

## **BİRİNCİ BÖLÜM**

### **KARAR**

#### **KAOS GL KÜLTÜREL ARAŞTIRMA VE DAYANIŞMA DERNEĞİ BAŞVURUSU**

**Başvuru Numarası** : 2014/18891

**Karar Tarihi** : 23/5/2018

**Başkan** : Burhan ÜSTÜN

**Üyeler** : Serruh KALELİ

Hicabi DURSUN

Hasan Tahsin GÖKCAN

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

**Raportör Yrd.** : Ceren Sedef EREN

**Başvurucu** : KAOS GL Kültürel Araştırma ve Dayanışma  
Derneği

**Vekilleri** : Av. Oya AYDIN GÖKTAŞ

Av. Hayriye KARA

#### **I. BAŞVURUNUN KONUSU**

1. Başvuru, bir internet haber sitesinde yayımlanan haberde kullanılan ifadelerin nefret söylemi içerdiği gerekçesiyle yapılan şikâyetin kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar sonuçlanması nedeniyle şeref ve itibarın korunması ve etkili başvuru hakları ile eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

#### **II. BAŞVURU SÜRECİ**

2. Başvuru 26/11/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş bildirmemiştir.

#### **III. OLAY VE OLGULAR**

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu Kaos Gey ve Lezbiyen Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği (Dernek) 1994 yılında Ankara'da kurulmuş ve 2005 yılından bu yana Ankara Valiliği İl Dernekler Müdürlüğüne kayıtlı, tüzel kişiliği bulunan bir dernektir. Dernek; amacını kadın eş cinseller ile erkek eş cinsellerin özgürlükçü değerleri benimsemelerine, eş cinsel varoluşlarını gerçekleştirme ve kendilerini yetiştirerek toplumsal barış, huzur ve refahın gelişmesine bireysel, toplumsal, kültürel hayat ve davranışlarıyla katkıda bulunabilmelerine destek olmak olarak belirlemektedir.

9. 6/11/2012 tarihinde "habervaktim.com" isimli internet haber sitesinde "Siyonist uşakları yine teröre sarıldı." başlıklı, imzasız bir haber yayımlanmıştır. Anılan internet sitesinde yer almaya devam eden söz konusu haber şu şekildedir:

*"Siyonist uşakları yine teröre sarıldı (06 Kasım 2012 Salı 13:49)*

*Siyonist uşakları, Biomen isimli şampuanın Hitler'li reklamına ilişkin yapılan suç duyurusuna Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesi'nce takipsizlik kararı verilmesi karşısında skandal bir tehditte bulundular.*

*İstanbul'da üretilen Biomen isimli şampuanın reklamlarında Adolf Hitler'i kullanmasından rahatsız olarak yargıya giden Yahudiler, mahkemededen bekledikleri kararı alamayınca provokatif yayınlara başladılar.*

*Türkiye'deki Yahudilerce kurulan Hasturktv adlı sitede, yargının bu kararına karşılık Yahudi kökenli firmaların da PKK elebaşı Abdullah Öcalan'ın görüntülerinin kullanıldığı reklam filmlerinin çevrilmesi kampanyası başlatıldı.*

#### **KAMHI İLE SAPKINLARIN AVUKATINDAN SUÇ DUYURUSU**

*Hitler'li reklamın televizyonlarda yayınlanmaya başlamasının ardından eski DYP Milletvekili Yahudi işadamı Cefi Kamhi ile **Kaos GL (başvurucu) isimli sapkınların derneğinin** de avukatlığını yürüten Ankara Barosu'na kayıtlı Sinem Hun, 'reklamda ırkçılık suçu işlendiğini' iddia ederek savcılığa başvurudular.*

*Başvuru geçtiğimiz hafta karara bağlandı. Savcılık, dava dilekçesinde dile getirilen "soykırım" iddialarına ilişkin olarak reklamda "Yahudiler'e yönelik soykırım"ın övülmesi suçunun işlenmediğine, benzer şekilde nefret suçu kapsamına alınacak bir durum olmadığına hükmetti. Kararda, İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Nilüfer Sezer'in bilirkişi raporuna da atıfta bulunularak, sözkonusu raporda, "Dilekçede iddia edilen suçların işlenmediği, reklamdaki görsellikte rahatsız edici bir durum bulunmadığı" şeklindeki ifadeler yer verildi.*

#### **KIŞKIRTICI SİTEDEN YENİ BİR FİTNE**

*Savcılığın ilgili kararını sayfalarında yayınlayan hasturktv adlı site, karardan hoşnut olmayan okuyucu yorumlarını bir kampanya havasında vermeye başladı. Siteye gelen pek çok yorumda, Türkiye'de böyle bir kararın şartırtıcı olmayacağına bir kez daha görüldüğü görüşü savunuldu. Sitede ayrıca Türkiye'ye karşı bir misilleme yapılması gerektiği vurgulanarak, bu çerçevede PKK elebaşı Abdullah Öcalan'ın görüntüleri kullanılarak çeşitli ürünler için reklam filmi çevrilmesi istendi. Türkiye'deki bazı Yahudi isimlerin reklam ajanslarına bu yönde başvuru yapacakları da dile getirildi.*

## LİEBERMAN TAKDİĞİ

*Daha önce de İsrail Dışişleri Bakanı Avigdor Lieberman'ın, Türkiye'nin, yaptırımlarına misilleme olarak Türkiye'yi sert önlemlerle "cezalandırmaya" çalıştığı öne sürülmüştü. Lieberman'ın formüle ettiği önlemler arasında "PKK liderleriyle toplantılar ve ABD'deki Ermeni lobisiyle işbirliğinin" bulunduğu kaydedilmişti."*

10. Haberin altında yer alan okuyucu yorumlarının tamamı, haberin esas konusu olan şampuan reklamı ve bu reklama karşı yürütülen dava süreci ile sonrasında yaşanan olaylarla ilgilidir. Yorumlarda başvuru Dernek ve eş cinseller ya da eş cinsellikle ilgili hiçbir ifade bulunmadığı görülmektedir.

11. Söz konusu haber sitesinde, başvurunun bireysel başvuru formunda bahsettiği üzere 2013 yılında çeşitli tarihlerde, doğrudan başvuru Derneği hedef alan ve Dernekle birlikte eş cinselliğin de eleştirildiği birçok haber yayımlanmıştır. Anılan sitede daha sonraki tarihlerde de aynı tür haberlerin yayımlanmaya devam ettiği görülmektedir. Dolayısıyla "habervaktim.com" isimli haber sitesinin eş cinsellik konusunda başvuru Derneği ve amaçlarını kabul etmeyen ve meşru görmeyen muhafazakâr bir görüşü benimsediği, okuyucu kitlesinin de aynı çizgide düşünen bireylerden oluştuğu anlaşılmaktadır.

12. Başvuru Derneğin avukatlığını yaptığı ifade edilen Sinem Hun tarafından anılan haberde kendisine hakaret edildiği, ayrıca haberdeki ifadelerin halkı kin ve düşmanlığa tahrik ettiği iddiasıyla suç duyurusunda bulunulmuştur. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 6/2/2013 tarihinde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş ve yapılan itirazın da reddi üzerine söz konusu karar kesinleşmiştir. Kararda, Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları da dikkate alındığında haberin ağır eleştiri sınırları içinde kaldığı ve suçun unsurlarının oluşmadığı belirtilmiştir.

13. Sinem Hun, söz konusu kararın kesinleşmesi üzerine şeref ve itibarının korunması hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Mahkeme 8/5/2014 tarihli ve 2013/5356 başvuru numaralı kararıyla hakkın ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Anılan kararın gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

*"...içeriği ve veriliş biçimi dikkate alındığında "sapkınlar" ifadesi toplumdaki yer alan belli bir kesimi ve derneği hedef almasına rağmen bu ifadeyle ilgili olarak hedef alınan dernek tarafından başvuruda bulunulmadığı, adli makamların bu ifadeye muhatap olarak kabul edilen derneğin avukatlığını yapan başvurucuya yönelik "sapkınların avukatı" şeklindeki sözlerin ceza muhakemesi yoluyla cezalandırmayı gerektirecek belli bir tahkir ve aşağılama eşiğini geçmediği yönündeki değerlendirmesinde bariz takdir hatası veya açık keyfîlik bulunmadığı, başvuru yönünden nefret suçu veya nefret söylemi niteliği taşımadığı, demokratik bir toplumda bu ifadeye karşı mutlaka ceza muhakemesi yoluyla bir yaptırım uygulanmasını gerektiren toplumsal bir ihtiyaç olmadığı ve adli makamlarca çatışan değerler arasında kurulan dengenin adil olmadığını söyleyemeyeceği anlaşılmaktadır. Adli makamların değerlendirmesinin başvurunun şeref ve itibara saygı hakkı ile diğer tarafın ifade ve basın hürriyeti arasındaki dengeyi başvuru aleyhine katlanılmaz şekilde bozduğu söylenemez."*

14. Başvurucu Dernek 18/7/2014 tarihinde, söz konusu haberde kendileri hakkında kullanılan "sapkınlar" ifadesinin halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunu oluşturduğu gerekçesiyle ilgili site yöneticisi hakkında şikâyetle bulunmuştur. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 1/9/2014 tarihinde, müştekinin şikâyetine konu eylemle ilgili daha önce soruşturma yapıldığı ve kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği, verilen kararın kesin olduğu ve şüpheli hakkında aynı fiil nedeniyle tekrar soruşturma yapılmasının mümkün olmadığı gerekçeleriyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiştir. Kararda ayrıca yukarıda yer verilen Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 6/2/2013 tarihli kararının (bkz. § 12) ve Anayasa Mahkemesinin 8/5/2014 tarihli kararının (bkz. § 13) gerekçelerinin ilgili bölümlerine de yer verilmiştir.

15. Söz konusu karara karşı başvurucu Dernek tarafından itiraz edilmiştir. (Kapatılan) Ankara 8. Sulh Ceza Hâkimliği 8/10/2014 tarihinde kararın usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle itirazı reddetmiştir. İtirazın reddine dair karar başvurucuya 28/10/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

16. Başvurucu 26/11/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

#### **IV. İLGİLİ HUKUK**

##### **A. Ulusal Hukuk**

17. 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 3. maddesi şöyledir:

*"Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir.*

*Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlakının, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir."*

18. 26/9/2014 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama" kenar başlıklı 216. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

*"(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."*

19. 4/12/2014 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar" kenar başlıklı 172. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

*"(1) Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde kovuşturmaya yer*

*olmadığına karar verir. Bu karar, suçtan zarar gören ile önceden ifadesi alınmış veya sorguya çekilmiş şüpheliye bildirilir. Kararda itiraz hakkı, süresi ve mercii gösterilir."*

## **B. Uluslararası Hukuk**

20. Ulusal, ırkçı veya dinsel nefretin savunulması insan haklarıyla ilgili uluslararası ve bölgesel belgelerde yasaklanmıştır. 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın (Resmî Gazete, 6092, 24/8/1945) ön sözünde hoşgörülü davranma taahhüdünden bahsedilmiş, 1. maddenin (3) numaralı fıkrasında Birleşmiş Milletlerin amacının "*Ekonomik, sosyal, fikrî ve insani mahiyetteki milletlerarası dâvaları çözerek ve ırk, cins, dil veya din farkı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve ana hürriyetlerine karşı saygıyı geliştirerek ve teşvik ederek, milletlerarası işbirliğini gerçekleştirmek*" olduğu açıklanmıştır. Aynı amaç 55. maddenin (c) bendinde ve 76. maddenin (c) bendinde tekrar edilmiştir.

21. 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 1., 2. ve 7. maddelerinde herkesin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin söz konusu beyanname ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanacağı belirtilmiştir.

22. Bölgesel düzeyde İnter-Amerikan İnsan Hakları İhtisas Konferansı'nda 22/11/1969 tarihinde kabul edilen Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinin "*Düşünce ve ifade özgürlüğü*" kenar başlıklı (5) numaralı fıkrasında şöyle denmiştir:

*"Her türlü savaş propagandası ve ırk, renk, din, dil, ya da milli köken temelinde bir gruba ya da bir insanlar grubuna yönelik hukuksuz şiddete ya da benzeri herhangi bir eyleme tahrik eden herhangi bir ulusal, ırkçı veya dinsel düşmanlığın savunulması hukuk tarafından cezalandırılabilir suçlar olarak değerlendirilir."*

23. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından yayımlanan "nefret söylemi" konulu, 30/10/1997 tarihli ve 97(20) sayılı Tavsiye Kararı'nda "nefret söylemi" kavramı şu şekilde tanımlanmıştır:

*"Bu ilkelerin uygulanması amacıyla, 'nefret söylemi' ifadesi, ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, antisemitizmi veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara yönelik saldırgan milliyetçilik ve etnik merkezçilik, ayrımcılık ve düşmanlıkla ifade edilen hoşgörüsüzlük de dâhil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı diğer nefret biçimlerini yayan, tahrik eden, teşvik eden veya haklı gösteren tüm ifade biçimlerini kapsayacak şekilde anlaşılacaktır."*

24. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından yayımlanan "*Cinsel yönelim veya cinsiyet temelli ayrımcılıkla mücadele etmek için alınması gereken önlemler*" konulu, 31/3/2010 tarihli ve (2010)5 sayılı Tavsiye Kararı'na ek "*Nefret Söylemi*" başlıklı bölümün (6) numaralı paragrafı şu şekildedir:

*"Üye devletler; medya ve internette olanlar dahil lezbiyen, gey, biseksüel ve trans kişilere karşı nefret veya diğer ayrımcılık biçimlerini tahrik etme, yayma ya da teşvik etme etkisi bulunan tüm ifade biçimleriyle mücadele etmek için uygun önlemleri almalıdırlar. Bu gibi 'nefret söylemleri' yasaklanmalı ve kamusal olarak reddedilmelidir. Bu kapsamda alınacak tüm*

*önlemler Sözleşme'nin 10. maddesi ve Mahkemenin içtihadıyla uyumlu olarak ifade özgürlüğü temel hakkına saygı çerçevesinde gerçekleştirilmelidir."*

25. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin "Cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılık" konulu, 29/4/2010 tarihli ve 1728(2010) sayılı kararının (7) numaralı paragrafı şu şekildedir:

*"Belirli siyasi ve dini liderler ile diğer sivil toplum liderlerinin nefret söylemleri ve medya ile internetteki nefret söylemleri de özellikle kaygı yaratacak bir durum haline gelmiştir. Meclis tüm kamu otoritelerinin bu kapsamda en önemli görevinin, yalnızca insan hakları belgelerinde yer verilen hakları uygulamak ve etkili şekilde korumak değil, aynı zamanda ayrımcılık ve nefrete dayalı hoşgörüsüzlüğü meşrulaştırması ve beslemesi muhtemel olan söylemlerden kaçınmak olduğunu vurgulamaktadır. Suça tahrik eden nefret söylemi ile ifade özgürlüğü arasındaki sınır Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı doğrultusunda belirlenecektir."*

26. AİHM, "nefret söylemi" ile ilgili içtihadını iki farklı yaklaşım üzerinden oluşturmuştur. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) benimsediği temel değerleri dışlayan veya öngördüğü demokratik düzeni yıkma amacı taşıyan nefret söylemini, Sözleşme'nin "*Hakları kötüye kullanma yasağı*" kenar başlıklı 17. maddesi kapsamında incelemektedir (*Almanya Komünist Partisi/Almanya Federal Cumhuriyeti* (k.k.), B. No: 250/57, 20/7/1957; *Nachtmann/Avusturya* (k.k.), B. No: 36773/97, 9/9/1998; *Garaudy/Fransa* (k.k.), B. No: 65831/01, 24/6/2003; *Norwood/Birleşik Krallık* (k.k.), B. No: 23131/03, 16/11/2004). Anılan amaçları taşımamakla birlikte "nefret söylemi" boyutuna ulaştığını değerlendirdiği ifadeler yönünden ise Sözleşme'nin 10. maddesinin (2) numaralı fıkrasında öngörülen ifade özgürlüğünün sınırlanma koşullarını gözönüne alarak inceleme yapmaktadır. Bu bağlamda AİHM; şiddet, nefret veya nefret eylemlerini teşvik ve tahrik eden ya da şiddeti yücelten veya meşrulaştıran ifadeleri "nefret söylemi" kapsamında görmektedir (*Sürek/Türkiye (No.1)* [BD], B. No: 26682/95, 8/7/1999, §§ 61, 62; *Gündüz/Türkiye* (k.k.), B. No: 59745/00, 13/11/2003; *Leroy/Fransa*, B. No: 36109/03, 2/10/2008, § 45; *Balsytė-Lideikienė/Litvanya*, B. No: 72596/01, 4/11/2008, §§ 78-80; *Le Pen/Fransa* (k.k.), B. No: 18788/09, 20/4/2010).

27. AİHM, cinsel yönelim üzerinden nefret söylemi konusunu incelediği ilk dava olan *Vejdeland ve diğerleri/İsveç* (B. No: 1813/07, 9/2/2012) kararında, okul öğrencilerinin dolaplarına eş cinsellikle ilgili görüşlerini içeren bildirimler bırakan başvuruçuların bildiriadaki ifadeler nedeniyle ulusal ya da etnik bir gruba karşı kısırtma suçundan mahkûm edilmelerinin ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediğini değerlendirmiştir. Anılan bildiriye yer alan ifadeler özetle şu şekildedir:

*"Eş cinsellik Propagandası*

*Son yıllarda toplum, eş cinsellik ya da diğer cinsel sapkınlıkları reddetmekten vazgeçerek bu cinsel sapkınlıkları kabullenme ve sahiplenme eğilimleri göstermeye başlamıştır. İsveç karşıtı öğretmenlerinizin de çok iyi bildiği gibi eş cinsellik toplumun temeli üzerinde ahlaken yıkıcı bir etkiye sahiptir ve onlar bu durumu normal ve olumlu bir olguymuş gibi sunmaya çalışmaktadırlar.*

*Onlara HIV ile AIDS'in eş cinsellikle eş zamanlı ortaya çıktığını, eş cinsellerin dağınık ve karmaşık yaşam biçimlerinin, günümüz vebası niteliğindeki bu hastalıkların yerleşmesindeki temel sebeplerden biri olduğunu söyleyin.*

*Onlara eş cinsel lobilerinin aynı zamanda pedofiliyi de normalleştirmeye çalıştığını anlatın ve bu cinsel sapkınlığın yasallaştırılmasının mümkün olup olmadığını sorun." (Vejdeland ve diğerleri/İsveç, §§ 7-9)*

28. AİHM, anılan kararında başvurucuların söz konusu bildirimlerle İsveç okullarında verilen eğitimin objektif olması gerektiği konusunda bir tartışma başlatma amacı taşıdıklarını ve bildirimde yer alan ifadelerin bireyleri doğrudan nefret eylemlerinde bulunmaya teşvik edici olmadığını kabul etmekle birlikte söz konusu ifadelerin ciddi ve ön yargılı iddialar olduğunu belirtmiştir (*Vejdeland ve diğerleri/İsveç*, § 54). Bir ifadenin nefret söylemi olarak nitelendirilebilmesi için şiddet ya da suça yönlendirmenin zorunlu olmadığını, ifade özgürlüğünün sorumsuz bir şekilde kullanılarak toplumun belli kesimlerine hakaret edilmesi, bu kesimlerin aşağılanması ya da karalanması hâllerinde de devlet otoritelerinin harekete geçmesinin beklenebileceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda cinsel yönelim temelli ayrımcılığın da ırk, köken ya da renk temelli ayrımcılık kadar önemli olduğunu vurgulamıştır (*Vejdeland ve diğerleri/İsveç*, § 55).

29. AİHM, anılan davada bildirimlerin etkiye açık ve hassas yaştaki genç öğrencilerin dolaplarına bunları okumayı reddetme şansı verilmeksizin bırakılmasını ve söz konusu okula devam etmeyen başvurucuların okula giriş izinlerinin bulunmamasını da gözönüne almış (*Vejdeland ve diğerleri/İsveç*, § 56); son olarak başvurucuların ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin orantılılığına ilişkin değerlendirmesinde, mahkûmiyetlerine karar verilen suç hakkında iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüş olmasına rağmen üç başvurucu hakkında verilen hapis cezasının ertelenerek haklarında adli para cezasına hükmedilmesi, son başvurucunun ise adli denetim sürecine tabi tutulmasının orantısız olmadığına ve demokratik bir toplumda gerekli sayılabileceğine, bu nedenle başvurucuların ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir (*Vejdeland ve diğerleri/İsveç*, §§ 58-60).

30. AİHM, *Gündüz/Türkiye* kararında başvurucunun haftalık bir gazetede dinî bir tarikat hakkında yayımlanan makalede yer alan ve "ılımlı İslam" hakkındaki görüşlerini içeren ifadeleri nedeniyle suç işlemeye tahrik suçundan mahkûmiyetine hükmedilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediğini değerlendirmiştir. Anılan kararda başvurucunun ifadelerinin şiddete çağrı niteliğinde olduğu değerlendirilmesinde söz konusu ifadelerde açıkça toplumun geneli tarafından tanınan bir yazarın isminin verildiği ve bu durumun makalenin yayımlanmasıyla beraber söz konusu yazarı tartışmasız biçimde ciddi bir fiziksel şiddet tehlikesi altında bıraktığı da gözönüne alınarak başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna hükmedilmiştir (*Gündüz/Türkiye*).

31. Yine haftalık bir dergide yayımlanan ve Türkiye'nin güneydoğusunda devlet tarafından gerçekleştirilen askerî operasyonları eleştiren iki okuyucu mektubu nedeniyle mahkûmiyetine karar verilen dergi sahibinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla yaptığı başvuruda da AİHM tarafından, anılan mektuplarda yer alan ifadelerin şiddetli meşrulaştırdığı değerlendirilmesi yanında açıkça bazı şahısların isminin verilmesinin onlara karşı nefreti teşvik edici olduğu ve bu şahısları muhtemel bir fiziksel şiddet tehlikesi altında bıraktığı vurgulanarak başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar verilmiştir (*Süreç/Türkiye (No. 1)*, § 62).

32. AİHM, başvuru konusu ifadenin belirtildiği bağlamı yani ifadenin ulaştığı yer ve zamanın arka planını da değerlendirmeye almaktadır (*Karataş/Türkiye*

[BD], B. No: 23168/94, 8/7/1999, § 51; *Leroy/Fransa*, § 38). *Soulas ve diğeri/Fransa* (B. No:15948/03, 10/7/2018) kararında, "Avrupa'nın Sömürgeleşmesi: Göç ve İslam Hakkında Gerçek Söylem" başlıklı kitabın iki yazarının Avrupa'nın Müslüman göçmen nüfusuyla ilgili bu konudaki sorunların ancak etnik kökenli bir iç savaş çıkması durumunda çözülebileceği gibi ifadeler de barındıran anlatımları nedeniyle cezalandırılmalarının ifade özgürlüklerini ihlal edip etmediğini incelemiştir. Mahkeme anılan kararında, Fransa'nın yüksek sayıda Müslüman göçmen nüfusu topluma entegre etme çabası içinde olduğu ve bu süreçte hâlihazırda kolluk güçleri ile anılan nüfusun radikal kesimi arasında şiddetli çatışmaların yaşandığı şeklindeki Fransa'ya özgü sorunları da değerlendirmeye alarak (*Soulas ve diğeri/Fransa*, §§ 36, 37) ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.

## **V. İNCELEME VE GEREKÇE**

33. Mahkemenin 23/5/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

### **A. Başvurucunun İddiaları**

34. Başvurucu;

i. İlgili haberde yer alan "sapkınlar" ifadesiyle cinsel yönelimi farklı olan ve bu nedenle toplumsal ayrımcılığa uğrayan bir grubun aşağılanarak hedef gösterildiğini, bu nedenle söz konusu ifadenin nefret söylemi içerdiğini iddia etmiştir.

ii. Başvurucuya göre şikâyeteye konu ifadelerin ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

iii. Adı geçen internet sitesinin cinsel yönelimi farklı olan bu gruba karşı sürekli nefret söylemi içeren yayınlar yaptığını, ülkemizde söz konusu gruba yönelik ön yargı ve şiddet eylemlerinin yoğunluğu da düşünüldüğünde bu tür ifadelerin şiddete teşvik açısından yakın bir tehdit oluşturduğunu ileri sürmüştür.

iv. Etkili bir soruşturma yapılmaksızın -daha önce aynı eylemle ilgili soruşturma yapıldığı gerekçesiyle- kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi nedeniyle şeref ve itibarın korunması hakkı ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkı ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

v. Söz konusu haber nedeniyle tazminat davası açılmasına da gerek görülmediğini, nitekim adı geçen yayın organının mevzuatta şirketlere tanınan olanaklardan yararlanarak sürekli isim değiştirdiğini ve hiçbir ilamlı icranın infazına olanak vermediğini belirtmiştir. Bununla birlikte söz konusu olayın basit bir hakaret ve aşağılamadan farklı olduğunu, olası bir manevi tazminat ödenmesi kararının dahi olayın ağırlığı ve ülke açısından önemine uygun bir çözüm olamayacağını ifade etmiştir.

### **B. Değerlendirme**

#### **1. Kabul Edilebilirlik Yönünden**

35. Anayasa Mahkemesi; Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında koruma altına alınan şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddiasına yönelik uyuşmazlıklar açısından, hukuki tazmin yolunun daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili bir başvuru yolu olduğunu ifade etmiştir (*S.S.A.*, B. No: 2013/2355, 7/11/2013, § 31; *Halkevleri Derneği ve İlknur Birol*, B. No: 2013/577, 30/6/2014, § 29).



36. Öte yandan hoşgörünün ve bütün insanların onuruna aynı düzeyde saygının demokratik ve çoğulcu bir toplumun temellerini oluşturduğu gerçeğinden hareketle hoşgörüsüzlük temelinde nefreti yayan, teşvik eden, yücelten veya haklı gösteren tüm ifade çeşitlerini önlemek ve hatta bunları cezalandırmak izlenen meşru amaçla orantılı olmak kaydıyla gerekli görülebilir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, nefret söylemi iddiası bulunan başvurular yönünden başvuruya konu olayın kendine özgü koşulları da dikkate alınmak koşuluyla bireysel başvuru öncesinde hukuk yoluna gidilmeksizin sadece ceza muhakemesi yolunun tamamlanmış olmasının yeterli görülebileceğini belirtmiştir (*Sinem Hun*, B. No: 2013/5356, 8/5/2014, § 32).

37. Anayasa Mahkemesi; ten rengi ve etnik köken, toplumsal cinsiyet, cinsel kimlik, cinsel yönelim, engellilik, siyasal aidiyet veya yaş kategorileri ile mülteci, göçmen, yabancı veya başka dezavantajlı gruplara yönelik, hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçiminin nefret söylemi olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır (*Fetullah Gülen* [GK], B. No: 2014/12225, 14/7/2015, § 40). Bu doğrultuda nefret söylemi saikinin salt o kişiye ilişkin bir aidiyet olgusundan ibaret bulunması gerekir (*Fetullah Gülen*, § 41). Başka bir deyişle hoşgörüsüzlüğe dayalı nefret biçimlerini yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran ifadeler içermeyen ve başvurucuya yalnızca belirli bir grubun üyesi olması nedeniyle söylenmeyen sözler, nefret söylemi olarak nitelendirilemez (*Fetullah Gülen*, § 45).

38. Yukarıda yer verilen ilkeler bağlamında, cinsel yönelimleri nedeniyle toplumsal ayrımcılığa uğrayan bireylerin haklarını korumak amacıyla faaliyet gösteren başvurucu Derneğin cinsel yönelim temelli nefret söylemine maruz kaldığı ve bu duruma ilişkin şikâyetinin etkili biçimde soruşturulmadığına dair iddiasının haberde yer alan ifadelerin nefret söylemi boyutuna ulaşip ulaşmadığının belirlenmesi açısından esas incelemesini gerektirdiği değerlendirilmiştir. Bu kapsamda açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşıldığından başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

## 2. Esas Yönünden

### a. İlkeler

39. Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde öngörülmüş olan ifade özgürlüğü ile basın özgürlüğü herkes için geçerli ve demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (*Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 34-36). Basın özgürlüğünün kamuoyuna çeşitli fikir ve tutumların iletilmesi ve bunlara ilişkin bir kanaat oluşturması için en iyi araçlardan birini sağladığı açıktır (*İlhan Cihaner (2)*, B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 63).

40. İnternet haberciliğinin -basının temel işlevini yerine getirdiği sürece- basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekir (*Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.* [GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015, §§ 36-42).

41. Bununla birlikte Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri tamamen sınırsız bir ifade özgürlüğü garanti etmemiştir. 26. maddenin ikinci fıkrasında yer alan sınırlamalara uyma yükümlülüğü, ifade özgürlüğünün kullanımına basın için de geçerli olan bazı "görev ve sorumluluklar" getirmektedir (*Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 89; *R.V.Y. A.Ş.*, B. No: 2013/1429, 14/10/2015, § 35).

42. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasına göre ifade özgürlüğünün sınırlandırılma nedenlerinden biri de başkalarının şöhret veya haklarının korunmasıdır. Bireyin şeref ve itibarı, kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturur ve Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının korunmasından faydalanır (*İlhan Cihaner (2)*, § 44). Devlet, bireyin şeref ve itibarına keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür (*Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 41; *Adnan Oktar (3)*, B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33; *Bekir Coşkun*, § 45).

43. Anayasa Mahkemesi, benzer başvurularda basın özgürlüğü ile başkalarının şöhret veya haklarının korunması arasında adil bir denge gözetilip gözetilmediğini değerlendirir (*Nilgün Halloran*, § 27; *İlhan Cihaner (2)*, § 39). Bu, soyut bir değerlendirme olmayıp Anayasa Mahkemesi; kullanılan ifadelerin türünün kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesinin, ifadelerin kimin tarafından dile getirildiğinin, kime yöneldiğinin ve kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığının gerektiği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğine bakar (*Nilgün Halloran*, § 44; *Ergün Poyraz (2)* [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 56). Bunun için söylenen sözlerin yazının tamamı ve söylendiği bağlamdan kopartılmaksızın olayın bütünselliği içinde değerlendirilmesi gerekir (*Nilgün Halloran*, § 52).

44. Başvuru konusu ifadelerin sahibi kişinin önceki davranışı, yayımın içeriği, şekli ve sonuçları ile haber veya makalenin yayımlanma şartlarının söz konusu haberin yayımlandığı dönemde ülkede meydana gelen olaylar ışığında değerlendirilmesi gerekliliği de dikkate alınması gereken unsurlardır (*İlhan Cihaner (2)*, §§ 67-73).

45. Nefret söylemi ifadesinin genel kabul görmüş bir tanımı bulunmamaktadır. Nefret söylemi olarak sınıflandırılabilir düşüncü açıklamalarının tespit edilmesi, bu tür açıklamaların sadece "nefret" ifadeleri veya duygusu aracılığıyla dışa vurulmaması nedeniyle oldukça zor görünmektedir. Nefret söylemi, ilk bakışta mantıklı veya normal görünebilecek ifadelerde de saklı olabilmektedir (*Fetullah Gülen*, § 38).

46. Bununla birlikte nefret söylemi içeren ifadelerin ceza yargılamasına konu edilmesinin gerekliliği, esasen bu tür ifadelerin toplumda hâlihazırda dezavantajlı konumda bulunan gruplara yönelik nefreti körükleyerek bunlara yönelik hoşgörüsüzlüğün şiddet eylemlerine dönüşmesi tehlikesinin engellenmesi amacından ileri gelmektedir. Dolayısıyla başvuru konusu olaydaki gibi ifadenin cezalandırılmasının devletten bir pozitif yükümlülük olarak beklendiği durumlarda ifadenin nefret söylemi içerdiğinin söylenebilmesi, yukarıda yer verilen ilkelerin (bkz. §§ 43,44) uygulanması sonucu başvuru konusu ifadenin, yöneldiği gruba karşı şiddete teşvik etme tehlikesi taşıdığına makul biçimde ortaya konulabilmesi hâlinde mümkündür.

47. Bu kapsamda başvuru konusu haberin başvuru açısından nefret söylemi içerip içermediği ve başvuruçunun şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkının ihlal edilip edilmediği, yukarıda yer verilen ilkeler çerçevesinde değerlendirilmelidir.

## **b. İlkelerin Olaya Uygulanması**

48. Dernek, başvuru konusu haberde geçen "Kaos GL isimli sapkınların derneği" ifadesinin kendileri ve haklarını savundukları eş cinsel bireyler açısından nefret söylemi içerdiğini ifade etmektedir. "Sapkın" kelimesinin Türk Dil Kurumu Güncel Sözlüğü'nde anlamı "doğru yoldan ayrılmış olan" şeklindedir. Toplumda yaptığı

çağrışım ve haberin tamamından bağımsız olarak ele alındığında söz konusu ifadenin nefret ya da şiddete yönlendirici bir niteliği bulunmadığı, lafzi olarak kendi görüşüne göre meşru olmayan bir durumun betimlendiği görülmektedir. Bununla birlikte söz konusu ifadenin toplumda olumlu bir çağrışım yaptığından bahsedilemeyeceği gibi nefret söylemi içerip içermediğinin değerlendirilmesi açısından haberin tamamından bağımsız olarak ele alınması da mümkün değildir (bkz. § 45).

49. Başvuru konusu haber, bir şampuan reklamında Adolf Hitler görseli kullanılmasının ırkçılık oluşturduğundan bahisle suç duyurusunda bulunulması üzerine Savcılık tarafından kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesini konu almaktadır. Haberde, Savcılık tarafından verilen kararın "Yahudilerce kurulan" şeklinde nitelendirilmiş başka bir internet haber sitesinde eleştirildiği ve Türkiye'ye karşı misilleme yapılması görüşünün savunulduğu belirtilmekte, haber sitesinin yer verdiği bu görüşler başvuru konusu haberin yayımlandığı site tarafından eleştirilmektedir.

50. Dolayısıyla başvuru konusu haber, ne başvurucu Derneğe -Derneğin faaliyet alanı ya da Derneği ilgilendiren bir olaya- ne de başvurucu Derneğin amacını hakları için mücadele etmek olarak tanımladığı eş cinsel bireylere ya da genel olarak eş cinselliğe ilişkindir. Bu bağlamda anılan konularla ilgili kamusal bir tartışma başlatma ya da var olan bir tartışmaya görüş bildirme amacının varlığından da bahsedilemez. Bu durum, söz konusu ifadenin basın özgürlüğü yönünden yararlanacağı korumayı daraltan bir unsurdur.

51. Bununla birlikte başvuru konusu haber, şikâyet edilen ifade yanında açıkça başvurucu derneğin ismi de verilerek internette yayımlanmış ve yayımlanmaya devam etmektedir. Günümüz koşullarında internet mecrasına ulaşım diğer birçok basın-yayın organına nazaran kolay ve yaygındır. Bunun yanında başvuru konusu haber sitesinin ve okuyucu kitlesinin eş cinselliği meşru görmeyen ve eleştiren bir kanaate sahip oldukları anlaşılmaktadır. Söz konusu sitede başvurucu Dernek ve eş cinselliğin eleştirildiği birçok haber yayımlanmaya da devam etmektedir. Dolayısıyla başvuru konusu haberin Derneğin açıkça ismi de verilerek başvuru konusu internet haber sitesinde yayımlanması, haberde kullanılan ifadenin şiddete yöneltme tehlikesini artırabilecektir.

52. Öte yandan başvuru konusu haberin Dernek ya da eş cinselliğe ilişkin bir tartışma içermemesinin basın özgürlüğü korumasını daralttığı kabul edilmekle birlikte bu durum, haberin odak noktasının başka bir tartışmaya çevrildiği ve haberde kullanılan ifadeyle başvurucu Derneğin hedef gösterilmesi riskinin azaldığı gerçeğini değiştirmemektedir. Nitekim haber altında yer alan okuyucu yorumlarının tamamının başvuru konusu haberdeki esas tartışmaya ilişkin olması da bu çıkarımı destekler niteliktedir. Üstelik başvuru konusu haberde başvurucu Derneğin tam isminin verilmemesi, Dernekten haberi olmayan okuyucuların, Derneğin faaliyet alanına ve "sapkın" kelimesinin yöneldiği kesime ilişkin bir fikirleri olmasını oldukça zorlaştırmaktadır. Son olarak başvuru konusu haberin yayımlandığı tarihten bu zamana kadar söz konusu internet haber sitesinin başvurucu Dernek ve eş cinselliğe ilişkin tutumunun daha hassas yorumlanmasını gerektirecek istisnai bir olay yaşandığı da ortaya konulamamaktadır.

53. Çoğulcu demokrasilere karşı ciddi bir tehlike arz eden, nefret söyleminin de dâhil olduğu nefret suçları; tüm dünyada artış gösteren ve devletlerin etkili önlemler alma konusunda pozitif yükümlülüğünün bulunduğu bir alandır. Bu bağlamda cinsel yönelim temelli nefret söyleminin şiddete yöneltme tehlikesinin

ciddiyeti de gözönüne alındığında devletin ceza yargılaması yoluyla etkili biçimde bu tür suçlarla savaşmasının demokrasi ve hukuk devletinin işleyişi yönünden basın özgürlüğü kadar önemli olduğu vurgulanmalıdır. Bu anlamda basının da toplum üzerindeki yönlendirici etkisinin bilincinde olarak bu konuda sorumlu davranması beklenmelidir.

54. Başvuru konusu haberin ise yukarıda yer verilen gerekçelerle (bkz. § 52) sorumlu kişiler hakkında ceza yargılaması yürütülmesini gerekli kılacak derecede nefret ve şiddete yöneltme tehlikesi içerdiğinden bahsedilemeyeceği değerlendirilmiştir. Bu bağlamda başvuru konusu haberde şikâyet edilen ifadenin "nefret söylemi" boyutuna ulaşmadığına karar verilmiştir.

55. Başvurucunun şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edilmediğine karar verildiğinden etkili başvuru hakkı ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine dair iddialarının ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

56. Öte yandan başvurucunun esas şikâyetinin başvuru konusu haberin nefret söylemi içermesine rağmen sorumluların cezalandırılmaması olduğu anlaşılmakta ise de başvurucu sorumlulara karşı tazminat davası açılmasının mevzuatta tanınan kolaylıklardan yararlanılarak ilamlı icra infazının imkânsız hâle getirildiğinden bahisle etkili bir başvuru yolu olmaktan çıkarıldığını da belirtmiştir. Bununla birlikte bu iddiasını destekleyecek hiçbir bilgi ya da belge sunmadığı ve esas talebinin sorumluların cezalandırılması olduğu da dikkate alındığında söz konusu iddianın da değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

57. Açıklanan gerekçelerle sorumlular hakkında ceza yargılaması yürütülmemiş olmasının, başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesinde öngörülen şeref ve itibarın korunması hakkını ihlal etmediğine karar verilmesi gerekir.

Hasan Tahsin GÖKCAN bu sonuca farklı gerekçeyle katılmıştır.

## **VI. HÜKÜM**

Açıklanan gerekçelerle;

A. Şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA**,

B. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkının **İHLAL EDİLMEDİĞİNE**,

C. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde **BIRAKILMASINA**,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına **GÖNDERİLMESİNE**  
23/5/2018 tarihinde **OYBİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan  
Burhan ÜSTÜN

Üye  
Serruh KALELİ

Üye  
Hicabi DURSUN

Üye  
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye  
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

**Başvuru Numarası** : 2014/18891  
**Karar Tarihi** : 23/5/2018

## **ÖZEL HAYAT HAKKI VE KAPSAMI KONUSUNDA FARKLI GEREKÇE**

1. Başvurucu, internet haber sitesinde yayımlanan haberde demek hakkında kullanılan ‘sapkınlar’ ifadesiyle, cinsel yönelimi farklı olan bir grubun aşağılanarak hedef gösterildiği ve ifadelerin nefret söylemi oluşturduğu iddiasıyla ceza takibi yapılması amacıyla yaptığı şikayetin kovuşturmaya yer olmadığı kararıyla sonuçlanması nedeniyle şeref ve itibarın korunması hakkı, etkili başvuru hakkı ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddialarıyla bireysel başvuruda bulunmuştur.

2. Mahkememiz Birinci Bölümü kararında şeref ve itibar üzerindeki hakka ilişkin başvuru Mahkemenin konu bakımından yetkisi açısından AİHS’nin 8. maddesi kapsamında görülmüş fakat Anayasanın 20/1. maddesi yerine 17/1. maddesinde düzenlenen maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında ele alınmış, incelemenin kapsamı içinde değerlendirilmesi nedeniyle etkili başvuru hakkı ile eşitlik ilkesi ayrıca incelenmemiştir. Kararda, şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddialarına yönelik uyumsuzluklar bakımından ceza kovuşturmasına nazaran hukuki tazmin yolunun daha yüksek bir başarı şansı sunan, kullanılabilir ve etkili bir başvuru yolu olduğu belirtilmiş, ancak demokratik ve çoğulcu bir toplumun temellerini oluşturan hoşgörü ortamını ortadan kaldırmaya yönelik olarak nefreti yayan, teşvik eden, yücelten veya haklı gösteren tüm ifade çeşitlerini önlemek ve hatta amaçla orantılı olmak kaydıyla bunları cezalandırmanın gerekli olabileceğine işaret edilmiş, bu gerekçeyle başvuru yollarının tüketilmediği kararı verilmeyerek kabul edilebilirliği sonucuna ulaşılmış ve başvuru esastan incelenmiştir.

3. Başvuru hakkında Mahkememizce sonuç olarak, başvuran derneğin avukatından söz edilirken iddiaya konu ibare kullanılmakla birlikte, haberde dernek mensuplarının cinsel eğilimlerinin konu edilmediği ve tartışmanın tümüyle bir televizyon reklamının eleştirisi üzerinden yapıldığı belirtilerek, yazının bütünlüğü içinde anılan ‘sapkınlar’ ibaresinin ceza kovuşturmasını gerektirir biçimde şiddet ve nefret söylemi boyutuna ulaşmadığı kanısıyla Anayasanın 17/1. maddesinde güvence altına alınan şeref ve itibar hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Kararda ulaşılan sonuca iştirak etmekle birlikte, şeref ve itibar hakkının dayanağı olarak Anayasanın 17/1. maddesinin gösterilmesine aşağıdaki nedenlerle katılmamaktayım.

4. AİHS’nin 8. maddesinde özel hayata saygı hakkı düzenlenmiştir. Kişinin iyi bir itibara sahip olma hakkı, *nam*, *şeref*, *şöhret*, isim, resim vb. manevi varlıkları ile ‘fiziksel ve zihinsel/ruhsal bütünlüğü’ üzerindeki hakları Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı içerisinde değerlendirilmektedir (özellikle itibar, şeref, şöhret hakkı yönünden bkz. AİHM Chauvy/Fransa, par. 70; Abeberry/Fransa; Leempoel ve S.A. Ed. Cine Revue/Belçika, par. 67; Minelli/İsviçre, No: 14991/02; A./Norveç, No: 28070/06, par. 64; Osman Doğru-Atilla Nalbant, AİHS Açıklama ve Önemli Kararlar, Ankara 2013, s. 41). İfade özgürlüğü yönünden yapılan başvurularda da muhatabın Sözleşmenin 8. maddesi kapsamındaki şöhreti ve onurunun korunması meşru müdahale nedeni olarak kabul edilmekte ve hakların dengelenmesi açısından değerlendirilmektedir (Shabanov ve Tren/Rusya, 2006, par. 46; Hachette Filipachi Associes/Fransa, 2007, par. 43; DJ. Harris/M.O’Boyle/E.P. Bates/C.M. Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, 2013, s. 493). Bu arada AİHM’in şöhrete ve mesleki itibara ilişkin hakları (Comingersoll S.A./Portekiz, No: 35382/97,

6.4.2000) ile konuta saygı hakkı (Societe Colas Est and Others/France, No: 37971/97) bağlamında özel hukuk tüzel kişilerinin de 8. maddeden yararlanabileceklerine ilişkin yaklaşımına işaret etmek gerekir ( bkz. Gülay Arslan Öncü, AİHS'de Özel Yaşamın Korunması Hakkı, İstanbul 2011, s. 32, 174). Diğer taraftan maddi ve manevi varlığı boyutuyla 8. maddenin bireye kişiliğini oluşturması, geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi (kişisel özerkliği) için bir alan sağladığı, başka deyişle belirtilen hakların da özel yaşama saygı hakkının kapsamı içerisinde bulunduğu kabul edilmektedir (ilgili karar atıfları için bkz. Öncü, age. s. 206).

5. 1961 Anayasasında “II. Özel hayatın korunması” üst başlığı altındaki 15., 16. ve 17. maddelerde sırasıyla; a) özel hayatın gizliliği, b) konut dokunulmazlığı, c) haberleşme hürriyeti, düzenlenmiş ve böylece belirtilen üç hakkın özel hayatın korunmasına hizmet ettiği kabul edilmiştir. Anayasanın 15. maddesindeki “özel hayatın gizliliğine ilişkin” hüküm ile Türkiye özel yaşamın gizliliğini temel kişi hakkı olarak güvenceye bağlayan ilk ülkelerden biri olmuştur (Oya Araslı, Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi, Doçentlik Tezi, Ankara 1979, s. 106). Daha önce 1924 Anayasasının 71. ve 76. maddelerinde özel yaşamla da ilgili konuta ve haberleşmeye dair haklar bulunmakta ise de özel yaşam hakkına ayrıca yer verilmemiştir. Ancak 1961 Anayasasının 15. maddesindeki bu ilk düzenlemede özel hayatın korunması yalnızca gizlilik boyutu üzerinden ele alınmıştır. Buna karşılık 1982 Anayasasında, özel hayatla da ilişkili olan diğer haklara sonraki maddelerde (m.21,22) ayrıca yer verilmişken, 20/1. maddede özel hayata saygı ve özel hayatın gizliliğinin korunması hakları düzenlenmiştir. Türkiye'nin 1950 yılında imzaladığı AİHM'nin 8. maddesinde ise gizlilik boyutundan söz edilmeksizin, özel hayata saygı hakkı güvence altına alınmış, fakat AİHM içtihatlarında bu hak gizlilik boyutuyla birlikte değerlendirilmiştir. 1982 Anayasasının 20. maddesi düzenlenirken, gizlilikle ilgili önceki Anayasa hükmü ile Sözleşmenin 8. maddesinde yer alan ‘özel hayata saygı’ hakkının birleştirildiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan 1961 Anayasasının 14/1. maddesinde (1982 Anayasası 17/1. maddesine benzer biçimde); “*Herkes, yaşama, maddî ve mânevî varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir.*” denilmekteydi. Araslı, 15. maddede yer alan özel hayatın gizliliği hakkının, 14. maddedeki ‘kişi dokunulmazlığı’ hakkının bir uzantısı ve özel yaşam alanındaki görüntüsü” olduğuna işaret ederken, aslında iki hüküm arasında özel-genel hüküm ilişkisi kurmaktadır. Yazar ayrıca 15. madde gerekçesinden hareketle anayasa koyucunun özel hayata ilişkin dokunulmazlığı; kişinin beden tamlığını, kişi özgürlüğünü ve özel yaşam alanını kapsayan bir dokunulmazlık olarak düzenlediğini belirtmektedir (Araslı, agt. s. 116-117).

6. 1982 Anayasasının 21. maddesinin birinci fıkrasında ‘saygı’ ve ‘gizlilik’ bağlamında ele alınan her iki hakkın temelini, özel hayata saygı hakkı oluşturmaktadır. Ayrıca düzenlenmese dahi özel hayatın gizliliğine ilişkin hak, özel hayata saygı hakkının içerisindedir. Birinci fıkranın ilk cümlesinde saygı gösterilmesi istenilen ‘özel hayat’ kavramının bir içeriği ve kapsamı bulunmaktadır. Kapsamı içindeki tüm unsurlar bakımından özel hayata saygı ve gizliliğinin korunmasından söz edilir. Kişinin bedeni, ismi, resmi, ailesi, sosyal çevresi, alışkanlıkları, yaşam tarzı, birey olarak biyolojik ve kültürel farklılıkları, ırki veya sosyal aidiyeti, vb. unsurların tümüyle özel hayat kavramı içinde yer aldığı değerlendirilmelidir. Kişi özerkliği kavramıyla ifade edilen, kendisiyle (vücut bütünlüğü, sağlığı, maddi ve manevi yaşamı hakkında) ilgili karar alabilme, hayatını yönetme, kaderini tayin etme hakkı da özel hayat hakkı içerisindedir. Nitekim 1961 Anayasasındaki düzenleniş biçimi gereği hakkın gizlilik boyutunu tezinde

inceleyen Araslı, “kişinin başkalarının güdümlenmeden ve onlara bağımlı olmadan yaşamını düzenleyebilmesi” olarak tanımladığı kişisel özerkliğin kişinin maddi ve manevi gelişiminin temeli olduğuna işaret etmekte ve bu hakkın gizlilik boyutuyla kişisel özerkliğin gerçekleşmesini temin ettiğini ifade etmektedir. Hatta yazar bu bağlamda kişiliğini gerçekleştirme hakkının üç boyutuna değinmektedir. Bu hak gereği yaşam koşullarının; 1- Kişinin gerçek kişiliğini ve duygularını toplum baskısı olmadan yaşayabilmesine (duygusal boşalım), 2- toplum ve diğer kişilerin baskısından uzak biçimde kendi yaşam deneyimlerinden hareketle oluşturacağı kişilik örneğine göre kendisini geliştirebilmesine (kendi kendisini değerlendirme) imkan tanınması gerekir. Üçüncü boyut ise özel yaşamın gizliliğinin korunmasıyla ilgilidir (Araslı, agt. s. 21-24). Belirtilen bütün bu hususlar, maddi ve manevi bütünlüğü içerisinde kişinin varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla ilgili ve ondan ayrılmaz niteliktedir.

7. Görüleceği üzere kişinin diğer insanlar ve toplumla ilişkisinin ve dolayısıyla özel yaşamının bir parçası olan *şeref ve itibarı* üzerindeki hakkı da özel hayat kapsamındadır. Diğer taraftan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla olan bağlantısı, şeref ve itibar hakkının özel yaşama saygı hakkı kapsamında görülmesine bir engel oluşturmamaktadır. Bu anlamda kişinin birey olarak maddi ve manevi varlığı ve bütünlüğü üzerindeki tüm hakları ile doğa ve diğer insanlarla ilişkilerinin tamamının özel hayat kapsamına girdiğinde şüphe bulunmamaktadır. Esasında sayılan bütün bu hususların özel hayat kapsamında olduğu, Mahkememizin de atf yaptığı AİHM kararlarında da kabul edilmektedir. Dolayısıyla kişinin itibar, nam, şöhret ve şerefi üzerindeki haklarının da anılan 20/1. madde içerisinde ve özel hayat kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

8. Çoğunluğun gerekçesinin dayanağı olan Anayasanın 17/1. maddesinde; “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” denilmektedir. Madde gerekçesinde bu fıkra hakkında; “Kişinin sahip olduğu hak ve hürriyetler bu maddeden itibaren önem dereceleri göz önünde tutularak belirlenmiştir. Bu madde ile yaşama, maddi ve manevi varlığın bütünlüğü ve bunun geliştirilmesi hakkı korunmaktadır.” izahatı yapılmıştır. Gerekçedeki açıklamadan, bu fıkra ile birbirini tamamlayan iki ayrı hakkın düzenlendiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan aynı maddenin 2. fıkrasında vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı, 3. fıkrasında ise işkence ve kötü muamele yasakları yer almaktadır.

9. Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı öyle anaç bir haktır ki, Anayasada özel olarak sayılan bütün temel hakların ondan doğduğu, onun türevi olduğu söylenebilir. Anayasada düzenlenen temel hakları hatırlayalım; zorla çalıştırma yasağı (m.18), kişi hürriyeti ve güvenliği (m.19), konut dokunulmazlığı (m.21), haberleşme hürriyeti (m.22), yerleşme ve seyahat hürriyeti (m.23), din ve vicdan hürriyeti (m.24), düşünce ve kanaat hürriyeti (m.25), düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m.26), bilim ve sanat hürriyeti (m.27), basın hürriyeti (m.28), dernek kurma hürriyeti (m.33), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (m.34), mülkiyet hakkı (m.35), hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı (m.36), ailenin korunması ve çocuk hakları (m.41), eğitim ve öğrenim hakkı (m.42), çalışma ve dinlenme hakları (m.49, 50), sendika kurma hakkı (m.51), ücrette adalet hakkı (m.55), sağlık ve çevre hakkı (m.56), seçme, seçilme ve siyasi faaliyet hakkı (m.67), dilekçe ve bilgi edinme hakkı (m.74). Düşüncemize göre kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, yukarıda sayılan hakların her birinin kaynağı olduğu gibi bu haklarda mündemiçtir.

10. Bu durumda Anayasanın 17/1. maddesinde düzenlenen hakkın anayasal niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Doktrinde Gören, 17/1. maddedeki hakkın hiyerarşik olarak temel teşkil ettiğini ve bu hakkın kişiye ‘genel nitelikte bir eylem özgürlüğü’ tanıyan sübjektif bir kamu hakkı niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Yazar ayrıca bütün temel hakların bu hakkın sonuçları olduğunu belirtmektedir (Zafer Gören, Anayasa Hukuku, Ankara 2006, s. 412, 413). Diğer bazı yazarlarca da benimsenen bu nitelemenin Anayasanın sistemi açısından oldukça yerinde olduğu düşünülmelidir. Sağlam ise, Federal Alman Anayasasının 2/1. maddesinde düzenlenen *kişiliğini geliştirme hakkının* düzenlenmesinin amacının, insan yaşamının anayasada öngörülen diğer temel haklar dışında kalan bölümünü de kapsayarak, eksiksiz bir temel hak güvencesini temin etmeye olduğuna dikkat çekmektedir. Sağlam’ın işaret ettiği üzere kişiliği geliştirme hakkı ile diğer temel haklar arasında özel-genel hüküm ilişkisi bulunduğundan, bir insan eylemi anayasadaki temel haklardan birinin geçerlik alanına girmekteyse yalnızca özel nitelikli olan temel hak uygulanır. Dolayısıyla kişiliği geliştirme hakkı, diğer temel haklarla düzenlenmemiş olan tüm hakları kapsayan ‘genel bir fiil özgürlüğü’ niteliğindedir (Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBFY Ankara 1982, s. 42). Araslı’nın, yukarıda ifade edilen 1961 Anayasasının 14. ve 15. maddeleri arasındaki ilişkiye dair görüşü de bu yöndedir.

11. Doktrinde diğer bazı yazarlar da Anayasadaki ‘maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme’ hakkının genel fiil özgürlüğü niteliğinde olduğu ve Anayasada sayılan temel haklar ile arasında özel-genel hüküm ilişkisi bulunduğu görüşünü paylaşmaktadırlar (bkz. Ali Tarık Gümüş, “Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 2, Yıl 2005, s. 149; Oğuz Şimşek, Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, Basılmamış Doktora Tezi, İzmir 1999, s. 55) Bu yazarlardan Gümüş, madde gerekçesinde 17. maddeden itibaren hak ve hürriyetlerin önem derecesine göre sıralandığına ilişkin açıklama ile kastedilen hususun, varlığını koruma ve geliştirme hakkının temel haklardan biri ve en önemlisi olduğu değil, bu hakkın diğer haklara kaynaklık ettiğini izah anlamına geldiğini ifade etmektedir (agm. s. 153).

12. Buna karşın heyetimiz çoğunluğunun, özel hayat alanına ilişkin olan konunun 17/1. madde kapsamında incelenmesi gerektiğine ilişkin yaklaşımı, Anayasanın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkının kapsamını daraltmaktadır. Ayrıca bu yaklaşım, temel kişilik haklarının tümünün kendinden kaynaklandığı söylenebilecek olan, kişinin “varlığını koruma ve geliştirme hakkını” içeren 17/1. maddedeki genel nitelikli kişilik hakkını özel hayatın spesifik bir alanına hapsetmektedir.

13. Diğer taraftan, konut dokunulmazlığına, haberleşmeye, yerleşme ve seyahat özgürlüğüne, düşüncüyü açıklama ve yayma veya bilim ve sanat özgürlüğüne karşı yapılacak müdahaleler de özünde kişiliğini koruma ve geliştirme hakkının ihlali mahiyetinde olmakla birlikte, Anayasa’da özel olarak düzenlenmesi dolayısıyla 21. ila 27. maddeler kapsamında incelenmesi gerekmektedir. Bölüm çoğunluğunun dayandığı görüşün bu konulara yansıtılması durumunda, belirtilen hakların da 17/1. madde üzerinden incelenmesi gerekecek, böylece Anayasada özel olarak düzenlenen ilgili temel hakların alanı daraltılırken, genel kapsamlı olan kişiliği koruma-geliştirme hakkı, amacı dışında ve anayasal sistematığe aykırı biçimde kullanılmış ve genişletilmiş olacaktır.



14. Sonuç olarak, Anayasanın 20. maddesinde özel olarak düzenlenen özel hayata saygı hakkı, maddi ve manevi varlığa (ve bu arada şeref ve itibara) yönelik müdahaleleri de kapsamaktadır. Anayasanın 17/1. maddesindeki “maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı” özel hayat hakkını değil, tüm temel hakların özünü ve ideal formunu düzenlemektedir. Anayasanın, kişinin maddi-manevi varlığına farklı bağlamlarda yer veren 5., 12., 15/2 ve 17/1,2. maddeleri, ilgili özel/temel hak bağlamında yalnızca destek norm olarak değerlendirilmelidir. Ne var ki başvuru konusu olay ölçü norm olan 20. madde üzerinden incelenmesi gerekirken, Anayasanın genel nitelikli 17/1. maddesi çerçevesinde değerlendirilmiştir.

15. Belirtilen nedenlerle, “şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkının ihlal edilmediğine” şeklindeki karar sonucuna, konunun Anayasanın 20/1. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği yolundaki farklı gerekçeyle katılmış bulunmaktayım.

Üye  
Hasan Tahsin GÖKCAN