

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başvuru Numarası : 2013/5356

Karar Tarihi : 8/5/2014

Başkan : Alparslan ALTAN

Üyeler : Serdar ÖZGÜLDÜR

Celal Mümtaz AKINCI

Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Raportör : Selami TURABİ

Başvurucu : Sinem HUN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, ulusal yayın yapan bir internet haber sitesinin kendisi hakkında cinsel yönelim üzerinden nefret söylemlerinde bulunarak hakaret içerikli haberler yayınlaması üzerine şikâyetçi sıfatıyla yer aldığı soruşturmada, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilerek devletin ve adli makamların zedelenen hakları konusunda etkili bir koruma sağlayamaması nedeniyle Anayasa'nın 40. maddesinin ve 17. maddesinde tanımlanan kişinin dokunulmazlığı ile manevi varlığının korunması hakkının hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek tazminat talebinde bulunmuştur.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 12/7/2013 tarihinde Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca, 5/5/2014 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 14/11/2013 tarihinde yapılan toplantıda kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve başvurunun bir örneğinin Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Adalet Bakanlığı görüşünü 22/1/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş başvurucaya 23/1/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu, diyeceklerini süresi içinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

8. Başvurucu, medyada “Hitler’li şampuan reklamı” olarak tanınan “Biomen” isimli şampuanın reklam filminde kadın kimliğine karşı hakaret ve Yahudi azınlığa karşı nefret söylemlerinde bulunulması nedeniyle “suçluyu övme ve halkın bir kesimini aşağılama” suçlarının işlendiğini iddia ederek Biota İlaç ve Kozmetik Laboratuvarları ve Marka Reklam şirketinin yetkilileri hakkında suç duyurusunda bulunmuştur.

9. Şikâyeti inceleyen Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığı, şüpheliler hakkında soruşturma başlatarak reklam filmi üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırmış ve rapor doğrultusunda Biomen isimli reklam filminde suçluyu övme ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunun işlendiğine dair kamu davası açılmasına yeterli delil olmadığı gerekçesiyle 2/10/2012 tarih ve K.2012/52397 sayılı ile kovuşturmayla yer olmadığına karar vermiştir.

10. Başvurucu verilen karara karşı Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesine itirazda bulunmuş olup başvuru tarihi itibarıyla itiraz incelemesi devam etmektedir. Anılan karar yönünden başvuru yolları henüz tüketilmediği için bireysel başvuruda bulunulmadığı belirtilmiştir.

11. Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığının 2/10/2012 tarih ve K.2012/52397 sayılı kovuşturmayla yer olmadığına dair kararıyla ilgili hukuki süreç devam ederken “www.habervaktim.com” isimli internet haber sitesinde 6/11/2012 tarihinde, kovuşturmayla yer olmadığına dair karar ve bu karara dair “Hastürktv” isimli internet sitesinde geçen yorumlarla ilgili olarak “Siyonist uşakları yine teröre sarıldı” isimli haber yayınlanmıştır.

12. “Habervaktim.com” isimli internet haber sitesinde yayınlanan “Siyonist uşakları yine teröre sarıldı” başlıklı haber şöyledir:

“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, mahkemeden bekledikleri kararı alamayınca provokatif yayınlara başladılar.

Türkiye’deki Yahudilerce kurulan Hastürktv adlı sitede, yargının bu karara karşılık Yahudi kökenli firmaların da PKK elebaşı Abdullah Öcalan’ın görüntülerinin kullandığı 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 isimli sapkınların derneğinin de avukatlığını yürüten Ankara Baorusu’na kayıtlı Sinem Hun, ‘reklamda ırkçılık suçu işlendiğini’ iddia ederek savcılığa başvurdu.

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, söz konusu raporda, "Dilekçede iddia edilen suçların işlenmediği, reklamdaki görsellikte rahatsız edici bir durum bulunmadığı" şeklindeki ifadelere 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 şaşırtıcı olmayacağını 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.

LIEBERMAN 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.

Habervaktim.com"

13.Haberin kaynağı olarak gösterilen "Hasturktv" adlı internet sitesinde yayınlanan "Biomen reklamı şikayetine savcının kararı" isimli haberin ve habere karşı yapılan okuyucu yorumlarının ilgili bölümleri şöyledir:

"Biomen reklamı şikayetine savcının kararı

Hitlerin baş rolü oynadığı Biomen reklamını herhalde hatırlıyorsunuz.

Eski Milletvekili ve Avrupa Yahudi Parlamentosu Milletvekili Cefi Kamhi Biomen şirketinin Hitler'i içeren Şampuan reklamını hukuki platforma taşımıştı.

Kamhi'nin şikayeti TCK 130/1 de tanımlanan "Kişinin hatırasına hakaret" suçu; TCK 215 de tanımlanan "Suçu ve suçluyu övme" suçu; ve TCK 216 da tanımlanan "Halkı, kin ve düşmanlığa tahrik eden aşağılama" suçu'na dayanıyordu.

Savcının kovuşturmaya yer olmadığını belirten kararını yayınlıyoruz.

...

(Okuyucu yorumları)

Rudolf: 27/10/12 17:53

Derhal Abdullah Ocalanı ISRAEL se bir supurge makinasi reklaminda cikarmak ah ne kadaaar zefklii oluudur bilemessiniz bu oneriye reklam sirketlerine teklifte bulunacagim Hodri meydan.

Aslında Abdullah Öcalan Hitler in turnağı bile olamaz da...Hani şöyle bir sucuk reklamında, iç çamaşırı reklamı da olabilir...Öcalan in öyle bir reklamda oynadığını görmek nasıl bir tepki yaratırdı acep ?

..."

14. Başvurucu, "www.habervaktim.com" isimli internet haber sitesinin 6/11/2012 tarihli ve "Siyonist uşakları yine teröre sarıldı" başlıklı haberinde kendisine hakaret edildiği ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik ettiği iddiasıyla Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunmuş, Başsavcılık tarafından başlatılan soruşturma sonucunda 6/2/2013 tarih ve K.2013/339 sayılı kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiştir.

15. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararı şöyledir:

"...

Yapılan incelemede; müşteki vekilinin şikâyet dilekçesine ek olarak sunmuş olduğu suça konu yazı ile bu yazıda geçen Hastürktv.com sitesinde 26/10/2012 tarihli "Biomen reklamı şikâyetine savcının kararı" haberi üzerine yapılan yorumlar birlikte değerlendirildiğinde; suça konu "Siyonist uşakları yine teröre saldırdı" başlığı altındaki yazıda müştekiye "Kaos GL isimli sapkınların derneğinin de avukatlığını yürüten Ankara Barosuna kayıtlı Sinem Hun "reklamda ırkçılık suçu işlendiğini" iddia ederek savcılığa başvurular" şeklinde söylenmek suretiyle hakarete bulunulduğu ve halkı kin ve düşmanlığa sevk suçunun işlendiği iddia edilmiş ise de; söylemin ağır eleştiri sınırları içerisinde kaldığı, AİHM'nin 1976 tarihli Handside kararında da belirtildiği üzere"hoşa gitmeyen, rahatsızlık veren hatta şok eden fikirlerin, en zararsız ve etkisiz gibi görülen, makul ve makbul sayılan fikirler kadar hoşgörülle karşılanması gerekir" düşüncesi ile Yargıtay'ın "ifade özgürlüğü sadece lehde olduğu kabul edilen veya zararsız görülen veya ilgilenmeye değmez bulunan haber ve düşünceler için değil aynı zamanda aleyhte olan çarpıcı gelen ve rahatsız eden düşünceler için uygulanmalıdır. Bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açıkfikirliliğin gerekleri olup bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz" düşüncesi dikkate alındığında, unsurları oluşmayan ve ağır eleştiri sınırları içerisinde kalan yazı nedeniyle şüpheliler hakkında KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞINA, ..."

16. Başvurucu verilen karara karşı Sincan 1. Ağır Ceza Mahkemesine itirazda bulunmuş, Mahkemenin, 10/5/2013 tarih ve 2013/1619 Değişik İş sayılı kararı ile itirazın reddine karar verilmiştir.

17. Ret kararının gerekçesi şöyledir:

"...

Müştekinin şikâyeti üzerine şüpheliler www.habervaktim.com isimli internet sitesi sorumlusu ve M.S. haklarında "Halk Kin ve Düşmanlığa Alenen Tahrik Etme, Hakaret" suçlarından dolayı Ankara C.Başsavcılığınca yapılan soruşturma sonunda takibata yer olmadığına karar verildiği görülmüştür.

CMK'nın 172. Maddesinde "(1) Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde

edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde kovuşturmayaya yer olmadığına karar verir... (2) Kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz.” hükmü yer almakta olup yeni delil meydana çıkması hâlinde aynı fiilden dolayı kamu davası açılabilceği muhakkaktır.

Dosya kapsamına göre Kovuşturmayaya Yer Olmadığına Dair Kararı usul ve yasaya uygun olup, yine Kovuşturmayaya Yer Olmadığına karar verilirken gösterilen gerekçelerin dosya içeriğine uygun olduğu, ileri sürülen itiraz nedenlerinin ise yerinde olmadığı anlaşılma ile itirazın reddine karar vermek gerekmiştir.”

18. Ret kararı başvuruca 13/6/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

19. Başvurucu, 12/7/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

20. 26/9/2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “Hakaret” kenar başlıklı 125. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

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

(2) Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur.”

21. 5237 sayılı Kanun'un “İsnadın İspatı” kenar başlıklı 127. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“İsnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması hâlinde kişiye ceza verilmez. Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi hâlinde, isnat ispatlanmış sayılır. Bunun dışındaki hâllerde isnadın ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığına anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır.”

22. 5237 sayılı Kanun'un “Suçu ve suçluyu övme” kenar başlıklı 215. maddesi şöyledir:

“(1) İşlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse, bu nedenle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması hâlinde, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

23. 5237 sayılı Kanun'un “Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşışılama” 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.*”

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

24. Mahkemenin 8/5/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurunun 12/7/2013 tarih ve 2013/5356 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

25. Başvurucu, medyada “*Hitler 'li şampuan reklamı*” olarak yer alan ve toplumda infial uyandıran “*Biomen*” isimli şampuanın reklam filminde suçluyu övme, kadın cinsiyet kimliğinin aşağılanması ve yahudi azınlığa karşı var olan nefret söylemi nedeniyle Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunduğunu, Başsavcılığa açılan soruşturma sonucunda kovuşturmayla yer olmadığına karar verildiğini, karara itiraz ettiğini, itirazın halen sonuçlanmadığını ancak itiraz incelemesi devam ederken “*Habervaktim.com*” adlı internet haber sitesinin 6/11/2012 tarihli ve “*Siyonist uşakları yine teröre sarıldı*” başlıklı haberinde “*...Kaos GL isimli sapkınların derneğinin de avukatlığını yürüten Ankara Barosu'na kayıtlı Sinem Hun, 'reklamda ırkçılık suçu işlendiğini' iddia ederek savcılığa başvurular.*”denilmek suretiyle kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunu ve kendisinin hedef gösterildiğini, haber üzerine hakaret ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçlarının işlendiği iddiasıyla suç duyurusunda bulunduğunu ancak Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca konunun ifade hürriyeti kapsamında kaldığı gerekçesiyle kovuşturmayla yer olmadığına karar verildiğini, oysaki kendisinin manevi varlığına, mesleki onur ve şahsiyetine “*sapıkların avukatı*” denilmek suretiyle hakaret edildiğini, itibarının zedelendiğini, cinsel yöneliminden dolayı bir gruba “*sapık*” demenin hakaret oluşturduğunu, ilgili derneğe “*sapık*” denildiğini, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2010/7005 sayılı kararına göre “*sapık*” sözcüğünün hakaret olarak kabul edildiğini ve tazminata hükmedildiğini, dolayısıyla haberde geçen bu ifadenin eleştirisi sınırını aştığını, Anayasa'nın 40. maddesi gereğince devletin ve yargı organlarının bu kapsamda sorumlu olduğunu belirterek, zedelenen temel haklarına yönelik ihlalin giderilmemesi nedeniyle Anayasa'nın 17. ve 40. maddeleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 8. maddesi kapsamında “*manevi varlığına*” saldırıda bulunulması nedeniyle Anayasa'nın 20. maddesinde koruma altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştü, yeniden yargılanma ve tazminat talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

26. Başvuru formu ve ekleri incelendiğinde başvuru Anayasa'nın 17. ve 40. maddelerinin ihlal edildiği iddialarının yanı sıra Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında “*manevi varlığına*” saldırıda bulunulması nedeniyle Anayasa'nın 20. maddesinde koruma altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmüştü ise de manevi varlık kavramının ve kişilerin şeref ve itibarının korunması hakkının Anayasa'nın 17. maddesinde koruma altına alındığı, bu nedenle başvurunun kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığının korunması kapsamındaki haklarına basın yoluyla saldırıda bulunulması sonucu zedelenen haklar nedeniyle devletin ve adli makamların etkili bir koruma sağlayamadığı iddiasına dayandığı anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı değildir. Bu nedenle başvurunun tüm iddiaları Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığının korunması hakkı çerçevesinde değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

27. Başvurucunun ihlal iddialarıyla ilgili olarak Bakanlık görüşünde; şikâyetlerin kabul edilebilirliği açısından değerlendirme yapılırken Anayasa'nın özel hayata saygı ve ifade ve basın özgürlüğüne ilişkin hükümlerinin, Sözleşme'nin 8. ve 10. maddeleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) bu konudaki içtihatları dikkate alınarak yorumlanmasının doğru olacağı belirtilmiştir.

28. Başvurucu, başvurunun kabul edilebilirliği hakkındaki Bakanlık görüşüne karşı bir diyeceğinin olmadığını belirtmiş ve başvurusunun kabulüne karar verilmesini talep ederek esasa dair açıklamalarda bulunmuştur.

29. Başvurucunun “*manevi varlığına*” yönelik olarak Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin şikâyetleri kapsamında öncelikle başvuru yollarının tüketilip tüketilmediği hususu irdelenmelidir.

30. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurudaki yerleşik içtihadı uyarınca; bireylerin maddi ve manevi varlığına üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı etkili mekanizmalar kurma çerçevesinde Devletin pozitif yükümlülüğü, mutlaka cezai soruşturma ve kovuşturma yapılmasını gerekli kılmaz. Üçüncü kişilerin haksız müdahalelerine karşı bireyin korunması hukuk muhakemesi yoluyla da mümkündür. Nitekim üçüncü kişilerce şeref ve itibara yapılan müdahaleler için ülkemizde hem cezai hem de hukuki koruma öngörülmüştür. Hakaret ceza hukuku anlamında suç, özel hukuk anlamında ise haksız fiil olarak nitelendirilmekte ve tazminat davasına konu edilebilmektedir. Dolayısıyla bir bireyin, üçüncü kişilerce şeref ve itibarına müdahale edildiği iddiasıyla, hukuk davası yoluyla da bir giderim sağlanması mümkündür (B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 35).

31. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için ihlal iddiasının dayanağı olan işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş olan idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerekmektedir. Üçüncü kişilerce şeref ve itibara yapılan müdahaleler ile ilgili olarak yalnızca ceza muhakemesi yoluna başvurulmuş olması Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için şart olan tüm başvuru yollarının tüketilmesi koşulunun yerine getirildiği anlamına gelmez (B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 36).

32. Ancak hoşgörünün ve bütün insanların onuruna aynı düzeyde saygının; demokratik, çoğulcu bir toplumun temellerini oluşturduğu gerçeğinden hareketle, “*formalitelere*”, “*koşulları*”, “*kısıtlamaları*” veya “*müeyyideleri*” izlenen meşru amaçla orantılı olmak kaydıyla, hoşgörüsüzlük temelinde nefreti yayan, teşvik eden, yücelten veya haklı gösteren tüm ifade çeşitlerini cezalandırmak ve hatta bunları önlemek gerekli görülebilir (*Gündüz/Türkiye*, B.No: 35071/97, 4/12/2013, § 40). Bu nedenle, hakaretin nefret söylemi kullanılarak edildiği iddiası içeren başvurular açısından, başvuruya konu olayın kendine özgü koşulları da dikkate alınmak suretiyle, bireysel başvuru öncesinde hukuk yoluna gidilmeksizin sadece ceza muhakemesi yolunun tamamlanmış olması yeterli görülebilir. Nefret söylemi kullanılarak hakaret edildiği iddiası bu söylemin ırk, köken ya da renk temelinde yapıldığı iddiası şeklinde olabileceği gibi sayılanlar kadar ciddi bir olgu olan cinsel yönelim temelinde yapıldığı biçiminde de olabilir. AİHM kararlarında da belirtildiği üzere, cinsel yönelim, bireyin özel hayatının mahrem yönlerinden birisini oluşturmaktadır (*Laskey ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 21627/93; 21628/93; 21974/93, 19/2/1997, § 36).

33. Başvuru konusu olayda ceza muhakemesi yolunu tüketmiş olan başvurucu, cinsel yönelim üzerinden nefret içeren ifadelerin kullanılması sonucu manevi varlığına karşı

aşğılama ve itibarsızlaştırma yapıldığını iddia etmektedir. İddialar bir bütün olarak değerlendirildiğinde temelsiz olmadığı ve esastan incelenmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle başvuru konusu olay yönünden başvurunun bireysel başvuru öncesindeki etkili başvuru yollarını tükettiği kabul edilmelidir.

34. Başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesine ilişkin şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun olmadığı, başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı anlaşıldığından başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

35. Başvurucu, ulusal yayın yapan bir internet haber sitesinin basın yoluyla şeref ve itibarına yönelik saldırıda bulunması nedeniyle açılan soruşturmada kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığının korunması hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

36. Adalet Bakanlığı esasa dair görüşünde; itibarın korunması hakkının, özel yaşama saygı hakkı kapsamında Sözleşme'nin 8. maddesinde korunduğunu, AİHM'in kararlarında da belirtildiği gibi kişinin şeref ve itibarını etkileyen bir yazı, makale ve haber yayımlandığında Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan özel yaşama saygı hakkı ile ifade özgürlüğü arasında makul ve uygun bir dengenin kurulması gerektiğini, esasında bir kişinin şöhretinin korunmasının Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen sınırlama ölçütleri arasında yer aldığını, bu nedenle dolaylı da olsa şerefe ve şöhrete saygı hakkının Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan güvenceden de yararlandığını belirtmiştir.

37. Bakanlık, özel hayata müdahale olarak değerlendirilebilecek ihlaller arasına sadece kamu makamlarının eylemleri sonucunda ortaya çıkan durumlar değil aynı zamanda üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı devlet tarafından pozitif yükümlülükler çerçevesinde mağduriyetin giderilememesi ve kişilik haklarına saldırının önlenememesinin de gireceğini belirtmiştir. Bir müdahalenin "*başkalarının hak ve itibarının korunması*" bakımından demokratik toplumda gerekli olup olmadığını incelemekte olan ulusal makamların, Sözleşme'nin güvence altına aldığı ve bazı olaylarda birbiri ile çelişen iki değeri (ifade özgürlüğü ve özel yaşama saygı hakkı) koruma arasında adil bir denge kurup kurmadıklarının araştırılması gerekebileceğini, AİHM'in bu tür davalarda başvurunun, şikâyet konusu yazıyı yayımlayan yayıncı tarafından Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından veya yazıya konu olan kişinin 8. madde bakımından AİHM'in önüne getirilmiş olmasına göre değişmemesi gerektiği kanaatinde olduğunu, bu haklara eşit saygı gösterilmesi gerektiğini, ifade özgürlüğü ile özel yaşama saygı hakkının dengelenmesi sırasında dikkate aldığı faktörleri 7 Şubat 2012 tarihli "*Axel Springer AG/Almanya [BD]*" kararında belirttiğini ifade etmektedir.

38. Bakanlık ayrıca AİHM içtihatları doğrultusunda ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda sarf edilen sözlerin ulusal mahkemelerce olgusal iddia ya da değer yargısından hangisinin kapsamına gireceğinin incelenebileceğini, gazeteci ve siyasetçi özgürlüğü sözkonusu olduğunda değer yargısı kavramının geniş tutularak ifade özgürlüğünü genişleten yorum yapıldığını, görüş ve yorum gibi değer yargılarının kanıtlanmaya elverişli olmadığını, gazetecilerin, insanların kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyan olgular isnat ettikleri takdirde bu iddialarını desteklemek için güvenilir delil sunmaları gerektiğini, gazetecilik etiğine uygun biçimde davranılarak doğru ve güvenilir bilgi vermek için iyi niyetli hareket etmeye yönelik ödev ve sorumluluklarının olduğunu belirtmektedir. Sonuç olarak Bakanlık, bu çerçevede değerlendirme yapılmasını ve somut olayla ilgili olarak takdirin Anayasa Mahkemesine ait olduğunu belirtmiştir.

39. Başvurucu Bakanlık görüşüne karşı; Bakanlığın görüş yazısına temel teşkil eden ve somut olayın Sözleşme'nin 8. maddesi ile 10. maddesi arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı açısından inceleme yapılması gerektiği yönündeki beyanını kabul ettiğini, yine Bakanlığın hakaret ve iftira nitelikli açıklamaların olgusal iddialara veya değer yargılarına dayandırılıp dayandırılmadığının tespiti konusundaki görüşünün kendisi için de önem arz ettiğini, ancak Bakanlığın sadece kriterleri ortaya koymakla yetindiğini, somut olayla ilgili görüş bildirmedeğini, somut olayda “sapıkların avukatı” olarak nitelendirilmesinin değer yargısı olduğunu, Biomen isimli şampuan reklamına suç duyurusunda bulunması nedeniyle kendisinin habere konu olmasının normal olduğunu, ancak yayınlanan haberin içeriği irdelendiğinde kendisine “siyonist uşağı” ve “sapıkların avukatı” denilmek suretiyle itibarsızlaştırma çabasına girildiğinin açık olduğunu belirtmiştir.

40. Başvurucu ayrıca “habervaktim.com” isimli internet haber sitesinin sürekli değer yargılarına dayanan ve eşcinsellere nefret söyleminde bulunan bir tavır içerisinde olduğunu, toplumun bir kesimini bir özelliğinden dolayı nefret saikiyle hedef aldığını, devletin bu nefret söylemi nedeniyle etkin soruşturma yapmadığını ifade etmiştir.

41. Anayasa'nın “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”

42. Anılan maddenin amacı esas olarak, bireylerin maddi ve manevi varlığına karşı Devlet tarafından yapılabilecek keyfi müdahalelerin önlenmesidir. Devletin ayrıca, vücut ve ruhsal bütünlüğüne yönelik fiziksel ve cinsel saldırılar, tıbbi müdahaleler, şeref ve itibarı etkileyen saldırılar karşısında kişilerin maddi ve manevi varlığını etkili olarak koruma ve saygı gösterme şeklinde pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır (B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 32).

43. Bireyin şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan “manevi varlık” kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin manevi varlığının bir parçası olan şeref ve itibara keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür. Üçüncü kişilerin şeref ve itibara müdahalesi, birçok ihtimalin yanında, görsel ve işitsel yayınlr yoluyla da olabilir. Bir kişi görsel ve işitsel yayın yoluyla bir kamuoyu tartışması çerçevesinde eleştirilmiş olsa dahi o kişinin şeref ve itibarı manevi bütünlüğünün bir parçası olarak değerlendirilmelidir (B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33).

44. Devletin, bireylerin maddi ve manevi varlığının korunması ile ilgili pozitif yükümlülükleri çerçevesinde bir tarafın şeref ve itibarın korunması hakkı ile diğer tarafın Anayasa'da güvence altına alınmış olan ifade özgürlüğünden yararlanma hakkı arasında bir denge kurması gerekir (B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 34).

45. Somut olayda, başvuru ulusal yayın yapan bir internet haber sitesinin kendisi hakkında ayrımcı ve nefrete dayalı hakaret içerikli haberler yayınlaması nedeniyle kişilik haklarına saldırıda bulunduğu ve zedelenen hakları nedeniyle devletin etkili soruşturma yapmayarak failleri cezасız bıraktığı iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmaktadır. Dolayısıyla bir yanda başvuru yapanın şeref ve itibarının korunması hakkı yer alırken diğer tarafta ifade ve basın özgürlüğü yer almaktadır. Adli makamlar tarafından, bu iki hakkın çatıştığı durumlarda haklar arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir. AİHM kararlarında belirtildiği üzere, kendi arasında bir hiyerarşi olmayan bu haklar (bkz. *Timciuc/Romanya* (k.k.), B. No. 28999/03, § 144) kural olarak eşit düzeyde saygı hak etmektedir (bkz. *Axel Springer AG/Almanya*, [BD], B.No: 39954/08, 7/2/2012, § 87).

46. Öte yandan bu hakların çatıştığı durumlarda yapılan bireysel başvuru incelemelerinde Anayasa Mahkemesinin görevi, diğer adli makamların yerine geçmek değil, davayı bir bütün olarak ele alarak, adli makamların aldıkları kararların Anayasal hükümlere uygun olup olmadığını incelemektir. Somut olayda, başvuru özel hayatına yönelik bir kamu gücü işleminden şikayet etmediğinden, incelenmesi gereken husus 17. maddenin pozitif yükümlülükleri kapsamında, adli makamların şeref ve itibarın korunması hakkı ile ifade ve basın özgürlüğü arasında adil bir denge kurmada başarılı olup olmadıklarıdır.

47. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesi şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak yada vermek serbestliğini de kapsar. ...

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

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

48. Anayasa'nın "Basın hürriyeti" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir:

"Basın hürdür, sansür edilemez. ...

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27'nci maddeleri hükümleri uygulanır.

..."

49. Bu düzenlemeler uyarınca ifade özgürlüğü, sadece "düşünce ve kanaate sahip olma" özgürlüğünü değil aynı zamanda sahip olunan "düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma", buna bağlı olarak "haber veya görüş alma ve verme" özgürlüklerini de kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir (B.No: 2013/2602, 23/1/2014, § 40).

50. Anayasa'da sadece düşünce ve kanaatler değil, ifadenin tarzları, biçimleri ve araçları da güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "söz, yazı, resim veya başka

yollar” olarak ifade edilmiş ve “*başka yollar*” ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 43).

51. Bu bağlamda ifade özgürlüğü, Anayasa’da güvence altına alınan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmı ile doğrudan ilişkilidir. Görsel ve yazılı medya araçları yoluyla fikir, düşünce ve haberlerin yayılmasını güvence altına alan basın özgürlüğü de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılma araçlarından biridir. Basın özgürlüğü, AİHM’de ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddenin altında koruma altına alınmışken, Anayasa’nın 28-32. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir (B.No: 2013/2602, 23/1/2014, § 44).

52. Basın özgürlüğü düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilendirilmesini sağlar. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirmek ve gerçekleştirme konusunda ikna etmek çoğulcu demokratik düzenin gereklerindedir. Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir. Basın özgürlüğü bir yönüyle halkı ilgilendiren haber ve görüşleri iletmeye özgürlüğü iken diğer yönüyle de halkın bu bilgi ve görüşleri alma hakkıyla yakından ilgilidir (B.No: 2013/2602, 23/1/2014, § 45).

53. Demokratik bir sistemde, kamu gücünü elinde bulunduranların yetkilerini hukuki sınırlar içinde kullanmalarını sağlamak açısından basın ve kamuoyu denetimi en az idari ve yargısal denetim kadar etkili bir rol oynamakta ve önem taşımaktadır. Halk adına kamunun gözcülüğü işlevini gören basının işlevini yerine getirebilmesi özgür olmasına bağlı olduğundan basın özgürlüğü, herkes için geçerli ve yaşamsal bir özgürlüktür (bkz. B.No: 2013/2602, 23/1/2014, § 46; AYM, E.1997/19, K.1997/66, K.T. 23/10/1997), (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Lingens/Avusturya*, B. No: 9815/82, 8/7/1986, § 41; *Özgür radyo-Ses Radyo Televizyon Yapım ve Tanıtım AŞ/Türkiye*, B. No: 64178/00, 64179/00, 64181/00, 64183/00, 64184/00, 30/3/2006 § 78; *Erdoğdu ve İnce/Türkiye*, B. No: 25067/94, 25068/94, 8/7/1999, § 48; *Jersild/Danimarka*, B.No: 15890/89, 23/9/1994, §31).

54. Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü tamamlayan ve onun kullanılmasını sağlayan basın özgürlüğü de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü gibi mutlak ve sınırsız değildir. Yukarıda belirtilen toplumsal işlevini yerine getirebilmesi için basının özgür olması kadar sorumluluk bilinci ile hareket etmesi de şarttır. Bu bağlamda geniş halk kitlelerinin düşünce ve kanaatleri üzerinde etki yapan ve onları harekete geçirebilen basının basın etik kurallarına uyması, bireylerin hak ve özgürlüklerini ihlal edecek tutum ve davranışlardan kaçınması gerekir. Nitekim AİHM, basının ifade özgürlüğünü kullanırken görev ve sorumluluklarına uygun davranmak zorunda olduğunu, bu görev ve sorumluluklar kapsamında yayımlanan haberlerin bireylerin şeref ve hakları üzerinde ağır etkiler yaratma riski nedeniyle “*başkalarının şeref ve haklarının korunması*”yla ilgili konulmuş sınırlara dikkat edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır (bkz. *Observer ve Guardian/Birleşik Krallık*, B. No: 13585/88, 26/11/1991).

55. Basın yoluyla işlenen her türlü hakaret suçlarına ilişkin olarak adli soruşturmalar açılarak hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesi halinde bunun tüm basın üzerinde baskı kurabileceği ve kamuoyunu ilgilendiren konuların tartışılmasından gazetecileri caydırabileceği, böylece bir otosansür kurumuna dönüşebileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle demokratik bir toplumda şiddet çağrısı veya nefret söylemi gibi çoğulcu demokrasiyi ortadan kaldırmayı amaçlayan ifadeler söz konusu olmadıkça kişiler hakkında hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmekten kaçınılması gerekir (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 79).

56. Şeref ve itibarının korunması hakkı ile ifade ve basın özgürlüğü arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığını araştırırken dikkate alınması gereken ölçütler, ifadelerin kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı, hedef alınan kişinin tanınmışlık düzeyi ve şikayet edilen konuyla ilgili olarak önceki davranışları, ifadenin içeriği, habere konu olayın daha önce basında yer alıp almadığı gibi hususlar olabilir (Bu konudaki AİHM kararları için bkz. *Axel Springer AG/Almanya*, [BD], B.No: 39954/08, 7/2/2012; *Von Hannover/Almanya* (no.2) [BD], 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012).

57. Genel ilkelerin somut olaya uygulanması sırasında; öncelikle “*Siyonist uşakları yine teröre sarıldı*” başlıklı haberde kullanılan ifadelerde nefret söylemlerinin olup olmadığı, bu ifadelerin başvuru hukukunun hak ve şöhretine veya özel hayatına saldırı niteliği taşıyıp taşımadığı, söz konusu ifadeler nedeniyle basın kuruluşu yetkililerinin cezalandırılmasının demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı hususunun çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

58. “*Habervaktim.com*” isimli internet haber sitesinde yer alan “*Siyonist uşakları yine teröre sarıldı*” başlıklı haber bir bütün olarak değerlendirildiğinde, haberde mevcut ve var olan bilgilerin kamuoyuna aktarılması ve tartışmaya açılmasının hedeflendiği, eleştirinin “*siyonist uşakları*” kavramı üzerinden yapıldığı, bu kavram ile başvuru hukukunun hedef alınmadığının açık olduğu, “*Hastürk.tv*” isimli internet sitesinde okuyucu formunda yer alan kimliği belirsiz kişilerin kastedildiği, bu kişilerin teröre nasıl destek verdiği konusunun haber yapıldığı anlaşılmaktadır.

59. Başvuru hukukunun söz konusu haberde kendisine yönelik olarak da “*sapıkların avukatı*” ifadesi kullanılarak şerefine ve itibarına yönelik saldırıda bulunduğu, anılan sitenin sürekli eşcinsellere nefret söyleminde bulunan bir tavır içerisinde olduğu, toplumun bir kesimini bir özelliğinden dolayı nefret saikiyle hedef aldığı iddiaları üzerinde ayrıca durulmalıdır.

60. Başvuru hukukunun şikayetini inceleyen Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı ve Sincan 1. Ağır Ceza Mahkemesinin gerekçeli kararı incelendiğinde; adli makamların söz konusu haber sitesinde yer alan haberin içeriğini ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirdikleri anlaşılmaktadır. Öte yandan, haberde yer alan “*sapkın*” ifadesinin doğrudan derneğe yöneltildiği, sapkın ifadesiyle başvuru hukukunun arasında doğrudan bir bağlantı kurulmadığı, haberde yalnızca “*Kamhi ve sapkınların derneğinin de avukatlığını yürüten Sinem Hun*” denilmek suretiyle başvuru hukukunun derneğin ve Kamhi'nin avukatı olduğu olgusunun vurgulandığı belirtilmelidir.

61. “*Habervaktim.com*” isimli internet haber sitesinde yer alan “*Siyonist uşakları yine teröre sarıldı*” başlıklı haber bir bütün olarak değerlendirildiğinde; haberin genel olarak basında yer alan ve kamuoyunu ilgilendiren bir tartışmaya yönelik olduğu, içeriği ve veriliş biçimi dikkate alındığında “*sapkınlar*” ifadesi toplumda 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 başvuru hukukuna yönelik “*sapkınların avukatı*” şeklindeki sözlerin ceza muhakemesi yoluyla cezalandırmayı gerektirecek belli bir tahkir ve aşağılama eşliğini geçmediği yönündeki değerlendirmesinde bariz takdir hatası veya açık keyfilik bulunmadığı, başvuru hukukundan 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 bulunan dengeyi adil olmadığının söylenemeyeceği anlaşılmaktadır. Adli makamların değerlendirmesinin başvuru hukukunun şeref ve itibarına saygı hakkı ile diğer tarafın ifade ve basın hürriyeti arasındaki dengeyi başvuru hukukuna aleyhine katlanılamaz şekilde bozduğu söylenemez.

62. Açıklanan gerekçelerle, başvuruçunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan şeref ve itibara saygı hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir. Üye Osman Alifeyyaz PAKSÛT bu görüşe katılmamıştır.

V. HÛKÛM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvuruçunun Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı kapsamında şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği yönündeki iddialarının **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA, OY BİRLİĞİYLE,**

B. Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı kapsamında şeref ve itibara saygı hakkının **İHLAL EDİLMEDİĞİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÛT'ün karşıoyu ve **OY ÇOKLUĞUYLA,**

C. Yargılama giderlerinin başvuruçusu üzerinde bırakılmasına, **OY BİRLİĞİYLE,**

8/5/2014 tarihinde karar verildi.

Başkan
Alparslan ALTAN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÛT

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Başvuru Numarası : 2013/5356

Karar Tarihi : 8/5/2014

KARŞIOY YAZISI

1. Başvuruçusu, ulusal yayın yapan bir internet gazetesinde kendisi hakkında cinsel yönelim üzerinden nefret söylemlerinde bulunularak hakaret içerikli haberler yapılması üzerine şikayetçi sıfatıyla yer aldığı soruşturmada, kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilerek, devletçe etkin bir koruma sağlanmaması nedeniyle, Anayasa'nın 17. ve 40. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini öne sürmüştür.

2. Avukat olan başvuruçusu, haberi yayınlayan internet gazetesinin esas itibarıyla Yahudi karşıtlığı ekseninde açıkladığı görüşlerin doğrudan hedefi olmamakla beraber, bir şampuan reklamında Hitler'in kullanılmasının ırkçılık suçu teşkil ettiği düşüncesiyle şikayette bulunmuş olmasından dolayı, bahse konu internet gazetesinin hedefi olmuştur.

3. Bir şampuan reklamında Hitler'in kullanılması başlı başına ırkçılık suçu olmayabilir ve bundan dolayı şikayette bulunmak, aşırı bir tepki olarak da görülebilir. Ancak, aksi düşünceye de saygı gösterilmesi gerekir. Başvuruçusu, bir ırkçılık suçu söz konusu olduğu düşüncesiyle, kuşkusuz yasal bir hakkını kullanmıştır. Buna karşılık, internet gazetesi, başvuruçusuyu, bu davranışından dolayı eleştirmek hakkına sahiptir. Yine bu eleştirinin de düşünce özgürlüğü içinde kalması, saldırı veya nefret söylemine dönüşmemesi gerekir. Başvurunun konusu olan olayda yayınlanan haber, başvuruçunun eleştirisinin ötesinde, avukatlığını yaptığı farklı cinsel yönelimleri olan kişileri temsil eden "Kaos GL" adlı bir derneğin üzerinden "*sapkınların avukatı*" nitelemesiyle aşağılama ve itibarsızlaştırma amacına yönelmiştir. Olayda, bu tür bir ifadenin kullanılması fikir özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez.

4. Avukatlık, adil yargılanmanın vazgeçilmez bir unsuru ve kamusal bir görevdir. Herkes için geçerli olan masumiyet karinesi ve adil yargılanma hakkı, avukatın, müvekkilin kimliği ile özdeşleştirilmesine veya üstlendiği vekalet görevi nedeniyle saldırılara hedef olmasına izin vermez. Öte yandan, gerçek hayatta algının her zaman böyle olmadığı, özellikle toplumda büyük infial yaratan bazı suçları işleyenleri hiçbir avukatın savunmak istemediği, baro tarafından zorunlu müdafii olarak görevlendirilmek istenen avukatların dahi bu görevi kabul etmedikleri durumlar yaşanabildiği bilinmektedir. Bu nedenle bir avukata, temsil ettiği kişi ve gruplara yollamada bulunularak yapılan bir eleştiride, toplumdaki baskın algılar ve kültürel özellikler göz önünde bulundurulmadan değerlendirme yapılamaz.

5. Farklı cinsel eğilimleri olan kişilere karşı toplumda egemen olan ayrımcılık, dışlayıcılık ve nefretin önlenmesinin, devletin pozitif yükümlülükleri arasında olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, *Vejdeland v. İsveç (1813/07)* davasında, bir okulda homoseksüellere karşı nefret söylemi içeren bazı bildirimleri dağıtan kişilerin çeşitli hapis ve para cezalarına çarptırılmasında Sözleşme'ye aykırılık bulunmadığına karar vermiştir.

6. Başvurucunun mesleği gereği avukatlığını yaptığı, devletçe korunması gereken grubun kimliği üzerinden eleştirilmesi, hukuk davası yoluyla giderim sağlanabilecek basit bir hakaret gibi değerlendirilemez. Zira olayda, basit hakaretin ötesinde, avukatın savunmasını yaptığı ve korunması gereken grubun üzerinden aşağılanması ve itibarsızlaştırılması gayreti olduğu açıktır. "*Sapkınların avukatı*" şeklindeki hakaret, muhatabını sadece üzme ve rencide etmekle kalmayıp, üstlendiği avukatlıktan dolayı tecziye etmek, yıldırma ve savunma görevinden vazgeçirmek gibi sonuçlar doğurmaya elverişlidir. Bu nedenle "*sapkınların avukatı*" şeklindeki söylem, bir avukat için hoşgörülle karşılanması, tahammül gösterilmesi gereken bir eleştiri değildir. Hal böyle iken başvurucu, kişilik haklarına yönelik saldırıya karşı ceza yoluyla giderim sağlamaya çalışmışsa da bunu elde edememiştir.

7. İnternet gazetesindeki ifadeler nedeniyle ceza kovuşturması açılması, kuşkusuz, ifade özgürlüğüne bir müdahaledir. Bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı, ölçülü davranılıp davranılmadığı, müdahalede bulunulurken hakkın özüne dokunulup dokunulmadığı ve ifade ve basın özgürlüğü ile başkalarının hak ve şöhret değerlerinin çatışması halinde adil bir dengenin kurulup kurulmadığı, her olayın kendine has özelliklerine göre takdir edilmelidir (B.No: 2013/2602).

8. Olayda, internet gazetesinin ifade hürriyeti ile nefret söylemlerine karşı esasen devletçe koruma altına alınması gereken bir grubun avukatlığını yapan başvurucunun kişilik hakları arasındaki adil ve demokratik toplum gereklerine uygun denge, başvurucu aleyhine bozulmuştur. Zira başvurucu, alelade bir suçluyu savunduğu için değil, aksine, nefret söylemine muhatap olan bir grubun avukatı olduğu için hakaret içerikli ifadelerin hedefi olmuştur. Başvurucunun, katlanmak, hoş görmek zorunda olmadığı, hakaret içeren ifadelere karşı devletçe etkin bir şekilde korunması gerekirdi.

9. Yukarıda açıklanan nedenlerle başvurucunun, Anayasa'nın 17. ve 40. maddesinde belirtilen haklarının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.