkra: 29.06.2006 - 5532 S.K. 5.Mad) Yukarıdaki fıkralarda belirtilen fiillerin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan sahipleri ve yayın sorumluları hakkında da bin günden onbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur. Ancak, yayın

¹⁸²Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, İmzalandığı Tarih ve Yer:12-15 aralık 2000, Palermo; Türkiye tarafından imza tarihi:13 Aralık 2000; Uygun Bulma Kanunu:30.01.2003, Sayı:4800; Kanunun Yayınlandığı Resmi Gazete tarihi: 04.02.2003.

¹⁸³ Şahbaz, s. 345.

sorumluları hakkında, bu cezanın üst sınırı beşbin gündür. (5) (Ek fıkra: 29/06/2006 - 5532 S.K 5.Mad) Terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde suç işlemeye alenen teşvik, işlenmiş olan suçları ve suçlularını övme veya terör örgütünün propagandasını içeren süreli yayınlar hâkim kararı ile; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Cumhuriyet savcısının emriyle tedbir olarak on beş günden bir aya kadar durdurulabilir. Cumhuriyet savcısı, bu kararını en geç yirmi dört saat içinde hâkime bildirir. Hâkim kırk sekiz saat içinde onaylamazsa, durdurma kararı hükümsüz sayılır.

Maddenin birinci fıkrasında düzenlenen hüküm ile kendisi hakkında suç işleneceği şeklinde propaganda ve ilan yapılan kişiler ile terörle mücadelede görev alan kamu görevlilerinin kimliklerinin açıklanması ve bu kişilerin terör hedefi olarak gösterilmesinin önüne geçilmek istenmiştir. İkinci fıkrada ise terör örgütlerinin bildiri ve açıklamalarının basılması ya da yayımlanması suç olarak düzenlenmiştir. Yargıtay, basın yolu ile silahlı terör örgütünün açıklamalarını yayınlamak suçundan yerel mahkemece haklarında mahkumiyet hükmü kurulan sanıklar hakkında verilen bu hükmü bozmuştur. Yargıtay'ın kararına göre;

“Cezaevinde bulunan tutukluların cezaevi şartları hakkındaki görüş ve beyanları haber niteliğinde olup 3713 sayılı Yasanın 6/2. maddesi kapsamında örgüt açıklaması kabul edilemeyeceği gözetilmeden, sanıkların unsurları itibarıyla oluşmayan atılı suçtan beraatleri yerine yazılı düşüncelerle mahkumiyetlerine karar verilmesi” bozmayı gerektirir.¹⁸⁴

Yargıtay, benzer bir başka kararında yerel mahkeme tarafından basın yoluyla terör amacı ile terörle mücadelede görev alanların kimliğini açıklamak ve Türkiye Cumhuriyeti'nin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü aleyhine bölücülük propagandası yapmaktan hakkında mahkumiyet kararı verilen sanık hakkındaki hükmü temyiz incelemesi neticesinde bozmuştur. Yargıtay'ın görüşüne göre;

“Suça konu (...) Gazetesi'nin 10.12.1993 günlü nüshasının 8. sayfasındaki: “Savaşın Sinyali: Duhok'ta Faili Meçhul Cinayetler” başlıklı yazı bir bütün

¹⁸⁴Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 18.06.2004, 2004/1869 E, 2004/3108 K; (çevrimiçi) www.hukukturk.com

halinde ele alınıp incelendiğinde; haber niteliğinde olup, haberin akışı içerisinde herkesçe bilinen görevlilerin adlarının geçmesi, 3713 sayılı Yasanın 6/1. maddesinde öngörülen suçu oluşturmayacağı gözetilmeden, bu suçtan sanığın beraati yerine yazılı düşüncelerle mahkumiyetine karar verilmesi” bozmayı gerektirir.¹⁸⁵

Üçüncü fıkrada 3713 sayılı yasanın 14. maddesine aykırı olarak Terörle Mücadele Kanunu kapsamında nitelendirilen suçlar ile bu suçları işleyenlerin hüviyetlerini açıklamak ya da yayınlaman suç kapsamında düzenlenmiştir. İlgili kanunun 14. maddesindeki düzenleme çerçevesinde hüviyetlerinin açıklanması ve yayımlanması yasaklanan kişiler, hüviyetlerinin açıklanmasına rıza göstermeyenler ve ihbarın mahiyeti haklarında suç teşkil etmeyen kişilerdir.

Maddenin 4. fıkrasında ilk üç fıkradaki fiillerin basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan sahipleri ve yayın sorumlularının sorumlulukları düzenlenmiştir. Doktrinde ve uygulamada 3713 Sayılı yasanın dördüncü fıkrası, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle tartışılmaktadır.

Anayasa'nın Suç ve Cezalara ilişkin Esaslar başlığını taşıyan 38. maddesinde ceza sorumluluğun şahsi olduğu belirtilmiştir. Kusursuz sorumluluk temeline dayanan ceza sorumluluğu Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen cezaların şahsiliği ilkesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Cezaların şahsiliği kuralına göre kişiler, kusurlu olarak işledikleri kendi fiillerinden sorumlu tutulmalıdırlar. 3717 sayılı yasanın 6. maddesinin 4. fıkrasındaki sistematik, sübjektif sorumluluk esasına aykırı bir şekilde kaleme alınmıştır. Basın ve yayın organlarının sahipleri ve yayın sorumluları gördüğü görev dolayısıyla sorumlu tutulmuşlardır. Böyle bir sorumluluk şekli suçta ve cezalarda objektif sorumluluğun benimsenmesi anlamına gelmektedir.

Basın ve yayın organlarının sahipleri ve yayın sorumlularının 4. fıkra çerçevesindeki sorumluluklarını objektif sorumluluk esastan çıkartma

¹⁸⁵Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 03.07.1995, 1995/3693 E., 1995/4525 K; (çevrimiçi) www.hukukturk.com

gayesinde olan ceza hukukçuları 4. fıkrada sayılan kişilerin objektif sorumluluğunu “anormal sorumluluk” olarak nitelemektedirler. Bu nitelemenin altında yatan amaç basın ve yayın organlarının sahipleri ile yayın sorumlularının hukuka aykırı netice ile nedensellik bağı içinde kalan fiillerinin bulunduğunu ortaya koyarak illiyet bağının taksir derecesinde kusuru belirttiğini savunmaktır. Bu şekilde anormal sorumluluk şeklini bir nebze olsun yumuşatmaya çalışmaktadırlar. Bu görüşte olanların birçoğu dahi söz konusu durumu objektif sorumluluk olarak görmektedirler.¹⁸⁶

İlgili kanun maddesini objektif sorumluluk olarak görmeyerek maddenin cezaların şahsiliği ilkesine uygun olduğu görüşünde olan Taştan, bu savını maddenin gerekçesine dayandırmıştır. Taştan, ilgili maddenin gerekçesinde söz konusu fıkra hükmünün taksire dayalı bir sorumluluk yaratacağının ve basın ve yayın organları sahipleri ile yayın sorumlularının 4. maddede düzenlenen suçların işlenmesini önlemek konusunda dikkat ve özen yükümlülüklerinin bulunduğu açık bir şekilde düzenlendiğini belirtmiştir.¹⁸⁷

Anayasa Mahkemesi'nin Terörle Mücadele Yasası'nın 6. maddesinin cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olup olmadığı konusundaki görüşüne göre söz konusu madde cezaların şahsiliği ilkesine aykırı değildir. Anayasa Mahkemesi'ne göre Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenen ilkeyle, “suçu kim işlemişse cezanın yalnız ona hükmedilip uygulanması, başkalarının cezalandırılmaması amaçlanmıştır. Suçlunun cezalandırılmasının yakınlarını da maddi ve manevi açıdan etkileyeceği kuşkusuzdur. Özellikle, bir tür genel zoralım sonucunu doğuracak para cezalarının suçlu kadar aile bireylerini de etkileyeceği yadsınamaz. Ancak, bunlar cezanın çoğu kez önleme olanağı bulunmayan dolaylı sonuçlarıdır. Dava konusu kuralla süreli yayın sahipleri yönünden nesnel (objektif) sorumluluk ilkesi getirilmiştir. Gerçekten, 6. maddenin son fıkrasında "kasıt", "bilerek yayımlatma" ve "iştirak"den söz edilmeksizin, yukarıdaki eylemlerin süreli yayınlarla işlenmesi durumunda, ayrıca sahiplerine de; "... ağır para cezası verilir" denilerek, süreli yayın sahiplerinin sorumlu tutulmaları için, sahibi buldukları yayınlarda, bu nitelikte bir yazı ya da resmin bulunması

¹⁸⁶Anayasa Mahkemesi, 31.03.1992, 1991/18 E., 1992/20 K; (çevrimiçi) www.hukukturk.com

¹⁸⁷Taştan, s. 56-57.

yeterli sayılmaktadır. İnceleme konusu kuralın uygulanması için, maddenin ilk üç fıkrasındaki eylemlerin süreli yayın yoluyla işlenmesi gerekli ve yeterlidir. İptal istenen kuralda öznel (subjektif) sorumluluk yerine nesnel sorumluluk ilkesi kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 21.9.1966 günlü, 1966/36 sayılı kararında da (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi., Sayı : 4, Sahife : 250) belirtildiği gibi, mevkute ve eser sahibinin sorumluluğu konusunda bir kimsenin eyleminden dolayı diğer bir kimseye ceza sorumluluğu yükleniyor gibi görünmekte ise de, gerçekte, sorumluluğun hukuksal nedeni sorumlu tutulanların kendi kusuruna, dayanmaktadır. Bu kusur, yükümlü olduğu özeni göstererek yasak eylemin işlenmesine engel olmamaktan doğmakta ve böylece sorumlu tutulan kimsenin davranışı ile meydana gelen sonuç arasında nedensellik (illiyet) bağı kurulmaktadır. Günümüzde basın, temsil ettiği teknolojik düzey ve sermaye gücüyle endüstriyel ve ticari bir sektördür. Başta yazıişleri (yazı işleri) müdürü olmak üzere gazetede çalışan basın mensuplarının özenle seçilmelerini sağlamak gazete sahibinin görevidir. Terörü önleme konusunda getirilen kuralların eksiksiz uygulanması gereği ve bir bütünlük taşıması toplum yararına kamu düzeni için genel kurallara ayrıklık oluşturan hükümler konulması zorunluluğunu getirmektedir. Bu nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 38. maddesindeki cezaların kişiselliği ilkesine aykırı değildir.”¹⁸⁸

Anayasa Mahkemesi'nin kararı doğrultusunda denilebilir ki basın ve yayın organlarının suça iştirak etmemiş olan sahipleri ile yayın sorumluluklarının özen yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu bakımdan bir haberin ilgili maddelerde düzenlenen suç kapsamına girip girmediği hususunda sorumluluğun gazete sahibinde olması onun basın mensuplarını seçmede yetkili olması ile açıklanabilir. Maddenin 4. fıkrasında düzenlenen kişilerin bir haberin yasak eylem teşkil edip etmediğini özenle değerlendirme yükümlülükleri bulunmaktadır. Gazete sahipleri ile yayın sorumlularının suç teşkil eden eylemden dolayı sorumluluklarını doğuran illiyet bağı bu özen yükümlülüklerinden kaynaklanmaktadır.

Söz konusu tartışma benzer bir başka görüş ayrılığı da İstanbul 1 Nolu Devlet Güvenlik Mahkemesi ile Özel Daire arasında yaşanmıştır. Yargıtay 9. Ceza

¹⁸⁸Anayasa Mahkemesi, 31.03.1992, 1991/18 E., 1992/20 K; (çevrimiçi) www.hukukturk.com

Dairesi sanıklar hakkında verilen 16.07.1992 gün ve 16/132 sayılı hükmü, “bilinen bir örgüt liderinin röportaj biçiminde de olsa örgütle ilgili olarak yaptığı açıklamanın yayınlanmasınının 3713 Sayılı Yasanın 6/2. maddesindeki suç oluşturduğu gözetilmeden yazılı düşüncelerle sanıkların beraatlerine karar verilmesi” isabetsizliğinden bozduktan sonra yerel mahkeme 29.03.1993 gün ve 4/89 sayı ile önceki hükümde direnmiştir. Yerel mahkemenin direnme kararının gerekçesi dikkat çekicidir. Yerel mahkemeye göre, ilgili maddedeki suçun oluşması için söz konusu beyanların haber ve kamuoyunu aydınlatma amacıyla da olsa şeklen yayınlanma kastı başlı başına yeterli değildir. Suçun oluşması için bu kasttan başka ayrıca yasadışı örgüt ve mensuplarının bildiri ve açıklamalarının yayınlanmasına “vasıta olma özel kastının” varlığı gerekmektedir. Davaya konu yazı “Güneydoğu Bilmecesi” başlıklı yazı bütünlüğünün bir parçasıdır. İlgili yazıda örgütün yapılacak erken seçimlerde oyları etkileyip etkilemeyeceği hususunda farklı yasal parti mensuplarının görüşlerine ve değerlendirmelerine yer verilmektedir. Bu değerlendirmelerden sonra yazı bir söyleşi ile bitirilmektedir.

Yerel Mahkemeye göre yazı bir bütün olarak ele alınıp değerlendirilmelidir. Bununla birlikte derginin yayın politikası da değerlendirmede göz önünde bulundurulmalıdır. Yerel mahkemenin kanaatine göre; “örgüt açıklamalarının kamu oyunu (kamuoyu) aydınlatmak amacıyla haber olarak verilmesi halinde suç kastının oluştuğu söylenemez. Dava konusu söyleşide yasadışı örgüt lideri olduğu sorularla da açıkça belirtilmekte, görüşlerinin benimsendiği, destek olunmak istendiği yolunda bir işaret bulunmamaktadır. Yazıda, örgütün bazı partilerin oylarını etkileyip etkilemeyeceği irdelenmektedir. Savunmaların aksine özel suç kastı ile hareket ettikleri sabit değildir.”

Yargıtay Ceza Genel Kurulu söz konusu yerel mahkeme kararına konu olayı değerlendirirken 3713 Sayılı Kanun’un 6. maddesindeki düzenlemenin ihlali için özel suç kastının gerekli olup olmadığını irdelenmiştir. Ceza Genel Kurulu, kararında 3713 sayılı Kanun’un 6. maddesindeki düzenlemenin özel kastı aramadığını, bu sebeple yerel mahkeme kararının bozulması gerektiğine hükmetmiştir. Ceza Genel Kurulu kararına göre;

“(…)Özel suç kastı, yasanın suç ögesi veya ağırlatıcı enden olarak gördüğü hallerde, sanığın bilmesi ve istemesinden ayrı olarak belirli bir nedenle bu eyleme yönelmesidir. 3713 sayılı Y(y)asanın amacı, kapsamı nazara alındığında, yasadışı örgütlerin bildiri ve açıklamalarının yayınlanması, 6. maddede düzenlenen suçun teşekkülü için yeterli olup ayrıca özel kast-saik aranmamıştır. Yani genel kast yeterlidir. Yayınlanan bildirideki görüşlerin benimsenmesi, kabul edilmesi, yasadışı örgüte destek olunması şart değildir.”¹⁸⁹

Ceza Genel Kurulu’nun söz konusu kararında devamla dava konusu yazıda yasa dışı örgüt liderinin seçimlerde destekleyeceği parti, yasal partiler hakkındaki görüşleri yer almış; bununla birlikte Doğu ve Güneydoğu Anadolu’ya gelen turistlerden örgütleri tarafından özel izin belgesi isteneceğine yer verilmiştir. Yazı bu haliyle örgüt liderince örgütünün sair konulardaki tutumunun kamuya “açıklanması” ve “duyurulması” niteliğindedir. Yazının röportaj biçiminde yapılması yazının “Açıklama” niteliğini değiştirmemektedir. Ceza Genel Kuruluna göre açıklanan sebeplerle sanıkların üzerlerine yüklenen suçtan dolayı cezalandırılmaları ve yerel mahkeme hükmünün bozulması gerekmektedir.¹⁹⁰

C- Terör Örgütleri (Madde 7)

3712 Sayılı Kanun’un 7. maddesindeki düzenlemeye göre; (1)Cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1 inci maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar Türk Ceza Kanununun 314 üncü maddesi hükümlerine göre cezalandırılır. Örgütün faaliyetini düzenleyenler de örgütün yöneticisi olarak cezalandırılır. (2) Terör örgütünün propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Ayrıca, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan sahipleri ve yayın sorumluları hakkında da bin günden onbin güne kadar adli para cezasına

¹⁸⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 20.03.1993, 1993/9-17 E., 1993/190 K; (çevrimiçi) www.hukukturk.com

¹⁹⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 20.03.1993, 1993/9-17 E., 1993/190 K; (çevrimiçi) www.hukukturk.com

hükmolunur. Ancak, yayın sorumluları hakkında, bu cezanın üst sınırı beşbin gündür. Aşağıdaki fiil ve davranışlar da bu fıkra hükümlerine göre cezalandırılır. a) Terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, kimliklerin gizlenmesi amacıyla yüzün tamamen veya kısmen kapatılması. b) Terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde, örgüte ait amblem ve işaretlerin taşınması, slogan atılması veya ses cihazları ile yayın yapılması ya da terör örgütüne ait amblem ve işaretlerin üzerinde bulunduğu üniformanın giyilmesi. (3) İkinci fıkrada belirtilen suçların; dernek, vakıf, siyasî parti, işçi ve meslek kuruluşlarına veya bunların yan kuruluşlarına ait bina, lokal, büro veya eklentilerinde veya öğretim kurumlarında veya öğrenci yurtlarında veya bunların eklentilerinde işlenmesi halinde bu fıkradaki cezanın iki katı hükmolunur.

3712 Sayılı Kanunun 7. maddesinde yer verilen propaganda kavramı, Yargıtay içtihatları ile tanımlanmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 1999/28 K. numaralı kararında propagandayı, belirli bir görüşü toplum içinde yaymak, fikir ve düşüncelerin kökleşmesi amacıyla her türlü maddi ve manevi araca başvurmak, bu görüş ve düşüncelerin benimsenmesi için telkin, teşvik ve etkide bulunmak olarak tanımlamıştır. Buna göre propaganda, bir örgütün süreklilik arz edecek şekilde çeşitli yöntemler kullanarak o örgütün varlığını ve eylemlerini kolaylaştırmaktır.¹⁹¹

Terör örgütleri, devletin temel düzenini değiştirme amaçlarına ulaşmak ve isimlerini duyurmak suretiyle kalıcı olmak için eylemlerini silahlı güç kullanarak desteklemektedirler. Teşkilat yapılarını ve kuruluşlarını düzenleyen örgütler, medya aracılığıyla da isimlerini duyurmak amacıyla silahlı eylemlere yönelmektedirler. Medyada yer almak terör örgütleri açısından büyük önem taşımaktadır. Terör örgütleri varlıklarının devamını sağlamak ve propagandasını kitlelere duyurmak için medyayı aracı olarak kullanırlar. Terör örgütleri medyayı, yürüttükleri siyasi propagandaları geniş halk kesimine duyurmak, örgütün güçlü olduğu imajını yaratmak, halkın gözünde korku yaratmak, halkın sempatisini

¹⁹¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 16.03.1999, 1999/9-33 E., 1999/38 K; (çevrimiçi) www.hukukturk.com

kazanmak, kendilerine destek bulmak, Terörle mücadele edenleri pasifize etmek amaçlarıyla kullanırlar. Medyanın terör örgütlerinin propaganda aracı olmasının önlenmesi amacıyla 3712 Sayılı Kanunun 7/2 maddesinde terör örgütünün propagandasını yapmak suçunun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan sahipleri ile yayın sorumlularının sorumluluğu yoluna gidilmiştir.¹⁹²

AİHM standartları çerçevesinde Yargıtay da AİHS Madde 10'da düzenlenen ifade özgürlüğünün kişiye görev ve sorumluluklar yüklediğini birçok kararında vurgulamıştır. Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 04.02.2008 tarihli kararında isabetli bir şekilde 22.07.2007 tarihinde yapılan 23. dönem milletvekili genel seçimlerinde Diyarbakır ilinden milletvekili seçilen sanığın, olay tarihinde yurtdışından uydu aracılığıyla yayın yapan bir TV kanalına bağlanarak silahlı terör örgütünün amacı ve kurucusu A. Ö'nün görüşlerinin toplum tarafından benimsenip yayılmasına, kökleşmesine telkin ve teşvik edecek surette yaptığı konuşmanın içeriğini, sanığın bulunduğu konum ve hitap edilen kesim de göz önünde bulundurmamak suretiyle ifade özgürlüğünün sınırları içerisinde kalmadığını tespit etmiştir. Yargıtay'a göre ifade özgürlüğünün kullanılması kişilere görev ve sorumluluk yüklemektedir. Bu bakımdan söz konusu özgürlük demokratik bir toplumda zorunlu tedbir niteliğindeki ulusal güvenliği, toprak bütünlüğünü tehlikeye düşürecek şekilde kullanılamaz. Sanığın söz konusu eylemleri 3713 sayılı Yasa'nın 7/2. maddesinde düzenlenen silahlı terör örgütünün propagandasını yapmak suçunu oluşturur.¹⁹³

12.04.1991 tarihli Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/2. maddesinin 5532 Sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki metninde terör örgütü mensuplarına yardım edilmesi ve terör örgütünün şiddet veya diğer terör yöntemlerine başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasının yapılması suç olarak tanımlanmaktaydı. Söz konusu metinden görüleceği üzere suçun maddi unsuru bakımından terör örgütü propagandası yapılması yeterli değildi. Suçun oluşması için ayrıca söz konusu propagandanın muhatabı olan kişilerin şiddet veya diğer terör yöntemlerine başvurmasına teşvik edici nitelikte bulunması gerekmektedir. 5532 sayılı kanun ile "şiddet veya diğer terör yöntemlere başvurmayı teşvik edecek

¹⁹²Taştan, s. 90-91.

¹⁹³Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 04.02.2008, 2007/9370 E., 2008/617 K; (çevrimiçi) www.hukukturk.com

şekilde propagandanın yapılması” unsuru madde metninden çıkarılmıştır. Yeni düzenleme ile suçun oluşması için “terör örgütünün propagandasının yapılması” suçun maddi unsuru olarak kabul edilmiştir.

Madde kapsamına her çeşit propaganda unsuru girmektedir. Madde metninde örnek olarak düzenlenen ve tüketici olmayan propaganda şekilleri şunlardır:

- a) Terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, kimliklerin gizlenmesi amacıyla yüzün tamamen veya kısmen kapatılması
- b) Terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde, örgüte ait amblem ve işaretlerin taşınması, slogan atılması veya ses cihazları ile yayın yapılması ya da terör örgütüne ait amblem ve işaretlerin üzerinde bulunduğu üniformanın giyilmesi.

Yargıtay içtihatlarına göre de söz konusu maddede sayılan propaganda unsurları tüketici nitelikte değildir. Yargıtay 14.06.2004 tarihli kararında, silahlı çete mensuplarının hal ve sıfatlarını bilerek onlara yardım ve yataklık yapmak suçundan yargılanan sanığın eyleminin, bomba süsü vermek suretiyle sanık tarafından asıldığı kabul edilen pankarttaki yazıların terör, cebir ve şiddet kullanan silahlı bir örgütün propagandasını yapmak suçunu oluşturduğu kanaatine varmıştır.¹⁹⁴

V- 5187 Sayılı Basın Kanunu

A- Genel Olarak

5187 Sayılı Basın Kanunu'nun genel gerekçesinde de belirtildiği üzere demokratik düzene katkı sağlamak, özgür bir düzen ihtiyacını ve çok partili sistemin gereksinimlerini karşılamak amacıyla hazırlanan 5680 sayılı mülga Basın Kanunu bir süre bu amaçları yerine getirmiştir. Fakat ilerleyen yıllarda yapılan değişikliklerle ifade özgürlüğüne kısıtlamalar getiren düzenlemeleri neticesinde mülga kanunun sistematiği bozulmuş ve yeni bir kanun ihtiyacı gündeme

¹⁹⁴ Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 14.06.2004, 2004/2396 E., 2004/2846 K; (çevrimiçi) www.hukukturk.com

gelmiştir. Bunun neticesinde Türkiye'nin de taraf olduğu uluslar arası sözleşmelerle uyumlu olması amaçlanan yeni bir kanun hazırlanmıştır. Söz konusu 5187 Sayılı Basın Kanunu, 09.06.2004 tarihinde kabul edilmiş ve 26.06.2004 tarihli resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

5187 Sayılı Kanun'un genel gerekçesinde de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ürettiği içtihatlardan bazılarına yer verilmiştir. Yukarıda çeşitli defalar yer verilen AİHM'in Handyside v Birleşik Krallık kararındaki standardı genel gerekçede de ifadesini bulmuştur.¹⁹⁵ Bununla birlikte genel gerekçede isabetli bir şekilde evrensel demokrasinin olmazsa olmaz unsurlarından biri olan bilgi edinme hakkının önemine de değinilmiştir.

5187 Sayılı Kanun'un amaç ve kapsam başlığını taşıyan birinci maddesinde kanunun amacının basın özgürlüğünü ve bu özgürlüğün kullanımını düzenlemek olduğu ifade edildikten sonra kanunun kapsamının basılmış eserlerin basımı ve yayını olduğu belirtilmiştir.

5187 Sayılı Kanun'un üçüncü maddesinin birinci fıkrasında basının özgür olduğu ifade edilmiş ve bu özgürlüğün bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını kapsadığı belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında basın özgürlüğünün sınırlama rejimi düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde özgürlüğün sınırlanmasındaki ölçütlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10(2). maddesi ile Anayasanın 26, 27, 28. maddeleri dikkate alınarak belirlendiği ifade edilmiştir. Basın özgürlüğünün düzenlendiği anayasamızın 28. maddesinde basın özgürlüğünün sınırlanmasında Anayasanın 26. ve 27. madde hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Anayasanın 26. maddesinde belirtilen sınırlama ölçütleri içerisinde yer alan "genel ahlak" ölçütü Anayasada yapılan 2001 değişiklikleri ile madde metninden çıkarılmıştır. Bu durumda 5187 Sayılı Kanun'da sınırlama ölçütü olarak hala "genel ahlak" ölçütünün yer alması Anayasaya aykırılık oluşturmaktadır.¹⁹⁶

¹⁹⁵Söz konusu standart genel gerekçede şu şekilde düzenlenmiştir: "Çoğulcu, özgürlükçü, hoşgörülü, demokratik toplumlarda, düşünceyi açıklama özgürlüğü, sadece genel kabul gören ve zararsız yahut önemsiz addedilen düşünceler yönünden değil, aynı zamanda halkın bir kısmı tarafından benimsenmeyen kural dışı, hatta endişe verici düşünceler için de geçerli olmalıdır."

¹⁹⁶Çankaya/Yamaner, s. 109 -110.

B- Basın Rejimine İlişkin Temel Kavramlar

1. Basılmış Eser Kavramı

5187 Sayılı Kanun'un ikinci maddesinde basılmış eser, yayımlanmak üzere her türlü basım araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınları olarak tanımlanmıştır.

Madde düzenlemesine göre bir basılmış eserden bahsedilebilmesi için Kılıçoğlu'nun da belirttiği gibi şu unsurlar gereklidir:

- a. "Yazı, resim ve benzeri eserler veya haber ajansı yayınlarının mevcudiyeti",
- b. "Her türlü basım araçları ile basılma veya diğer araçlarla çoğaltma",
- c. Yayımlanma amacının varlığı
- d. Bir düşüncenin bulunması¹⁹⁷

Basın Kanunu'nun 2. maddesinde basılmış eserler için "(...) yazı, resim ve benzeri eserler (...)" denilmek suretiyle yazı ve resim dışındaki işaret, şekil ve biçimlerin de basılmış eser olabileceği belirtilmiştir. Bu anlamda ses bantları, filmler, fotoğraflar vb materyaller de basılmış eserin konusunu oluşturabilirler.¹⁹⁸

Bir baskının basılmış eser sayılabilmesi için söz konusu eserde bir düşüncenin bulunması gereklidir. Bu sebeple basılmış eser kavramının objektif unsuru düşünsel içeriktir. Düşünsel içerik taşımayan eserler Basın Kanunu kapsamında basılmış eser sayılamayacaktır. Örneğin herhangi bir düşünsel içerik taşımayan yazı, resim, renk, şekiller 5187 Sayılı Kanun kapsamında basılmış eser niteliğinde değildir; fakat söz konusu yazı, resim, şekil, renkler düşüncüyü ortaya koyacak şekilde yan yana bulunurlarsa bu durumda basılmış bir eserin varlığından söz edilebilecektir. Bu durumda bir beze işlenmiş siyasi bir sembol düşünsel içerik taşıdığı için basılmış bir eser niteliğini taşıyacaktır. Doktrinde çok kez örnek

¹⁹⁷Ahmet M. Kılıçoğlu, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, 3. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 26.

¹⁹⁸Kılıçoğlu, s. 28.

olarak gösterilen göz doktorlarının muayene aracı olarak kullandıkları, üzerinde harfler ve rakamların bulunduğu ışıklı tablolar düşünsel bir içerik taşımadıkları için basılmış eser olarak nitelendirilemezler.¹⁹⁹

Basılmış eserin basıldığı malzeme, eserin basılmış eser niteliği açısından önem arz etmez. Eser, herhangi bir tahtaya, cama, kağıda, beze vs. basılabilir. Önemli olan söz konusu yazı, resim, şekil, resim vb.nin bir düşünsel içerik taşımasıdır. Bununla birlikte eserde kullanılan dilin ya da aktarılan düşüncenin herkes tarafından anlaşılması da gerekli değildir. Günümüzde artık kullanılmayan Babilce, Sümerce gibi dillerin alfabesi kullanılarak yazılmış eserler de düşünsel içerik taşıdıkları takdirde basılmış eser kavramına girebilecektir. Bu bakımdan toplumun sınırlı bir kesimi tarafından anlaşılacak gizli bir düşünce taşıyan baskı da basılı eseri oluşturabilecektir.²⁰⁰

Basılmış eserin, maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, maddede belirtilen araçlar ile basılmış veya çoğaltılmış olması gereklidir. “Basım araçları” deyimi ile ifadesini bulan kavram, matbaacılık faaliyetlerinde kullanılan baskı makineleridir. Diğer araçlar ile ifade edilen araçlar ise fotokopi, faks, fotoğraf makineleri, yazıcı gibi aletlerdir.²⁰¹ İçel/Ünver’e göre bir eserin matbaacılıkta kullanılan araçlarla basılmış olması halinde bu eserin nüsha sayısının önemi yoktur. Zira kanun, “Yayımlanmak üzere her türlü basım araçları ile basılma”yı basılı eser kavramı için yeterli görmüştür. Bu durumda subjektif koşulun varlığına karine açısından yine de çoğaltma aranabilir. Bununla birlikte kanunun ifadesi ile “basım araçları”ndan başka vasıtaların kullanılması durumunda yazılı eserden bahsedilebilmesi için eserin çoğaltılması aranacaktır.²⁰²

Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere basılı eserden söz edilebilmesi için basma ve çoğaltma işleminin yayınlanma amacıyla gerçekleştirilmesi aranmıştır. Bu bakımdan basılmış eser kavramının subjektif unsurunu “yayımlanma amacı” oluşturmaktadır. Bu durumda gerekçede de belirtildiği şekliyle özel olarak saklamak ya da bulundurma niyetiyle bastırılmış eserler subjektif unsur

¹⁹⁹Çankaya/Yamaner, s. 111; İçel/Ünver, s. 122.

²⁰⁰İçel/Ünver, Kitle Haberleşme Hukuku, s. 123.

²⁰¹Çankaya/Yamaner, s. 112

²⁰²İçel/Ünver, Kitle Haberleşme Hukuku, s. 124.

taşımadıkları için basılı eser olarak nitelendirilemezler. Önemli olan Yamaner/Batur'un da ifade ettiği gibi sübjektif unsurun bulunmaması durumunda kitlelere ulaşma amacından bahsedilemeyeceği için basılı eserin mevcudiyeti söz konusu değildir. Yayınlanma amacının varlığı sübjektif unsurun varlığı için yeterli olacaktır. Bu bakımdan yazının yayımı şart değildir.²⁰³

2. Yayım Kavramı

Yayım, 5187 Sayılı Basın Kanunu'nda basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması şeklinde ifade edilmiştir. Madde gerekçesinde “yayım” faaliyetinin iradi olarak gerçekleştirilmesi aranmıştır ve kamuya sunulma bakımından kişi sayısı belirtilmemiştir. Bunun nedeni gerekçede açıklandığı şekliyle sayma usulünün yaratacağı sakıncalardan kaçınmaktır. Bu durumda “kamuya sunulma”dan kastın ne olduğu sorusu gündeme gelmektedir. Bu hususta Kılıçoğlu, Alman Hukuku'ndaki görüşlerden, “bir yayımdan söz edebilmek için basılmış eserin belirsiz ve sınırsız sayıdaki bir kitleye ulaştırılması gerekir.” Şeklindeki görüşün 5187 Sayılı Basın Kanunu'ndaki düzenlemeye uygun olduğunu ifade etmiştir. Kılıçoğlu'na göre “kamuya sunulma” ifadesindeki kamu kavramı ile ifade edilmek istenen husus, “belirsiz ve sınırlı olmayan sayıdaki kişiler topluluğudur.” Bu görüş doğrultusunda; “Bir basılmış eser, belirsiz ve sınırlı olmayan sayıdaki kişilerin bilgisine ulaştırılmak üzere, yayımlandığında yayım şartı gerçekleşmiş olur. Önemli olan nokta, basılmış eserin belirsiz sayıda ve belirsiz kişilere (kamuya ya da kitleye) sunulmak amacıdır. Bu amaç mevcut ise, basılmış eser henüz bir tek kişiye ulaşmış olsa bile yayım gerçekleşmiş sayılmaktadır.”²⁰⁴

Üzerinde durulması gereken bir başka konu ise basılmış eserin kamuya sunulmasında izlenen yoldur. Kanunun ikinci maddesinin b) bendinde kamuya sunulmanın “herhangi bir şekilde” yapılacağı ifade edilmiştir. Yayım esas olarak “dağıtma” yoluyla yapılır. Dağıtma yoluyla yayımın gerçekleşmesi için eserin nüshalarının belirsiz sayıda kişiye ulaştırılması aranır. Bununla beraber dağıtan kişide eseri, kamuya ulaştırma kapsamında değerlendirilemeyecek özel ilişkiler

²⁰³Çankaya/Yamaner, s. 113.

²⁰⁴Kılıçoğlu, s. 32 - 33.

çerçevesinde kişilere ulaştırma iradesinin bulunmaması gerekecektir. İçel/Ünver söz konusu özel ilişkiler çerçevesinde ulaştırmayı aynı zamanda “dağıtma eyleminde gizlilik” olarak ifade etmiştir. Her somut olayda dağıtma fiilini yapan kimsede gizlilik iradesinin bulunup bulunmadığı maddi vak’anın özelliğine göre incelenecektir. Bu durumda İçel/Ünver’e göre her somut vak’ada dağıtma fiilinde gizlilik unsurunun bulunup bulunmadığı, eserin ulaştığı kişi sayısı, dağıtma fiilini yapan kişinin gizlilik iradesi, eserin ulaştığı kişilerin belirli olup olmadıkları göz önünde bulundurularak değerlendirilecektir. Örnek olarak basılmış eser, kişilere dağıtmaları için verilmişse bu durumda gizlilik unsurundan bahsedilemeyecektir.²⁰⁵

Diğer kamuya sunma araçları eserin “asılması”, “gösterilmesi” gibi çeşitli suretlerle olabilir. Kılıçoğlu bu kıstaslar arasında “dinletme”nin de olabileceği düşüncesindedir.²⁰⁶ Bir eserin herkesin görebileceği şekilde belirli bir yere konulması, yapıştırılması ya da bırakılması “asılma” veya “gösterilme”yi oluşturabilir.²⁰⁷ Kütüphanenin raflarına kitap ya da bayilerin camına dergi koyulması örneğinde olduğu gibi asılma dışında kalan fiiller göstermeyi oluşturur. Basılmış bir eser gösterildiği ölçüde yayımlanmış sayılmaktadır. Eserin gösterilmeden bırakılmış bölümleri yayımlanmış sayılmamakla birlikte kitap dükkanlarının vitrinlerine herkesin görebileceği şekilde kitap bırakmak örneğinde olduğu gibi eğer bir satışa arz söz konusuysa bu durumda basılmış eser yayımlanmış sayılacaktır.²⁰⁸

5187 Sayılı Basın Kanunu’nun onbirinci maddesinde basılmış eserler yoluyla işlenen suçların yayım anında oluşacağı belirtilmiştir. Bu durumda basılmış bir eser yayımlanmamışsa suç da oluşmayacaktır.²⁰⁹

²⁰⁵V. Listz, F.: Das Deutsche Reichpresserecht, Berlin 1880, (naklen İçel/Ünver, Kitle Haberleşme Hukuku, s. 129 – 130)

²⁰⁶Kılıçoğlu, s. 34; Kılıçoğlu ilk olarak Basın Kanunu’nda öngörülen herhangi yayım şekillerinden biri olarak “dinletme”ye de yer vermiş fakat devamında dinletmenin yazılı basın için bir yayım şekli olmadığını belirtmiştir. Karşı görüş için bkz. İçel/Ünver, Kitle Haberleşme Hukuku, s. 134; İçel/Ünver’e göre, Basın Kanunu’nda basılmış eserin “kamuya sunulması”ndan bahsedildiği için içerik yerine sunulmadan söz edilmektedir. Bu bakımdan “dinletme” Basın Kanunu’nda öngörülen bir yayım şekli olmaya uygun değildir.

²⁰⁷Kılıçoğlu, s.35.

²⁰⁸İçel/Ünver, s. 134.

²⁰⁹Kılıçoğlu, s. 31.

3. Dönemsel Yayınlar

a) Tanımlar

5187 Sayılı Basın Kanunu sistematüğinde basılmış eserlerin dönemsel ve dönemsel olmayan yayınlar olarak iki kategori altında düzenlenmiş olduğunu görüyoruz. 5187 Sayılı kanuna göre dönemsel yayınlar belirli aralıklarla çıkan ve süreklilik arz eden basılı eserleri ifade ederken bunun dışında kalan basılı eserler ise dönemsel olmayan yayınları oluşturmaktadır. 5187 Sayılı Basın Kanunu'nun ikinci maddesinde yer alan tanımlar incelendiğinde dönemsel yayınların gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansı yayınları olduğu anlaşılacaktır. Dönemsel olmayan yayınlar, Kanunda belirli aralıklarla yayınlanmayan kitap, armağan gibi basılmış eserlerdir.

Dönemsel yayınlar Kanun sistematüğinde çeşitli kategorilere ayrılmıştır. Bu kategorilere göre yaygın süreli yayın; tek bir basın-yayın kuruluşu tarafından aynı isimle basılan ve her coğrafi bölgede en az bir ilde olmak üzere, ülkenin en az yüzde yetmiş beşinde yayımlanan süreli yayın ile haber ajanslarının yayınlarını ifade eder. Bölgesel süreli yayın; tek bir basın-yayın kuruluşu tarafından basılan ve en az üç komşu ilde veya en az bir coğrafi bölgede yayımlanan süreli yayını belirtir. Yerel süreli yayın; tek bir yerleşim biriminde yayımlanan süreli yayınlar ile haftada bir veya daha uzun aralıklarla yayımlanan yaygın ve bölgesel yayınları ifade eder. Kanun gerekçesinde de belirtildiği gibi kuşkuları gidermek maksadıyla haftada bir veya daha uzun aralıklarla yayımlanan yaygın ve bölgesel süreli yayınlar, Kanunun uygulanmasında yerel süreli yayın olarak kabul edilmiş ve bununla birlikte aynı gerekçeyle haber ajansı yayınları da yaygın süreli yayın kapsamına alınmıştır. Bir yayının dönemsel yayın olması için aranan iki özellik "süreklilik" ve "bağımsızlık" tır. "Süreklilik" kanunda ifadesini "belirli aralıklarla yayımlanan" tümcesiyle bulmuştur.²¹⁰ İçel/Ünver'in de ifade ettiği üzere süreklilik kavramını mutlak bir süreklilik şeklinde anlamamak gereklidir. Zira eserin yayınlanmasında dönemsellik bulunsa fakat yayımda mutlak bir süreklilik

²¹⁰ Çankaya/Yamaner, s. 117.

bulunmasa bile eserin sürekliliğinden bahsedilebilecektir. Bir basılı eserin yayımlanma tarihleri arasında geniş bir zaman dilimi bulunsa bile bu geniş zaman aralığı yazının sürekliliğini etkilemeyecektir. Dönemsel olarak yayımlanmaya başlamakla birlikte daha sonradan çeşitli sorunlar yüzünden dönemsel niteliği ortadan kalkan bir basılı eserin nüshaları ayrı niteliklerde sınıflandırılabilir. Bu durumda eserin süreklilik arz eden nüshaları dönemsel yayın niteliğinde incelenebilecektir. “Bağımsızlık” ise bir dönemsel yayının yayımlanan her sayısının kendisinden önceki ve sonraki sayılardan bağımsız olmasını ifade etmektedir. Eserin sayıları arasındaki yazı dizisi, fotoroman gibi birbirinin devamı niteliğinde olan bölümler bulunması durumu, basılmış eserin bağımsızlığına etki etmez.²¹¹

b) Dönemsel Yayın Faaliyetinde Bulunmak İçin Beyanname Verme Zorunluluğu

5187 Sayılı Basın Kanunu'nun 8. maddesindeki düzenlemeye göre süreli yayın çıkarılması için süreli yayının yönetim yerinin bulunduğu yerdeki Cumhuriyet Başsavcılığına beyanname verilmesi gereklidir. Verilecek beyannamede yayının adı, konusu, yayım aralığı, yönetim merkezi ile yayım sahibi ile temsilcinin bulunması halinde temsilcinin ve sorumlu müdürün ad ve soyadları yer almalıdır. Bununla birlikte beyannamenin yayın sahibi, yayın sahibi küçük ya da tüzel kişi ise yasal temsilci ve sorumlu müdür tarafından imzalanması gerekecektir. Kanunda ayrıca, beyannameye Kanun'un sorumlu müdür olmak için gerekli şartları düzenleyen 5. maddesi ile süreli yayın sahibi olmayı düzenleyen 6. maddesindeki şartların varlığını gösteren belge ile yayın sahibinin tüzel kişi olması durumunda tüzüğün veya ana sözleşmenin ya da vakıf senedinin bir suretinin eklenmesi gerektiği belirtilmiştir. Beyanname verilmesini takiben Cumhuriyet Başsavcılığı, ilgili beyanname ve belgelerin verildiğine dair bir alındı belgesi vermekle yükümlü kılınmıştır. 5680 Sayılı mülga Basın Kanunu'nda da beyanname verme sistemi mevcut idi. Fakat beyanname ve ilgili belgelerin 5187 Sayılı Kanundaki düzenlemeden farklı olarak Cumhuriyet Başsavcılığı yerine mahallin en büyük mülki amirliğine verilmesi gerektiği ifade edilmişti.

²¹¹İçel/Ünver, Kitle Haberleşme Hukuku, s. 154.

İçel/Ünver, 5187 Sayılı kanunla getirilen bu düzenlemenin yerinde olmadığı söz konusu beyanname ve ilgili belgelerin Cumhuriyet Başsavcılığına verilmesinin ön sansür görünümünde olduğu ve savcılıkların iş yükünün artacağı görüşündedir.²¹²

Beyanname ve eklerinin Cumhuriyet Başsavcılığına verilmesi ile savcılık belgelerinde eksiklik ya da gerçeğe aykırı bir beyanın bulunup bulunmadığını inceler. Bir eksiklik ya da gerçeğe aykırılık bulunması halinde Cumhuriyet Başsavcılığı beyannamenin verilmesinden itibaren iki hafta içinde ilgili eksikliklerin ya da gerçeğe aykırılıkların giderilmesini yayın sahibinden isteyecektir. İlgili istemin tebliğinden itibaren iki hafta içinde söz konusu eksiklikler ile gerçeğe aykırılıklar giderilmez ise bu takdirde Cumhuriyet Başsavcılığı Asliye Ceza Mahkemesi'nden yayının durdurulmasını isteyecektir. Mahkemenin 2 hafta içinde karar vermesi gerekir. 5187 Sayılı Kanununun 8. maddesindeki düzenlemede yer alan düzeltme imkanı 5680 Sayılı mülga Basın Kanunu'nda yer almamaktaydı. 5680 Sayılı Kanun'da beyannamede eksikliklerin ya da gerçeğe aykırılıkların bulunması durumunda beyannamenin hiç verilmemiş sayılacağı ve bu durumun ilgiliye beş gün içerisinde tebliğ edileceği düzenlenmişti. Bu durumda mülki amirlikçe Cumhuriyet Savcılığı aracılığıyla yayının durdurulması amacıyla Asliye Ceza Mahkemesine başvurulması ve en geç kırk sekiz saat içinde de yayının durdurulup durdurulmayacağına ilişkin kararın Asliye Ceza Mahkemesi tarafından verilmesi gerektiği belirtilmişti.²¹³

Beyanname içeriğinde daha sonra yapılacak her türlü değişikliğin de ilk beyanname verilirken izlenen usule paralel olarak değişikliğin yapılmasından itibaren iki hafta içerisinde gerekli belgeler ile birlikte Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilmesi gerekmektedir.

c) Süreli Yayın Sahibi

5187 Sayılı Kanun'un 6. maddesinde her gerçek ve tüzel kişi ile kamu kurum ve kuruluşlarının süreli yayın sahibi olabileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte süreli yayın sahibinin 18 yaşından küçük ya da kısıtlı olması durumunda kanuni

²¹²İçel/Ünver, Kitle Haberleşme Hukuku, s. 162.

²¹³Çankaya/Yamaner, s. 118-119.

temsilcisinin, tüzel kişi olması halinde ise tüzel kişi temsilcisinin 5. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen şartları taşıması gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay 07.03.2005 tarihli kararında konuyla ilgili şu karara varmıştır:

“Davaya konu edilen yayının yayınlandığı gazete künyesinde yayın sahibi olarak “Birikim Gazetecilik Matbaacılık ve Yayıncılık A.Ş. adına Y. B.” gösterilmiştir. Bu açıklamadan ve dosya içeriğinden yayın sahibinin şirket olduğu anlaşılmaktadır. Dava dilekçesinde yayın sahibi şirket yanında Y.B.’ın (nin) da dava edildiği mahkemece de şirketle birlikte adıgeçenin (adı geçenin) de sorumluluğuna karar verildiği görülmektedir. Basın yasasında sorumlu kişiler açıkça sayılmış olup bu bağlamda yayın sahibi olarak şirketin sorumluluğuna karar verilmesi doğrudur. Yusuf Bozan’ın yasada sayılan sorumlu kişilerden olmadığı gözetilerek hakkındaki davanın husumet yönünden reddedilmesi gerekirken mahkemece Yusuf Bozan’ın sorumluluğuna karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”²¹⁴

5680 Sayılı mülga Basın Kanunu’nda süreli yayın sahibi olmak için lise mezunu olma şartı dışında sorumlu müdürde bulunması gereken Türk vatandaşı olma, 21 yaşından büyük olma, İkametgahın Türkiye’de bulunması, devlet memuru, asker ya da ordu mensubu bulunmama, kısıtlı veya kamu hizmetlerinden yasaklı olmama, kamu hizmetlerinden yasaklı olmama, 5. maddenin 6. bendinde sayılan suçlardan hükümlü olmama şartları aranmaktaydı. 5187 Sayılı Kanun’da ise herhangi bir koşul aranmamıştır.

Süreli yayın sahibi 18 yaşın altında ya da küçük veya kısıtlı ise bu durumda kamu temsilcisinin, süreli yayın sahibinin tüzel kişi olması halinde ise tüzel kişi temsilcisinin 18 yaşını bitirmiş olması, Türkiye’de yerleşim yeri sahibi olması ve devamlı oturması, en az ortaöğretim veya dengi bir okuldan mezun olması, yüz kızartıcı suçlardan mahkum olmaması, Türk vatandaşları için karşılıklılık koşulunun bulunması gereklidir. Çankaya/Yamaner, yayın sahibinin bazı durumlarda sorumlu müdürün yerini alarak onun yerine sorumlu tutulacağı göz önünde bulundurulduğunda eğitim konusunda sorumlu müdürde aranan şartın sürekli yayın sahibinde de aranmasının isabetli olduğu görüşündedir.²¹⁵

²¹⁴Yargıtay 4. HD, 07.03.2005, 2004/8336 E., 2005/2227 K; (çevrimiçi) www.hukukturk.com

²¹⁵Çankaya/Yamaner, s. 121.

5680 Sayılı Kanun'da Türkiye'de yabancı gerçek ve tüzel kişilerin dönemsel yayın çıkarması için yayının bulunduğu yerin en büyük mülki amirinin mütalaasını alan İçişleri Bakanlığı'nın izni gerekli idi. İçişleri Bakanlığı izin vermeden önce Dışişleri Bakanlığı'nın da görüşünü almak zorundaydı. Fakat 5187 Sayılı Kanun'da yabancı gerçek ve tüzel kişilerin dönemsel yayın çıkarmaları için aranan tek şart yabancı kişinin ülkesi ile Türkiye arasında bu hususta karşılıklılık bulunmasıdır.²¹⁶

d) Sorumlu Müdür

Her süreli yayında bulunması gerekli olan sorumlu müdürün 18 yaşını bitirmiş bulunması, Türkiye'de yerleşim yerinin bulunması ve devamlı oturması, en az orta öğretim ya da dengi mezunu bulunması, kısıtlı ve kamu hizmetlerinden yasaklı bulunmaması, yüz kızartıcı suçlardan mahkum olmaması, Türk vatandaşı olmaması halinde ülkesi ile Türkiye arasında bu hususta bir karşılıklılığın bulunması gereklidir.

5680 Sayılı kanunda sorumlu müdür olmak için yazı işlerinin fiilen idare edilmesi koşulu aranmıştı. 5187 Sayılı Kanun'da bu şart aranmamıştır. 5187 sayılı Kanun'un madde gerekçesinde bu şartın aranmamasının nedeni olarak süreli yayının sorumluluğunu üstlenen kişinin fiilen yazı işlerini idare etmediğini öne sürerek sorumluluktan kurtulmasının önüne geçmek gösterilmiştir.

Madde gerekçesinde ayrıca gazete ve dergilerde genel yayın yönetmeni, genel koordinatör gibi ünvanlarla yer alan kişilerin sorumlu müdür olmadıkları için söz konusu kişilerin beyannamede yer almalarının gerekli olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca isabetli olarak madde gerekçesinde gazete ve dergilerin spor, magazin, ekonomi gibi değişik bölümleri olduğu göz önünde bulundurularak bu bölümlerin uzmanlık alanları farklı kişilerce denetime tabi tutulması amacıyla birden fazla ve ayrı bölümlerle ilgilenen sorumlu müdürlerin bulunabileceği belirtilmiştir.

²¹⁶Çankaya/Yamaner, s. 121.

5680 Sayılı mülga Basın Kanunu'nun 6. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği bulunan bir kişinin sorumlu müdür olamayacağı ifade edilmişti. Şüphesiz ki bunun altında yatan sebep sorumlu müdür kavramının hukuka aykırılık durumunda suçlamanın yöneltileceği kişinin belirlenmesi için getirildiği göz önünde bulundurulduğunda milletvekilinin dokunulmazlığının sorumluluktan kurtulmasını sağlamasıdır. Fakat 5187 Sayılı Basın Kanunu'nda Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesinin de sorumlu müdür olabileceği belirtilmiştir. Fakat bu durumda sorumluluğu yöneltme bakımından kalabilecek eksikliği önlemek maksadıyla düzenlemede Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesinin sorumlu müdür olması durumunda bir sorumlu müdür yardımcısının tayin edileceği belirtilmiştir. Atanan sorumlu müdür yardımcısı da 5187 Sayılı Kanun hükümlerine tabi olacaktır. 5187 Sayılı Kanun'un sorumlu müdür için aranan şartlar arasında Türkçe bilme şartına yer vermemesi isabetli olmamıştır. Zira Türkçe bilmeyen bir sorumlu müdür gereken denetlemeyi yapamayabilecektir.²¹⁷

4. Basın Suçları ve Basında Sorumluluk Rejimi

5680 Sayılı Kanun'da basın yoluyla işlenen suçlarda cezai sorumluluk konusunda birlikte sorumluluk yoluna gidilmişti. Mülga kanunda ceza sorumluluğu "(...) suçu meydana getiren yazıyı veya haberi yazan veya resmi veya karikatürü yapan kimse ile beraber b mevkutenin ilgili sorumlu müdürüne (...)" denilmek suretiyle eser sahibi ile sorumlu müdürde bulunmaktaydı. Bununla beraber, sorumlu müdüre verilecek hürriyeti bağlayıcı cezaların para cezasına çarptırılacağı belirtilmişti. Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması durumunda sorumlu müdür, eser sahibi belli olmayan kişinin kimliğini en geç mahkeme tarafından yapılacak ilk sorguya kadar doğru şekilde açıklamaz ise eser sahibi gibi sorumlu olacak ve hakkında verilecek hürriyeti bağlayıcı ceza para cezasına çevrilmeyecekti. 5187 Sayılı Kanun'un 28. maddesindeki düzenlemeye göre 18. ve 22. maddedeki suçlar dışında bu kanunda öngörülen suçlar için verilen para cezaları hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilemez.²¹⁸ 5187 Sayılı Kanun'un 12. maddesinde düzenlenen süreli yayın sahibinin, sorumlu müdürün ve eser sahibinin haber kaynaklarını açıklamaya zorlanamayacağı hükmü gereği 5187

²¹⁷Çankaya/Yamaner, s. 123-124.

²¹⁸İçel/Ünver, Kitle Haberleşme Hukuku, s. 291.

Sayıllı Kanun'da sorumlu müdür eser sahibinin kimliğini açıklamaya zorlanamayacaktır. 5187 Sayılı Kanun ise 11. maddede Ceza Hukuku'ndaki klasik sorumluluk sistemini benimseyerek süreli ve süresiz yayınlarda cezai sorumluluğun ilk etapta eser sahibinde olacağını belirtmiştir.²¹⁹ Yargıtay'ın da bu isabetli olarak bu görüşü benimsediği 20.12.2005 tarihli kararında;

“5187 sayılı Basın Kanununun 11. maddesi uyarınca davaya konu yayının eser sahibi araştırılıp sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik soruşturmayla yazılı biçimde hüküm kurulması, (...) bozmayı gerektirmiş (...)” kanaatine varmıştır.²²⁰

5187 Sayılı Kanun'un 5680 Sayılı Kanun'dan farklı olarak kabul ettiği söz konusu sistem ceza sorumluluğunun şahsiliği ile üçüncü kişilerin fiillerinden sorumlu olmama prensiplerine uygundur.²²¹ Süreli yayınlarda sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkililerin sorumlu olabilmesi için eser sahibinin belli olmaması ya da eserin yayımı sırasında cezai ehliyete sahip olmaması ya da yurt dışında olması sebebiyle Türkiye'de yargılanamaması ya da eser sahibine verilecek cezanın başka bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkum edildiği cezaya etki edememesi hallerinden en az birinin varlığı gereklidir.

5187 Sayılı Basın Kanunu'na göre ceza sorumluluğu bakımından süreli olmayan yayınlarda sorumluluk yine ilk etapta eser sahibinin olacaktır. Süreli yayınlarda bakımından sorumlu müdürün sorumluluğu için aranan şartların varlığı halinde süreli olmayan yayınlarda yayımcı sorumlu olacaktır. Fakat 11. maddenin ilk fıkrasındaki düzenlemeden farklı olarak ikinci fıkrada yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması hallerinde basımcı sorumlu olacağı belirtilmiştir. 5680 Sayılı yasada ise süreli olmayan yayınlardaki sorumluluk süreli yayınlardaki sorumluluk esaslarına tabi idi. Tek fark sorumlu müdürün sorumluluğu yerine yayıncının sorumluluğunun söz konusu olmasıydı.²²² Yargıtay'ın müstehcen içerikli dergi yayınlamak suçundan yerel

²¹⁹ankaya/Yamaner, s. 129.

²²⁰Yargıtay 8. CD, 20.12.2005, 2004/10487 E, 2005/12302 K; (evrimii) www.hukukturk.com

²²¹İel/nver, Kitle Haberleşme Hukuku, s. 270.

²²²ankaya/Yamaner, s. 130-131.

mahkeme'nin 20.09.2004 tarihinde sanık hakkında verdiği mahkumiyet kararını bozma gerekçelerinden biri şu şekildedir:

“(...) 26 Haziran 2004 tarihinde yürürlüğe giren 5187 sayılı Yasanın 2. maddesinin 1. fıkrasındaki eser sahibi tanımı, aynı yasanın cezai sorumluluk başlığı altındaki 11. maddesi hükmü, TCK. nu(1)n 426. maddesi ile birlikte değerlendirilip, araştırma yapılarak, TCK. nu(1)n 2. maddesi de gözetilmek suretiyle sonucuna göre hükmedilmesi lüzumu (...)”²²³

Basın Kanunu'nun 11. maddesinde basının yargıyı etkilememe yükümlülüğü düzenlenmiştir. Cumhuriyet savcısının görevini etkin bir şekilde yerine getirmesini temenni amacı taşıyan madde düzenlemesine göre hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararının verilmesine kadara geçecek sürede işlem yapıldığına dair haberler ayrık olmak üzere²²⁴ Cumhuriyet Savcısı, hakim ve mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğine yönelik haber yapılması durumunda yayımcının ağır para cezası ile sorumlu olacağı düzenlenmiştir. 5187 Sayılı Kanun'un 21. maddesinde Türk Medeni Kanunu hükümleri gereğince evlenmeleri yasaklı olan kişiler arasındaki cinsel ilişkiyle ilgili haberlerde söz konusu kişilerin, Türk Ceza Kanunu 414., 415., 416., 421., 423., 429., 430., 435., ve 436. maddelerinde işlenen suçlara ilişkin suçlarda mağdurların, 18 yaşından küçük olan kişilere ilişkin suçlara ya da 18 yaşın altındaki kişilerin işlediği suçlarda bu kişilerin kimliklerinin açıklanması yasaklanmıştır. 20. maddede ise cinsel saldırı, cinayet ve intihara özendirmeye ilişkin haberlerde haber sınırını aşan ya da kişileri söz konusu fiillere özendiren haberlerin yapılması yasaklanmıştır.

2. Basın Yoluyla Doğan Saldırılarda Hukuka Uygunluk Nedenleri

I- Genel Olarak

Yukarıda belirtildiği üzere Anayasa madde 12 kişilik haklarını düzenlemiştir. Bununla bağlantılı olarak yine Anayasa'nın 20. Maddesinde özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu düzenlemelerden başka

²²³Yargıtay 5. C.D., 06.06.2006, 2005/18002 E, 2006/4992 K; (çevrimiçi)www.hukukturk.com

²²⁴Çankaya/Yamaner, s. 125.

Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesinde; "hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır." düzenlemesi yer aldıktan sonra yine Türk Medeni Kanunu'nun 25/3 maddesinde "Davacının, maddi ve manevi tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır." ve Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde, "Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir. Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, iştiغال ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır." düzenlemeleri basının basın özgürlüğünü kullanırken bireylerin kişilik haklarını ihlal etmemeleri gerektiğini ortaya koymaktadır.

Yukarıda yer verilen yasal düzenlemeler incelendiğinde de görüleceği üzere çeşitli yasalarla hem basın özgürlüğü, hem de bireylerin kişilik hakları güvence altına alınmıştır. Hukuk düzeni çatışan iki değeri aynı anda koruyamayacağından, basın özgürlüğünün kullanılmasının sınırlarının çizilmesi gerekmektedir.

II- Hukuka Uygunluk Nedenleri

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından da benimsenen Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin yerleşik içtihatları ışığında basının tarafsız ve özgür biçimde kamuoyunu aydınlatma, düşünce ve görüşleri eleştirme, tartışma, haber verme gibi görevleri bulunmaktadır.²²⁵ Basının söz konusu görevlerini yerine getirebilmesi için ona belirli bir ayrıcalık ve etkinlik alanı bırakılmalıdır. Basına böyle bir etkinlik alanının tanınmasının sebebi bireylerin ve kitlelerin özgürce haber alabilmesidir. Yukarıda da değinildiği üzere basının özgürlük alanı ile

²²⁵"Davaya konu haber/yazının ve resimlerin dayanağı olan olgular yadsınamaz temel gerçekler olduğuna göre, bazı yan noktalar ve eleştirinin sert olması, haber/yazıyı hukuka aykırı kılmaz. Aksi takdirde basın özgürlüğü, düşünce özgürlüğü ve düşündüğünü ifade hakkı, özgürlükçü demokratik düzenin öngörmediği biçimde kısıtlanmış ve hatta tazminat sorumluluğu korkusu içinde basın işlevini yerine getiremez olur." HGK, 14.10.1998-695/702; (naklen Erol Çetin, Açıklamalı - İçtihatlı Basın Hukuku Hukuk - Ceza, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 174-175).

bireylerin kişilik hakları dengelenmelidir. Basının haber verme görevini yerine getirmek suretiyle kullanacağı hakkın özel hukuk alanındaki sınırını çizen ilkeler gerçeklik, toplumsal ilgi, kamu yararı, güncellik ve konu ile ifade arasındaki düşünsel bağlılıktır. Basının belirli bir haberi verirken bu ilkeler doğrultusunda hareket etmesine rağmen bireylerin veya kitlelerin kişilik hakları ihlal edilse dahi ortaya çıkan bu durumdan dolayı basın sorumluluğu yoluna gidilemez.

“Basının, haber verme fonksiyonunu yerine getirirken kullanacağı hakkın özel hukuk alanındaki sınırı gerçeklik, kamu yararı ve toplumsal ilgi, güncellik, konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık kuralları ile belirlenmiştir. Haber verme hakkı bu sınırlar içerisinde kaldığı sürece hukuka uygundur.”²²⁶

Basının haber yapma özgürlüğü ile bireylerin kişilik haklarını sık sık karşı karşıya getiren durumlardan biri de basının politik faaliyetlerle ilgili politikacıları hedef alarak yaptığı haberlerdir. Yargıtay’ın konuya bakış açısına göre, politik faaliyetlerde bulunanlar, toplum içinde edindikleri imajdan kolay sıyrılamazlar. Söz konusu imajdan dolayı da politikacıların eleştirilerin ve tartışmaların odağını oluşturmaları kaçınılmazdır. Siyaset sahnesinde yer alan kişiler kendilerine yönelen alkışlar kadar sert eleştirilere de katlanmak durumundadırlar.

1995 Aralık seçimlerinde bazı partiler arasında ittifak kurulması gündeme gelmişken bu ittifakın öznelerinden biri olan Yeni Demokrasi Hareketi’nin lideri C.B’nin yakın tarihte adının karıştığı Kahramanmaraş olaylarının C.B ile ilgili öfke toplanmasına yer açtığına ve bu durumun ittifaka gölge düşürmesi sebeplerine ilişkin basında çıkan bir haberde C.B hakkında sanık ifadesi kullanılmıştır. Söz konusu durumdan dolayı davaya konu haber/yazı nedeniyle davacının (C.B) kişilik haklarına saldırıldığı iddiasıyla davalılar hakkında manevi tazminat davası açılmıştır. Yerel Mahkeme davayı kısmen kabul etmiştir. Davalılar vekilinin yaptığı temyiz neticesinde Yerel Mahkeme kararında direndikten sonra dosya Hukuk Genel Kurulu’nun önüne gelmiştir. Hukuk Genel Kurulu, Özel Daire’nin bozma kararında açıkladığı gerektirici nedenleri benimsemiş ve direnme kararını bozmuştur. Özel Daire’nin gerekçeli kararına göre; gerçekten de anılan Kahramanmaraş olayları sonucunda C.B’de suçlanmış,

²²⁶4.H.D, 07.02.2000 T, 943 K.; (naklen Çetin, s. 213-217).

tutuklanmış, hakkındaki ceza davası beraatle sonuçlanmıştır. Dolayısıyla C.B'nin sanıklığı adli bir gerçekliktir; zira kimse sanıkla hükümlüyü karıştıramaz. Aksi takdirde kişilik hakları ihlal edilmiş olur. Söz konusu eleştirilerin odağındaki kişiler politikacılar olduğunda, ülkeyi yönetme isteğinde olduklarından dolayı, toplum içinde edindikleri imajdan haksız da olsa, kolayca sıyrılamazlar. Sık sık tartışmaların merkezinde bulunmaları açıklanan nedenlerden dolayı kaçınılmazdır.

“ Haber/yazıda davacı için ‘mahkum’ değil ‘sanık’ sözlerine yer verilmiştir. Sanıklığı da adli bir gerçektir. Her ne kadar, sanık sıfatı dava sonucuna kadar sürdüren bir tanımlama ise de, politikacılar için, bazı olaylarda, bu değerlendirmelerin yapılması da onlar yönünden kaçınılmaz bir durumdur. Nitekim, gündemdeki bir kısım seçim ittifakları da gerçekleşmemiştir.”²²⁷

A- Haberin Gerçekliği İlkesi

Basına tanınan özgürlüğün ilk sınırı haberin gerçekliğidir. Gerçek olmayan bir haberin gerçekmiş gibi verilmesi gerçeklik ilkesine aykırılık oluşturacağından hukuka uygun değildir.

Gerçeklik ilkesi somut, maddi gerçeği değil; haberin verildiği an itibarıyla, olayın belirli biçimine uygunluğu ifade eder. Çünkü, gazetecinin maddi gerçeği araştırma, ortaya çıkarma görevi bulunmadığı gibi maddi gerçeğin ortaya çıkması zaman alır. Maddi gerçekliğin ortaya çıktığı anın beklenmesi durumunda ise, ortaya çıkma anı itibarıyla olayın haber değeri kalmaz; bu yöndeki bir düşüncenin kabulü halinde haber verme ile konuyu aydınlatma hakkının özü sınırlandırılmış olur. Söz konusu durum, yerleşik Yargıtay uygulamaları ile de doğrulanmıştır.²²⁸

“O an için o olay veya konu ile ilgili olan, görünen bilinen her şeyi araştırmak, incelemek suretiyle (basın) olayları olduğu biçimi ile yayınlamalıdır. Bu işlevi ile gerek yazılı ve gerekse görsel basın, somut gerçeği değil, o anda belirlenen ve var olan ve orta düzeydeki kişilerce de yayının yapıldığı biçimi ile kabul edilen olguları yayınlamalıdır. O anda ve görünürde var olup da sonradan, gerçek

²²⁷HGK.,11.11.1998-765/801; (naklen Çetin, s. 255-274).

²²⁸Çetin, s. 254-255.

olmadığı anlaşılan olayların ve olguların yayınından basın sorumlu tutulmamalıdır.²²⁹

Önemli olan olayların meydana gelmesi ve kamunun yararı gözetilerek olay ve olguların kamuya aktarılmasıdır. Söz konusu ilkelere uygun bir yayın başta Anayasaya ve Basın Kanunu'na uygun olacak ve hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Haber verme hakkı ile bireylerin kişilik hakları hukuken aynı anda korunamayacağından, somut olayda korunma altına alınmış iki değerden biri diğerine üstün tutulacaktır. Daha az üstün olan olayın, somut olay çerçevesinde inceleme yapılmasının neticesinde, daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında, o olayda ve o an için hukuken korumasız kaldığı kabul edilecektir.²³⁰

Dava konusu yazı içeriğinde “Ankara’daki H... İlkokulu 6. Sınıf öğretmeni T.H. bir ara sinirleniyor öğrencisi G’yi tokatlıyor. G.’nin babası elektrik mühendisi E.A. öfkeleniyor. Okula gidip T.H’nin eşi Ankara Adliyesinde yargıç. E.A. 5 gün önce gözaltına alınıyor ve ancak dün salıveriliyor. Ne adalet...” ifadeleri kullanılmıştır. Söz konusu yazının kişilik haklarını ihlal ettiği, onur ve saygınlığına dokunduğu, toplum içerisinde küçük düşmesine sebep olduğu ve yazının yayın ilkeleri ile bağdaşmadığı gerekçesiyle öğretmen olan davacı tazminat isteminde bulunmuştur. Hukuk Genel Kurulu kararında, ilkokul müfettişi tarafından düzenlenen raporda davacı hakkında soruşturma izni verilmesi gerektiği kanaatinin bildirilmesi, Adli Tıp tarafından öğrenci hakkında rapor düzenlendiği, Ankara Valiliği İl Milli Eğitim Disiplin Kurulu’nca disiplin soruşturması düzenlendiği gerçeklerini göz önünde bulundurarak; bu deliller karşısında haberde geçen ifadelerin yayının yapıldığı an itibarıyla görünürdeki gerçeklik ilkesiyle bağdaştığını, haberin toplum yararına olduğunu, güncel olduğunu, toplumu ilgilendirdiğini, kişilik haklarını ihlal edecek ifadeleri kapsamadığını, bu sebeplerle davanın reddine karar vermek gerekirken önceki kararda direnilmesinin doğru olmadığı kanaatine vararak kararı bozmuştur.²³¹

²²⁹4.HD, 13.06.2002 tarih, 7406 sayılı karar; (naklen Çetin, s. 274 – 345).

²³⁰HGK, 30.01.2002 – 1000/25; (naklen Çetin, s. 255 -274).

²³¹HGK, 29.05.2002 – 447/465; (naklen Çetin, s. 255-274).

Yargıtay, kararını verirken Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 9.10.1985 gün ve 1985/4-96-790 sayılı kararı ve 6.3.2002 gün ve 2002/4-115-151 sayılı kararındaki ilkelere vurguda bulunmuştur. Söz konusu kararlarda da belirtildiği üzere;

“Yayınlandığı olayın doğruluğunu ve gerçekliğini araştırmak gazetecinin görevidir. Bununla birlikte, gazetecinin bir olayı doğru kabul edebilmesi için arayacağı desteklerin, objektif yönden güven verici ve inandırıcı olmasının ölçüsü belirlenirken yayıncılığın özel durumu gözetilmelidir. Ancak, yayınlanacak haber üçüncü kişilere ağır bir zarar verebilecekse, doğruluğun denetlenmesi görevi, daha kati ölçülere bağlanmalıdır. Hemen belirtelim ki, haber verme hakkının sınırlarının belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri olan “gerçeklik”, somut gerçeklik olmayıp, yayının yapıldığı andaki olayın belirli biçimine uygunluk olarak anlaşılmalıdır. Çünkü, basına somut gerçeği araştırma görevi yüklenmemiştir.”²³²

Dava konusu olayda, göçmen kuşların avlanma süreleri ile ilgili Merkez Av Komisyonu'nun mevcut düzenlemesinin değiştirilmesi ile avlanmanın haftanın her günü yapılması çabaları dava konusu yayında eleştirilmiştir. Bu eleştiri ile güdülen amaç, hayvan neslinin korunmasıdır. Yazıda avcılığın katliama dönüşmesi endişesi dile getirilmiştir. Yazıda kaleme alınan eleştiride davacının adı ya da herhangi başka bir isim geçmemiştir. Davacının adının geçtiği tek yer, “Av ve Yaban Hayatı Koruma Geliştirme ve Tanıtma Vakfı” tarafından Cumhuriyet Savcılığına yapılan suç duyurusu ile ilgili verilen bilgidedir. Söz konusu suç duyurusunun gerçek olduğu Sarıyer Cumhuriyet Başsavcılığının konu ile ilgili verdiği takipsizlik kararından anlaşılmaktadır. Yayınlanmasında kamu yararı olan güncel ve gerçek bir haberin, toplumsal ilgi kriterinin de gözetilmesi ile konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık dengesi kurularak verilmesi durumunda hukuka aykırılık oluşmaz. Söz konusu olayda soruşturmanın da gösterdiği üzere davacı ile ilgili iddia gerçektir, yazıda geçen diğer bölümler ise gerçek bir olaya dayanılarak yapılan eleştirilerdir. Hal böyleyken davalıların sorumluluğu yoluna gidilemeyeceğine yönelik Hukuk Genel Kurulu tarafından da benimsenen Özel Daire kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırılık oluşturmaktadır.²³³

²³²Çetin, s. 258.

²³³HGK, 11.12.1996 – 767/869; (naklen Çetin, s. 255-274).

Bir haberin hukuka uygun addedilebilmesi için haber niteliğinin varlığı ve haberin gerçeğe uygunluğu yeterli değildir. Yazıda gerçek bir olaya “ana noktalarda” gerçek olmayan ifadelerin eklenmesi durumunda, söz konusu eser hukuka uygun olmaktan çıkar. Söz konusu olayda davacıdan otelinde kadın pazarlayarak fuhuş yaptıran kişi olarak bahsedilmiştir. Eserin içindeki kadın pazarlama olayı ispatlanamamıştır, bu sebeple davalı konuda gereken özeni göstermemiş ve haber verme hakkının sınırları objektif olarak aşılmıştır. Yazıda hukuka uygunluk kriterleri yerine getirilmediğinden hukuka aykırılık söz konusudur.²³⁴

B- Haberin Güncelliği İlkesi

Bir haberin hukuka uygunluğundan söz edilebilmesi için gerçek olması tek başına yeterli değildir. Gerçeklik ilkesine uygun haber aynı zamanda güncel nitelik de taşınmalıdır.²³⁵

Bir haber güncellik değerini kaybettikten sonra gerçek olsa bile hukuka uygun addedilemez, çünkü söz konusu haberin açıklanmasında artık kamu yararı bulunmamaktadır. Çağdaş basın olayları olabildiğince çabuk bir şekilde kamuoyuna aktarması gerekir. Bu basının asli yükümlülüğüdür. Toplumsal ilgi ve toplumsal yararın yerine getirilmesi haberin vakit geçirilmeden kamuoyuna aktarılmasına bağlıdır. Olayın üzerinden zaman geçtikten sonra kamuoyuna aktarılması durumunda toplumsal ilgi ve toplumsal yarardan bahsedilemez. Bu durumda haberin aktarılması kişilik hakları ihlali oluşturur. Bununla birlikte olay unutulduktan, tazeliğini kaybettikten sonra aktarıldığı takdirde yayının objektifliği de zedelenmiş olur. Sonuç olarak kamu yararı ve toplumsal ilgi ortadan kalktığı takdirde bireyin şeref ve haysiyetini ihlal eden haberin korunması için de bir sebep kalmaz²³⁶; bir yayının haber niteliğinden bahsedilebilmesi için söz konusu yayın güncel olmalıdır.²³⁷

²³⁴HGK, 08.11.1995 – 687/930;(naklen Çetin, s. 346-350).

²³⁵Çetin, s. 345.

²³⁶Çetin Özek, Basın Özgürlüğünden Bilgilendirme Hakkına, İstanbul 1999, s. 164-165.

²³⁷Ömer Faruk Tüfek, Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Bu İhlale Karşı Özel Hukuk Ceza Hukuku ve İ.H.A.S Koruması, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2007, s. 126.

Bu noktada haberin güncelliği ile olayın güncelliği arasında bir ayırım yapılması gereklidir. Olay akışında eski bir haberi tetikleyen yeni haberlerin ortaya çıkması durumunda eski haberlerden bahsedilmesi haber verme hakkının çerçevesine girmez. Çetin'in aktardığına göre; “'Olayın' güncel oluşu ile 'haber'in' güncel oluşu arasında fark vardır ve bu iki kavramı birbirine karıştırmamak şarttır. Aksi halde kamu oyunca unutulmuş olan bir olayı –çeşitli fırsatlardan yararlanarak- tekrar tekrar açıklamak ve bir kimseye devamlı olarak hakaret etmek imkan ve imtiyazını basına tanımış olur. Güncel olmaktan çıkmış bir olay artık 'haber' değildir ki, 'haber verme hakkının' çerçevesi içinde mütalaası mümkün olabilsin.”²³⁸ Bu durumda güncel bir olaya güncelliğini kaybetmiş eklemeler yaparak öze biçim arasındaki dengeyi bozmak hukuka aykırılık oluşturur. Dava konusu olayda davacının kredi kartını kullandığı bir banka, davacının ticari ilişkide bulunduğu bazı satış firmalarına davacının adını ve kredi kartı numarasını da belirtmek suretiyle kredi kartı limitini aştığından dolayı bu kartların satış firmalarınca görüldüğü takdirde el konulmasına yönelik bir yazı yazmıştır. Söz konusu yazıda yakalanan her kart için 200 dolarlık bir ödül verileceği de yer almıştır. Bu yazı banka ile söz konusu satış firmaları arasında geçen ticari ilişkiden kaynaklanan bir yazı iken bir şekilde basın eline geçmiştir. Davalı yayın kuruluşu ilgili olayı haber yaparken “K.D.'ü bulana 200 Dolar ödül var” başlığını kullanmıştır. Yazının içeriğinde ise davacının çok eskiden karıştığı ve artık güncel nitelikte bulunmayan olaylardan bahsedilmiş ve davacının söz konusu bankaya binlerce dolar borcu olduğu belirtilmiştir. Yargıtay'ın olayla ilgili görüşüne göre yayının yazılmasına konu olan banka yazısı ile yazılan haber arasında önemli ölçüde farklılıklar bulunmaktadır. Haberin başlığı, habere konu olan olay ile bütünlük taşımamaktadır. Söz konusu başlıkta davacının arandığı ve onu bulana ödül verileceği açık bir şekilde belirtilmiştir. Söz konusu olayın haberi davacının toplumun bazı kesimleri tarafından bilinen bir kimse olması itibarıyla “kredi kartını ödememiş” diye yapılabilir. Burada dikkat edilmesi gereken, haberin yapılırken haberin kaynağı olan olayın özüne bağlı kalınması ve sınırın aşılmasına özen gösterilmesidir. Yapılan haberde hiç gereği yokken başka haberlere yer verilmemelidir. Haberin verilisinde kamu yararı, güncellik,

²³⁸Erol Çetin, s. 161.

gerçeklik ile öze biçim arasındaki dengenin kurulmasına dikkat edilmelidir. “Somut olaydaki yayında, güncel olmayan konuların da yer alması, öze biçim arasındaki sınırın aşılması, kısmen de gerçeklik konusunda gerekli araştırmanın yapılmamış bulunması itibariyle yayın yoluyla hukuka aykırı davranıldığı ve böylece kişilik haklarına saldırının gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.”²³⁹

Artık güncellik niteliği bulunmayan bir olayın basın yoluyla aktarılmasında toplumsal ilgi ve kamu yararı bulunamaz. Zira, üzerinden çok zaman geçmiş olan bir olay unutulmuştur ve geçmişte yapılmış bir takım davranışların tekrar tekrar haber yapılmasında herhangi bir yarar bulunmamaktadır. Bununla birlikte yukarıda da belirtildiği üzere, güncel olan bir durumdan dolayı, aynı nitelikte eski olayların açıklanmasında kamu yararının varlığının kabulü gerekir.²⁴⁰

Söz konusu haber kaynağının televizyonda yayınlanan bir açık oturum olması durumunda da güncelliğini yitirmiş ve unutulmuş bir olayın tekrar gündeme getirilmesi hukuka aykırılık oluşturur. Dava konusu olayda davalı, 13.09.1994 günü Flash TV adlı televizyon kanalında davacı hakkında şu ifadeleri kullanmıştır: “Ö.G’yi TKPML Türkiye Komünist Partisi Marksist Leninist silahlı propaganda partizan gurubuna mensup 1987 yılında D.G Mahkemesince tutuklanmış ve diğerleri 2911 sayılı toplantı ve gösteri yürüyüşleri hakkına muhalefetten adli sicillerine bakınız 611 memur atıldı.” Açık oturumda davalının açıklamada bulunduğu ve açıklamasında belirttiği tarih de göz önünde bulundurulduğunda ortada güncelliğini çoktan yitirmiş ve hatta unutulmuş bir olay günün konusu yapılmıştır. Bu durumda söz konusu açık oturumda yapılan bu konuşmanın amacının davacı tarafı küçük düşürmek, gülünç veya zor duruma düşürmek, onu kamuoyuna yanlış tanıtmak olduğunun kabulü gerekir. Bunun dışında, davalının açıklamasında belirttiği davacı hakkındaki dava, davacının lehine sonuçlanmıştır. Sonuç olarak, açık oturumda yapılmış güncel nitelikten uzak söz konusu açıklamalar davacının kişilik haklarının ihlali sonucunu doğurmuştur.²⁴¹ Söz konusu haber, toplumu yönetmeye aday ve toplumda söz

²³⁹4.HD, 01.04.1996 – 2236/2592; (naklen Çetin, s. 346-350).

²⁴⁰4.HD, 26.01.1989 – 6431/424; (naklen Çetin, s.346-350).

²⁴¹4.HD, 28.03.1996 – 2110/2393; (naklen Çetin, s. 346-350).

sahibi olmayı isteyen politikacılar olduğu takdirde güncellik kriteri daha esnekler. Bu kişilerin toplumda edindikleri rol göz önünde bulundurulduğunda, onlarla ilgili haberler güncelliğini her zaman koruyabilirler, zira politikacıların güvenilirliklerinin gözden geçirilmesinde toplumsal yarar vardır.

C- Kamu Yararı İlkesi (Üstün Yarar Kriteri)

Basına, basının üstüne düşen görevleri bağımsız bir biçimde yerine getirmesinde kamu yararı bulunmasından ve basının halkı, yasama yürütme ve yargı güçlerinin icraatlarından, sosyal ve ekonomik alandaki gelişmelerden, söz konusu alanlardaki yolsuzluklardan ve aksaklıklardan haberdar etme ve yeni bir kamuoyu yaratma görevlerinden dolayı haber konusu olayları araştırmak suretiyle bulma, haber ve yeni fikirleri kamuoyuna açıklaması için özgürlük tanınmıştır. Basına tanınan bu serbesti, onun kamu görevi yerine getirmesi sebebiyle bir takım sınırlamalara tabi kılınmıştır.

Basın Hukuku'nda bir hukuka uygunluk sebebi olarak kamu yararı ilkesi dayanağını öğretme ve mahkeme kararlarına dayanan yararların tartılması ilkesinden alır. Yararların tartılması ilkesine göre birden çok yararın çatışması durumunda hangi yararın diğer yarara üstün tutulacağı belirlenir. Yararların tartılması ilkesi, İsviçre'de öğretilerde üstün yarar ilkesi olarak bir hukuka uygunluk sebebi kabul edilmiştir.²⁴² Bununla birlikte Alman Hukuku'nda ise üstün yarar ilkesi bir hukuka uygunluk sebebi olarak bir çok hükümde yer almıştır.²⁴³

Bir hukuka uygunluk kriteri olarak üstün yarar ilkesi Basın Hukuku'nda bir çok defa birey yararı ile toplum yararını karşı karşıya getirir. Yasal düzenlemeler hem basın özgürlüğünü hem de bireylerin kişilik haklarını güvence altına almaktadır. Basın özgürlüğü ile bireylerin kişilik hakları çatıştığında hukuk düzeni çatışan iki değeri koruyamayacağından bu iki haktan birinin diğerine üstün tutulması gerekir.

²⁴²Feldmann, Verantwortlichkeit, sh. 161; Flückiger, sh. 1-15; 56; Kanzig, sh. 179; 196; 201; Merz, Schutz, sh. 68; Grossen, Privatrecht, sh. 359; Müller, Presserechtsh. 89; Specker, sh. 229; 308; Hotz, sh. 49 vd.; Hinderling, sh. 31-32; Schumacher, sh. 49 vd.; 56 vd.; Jaggi, Fragen, sh. 213a-214a; Landwehr, sh. 54-56; Gass, sh. 116 vd.; Egger, Art. 28 ZGB, Nr. 60-61, (naklen Kılıçoğlu, s. 153).

²⁴³Alman Ceza Kanunu md. 193; BGB 824 / II; UWG 14; KUG 23/11 vd.; Ahmet M. Kılıçoğlu, Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, s. 154.

Basın özgürlüğünün kişilik haklarına üstün tutulması gereken durumlarda ilgili yayında kamu yararı bulunduğu kabul edilecektir. Bu durumda kamu yararı bireyin yararından üstün kabul edilmiş olur. Söz konusu haberin aktarılmasında kamu yararının bulunmaması ya da kamu yararının varlığından tam olarak bahsedilememesi durumunda haber verme hakkının varlığından söz edilemez.²⁴⁴

Söz konusu ilke Türk Hukuk uygulamasında da hem doktrinde hem de Yargıtay kararlarında – bir çok defa basın yoluyla kişilik haklarının ihlalinde – yer bulmuştur. Örneğin Yargıtay’ın konu ile ilgili görüşü şu şekildedir:

“(...) hukuk düzeninin çatışan iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemez. Aksi halde, hukukun kendisi kendi kuralları ile çatışmış olur. Aslında, yapılan düzenleme, hukukun diğer temel kavramları ile birlikte incelendiğinde, iki yararın aynı anda aynı olayda birbiri ile çatışmadıkları, somut olaydaki olgular itibariyle koruma altına alınmış bulunan bu iki değerden birinin diğerine üstün tutulması gerektiği anlaşılacaktır. Bunun sonucunda da, daha az üstün olan yarar, daha çok üstün tutulması gereken yarar karşısında, o olayda ve o an için hukuk düzenince korumasız kalmasının uygunluğu kabul edilecektir(...)”²⁴⁵

Çatışan yararların hangisine üstünlük tanınacağına hakim, her bağımsız olayın içindeki bütün hal ve şartları birlikte değerlendirmek suretiyle karar verecektir. Hakim, üstün yarara karar verirken saldırının uygun bir amaca ulaşabilmek için uygun bir araç olup olmadığını ve bu uygun aracın makul ölçülerde kullanılıp kullanılmadığına karar verecektir.²⁴⁶ Şeref, haysiyet veya özel yaşamı ihlal eden bir basın ürünü, karşısına aldığı yarara üstün gelen bir kamu yararına hizmet ettiği takdirde, hukuka uygun olarak kabul edilecektir. Kılıçoğlu’nun da belirttiği üzere, kamu yararına yönelik açıklamalar, bireysel çıkarlara yönelik olmayan, toplumu ilgilendiren ve toplum yararına yönelik olan açıklamalardır.²⁴⁷

²⁴⁴Bilal Kartal, Basın Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Hukuki Sorumluluk (Yazı), Yargıtay Dergisi Ocak – Nisan 1997, s. 120.

²⁴⁵4.HD, 18.02.2002, 10871-2008; (naklen Çetin, s. 350-355).

²⁴⁶Kılıçoğlu, s. 155.

²⁴⁷Kılıçoğlu, s. 180-181.

Kamu yararından bahsedebilmek için yayının, sadece toplum yararı gözetilerek yapılması gerekir. Üstün tutulacak olan yarar kamu yararı olmalıdır. Kamu yararı dışında hiçbir kişisel çıkar, somut olayda gerçeklerin yanlış olarak aktarılmasına sebebiyet vermemelidir. Yayın, olduğu gibi aktarılmalıdır ve içinde hiçbir kişisel çıkar bulunmamalıdır.²⁴⁸

Yayın yoluyla özel yaşamın ihlal edilmesi durumunda kural olarak hukuka aykırı bir eylem vardır. Somut olayda bir kamu yararı bulunuyorsa, söz konusu kamu yararı hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. Bununla birlikte her somut olayda değişmekle birlikte, kişinin sık sık basının gündeminde olması ya da toplumdaki görevi ve sıfatı nedeniyle gündeminde olmasında toplumsal yarar bulunması durumunda basının onun hakkında bu sınırı aşmayan açıklamalar yapması doğal kabul edilir. Söz konusu kişi, anonim kişilerden olmayıp toplum nazarında belirli bir konumda bulunuyorsa basının eleştiri hakkının sınırı genişler, yapılan eleştirilerde kamu yararı bulunur. Bu durumda haber ve eleştiriler hukuka uygun hale gelir. Dava konu olayda davacının genç bir kızla ilişkisi olmasının gündeme gelmesini takiben bu olayın medyada haber olarak izleyiciye sunulması; davacının Aczimendi tarikatının lideri olarak bilinmesi, kendisini sık sık tarikatın lideri olarak tanıtmaları, bu şekilde görüntü vermek suretiyle davranışlarda bulunması, kendi kafasında çizdiği değerlere kendisinin bile uymaması göz ardı edilmemesi gereken niteliklerde olduğu için doğaldır. Haberde yer alan davacının yarı çıplak ya da tam çıplak olması, evinde prezervatif bulunması ya da bulunmaması gibi ayrıntıları basının aktarmasını beklemek, onun görevini icra etmesine engel teşkil edebilir. Sonuç olarak davacı, toplumun gündeminde sık sık yer alan bir kişi olması sebebiyle, toplumun kendisine verdiği önemi ve toplumun değer yargılarını hiçe sayan bir davranış içinde bulunduğu için, basının bu davranışı eleştirmesinde kamu yararı bulunduğundan, olayı haber yaparken kullanılan kelimeler içerik bakımından olaya ve amaca uygun olduğundan söz konusu haber hukuka aykırılık taşımaz.²⁴⁹

²⁴⁸4.HD, 15.10.2001, 5430-9484; (naklen Çetin, s. 350-355).

²⁴⁹4.HD., 17.12.1998, 7560-10399.

Basının güncel olmayan haberleri aktarmasında kamu yararı bulunmamaktadır. Olayın üzerinden çok zaman geçtikten sonra bu şekilde bir haberin yapılmasında iyi niyetin varlığından söz edilemez.

“Davaya konu olan yazıda, köşe yazarı, içinde bulunulan günlerin tasa verici olduğu düşüncesini "Olmuşuz Dumanaltı" başlığı altında işlemiş ve bu arada davacıyı amaçlayarak "N.B. diye bir milletvekilinin usulsüz para aldığı" vurgulamıştır. Para alınma iddiası, 1983 yılındaki bir olaya ilişkindir. Davacı partisinin kuruluş aşamasında iken bağış olarak aldığı 170.000 lirayı kayıtlara geçirmediği yolundaki bir yakınmayla karşılaşmıştır. O zaman hakkında soruşturma açılmış ve aklanmıştır. Dava konusu yazı ise, 1987'de yayınlanmıştır... Somut olayda, davacının dört yıl önce karşılaştığı ve aklandığı bir iddianın yeni bir haber ve sanki olay gerçekmiş gibi verilmesinde hukuka aykırılık açıktır.”²⁵⁰

Yargıtay’ın güncel nitelikteki haberlerde artık güncel olmayan eski olayların aktarılması ile ilgili görüşü 26.01.1989 tarihli bir davada yer almıştır. Yargıtay’ın görüşü şu şekildedir:

“Gerçekten güncel olmayan bir olayın aktarılmasında, kamu yararı bulunamaz. Çünkü, unutulmuş, hatırlanmasında yarar görülmeyen geçmişteki bir takım davranışların gündeme getirilmesinde böyle bir yarar düşünülemez. Ancak davaya konu olan işte güncel olan bir durum nedeniyle aynı nitelikteki eski olaylar sergilendiğine göre kamu yararı varlığının kabulü gerekir. O nedenle yerel mahkemenin olayda güncellik unsurunun bulunmadığı biçimindeki benimsemesinde isabet yoktur. Fakat öyle biçim arasındaki verilmiş abartıya dayalıdır. Bu bakımdan hukuka aykırılık vardır(...)”²⁵¹

D- Öz İle Biçim Arasındaki Dengenin Korunması İlkesi

Bir olayın aktarılmasında kullanılan kelimeler, orta düzeyde bir okuyucunun olayı farklı bir şekilde anlamasına imkan verecek şekilde olmamalıdır. Haberde kullanılan kelimeler özenle seçilmelidir. Haberde açıklanan olay bir bütün olarak ele alınmalı, olayın gelişimindeki bazı sözcükler seçilmek suretiyle kişilik

²⁵⁰4.HD., 19.01.1988, 8085-334; (naklen Çetin, s. 350-355)

²⁵¹4.HD., 26.01.1989, 6431-424; (naklen Çetin, s. 350-355)

haklarını ihlal edecek, kişinin onurunu kıracak, onu aşağılayacak, okuyucuyu haberin farklı geliştiğine inandıracak yorumlardan kaçınılmalıdır. Yapılan haber güncel ve gerçek olup haberin yapılmasında kamu yararı bulunsa bile, haber konusu kişiler hakkında abartılı onları küçük düşürücü ifadeler yayının hukuka aykırı olması sonucunu doğurur.²⁵²

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında²⁵³ belirtildiği gibi;

“Açıklanmasında kamu yararı bulunan gerçek ve güncel bir haberde geçen sözcükler aşağılayıcı, küçük düşürücü, incitici, abartılı değilse yayın hukuka uygun olur.”

Basın açıklamaları dolayısıyla kişilik haklarının ihlal edilip edilmediği incelenirken öncelikle haberin gerçek olup olmadığına bakılmalıdır. Açıklanan haber doğru ise bu kez haberin güncel olup olmadığı ve olayın aktarılmasında kamu yararının bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Güncellik ve kamu yararı bulunmaması durumunda basının yine sorumluluğu yoluna gidilir. Gerçeklik, güncellik ve toplumsal yarar hukuku aykırılığı ortadan kaldıran kriterler olmakla birlikte, haberin yapılmasında söz konusu ilkelere uyulması tek başına yeterli değildir. Son olarak, yapılan haberde öze biçim arasındaki dengenin korunup korunmadığına bakılmalıdır. Öze ilişkin yukarıda bahsedilen koşulların varlığı durumunda, aktarılan haberde seçilen sözcüklerin “aşağılayıcı, küçük düşürücü, incitici, abartılı” nitelikte olması durumunda biçimsel koşul yerine getirilmemiş, dolayısıyla öze biçim arasındaki denge korunmamış olur.

Habere konu yapılan olayın gerçekliği bile henüz kanıtlanamamışken haberde geçen “skandal” sözcüğü haberi hukuka aykırı hale getirir.²⁵⁴

Bir başka Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu olan olayda davalı, Cemalettin Kaplan’a ait gençlik yurdunun boşaltılmasını haber olarak aktarırken, bunun hemen yanında “Sakallının, yediği nane” başlıklı yayını yapmıştır. Adı

²⁵²Bilal Kartal, s. 122.; dava konusu yayın gerçek, güncel nitelikte ve açıklanmasında kamu yararı bulunmakla birlikte davacı hakkında kullanılan “virüs” sözcüğü kaba, davacıyı incitici, aşağılayıcı nitelikte olduğundan hukuka aykırıdır. “Eylemin yanlış olması bahane edilerek nezaket dışı sözlerle insan, basın görevli ve görevlilerinin hakaretlerine terk edilemez.”, 4.HGK, 09.03.1998, 9969-1476.

²⁵³HGK, 08.11.1995, 733-951; (naklen Çetin, s. 356 - 394).

²⁵⁴HGK, 05.03.1197, 892/156; (naklen Çetin, s. 356 - 394).

geçen söz konusu haberde, haremlık-selamlık şeklinde bir vakıf tarafından organize edilen toplantıda davacının “La ilahe İllallah diyenleri memleket içinde; demeyenleri ve inanmayanları sınırlarımız dışında görmek istiyoruz(.)” sözlerine yer verilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulun kararına göre, davacının dava konusu yazı sebebiyle kişilik hakları zedelendiğini öne sürerek tazminat talep ettiği davada, davacının bir konferansta yukarıda geçen sözleri söylediği hususunda bir uyuşmazlık yoktur. Davacının söz konusu beyanını takiben davalı, “sakallının yediği nane” başlıklı yazısında şu ifadeleri kullanmıştır: “ilginç geceyi izleyen davetliler: 20. asırda bir ülkede kadın ve erkeklerin haremlık selamlık şeklinde bir konferansı izlemeleri düşündürücüdür, dediler.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın ikinci, üçüncü maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi ile dördüncü maddesine gönderme yaptıktan sonra davacının konferansta söylediği sözlerin bu anayasa maddelerinde yer verilen anayasal ilkelerle bağdaşmasının mümkün olmadığı; devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü ile bağdaşmayan davalının söz konusu açıklamasının üzerine davalı gazetenin, “toplumu, daha doğru bir deyimle genel yararları ilgilendiren ya da ilgilendirmesi gereken tüm olaylar hakkında, haklı(halkı) objektif ve gerçekleri yansıtabilecek biçimde aydınlatmak, çeşitli sorunlarda kamuoyunu düşünmeye sevk edecek tarzda tartışmalar açmak, onu toplumsal ve gerçeğe uygun bilgilerle donatmak” için basın özgürlüğü ile ilgili ilkelere uymak suretiyle kamu görevini yerine getirerek eleştiri niteliğindeki dava konusu yazıyı ve haberi yaptığı sonucuna varmıştır. Kararın devamı şu şekildedir: “Yazının başlığını gerçek anlamı dışında değerlendirmek hukuken mümkün değildir. Denetim, eleştiri, uyarma ve gerçekleri açıklama basının en doğal ve vazgeçilmez ödevleridir. Değişik fikir ve düşünceler, değer ve inançlar dokunulmaz ve tenkit edilemez değildir. Böyle bir beyanda bulunan davacı, eleştiriye kendi hareketiyle neden olmuştur. Davalı gazete, Devletin temel ilkeleriyle bağdaşmayan davacının sözleri üzerine bu yazıyı yazmıştır. Hukukça korunan haklı bir çıkarın elde edilmesi durumunda, kişilik hakkının saldırıya uğradığını iddia eden kişi, bu hakkının kamu yararından daha üstün olduğunu iddia edemez. Basın, Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün söz konusu olduğu durumlarda özgürce eleştirmek ve bilgi vermek hakkına sahiptir. Eleştiri hakkıyla, kişilik hakkının çatışması halinde ise hiç kuşkusuz kamu yararı üstün tutulacaktır. Bu itibarla Hukuk Genel Kurulunca da

benimsenen Özel Daire bozma kararına uymak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.”²⁵⁵

E- Rıza

Önceden verilmiş bir rızaya dayanarak kişinin üzerinde tasarruf yetkinin bulunduğu değerlere saldırılmasında söz konusu rıza hukuka uygunluk sebebi doğurur. Bu rızanın verilme anı en geç basın açıklamasının yapılacağı an olmalıdır. Rızanın şekli ise açık ya da kapalı olabilir. Örneğin fotoğraf çekileceğini fark eden kişinin bu eylemi herhangi bir sözle onaylamaksızın poz vermesi halinde üstü kapalı bir rızanın varlığı söz konusudur. Geçerli bir rızanın varlığı için hukuksal işlem ehliyetine bakılır. Rıza kişiye münhasıran bağlı bir hak olduğundan, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin yerine yasal temsilcilerinin rıza vermesi geçerli değildir. Bununla birlikte ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin verdiği rıza da geçerli bir rıza olmayacaktır. Sınırlı ehliyetsizler bakımından ise bu hak münhasıran kişiye bağlı olduğundan, söz konusu ayırt etme gücüne sahip küçükler ile kısıtlıların rızası geçerli sayılacaktır.²⁵⁶

²⁵⁵HGK, 18.02.1992, 628-173; (naklen Çetin, s. 356-395).

²⁵⁶Kılıçoğlu, s. 291-294.

SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının Taraf Devletler'in iç hukuk kurallarına ne şekilde etki edeceği hususu AİHS madde 46'da düzenlenmiştir. Sözleşme madde 46;

“1.Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler.

2.Mahkemenin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesine gönderilir.” şeklindedir.

Sistemin yürürlüğe girdiği tarihten beri Sözleşme hükümlerinin ihlali durumunda hedeflenen ilk amacın zarar görenin tatmini olduğu hususu açıktır. Bununla beraber üzerinde tartışma olmayan bir diğer husus ise Mahkeme'nin, ulusal yargı organlarınca verilen kararların kaldırılmasına re'sen hükmedemeyeceğidir. Mahkeme'nin ulusal mahkeme kararlarının kaldırılmasına dair hüküm oluşturamayacağına dair kural, dayanağını 41. maddenin kaleme alınış şekliinden ve uluslar arası hukukun egemen olduğu ilkelerden almaktadır. Uluslar arası hukukta uluslar arası bir organa ulusal bir yargı organının kararını değiştirme yetkisi sadece özel ve açık bir hükümle verilebilir. AİHS sisteminde Mahkeme'nin ulusal yargı organlarının kararlarını resen kaldırma yetkisi bulunmamaktadır.

Bununla beraber üzerinde hemfikir olunan bir diğer husus ise sistemin hakkı ihlale uğrayan tarafa tazminat ödenmesini sağlamakla sınırlı olmadığıdır. Bazı durumlarda AİHS sistemi, Taraf Devletler'e ihlale neden olan hükmü ya da mevzuatı iyileştirme/değiştirme yükümlülüğü de getirmektedir.²⁵⁷ Sistem içerisinde ihlale neden olan hükmün iyileştirilmesini/değiştirilmesini denetleme yetkisi Sözleşme madde 46(2) gereğince Bakanlar Komitesine verilmiştir. Taraf Devletler hükme uymak amacıyla alınan önlemler hakkında Bakanlar Komitesi'ne bilgi sunmakla yükümlüdürler. Söz konusu bilgi sunulması yükümlülüğü “Avrupa

²⁵⁷Jochen Abr. Frowein, “The Binding Force of ECHR Judgements and its Limits”, Human Rights, Democracy and the Rule of Law (Editors: Herausgeber, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2007, s. 261-262.

İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 46 paragraf 2 Hükümünün Uygulanması için Bakanlar Komitesi Tarafından Kabul Edilen Kurallar” başlıklı Bakanlar Komitesi’nce üzerinde uzlaşılan, Bakan Temsilcilerinin 10.01.2001 tarihli toplantısında kabul edilen belgede Kural 3 başlığıyla düzenlenmiştir. İlgili kural gereğince Sözleşme madde 46 çerçevesinde Bakanlar Komitesi, aleyhine karar çıkan Taraf Devlet’in ilgiliye faiz de dahil hakkaniyete uygun bir tazminat ödeyip ödemediğini denetler. Bununla birlikte ihlale uğrayan tarafın mümkün olabilecek en geniş şekilde ihlalden önceki şartlara kavuşup kavuşmadığıyla ilgili olarak Taraf Devlet’in kişiye özel önlemler alıp almadığını gözetir. En son olarak ise Bakanlar Komitesi tespit edilmiş ihlaller ile benzer nitelikteki ihlallerin meydana gelmemesi için genel nitelikte gerekli önlemlerin alınıp alınmadığını inceler.

Görüleceği üzere Bakanlar Komitesi’nin 10.01.2001 tarihli kuralı, AİHM’in önüne gelen vak’alarda bir mevzuattan kaynaklanan tasarrufun Sözleşme’nin ihlali sonucunu meydana getirdiğine kanaat getirdiği durumlarda, Taraf Devletler’in mevzuatı değiştirmek zorunda olmadığına yönelik görüşlerin hiçbir surette gerçekliği yansıtmadığına hükümsel bir cevap niteliğindedir.²⁵⁸

AİHS’nin 10. maddesinin ihlali şikayetiyle AİHM’e yapılan başvurularda Mahkeme, öncelikle söz konusu şikayetin madde 10’un kapsamına girip girmediğini değerlendirir. Söz konusu vak’ada madde 10’un lex generalis olarak değerlendirilmesi durumunda, lex specialis niteliğindeki diğer özel sözleşme maddeleri olaya uygulanır. Sözleşme madde 10’un uygulanabilirliği kabul edildikten sonra Mahkeme, bir müdahalenin var olup olmadığını inceler. Eğer müdahalenin varlığına kanaat getirmiş ise bu durumda söz konusu müdahalenin “meşru” olup olmadığını denetler. Bir müdahalenin meşru olarak kabul edilmesi için Sözleşme ve Mahkeme’nin aradığı ölçütler müdahalenin “hukuken öngörülmesi”, “meşru bir amacının olması” ve “müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması”dır.

Hukuken öngörülme ile belirtilen bir müdahalenin yasal bir dayanağı olmasıdır. Taraf Devletler’in hukuk sistemlerinin farklı olmasından dolayı Mahkeme,

²⁵⁸Gemalmaz, İnsan Hakları Hukuku, s. 1010-1011.

hukuku geniş olarak yorumlamıştır. Bu durumda Mahkeme'ye göre bir hukukun 'common law'ın ürünü olmasının Mahkeme açısından bir önemi yoktur.²⁵⁹ Mahkeme'ye göre hukuk terimi yazılı hukuku kapsadığı gibi yazılı olmayan hukuku da kapsamaktadır. Mahkeme'ye göre hukuken öngörülebilme ölçütü için gerekli olan nitelikler, hukuk kuralının "ulaşılabilir" ve "açık" olmasıdır; yani bireylerin belirli bir durumda uygulanabilecek hukuk kuralı hakkında yeterli bilgiye sahip olması ve eylemlerinin gerektireceği sonuçları önceden öngörebilmesi koşulları sağlanmalıdır.

Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği ile sözü edilen ise sınırlama ile izlenen meşru amaç arasında bir orantı bulunmasıdır. Mahkeme'nin Handyside v Birleşik Krallık vak'asında ortaya koyduğu gibi, "formalite, koşul, yasak ya da ceza şeklinde ifade özgürlüğüne yapılacak her müdahalenin, izlenen meşru amaçla orantılı olması gerekir."²⁶⁰ Demokratik bir toplumda gereklilik altında incelenen diğer bir husus ise müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç baskısından kaynaklanmasıdır.

Mahkeme, içtihatlarıyla "Demokratik bir toplumda gereklilik" ölçütü ile ilgili olarak devletlere bir takdir alanı bırakmıştır. Söz konusu alan hem yasa koyucuya hem de yürürlükteki hukuku yorumlamakla ve uygulamakla görevli ulusal yargılama makamına tanınmıştır. Mahkeme'ye göre, ulusal makamlara verilen takdir yetkisi sınırsız değildir. Mahkeme önüne gelen vak'ada, müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı hakkında nihai hükmü verecek olan organdır. Buradan çıkacak sonuç ise Mahkeme'nin de ifade ettiği gibi iç hukuk ile Avrupa denetiminin el ele yürüdüğüdür.

Mahkeme'nin ahlak konusunda ulusal organlara daha geniş bir takdir alanı bıraktığından söz edilebilir. Bunun nedeni Mahkeme'nin Handyside kararında da belirttiği gibi, Sözleşmeciler Devletler'in değişen iç hukuklarında tek biçimli bir Avrupa ahlak anlayışı bulmanın mümkün bulunmamasıdır. Zira her ülkenin ahlak kavramına yaklaşımı ile ahlak tanımlarının oluşmasına etki eden iç dinamiklerinin

²⁵⁹Sunday Times v Birleşik Krallık, parag. 47.

²⁶⁰Handyside v Birleşik Krallık, parag. 49.

farklı olması Mahkeme'nin ahlak anlayışı konusunda esnek olmasını gerektirmiştir.

Benzer bir şekilde Mahkeme, din ile ilgili ifadenin sınırları konusunda da ahlak anlayışına paralel bir görüş benimsemiştir. Mahkeme, tanrının yaşlı ve halsiz, İsa'nın düşük zekalı ve ana kuzusu, Meryem Ana'nın ise şehvet düşkününü biri gibi gösterildiği bir filmin gösteriminin yerel mahkeme tarafından yasaklandığı Otto-Preminger Institut v. Avusturya²⁶¹ vak'asında ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme, bireylerin dinsel inançlarına saygı yükümlülüğünün, dinsel motiflerin bir filmde çarpıtılmış bir şekilde gösterilmesi nedeniyle ihlal edilebileceğine, ifade özgürlüğü ödevler ve sorumluluklar ile kullanılması gerektiğine ve filmin gösteriminin yasaklanmasının, başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma meşru amacı ile yapıldığı kanaatine varmıştır. Sonuç olarak Mahkeme'nin ahlak konusunda olduğu gibi din konusundaki yaklaşımı da çekingen olarak nitelendirilebilir.

Bununla birlikte Mahkeme'nin siyaset konusunda ise ahlak ve din anlayışındaki çizgisinden tamamen farklı bir görüşe sahip olduğu görülmektedir. Mahkeme, Siyasi tartışmalar ve eleştirilerin kamu yararına hizmet etmesi nedeniyle siyasi ifade hürriyetinin ulusal makamlarca sınırlama alanının daha dar olduğunu içtihatlarıyla ortaya koymuştur. Siyasi konulardaki ifade özgürlüğü, Mahkeme tarafından en üst düzeyde korunmaktadır. Mahkeme'nin Lingens v. Avusturya kararında da belirttiği üzere, politikacılara karşı kabul edilebilir eleştirilerin sınırları, özel bireylere yönelik eleştirilerin sınırlarından daha geniştir.

Bununla birlikte Mahkeme, hükümete yönelik eleştirilerin sınırlarının ise politikacılara karşı yapılan eleştirilerin sınırlarından daha da geniş olduğu kanaatindedir.

Mahkeme'nin basın kamunun bekçisi rolü oynadığını belirtmek suretiyle basın özgürlüğünün korunmasına da özel bir önem verdiğini görüyoruz. Basın özgürlüğünün dayanak noktası olarak basının haber verme özgürlüğü ile kamunun bilgi alma hakkı arasında bağlantı kuran Mahkeme'ye göre basının kamunun

²⁶¹Otto-Preminger Institut v. Avusturya, 20.09.1994, Başvuru No: 13470/87; (çevrimiçi) <http://ihami.anadolu.edu.tr>

yararına olabilecek bilgi ve düşünceleri bildirme zorunluluğu bulunmaktadır. Bununla paralel olarak halkın da söz konusu bilgi ve düşünceleri alma hakkı söz konusudur. Mahkeme'ye göre basın, politikacıların görüş, düşünce ve tutumlarını yansıtması açısından halkın siyasi kanaatlerinin oluşmasına yardımcı olmasını sağlayan en önemli araçlardan birisidir. Bu açıdan basın, kamunun zihnini meşgul eden konularda siyasetçilerin düşüncelerini göz önüne serme fırsatı vermekte ve herkesin politik tartışmaya katılımını mümkün kılmaktadır.²⁶²

T.C. Anayasası'nın 90(5). maddesinde "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu, bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı ifade edildikten sonra usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı belirtilmiştir. Anayasanın 90. maddesinin son cümlesi ışığında, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası sözleşmelerin kanunlara üstün geleceği kabul edilmiştir.²⁶³ Temel hak ve özgürlükleri düzenleyen uluslar arası andlaşmalar herkes için temel insan hakları standartları getirdiği için bu hakların uluslar arası bir güvenceye kavuşturulması eğilimi ve T.C. Anayasası'nın anılan 90. maddesi ışığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi iç hukukun bir parçası haline gelmiştir. Böylelikle Türk kanunları ile Sözleşme'nin çatışması halinde Sözleşme hükümleri esas alınacaktır. Sözleşme, iç hukuktaki etkisini kendiliğinden gösterecektir; bunun için iç hukukta bir düzenleme yapılması şart değildir. T.C. Anayasası'nın 90. maddesinde de belirtildiği gibi, Sözleşme hükümlerine karşı Anayasa'ya aykırılık iddiası ileri sürülemeyecektir.

Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade özgürlüğü ile ilgili ürettiği içtihadı standartlar Türk yargı organları tarafından da nazara alınmalıdır. AB uyum yasaları çerçevesinde yapılan düzenlemeler isabetli olmakla birlikte yakın geçmiş tecrübelerimiz ulusal yargı organlarının söz konusu standartları

²⁶²Yasemin Özdek, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye AİHS Sistemi AİHM Kararlarında Türkiye, 1. baskı, Bizim Büro, Ankara 2004, s. 242-244.

²⁶³ Özgür Heval Çınar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukuna Etkisi, 1. baskı, İnsan Hakları Derneği İstanbul Şubesi Yayınları, İnsan Hakları Hukuku Serisi:1, İstanbul 2005, s. 101.

zaman zaman hala sistematik bir şekilde uygulayamadığını göstermektedir. Yukarıda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 765 Sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun ifade özgürlüğünü düzenleyen maddelerden Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama suçu altında incelenen davada ve Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama suçu çerçevesinde inceleme konusu yapılan Hrant Dink davasında verilen son hükümlerin AİHM standartlarında ortaya konulan ifade özgürlüğü ölçütlerine uygunluğundan söz edebilmek güçtür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve İnsan haklarını kurumsallaştıran diğer uluslar arası belgelerde özgürlüklerin asıl, sınırlamalar istisna olacağı sayısız defa belirtilmiştir. Bu çerçevede ulusal yargı organlarının da bu temel ilkeyi göz önünde bulundurarak hüküm oluşturması zaruridir. Bu anlamda Türk Ceza Kanunu'nun 216. maddesinde incelenen suçun yukarıda ortaya konulan isabetli karşı oy görüşlerinde de belirtildiği gibi artık soyut tehlike suçu olmaktan çıkıp somut tehlike suçu olduğunun göz ardı edilerek hüküm kurulması isabetli değildir.

Bununla birlikte AİHM'in ortaya koyduğu basın özgürlüğüne yönelik kriterlerin de yargı organları tarafından nazara alınması gereklidir. Bu bağlamda gazetecilerin haber kaynağını açıklamaya zorlanamayacağı, değer yargılarının ispatlanma zorunluluğunun bulunmaması, kitap-broşür vb yayınların dağıtılma özgürlüğü, görünüşte gerçeklik ilkeleri ulusal düzenlemelerde de yer bulmalıdır. Zira Devletin basın özgürlüğü karşısında negatif sorumluluğuyla birlikte pozitif yükümlülüğünün de bulunduğu çalışmada birçok kez ifade edilmiştir. Bu anlamda AİHM tarafından üretilen basın ilkelerini kurumsallaştıramayan mülga 5680 Sayılı Basın Kanunu yerine 5187 Sayılı Basın Kanunu'nun kabul edilmesi olumlu bir gelişme olmuştur. Gerek Anayasada yapılan değişiklikler gerekse 5187 Sayılı Kanunda yer verilen basının hür olduğu, basımevi kurmak için teminat yatırma zorunluluğu bulunmadığı, cevap ve düzeltme hakkı, basımevi ve eklentilerin zapt ve müsadereye konu olamaması, dağıtımın önlenmesi için hakim kararının gerekliliği, devletin basın özgürlüğünü sağlamada pozitif yükümlülüğü, basının sansür edilemeyeceği ilkeleri AİHM standartları ile ortaya konulan ilkelerle uyumludur. Yine ceza hukukunun temel prensibi olan cezaların şahsiliği ilkesi gereğince 5187 Sayılı Kanundaki düzenlemeler AİHM standartları ve evrensel hukuk ilkeleri ile uyumludur.

Türk hukuk sisteminde görünüşte gerçeklik ilkesinin de isabetli bir şekilde yargı kararlarına yansıdığını görmek sevindiricidir. Diyarbakır 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2007/150 E, 2008/216 K numaralı kararını bozan Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 2008/8144 E, 2009/3379 Sayılı kararında davalının yaptığı yayının görünür gerçeğe uygun olduğundan cihetle davanın tümünden reddinin gerektiğini ifade etmiştir. Söz konusu karar AIHM standartları ile uyumludur.

AIHM'in Von Hannover kararında, basın özgürlüğü – özel yaşam çatışmasında uygulanan ölçütlere yeni bir soluk getirdiğini görüyoruz. Yukarıda da incelendiği gibi söz konusu Mahkeme kararındaki ölçüt iki görünümlüdür ve iki ölçüt de birlikte değerlendirilmelidir. İlk ölçüt kişinin toplumda ifa ettiği “görev”i iken, ikinci ölçüt, ilk ölçüte uyan kişi hakkında yapılan haberin “toplumdaki bir tartışmaya katkı sağlaması”dır. Bu durumda görevsel ölçüt gereği “kişinin niteliği” belirlenmeliyken ikinci ölçütte de söz konusu kişiyle ilgili “haber niteliği” belirlenmelidir. Söz konusu ölçütleri kapsamayan bir yayın özel yaşam alanını ve dolayısıyla bireyin özel yaşam hakkını ihlal edecektir. İfade edilen söz konusu Mahkeme standardının da Türk Yargı organlarınca nazara alınması Anayasal bir zorunluluktur.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Abdurrahman Eren, Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, 1. baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2004

Ahmet M. Kılıçoğlu, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, 3. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008

Ali Okumuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye’de İfade Hürriyeti, Adalet Yayınevi, Ankara 2007

AnaBritannica, 15. cilt, The University Of Chicago,1991

Aslan Gündüz, Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar, 4. baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2000

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önünde Prens Caroline Papparazzilere Karşı” (çeviren: Haydar Burak Gemalmaz), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7 Prof. Dr. Hans Joachim Hirsch’e Armağan Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, (Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver), 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007,s. 171-199 (İçel/Ünver, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku)

“Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin Özel Yaşam Hakkı Üzerine 1165 (1998) Sayılı Kararı” (çeviren: H. Burak Gemalmaz), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7 Prof. Dr. Hans Joachim Hirsch’e Armağan Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, (Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver), 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 137-139 (İçel/Ünver, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku)

Bakır Çağlar/Naz Çavuşoğlu, Parti Kapatma Davalarında Mermer – Mozaik İkilemi: Demokratik Toplum Düzeni Hukuku Tartışması Üzerine Notlar, Anayasa Yargısı 16, Ankara 1999

Bilal Kartal, Basın Yayın Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Hukuki Sorumluluk (Yazı), Yargıtay Dergisi Ocak – Nisan 1997

Burhan Gelgör, Adalet Dergisi, 26. sayı

Çetin Özek, Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, İstanbul 1999

Donna Gomien, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi El Kitabı (çevirenler: Serkan Cengiz, Utku Kılınç), 1. baskı, İzmir Barosu Yayınları, İzmir 2008

Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, 5. baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1998

Erol Çetin, Açıklamalı - İctihatlı Basın Hukuku Hukuk - Ceza, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004

İbrahim Çiçek, 5532 Sayılı Kanunla Değişik Açıklamalı Terörle Mücadele Kanunu, Kazancı Yayınevi, İstanbul 2006

İbrahim Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, 6. baskı, İmge Kitabevi, İstanbul 2002

İbrahim Şahbaz, Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2007

İçel/Ünver, Kitle Haberleşme Hukuku Basın Radyo-Televizyon Sinema-Video İnternet, 8. baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2009 (Kitle Haberleşme Hukuku)

Jochen Abr. Frowein, “The Binding Force of ECHR Judgements and its Limits”, Human Rights, Democracy and the Rule of Law (Editors: Herausgeber, Dike Verlag AG, Zürich/St. Galen 2007

Kayıhan İçel, İçel Suç Teorisi, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2000

Kayıhan İçel/Yener Ünver, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7 Prof. Dr. Hans Joachim Hirsch'e Armağan Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007 (İçel/Ünver, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku)

Loukis G. Loucaides, Essays on The Developing Law of Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands 1995

Mehmet Semih Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 6. baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007 (İnsan Hakları Hukuku)

Mehmet Semih Gemalmaz, Burak Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye'de Bilgi Edinme Düşünce – İfade ve İletişim Mevzuatı Düşünce Suçu(!?)na Karşı Girişim, Yazıhane Yayınları (Türkiye'de Bilgi Edinme, Düşünce – İfade ve İletişim Mevzuatı)

Mehmet Taştan, Açıklamalı - İçtihatlı Terörle Mücadele Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2009

Michael J. Beloff QC, "Politicians and the Press", Freedom of Expression and Freedom of Information Essays in Honour of Sir David Williams, (Editor: Jack Beatson, Yvone Cripps) Oxford University Pres, Cambridge 2002, s. 63-86

Monica Macovei, İfade Özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz - İnsan Hakları El Kitapları, No. 2, 2. baskı, Ankara Açık Cezaevi, Ankara 2003

M. Walter Schwimmer, "Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi Raporu - 8130" (çeviren: Onur Özcan), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7 Prof. Dr. Hans Joachim Hirsch'e Armağan Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, (Proje Yöneticisi: Kayıhan İçel, Yayına Hazırlayan: Yener Ünver), 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 141-150. (İçel/Ünver, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku)

Naz Çavuşoğlu, Anayasa Notları, Beta Yayınları, 1.Baskı, İstanbul, 1997

Necati Meran, Gerekçeli-Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu,Seçkin Yayınları, Ankara 2004

Oktay Uygun, “Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye’de İfade Özgürlüğü”, Bülent Tanör Armağanı (Yayıma Hazırlayan: Öget Öktem Tanör), 1. baskı, Legal Yayıncılık Hukuk Kitapları Serisi: 32, İstanbul 2004, s. 746-761

Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Cilt 1, 1. baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2004

Ömer Faruk Tüfek, Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Bu İhlale Karşı Özel Hukuk Ceza Hukuku ve İ.H.A.S Koruması, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2007

Özden Çankaya/Melike Batur Yamaner, Kitle İletişim Özgürlüğü, Turhan Kitabevi, Ankara 2006

Özgür Heval Çınar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukuna Etkisi, 1. baskı, İnsan Hakları Derneği İstanbul Şubesi Yayınları, İnsan Hakları Hukuku Serisi:1, İstanbul 2005

P. Van Dijk, G.J.H van Hoof, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Kluwer Law International, Netherlands 1998

Remzi Gündüz/Veyssel Gültaş, Gerekçeli Karşılaştırmalı Tablolu 2006-2007-2008 İçtihatları ile 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu (Özel Hükümler) Cilt 2, Bilge Yayınevi, Ankara 2009

Süheyl Batum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, Yayın No: 3761, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1993

Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007

Vahit Bıçak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, (çeviren Faruk Çakır), 1. baskı, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2002

Yasemin Özdek, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye AİHS Sistemi AİHM Kararlarında Türkiye, 1. baskı, Bizim Büro, Ankara 2004

Yaşar Salihpaşaoğlu, Türkiye’de Basın Özgürlüğü, 1. baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007

İnternet Siteleri :

www.hukukturk.com

www.echr.coe.int

www.ihami.anadolu.edu.tr

<http://conventions.coe.int>

<http://www.yayin.adalet.gov.tr>

<http://www.abgs.gov.tr>

AİHM Kararları :

Bladet Tromso ve Stensaas v. Norveç, 20.05.1999, Başvuru No: 21980/93

Berthold v Federal Almanya, 25.03.1985, Başvuru No: 8734/79

Castells v. İspanya, 23.04.1992, Başvuru No: 11798/85

Dudgeon v Birleşik Krallık, 22.10.1981, Başvuru No: 7525/26

Engel ve Diğerleri v Hollanda, 08.06.1976, Başvuru No: 5100/71

Golder v. Birleşik Krallık, 21.02.1975, Başvuru No: 4451/70

Goodwin v Birleşik Krallık, 27.03.1996, Başvuru No: 17488/90

Handyside v Birleşik Krallık, 07.12.1976, Başvuru No: 5493/72

Incal v Türkiye, 09.06.1998, Başvuru No: 22678/93

Keegan v İrlanda, 26.05.2005, Başvuru No: 16969/90

Lingens v Avusturya, 08.07.1986, Başvuru No: 9815/82

Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beerman v Federal Almanya, 20.11.1989

Oberschlick v. Avusturya, 23.05.1991, Başvuru No: 11662/85

Observer ve Guardian v Birleşik Krallık, 26.11.1991, Başvuru No: 13585/588

Olsson v İsveç, 24.03.1988, Başvuru No: 10465/83

Open Door ve Dublin Well Woman v İrlanda, 29.10.1992, Başvuru No: 14234/88

Otto-Preminger Institut v. Avusturya, 20.09.1994, Başvuru No: 13470/87

Prager ve Oberschlick v Avusturya, 26.04.1995, Başvuru No: 15974/90

Silver ve diğerleri v İngiltere, 25.03.1983, Başvuru No: 5947/72

Sunday Times v. Birleşik Krallık, 26.04.1978, Başvuru no:6538/74

Şener v Türkiye, 18.07.2002, Başvuru No: 26680/95

Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi v Avusturya, 19.12.1994, Başvuru No:15153/89

Von Hannover v Almanya, 24.06.2004, Başvuru No: 59320/00

X ve Y v Hollanda, 26.03.1985, Başvuru No: 8978/80

Young, James ve Webster v Birleşik Krallık, 13.08.1981, Başvuru No: 7601/76

Yargıtay Kararları

CGK, 15.03.2005, Esas No: 2004/8-21

CGK, 26.12.2006, E: 251, K: 324.

CGK, 11.07.2006, 2006 / 169 E, 2006/184 K

CGK, 20.03.1993, 1993/9-17 E, 1993/190 K

CGK, 16.03.1999, 1999/9-33 E., 1999/38 K

4. CD, 25.05.2009, 10444 E., 10167 K.

4. CD, 12.12.2007, 8695 E., 10754 K.

5.CD, 06.06.2006, 2005/18002 E, 2006/4992 K

8.CD, 22.06.2004, 2003/2930 E, 2004/5686 K

8.CD, 20.12.2005, 2004/10487 E, 2005/12302 K

8. CD, 26.03.2009, Esas No: 2007/7162

9. CD, 18.06.2004, 2004/1869 E, 2004/3108 K

9. CD, 03.07.1995, 1995/3693 E, 1995/4525 K

9. CD, 04.02.2008, 2007/9370 E., 2008/617 K

9. CD, 14.06.2004, 2004/2396 E., 2004/2846 K

HGK. 14.10.1998-695/702

HGK. 11.11.1998-765/801

HGK, 30.01.2002 – 1000/25

HGK, 29.05.2002 – 447/465

HGK, 11.12.1996 – 767/869

HGK, 08.11.1995 – 687/930

HGK, 09.03.1998, 9969-1476

HGK, 08.11.1995, 733-951

HGK, 05.03.1197, 892/156

HGK, 18.02.1992, 628-173

4.HD, 01.04.1996 – 2236/2592

4.HD, 26.01.1989 – 6431/424

4.HD, 28.03.1996 – 2110/2393

4.HD, 18.02.2002, 10871-2008

4.HD, 15.10.2001, 5430-9484

4.HD, 17.12.1998, 7560-10399

4.HD, 19.01.1988, 8085-334

4.HD, 26.01.1989, 6431-424

4.HD, 13.06.2002 tarih, 7406 sayılı karar

4.HD., 07.03.2005, 2004/8336 E., 2005/2227 K.

4.HD, 07.02.2000 tarih 943 sayılı karar

Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi, 31.03.1992, 1991/18 E., 1992/20 K.