

Av. Ş. Cankat TAŞKIN-Av. Aslı ACAR TAŞKIN
Gazlılar Cad. Petek Bozkaya İşhanı
A Blok K. 2 D. 215-BURSA
Tel: 0224- 256 66 33
http://cankattaskin. av. tr
sctaskin@gmail. com
BURSA CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞINA

SORUŞTURMA NO : 2013-82126

SAVUNMA YAPAN (ŞÜPHELİ) : Kemal GÖZLER ()
Nilüfer-BURSA

MÜDAFİİ : Av. Ş.Cankat TAŞKIN (adres başlıktadır)

MÜŞTEKİ : Haşim KILIÇ

VEKİLİ : Av.

KONU : Suçlamaya karşı savunmamızın sunulmasıdır.

SAVUNMAMIZ

Müşteki, vekili aracılığı ile C. Başsavcılığı'nıza sunduğu 23.12.2013 tarihli dilekçesinde, müvekkilin "Örnekleriyle Usulsüz Alıntı Sorunu" adlı kitabında Anayasa Mahkemesi Üyeleri ile Mahkemeyi itibarsızlaştırma amacıyla haksız isnatlarda bulunduğu gerekçesi ile müvekkil hakkında suç duyurusunda bulunmuş ve adı geçen kitabın toplatılmasını talep etmiştir.

Müvekkilin ... tarihli savunma dilekçesindeki ifadelere ek olarak aşağıdaki savunmalarımızı sunuyoruz. Buna göre:

1.) Suçun Yasal Unsurları Oluşmamıştır

Müvekkilin suçlandığı madde TCK'nın 125. Maddesidir:

Madde şöyledir:

"Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden (...) ⁽¹⁾ 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 ihtilat ederek işlenmesi gerekir."

Adı geçen suçun soruşturulması için şikayet şartı aranır. Bu da TCK 131'de şöyle belirtilmiştir:

"Madde 131- (1) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hariç; hakaret suçunun soruşturulması ve kovuşturulması, mağdurun şikayetine bağlıdır."

a.) Mağdur kavramı neyi ifade eder?

Kural olarak mağdur, aynı zamanda bir suçun işlenmesinden ötürü zarar gören kişidir. Mesela hırsızlık suçunda mağdur, aynı zamanda bu suçun işlenmesi dolayısıyla zarar gören kişidir. Fakat suçtan zarar gören kişi, her zaman bu suçun işlenmesinden ötürü mağdur olan kişi olmayabilir.¹ İfade edilmelidir ki mağduru olmayan bir suç olmadığı gibi, bütün suçlarda mağdur ancak gerçek kişilerdir. **Tüzel kişilerin bir suçun işlenmesinden ötürü mağdur olabilmesi mümkün değildir. Olsa olsa suçtan zarar gören olabilirler.**²

b.) Haşim Kılıç'ın mağdur sıfatı var mıdır?

Bu veriler ışığında Haşim KILIÇ şikayete konu olayda mağdur sıfatına sahip midir?

Müvekkil, savunma dilekçesinde (s.3-II) müştekinin şikayetçi sıfatının olmadığını ifade etmektedir.

Gerçekten de müşteki yalnızca “Anayasa Mahkemesi Başkanı” sıfatına sahiptir. Oysa, müvekkil, savunma dilekçesinin 1. ve 2. sayfasında (s.1-I) kitabında Anayasa Mahkemesi’ne yönelik ifadeler kullanmadığını, kullandığı ifadelerin mahkemenin akademik kökenli olan belli bazı üyelerinin bazı akademik çalışmalarındaki intihal iddialarına ilişkin olduğunu açıkça ifade etmiştir.

Müvekkil, Haşim KILIÇ’a yönelik herhangi bir ithamda bulunmamıştır. Sadece kitabının 453. Sayfasındaki ifade Haşim KILIÇ ile ilgili olup kitabın bu kısmında da Haşim KILIÇ’a yönelik herhangi bir itham yoktur. Konu müvekkilin savunma dilekçesinin 8-11 sayfalarında (BÖLÜM III) genişçe izah edilmiştir.

Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere, müvekkilin adı geçen kitaptaki ifadeleri tamamen alıntı olduğu gibi, AİHM, Yargıtay ve AYM içtihadı karşısında da ifade hürriyetinin sınırları kapsamındadır. (Geniş izahat aşağıdadır.)

Diğer yandan, eğer Haşim KILIÇ salt Anayasa Mahkemesi Başkanı sıfatıyla bu şikayeti yapmışsa, şu halde mağdur değil, olsa olsa suçtan zarar gören olur ki burada da suçtan zarar gören (varsa dahi) Haşim KILIÇ değil, Anayasa Mahkemesi Başkanlığı’dır. **Şu halde, şikayetin Haşim KILIÇ tarafından değil; Anayasa Mahkemesi Başkanlığı tarafından yapılması gerekirdi.**

Nitekim kanunda şikayet hakkının kullanılması açıkça “**Madde 73-(1) Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikayette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz**” denmekte ve şikayete tabi olan suçlarda şikayet edecek olan kişinin “**yetkili**” olması gerektiği ifade edilmektedir.

¹ Özgenç, İzzet; (2007) **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Seçkin Yay. s. 207

² Özgenç, 2007, 207

Av. Ş. Cankat TAŞKIN-Av. Aslı ACAR TAŞKIN
Gazlılar Cad. Petek Bozkaya İşham
A Blok K. 2 D. 215-BURSA
Tel: 0224- 256 66 33
http://cankattaskin. av. tr
sctaskin@gmail. com

Şu halde, Haşim KILIÇ'ın mağdur sıfatı olmadığı için TCK 73/1 gereğince şikayet hakkı da yoktur. Müvekkilin söylediği ve hakaret içerdiği iddia olunan isnatlar Haşim KILIÇ'ın kamu görevinden dolayı yapılmış isnat da olamayacağına göre suçun TCK 131/1 gereğince şikayete tabi olduğu tartışma dışıdır.

Soruşturmanın “sıfat yokluğu” nedeniyle CMK 223/8 maddesi gereğince “DÜŞME” kararı verilmesi gerektiği görüşümdedir.

c.) Suçun maddi unsuru oluşmamıştır

Hakaret suçu ile korunan hukuki yarar şeref ve sosyal saygınlıktır. Şeref ve sosyal saygınlık, aynı zamanda AİHS md 10 bağlamında korunması gereken temel insan haklarından. Hakaret suçunun maddi unsuru, bir kimseye **onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat edilmesi** veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırılmasıdır. Maddi unsur bakımından öncelikle önemli olan, söylenen sözün kişinin onur ve saygınlığını incitmesidir.³

Müvekkilin savunma dilekçesinde de ayrıntılı olarak izah ettiği üzere, müvekkil Haşim KILIÇ'ın onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat etmiş değildir. Bir isnat olduğu düşünülüyorsa dahi bunu müvekkil yapmış değildir. Müvekkil yalnızca, Aydınlik Gazetesi'nde öne sürülen bir iddiayı kitabında naklen belirtmiş ve bu iddianın doğruluğunun da sorgulanması gerektiğini hemen yazısının altında açıkça ifade etmiştir. **Bu durumda müvekkil, Haşim KILIÇ'a veya Anayasa Mahkemesi'ne bir fiil isnat etmiş mi olmaktadır?**

Müvekkil, hiç kimseye fiil isnadında bulunmadığı için hakaret suçunun maddi unsuru da oluşmamıştır. Müvekkil hakkında bu nedenle kovuşturmayaya yer olmadığına kararı verilmelidir.

d.) Suçun Manevi Unsuru Oluşmamıştır

Hakaret suçunun manevi unsuru genel kasttır.⁴ Buna göre, failin söylediği sözün içeriğinin **hakaret oluşturduğunu bilmesi ve buna rağmen bilerek bu sözü söylemesi** gerekir.⁵

Oysa müvekkil Haşim KILIÇ hakkındaki sözleri hakaret kastı ile söylemiş değildir. Kaldı ki müvekkil hakaret etmiş de değildir. Zaten, biraz aşağıda genişçe izah olunduğu üzere, müvekkilin sözleri ifade hürriyeti sınırları içindedir.

Bu nedenle, atılı suçun manevi unsurunun oluşmadığı da söylenebilir.

³ **Dönmezer**, Sulhi; (2004) Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Tıpkı 17. Bası, İstanbul: Beta Yay. s. 279

⁴ Yargıtay CGK, 13.11.1989 T., 1989/4-292 E., 1989/ 346 K. (YKD, Haziran 1990, s.916)

⁵ **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Murat; (2007) **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Ankara: Seçkin Yay. s. 425

Av. Ş. Cankat TAŞKIN-Av. Aslı ACAR TAŞKIN
Gazlılar Cad. Petek Bozkaya İşham
A Blok K. 2 D. 215-BURSA
Tel: 0224- 256 66 33
http://cankattaskin. av. tr
sctaskin@gmail. com

2.) Olayda Hukuka Uygunluk Nedenleri Vardır

a.) Bahsi geçen ifadeler Haber Verme Hakkı Kapsamındadır

Müvekkil hakkında Haşim KILIÇ ile ilgili söylediği iddia edilen ifadeler, bir bilimsel çalışma içerisinde intihal iddiasıyla ilgili bir haberin aktarılmasından ibarettir. Bu nedenle de haber verme hakkı sınırları dahilindedir. Haber verme hakkı, basın özgürlüğünün bir parçasıdır.⁶

Zira müvekkil, kitabının genelinde bilim dünyasındaki intihal ihlallerini belgelere ve maddi gerçeklere dayanarak da haberleştirmektedir.

Yayın konusu yazılar kanaatimizce haber niteliği de taşımaktadır. Çünkü kitapta söylenenler gerçektir, günceldir (intihal yapıldığı iddia edilen kişilerle ilgili müvekkilin derdest davaları ve suç duyuruları olduğu gibi bazılarında ihtar da çekilmiştir) ayrıca verilen haberlerde toplumun kamusal yararı da bulunmaktadır.⁷ Zira intihal bir toplumsal yarar olup, intihal içeren eserlerden yararlanacak olan uygulamacıları veya akademisyenleri de doğrudan doğruya ilgilendirmektedir.

Haber verme hakkı, bünyesinde bilgi edinme hakkını da barındırmaktadır. Bilimsel araştırma yapacak olan kişiler (veya uygulamacılar) yapacakları araştırmalarda, müvekkilin kitabından yararlanarak doğru ve gerçek bilimsel kaynağın hangisi olduğu yönünde de bilgilenebilecektir.

Bu nedenle ortada bir suçun olduğu kabul edilse dahi hukuka uygunluk nedeninden söz edilebilir.

b.) Kitaptaki İfadeler Eleştiri Hakkı Sınırındaki İfadelerdir

Müvekkilin suçlamaya konu olan kitabı bilimsel nitelik taşıyan bir eleştiri kitabıdır. Bilim camiasındaki intihal vakalarını somut örnekleri ve belgeleri ile açıkça ortaya koymaktadır.

Şikayete konu olan kitapta sadece müştekiyle ilgili değil, pek çok farklı kişiyle ilgili belgeye ve gerçek verilere dayanan intihal tespitleri bulunmaktadır. Müvekkil bunların bir kısmı hakkında tazminat davası açmış ve suç duyurusunda bulunmuştur. Bir kısmına ise ihtar çekmiştir, hukuki süreci başlatacaktır. Bu nedenle, müvekkil kitabında sadece müşteki hakkında beyanlarda bulunmuş da değildir.

Haber verme hakkı ile eleştiri hakkının ve kişilik hakkının çatıştığı durumlarda haklar arasında bir dengenin kurulması gerekmektedir. Yargıtay 4.CD, 15.2.1999 T., 1999/224 E.- 1999/1127 K. kararlarında⁸ özetle : “Sanığın ‘tarafli davranıyorsun’ demekten ibaret

⁶ Tezcan/Erdem/Önok, 2007, 426

⁷ Tezcan/Erdem/Önok, 2007, 427

⁸ YKD, Kasım 1999, s. 1601

Av. Ş. Cankat TAŞKIN-Av. Aslı ACAR TAŞKIN
Gazdılar Cad. Petek Bozkaya İşham
A Blok K. 2 D. 215-BURSA
Tel: 0224- 256 66 33
http://cankattaskin. av. tr
sctaskin@gmail. com

eyleminde; sözü hukuka uygun kılan eleştiri sınırının ne suretle aşıldığı tartışılıp gözetilmeden, sövme suçundan hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” denerek eleştiri hakkı kapsamındaki ifadelerin suç oluşturmayacağı belirtilmiştir.

Öte yandan, özellikle bilimsel çalışmalarda ifade hürriyetinin sınırları AİHM içtihadına göre geniş yorumlanmaktadır. (Aşağıda geniş açıklama yapılmaktadır)

3.) İfade Özgürlüğüne İlişkin Yargı Kararları

a) İfade Özgürlüğüne İlişkin AİHM Kararları:

AİHM, ifade özgürlüğünün sınırlanmasında katı ve kesin koşullar aramaktadır. AİHM'e göre **kural olarak** ifade özgürlüğü kısıtlanamaz. Kısıtlama ancak harfiyen uyulması gereken ve ikna edici biçimde tespit edilen bazı istisnalara tabidir.

AİHM, ifade hürriyetinin kullanımının sınırlarını her somut olayın özelliğini de dikkate alarak başvuru sahibi tarafından güdülen amaca, müdahale edilen ifadenin içeriğine ve söz konusu ifadenin bağlamına göre yorumlamaktadır. Ayrıca, ifadenin kime yöneldiğini de bu noktada dikkate almaktadır. Eğer ifade, bir politikacıya yönelmişse daha az kısıtlamaya tabi olacaktır.⁹

AİHM, bir ifadeye yapılacak müdahalenin doğru olup olmadığını müdahalenin yasa ile öngörülmüş olup olmadığına, hukuken korunan meşru bir amaca yönelip yönelmediğine ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına bakarak karar verir.¹⁰

Müdahale yasa ile öngörülmüşse, bu yasanın açık ve anlaşılır olmasının yanı sıra insanlarca rahat ulaşılabilir olması da gerekmektedir. Bu bağlamda, önlemin önceden öngörülebilir olması da gerekir.¹¹ (*Öztürk & Türkiye Kararı, Dink Türkiye Kararı ve Gözel-Özer Türkiye Kararı ile Hashman ve Harrup Birleşik Krallık KARarı*)

Ayrıca sınırlamanın 10. maddede açıkça sayılan meşru amaçlardan birine dayanması da şarttır. Bunlara dayanmayan bir sınırlama için meşruluk değerlendirmesinde bulunulamaz.

Demokratik toplumda gereklilik ilkesi ise, müdahalenin acil bir toplumsal gereksinimi karşılayıp karşılamadığını ortaya koyar. Bu bağlamda Sunday Times & UK davası AİHM'in ölçütlerini açıkladığı en önemli davalardan biridir.¹²

AİHM, AİHS'ni ifade hürriyeti açısından yorumlarken bir kuralın yasa ile sınırlandırılıp sınırlandırılmadığına, demokratik toplum ilkelerine uygun olup olmadığına (meşru amaç), orantılılık (ve ölçülülük) ilkeri ile bağdaşıp bağdaşmadığına bakar.

⁹ Tanju, Erhan; (2012), **AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü**, Ankara: Seçkin Yay., s.167

¹⁰ Tanju,2012, 168

¹¹ Tanju, 2012, 169

¹² Tanju,2012, 171

Av. Ş. Cankat TAŞKIN-Av. Aslı ACAR TAŞKIN
Gazlılar Cad. Petek Bozkaya İşhanı
A Blok K. 2 D. 215-BURSA
Tel: 0224- 256 66 33
http://cankattaskin. av. tr
sctaskin@gmail. com

Buna göre, bir sınırlandırmanın öncelikle yasa ile düzenlenmiş olması gerekir ve bu yasanın herkesçe anlaşılır kesinlikte bulunması şarttır. Ayrıca, hak ve özgürlüğü yapılan müdahalenin bu müdahale ile ulaşılmak istenen amaçla bağdaşması (orantılı olması) da şarttır.

Bir başka ölçüt ise demokratik toplumun ölçütlerine uyulmasıdır. Buna göre, düşüncenin kısıtlanmasında o düşüncenin yalnızca uça, şok edici veya rahatsız edici olması yetmez; şiddete teşvik ve telkin edici olması da gerekir. Hak ve özgürlüğün kısıtlanmasında ayrıca kamu yararı bireysel hak ve özgürlükler dengesi de gözetilmelidir. Kısıtlamanın acil bir toplumsal gereksinime dayanması da gerekir.¹³

Öte yandan, düşünce özgürlüğünün kısıtlanmasında kısıtlamanın meşru bir amaca yönelmiş olması da gerekmektedir. Meşru amaçtan anlaşılan ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü ya da kamu güvenliği, düzenin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesidir.¹⁴

AİHM'in ifade özgürlüğü konusundaki ölçütlerini geliştirdiği ilk kararı Handysyde& Birleşik Krallık Kararı'dır.¹⁵(1976) . Kararda özetle:

"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 aleyhine olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır.Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörününün, açık fikirliliğin gereğidir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz. Bu demektir ki başka şeyler bir yana, bu alanda getirilen her formalite, koşul , yasak ve ceza izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır." denerek, sarsıcı ve şok edici de olsa ifade hürriyetinin korunması ve sınırlamaların orantılı olması gerektiği vurgulanmıştır.

Keza AİHM Casado-Coca& İspanya Kararı'nda (1994) ticari alandaki ifade hürriyetinin de korunduğunu şöyle vurgulamıştır:¹⁶

"İfade özgürlüğü, yalnızca siyasi içerikli fikirler için değil, bazı fikir türleri için de geçerlidir. Bunlar sanatsal, reklamsal, ticari ifade türleridir."

Aynı şekilde, bir çatışma durumunda size yanlış gelen düşüncüyü ortadan kaldırmak yerine, birbiriyle çatışma içinde olan sorunların karşılıklı hoşgörü ile çözülmesinin çoğulculuğun yerleşmesinde önemli olduğu da AİHM'in Şerif-Yunanistan (1999) içtihadı ile ortaya konmuştur.¹⁷

¹³ **Kaboğlu**, İbrahim Özden; (1998) **Özgürlükler Hukuku**, İstanbul: AFA Yay. s. 201

¹⁴ **Kaboğlu**, 1998, 195

¹⁵ Tanju, 2012, 158

¹⁶ Tanju, 2012, 158

¹⁷ Tanju, 2012, 146

Av. Ş. Cankat TAŞKIN-Av. Aslı ACAR TAŞKIN
Gazlılar Cad. Petek Bozkaya İşhanı
A Blok K. 2 D. 215-BURSA
Tel: 0224- 256 66 33
http://cankattaskin. av. tr
sctaskin@gmail. com

AİHS md 10'un kapsamına kanaat özgürlüğü; **bilgi, haber ve kanaatleri alma ve verme özgürlüğü**; bilgi ve habere ulaşma (haber alma) özgürlüğü ve iletişim araçları özgürlüğü girmektedir.

Bilgi, haber ve kanaatleri alma ve verme özgürlüğü kanaatin serbest bir şekilde oluşmasının engellenmemesini bünyesinde barındırmaktadır. Bu bağlamda, bireylerin serbestçe kanaat sahibi olma haklarının korunması, kanaatleri nedeniyle sorumlu tutulmaması, suçlanmaması ve kınanmaması, totaliter yönetimlerin aksine kanaatlerin yönetime engel olarak görülmemesi kanaat özgürlüğünün kapsamında yer alır.¹⁸

AİHM, bu ilkeyi Lingens-Avusturya Kararında "*Mahkemenin görüşüne göre olgular ile değer yargıları arasında özenli bir ayırım yapmak gerekir. Olguların varlığı kanıtlanabilir; oysa değer yargılarının doğruluğu kanıtlara başvurularak ortaya konulamaz... Değer yargıları açısından bunu talep etmek , gerçekleştirilemeyecek bir şey istemektir; bu durum, AİHS'nin 10. maddesinin teminat altına aldığı hakkın asli bir bölümü olan kanaat özgürlüğünün bizzatı kendisidir*" diyerek kanaatlerin serbestçe ortaya konulması gerektiğine işaret etmiştir.¹⁹

İfade özgürlüğü bilgi (haber) ve kanaatleri (fikir) alma ve vermeyi de içerir. Buna örnek olarak ise İsveç'te Scientology Kilisesi'nin açtığı davayı vermiştir. Müller vd İsveçre Davası da buna bir başka örnektir. Bu davada, sanatsal alanda bilgi ve fikir anlatımına özgürlük tanınması da ifade özgürlüğünün temel unsurlarından kabul edilmiştir. Bu kararla AİHM, sadece ifade edilen fikir veya bilgilerin içeriğini değil, bunların ifade ediliş biçimlerini de koruma altına almıştır.²⁰

Bu eksenden bakıldığında, AİHS'in ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin haber ve fikirlerin içeriği ile birlikte bunların ifade edilme şekilleriyle araçlarını da koruduğunu söylemek yanlış olmaz. Başka bir söyleyişle, yazılı ve sözlü ifadenin yanı sıra, bir fikir veya bilgi vermeyi amaçlayan, resim, müzik, görüntü, oyun, giyim vb eylemlerin de ifade özgürlüğü kapsamında korunduğu söylenebilir.²¹

Görüldüğü üzere, müvekkilin kitabı bilimsel bir eser olup, içindeki ifadeler eleştiri ve düşünceyi açıklama hakkı sınırları dahilindedir. Bu nedenle de AİHM içtihadı gereğince "geniş olarak" korunmaktadır. Dolayısıyla, müvekkilin kitabı hakkında verilmesi istenen "toplatma" yönündeki talebin AİHM içtihadı ile bağdaşık olmadığı gerekçesi ile REDDİ gerekmektedir.

b.) Anayasa Mahkemesi'nin Kararları

Müşteki vekilinin "kitabın toplatılması" yönündeki talebiyle "müvekkilin hakaret suçundan cezalandırılması" yönündeki talebinin AYM'nin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması içtihadı ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

¹⁸ Tanju, 2012, 159

¹⁹ Tanju, 2012, 160-161

²⁰ Tanju, 2012, 162

²¹ Tanju, 2012, 158

Av. Ş. Cankat TAŞKIN-Av. Aslı ACAR TAŞKIN
Gazılar Cad. Petek Bozkaya İşham
A Blok K. 2 D. 215-BURSA
Tel: 0224- 256 66 33
http://cankattaskin. av. tr
sctaskin@gmail. com

Anayasa Mahkemesi, yukarıda özetlediğimiz AİHM içtihadı ekseninde Anayasa'nın 13. maddesini yorumlamış ve özgürlüklerin kısıtlanmasında şu temel ölçütlere ulaşmıştır.

AYM 26.11.1986 Tarih, 1985/8 E., 1986/27 K. sayılı kararında,²² "*Kişinin sahip olduğu dokunulmaz ve vazgeçilmez, devredilmez temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar demokratik toplum düzeninin gerekleri ile uyum içinde sayılamaz. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde yorumlanmalıdır.*" diyerek demokratik toplum düzeni ve hakkın özü kavramına açıklık getirmiştir.

Demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün kaynağı AİHS ve AİHM içtihadıdır. AİHM Soering Kararı'nda yasayla öngörülen ve kamu düzeninin korunması için demokratik bir toplum bakımından zorunlu olan kısıtlamaların hiçbir zaman hakkın özüne dokunamayacağı, sınırlamaların hangi nedenle olursa olsun hakkın özünü boşaltma sonucu doğuramayacağı ifade edilerek ölçüt içtihad haline getirilmiştir.²³

Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki bir diğer ölçüt ise ölçülülük ilkesidir. Bu ilkeye göre, bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında kullanılan aracın, sınırlama ile ulaşılmak istenen amaca uygun olması gerekir.²⁴

Temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında yasallık da önemli bir ölçüttür. Anayasa Mahkemesi bu durumu 1978/54 E., 1979/9 K ve 8.2.1979 tarihli bir kararında şu ifadelerle özetlemiştir:

"Yasa ile kısıtlama, özelde özgürlükleri kısıtlanan kişilerin zararına olsa bile, genelde toplumun yararına olabilir. Yasayla temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasının topluma sağlayacağı yararın, kişiler için getireceği zarara göre ağır basması durumunda kamu yararının varlığını kabul etmek gerekir."
(http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=579&content ≡) (Erişim Tarihi: 30.08.2012)

Buna göre AYM, bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında öncelikle sınırlamaya ilişkin bir yasal düzenlemenin varlığını aramaktadır. Ayrıca, sınırlamaya gidilirken, sınırlamada kamu yararının bulunup bulunmadığı da araştırılacak; **sınırlamanın topluma sağladığı yararlar bireye verdiği zarar arasında eğer toplum yararı lehine bir tercih yapılabiliyorsa** sınırlamaya gidilebilecektir.²⁵

Ölçülülük İlkesi de özgürlüklerin kısıtlanması bakımından AYM tarafından kabul edilmiş olan bir ilkedir.

²² http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=751&content= (Erişim tarihi: 30.08.2012)

²³ Kaboğlu, 1998, 101, dn 4

²⁴ Kaboğlu, 1998, 103

²⁵ Akad, Mehmet/ Dinçkol, Bihterin Vural, (2000) **Genel Kamu Hukuku**, İstanbul: Der Yay.s. 241

Anayasa'nın 15. maddesi, bünyesinde ölçülülük ilkesini de barındırmaktadır. Bu ilke ile, sınırlamada başvuru aracının, sınırlamanın amacıyla bağlantılı olması gerektiği, bir başka deyişle, amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gerektiği ifade edilmektedir.

Ölçülülük ilkesini, hukuk devletinin zorunlu ilkelerinden biri olarak kabul etmek gerekir. Bu ilke, bünyesinde elverişlilik, gereklilik ve oranlılık ilkelerini de barındırmaktadır. Elverişlilik, sınırlama sürecinde başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli oluşunu ifade ederken, gereklilikten ise, sınırlamanın dayanağı olan amacı gerçekleştirmek için **aynı amaca ulaşan birden fazla yöntem bulunması durumunda, bunların içinde özgürlüğe en az kısıtlama getirecek olan aracın seçilmesini** ifade eder. Oranlılıktan ise, sınırlamayla ulaşılmak istenen amaçla sınırlamada başvuru aracının bir denge içinde bulunması kast edilmektedir.²⁶

1982 AY döneminde ölçülülük ilkesine AYM daha sık başvurmuştur. Bu dönemdeki kararlarından birinde Anayasa Mahkemesi (1986/12 E., 1987/ 4 K., 11.02.1987 KT) AYM önleyici ve caydırıcı düzenleme gereksinimi ile bulunan çare arasında adaletli ve kabul edilebilir denge bozulduğundan , araç ile amaç arasındaki mantiki bağın kaybolduğunu belirterek iptal kararı vermiştir.²⁷

Başka bir kararda da AYM, ölçülülük ilkesini "*Makul, kabul edilebilir ilkelerin aşılması aykırılığı oluşturur. Makul ölçülerin aşılması bir iptal nedenidir. Yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gerekir. Amaçla araç arasındaki makul ölçüyü aşmış görülen yeni sınırlamanın uygun olmadığı ortadadır.*" diyerek özetlemiş ve amaçla araç arasındaki dengenin önemine işaret etmiştir. (1986/17 E., 1987/11 K., 22.5.1987 T karar²⁸) . AYMKD, Sayı: 23, s. 222)

Ancak burada şu konuya öğretilen **Prof Dr Mümtaz SOYSAL** tarafından özellikle dikkat çekilmektedir. **Düşüncenin açıklanmasının sınırlandırılması, zorunlu olarak düşünce özgürlüğünün ortadan kaldırılması sonucunu da doğuracaktır.** Çünkü, düşünce özgürlüğü "özgürlük" ile "özgürlüğün sınırlanması" arasında ayırım yapılmayacak derecede **bütünleşmiş** bir niteliktedir. Bir başka deyişle, düşünce ya vardır ya da yoktur. Bazı düşünceler vardır, bazıları yoktur dersiniz düşünceyi tamamen oradan kaldırmış olursunuz.²⁹

Düşüncenin açıklanması ancak bir suç soruşturması sırasında veya suçun önlenmesi için ve suçun unsuru ise sınırlandırılabilir. Amerikan Yüksek Mahkemesi, bir düşünce açıklanmasını ancak kişinin veya devletin korunması bakımından yasaklanmış olan eylemleri içermesi ve bu eylemler ile düşüncenin açıklanması arasında yakın ve açık nedenselliğin bulunması ve eylemler nedeniyle kamu düzeninin ortadan kalması açık tehlikesi varsa sınırlandırmaktadır. **Yani önlenecek olan, düşüncenin bizatihi kendisi değildir; düşüncenin eyleme dönüşmüş şekli**

²⁶ **Atar**, Yavuz, (2000) **Türk Anayasa Hukuku**, Konya: Mimoza Yay., s.107-108-109

²⁷ http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=758&content= (Erişim Tarihi: 30.08.2012)

²⁸ http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=758&content= (Erişim Tarihi: 30.08.2012)

²⁹ **Soysal**, Mümtaz; (1997) 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul: Gerçek Yay. s.145

Av. Ş. Cankat TAŞKIN-Av. Aslı ACAR TAŞKIN
Gazlılar Cad. Petek Bozkaya İşhanı
A Blok K. 2 D. 215-BURSA
Tel: 0224- 256 66 33
http://cankattaskin. av. tr
sctaskin@gmail. com

olan suçtur.³⁰

Anayasa'nın 28/3 gereğince, basın hürriyetinin sınırlandırılmasında Anayasa'nın 26 ve 27 maddeleri hükümleri uygulanacaktır.

Keza aynı maddenin 6. fıkrasında süreli yayınların hangi koşullarla sınırlandırılabilceği de ifade edilmiştir.

Anayasa'nın 26. maddesinin 2. fıkrasında düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırları açıkça belirtilmiştir. Buna göre, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri, 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 hayatının yahut kanunu öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarından birine (ya da birkaçına) bağlı olarak düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti sınırlandırılabilir.

Müvekkilin kitabındaki ifadeler bu sınırlandırma nedenlerinden hangisine girmektedir? Eğer “başkalarının şöhret veya haklarının ihlali” sebebine dayanılacaksa, müvekkil müştekinin şöhret veya hakkını nasıl ihlal etmiştir?

Anayasa'nın 28/6. maddesinde ise toplatma yaptırımı kurala bağlanmıştır. Buna göre süreli veya süresiz yayınlar, kanunun gösterdiği suçların soruşturma veya kovuşturmasına geçilmiş olması durumunda hakim kararıyla; **devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel ahlakın korunması ve suçların önlenmesi** gerekçeleri ile, gecikmede sakınca bulunan durumlarda yasalar tarafından açıkça yetki verilen mercinin emriyle toplatılabilir.

Müvekkilin eseri de 5187 Sayılı Basın Kanunu anlamında “süresiz yayın” sayılabilir. (*Basın Kanunu md 2/h) Süresiz yayın: Belli aralıklarla yayımlanmayan kitap, armağan gibi basılmış eserleri, ifade eder.*)

Şu halde, müvekkilin kitabı hakkında toplatma kararı verilebilmesi için ancak müvekkilin kitabının içindeki yazıların devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne, milli güvenliğe, kamu düzenine, genel ahlaka aykırı olması ve ayrıca toplatma ile suç işlenmesinin önlenmesi amaçlanmalıdır. **Müvekkilin kitabındaki hangi içerik devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne, milli güvenliğe, kamu düzenine, genel ahlaka aykırıdır?**

Tüm bu Anayasa Mahkemesi kararları ve öğretici görüşleri ışığında, şikayete konu olan kitaptaki ifadelerin ölçülülük ve demokratik toplumda gereklilik ilkeleri kapsamında kaldığı için, sınırlandırmaya tabi tutulmasının hakkın özünü tamamen ortadan kaldıracağı sonucuna ulaşılabilecektir. Bu nedenle müvekkilin kitabının toplatılması ve müvekkil hakkında soruşturma açılması yönündeki talebin reddi gerektiğini düşünüyorum.

³⁰ Soysal, 1997, 145

Av. Ş. Cankat TAŞKIN-Av. Aslı ACAR TAŞKIN
Gazlılar Cad. Petek Bozkaya İşhanı
A Blok K. 2 D. 215-BURSA
Tel: 0224- 256 66 33
http://cankattaskin. av. tr
sctaskin@gmail. com

c.) Yargıtay İçtihadında İfade Hürriyeti

Yargıtay 8. CD de 23.05.2012 tarih, 2009-7316 E., 2012-17738 K. sayılı kararında özetle *"Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 13,14,25,26 ve AİHS'nin 9/2,10/2, 17. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde devlet yahut halkın bir bölümü için rahatsız edici, hoşça gitmeyen, kural dışı, endişe verici, fakat şiddet ve kışkırtıcılığı içermeyen nitelikteki sözler de ifade hürriyeti kapsamındadır."* (YKD, Mayıs 2012, s. 1020) diyerek ifade hürriyetinin kısıtlanmasında uygulanacak olan ölçütleri çağdaş normlar ışığında yorumlamıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2008/4-520 E., 2008/571 K ve 24.9.2008 T kararında da özetle : *" Dava, yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Yayımlanmasında kamu yararı bulunan, gerçek ve güncel bir haberin veya eleştirinin, öze biçim arasında denge kurulmak suretiyle verildiği durumlarda, manevi tazminat sorumluluğunun temel ögesi olan "hukuka aykırılık" gerçekleşmeyeceğinden, basın sorumluluğu da söz konusu olamaz. Somut olay değerlendirildiğinde; yapılan yayında yer alan açıklamalar kişilik haklarına ağır ve haksız bir saldırı oluşturmamakta ve eleştiri sınırları içerisinde kalmaktadır. Bu durumda, manevi tazminat isteminin dayandırıldığı hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmediğinden, kişilik haklarına saldırının bulunmadığını kabul eden direnme kararı yerindedir."* diyerek, eleştiri sınırları içerisindeki düşünce açıklamalarının haksız fiil olmadığını ifade etmiştir.

Şu halde, şikayete konu olan kitaptaki ifadeler Yargıtay kararları gereğince de ifade hürriyeti kapsamında olan ifadelerdendir ve hakaret suçunu oluşturmamaktadır.

SONUÇ ve İSTEK

Yukarıda izah olunan gerekçeler, Yargıtay kararları ve öğretici görüşleri ışığında yasal unsurları oluşmayan TCK 125'teki suç bakımından müvekkil hakkında CMK'nın 172/1 maddesi gereğince *"KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞINA"*;

Müvekkilin yayınlamış olduğu şikayete konu olan "Örnekleriyle Usulsüz Alıntı Sorunu" adlı kitabın toplatılması yönündeki talebin REDDİNE;

Karar verilmesini şüpheli adına saygıyla talep ederim. 22.01.2014

Şüpheli
Kemal GÖZLER
Müdafii
Av.Şaban Cankat TAŞKIN