

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
BURSA CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞINA

SORUŞTURMA NO : 2013-82132

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

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

MÜŞTEKİ : Serdar ÖZGÜLDÜR

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."

a.) 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 en 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

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

onur, şeref ve saygınlığına saldırılmasıdır. Maddi unsur bakımından öncelikle önemli olan, söylenen sözün kişinin onur ve saygınlığını incitmesidir.¹

Müvekkilin savunma dilekçesinde de ayrıntılı olarak izah ettiği üzere, müvekkil Serdar ÖZGÜLDÜR'ün 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, Aydınlık ve Zaman Gazeteleri'nde öne sürülen bir iddiayı kitabında naklen belirtmiş ve bu iddianın doğruluğunun da sorgulanması gerektiğini hemen yazısının altında açıkça ifade etmiştir. **Bu durumda müvekkil, Serdar ÖZGÜLDÜR'e veya Anayasa Mahkemesi'ne bir fiil isnat etmiş mi olmaktadır?**

Kaldı ki müvekkilin dayandığı 2006 tarihli Zaman Gazetesi haberinde müştekiye karşı açılan bir intihal davasının varlığından söz edilmekte, sonra aynı gazetede bu davanın feragatle sonuçlandırıldığına ilişkin beyan müvekkil tarafından aynen aktarılmaktadır.

Diğer taraftan, müvekkil müştekiye karşı o dönemde açılan davanın neden feragatle sonuçlanmış olabileceğini, kendi başından geçen bir olayı da örnekleyerek sorgulamakta fakat müştekinin o dönemdeki davasında davacıya baskı kurduğunu söylememektedir. Müvekkil, davanın sessiz-sedasız ansızın feragatle sonuçlanmasının anlaşılmadığını ifade etmektedir.

Öte yandan müvekkil, şikayet dilekçesinde iddia edilenin aksine, müştekinin şantajla tehdit edildiğini iddia etmiş de değildir. Müvekkil sadece müştekinin Anayasa Mahkemesi'nde görülen AKP'nin kapatılmasına ilişkin davada, Fehmi Kuru'nun Serdar ÖZGÜLDÜR'ün partinin kapatılması yönünde oy kullanması durumunda hakkındaki intihal davasını belgelendireceğine ilişkin haberi aktarmıştır. Müvekkil, haberi doğrudan oluşturan değil, sadece nakleden konumundadır.

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

b.) Suçun Manevi Unsuru Oluşmamıştır

Hakaret suçunun manevi unsuru genel kasttır.² Buna göre, failin söylediği sözün içeriğinin **hakaret oluşturduğunu bilmesi ve buna rağmen bilerek bu sözü söylemesi** gerekir.³

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

¹ **Dönmez**, Sulhi; (2004) Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Tıpkı 17. Bası, İstanbul: Beta Yay. s. 279

² Yargıtay CGK, 13.11.1989 T., 1989/4-292 E., 1989/ 346 K. (YKD, Haziran 1990, s.916)

³ **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 İşhanı
A Blok K. 2 D. 215-BURSA
Tel: 0224- 256 66 33
http://cankattaskin. av. tr
sctaskin@gmail. com

Bu nedenle, atılı suçun manevi unsurunun oluşmadığı da söylenebilir.

2.) Olayda Hukuka Uygunluk Nedenleri Vardır

a.) Bahsi geçen ifadeler Haber Verme Hakkı Kapsamındadır

Müvekkil hakkında Serdar ÖZGÜLDÜR 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.⁴

Zira müvekkil, kitabının genelinde bilim dünyasındaki intihal ihlallerini belgelere ve maddi gerçeklere dayanarak da haberleştirmektedir. Öte yandan müvekkil, kendi başından geçenleri ve intihalle mücadelesinde yaşadığı sıkıntıları somut örnekleriyle açıklamaktadır.

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.⁵ Zira intihal bir toplumsal yarar olup, intihal içeren eserlerden yararlanacak olan uygulamacıları veya akademisyenleri de doğrudan doğruya ilgilendirmektedir. **Kaldı ki müştekinin Anayasa Mahkemesi üyesi oluşu ve müvekkilin de Anayasa Hukuku Profesörü oluşu da düşünüldüğünde, bir AYM üyesi hakkındaki “intihal iddiasını” araştırması ve yapılan haberlerden veya araştırmalardan örnekler aktarması da yapılan eylemde kamusal yarar olduğunu ortaya koymaktadır.**

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.

⁴ Tezcan/Erdem/Önok, 2007, 426

⁵ Tezcan/Erdem/Önok, 2007, 427

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

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.

Müvekkil, eserinde müşteki hakkındaki iddiaların doğruluğunu veya yanlışlığını da tartışmış değildir. Müvekkil sadece müşteki hakkındaki intihal iddialarını kitabında aynen aktarmıştır. Bununla amacı müştekiyi karalamak veya rencide etmek olmayıp, intihal olgusunun boyutlarını ortaya koymaktır.

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. kararlarında⁶ özetle : “*Sanığın ‘tarafli davranıyorsun’ demekten ibaret 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) Müvekkil, ifade hürriyeti sınırları dahilinde hareket etmiştir.

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 kısıtlanmaya tabi olacaktır.⁷

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.⁸

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.⁹ (*Öztürk & Türkiye Kararı, Dink Türkiye Kararı ve*

⁶ YKD, Kasım 1999, s. 1601

⁷ Tanju, Erhan; (2012), *AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü*, Ankara: Seçkin Yay., s.167

⁸ Tanju,2012, 168

⁹ Tanju, 2012, 169

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

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.¹⁰

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.

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.¹¹

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.¹²

AİHM'in ifade özgürlüğü konusundaki ölçütlerini geliştirdiği ilk kararı Handysyde & Birleşik Krallık Kararı'dır.¹³(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, hoşgörünün, 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.

¹⁰ Tanju,2012, 171

¹¹ **Kaboğlu**, İbrahim Özden; (1998) **Özgürlükler Hukuku**, İstanbul: AFA Yay. s. 201

¹² Kaboğlu, 1998, 195

¹³ Tanju, 2012, 158

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

Keza AİHM Casado-Coca& İspanya Kararı'nda (1994) ticari alandaki ifade hürriyetinin de korunduğunu şöyle vurgulamıştır: ¹⁴

"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.¹⁵

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, bireyelerin 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.¹⁶

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 başvuru olarak 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 bizzat kendisidir"* diyerek kanaatlerin serbestçe ortaya konulması gerektiğine işaret etmiştir.¹⁷

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 İsviçre 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.¹⁸

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 sözsözsel ifadenin yanı sıra, bir fikir veya bilgi vermeyi amaçlayan, resim, müzik, görüntü, oyun, giyim vb eylemlerin

¹⁴ Tanju, 2012, 158

¹⁵ Tanju, 2012, 146

¹⁶ Tanju, 2012, 159

¹⁷ Tanju, 2012, 160-161

¹⁸ Tanju, 2012, 162

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

de ifade özgürlüğü kapsamında korunduğu söylenebilir.¹⁹

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.

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,²⁰ *"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 içtihadı haline getirilmiştir.²¹

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.²²

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:

¹⁹ Tanju, 2012, 158

²⁰ http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=751&content= (Erişim tarihi: 30.08.2012)

²¹ Kaboğlu, 1998, 101, dn 4

²² Kaboğlu, 1998,103

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

"Yasa ile kısıtlama, özeldede 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 sınırlanmasında 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 yapılabiliriyorsa sınırlamaya gidilebilecektir.**²³

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

Anayasa'nın 15. maddesi, bünyesinde ölçülülük ilkesini de barındırmaktadır. Bu ilke ile, sınırlamada başvuru aracın, 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 aracın 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 ulaşmak istenen amaçla sınırlamada başvuru aracın bir denge içinde bulunması kast edilmektedir.²⁴

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.²⁵

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

²³ Akad, Mehmet/ Dinçkol, Bihterin Vural, (2000) **Genel Kamu Hukuku**, İstanbul: Der Yay.s. 241

²⁴ Atar, Yavuz, (2000) **Türk Anayasa Hukuku**, Konya: Mimoza Yay., s.107-108-109

²⁵ http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=758&content (Erişim Tarihi: 30.08.2012)

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

K., 22.5.1987 T karar²⁶) . AYMKD, Sayı: 23, s. 222)

Ancak burada şü konuya öğretide **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.²⁷

Düşüncenin açıklanması ancak bir suç soruşturması sırasında veya suçun önlenmesi için ve suçun unsuru ise sınırlandırılabilir. Amerikan Yüksek Mahkemesi, bir düşünce açıklamasını ancak kişinin veya devletin korunması bakımından yasaklanmış olan eylemleri içermesi ve bu eylemler ile düşüncenin açıklanması arasında yakın ve açık nedenselliğın bulunması ve eylemler nedeniyle kamu düzeninin ortadan kalması_ açık tehlikesi varsa sınırlandırmaktadır. **Yani önenecek olan, düşüncenin bizatihi kendisi değıldir; düşüncenin eyleme dönüşmüş şekli** olan suçtur.²⁸

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 sınırlandırılabilceğı de ifade edilmiştir.

Anayasa'nın 26. maddesinin 2. fıkrasında düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırları açıkça belirtilmiştir. Buna göre, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliğı, 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) bağılı 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 güvenliğın, kamu düzeninin, genel ahlakın korunması ve suçların önlenmesi** gerekçeleri ile, gecikmede sakınca bulunan durumlarda yasalar tarafından

²⁶ http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=758&content= (Erişim Tarihi: 30.08.2012)

²⁷ Soysal, Mümtaz; (1997) 100 Soruda Anayasanın Anlamı, İstanbul: Gerçek Yay. s.145

²⁸ Soysal, 1997, 145

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

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.

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, basının 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 ifadelerdir ve hakaret suçunu oluşturmamaktadır.

SONUÇ ve İSTEK

Yukarıda izah olunan gerekçeler, Yargıtay kararları ve öğretici görüşleri

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

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