



AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ DAİRE

ÖZGÜR RADYO-SES RADYO TELEVİZYON YAYIN YAPIM VE TANITIM A.Ş. - TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no: 11369/03)

KARARIN ÖZET ÇEVİRİSİ

STRAZBURG

4 Aralık 2007

İşbu karar AIHS'nin 44§2. maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecek olup bazı şekli düzeltmelere tabi olabilir.

1

USUL

Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine açılan (11369/03) no'lu davanın nedeni Özgür Radyo Ses Radyo Televizyon Yayın Yapım Ve Tanıtım A.Ş.'nin (başvuran) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) 11 Mart 2003 tarihinde Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin (AİHS) 34. maddesi uyarınca yapmış oldukları başvurudur.

Başvuran, AİHM önünde İstanbul Barosu avukatlarından F. N. Ertekin ve T. Ayçık tarafından temsil edilmektedir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

Başvuran İstanbul'da radyo ve televizyon yayıncılığı alanında faaliyet gösteren bir şirkettir.

Özgür Radyo'da 9 Temmuz 2000 tarihi saat 13:30 itibariyle 'Önsöz' adlı programda bir şarkı yayınlanmıştır.

Başvuran 28 Temmuz 2000 tarihinde, Kültür Bakanlığı tarafından satışına izin verilmiş olanlar dahil olmak üzere, yayınlanması radyo yayıncılığına ilişkin mevzuata aykırı olan müzik albümlerinin listesini Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'ndan (RTÜK) talep etmiştir.

RTÜK, 8 Ağustos 2000 tarihinde başvurana gönderdiği mektupta, böylesi bir listeyi temin edemeyeceğini ve bu meselenin kendi yetki alanında değil Kültür Bakanlığının yetkisinde olduğunu belirtmiştir.

23 Ağustos 2000 tarihinde RTÜK bu şarkıda geçen sözlerin 3984 sayılı kanunun 4. fıkrasının g) bendinde ifade edilen, toplumu şiddet, terör ve etnik ayrımcılığa sevk eden ve toplumda nefret duyguları oluşturacak yayınlara imkân verilmemesi ilkesine aykırı olduğu kanaatine varmıştır. Başvuran hakkında daha önce de bu ilkeye aykırı hareket ettiği gerekçesiyle uyarı cezası verildiğini tespit eden RTÜK, 3984 sayılı kanunun 33. maddesi uyarınca yayınının 31 Temmuz 2001 tarihinden itibaren başlamak üzere 365 gün süreyle durdurulmasına karar vermiştir.

Başvuran, kararın iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle Ankara İdare Mahkemesine başvurmuştur. Bu maksatla ifade özgürlüğüne atıfta bulunan başvuran, Türkiye'de serbestçe üretilerek satışa sunulmuş ve hakkında hiçbir yasaklama kararı olmayan bir albümde yer alan bir müzik parçasını yayınladığına dikkat çekmiştir. Başvuran ayrıca, 1971 yılında meydana gelmiş olaylarla ilgili olan bu şarkının halihazırda şiddet, terör ve etnik ayrımcılığa sevk edecek ya da toplumda nefret duyguları oluşturacak nitelikte olmadığını ileri sürmüştür. Başvuran ayrıca ihtilaf konusu yayın durdurma cezasının keyfi ve orantısız olduğunu iddia etmiştir.

İdare Mahkemesi yürütmenin durdurulması talebini 6 Ekim 2000 tarihinde reddetmiştir. Söz konusu şarkının içinde yer aldığı kaset ve CD'lerin satışına izin verilmesinin ihtilaf konusu kararın iptalini haklı çıkaracak nitelikte bir unsur olmadığına dikkat çeken Mahkeme kararın iptali talebini 20 Ekim 2000 tarihinde reddetmiştir.

Danıştay 7 Mayıs 2002 tarihinde aldığı kararla ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Bu karar 12 Eylül 2002 tarihinde başvurana tebliğ edilmiştir.

HUKUK

Başvuran AİHS'nin 10. maddesinde öngörülen ifade özgürlüğü hakkını kullanması noktasında kendisine ayrımcılık yapıldığını iddia etmektedir.

Bu hususta başvuran ayrıca AİHS'nin 14. maddesine atıfta bulunmaktadır.

Hükümet bu sava karşı çıkmaktadır.

A. Kabuledilebilirliğe ilişkin

Hükümet, altı ay süresi kuralına riayet edilmediği gerekçesiyle AİHM'yi bu şikayeti reddetmeye davet etmektedir. Hükümet bu hususta, 11 Mart 2003 tarihli başvuru formunun üzerine AİHM tarafından vurulan damgadan da görüleceği üzere 14 Mart 2003 tarihinde AİHM'ye ulaştığını, oysa ulusal mahkemeler tarafından son kararın 7 Mart 2002 tarihinde verildiğini belirtmektedir. Hükümet, kararın başvurana tebliğ edildiği tarihin altı ay süresinin başlangıcı olarak alınması durumunda -12 Eylül 2002- dahi başvurunun 12 Mart 2003 tarihinden önce yapılması gerektiğini belirtmektedir.

Bu iddialara itiraz eden başvuran, altı ay süresinin kararın tebliğ edildiği 12 Eylül 2002 tarihinden itibaren işlemeye başladığına dikkat çekmektedir. Ancak başvuran, 11 Mart 2003 tarihinde faksla başvuruda bulunduğunu ve böylelikle altı süresi kuralına riayet ettiğini belirtmektedir.

AİHM, yerleşik içtihadı uyarınca, bir başvurunun yapıldığı tarih için, başvuranın başvuruda bulunma niyetinde olduğunu belirterek başvurma nedenleri hakkında bilgi verdiği ilk irtibatının esas alındığını hatırlatmaktadır (*Chalkley – Birleşik Krallık*, no: 63831/00, 26 Eylül 2002 tarihli karar). Halihazırda başvuran ilk başvurusunu 11 Mart 2003 tarihinde yani 12 Eylül 2002 tarihinde tebliğ edilen 7 Mayıs 2002 tarihli Danıştay kararından itibaren altı ay içerisinde faksla yapmıştır. Bu nedenle AİHM, Hükümetin altı ay süresine uyulmaması yönünden yaptığı itirazı reddeder.

AİHM bu şikayetin AİHS'nin 35/3 maddesi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını tespit etmektedir. AİHM ayrıca şikayetin başkaca bir kabuledilemezlik gerekçesinin bulunmadığını tespit etmektedir. Bu nedenle şikayetin kabuledilebilir ilan edilmesi yerinde olacaktır.

B. Esasa ilişkin

Hükümet ihtilaf konusu müdahalenin mesnetli olduğunu ve kamu düzeninin korunması meşru hedefini gözettiğini savunmaktadır. Bu müdahale ayrıca Devletin takdir hakkına değgin olup başvuran hakkında daha önce verilen cezaların devamı niteliği taşımaktaydı. Hükümet ayrıca ihtilaf konusu şarkının kin ve düşmanlığa sevk ettiğine dikkat çekmektedir. Hükümete göre, radyo yayınlarının etkisi dikkate alındığında daha önemli ödev ve sorumlulukları olduğunun kabul edilmesi gereken başvuranın bu hususlara dikkat ederek ifade özgürlüğünü kullanması gerekirdi.

Medya FM ve İletişim Hizmetleri A.Ş. – Türkiye davasını (no: 3284/02, 14 Kasım 2006) emsal gösteren Hükümet, başvuran hakkında daha evvel verilen cezalar dikkate alındığında ihtilaf konusu müdahalenin orantılı olduğunu savunmaktadır. Son olarak radyoların tamamının aynı mevzuata bağlı olduğunu belirten Hükümet ayrımcılık yapıldığı yönündeki tüm iddiaları reddetmektedir.

Başvuran ihtilaf konusu şarkının 29 yıl önce 1971 askeri darbesi sırasında meydana gelen olaylara atıfta bulunduğuna dikkat çekmektedir. Başvuran, Kültür Bakanlığı tarafından satışa sunulmasına izin verilmiş, herkesin ulaşabileceği bir müzik albümünde yer aldığını anımsatmaktadır. Başvuran ayrıca, yayınlanması sakıncalı olabilecek müzik albümleri konusunda RTÜK'ten bilgi talebinde bulunduğuna dikkat çekmektedir. RTÜK'ün elinde yayınlanmasında sakınca bulunan müzik albümlerini gösteren bir liste olmamasından yakının başvuran hangi şarkıların yayınlanmasının sakıncalı olduğunu bilmesi için elinde herhangi bir imkan olmadığını belirtmektedir.

AİHM, ihtilaf konusu tedbirin başvuranın AİHS'nin 10. maddesinin 1. fıkrasıyla korunan ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale oluşturduğu hususunda tarafların hemfikir olduğunu kaydetmektedir. Ayrıca bu müdahalenin 10. maddenin 2. fıkrası anlamında kamu düzeninin korunması gibi meşru bir hedef gözettiği ve yasayla öngörülmüş olduğu hususlarında da bir ihtilaf mevcut değildir (bkz., *Yağmurdereli – Türkiye*, no: 29590/96, prg. 40, 4 Haziran 2002). AİHM (bu hususlarda taraflarla aynı kanaattedir.) bu değerlendirmelere iştirak etmektedir.

Halihazırda ihtilaf, sözkonusu müdahalenin 'demokratik bir toplumda zorunlu' olup olmadığı meselesine dayanmaktadır.

AİHM bu husustaki içtihadından doğan genel ilkeleri esas almaktadır (bkz., diğerleri arasında, *Handyside – Birleşik Krallık*, 7 Aralık 1976 tarihli karar, prg. 49, *Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayın Yapım ve Tanıtım A.Ş.*, adıgeçen, prg. 77-78, *Radio France ve diğerleri – Fransa*, 53984/00, prg. 32-33, ve *Radyo Twist, A.S. – Slovakya*, no: 62202/00, prg. 47-53).

İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun asli temellerinden olup toplumun ilerlemesinin ve her bireyin gelişmesinin başlıca koşullarından birini oluşturur. AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasına tabi olmak kaydıyla bu özgürlük, yalnızca olumlu karşılanan ya da zararsız veya önemsiz olarak algılanan 'bilgi' ve 'fikirler' için değil; şok edici, zedeleyici yahut kaygı verici bilgi ve fikirler içinde geçerlidir. 'Demokratik toplumun' vazgeçilmezleri olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleri bunlardır. AİHM, bu ilkelerin yalnızca yazılı basın için değil aynı zamanda radyo yayıncılığı için de özel bir önemi haiz oldukları kanaatindedir (*Groppera Radio AG ve diğerleri – İsviçre*, 13 Ekim 1998 tarihli Komisyon raporu, prg. 138).

AİHS'nin 10/2 maddesi bağlamında 'zorunlu' sıfatı ile 'acil bir toplumsal ihtiyacın' varlığı kastedilmektedir. İfade özgürlüğünün kullanılmasına yönelik bir müdahalenin 'zorunluluğu' ikna edici surette ortaya konulmalıdır. Kuşkusuz, müdahaleyi haklı kılacak nitelikte bir ihtiyacın var olup olmadığını değerlendirmek ilk elde ulusal mercilerin görevidir ve ulusal merciler bu konuda belli bir takdir payına sahiptir. Ancak bu takdir hakkı, AİHM'nin mevzuat ve mevzuatı uygulayan mercilerin kararları üzerinde uyguladığı denetimiyle birlikte değerlendirilir.

Denetim yetkisini kullanırken AİHM, müdahaleyi davanın bütünlüğü içinde ve ihtilaf konusu şarkının sözlerinin muhtevası ve şarkının yayınlandığı bağlam dikkate alınmak suretiyle değerlendirmelidir. Özellikle de nizalı tedbirin 'izlenen meşru hedeflerle orantılı' olup

olmadığı ve müdahaleyi haklı kılmak için ulusal mercilerce dile getirilen gerekçelerin ‘uygun ve yeterli’ gerekçeler olup olmadığını belirlemek AİHM’nin görevidir. Bu maksatla AİHM, ulusal makamların sözkonusu olayları makul bir şekilde değerlendirmek suretiyle 10. maddede belirtilen ilkelere uygun kuralları uyguladıklarından emin olmalıdır.

Halihazırda AİHM, başvuranın FM bandında yayın yapan bir radyoda bir şarkı yayınlamaktan dolayı mahkum edildiğini tespit etmektedir. 31 Mayıs 1971 tarihinde bir çok THKO üyesinin ölmesini konu alan lirik bir ağıt olan bu şarkının güvenlik güçlerini eleştirmesi sebebiyle siyasi bir simgeye dönüştüğü hususu inkar edilmez. Ölenlere saygı anlamı taşıyan anıstırıcı ve betimleyici nitelikteki bu şarkının angaje olmakla kalmayıp güvenlik güçlerine karşı belli bir sertlik içerdiği de gözlenmektedir. Bununla birlikte şarkının Kültür Bakanlığı tarafından satış izni verildiği dolayısıyla herkes için ulaşılabilir nitelikte olduğunu tespit etmek gerekir. Üstelik bu şarkı anlattığı olayların üzerinden yaklaşık otuz yıl kadar bir süre sonra yayınlanmıştır. Dolayısıyla şarkıdaki mesajın etkisi ve şarkının kin gütmeye niteliği inkar edilemez bir biçimde zayıflamıştır.

Bu itibarla AİHM, başvuran hakkında kovuşturma başlatıldığı dönemde, halk tarafından bilinen ihtilaf konusu şarkının 365 gün yayın yasağı konulmasını haklı çıkaracak düzeyde Hükümetçe iddia edildiği gibi ‘kin’ ve ‘düşmanlık’ duyguları oluşturacak nitelikte bir şarkı olduğu hususunun ortaya konulmadığı ve bu cezanın son derece ağır olduğu kanaatine varmaktadır.

Netice olarak AİHM, başvuran hakkında verilen geçici yayın yasağını desteklemek üzere sunulan gerekçelerin ilgilinin ifade özgürlüğü hakkını kullanmasına yönelik müdahalenin ‘demokratik bir toplumda zorunlu’ olduğu konusunda ikna etmek için yeterli olmadığı kanaatindedir. Bu cihetle AİHM, sözkonusu yayın yasağının acil bir toplumsal ihtiyaca cevap vermediğini ve izlenen meşru hedefle orantılı olmadığını değerlendirmektedir.

Bu mülahazaların ışığında AİHM AİHS’nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

Vardığı bu sonucu göz önünde bulunduran AİHM AİHS’nin 14. maddesi yönünden yapılan şikayeti ayrıca incelemeye gerek olmadığı kanaatine varmaktadır (*Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayın Yapım ve Tanıtım A.Ş.*, adigeçen, prg. 86).

II. AİHS’NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

A. Tazminat

Başvuran maddi tazminat olarak 150.000 YTL (yaklaşık 84.662 Euro) talep etmektedir. Başvuran bu talebini şöyle ayrıntılandırmaktadır: Yayında olmadığı halde işleyişini sürdürmek üzere yaptığı masraflar (elektrik masrafı, maaş ödemeleri, sigorta harcamaları, kira) için 120.000 YTL (yaklaşık 67.736 Euro) ve reklam sözleşmelerinin iptalinden doğan zararın tazmini için 30.000 YTL (yaklaşık 16.926 Euro) tazminat talep etmektedir. Başvuran bu iddialarını belgelemek için bir masraf makbuzuyla birlikte için RTÜK’e yaptığı reklam geliri beyanını sunmaktadır. Kapatılmasından üç ay öncesine dayanan bu beyanından başvuranın reklam gelirinin 200.000.000 TL olduğu görülmektedir.

Başvuran ayrıca 100.000 YTL (yaklaşık 56.779 Euro) manevi tazminat talep etmektedir.

Hükümet bu iddialara itiraz etmektedir.

AİHM, dosyada bulunan kanıt unsurlarının AİHS'nin 10. maddesinin ihlali nedeniyle başvuranın maruz kaldığı zararın ya da gelir kaybını kesin olarak belirleyebilmesine imkan tanımadığı kanaatindedir (bu anlamda bkz., *Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayın Yapım ve Tanıtım A.Ş.*, adigeçen, prg. 100). Buna karşın AİHM manevi tazminat olarak başvurana 5.000 Euro ödenmesinin yerinde olacağına hükmetmektedir.

B. Yargılama masraf ve giderleri

Başvuran ulusal mahkemeler önünde yaptığı masraf ve harcamalar için 1.353 YTL (yaklaşık 768 Euro) talep etmektedir.

Başvuran AİHM önünde yaptığı masraf ve harcamalar için ise 11.573 YTL (yaklaşık 6.571 Euro) talep etmektedir.

Hükümet bu iddialara itiraz etmektedir.

AİHM'nin içtihadına göre bir başvurana yaptığı masraf ve harcamaların iadesi ancak bu masraf ve harcamaların gerçekliği, zorunluluğu ve makul oranda olduğu ortaya konulduğu müddetçe mümkündür. Bu hususta AİHM, ulusal mahkemeler ve AİHM organları önünde yapılan masrafların AİHS'nin iddia edilen ihlalinin telafisine dönük olduğu görüşündedir. Elinde bulunan bilgileri ve yukarıda ifade edilen ölçütleri göz önünde bulunduran AİHM mevcut davada başvurana tüm masrafları için 5.200 Euro ödenmesinin makul olacağına hükmetmektedir.

C. Gecikme faizi

Gecikme faizi Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi faizlerine uyguladığı orana üç puanlık bir artış eklenerek belirlenecektir.

BU GEREKÇELERE DAYALI OLARAK AİHM,

1. Oybirliğiyle başvurunun geriye kalanının *kabuledilebilir olduğuna*;
2. Oybirliğiyle AİHS'nin 10. maddesinin *ihlal edildiğine*;
3. Oybirliğiyle AİHS'nin 10. maddesiyle bağlantılı olarak 14. madde yönünden yapılan şikayetin ayrıca incelenmesine *gerek olmadığına* ;
4. a) AİHS'nin 44/2 maddesi gereğince kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde, ödeme tarihindeki döviz kuru üzerinden YTL' ye çevrilmek üzere, Savunmacı Devlet tarafından, başvurana manevi tazminat olarak 5.000 Euro (beş bin Euro) ve yargılama masraf ve giderleri için miktara yansıtılabilecek her türlü vergiden muaf tutularak 5.200 Euro (beş bin iki yüz Euro) *ödenmesine*;
b) sözkonusu sürenin bittiği tarihten itibaren ödemenin yapılmasına kadar Hükümet tarafından, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz *uygulanmasına*;
6. İkiye karşı beş oyla adil tatmine ilişkin diğer taleplerin *reddine*;

Karar vermiştir.

İşbu karar Fransızca olarak hazırlanmış ve AİHM'nin iç tüzüğünün 77. maddesinin 2. ve 3. paragraflarına uygun olarak 4 Aralık 2007 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.