

BASILMIŞ ESERLERİN TOPLATILMASI

Karar

(Yar. 4. CD., 27.1.1968 T., E. 5528/K. 351)

«Nâzım Hikmet tarafından yazılan (Yaşamak Güzelşeybekardeşim) adlı kitapta Komünistlik propagandası yapıldığı için C.M.U.K. nun 86. maddesi uyarınca toplatılması talebinin reddine dair İstanbul 6. Sulh Ceza Hâkimliğinden verilen 16.11.1967 tarihli karara C. Savcılığınca vaki itirazın keza reddine ilişkin İstanbul 2. Asliye Ceza Hâkimliğince ittihaz olunan 17.11.1967 günlü karar aleyhine Adalet Bakanlığından verilen 7.12.1967 gün ve 43195 sayılı yazılı emre binaen bu işe ait dâva evrakı C. Başsavcılığından 9.12.1967 gün ve 771 sayılı ihbarname ile daireye gönderilmekle incelendi :

Mezkûr İhbarnamede :

«Tahkikat için sübut vasıtalarından olmak üzere faydalı görülen yahut müsadereye tabi olan eşyanın muhafazası veya başka bir surette emniyet altına alınacağı»; C.M.Ü.K. nun 86/1. maddesinde tesbit olunmuştur.

Nazım Hikmet tarafından yazılıp, Gün yayınlarınca yayımlanan «Yaşamak Güzelşey Bekardeşim» adlı romanda Komünizm propagandası yapıldığı ve komünizmin övüldüğü 13.11.1967 günlü bilirkişi raporunda belirtilmiş olduğuna nazaran; bu durum muvacehesinde olayda C.M.U.K. nun 86. maddesinde yer alan «... yahut müsadereye tabi olan eşya...» şartı ve unsurunun gerçekleştiği, toplatılma kararı verilmesinde Anayasanın 22/5 ve 24/2. maddelerine muhalif bir yön bulunmadığından başka aksi halde, suç konusu olan bir kitabın, yurdun her yerinde dağıtılmasına göz yumulmuş ve suçun temadisine imkân ve fırsat verilmiş olmak gibi kanun koyucusunun maksadına aykırı davranışta bulunulmuş olacağı gözetilmeden yazılı olduğu üzere karar ittihazında isabet görülmemiş olduğundan C.M.U.K. nun 343 üncü maddesi uyarınca mezkûr kararın bozulması lüzumu ihbar olunmuştur.

Gereği görüşüldü,

T.C.K. nun 36/1 ve C.M.U.K. nun 86. maddeleri hükümleri muvacehesinde itirazın yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi isabetsiz ve yazılı emre dayanan ihbarname münderecatı bu itibarla yerinde görüldüğünden (İstanbul) 2. Asliye Ceza Hâkimliğince ittihaz olunan 17.11.1967 gün ve 39 sayılı kararın C.M.U.K. nun 343/son F. maddeleri uyarınca bozulmasına, ve sonraki işlemlerin ifası zımında mahalline gönderilmesi için dosyanın C. Başsavcılığına iadesine 27.1.1968 gününde oybirliğiyle karar verildi.»

Olay

Yargıtay 4. Ceza Dairesi 27.1.1968 tarihli ve E. 5528/K. 351 sayılı kararıyla, muhtevasının suç teşkil ettiği iddeasıyla hakkında takibata geçilen basılmış eserlerin yargıç kararıyla toplattırılabilceğini ve Anayasanın buna engel olmadığını belirtmiştir. 1961 Anayasasının yürürlüğe girişinden önce, hakkında koğuşurmaya girişilen basılmış eserlerin hangi esasa göre ve ne miktarının toplatılabileceğini tartışılmaktaydı. 1961 Anayasa düzeni içinde bu konu çok daha önemli bir duruma geldi. Gerçekten, 1961 Anayasasının 22. maddesinin 5. fıkrası, «Türkiyede yayımlanan gazete ve dergilerin toplatılması, bu tedbirlerin uygulanacağını kanunun açıkça gösterdiği suçların işlenmesi halinde ve ancak hâkim kararıyla olabilir» hükmünü taşımaktadır. Anayasanın 24. maddesinin 2. fıkrası da, «Türkiyede yayımlanan kitap ve broşürler, 22. maddenin 5. fıkrası hükümleri dışında toplatılamaz» hükmünü taşımaktadır. Bu durumda, mevkutelerin ve gayrimevkutelerin toplatılması, Anayasaca aynı esasa bağlanmıştır.

1961 Anayasası yürürlüğe girdiğinden bu yana, basılmış eserlerin, kanunda açık hüküm bulunmadığı hallerde, «sübut vasıtası» olarak veya her hangi bir diğer maksatla toplatılabılıp, toplatılamayacağı meselesi uzun boylu tartışılmıştır. Yurdun değişik mahkemeleri savcılarının «toplama kararı» istekleri karşısında değişik kararlar vermişlerdir. Bazı yargıçlar Anayasadaki hükme dayanarak, toplatma isteklerini reddederken, bazıları toplama kararı vermişlerdir. Bu çelişik durum, sadece, müstehcen neşriyat ve 38 sayılı kanunu ihlâl eden fiiller bakımından ortaya çıkmamıştır. Gerçekten, Ceza Kanununun 427. maddesinde müstehcen neşriyat için, 38 sayılı kanunun 5. maddesinde bu kanunu ihlâl eden fiiller için mevcut bulunan

toplatmaya imkân veren açık hükümler, bu türden bir tartışmanın, 1961 Anayasasından sonra dahi çıkmasını engellemiştir.

Nazım Hikmet'in «Yaşamak Güzelşey be kardeşim» isimli romanının, TCK. nun 142. maddesini ihlâl ettiği iddiası ile yapılan koğuşturmada, İstanbul Savcılığı, kitabın toplatılmasını İstanbul 6. Sulh Ceza Hâkimliğinden istemiştir. Hâkimliğin, Anayasanın 24. maddesine dayanarak verdiği ret kararına, savcılık, itiraz etmiş ve itirazı inceleyen İstanbul 2. Asliye Ceza Hâkimliği de savcılığın itirazını kabul etmemiştir. Bu durum karşısında, İstanbul Savcılığının «yazılı emir» yoluna başvurması, konuyla ilgili Yargıtay kararının çıkmasına imkân hazırlamıştır.

Yargıtay görüşünün gerekçesi

Yargıtay, Anayasanın 22. ve 24. maddelerine rağmen, basılmış eserlerin hâkim kararıyla toplattırılabilceğini belirtirken, ne yazık ki, Anayasanın bu maddelerini derinlemesine bir incelemeden geçirmiş değildir. Anayasanın gerekçesini, 1961 Anayasa düzeni içinde çıkartılan kanunların konuyla ilgili kabul tarzlarını gözden geçirmeden, yargıtay salt teknik hukuk açısından bir karara varmış bulunmaktadır, yargıtay, hukuk kurallarının ortaya çıkardığı durumu inceleyeceğine, bir takım zorunlukları göz önünde bulundurmuştur. Toplamanın imkânsızlığının kabulü halinde, bu kitapların bütün yurda dağılmasının engellenememesi gibi fiili bir durumu gerekçe olarak ileri sürmüştür. Fiili bir zorunluğun, mevcut hukuk kurallarını ve hele Anayasa hükümlerinin aksine, yorumlamamıza imkân vermeyeceğini yargıtayın bilmesi gerekirdi. Bir sistemin iyi veya kötü olduğu ileri sürülebilir, sistem eleştirilebilir. Eleştirmek doktrinel bir haktır ve fakat bu hakkın mevcudiyeti, mevcut hukuk kurallarını istediğimiz gibi yorumlamak, istediğimiz şekilde anlamak imkânını bize vermez.

Cumhuriyet Başsavcılığının 9.12.1967 gün ve 771 sayılı ihbarnamesinde, basılmış eserlerin Usul Kanununun 86. maddesine göre ve «sübut vasıtası» veya «müsadereye tabi olan eşyanın muhafazası» maksadıyla toplattırılabilceğini belirtmiştir. Aynı görüş, Yargıtayca da kabul edilmiştir. Sadece Yargıtay, basılmış eserlerin «sübut delili» olarak toplatılabilip, toplatılamayacağı noktasına değinmemiş, toplatmanın, «müsadereye tâbi olan eşyanın muhafazası» anlamına geleceğini kabul etmiştir. Gerçekten, Yargıtay, TCK nun 36/1 ve CMUK. nun 86. maddesine göre mümkün olduğunu belirtmekle

bu görüşü benimsemiştir. Yargıtaya göre, muhtevası suç teşkil eden basılmış eserler, «mahkûmiyet halinde cürüm veya kabahatte kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya fiilin irtikâbından husule gelen eşya» olması yönünden müsadereye tabi eşyadır ve bu bakımdan usul kanununun 86. maddesine göre toplatılabilmesine imkân vardır. Bu bir gerçektir, Yargıtaya göre, Anayasanın 22. ve 24. maddesine göre, toplatma isteğinin reddine karar vermek usulsüzdür. Yargıtay, 86. madde karşısında, Anayasanın 22. ve 24. maddelerine göre karar verilmesinin yersizliğini ileri sürerken, bu yersizliğin nerden doğduğunu belirtmiş değildir. Anayasanın bir kanuna göre üstün normları muhtevi bulunduğunu, bu husus bir kenara bırakılsa bile Anayasanın sonra çıkan kanun olduğunu hiç hesaba katmaksızın, İstanbul 6. Sulh Ceza ve 2. Asliye Ceza hâkimliklerinin kararlarını isabetsiz bulmuştur. Bu isabetsizliğin gerekçesi ise gösterilmemiştir. Bu açıdan, Yargıtayın kararını gerekçesiz karar olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır.

Usul Kanununun 86. maddesi karşısında, basılmış eserlerin Anayasanın 22 ve 24. maddelerine rağmen toplatılabileceğini ileri süren Yargıtayın hiç değilse, kendi kabul tarzına göre, Anayasanın 22. ve 24. maddelerinin ne anlama geldiğini, bu maddelerin muhtevalarının ve maksadının ne olduğunu belirtmesi gerekirdi. Bu da yapılmış değildir ve Yargıtay zaten basılmış eserlerin toplatılmasına imkân tanıdıktan sonra bunu yapamazdı da. Zira, Yargıtay kararından sonra, Anayasanın 22. ve 24. maddelerinin hiç bir anlamı kalmamıştır, muhtevası boşalmıştır. 86. maddeye göre basılmış eserlerin toplatılabileceği kabul edilince, Anayasa bunun dışında hangi toplatma imkânını yasaklamış olabilir. Anayasa, toplatmanın «hâkim kararı» ile olabileceğini belirtmek için de bu maddeyi sevk etmiş değildir. Çünkü, hâkim kararını zorunlu gören hükümden ayrı olarak, toplatmanın belirli hallerde olacağı da Anayasada belirtilmiştir. Bu açıdan, Yargıtayın kararı hiç bir şekilde tatminkâr gözükmemektedir.

Yayımların toplatılması ve basın hürriyeti

Bilindiği gibi, basın hürriyeti varlığı zorunlu üç hakka dayanmaktadır. «Haberleri bilmek, haberlere ulaşmak ve haberleri toplamak hakkı», «haber fikir ve düşünce ve kanaatları yorumlamak,

tahlil edebilmek, eleştirebilmek hakkı», «Haber fikir ve düşünce ve kanaatları tabedebilmek ve matbuaları dağıtabilmek hakkı», basın hürriyetinin üç aslî hakkı olarak belirmektedir (1). Basın hürriyetinin muhtevasını teşkil eden bu üç asli hakkın belirli ölçülerde düzenleyici kurallarla bir esasa bağlanacağı tabiidir. Fakat bu üç haktan herhangi birinin sınırlandırılması, basın hürriyetinin sınırlandırılması anlamını taşıyacaktır. Basın hürriyetinin tahribi için, basın hürriyetinin muhtevasını teşkil eden hakların hepsinin sınırlandırılması zorunlu değildir. Bunlardan birinin sınırlandırılması dahi, bütünün, yani basın hürriyetinin anlamını kaybetmesi anlamını taşıyacaktır.

Yayınlara toplatılması, bu üç haktan üçüncüsünü, yani, «haber, fikir ve düşünce ve kanaatları tabedebilmek ve matbuaları dağıtabilmek» hakkını ilgilendirmektedir. Bir hukuk düzeni içinde, haberlere ulaşabilmek ve bu haber, fikir ve düşünceleri yorumlamak, eleştirebilmek hakları kabul edilse dahi, haber, fikir ve düşünce ve kanaatları tabedebilmek ve matbuaları dağıtabilmek hakkının sınırlandırılmış veya yok edilmiş olması durumlarında, ilk iki hakkın da bir anlam taşımayacağı açıktır. Basılmış eserlerin toplatılması imkânı, «matbuaların tevzii» hakkıyla ilgili olduğu için, bu müessese basın hürriyetini geniş ölçüde ilgilendirmektedir.

Yargıtay inceleme konusu kararında, konunun basın hürriyeti ile olan ilişkisini ve bu nedenle Anayasamızın konuyu düzenlediğini hiç göz önünde bulundurmaksızın, meseleyi tamamen teknik hukuk açısından ele almış ve bir değer hükmüne varmıştır. Sanırız ki, Yargıtayın kanaatimizce hatalı bir sonuca varmasından da bu tutumu etken olmuştur. Nitekim, Anayasamızın Temsilciler Meclisi Komisyon raporunda, «Gazete ve dergilerin toplatılması, basın hürriyetini en ciddi surette tahdideden bir tedbirdir» denilmek suretiyle konunun basın hürriyeti ile olan yakın ilgisi, daha doğrusu basın hürriyeti açısından meselesin şu veya bu şekilde düzenlenişinin hürriyetin mevcudiyetine etken teşkil edişi ortaya konulmuştur. Yargıtay, ise, Anayasanın bu konudaki görüş ve anlayışına hiç itibar etmediği içindir ki, kanaatimizce Anayasanın gerçekleştirmek istediği bir sistemin tam tersi sonuca varmıştır.

(1) Dönmezer, S., Basın Hukuku, İstanbul 1968, 71.

Mukayeseli hukukda durum

Basılmış eserlerin toplatılması konusunda Anayasamızın 22. ve 24. maddelerine benzer nitelikteki hükümlerin İtalyan Anayasasının 21. maddesinde görmekteyiz. Gerçekten, İtalyan Anayasasının 21. maddesinde, «Zapta, yargı organlarının gerekçeli bir kararı ile, Basın Kanununun haklarında bu şekilde işlem yapılması hususunda yargı organlarına izin verdiği suçların işlenmesi veya aynı kanunun sorumluların tayini hakkında öngördüğü kuralların ihlâli durumlarında başvurulabilir. Kesin aceleliğin gerektiği ve yargı organlarının zamanında harekete geçmesi mümkün bulunmayan durumlarda, keyfiyet derhal ve en geç 24 saatin geçilmemesi şartıyla, mevkuteler polisçe zaptedilebilir. Bunu izleyen 24 saat içinde yargı organları tasvip etmedikleri takdirde bu zapt işlemi geri alınmış olur ve hüküm taşımaz», denilmektedir.

İtalyan doktrinde müsadere «önleyici» bir tedbir olarak görülmekte, işlenmiş olan bir suçu müeyyidelendirici bir tedbir sayılmaktadır. Bu tedbirin alınabilmesi için, basılmış eserin neşredilmiş olmasının zorunlu görülmesi ve basılmış eserle bir suçun işlenmiş olmasının önşart teşkil edişi, tedbirin «önleyici» bir nitelik taşımadığını göstermektedir. Buna karşılık, basılmış eserlerin toplattırılmasının «önleyici tedbir» olduğu kabul olunmaktadır. Bu tedbire, basılmış eserin muhtevasının hukuka aykırılığı iddiası ile bu konuda kesin hükme varış arasında başvurulması tedbirin önleyicilik niteliğini ortaya çıkartmaktadır. Ayrıca «müsadere» ile «toplatma» çelişmez bir kararın bulunup bulunmaması yönünden de birbirlerinden ayrılmaktadır (2). Anayasanın 21. maddesinin 3. ve 4. fıkralarının konuyu özel bir düzenlemeye tabi tutuşunun nedeni olarak da, müessesenin bu niteliği gösterilmektedir. Tedbirin istisnai bir ağırlık durumunda uygulanmasının şart olduğu, basının amaçlarına uygun bir gerçekleşmeye varmasının bu tedbirlerle engellendiği ve bunun için de bu imkânın uygulanışının özel hükümlere bağlanmasının zorunluluğu kabul edilmektedir. Toplatma yoluyla, yayın araçlarıyla düşüncenin açıklanması engellendiği gibi, bu yolla telifi imkânsız mali zarar da yaratıldığı belirtilmektedir. Şunu da belirtmek gerekir ki, matbuaların toplatılması ile ilgili hüküm sadece Anayasada yer almış olup, 1948 İtalyan Basın Kanununda bir hü-

(2) Cantarano, C., Regime Giuridico della Stampa, Roma 1960, 91.

küm mevcut değildir. Anayasa basılmış eserlerin toplatılmasını iki durumda kabul etmiş bulunmaktadır :

- a) Basın kanununun açık olarak imkân verdiği suçlar hakkında,
- b) Basın kanununun basın suçlarından sorumluluk kurallarının ihlâli hallerinde toplatma imkânı mevcuttur. İkinci durum için, gizli yayınlar örnek gösterilebilir. Gerçekten gerekli bildirim yapılmaması veya yapılan bildirim gerçeğe uymaması veya bildirimde değişen hususların süresinde bildirilmemesi hallerinde «gizli yayınlar» söz konusudur ve bu tür yayınlar toplatma konusu olabilirler. Anayasanın bu açık hükümler karşısında, Basın Kanununun hangi suçlardan dolayı toplatmağa imkân olduğunu belirtmek açısından bir hüküm ihtiva etmesi gerekirdi. Fakat, 8 - 2 - 948 tarihli ve 47 numaralı İtalyan Basın Kanununda bu konuda hüküm mevcut değildir. Kanunun acele çıkartılması mecburiyeti karşısında, kanun hazırlanırken bu konuda hüküm konulmasının unutulduğu ileri sürülmektedir (3). Bu durum karşısında, hangi suçlardan dolayı matbuaların toplatılacağı hususunda 31.5.1946 tarihli ve 561 sayılı Kanun mahiyetinde kararnameye göre halledilmektedir. Kararname tamamen basının idarî rejimini ihlâl eden, disiplin mahiyetteki suçları ihtiva etmektedir. Ayrıca İtalyan Ceza Kanununun 528. maddesi de, müstehcen neşriyatın toplatılabileceğini belirtmiştir. Ceza Kanununda toplatmağa imkân veren daha başkaca hükümler de mevcuttur. Anayasanın açık hükmüne ve toplanabilecek matbuaların bu kanunda gösterilmesi zorunluluğuna rağmen, Basın Kanunu dışındaki metinlerde bu konuda hüküm bulunup, Basın Kanununda bulunmayışı, İtalyada matbuaların toplatılması imkânının bulunup bulunmadığı hususunda tartışmalara yol açmıştır. Bazı müellifler, mevcut durum karşısında, toplatmağa imkân veren Basın Kanunu dışı kanunların mecburen yürürlükde bulunduğunu, bu maddelerin zımnen veya açıkca ilga edilmiş sayılamayacağını belirtmektedirler (4). Buna karşılık, Anayasanın toplanabilecek yayınların Basın Kanunu tarafından gösterilmesini istediğini, Basın Kanununun bu konuda bir hükmü muhtevi bulunmadığını, bu bakımdan Basın Ka-

(3) Rossi, P., Lineamenti di Diritto Penale Costituzionale, Palermo 1955, 113.

(4) Nuvolone, 92.

nunu dışında kalan kanunların toplatma imkânı sağlayan hükümlerinin mülga sayılması icap ettiğini ve günümüzde İtalyan sisteminde matbuaların toplatılmasına imkân bulunmadığını ileri sürenler de mevcuttur (5).

Fransız Basın Kanununun da 51. maddesi konuyla ilgili bir hüküm muhtevi bulunmaktadır. 51. madde, toplatmanın, Basın Kanunu hükümlerine göre matbua çıkartılabilmesi için gerekli deponun yerine getirilmemiş olması halinde kabul etmektedir. Ayrıca Basın Kanununda yer almış bulunan (6), belirli suçları işlemeğe teşvik ve tahrik, yabancı devletlere alenen tecavüz etmek, sabotaj suçlarıyla ilgili tahrik edici yayınların ceza usul kanunu hükümlerine göre toplatılması imkânı mevcuttur. Toplatmayla ilgili hükümlerden birincisi delil toplamak maksadına yönelmişken, ikinci toplatma sebepleri, suç teşkil eden bazı konulardaki düşüncelerin yayılması imkânlarını engellemek maksadına yönelmektedir (7).

Basın hürriyetini uzun maddeler içinde düzenlemiş bulunan Yunan Anayasasında da, «gazetelerin ve sair matbuanın gerek basımdan önce gerekse basımdan sonra toplatılması yasaktır» hükmü yer almış bulunmaktadır. Ancak istisnai hallerde, toplatmaya imkân verilmişti. Bu istisnalar arasında, hristiyan dinine, kralın şahsına ve ailesine hakaret, askerî sırları ifşa, isyana teşvik suçları yer almaktaydı. Bu durumlarda verilecek toplatma kararının dahi, bir adli kurulca incelenmesi ve bu kurulun toplatma kararını kaldırması imkânı tanınmıştı. 1952 Yunan Anayasasının basın hürriyetini temin etmek açısından kabul ettiği bu esaslar, 1968 yılında çıkartılan ve faşist cunta tarafından hazırlanan Anayasada kaldırılmış, basın hürriyetini sınırlayan geniş tedbirler arasında, hürriyetin zedelenmesini engelleyici bu sistem de yok edilmiştir.

İsviçre hukukunda ise, konuyla ilgili genel hükümler uygulanmaktadır. Sorun basın hürriyeti açısından özel bir düzenlemeye tâbi tutulmamıştır. Sadece Vaud Kantonunun Basın Kanununun 57. maddesinde, belirli suçların işlenmesi durumunda sorgu hâkiminin toplatma kararı verebileceği konusunda bir hüküm mevcuttur. Federal Hukuk bakımından ise, Usul Kanununun 65. maddesi uygulanmaktadır. Buna göre, «hükmün tesisine hizmet edebilecek mahi-

(5) Rossi, 113.

(6) Basın Kanununun 24, 36 ve 37. maddeleri.

(7) Toulemon, Code de la Presse, Paris 1964, s. 329.

yetteki eşya zaptedilerek emin bir mahalle konur veya işaretlenir» (8).

Görülüyor ki, basılmış eserlerin toplatılması konusu, günümüzde hemen hemen sadece İtalyan ve Türk hukuklarında anayasal birer konu olarak düzenlenilmiş durumdadır. Konunun yorumlanmasını da bu açıdan yapmak gerekir.

1961 Anayasasından önceki durum

Basılmış eserlerin toplatılması konusu, 1961 Anayasasından önce de tartışmalı bir konu olarak belirmiştir. 1961 Anayasasına kadar, konu özel hükümlerle düzenlenmemiş ve «zapt» hakkındaki genel hükümler uygulanmıştır. Sadece 1931 tarihli «Matbuat Kanunu» nun 52. maddesinde, «adaba münafi müstehcen resimleri havi neşriyat Cumhuriyet Müddeiumumilerinin emriyle toplattırılabilir» hükmü yer almaktaydı. Ceza Kanununun 427. maddesinde yer almış bulunan «müsadere» yetkisi, Matbuat Kanununun 52. maddesi ile müddeiumumilere de verilmiş oluyordu (9).

1950 Basın Kanununda ise konuyla ilgili hiç bir hüküm mevcut bulunmamaktadır. Bu durum karşısında, 1961 Anayasasına kadar olan dönemde de, muhtevasında suç teşkil eden bir husus bulunan basılmış eserlerin tamamının toplanabilip; toplanamayacağı tartışılmıştır. Bir görüşe göre, matbuaların toplanmasındaki maksat, delil elde etmektir. Basılmış bir eserle suç işlendiğinde, bu suçun delili bizatihi o basılmış eserdir. Bu bakımdan, bu delili elde edebilmek için basılmış eserden yeterince elde bulunması gereklidir. Basın Kanununun 12. maddesi, her basılmış eserden muayyen bir miktarın mahalli savcılık ile mülkî âmirliğe verilmesini gerekli görmektedir. Bu açıdan zaten her basılmış eserden delil teşkil edecek bir miktarı, takibat yapmağa yetkili organların eline geçmektedir. Durum böyle olunca, delil elde etmek için toplatmaya gitmek gerekliliği de mevcut değildir. Sadece, Basın Kanunu hükümlerine rağmen, yetkili mercilere basılmış eserlerden gönderilmemişse, delil elde etmek maksadıyla Usul Kanununun 86. maddesine göre iki adet basılmış eseri zaptedebilmek imkânı mevcuttur ve bunun dışında toplatma kararı verilmesi mümkün değildir (10). Buna karşılık, her basılmış

(8) Gürelli, Basın suçlarında hususi usul, İstanbul 1958, 24.

(9) Gürelli, 25.

(10) Gürelli, 26.

eserin müstakil olarak o suç için «sübut vasıtası» teşkil ettiğini ve bu bakımdan delil olarak tümünün toplatılabileceğini, bu konuda adli mercilerin karar yetkisine sahip bulunduğunu belirten görüşler de vardır (11). Matbuaların delil olarak toplatılması yanında, «emniyet tedbiri» ve «ceza» olarak toplatılması yanında, «emniyet tedbiri» ve «ceza» olarak toplatılması da söz konusudur. Dönmezer, Türk Ceza Kanununun 36. maddesinin 1. fıkrası gereğince, «cürüm ve kabahatte kullanılan eşyadan» olmakla mahkûmiyet halinde müsadereye tâbi bulduklarından, Usul Kanununun 86. maddesi gereğince, «müsadereye tabi» eşya sıfatıyla basılmış eserlerin haczolunabileceğini belirtmektedir. Dönmezer'e göre, Basın Kanununun 16. maddesi basın suçlarından dolayı mevkutelerin sahiplerini de mesul tuttuğu için, 36. maddenin ilk fıkrasının tatbikinin kolay olduğunu belirtmektedir (11). Buna karşılık, Güreli Ceza Kanununun 36. maddesinin bu konuda uygulanamayacağı kanaatindedir. Buna göre, emniyet tedbiri olarak matbuaların toplatılması, ancak Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununun 9. maddesine (12) ve Ceza Kanununun 427. maddesine göre müstehcen neşriyatla ilgili olarak mümkündür. Müsadere edilemeyen eşyayı zaptetmek ise Usul Kanununun 86. maddesine aykırıdır. Güreli, Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununun 9. maddesine göre polise verilen yetkinin (evleviyetle adli makamlarca kullanılabileceği konusundaki fikre de karşı çıkmakta, bu yetkinin idarî zabıtaya verildiğini ve idarî zabıtaya ait bir yetkinin de adlî organlarca kullanılamayacağını belirtmektedir. Güreliye göre, «muzır münderecatı» olan basılmış eserlerin ancak belirli halde uygulanması iktiza etmektedir (13).

1961 Anayasa düzeninden önce basılmış eserlerin toplatılmasıyla ilgili bu kısa açıklamayı, salt sorunun Anayasa hükümleri olmadan önce de kesin bir biçimde belirlenmemiş olduğunu belirtmek için aksettirdik. Anayasa dışındaki mevcut hükümlere, yani Usul Ka-

(11) Dönmezer, Basın Hukuku, I, İstanbul 1958, 156.

(11) Dönmezer, 1958, 156.

(12) Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununun 9. maddesinin (F) bendine göre, «Polis, ahlâk ve umumi terbiyeye uygun olmayan şarkı veya sözleri yahut amme emniyetini bozacak hitabeleri muhtevi bulunan gramofon plaklarını ve izinsiz gösterilen veya elde edilen filmleri ve bu kabil sair basma yazı ve resimleri alır. Bunlardan suç mevzuu olanları evrakıyla birlikte adliyeye ve diğerlerini ait olduğu makama verir».

(13) Güreli, 24 - 29.

nununun 86. ve ceza kanununun 36. maddesine göre dahi basılmış eserlerin toplatılabilmesinin kesin bir hak olarak belirmediği düşünülecek olursa, Yargıtayın Anayasa hükümlerine rağmen, konuyu gayet basit bir açıdan ele alışının yersizliği ortaya çıkacaktır.

Anayasa projelerindeki hükümler

Konunun önemi nedeniyledir ki, basılmış eserlerin toplatılması hususunda, gerek İstanbul Komisyonunun projesinde, gerek Siyasal Bilgiler Fakültesinin projesinde hükümler yer almıştır.

İstanbul Komisyonunun projesinde, «Gazete ve dergilerin toplatılması bu tedbirlerin uygulanacağını kanunun açıkça belirttiği suçların işlenmesi halinde hâkimin kararı ile mümkündür! hükmü yer almış bulunuyordu.

Siyasal Bilgiler Fakültesinin hazırladığı projedeki hüküm bu kadar açık değildir. Gerçekten projenin basın hürriyetiyle ilgili 12. maddede «Basın yayından önce izne ve sansüre tâbi tutulamaz, yayın ve dağıtımını engellenemez» hükmü yer almıştır. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, «Bu hak ancak kanunla ve devletin varlığını, yurt bütünlüğünü, siyasî hürriyete dayanan demokratik cumhuriyet rejimini, layiklik esasını, kamu güvenliğini ve adabını ve şahsî şeref ve haysiyetini korumak maksadıyla kayıtlanabilir» denilmektedir. Bu kayıtlayıcı hüküm, tüm basın hürriyetini ilgilendirdiğine göre, basılmış eserlerin toplatılabilmesi de ancak bu sınırlar içinde kabul edilmiş olmaktadır. Tasarının gerekçesinde de, konuyla ilgili bir açıklama mevcut bulunmamaktadır.

1961 Anayasasının hazırlık çalışmaları

1961 Anayasasının Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu raporunda konuyla ilgili gayet açık ifadeler yer almış bulunmaktadır. Gerçekten Raporda, «Gazete ve dergilerin toplatılması, basın hürriyetini en ciddi surette tahdideden bir tedbirdir. Ancak kesin zaruret olan hallerde başvurulabilmesini temin maksadıyla, modern Anayasalardaki formüle uygun olan, bu yola ancak kanunun açıkça gösterdiği hallerde gidilebilmesi Anayasada bir direktif olarak konulmuş ve basın kanunlarının toplatma ile ilgili hükümlerinin bu istikâmette düzenlenmesi sağlanmıştır. Toplatmaya ancak mahkeme

(14) Öztürk, T. C. Anayasası, Ankara 1966, I.

karar verebilecektir. Gerçi, acele hallerde bu hüküm bazen mahzurlar doğurabilirse de idarî makamların toplatmaya yetkili kılınmasının toplum hayatı için doğuracağı mahzurlar çok daha ağır basacağından ehvenişer tercih edilmiştir» (15). Anayasa gerekçesinin bu açık ifadesi göstermektedir ki, Anayasanın 22 ve 24. maddeleri, hangi biçim ve isim altında olursa olsun matbuaların toplatılmasını engellemek amacı gütmektedir.

Anayasanın Temsilciler Meclisindeki müzakerelerinde, mevcut hükümler dahi yetersiz sayılmış ve bu konuda daha teminat getirecek hükümler teklif edilmiştir. Basılmış eserlerin hangi suçlardan dolayı toplatılabileceğinin tesbitinin kanuna bırakılmasının mahzurlu olacağı belirtilmiştir. Buna göre, yasama organı herhangi bir kanun çıkartarak, hakaret suçlarından, basının idarî rejimini ihlâl eden fiillerden dolayı dahi matbuaların toplatılabileceği hususunda hüküm koyabilecektir. Böyle bir kanunun Anayasaya aykırılığı da ileri sürülemeyecektir. Bu şekilde, gazetelerin her gün toplatma tehdidi altında bırakılması yine de mümkün olabilecektir (16). Toplatma yasağı, gazetelerin kapatılması ve yayın yasağı konusundaki tahditlerle birlikde, basın hürriyetini temin eden en önemli tedbirlerden biri olarak görülmüştür. Yayın yasağının Anayasada kabul edilmesi ve bu konuda «yargı görevinin amacına uygun işlemesi» kriterinin kabul edilmesinin usul kanununun 86. maddesine göre, gazetelerin toplatılması sonucunu doğuracağı belirtilmiştir (17). Bu husustaki tenkitlere cevap veren Komisyon sözcüsü (18), belirli hallerde basılmış eserlerin toplatılmasına imkân vermek gerektiğini belirtmiş, yargıcın her suçtan dolayı toplatma kararı veremeyeceğini söyleyerek, «şu ve bu suçlar işlendiği takdirde toplama kararı verilebilir diye kanunda belirtilecektir. Görülüyor ki, tam manasıyla hürriyetçi bir görüş hâkimdir» şeklinde beyanda bulunmuştur. Komisyon sözcüsüne göre, toplatma imkânını bu şekilde sınırlayan hüküm, 22. maddenin 3. fıkrasındaki genel sınırı dahi sınırlayan bir nitelik taşımaktadır. Anayasanın 3. fıkrası, «basın haber alma hürriyeti ancak, millî güvenliği veya genel ahlâkı korumak, kişilerin haysiyet, şeref ve haklarına tecavüzü suç işlemeğe kışkırtmayı ön-

(15) Bk. Öztürk, II, 1495.

(16) Şeref Bakşık'ın beyanı için bk. Öztürk, II, 1504.

(17) Sahir Kurutluoğlunun beyanı için bk. Öztürk, II, 1524.

(18) Sözcü Muammer Aksoyun açıklamaları için bk. Öztürk, II, 1529.

lemek ve yargı görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak için kanunla sınırlanır» derken, basın hürriyeti ile ilgili genel bir sınırlama getirmiş bulunmaktadır. 4. ve 5. fıkradaki yayın yasağı, toplatma, gazetelerin kapatılması ile ilgili ve özel olarak düzenlenmiş bulunan hükümler ise, bu genel sınırları dahi yeterli görmeyen, bunu dahi sınırlayan özel hükümlerdir. Sözcüye göre, kaldı ki, bu konuda özel hüküm getirecek olan kanunlar da sınırsız bir yetki sahibi değildir ve maddenin son fıkrası kanun yapıcıyı sınırlayacak mahiyettedir. Yani, toplatma, yayın yasağı ve kapatma ile ilgili konularda, Anayasanın 57. maddesi bir ölçü olarak kabul edilecektir. Sözcü, Anayasanın yargıçların bağımsızlığı konusunda getireceği teminatlı sistemin de, bu konuda suistimallere imkân vermesini önleyeceğini belirtmiştir. Sözcünün bu açıklamasına rağmen, üyelerden bazıları, yargıç teminatının bu konuda bir anlam taşımayacağını, yasama organı istediği konularda basılmış eserlerin toplatılmasına imkân veren hükümler getirebileceğini ve bu hükümler getirildikten sonra bağımsız yargıçların da bu kanun hükümlerini uygulamak zorunda kalacaklarını belirtmişler; toplatmaya imkân verecek suçların bizzat Anayasa tarafından gösterilmesini daha teminatlı ve gerekli olacağını belirtmişlerdir (19).

Anayasamızın Temsilciler Meclisindeki müzakereleri sırasında üzerinde durulan hususlar bize iki hususu kanıtlamaktadır. Birincisi, Anayasa yapıcısı, kanunun açık olarak imkân vermediği hallerde, hiç bir maksat ve şekilde basılmış eserlerin toplatılmasına imkân verilmek istenmemiştir. Bu açıdan, «deñil toplamak», «müsadereye tabi eşyayı zaptetmek» maksadıyla da olsa basılmış eserlerin toplatılması cihetine gitmek mümkün değildir ve bu konudaki bir aksine tutum Anayasa yapıcının iradesiyle çelişik olacaktır. İkincisi, Anayasa yapıcısı, basın hürriyetini korumak ve garanti altına almak konusunda büyük bir titizlik göstermiştir. Bu hürriyetin korunması içinse basılmış eserlerin toplatılmasının özel ve sınırlı bir şekilde düzenlenmesi zorunlu görülmüştür. Bu zorunluluk o kadar kesindir ki, Anayasanın getirdiği hükümler dahi yer yer yetersiz sayılmıştır. Yargıtayımızın verdiği inceleme konusu karar, bir açıdan bu üyelerin görüşlerini doğrulamakta ve maddelerin yetersizliğini göstermektedir.

(19) Bk. Öztürk, II, 1535.

Kanaatimiz

Şimdiye kadar belirtmeğe çalıştığımız hususlar, bize konunun basın hürriyeti açısından taşıdığı önemi, bu konuda mukayeseli hukuktaki genel eğilimi, 1961 Anayasasından önceki hukuk düzeni içinde dahi sorunun tartışmalı olduğunu göstermiştir. Anayasamızın yapılması sırasındaki çalışmalar, meclis tartışmaları, gerekçeler ise, bu konuda tereddüt edilmesine imkân bırakmayacak bir kesinlik payı taşımaktadır. Bütün bu açık duruma rağmen, Yargıtayın, halen usul kanununun 86. maddesine göre basılmış eserlerin toplatılabileceği şeklinde bir karara ve hem de Anayasaya hiç dokunmaksızın Anayasa hükümlerinin bu anlaşılış şeklini cerhedecek deliller göstermeksizin varması şaşılacak bir davranış olmaktadır.

Yargıtayın bu kararı, Anayasamızın hükümleri ve gerekçeleri karşısında değerini yitireceği gibi, bazı sübjektif görüşlere de dayanmakta ve hukuken de yanlış sonuçlara varmaktadır. Bu noktalar üzerinde de sırasıyla ve kısaca durmak istiyoruz:

1 — Kanaatimizce, Anayasamızın 22. maddesi vaz'edilmeden önce dahi «delil» toplamak maksadıyla bütün basılmış eserin toplatılabilmesi mümkün değildi. Gerçekten, bir basılmış eserin baskı adedi ne olursa olsun, işlenilen suç tektir. Bu bakımdan suç için delil teşkil edebilecek, muhakemenin amacına uygun bir biçimde gerçekleşmesini sağlayacak sayıda basılmış esere el konulması yeterli olabilecektir. Kaldı ki, Basın Kanununa göre basılmış eserlerden adli organlara gönderildiğine göre bu konuda «elkoyma» tedbirine hiç bir şekilde gereklilik yoktur (20). Dönmezer, basılmış eserin her nüshasının o basılmış eserle işlenmiş suç açısından delil teşkil edeceği ve bu bakımdan tamamının toplatılabileceği ve fakat Anayasanın buna imkân bırakmadığı görüşünde ise de (21), basılmış eserle işlenilen suç tek bir suç olduğuna, her nüsha müstakil bir suçta sebebiyet vermediğine göre, basılmış eserin bütün nüshalarına el konulması anlamındaki «toplatmaya» imkân bırakmadığına göre, basılmış eserin tamamına, delil elde etmek için el konulması mümkün olamayacaktır.

2 — Basılmış eserlerin, ileride verilecek müsadere kararının ye-

(20) Bk. Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1967, 465.

(21) Bk. Dönmezer, Basın Hukuku, İstanbul 1968, 181.

rine getirilmesini sağlamak üzere toplatılması, Anayasa hükümleri karşısında mümkün değildir. Gerçekten, Ceza Kanununun 36. maddesine göre müsadereye tâbi eşyanın, Usul Kanununun 86. maddesine göre zaptedilmesi genel olarak mümkündür. Fakat mevcut hukukî durum muvacehesinde bu hüküm ancak basılmış eserlerin dışında kalan eşyalar için söz konusu olabilecektir. Yargıtay ise bu hükümlerin, bugün dahi, basılmış eserler hakkında da uygulanabileceğini kabul etmektedir. Sadece Yargıtay bu sonuca varırken bir sorunun cevabını açık bırakmıştır. Eğer, ceza kanununun 36. ve Usul Kanununun 86. maddesine göre, basılmış eserlerin toplatılabilmesi imkânı mevcutsa, Anayasamızın 22. ve 24. maddesinin anlamı ne olmaktadır? Gerçekten mevzuatımızda, «delil elde etmek» ve «müsadereye tâbi eşyaya el koymak» dışında bir zapt imkânı mevcut değildir ki, Anayasa bu imkânı ortadan kaldırmak maksadıyla hareket etmiş olsun. Bu durumda, Anayasanın yasakladığı ve düzenlemek istediği husus nedir? Anayasanın 22. ve 24. maddesindeki ilgili hükümlerin anlamı ne olmaktadır? Yargıtay bu sorulara cevap vermiş, hatta bu konu üzerinde durmuş dahi değildir. Yargıtay vardığı sonuçla, Anayasanın sarıh hükümlerini ihmal etmiş, yorumunda bu maddeleri hiçe saymıştır. Yargıtayın vardığı sonuç, fiilen, Anayasanın hükümlerinin muhtevalarının boşaltılması anlamını taşımaktadır. Anayasa 22 ve 24. maddeleri gerçekte, usulün 86. maddesine istisna getirmiş bulunmakta, bu maddenin uygulama alanını sınırlamaktadır. Anayasanın 8. maddesine göre de «Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır». Bu açıdan, Yargıtay, Anayasanın, Usul Kanununun 86. maddesine getirdiği sınırlamalara itibar etmek ve basılmış eserlerin, sarıh hüküm olmadıkça toplatılamayacağı hususunda karar vermek mecburiyeti vardı. Nitekim doktrinde aynı görüşü benimsemektedir (22).

3 — Basılmış bir eserin muhtevasının suç teşkil ettiği iddiasıyla toplatılabilmesi için, kanunda sarıh hüküm bulunması zorunluluğu, böyle bir sarıh hüküm bulunmaması halinde toplatmaya hukuken imkân bulunmadığı, Yasama Organının Anayasa yapıldıktan sonraki tasarruflarından da anlaşılmaktadır. Gerçekten, 38 sayılı «Anayasa nizamını, millî güvenlik ve huzuru bozan bazı fiiller hak-

(22) Dönmezer, 1968, 182 - Kunter, 463 - 464.

kında Kanunun» 5. maddesinde, «Bu kanunda yazılı fiiller basın yoluyla işlendiği takdirde suç konusunu ihtiva eden mevkuteler ve sair basılmış eserler sulh hâkimi kararı ile toplattırılır» hükmü yer almış bulunmaktadır. 38 sayılı kanun 7.3.1962 tarihlidir ve bu nedenle Anayasadan daha sonra yürürlüğe girmiştir. Eğer, Anayasanın 22. ve 24. maddelerine rağmen, basılmış eserlerin toplattırılabilmesi imkânı mevcut bulunsaydı, 38 sayılı kanuna, kanunun 5. maddesinde yer almış bulunan hükmün konulmasına da gereklilik kalmazdı. Zaten hukuken mümkün olan bir şeyin tekrarlanması akla gelmeyeceği gibi, bunda bir fayda da mülâhaza edilemezdi. 5. maddeye bu şekilde açık bir hükmün konulması, esasa da böyle bir açık hüküm bulunmaması halinde basılmış eserlerin toplatılmasına, Anayasa hükümleri muvacehesinde imkân bulunmadığının kabul edilmesindedir. Nitekim bu husus, 38 sayılı kanunun gerekçesinde de açık seçik belirtilmiş bulunmaktadır (23). Aynı şekilde, 1967 yılında hazırlanan ve son günlerde yeniden düzenlenerek kanunlaştırılmasına çalışılan «Temel Anayasa düzeninin himayesi kanunu» tasarısında da, bu kanunu ihlâl eden basılmış eserlerin toplatılabileceği hususunda hüküm mevcuttur ve bu hükmün gerekçesi olarak da, Anayasanın açık hüküm olmadıkça basılmış eserlerin toplatılmasına imkân vermediğinin kabul edilmiş bulunmasıdır.

4 — Yargıtay, Usul Kanununun 86. ve Ceza Kanununun 36. maddesine dayanarak, bütün basılmış eserlerin toplatılabileceğine hükmederken, bir başka yanı sıra daha düşmektedir. Usul Kanununun 86. maddesinin, ancak müsadere edilebilecek eserlerin toplattırılabilmesine imkân verdiği kabul edilecek olsa dahi, 86. maddeye göre toplattırma kararı verilebilmesi, «müsadere» mümkün eşya için söz konusu olabilecektir. Ceza Kanununun 36. maddesi ise, «fiilin irtikâbından husule gelen eşya fiilde methali olmayan kimselere ait olmamak şartıyla mahkemece zapt ve müsadere olunur» demektedir. Basılmış eserle işlenen «fiil» de methali olan kimseler ise, Basın Kanununun 16. maddesine göre, mevkutelerde «eser sahibi» ile «yazı işleri müdürü», gayrimevkut neşriyatda ise «eser sahibidir». Basın Kanunu 16. maddesi, basılmış eserlerdeki suçlardan

(23) 38 sayılı kanunun konuyla ilgili gerekçesi için bk. Mil. Mec. Tut. Der. D. I, C. 4, 1962, S. Sayısı 51.

doğan sorumluluğu tesbit ederken, sadece bunları sorumlu tutmuştur. Halbuki, basılmış eserler, 16. maddeye göre sorumlu olanların malı değildir. Eser sahibinin fiilinin irtikâbından husule gelen eşya (yani basılmış eser), Basın Kanununa göre «fiilde methali olduğu» kabul edilemeyecek olan mevkute sahibine veya gayri mevkut neşriyat naşirine aittir. Bu durumda, basılmış eserin toplattırılmasına karar verildiği zaman, gerçekte Ceza Kanununun 36. maddesine göre, zaptı ve müsaderesi mümkün olmayan eşya hakkında bu karar uygulanmış olmaktadır. Müsaderesi mümkün olmayan eşyanın ise toplattırılmasına Usulün 86. maddesi imkân vermiş değildir. Kaldı ki, basılmış eser satıcılarından, kitapçılardan toplattırılmaktadır. Basılmış eser, kitapçının eline geçmekle, artık tamamıyla, «fiilde methali olmayan kimselere ait» duruma gelmektedir. Bu durumdaki eşyaların «müsadere ve zapt» edilemeyeceği ise, Ceza Kanununun 36. maddesinin açık hükmü icabıdır. Yargıtay, bu konu üzerinde de hiç durmamış ve biraz aceleye ve sübjektif esaslara dayanan bir biçimde, basılmış eserlerin toplatılabileceği sonucuna varmıştır.

Yargıtayın sübjektif endişelerle hareket ettiği kararında kullandığı, «... aksi halde suç konusu olan bir kitabın yurdun her yerinde dağıtılmasına göz yumulmuş ve suçun temadisine imkân ve fırsat verilmiş olmak gibi...» cümlecğinde de belli olmaktadır. Yargıtay, bu şekilde, hukukî esaslardan çok, belirli eserlerde savunulan düşüncelerin yurda yayılmasını engellemek endişesiyle hareket etmiştir. Böyle bir endişe, hukukî gerçek ve kaidelerin ihmalî için sebep olmasa gerektir. Kaldı ki, böyle bir endişe mevcutsa, bunun engellenmesi, kanunlara bu konuda hüküm koymaktır. Böyle bir hüküm bulunmadan, sübjektif endişelerle, basılmış eserlerin toplatılmasına imkân tanımak, yanlış bir sonuca varmak anlamını taşıyacaktır. Temsilciler Meclisinin Anayasa çalışmalarında, kanun yapıcının toplatmaya imkân tanıyacak kanun hükümleri vaz'etmekte dahi sınırlı olduğu belirtilirken, her istediği fiilden dolayı toplatma imkânı sağlayamayacağı ileri sürülürken, Yargıtayın sarîh hüküm olmadan dahi basılmış eserlerin toplatılabileceği görüşüne varması, Anayasanın basın hürriyeti ile ilgili temel görüşleriyle de bağdaşmamaktadır.

Belirtilen esaslar karşısında, bugünkü mevzuatımıza göre, sadece Ceza Kanunumuzun 427. maddesindeki açık hükme dayanılarak müstehcen neşriyatın ve 38 sayılı kanunun 5. maddesine göre

de bu kanunu ihlâl eden basılmış eserlerin toplatılabileceği kanaatindeyiz. Anayasa, Polis Vazife ve Seiâhiyet Kanununun polise toplama hakkı veren 9. maddesini de sınırlamıştır. Bu maddeye göre müstehcen neşriyatı toplama izni polise de verilmiştir. Fakat, Anayasa toplatma kararı verme hakkını sadece yargıca verdiğine göre, 9. madde, sadece gazete, dergi, kitap ve broşürler dışında kalan basılmış eserler hakkında uygulanabilir. Yani, polis, sadece duvar ve el ilânlarını, broşür ve kitap içinde olmayan resimleri, plakları, filimleri toplayabilir (24).

Doç. Dr. Çetin ÖZEK

(24) Dönmezer, 1968, 183.