



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

BÜYÜK DAİRE

SANOMA UITGEVERS B.V. – HOLLANDA

(Başvuru no. 38224/03)

SONKARAR

STRAZBURG

14 Eylül 2010

Bu sonkarar kesindir, fakat yazım düzeltmelerine tabi tutulabilir.



COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE

Sanoma Uitgevers B.V. – v. Hollanda davasında,

Başkan: Jean-Paul Costa,

Üyeler: Christos Rozakis,

Nicolas Bratza,

Peer Lorenzen,

Françoise Tulkens,

Karel Jungwiert,

Rait Maruste,

Khanlar Hajiyev,

Egbert Myjer,

Sverre Erik Jebens,

Dragoljub Popović,

Mark Villiger,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Päivi Hirvelä,

George Nicolaou,

Zdravka Kalaydjieva,

Mihai Poalelungi

Yazı İşleri Müdür Yardımcısı: Michael O'Boyle

6 Ocak ve 7 Temmuz 2011 tarihlerinde kapalı olarak müzakerde bulununan Mahkeme, 7 Temmuz tarihin, aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Bu dava, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca 1 Aralık 2003 tarihinde Hollanda Krallığı'na karşı Hollanda yasaları uyarınca sınırlı sorumlu bir şirket (besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid) olarak kurulan Sanoma Uitgevers B.V. ("başvurucu şirket") tarafından yapılan başvurudan (no. 38224/03) kaynaklanmıştır.

2. Başvurucu şirket, Amsterdam'da faaliyet gösteren avukatlar Bay Mr O.M.B.J. Volgenant ve Bay I.J. de Vré tarafından Büyük Daire önünde temsil edilmişlerdir. Hollanda Hükümeti, ("Hükümet") Dışişleri Bakanlığında görevli, Bay R.A.A. Böcker tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucu şirket, özellikle gazetecilerin haber kaynaklarının ortaya çıkmasına neden olacak bir bilgiyi teslim etmeye zorlanmış olmalarının bir sonucu olarak Sözleşme'nin 10. maddesindeki haklarının ihlal edilmiş olduğunu iddia etmiştir.

4. Başvuru, Mahkemenin Üçüncü Dairesine tevzi edilmiştir (Mahkeme İçtüzüğü'nün 52(1). fıkrası). Üçüncü Daire Başkanı, 23 Mart 2006 tarihinde, başvurunun Hükümete bildirilmesine karar vermiştir. Ayrıca, başvurunun kabuledilebilirliği ile birlikte esasının da incelenmesine karar verilmiştir (29(3)). Başkan Josep Casadevall ve Üyeler Corneliu Bîrsan, Alvina Gyulumyan, Egbert Myjer, Ineta Ziemele, Luis López Guerra, Ann Power ve Daire Yazı İşleri Müdürü Santiago Quesada'dan oluşan heyet, başvurunun kabuledilebilir olduğunu oybirliğiyle açıklamış, üçe karşı dört oyla Sözleşme'nin 10. maddesinin

ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. Yargıçlar Alvina Gyulumyan ve Ineta Ziemele'nin katıldığı Yargıç Ann Power'in muhalefet şerhi sonkarara eklenmiştir.

5. Büyük Daire'nin bir kurulu 14 Eylül 2009 tarihinde, başvuru şirketin talebi üzerine, Sözleşme'nin 43. maddesine uygun olarak davanın Büyük Daire'ye gönderilmesine karar vermiştir.

6. Sözleşme'nin 27(2) ve (3). fıkraları ile Mahkeme İçtüzüğü'nün 24. maddeleri uyarınca Büyük Daire'nin oluşumu belirlenmiştir. Nihai müzakereler sırasında, davanın görüşülmesine katılmayan Nebojša Vučinić'in yerine yedek yargıç olarak Mihai Poalelungi katılmıştır (İçtüzük 24(3). fıkrası).

7. Başvuru şirket ve Hükümet, davanın esası hakkında yazılı görüşlerini sunmuşlardır. Ayrıca, Başkan tarafından yazılı usulde (Sözleşme'nin 36(2). fıkrası ve İçtüzüğü'nün 44(2). fıkrasına göre müdahalelerine izin verilen Medya Yasal Savunma Girişimi, Gazetecilerin Korunması Komitesi, Article 19, Guardian News & Media Ltd. ve Açık Toplum Enstitüsü Adalet Girişimi'nden üçüncü taraf yorumları alınmıştır.

8. Strazburg'daki İnsan Hakları Binasında 6 Ocak 2010 tarihinde aleni bir duruşma gerçekleştirilmiştir (İçtüzük 59(3). fıkrası).

Duruşmada hazır bulunanlar:

(a) *davalı Hükümet adına*

R.A.A. BÖCKER, Dışişleri Bakanlığı, Görevli

T. DOPHEIDE, Adalet Bakanlığı, *Danışman*,

Danışman

J. JARIGSMA, Savcılık Hizmetleri,

(b) *Başvurucular adına*

O.M.B.J. VOLGENANT, *Avukat*,

I.J. DE VRÉ,

Avukat,

T. BROEKHUIJSEN, Genel Yayın Yönetmeni, *Danışman*,

F. GLAZENBURG, Genel Yayın Yönetmen Yardımcısı, *Danışman*,

J. JANSEN, Şirket Avukat, *Danışman*,

Mahkeme, Bay Volgenant, Bay Broekhuijsen, Bay De Vré ve Bay Böcker tarafından yapılan konuşmaları ve yargıçlar tarafından sorulan sorulara verdikleri yanıtları dinlemiştir.

Mahkeme, daha sonra Hükümet Görevlisi tarafından duruşmadaki bir açıklamaya ilişkin başvuru şirketi yazılı yanıtlarını sunmaya davet etmiştir. Başvuru şirketin yanıtı 21 Ocak 2010 tarihinde alınmıştır.

DAVANIN ESASI

I. DAVA KONUSU OLAYLAR

A. Olgusal ardalın

1. Başvurucu şirket

9. Başvurucu şirketin merkezi Hoofddorp'dadır. Başvurucu şirketin işi, otomobille ilgilenen okuyucular için hazırladığı Autoweek adlı haftalık dergi dahil, dergiler yayınlamak ve pazarlamaktır.

2. Sokak yarışları

10. Hoorn kasabası civarındaki sanayi bölgesinde, 12 Ocak 2002 tarihinde yasadışı bir sokak yarışı yapılmıştır. Autoweek'in muhabirleri yarışı organize edenlerin daveti üzerine bu yarışta hazır bulunmuşlardır.

11. Başvurucu şirket, sokak yarışının, katılan otomobillerin ve şahısların fotoğraflarının çekilmesine, katılımcıların kimliklerinin açığa çıkarılmama güvencesiyle izin verildiğini belirtmiştir. Hükümet ise, az sayıdaki organizatörden biraz fazla kişiyi ya da katılımcıların çoğunu içeren böyle bir anlaşmanın varlığına itiraz etmiştir.

12. Sokak yarışı, orada bulunan ve daha sonra gelen polislerin müdahalesiyle ermiştir. Hiç kimse gözaltına alınmamıştır.

13. Başvurucu şirket Autoweek 6 Şubat 2002 tarihli 7/2002 nolu sayısında yasadışı otomobil yarışları hakkında bir makale yayınlamayı istemiştir. Bu makaleyle birlikte 12 Şubat 2002 tarihinde yapılan sokak yarışından çekilen fotoğraflar yer alacaktır. Fotoğraflar, yarışa katılan araçları ve katılımcıların kimliklerini açığa çıkarılmayacak şekilde düzenlenecek, böylece yarışmaya katılanların anonimliği güvence altına alınacaktır. Özgün fotoğraflar başvuru şirket tarafından bir CD-ROM'a depolanmış ve başvuru şirketin farklı dergilerinin yayınlandığı yazı işleri bürosunda (Autoweek değil) saklanmıştır.

14. Polis ve soruşturma makamları, daha sonra sokak yarışına katılan araçlardan birinin 1 Şubat 2001 tarihli bir soygunda (ram raid)³² kullanıldığından şüphelenmiştir (bk. aşağıda par. 27-29).

B. CD-ROM'un teslim edilmesi daveti, CD-ROM'a el koyulması ve yargılamanın devamı

15. Bir polis memuru, 1 Şubat 2002 Cuma sabahı telefonla Autoweek'in yazı işleri bürosunu aramış ve 12 Ocak 2002 tarihli sokak yarışına ilişkin bütün fotoğrafların polise teslim etmeye davet etmiştir. Polisin telefonda görüştüğü başyazar (chef reportage), yarışa katılanların kimliklerinin gizli kalması şartıyla fotoğraf çekilmesine izin verildiği gerekçesiyle, bu talebinin karşılanamayacağını polise bildirmiştir. Başyazar polis me-

32 Ç.N.: Ram raid, çalıntı bir aracın herhangi bir mağazanın vitrinine içindeki malların çalınması amacıyla çarptırılması şeklinde tanımlanan bir hırsızlık türü

muruna ayrıca, basının makul olarak bu tür eylemlere karşı korunduğunu düşündüğünü söylemiş ve yazılı olarak yazı işleri müdürlüğüyle iletişime geçmesini salık vermiştir.

16. İki polis dedektifi 1 Şubat 2002 günü öğleden sonra saat 2.30'da Autoweek yazı işleri bürosunu gelmişler, fotoğrafları isteyip teslimini sağlayamayınca, Autoweek'in genel yayın yönetmenine Ceza Muhakemesi Kanununun (Wetboek van Strafvordering) 96a maddesine göre verilmiş bir kararı tebliğ etmişlerdir. Bu karar Amsterdam Savcısı tarafından verilmiştir; bu kararda, ismi belirlenememiş kişilere karşı Ceza Kanununun (Wetboek van Strafrecht) 310-312. maddelerinde düzenlenen suçlarla ilgili açılmış soruşturma bağlamında, 12 Ocak 2002 tarihinde Horn'daki yasadışı otomobil yarışı sırasında çekilmiş fotoğrafların ve ilgili bütün belgelerin teslim edilmesi emredilmiştir. Başvurucu şirket adına, Autoweek'in genel yayın yönetmeni Bay Broekhuijsen, sokak yarışına katılanların kimliklerinin gizli kalması için muhabirler tarafından verilmiş sözlerle aykırı olacağını düşünerek, fotoğrafların teslimini reddetmiştir.

17. O gün daha sonra, bir tarafta iki savcı ile diğer tarafta başvuru şirketin avukatı Bay Jansen arasında bir telefon görüşmesi gerçekleşmiştir. Savcılar, Bay Jansen'e "bunun bir ölüm-kalım meselesi olduğunu" söylemişlerdir. Daha fazla açıklama yapılmamış ve Bay Jansen'in meselenin "ölüm-kalım meselesi" olduğuna ilişkin yazılı teyit istemi de yerine getirilmemiştir.

18. Polis dedektifleri ve savcılar, Bay Broekhuijsen'i resmi emre muhalefeti (ambtelijk bevel) düzenleyen Ceza Kanununun 184. maddesine aykırı eylemde bulunmaktan 2 ve 3 Şubat süresince ve hatta daha bile uzun bir süre gözaltında tutmakla, başvuru şirket binasını mühürlemek ve gerekirse tüm hafta sonu ve daha sonra da bütün binayı aramakla ve bütün bilgisayarları götürmekle tehdit etmişlerdir. Arama tehdidi başvuru şirketin o hafta sonu 2 Şubat 2002 tarihinde gerçekleşecek Hollanda Veliht Prensini düğünü hakkında hazırlanacak makaleler nedeniyle maddi zarara yol açacaktır.

19. Bay Broekhuijsen, Ceza Kanununun 184. maddesini ihlal ettiği şüphesiyle saat 18.01'de gözaltına alınmıştır. Ancak kendisi polis merkezine götürülmemiş, başvuru şirketin binasında kalmıştır. Bu binaya Amsterdam savcısı geldikten ve savcı önüne çıkarıldıktan sonra, Bay Broekhuijsen saat 22.00'de salıverilmiştir.

20. Daha sonra başvuru şirket, avukat Bay S. ile ceza usul konusunda uzman ikinci bir avukat adlı Bay D.'ye danışmıştır. Aynı anda, savcı ve polisler fark ettirilmeden, söz konusu CD-ROM avukatların bürosuna götürülmüştür. Bunun üzerine, savcı ve ilgili diğer kimseler avukatların bürosuna gitmişlerdir.

21. Bay D., ilgili savcılarla saat 23.15'den itibaren iki saat kadar görüşmüştür. Bay D., yargıç izni gerektiğini de dikkate alarak, Amsterdam Bölge Mahkemesi (rechtbank) nöbetçi soruşturma yargıcının (rechter-commissaris) müdahalesinin istenmesi konusunda savcılarla görüşüp bir anlaşmaya varmış, daha sonra telefonla soruşturma yargıcıyla temas kurulmuştur. Soruşturma yargıcı, Bay D ile konuştuktan ve savcılardan birinden bilgi aldıktan sonra, ceza soruşturması yapma gereğinin başvuru şirketin gazetecilik ayrıcalıklarına ağır bastığını ifade etmiştir. Soruşturma yargıcı sözlerinin hemen başında bu meselede yetkili olmadığını kabul etmekle birlikte, böyle bir yetkisi bulunsaydı, bu yönde bir karar vereceğini ve hatta büronun aranması emrini de vereceğini söylemiştir.

22. Başvurucu şirket, 2 Şubat 2002 günü saat 01.20'de Bay S. ve Bay D. itirazlarıyla birlikte, fotoğrafların bulunduğu CD-ROM'u savcıya teslim etmişler ve savcı da CD-ROM'a el koymuştur. CD-ROM'u alan polis memuru, onu poşete koyarak poşetin üzerine el yazısıyla "Yasadışı sokak yarışları fotoları, ANWB [Hollanda Kraliyet Turist Derneği] sürüş simülatörü, sepetli motosiklet ile tabut" yazılı bir etiket yapıştırarak bir tutanak düzenlemiştir. Tutanağta Bay S.'nin CD-ROM'u ihtirazi kayıtlarla teslim ettiği ifade edilmiştir.

2. Bölge Mahkemesindeki yargılama

23. Başvurucu şirket, 15 Nisan 2002 tarihinde Ceza Muhakemesi Kanununun 552a maddesi uyarınca el koyma işleminin kaldırılması, CD-ROM'un iadesi, polis ve savcılığın CD-ROM üzerine kaydedilmiş verilerin kopyalarını silmesi ve CD-ROM yoluyla elde ettiği bilgiyi kullanmasının engellenmesi amacıyla bir emir verilmesi için şikayette bulunmuştur.

24. Bölge Mahkemesinde 5 Eylül 2002 tarihinde yapılan duruşmada savcı fotoğrafların teslimini neden gerekli gördüğünü açıklamıştır. Şikayet konusu CD-ROM teslim daveti, bankamatiklerin keşçeli bir yükleyicinin yardımıyla duvarlardan sökülerek yapılan soygunlar gibi ağır suçlular bağlamında çıkarılmış olup, sokak yarışında katılımcılar tarafından kullanılan bir otomobilin bu soygunların fail(ler)ine yol gösterdiğine inanmak için sebepler bulunmaktadır.

25. Bölge Mahkemesi, 19 Eylül 2002 tarihli kararında, soruşturmanın selametine zarar gelmediğinden el koyma işlemini kaldırmış ve CD-ROM'un iadesine karar vermiş ve başvurucu şirketin geri kalan taleplerini reddetmiştir. Bölge Mahkemesi el koymanın hukuki olduğuna hükmetmiş ve bu noktada bir yayıncı/gazetecinin, bu sıfatla, Ceza Muhakemesi Kanununun 96a maddesi uyarınca delil açıklamama (verschoningsrecht) ayrıcalığından yararlanamayacağına hükmetmiştir. Yasal olarak, Ceza Muhakemesi Kanununun 218. maddesinin göndermede bulunduğu ve delil açıklamama ayrıcalığından yararlandığı kabul edilen kişiler, diğerlerinin yanında, noterler, avukatlar ve doktorlardır. Bölge mahkemesi, serbestçe haber toplama hakkı (recht van vrije nieuwsgaring) dahil, Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün, sonuç olarak güvencelenirilmiş başka bir menfaat daha ağır basmadıkça, korunmaya değer olduğuna karar vermiştir. Bölge Mahkemesi mevcut olayda, savcının duruşmada açıkladığı gibi, ceza soruşturması yapılmasındaki menfaatlerin, serbestçe haber toplama hakkından daha ağır bastığına; haber kaynaklarını koruma yükümlülüğü bağlamında, söz konusu soruşturmanın yasadışı sokak yarışlarıyla değil, başka ağır suçlarla ilgilenen bir soruşturma olduğu tespitinde bulunmuştur. Bu nedenle Bölge Mahkemesi, mevcut olayda gazetecilerin haber kaynaklarının korunmasının yerini soruşturmanın genel menfaatlere bırakması gereken bir duruma ilişkin olduğu görüşündedir. Oysa soruşturma yarışla ilgilenmezken, taahhütler ilgili sokak yarışındaki gazetecilerin haber kaynaklarına ilişkindir. Bölge Mahkemesi CD-ROM'da saklanan verilerin ağır suçların soruşturmasında kullanıldığını ve diğer bütün soruşturma yöntemleri bir sonuç vermediği için mevcut soruşturma bakımından bu verilerin ilgili olduğunun tespit edilmiş olduğuna karar vermiştir. Bu nedenle Bölge Mahkemesi, orantılılık ve ikincillik ilkelerine uygun davranıldığı ve bu yüzden müdahalenin haklı olduğu sonucuna varmıştır. Bölge Mahkemesi, polis ve savcı bakımından daha özenli bir davranışın meselede görünen gerginliği önleyebilecek olmasına karşın, el koymayı ihtiyatsız bir tavır olarak görmemiştir.

3. Yüksek Mahkeme önündeki yargılama

26. Başvurucu şirket bu kararı Yüksek Mahkemeye (Hoge Raad) temyiz talebinde bulunmuş, Yüksek Mahkeme 3 Haziran 2003 tarihinde kabuledilemezlik kararı vermiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, Bölge Mahkemesi el koymanın kaldırılması ve CD-ROM'un iadesine karar vererek başvurucu şirketin şikayetini kabul etmiş olduğundan, başvurucu şirketin artık 19 Eylül 2002 tarihli karara karşı başvurmakta bir menfaati bulunmamaktadır. Yüksek Mahkeme önceki tarihli içtihatlarına (Yüksek Mahkeme, 4 Ekim 1988, *Nederlandse Jurisprudentie* (Netherlands Law Reports – "NJ") 1989, no. 429, ve Yüksek Mahkeme, 9 Ocak 1990, NJ 1990, no. 369) göndermede bulunarak, şikayetin CD-ROM'un iade edilmesi talebinden başka, bir de CD-ROM'un çıktılarının ya da kopyalarının imha edilmesi ve CD-ROM yardımıyla elde edilmiş bilginin kullanılmaması emri verilmesini talebini içermesinin, varılan bu sonucu değiştirmedini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, Ceza Muhakemesi Kanununun 552a maddesi veya diğer herhangi bir hükmü, materyal bir kez geri verildiğinde, el koymanın hukuka aykırı olduğuna veya el koyulan materyalin kullanılmamasına ilişkin beyan edici bir hüküm verilmesi ihtimalini öngörmemektedir.

C. Hükümet tarafından Mahkeme'ye sunulan olayla ilgili bilgiler

27. Ceza Muhakemesi Kanununun 96a maddesi uyarınca verilen emir, 20 Eylül 2001, 6 Kasım 2001 ve 30 Kasım 2001 tarihlerinde meydana gelmiş bir dizi soyguna (ram raid) ilişkin ceza soruşturmasıyla yakından ilgilidir. Bu soygunlarda, bankamatikler bir kepçeli yükleyici kullanılarak duvardan çıkarılmıştır. Asıl şüphelilerin A. ve M. olduğu bir grup şüpheli teşhis edilmiştir.

28. 12 Ocak 2002 tarihli soygunlar bağlamında telefonu dinlenen M.'nin dahil olduğu bir telefon konuşmasında, o günün öncesinde M. ve A.'nın Audi RS4 marka otomobile Horn'da yasadışı bir sokak yarışına katıldıkları ortaya çıkmıştır.

29. 1 Şubat 2002 tarihinde başka bir soygun meydana gelmiştir. Olay sırasında, bir izleyici ateşli silahla tehdit edilmiştir. Duvarın kırılmasından sonra bankamatik, Audi RS4 tarafından yakından takip edilen bir kamyonla yüklenmiştir. Olaydan haberdar edilmiş olan polis, kamyonun durduğunu ve şoförünün bir Audi'ye bindiğini ve daha sonra içindeki üç kişiyle birlikte hareket ettiğini görmüştür. Polis takip etmiş, ancak Audi saatte 200 kilometrenin üzerinde bir hızla hareket etmiş ve gözden kaybolmuştur.

II. KONUSYLA İLGİLİ ULUSAL VE ULUSLARARASI HUKUK VE UYGULAMA

A. Ceza Muhakemesi Kanunu

1. Ceza Muhakemesi Kanununun 96a maddesi

30. Ceza Muhakemesi Kanununun 96a maddesi aşağıdaki gibidir:

"1. Eğer Kanunun 67(1). fıkrası anlamında bir suçun işlendiğinden şüphelenilirse, soruşturma görevlisi bir kimsenin el koymaya konu nesnenin elinde olduğundan makul olarak şüpheleniliyorsa, o kimseye nesneyi teslim etmesi emri verebilir.

2. Şüpheliye emir verilmez.
3. Delil vermeyi reddetme haklarından dolayı, aşağıdaki kimseler bu nitelikte bir emre uymaya zorunlu tutulmazlar:
 - a. 217. maddede tanımlanan kimseler;
 - b. el koymak üzere teslimin gizlilik yükümlülüğünü ihlal edecek olması halinde, 218. madde tanımlanan kimseler;
 - c. el koymak üzere teslimin kendilerini ya da yakınlarını ceza soruşturması riskiyle karşı karşıya bırakacak olması halinde, 219. maddenin göndermede bulunduğu kimsiler...”
31. Ceza Muhakemesi Kanununun 67(1). fıkrası, tutuklama kararı verilebilecek suçların bir listesini yapmıştır. Bu listede, diğerlerinin yanında, Ceza Kanununun 310-312. maddelerinde tanımlanan suçlar (hırsızlık, nitelikli hırsızlık ve soygun) yer almaktadır.
32. Kanununun 96a maddesi uyarınca verilmiş bir emre muhalefet etmek, mevcut davayla ilgili olarak, Ceza Kanununun 184. maddesindeki (resmi emre muhalefet şeklinde) düzenlenen bir suç oluşturur. Bu azami üç ay hapis ve para cezası öngörülen bir hafif suçtur (misdrijf).
33. Ceza Muhakemesi Kanununun 217-219. maddeleri uyarınca, aşağıdaki kimseler delil vermeme ayrıcalığından yararlanırlar:
 - a. sanığın akrabaları, (eski) eşi ve (eski) kayıtlı hayat ortağı (217. madde);
 - b. delil vermeme ayrıcalıkları sadece görevlerinden dolayı kendilerine verilmiş bilgi konularını kapsamakla birlikte, durumları, meslekleri ya da görevleri uyarınca, gizlilik kuralıyla bağlı olan kimseler (218. madde; bu kategoriye geleneksel olarak, doktorlar, avukatlar, rahipler ve noterlerin dahil olduğu düşünülmektedir); ve
 - c. delil vermeleri halinde, kendileri, ikinci ve üçüncü derece yakınlarını, (eski) eşlerini ya da (eski) kayıtlı hayat ortağını cezai mahkumiyet tehlikesine atacak kimseler (219. madde).
34. Ceza Muhakemesi Kanununun 96a maddesi 1 Şubat 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten önce, el koyma amacıyla teslim emri vermeye sadece soruşturma yargıcı yetkiliydi (Ceza Muhakemesi Kanununun eski 105. maddesi).
 2. *Ceza Muhakemesi Kanununun 552a maddesi*
35. Ceza Muhakemesi Kanununun 552a maddesi aşağıdaki gibidir:
 - “1. İlgili taraflar, elkoyma işlemine, elkoyulan nesnelere kullanılmasına, iade emrinin yerine getirilmemesine ya da incelenmesine (*kennisneming*) ya da otomatik olarak çalışan bir araçla ve ev araması sırasında kaydedilmiş bilginin kullanılmasına ve incelenmesine ya da 100, 101, 114, 125i ve 125j maddelerinde [örneğin. postayla gönderilmiş mektup ve paketler 100, 101 ve 114. maddeler; üçüncü

kişiler tarafından kaydedilmiş internet trafiği gibi elektronik veriler, 125i ve 125j maddeleri] öngörölmüş olan bilginin kullanılmasına karşı şikayette bulunabilirler.

2. Yazılı şikayet nesneye elkoyulmasından sonra mümkün olur olmaz ya da olayın soruşturulduğu yargılama mahkemesinin yazı işleri müdürlüğünde bilgi incelenirken yapılmış olmalıdır. Yazılı şikayet, eğer olayın soruşturması sona ermesinden itibaren üç aydan daha uzun bir süre sonra yapılmışsa, kabuledilebilir bulunamaz.

...

5. Yazılı şikayetin incelendiği dairedeki (*raadkamer*) duruşma alenidir.

6. Eğer mahkeme şikayeti esaslı bulursa, uygun bir karar verir.”

B. Ulusal içtihatlar

36. Hollanda Yüksek Mahkemesi 11 Kasım 1977 tarihine kadar, delil vermemeye ilişkin bir gazetecilik ayrıcalığını tanımamaktaydı. O tarihte, Yüksek Mahkeme, bir gazetecinin haber kaynağını açıklaması için tanık olarak çağırıldığında, olayın özel koşulları gereği, bir haber kaynağının açıklanmasına ilişkin menfaat, bir açıklamanın hizmet edeceği menfaate ağır bastığı haklı görülmedikçe, açıklamaya mecbur olduğunu tespit eden bir karar vermiştir. Bu ilke, Yüksek Mahkeme tarafından 10 Mayıs 1996 tarihli içtihadı kararıyla, Mahkeme'nin 27 Mart 1996 tarihli Goodwin – Birleşik Krallık (Reports of Judgments and Decisions 1996-II) kararında ortaya konan ilkelere dayanılarak değiştirilmiştir. Yüksek Mahkeme bu kararında, haber kaynağının açıklanmasını isteyen tarafın sunduğu savlar dayanan yargıcın böylesi bir açıklamanın Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında öngörölen meşru amaçlardan biri ya da daha fazlası bakımından demokratik bir toplumda gerekli olduğuna ikna olmadıkça, bir gazetecinin ilke olarak bilgi kaynağını açıklamama hakkı bulunduğunu kabul etmiştir (Nederlandse Jurisprudentie (Netherlands Law Reports, “NJ”).

C. Resmi talimatlar

37. Adalet Bakanlığı (Minister van Justitie) tarafından 19 Mayıs 1988 tarihinde, polis işlemlerine ilişkin olarak basın durumu hakkında kılavuz (Leidraad over de positie van de pers bij politieoptreden) yayınlanmıştır. Şikayete konu olayların olduğu sırada ilgili kısımlar aşağıdakileri öngörmektedir:

“7. Gazetecilerin belgelerine elkoyulması

Gazetecilerin belgelerine Ceza Muhakemesi Kanununda öngörölen durumlar da el koyulabilir. Gazeteciler elkoymayla iki şekilde karşılaşabilirler.

A. Savcının (*officier van justitie*) ya da duruma göre savcı yardımcısının (*hulpofficier van justitie*) talimatı üzerine, polis bir suç şüphesiyle bir gazeteciyi gözaltına alabilir ve olay yerinde yanındaki herşeye elkoyabilir.

Ayrıca, belirli bir cezai eylem ile o eylemin işlendiği gazetecilik belgesi arasında doğrudan bir ilişki olmalıdır. Bu durumda gazeteci sıradan herhangi bir yurttaş gibi gözaltına alınır.

Eğer bir soruşturma yapılacak olursa, sonuç olarak bağımsız bir yargıç elkoyulan ve yayınlanmamış belge hakkında ne yapılacağına karar verir.

B. Bağımsız bir yargıca (soruşturma yargıcına) göre, belgenin ilk soruşturma evresinde (*gerechtelijk vooronderzoek*) gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet edecek ise, bu yargıcın kararıyla belgeye ayrıca el konulabilir.

..."

D. İç hukuktaki gelişmeler

1. Olaydan önceki gelişmeler

38. Hollanda Genel Yayın Yönetmenleri Derneği (Nederlands Genootschap van Hoofdredacteuren) ve Hollanda Gazeteciler Sendikası (Nederlandse Vereniging van Journalisten) kurulları, 4 Aralık 2000 tarihinde, gazetecilerin haber kaynaklarının korunması ve gazetecilerin belgelerine elkoyulmasıyla ilgili ortaya çıkan problemlerin araştırılması ve sayısının belirlenmesi için bir komisyon oluşturmuştur. Bir ceza hukuku profesörü, Hollanda Gazeteciler Sendikası sekreteri, bir Bölge Mahkemesi yargıcı ve ulusal bir günlük gazetenin yazı işleri müdüründen oluşan bu komisyon, raporunu 30 Ekim 2001 tarihinde sonuçlandırmıştır. Bu raporda, diğerlerinin yanında, özel bir yasanın gerekli olmadığı ve haber kaynaklarının korunmasıyla ilgili meselelerde zorlayıcı tedbirlerin uygulanmasına ilişkin bir ön değerlendirme yapılması gibi belirli usul değişiklikleriyle, birkaç sorunun çözülebileceği belirtilmiştir.

39. Ayrıca, 1993 tarihinde, o sırada Hollanda Parlamentosunun Alt Kanadında (Tweede Kamer) üye olan Bay E. Jurgens, gazetecilerin haber kaynaklarının korunmasının güvence altına alınması ve edindikleri bilgileri açıklamaya zorlanmalarına karşı gazetecilerin korunması için, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Medeni Kanun'da değişiklik öngören kişisel bir yasa teklifi (initiatiefwetsvoorstel) sunmuştur. Hareketsiz kalınmasının ardından, bu teklif 2 Mart 2005 tarihinde parlamentoda görüşülmeden geri çekilmiştir.

2. Olaylardan sonraki gelişmeler

a. Resmi talimatlar

40. Bu alandaki içtihadî gelişmelerin ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin kabul ettiği 8 Mart 2000 tarih ve R(2000)7 sayılı Tavsiye kararının (bk. aşağıda) ışığında, Başsavcılık (College van procureurs-generaal), Adalet (Teşkilatı) Kanununun (Wet op de Rechterlijke Organisatie) 130(4). fıkrasına göre, 1 Nisan 2002 tarihinden itibaren dört yıllık bir süreyle yürürlükte kalacak olan, gazeteciler bakımından zorlayıcı tedbirlerin Savcılık makamı tarafından uygulanması hakkında bir Talimatı (Aanwijzing toepassing dwangmiddelen bij journalisten; 2002/46 sayılı Resmi Gazetede (Staatscourant) yayın-

lanarak) kabul etmiştir. Bu Talimat, kimin “gazeteci” olarak tanımlanacağını ve diğerlerinin yanında, gazetecilere ilişkin CMK’un 96a maddesi uyarınca bir emir verilmesi gibi zorlayıcı tedbirlerin uygulanmasıyla ilgili uygun ilke ve yol göstericileri düzenlemektedir.

b. İçtihadî gelişme

41. Yüksek Mahkeme, bir yayıncı şirketin binasının 3 Mayıs 1996 tarihinde aranması hakkında verdiği 2 Eylül 2005 tarihli bir kararında (Landelĳk Jurisprudentie Nummer [Ulusal İçtihat Numarası] LJN AS6926), diğerlerinin yanında, şöyle demiştir:

“Sözleşme’nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü, serbestçe haber toplama hakkını da kapsar (*bk. diğerlerinin yanında, 27 Mart 1996 tarihli Goodwin – Birleşik Krallık kararı, NJ 1996, no. 577; ve 25 Şubat 2003 tarihli Roemen ve Schmit – Lüksemburg kararı, [ECHR 2003-IV]*). Gazetecilerin haber kaynaklarının korunması dahil serbestçe haber toplama hakkına bir müdahale, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen koşullara uygun olmak kaydıyla haklı görülebilir. Bunun anlamı, ilk olarak müdahalenin ulusal hukuka dayanması ve ulusal hukuk kurallarının belirli bir açıklığa sahip olmasıdır. İkinci olarak müdahale, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen amaçlardan birine hizmet etmelidir. Üçüncü olarak müdahale, böylesi bir amaca ulaşmak için demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır. Bu noktada ikincilik ve orantılılık ilkeleri rol oynamaktadır. Bu çerçevede müdahalenin, ilgili menfaate hizmet etmesi için gerekli olup olmadığına ve bu yeterli derecede hizmet edebileceği bu menfaate daha az zahmetli başka bir yolla (*minder bezwarende wegen*) takip edilip edilmeyeceğine ağırlık verilmelidir. Bir ceza soruşturmasıyla ilişkili olduğunda, serbestçe haber toplama hakkına müdahalenin gerçeğe ulaşmada hizmet edeceği menfaatle orantılı olup olmadığına karar verilmelidir. Bu son durumda, soruşturma altındaki suçların ağırlığı bir rol oynayacaktır.”

3. Yasa teklifi

42. Mahkeme’nin Voskuil davasındaki (22 Kasım 2007 tarihli Voskuil – Hollanda kararı, no. 64752/01) kararı, Hükümetin yeni bir yasa tasarısı getirmesine yol açmıştır. Parlamento önünde bulunan yeni tasarı, Ceza Muhakemesi Kanununa bir madde (madde 218a) eklenmesini öngörmektedir. Bu madde, “duruma göre, haberin profesyonel olarak dağıtılması (beroepsmatig berichtgeving) ya da bu amaçla bilgi toplanması ya da kamusal tartışmaya katılım çerçevesinde, haberlerin dağıtılması için kendilerine bilgi verilmiş tanıkların,” yani özellikle profesyonel gazetecilerin delil vermeyi ya da haber kaynağını açıklamayı reddetmelerine açıkça olanak tanımaktadır. Bu hak, Ceza Muhakemesi Kanununun 217, 218 ve 219. maddelerinde sayılan kategorilerin yararlandığından daha sınırlı olacaktır; açıklamayı reddetmenin üstün kamu yararına (*zwaarderwegend maatschappelijk belang*) orantısız bir zarar verip vermeyeceği, soruşturma yargıcı tarafından tespit edilecektir. Bununla birlikte, teklif edilen yeni 218a maddesinin kapsamına giren kişiler, elkoymaya uygun belgeleri teslim etmeyi bütünüyle reddetme hakkına sahip olanlar arasında değildir; taslak bu kişileri Kanunun 96a maddesinin 3. fıkrasında sayılanlara (paragraph 30 above) dahil etmeyi öngörmektedir.

E. Konuyla ilgili uluslararası belgeler

43. Diğerlerinin yanında, Kitle İletişim Politikalarına dair 4ncü Avrupa Bakanlar Konferansında (Prag, 7-8 Aralık 1994) kabul edilen, Gazetecilerin Özgürlükleri ve İnsan Haklarına ilişkin Karar ile Avrupa Parlamentosu tarafından Gazetecilerin Haber Kaynaklarının Gizliliği hakkında Karar (18 Ocak 1994 tarihli Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi No C 44/34) belgeler, gazetecilerin haber kaynaklarının korunmasıyla ilgili birkaç uluslararası belge arasında yer alır.

44. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 8 Mart 2000 tarihinde kabul edilen gazetecilerin bilgi kaynaklarını açıklamama hakkı üzerine R(2000) 7 sayılı Tavsiye kararının ilgili bölümleri aşağıdaki gibidir:

“[Bakanlar Komitesi] üye devletlere aşağıdakileri tavsiye etmektedir:

1. ulusal hukuk ve uygulamalarında, bu tavsiyeye ekli ilkeleri yerine getirmeleri,
2. bu tavsiyeyi ve ekli ilkeleri, gerekirse çevirisi ile birlikte yaygın olarak dağıtmalarını, ve
3. gazetecilere, medyaya ve meslek örgütlerine bunları erişilebilir kılmanın yanında özellikle kamu makamlarının, polis makamlarının ve yargının dikkatine sunulması.

R (2000) 7 sayılı Tavsiyenin Eki

Gazetecilerin bilgi kaynaklarını açıklamama hakkına ilişkin ilkeler

Tanımlar

Bu Tavsiye bakımından:

a. ‘gazeteci’ terimi herhangi bir kitle iletişim aracı vasıtasıyla kamu için düzenli olarak ya da profesyonel olarak bilgi toplayan ya da dağıtan gerçek ya da tüzel kişi anlamına gelir;

b. ‘bilgi’ terimi metin, ses ve/veya resim biçiminde herhangi bir olay, görüş ya da fikir açıklaması anlamına gelir;

c. ‘kaynak’ terimi bir gazeteciye bilgi sağlayan herhangi bir kimse anlamına gelir;

d. ‘bir haber kaynağını açığa çıkaran bilgi’ terimi, olabildiğince bir haber kaynağının kimliğinin açığa çıkmasına yol açması muhtemel olan bilgi anlamına gelmektedir. Bunlar:

i. haber kaynağının sesi ve imgesinin yanında, ismi ve kişisel verileri,

- ii. bir gazetecinin haber kaynağından bilgi edindiği maddi koşulları,
- iii. bir haber kaynağı tarafından gazeteciye verilen bilginin yayınlanmamış içeriği, ve
- iv. gazetecilerin ve profesyonel işleriyle ilgili olara işverenlerinin kişisel verileri.

İlke 1 (Gazetecilerin açıklamama hakkı)

Üye Devletlerdeki ulusal hukuk ve uygulama, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi'nin (bundan böyle Sözleşme) 10. maddesi ve burada bu hakka ilişkin asgari standartlar olarak kabul edilen tespit edilmiş ilkeler uyarınca, bir haber kaynağını açığa vuran bir bilgiyi açıklamama hakkını açık ve net olarak korumalıdır.

İlke 2 (Başka kişilerin açıklamama hakkı)

Gazetecilerle mesleki ilişkisi olan başka kimselerin koleksiyon, bilginin editöryal olarak işlenmesi ya da bu bilginin dağıtılması yoluyla bir haber kaynağını açığa çıkaran bilgiye sahip olmaları burada tespit edilmiş olan ilkeler uyarınca eşit devede koruma altındadır.

İlke 3 (Açıklamama hakkının sınırları)

a. Gazetecilerin haber kaynağını açığa çıkaran bilgiyi açıklamama hakkı Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilenlerden daha ağır kısıtlamalara tabi tutulmamalıdır. Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası kapsamına giren bir açık etme olayına yol açan meşru menfaatin, haber kaynağını açığa çıkaran bir bilginin açıklanmamasındaki kamu menfaatine ağır basıp basmadığı belirlenirken, üye Devletlerdeki yetkili merciler açıklamama hakkının önemine ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin içtihatlarının üstünlüğüne özellikle dikkat ederler ve (b) bendine tabi olarak, eğer kamu yararı bu gerekliliği geçersiz kılıyor ve yeteri kadar yaşamsal ve ciddi nitelikteyse, ancak o zaman açıklama emri verilebilmelidirler.

b. Aşağıdaki hususlar ikna edici bir şekilde kanıtlanmadıkça, bir haber kaynağını açığa çıkaran bilginin açıklanması gerekli görülmemelidir:

i. açıklama dışında makul alternatif tedbirler bulunmuyor ya da açıklamayı talep eden kişi ya da kamu makamı tarafından bu tedbirler tüketilmişse, ve

ii. açıklamayı gerektiren meşru menfaatin, açıklamamaya ilişkin kamu yararına açıkça ağır basması durumunda, aşağıdaki hususlar akılda tutulmalıdır:

- açıklama ihtiyacının üstünlük şartının kanıtlandığı,
- koşulların yeterince yaşamsal ve ciddi nitelikte olduğu,

- açıklama gerekliliğinin sosyal ihtiyaç baskısına cevap olarak belirlendiği, ve
- bu ihtiyacı değerlendirirken üye Devletlerin belirli bir takdir alanından yararlanacakları ve bu takdirin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin denetimiyle el ele gideceği.

c. Yukarıdaki koşulların varlığı, açıklamama hakkına dayanıldığı durumlarda, yargılamaların herhangi bir aşamasında denetlenmelidir.

İlke 4 (Gazetecilerin kaynaklarına alternatif deliller)

Bir gazeteciye karşı bir kimsenin onur ya da saygınlığına zarar verdiği iddiasıyla açılan hukuk davasında, yetkililer gerçeği ya da diğer durumda iddiaları tespit etmek amacıyla, ulusal usul hukuku uyarınca ellerindeki bütün kanıtları göz önüne almalı ve bu amaçla gazetecinin kaynağını açığa çıkararak bilginin açıklanmasına gerek kalmamalıdır.

İlke 5 (Delil açıklamaya ilişkin koşullar)

a. Yetkili makamların bir haber kaynağını açığa çıkaracak bilginin açıklanmasını amaçlayan bir hukuki süreci başlatmaları ya da bir talepte bulunmaları, sadece o bilginin açıklanmasında doğrudan meşru menfaati bulunan kişiler ya da kamu makamları tarafından yapılmalıdır.

b. Gazeteciler, haber kaynaklarını açığa çıkararak bir bilgiyi açıklamama hakkına sahip oldukları konusunda ve bunun yanında bir açıklama talebinden önce bu hakkın sınırları hakkında yetkili mercilerce bilgilendirilmelidir.

c. Gazetecilere karşı, haber kaynaklarını açığa çıkararak bir bilgiyi açıklamadıkları için yaptırımlar uygulanmasına sadece Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca ilgili gazetecilerin duruşmalı yargılamasını yürüten yargısal makamlar tarafından hükmedilmelidir.

d. Gazetecilerin, haber kaynaklarını açığa çıkaracak bilgiyi açıklamadıkları için uygulanacak yaptırımın başka bir yargısal makam tarafından denetlenme hakkı olmalıdır.

e. Gazeteciler, bir haber kaynağını açığa çıkaracak bilgiyi açıklamaları talebi ya da emrine cevap verdiklerinde, yetkili merciler açıklamayı bir ölçüde sınırlayacak, örneğin kendileri böylesi bir açıklamanın gizliliğine saygı göstererek, gerekirse açıklamanın gizli oturumda yapılması gibi tedbirleri uygulamayı düşünmelidirler.

İlke 6 (İletişimin dinlenmesi, izleme, adli arama ve elkoyma)

a. Aşağıdaki tedbirler, bu ilkelere göre gazetecinin bir kaynağı açığa çıkaracak bilgiyi açıklamama hakkını dolanma oluşturacaksa, uygulanmamalıdır:

i. gazetecilerin ya da gazete işverenlerinin iletişim ya da yazışmalarının izlenmesi emri ya da eylemi,

ii. gazetecilerin, temasta olduklarının ya da çalışanlarının izlenmesi emirleri ya da eylemleri, ya da

iii. gazetecilerin ya da işverenlerinin eşyaları ya da yazışmalarının ya da profesyonel işlerine ilişkin kişisel verilerinin özel konutları ya da işyerlerinde aranması ya da elkonulması.

b. Bir haber kaynağını açığa çıkaracak bilgi, polis ya da yargısal merciler tarafından yukarıdaki eylemlerden biriyle elde edilmişse, eylemlerinin amacı bu olmamış olsa bile, İlke 3 uyarınca açıklama yapılması haklı görülmedikçe, mahkemeler önünde bu bilginin daha sonra kullanımını önleyecek tedbirler alınmalıdır.

İlke 7 (Kendini suçlandırmaya karşı koruma)

Burada tespit edilen ilkeler, ceza yargılamasında kendini suçlandırmaya karşı korunmaya ilişkin ulusal yasayı herhangi bir şekilde sınırlamayacak ve bu yasalar uygulandığı ölçüde, gazeteciler bir kaynağı açığa çıkaracak bilginin açıklanmasına ilişkin böylesi korumadan yararlanmalıdır.”

Tavsiyenin somut uygulaması için açıklayıcı notlarında belirli terimlerin anlamına açıklık getirilmiştir. “Haber kaynakları” terimine ilişkin olarak aşağıdaki açıklama yapılmıştır:

“c. Haber kaynağı

17. Bir gazeteciye bilgi sağlayan herhangi bir kimse, onun ‘haber kaynağı’ sayılır. Bu Tavsiyenin amacı, Haber kaynağının açıklanması emrinin medya özgürlüğünün uygulanması üzerinde “soğuk duş etkisi yaratma ihtimali” yüzünden, bir gazeteci ile bir kaynağı arasındaki ilişkinin korunmasıdır (bk. *İHAM*, 27 Mart 1996 tarihli *Goodwin – Birleşik Krallık kararı*, para. 39). Gazeteciler her türlü kaynaktan bilgi alabilirler. Bu nedenle bu koşulun geniş yorumlanması gerekir. Gazetecilere güncel bilginin sağlanması kaynak açısından bir eylem oluşturabilir. Örneğin bir kaynak gazeteciye aradığında ya da yazdığı ya da gönderdiğinde bilgi ya da resim gazeteci tarafından kaydedilir. Ayrıca, bir kaynak pasif kaldığında ve bilgi filme alındığı ya da kaydedildiğinde olduğu gibi, kaynağın onayıyla gazeteciye verildiğinde, bilginin gazeteciye “koşullu verilmiş” olduğu kabul edilir.”

F. Müdahil üçüncü tarafların sunduğu bilgi

45. Mahkeme Başkanı tarafından yazılı usulde müdahalelerine izin verilen Medya Yasal Savunma Girişimi, Gazetecilerin Korunması Komitesi, Article 19, Guardian News & Media Ltd. ve Açık Toplum Enstitüsü Adalet Girişimi, diğerlerinin yanında, aşağıdaki karşılaştırmalı hukuk bilgisini sunmuşlardır (dipnotlar çıkarılmıştır):

“*Goodwin* kararında Mahkeme’nin usul yasalarını dikkatli incelemesinin ve Bakanlar Komitesinin haber kaynaklarının açıklanmasının sadece ‘yargısal

makamla[r]' tarafından yaptırma bağlanabileceğine ilişkin tavsiyesinin (Rec. No. R(2000)7, İlke 5(c)) yansımaları olarak, pek çok ulusal yasal kaynakların gizliliğini açığa çıkaran açıklamaların yapılmasına, sadece mahkemelerin zorlayabileceklerini ifade etmiştir. Aşağıdaki mevzuat örnekleri bu bağlamda tipik örneklerdir:

- Radyo ve Televizyon Yayıncılığı Kanunu, (Romanya) 7. madde, 11 Temmuz 2002 tarih ve 504 sayılı Kanun (değişiklikler 3 Aralık 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir) (*Legii audiovizualului*) (sadece hukuk mahkemeleri gazetecilerin haber kaynaklarının gizliliğini kaldırmaya zorlayabilir);

- Medya Kanunu (Hırvatistan), 30. madde, 5 Mayıs 2004 tarihli ve 59/2004 sayılı Resmi Gazete (*Zakon o medijima*) (benzer);

- Ceza Muhakemesi Kanunu, 180. madde (Polonya), 6 Haziran 1997 tarih ve 97.89.555 sayılı Kanun (*Kodeks Postepowania Karnego*) (kaynakların gizliliğini saklama hakkı bir tanıklık muafiyetidir);

- Kitle İletişim Bilgilerinin Dağıtımına Dair Ermenistan Cumhuriyeti Kanunu, 5. madde, 13 Aralık 2003, (...) (belirli ciddi suçlarla ilgili ceza yargılaması sırasında sadece bir mahkeme kararıyla açıklamaya zorlanabilir);

- Radyo ve Televizyon Kanunu, 15. (Bulgaristan), (Haziran 2009 tarihinde değişik) 23 Kasım 1998 gün ve 406 sayılı Kanun (*Закон за радиото и телевизията*) (kaynağın açıklanmasına sadece 'yargılama devam ederken ya da mahkemenin uygun gördüğü emirden etkilenen kimsenin itirazına ilişkin yargılama sürerken izin verilir).

Ulusal mahkemeler de aynısını vurgulamışlardır. Ülkesinin hukuk kaynaklarının İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin oluşturduğu standartlara uygunluğunu inceleyen Litvanya Anayasa Mahkemesi, "yasa koyucuların ... her durumda sadece gazetecilerin kaynaklarına ilişkin bilgileri açıklamak zorunda olup olmadığına sadece mahkemelerin karar verebileceğini de yasayla tespit etme yükümlülükleri bulunduğu" hükmetmiştir.

Almanya'da arama ve elkoyma kararları sadece yargıç tarafından verilebilir. Sadece yakın tehlike varsa bir savcı, arama kararı verebilir. Kararı veren yargıç ya da savcı her zaman önerilen eylemin basın özgürlüğü üzerindeki etkilerini düşünmeli; yargıç ya da savcı tarafından verilmiş arama ya da elkoyma kararlarına karşı, sonradan (*ex post facto*) daima yargı denetimi mevcut olmalıdır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde, gazetecilerden bilgi almaya zorlayıcı çabaların önceden yargısal denetimi temel bir gerekliliktir. Neredeyse her durumda, kolluk güçleri gazetecileri bilgi vermeye zorlamayı denemek için, gazetecilerin bilgi vermezden önce mahkemede itiraz edebilmeleri amacıyla mahkeme celbi çıkarmak durumundadır. Polisin arama kararıyla soruşturmada ilerleyebileceği çok sınırlı durumlarda (yukarıda belirtildiği gibi, bu bilgi sahibinin 'ilgili belgelerle suç işle-

diği ya da işliyor olduğuna' inanmak için muhtemel sebeplerini içermeli ve arama ya da elkoyma ölüm ya da ciddi bir zararı önlemek için gerekli' olmalıdır) bir yargıç karar vermelidir.”

KARAR GEREKÇESİ

I. BÜYÜK DAİRE ÖNÜNDEKİ DAVANIN KAPSAMI

46. Başvurucu şirket, davanın Büyük Daire önünde görülmesi talebinde ve esasa ilişkin yazılı görüşlerinde tekrar Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından şikayetlerini ifade etmenin yanında, Sözleşme'nin 13. maddesinin de ihlal edildiğini, çünkü etkili bir ön yargısal denetim bulunmadığını ve Yüksek Mahkemenin başvurusunun menfaati olmadığı gerekçesiyle temyiz talebini reddetmesinin temyiz yolunu etkili bir hukuk yolu olmaktan çıkardığını iddia etmiştir. Sözleşme'nin 13. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Bu Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi sıfatla hareket eden kişilerden başka kimseler tarafından işlenmiş olsa da, ulusal bir makam önünde etkili bir hukuk bir yoluna başvurma hakkına sahiptir.”

Hükümet temsilcisi, duruşma sırasında konuşurken Mahkeme'den, davanın kapsamı dışında kaldığı gerekçesiyle başvurucu şirketin bu madde uyarınca şikayetinin reddedilmesini istemiştir.

47. Mahkeme, Sözleşme'nin 42(3). fıkrası bağlamında, Büyük Daire'ye gönderilen “dava”nın, Daire tarafından başvurunun kabuledilebilir bulunan yönlerini kapsadığını yineler (bk. diğer kararların yanında, K. ve T. – Finlandiya [BD] kararı, no. 25702/94, §141, ECHR 2001-VII; ve 9 Nisan 2009 tarihli Şilih – Slovenya [BD] kararı, no. 71463/01, §120; ve Kafkaris – Kıbrıs [BD], no. 21906/04, §124, ECHR 2008-...; ve Kovačić ve Diğerleri – Slovenya [BD], no. 44574/98, 45133/98 ve 48316/99, §194, ECHR 2008-...).

48. Sözleşme'nin 13. maddesinin şikayeti yeni olup, ilk kez Büyük Daire önünde ileri sürülmüştür. Bu nedenle, bu şikayet Dairenin kabuledilebilirlik kararın bulunmamaktadır. Bu nedenle Mahkeme, bu şikayet hakkında karar veremeyeceği sonucuna varmaktadır.

II. SÖZLEŞME'NİN 10. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

49. Başvurucu şirket, Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan bilgi alma ve verme hakkına aykırı olarak, gazetecilerin haber kaynaklarına ilişkin bilgileri polise açıklamaya zorlandıklarından şikayetçi olmuştur. Sözleşme'nin 10. maddesi şöyledir:

“1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ulusal sınırlarla kısıtlanmaksızın, bir görüşe sahip olma, haber ve fikirleri elde etme ve bunları ulaştırma özgürlüğünü de içerir. Bu madde Devletin radyo yayıncılığını, televizyon ve sinema işletmeciliğini izne bağlamasına engel değildir.

2. Bu özgürlükleri kullanırken ödev ve sorumluluk içinde hareket edilmesi gerektiğinden, ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü veya kamu güvenliği, suçun veya

düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının şeref ve haklarının korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi, yargı organının otorite ve tarafsızlığının korunması amacıyla, hukuken öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan formalitelere, şartlara, yasaklara ve yaptırımlara tabi tutulabilir.”

Hükümet bu bir ihlal iddiasını reddetmiştir.

A. Genel değerlendirmeler

50. İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun esaslı temellerinden biri olup, basına sağlanan koruyucular özel bir önem sahiptir. Basın, çizilen sınırları aşmamalıdır, ama sadece basının bilgi ve fikirleri aktarma görevi yoktur; aynı zamanda toplumun bilgi ve fikirleri alma hakkı vardır. Aksi halde, basın “halkın beççiliği” şeklindeki yaşamsal rolünü oynayamaz (26 Kasım 1991 tarihli Observer ve Guardian – Birleşik Krallık, §59, Seri A no. 216). Gazetecilerin haber kaynaklarının korunması hakkı, Sözleşme’nin 10. maddesi tarafından korunan “bilgi ve düşüncelerin kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın elde edilmesi ve verilmesi” özgürlüğünün bir parçası olup, bu hakkın önemli bir koruyucusu olarak hizmet eder. Bu koruyucu, basın özgürlüğünün bir köşe taşı olup, bu koruyucu olmazsa, haber kaynakları kamunun ilgilendiği konularda basının bilgilendirmede bulunmasına yardımcı olmaktan caydırılabilir. Sonuç olarak, basının yaşamsal nitelikteki halkın beççiliği rolü zarar görebilir ve basının kamuya doğru ve güvenilir bilgi sunma yeteneği olumsuz etkilenebilir.

51. Mahkeme sürekli olarak, Sözleşme’nin 10. maddesine giren davalarda ifade özgürlüğüne saygı bakımından koruyucuları dikkatli bir incelemeye tabi tutmuştur. Demokratik bir toplumda basın özgürlüğü için gazetecilerin haber kaynaklarının korunmasının önemini dikkate alındığında, daha üstün bir gereklilik haklı kılmadıkça, bir müdahale Sözleşme’nin 10. maddesiyle bağdaşmaz (yukarıda geçen Goodwin – Birleşik Krallık, §39; Roemen ve Schmit – Lüksemburg, no. 51772/99, §46, ECHR 2003-IV; yukarıda geçen Voskuil – Hollanda, §65).

B. Sözleşme’nin 10. maddesinin güvence altına aldığı bir hakka “müdahale” olup olmadığı

1. Daire kararı

52. Daire, CD-ROM teslim edildiği sırada içindeki bilgilerin sadece başvuru şirket tarafından bilindiğini, ancak savcı ve polis tarafından bilinmediğini kabul etmiştir. Dairenin değerlendirmesinden çıkan sonuca göre, bilginin taşıyıcısı olarak başvuru şirketin Sözleşme’nin 10. maddesindeki hakları “kısıtlama” biçiminde bir müdahaleye tabi tutulmuş olup, Sözleşme’nin 10. maddesi uygulanabilir hale gelmiştir (bk. Daire kararı, §50).

2. Mahkeme önündeki argümanlar

a. Hükümet

53. Hükümet Mahkeme'den, duruma göre başvuru şirketin ya da gazetecilerinin, sokak yarışına katılanlara yayımlanacak fotoğraflarda gizliliği korumamak için arabaların tanınmayacağına dair gerçekten söz vermiş olduğunu kabul etmemesini istemiştir. Eğer böyle bir anlaşma yapılmışsa, bu anlaşmanın yapıldığı kişiler hakkında ve anlaşmanın içeriğinin tam olarak ne olduğu konusunda bir şey bilinmemektedir. Her halükarda, katılan kişilerin çokluğu dikkate alınınca, içlerinden bir tekiyle müzakere edilmiş bir anlaşma maddesi bile olması pek mümkün görünmemektedir.

54. Hükümet, ayrıca sokak yarışının, yasadışı olmasına rağmen, bütünüyle kamunun gözü önünde gerçekleştiğine işaret etmiştir. Bu nedenle Hükümet, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'nun 18 Ocak 1996 tarihli British Broadcasting Corporation – Birleşik Krallık (no. 25794/94) kararına da dayanarak, başvuru şirketin gizlilik ya da sır tutma yükümlülüğü altında olamayacağını iddia etmişlerdir.

55. Hükümet, buna rağmen korunmaya layık bir haber kaynağının var olduğunu varsayarak, alternatif olarak, eğer böyle bir anlaşma varsa, gizlilik anlaşmasının sadece sokak yarışıyla ilgili olabileceğini ileri sürmüştür. Hükümet bu varsayımı izleyerek, yarışa katılma nedeniyle soruşturulmaktan kaçınmak için haber kaynaklarının gizli tutulmasını istemiş olabileceğini aklı yakın bulmuştur. Bununla birlikte, fotoğrafların teslim edilmesi emri bütünüyle farklı bir bağlamda cereyan etmiş; savcı ya da polisin yasadışı sokak yarışına katılımlarıyla bağlantılı olarak haber kaynaklarının kimliklerinin teşhis edilmesi niyeti asla olmamıştır. Gerçekten de sokak yarışıyla ilgili A. ve M. dahil, hiç kimseye soruşturma açılmamıştır.

b. Başvuru şirket

56. Başvuru şirket, gerçekçi olmak gerekirse, kendisinden yazılı bir anlaşma sunmasının istenemeyeceği yanıtını vermiştir. Şirketin muhabirleri, resim çekmelerine izin verilmesi için, bütün katılımcılar adına hareket eden sokak yarışını düzenleyicilerine herhangi bir şekilde katılımcıların kimliğini açığa çıkarmayacaklarına ilişkin önceden söz verdiklerini söylemişlerdir.

57. Başvuru şirket, sokak yarışının yerinin önemsiz olduğu görüşüne karşı çıkmıştır. Polis ya da diğer üçüncü kişilerin bu etkinliğe sınırsız bir şekilde erişebilmeleri mümkün değildi; dahası, sokak yarışının otoyolda gerçekleşmiş olması, başvuru şirketin muhabirlerinin herhangi bir katılımcının kimliğinin açıklanmaması şartıyla kendilerini bağlamış oldukları gerçeğini değiştirmemiştir. Başvuru şirket Daire kararındaki, gazetecilerin haber kaynaklarının belirlenmesi ile kaynakları belirlemeye imkan verecek gazetecilik materyallerinin zorunlu teslimi arasında ayırım yapılmasının yanlış olduğu belirterek karşı çıkmıştır.

c. Müdahil üçüncü taraflar

58. Müdahil üçüncü taraflar, gazetecilerin yasadışı sokak yarışından çektikleri fotoğrafların yetkililerin eline geçmesi halinde, katılımcılardan birinin veya hepsinin kimliklerinin belirlenebileceğini kaydetmişlerdir.

3. Mahkeme'nin içtihatları

59. Daha önceki içtihatlarında Mahkeme, yetkililerin gazetecileri ayrıcalıklarından vazgeçmeye ve haber kaynakları hakkında bilgi vermeye ya da gazetecilik bilgisine erişim vermeye zorlayan çeşitli işlemlerini, gazetecinin ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğunu tespit etmiştir. Bu nedenle Mahkeme, yukarıda geçen Goodwin – Birleşik Krallık kararında, bir gazeteciye kendisine atıfta bulunulamayacak şekilde bilgi sağlamış olan bir kimsenin kimliğini açığa çıkarmasını gerektiren bir açıklama emri verilmesini ve bunu yapmayı reddettiği için para cezasına çarptırılmış olmasını, Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğunu belirtmiştir.

60. Hükümetin atıfta bulunduğu (yukarıda parag. 54), British Broadcasting Corporation kararında Komisyon, o davayı Goodwin – Birleşik Krallık davasından ayırmıştır. Komisyon, Bay Goodwin'in bilgi aldığı haber kaynağının gizli ve kendisine atıf yapılamaz nitelikte bir kaynak olduğunu, buna karşın BBC'nin kamusal alanda geçen olaya ilişkin elde ettiği kayıtların kendilerine özel bir gizlilik ya da sır tutma görevi yüklediğini belirtmiştir. Mahkeme, Komisyon'un bu tespitine rağmen, "olayda BBC'nin 10. maddedeki haklarına bir müdahaleyi varsaydığını" kaydeder.

61. Mahkeme, yukarıda geçen Roemen ve Schmit – Lüksemburg, §47; 15 Temmuz 2003 tarihli Ernst ve Diğerleri – Belçika, no. 33400/96, §94; ve yine Tillack – Belçika, no. 20477/05, §56, ECHR 2007-XIII kararlarında, gizli bilgileri gazetecilere sağlayan kamu görevlilerini belirleyebilmek için gazetecilerin evlerinin ve işyerlerinin aranmasını, Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. fıkrasında güvence altına alınan haklarına müdahale oluşturduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, yukarıda geçen Roemen ve Schmit kararında ayrıca, aramaların sonuçsuz kalmasının, aramaları gazetecinin kaynağını kimliğini ortaya çıkarma amacından yoksun bırakmadığına işaret etmiştir.

62. Yukarıda geçen Voskuil – Hollanda kararında, §49, bir ceza soruşturmasında polis memurlarının hata yaptığı iddiaları hakkında kendisine bilgi veren kişinin adını vermeyi reddeden gazetecinin konuşmaya zorlanması amacıyla ulusal mahkemenin tutuklama karar vermesini, başvuruçunun Sözleşme'nin 10. maddesindeki haklarına bir müdahale oluşturduğunu tespit etmiştir.

63. Çok daha yakın bir tarihte, 15 Aralık 2009 tarihli Financial Times Ltd ve Diğerleri – Birleşik Krallık no. 821/03, §56 kararında Mahkeme, dört gazete yayıncısı ile bir haber ajansına anonim bir haber kaynağının kimliğini açıklama emri verilmesinin, Sözleşme'nin 10. maddesindeki haklarına bir müdahale oluşturduğunu belirtmiştir. Emir yerine getirilmemiş olmasına rağmen, böyle bir işlemin Mahkeme'nin hükmünü verdiği tarihte gerçekleşme ihtimali ne kadar az olursa olsun, emrin yerine getirilebilir olması devam ettiğinden, başvuruçucu şirkete verilen zarar giderilmemiştir.

4.İçtihatlardan çıkan ilkelerin olayda uygulanması

64. Mevcut davaya dönüldüğünde, mesele taraflar arasında epey tartışma konusu olmasına rağmen, Mahkeme, başvuruçucu şirketi gizlilik konusunda bağlayan bir anlaşmanın gerçekten olup olmadığını tespit etmenin gerekli olmadığı görüşündedir. Mahkeme, böyle bir anlaşmanın olduğunu ileri sürmelerinin ötesinde bir gizlilik an-

laşmasının varlığının deliline ihtiyaç olmadığı konusunda başvuru şirkete katılmaktadır. Daire gibi Mahkeme de, otomobiller ve sahiplerinin belirlenmekten korunması için bir söz verilmiş olduğuna ilişkin başvuru şirketin iddiasına inanmamak için bir neden görmemektedir.

65. Hükümetin doğru bir şekilde ifade etmiş olduğu gibi, mevcut olaydaki ilgili merciler, başvuru şirketten bilgi açıklamasını, sokak yarışı katılımcılarının belirlenebilmeleri amacıyla istemiş değildirlir. Ancak başvuru şirkete göre, sadece fotoğrafların teslimi bile, katılımcıların belirlenebilmelerine yol açabilecektir. Bununla birlikte, Nordisk Film & TV A/S – Danimarka (k.k.), no. 40485/02, ECHR 2005-XIII kararında Mahkeme, kendi içtihatları anlamında (yukarıda parag. 59 ve 61) etkilenen kişilerin “anonim bilgi kaynakları” olarak görülmeceğini tespit etmesine rağmen, Danimarka Yüksek Mahkemesi’nin başvuru şirketi değiştirilmemiş video kaydını teslim etmeye zorlayan kararının, Sözleşme’nin 10(1). fıkrası anlamında bir müdahale oluşturduğuna hükmetmiştir. Bu kabuledilebilirlik kararında Mahkeme, böylesi bir durumda Sözleşme’nin 10. maddesinin uygulanabilme olasılığını kabul etmiş ve araştırma materyalinin teslim etmeye zorlamanın, gazetecilerin ifade özgürlüğünü kullanmaları üzerinde caydırıcı etkisi olabileceğini belirtmiştir.

66. Mahkeme ayrıca, mevcut olaydaki emrin, yasadışı sokak yarışlarına katılımlarıyla bağlantılı olarak haber kaynaklarının belirlenmesini amaçlamadığını kaydetmiştir. Gerçekten de ağır suçlar işlemiş olabileceklerinden şüphelenilen A. ve M.’ye bile, bu yarışla ilgili bir soruşturma açılmamıştır. Bununla birlikte Mahkeme, bu ayırımın önemli olduğu düşüncesinde değildir.

67. Daha önceki içtihatlarında Mahkeme, bir açıklamayla ya da gazetecilerin haber kaynaklarının soruşturulmasıyla sonuçlanan zorlayıcı işlemin kapsamının, gazetecileri koruyan haklara bir müdahale olup olmadığının tespiti bakımından önemsiz olduğu kabul etmiştir. Roemen ve Schmidt davasında, gazetecinin işyerinde arama ve elkoyma emrinin yerine getirilmesinin bir sonucu olarak istenen bilgi elde edilememiştir. Bu emir, “kaynağın kimliğinin açıklanması emrinden çok daha sert bir emir” olarak görülmüştür, “çünkü arama kararlarıyla gazetecinin işyerine habersiz ve silahlı bir şekilde baskın yapan soruşturmacılar, çok geniş soruşturma yetkilerine, tanım gereği, gazetecinin elinde bulunan bütün belgelere erişme yetkisine sahiptiler. Dolayısıyla Mahkeme, birinci başvurusunun evinde ve işyerinden yapılan aramaların, Goodwin davasında söz konusu tedbirlerden çok daha geniş bir biçimde haber kaynakların korunmasını zedelediği kanaatindedir.”

68. Daha önceden gözlemlendiği gibi, yukarıda geçen Financial Times Ltd ve Diğerleri – Birleşik Krallık, §56 kararında, başvuru şirkete karşı açıklamada bulunma emrinin fiilen uygulanmamış olması, Mahkeme’yi bir müdahale tespitinde bulunmaktan alıkoymamıştır (bk. yukarıda parag. 63).

69. Mahkeme, Dairenin de gözlemlendiği gibi, yukarıda geçen Ernst ve Diğerleri – Belçika; Roemen ve Schmit – Lüksemburg ve Tillack – Belçika davaları gibi bu davayla karşılaştırılabilir davalardan farklı olarak, başvuru şirketin binasında bir arama yapılmadığını gözlemlenmiştir. Bununla birlikte savcı ve polis dedektifleri, Autoweek’in editörleri iradelerine boyun eğmedikçe, böyle bir arama yapma niyetlerini açıkça belirtmişlerdir (bk. yukarıda parag. 18).

70. Bu tehdit, bir gazetecinin kısa bir süre için gözaltına alınmasıyla birleştiğinde, tamamen inandırıcı tehdittir; Mahkeme bu tehdidi, sanki yetkililerin eylemleri uygulanmış gibi ciddiye almak durumundadır. Sadece Autoweek dergisinin yazı işleri bürosu değil, ama aynı zamanda başvuru şirketin yayımladığı diğer dergilerin büroları da böyle bir aramaya maruz kalacak ve bu da önemli bir süre büroların kapanmasına neden olacaktır; bu durum, söz konusu dergilerin geç yayımlanmasına sebep olacak ve bu arada güncel olaylara (bk. yukarıda parag. 18) ilişkin haberler bayatlamış olacaktır. Haber dayanıksız bir maldır; kısa bir dönem için bile olsa, yayınlanmasının geciktirilmesi, haberi bütün değerinden ve etkisinden yoksun bırakabilir (bk. örneğin, 26 Kasım 1991 tarihli Observer ve Guardian – Birleşik Krallık, §60, Seri A no. 216; 26 Kasım 1991 tarihli Sunday Times – Birleşik Krallık (no. 2) kararı, Ser A no. 217, §51; ve Association Ekin – Fransa, no. 39288/98, §56, ECHR 2001-VIII). Dikkate alınması gereken bu tehlike, güncel olayları ele alan yayınlar ya da süreli yayınlarla sınırlı değildir (krş. 29 Mart 2005 tarihli Alınak – Türkiye kararı, no. 40287/98, §37).

71. Mevcut olayda arama ve elkoymanın gerçekleşmediği doğru olmakla birlikte, Mahkeme, gazetecilerin anonim haber kaynaklarının açıklanmasına yardım ettiklerinin görüldüğü yerde, caydırıcı etkinin doğacağını vurgular (mutatis mutandis, yukarıda geçen Financial Times Ltd ve Diğerleri – Birleşik Krallık, §70).

72. Özetle Mahkeme mevcut olayın, gazetecilerin haber kaynaklarının belirlenmesini mümkün kılacak bilgi içeren bir gazetecilik materyalinin zorla teslim edilmesine ilişkin olduğu kanısındadır. Bu durum Mahkeme'nin söz konusu emrin kendi başına başvuru şirketin Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. fıkrasındaki bilgi alma ve verme özgürlüğüne müdahale oluşturduğunu tespit etmesi için yeterlidir.

C. Müdahalenin “hukuken öngörülmesi” olup olmadığı

1. Dairenin kararı

73. Daire, şikayet edilen müdahalenin bir yasal temelini mevcut bulunduğu, bu yasal temelini Ceza Muhakemesi Kanununun 96a maddesi olduğuna ikna olmuştur. Daire bu maddenin, bir ön yargısal denetim şartı öngörmediğini kabul etmekle birlikte, soruşturma yargıcının sürece dahil olmasına belirleyici bir ağırlık vermiştir. Daire, soruşturma yargıcının ön yargısal denetiminin artık yasal bir gereklilik olmamasını tatmin edici bulmamakla birlikte, Kanunun 96a maddesi yürürlüğe girdiği tarihe kadar böyle bir yasal gereklilik bulunduğu, sorunu daha fazla incelemeye gerek görmemiştir (Daire Kararı, §51-52).

2. Mahkeme önündeki argümanlar

74. Taraflar, Ceza Muhakemesi Kanununun 96a maddesinin, iç hukukta şikayet konusu müdahalenin yasal temelini oluşturduğu görüşünü paylaşmaktadır.

75. Başvuru şirket, yürürlükteki yasanın öngörülebilir olmadığını ileri sürmüştür. Başvuru şirkete göre Ceza Muhakemesi Kanununun 96a maddesi, savcı ve polise bilginin teslimini emredip emretmeme konusunda, dayanılabilecek sebepler ve kullanılabilir yöntemler bakımından hiçbir sınır koymadan, sınırsız bir takdir yetkisi vermiştir.

Bu madde özellikle, haber kaynaklarını korumaya ilişkin gazetecilik ayrıcalığına müdahale konusunda bütünyle sessiz kalmıştır.

76. Müdahalenin öngörülebilirliğinin değerlendirilmesinde, Hükümetin ya da resmi makamların direktiflerinin alt mercileri şüphe duyulmayacak şekilde yönlendirdikleri dikkate alınacak olsa bile, mevcut olayda henüz böylesi talimatlar yoktu. Başsavcılık tarafından yayımlanmış resmi bir talimat, şikayet edilen olaydan sadece iki ay sonra, 1 Nisan 2002 tarihinde yayımlanmıştır.

77. Başvurucu şirkete göre, yargısal denetim için yasal bir gereklilik bulunmaması, yasal şartının ayrı bir ihlalidir. Başvurucu şirket, açıklanma ihtiyacını “yetkili merciler” değerlendirmelidir, hükmünü içeren Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin R(2000)7 sayılı Tavsiyesinin 3. İlkesinin (a) bendine (bk. yukarıda parag. 44) işaret etmiştir. Başvurucu şirket Büyük Daire’den, devletin bu konudaki yükümlülüklerine açıklık getirmesi talebinde bulunmuştur.

78. Başvurucu şirket, ayrıca mevcut davada soruşturma yargıcının olaya müdahalesinin 10. madde gerekliliklerini karşıladığına ilişkin Daire’nin tespitine itiraz etmiştir. Başvurucu şirkete göre, genel olarak bir soruşturma yargıcının kuraldışı müdahalesi, yasal bir güvence bulunmamasını telafi edemez.

79. Hükümet, Ceza Muhakemesi Kanununun 96a maddesinin erişilebilirlik ve öngörülebilirlik şartlarını taşıdığını ileri sürmüştür. Bu maddenin üçüncü fıkrası özel koruma adı altındaki grupları tanımlarken, 217, 218 ve 219. maddeler gibi, hiçbirinde gazeteci geçmeyen Kanundaki başka maddelere atıfta bulunur. Dahası, kanunun erişimine açık olan kanunun gerekçesinde ve uygulama yönergesinde, bu maddenin yorumlanmasıyla ilişkin bir rehber bulunabilirdi.

80. Müdahil üçüncü taraflar ise, (bk. aşağıda parag. 45) Avrupa’da ve başka yerlerde, hem yasal olarak ve hem de içtihat olarak koruyucular getirilmesine dair bir eğilim bulunduğunu kaydetmişlerdir. Müdahil üçüncü taraflar, gazetecinin kaynakları korunmasına müdahaleleri yargıcın ön iznine tabi tutan devletlerden örnekler vermişlerdir. Anılan bütün hukuk sistemlerinde olmasa da bazılarında, polis bazı durumlarla sınırlı olmak üzere acele hallerde, istisna olarak arama yapabilmektedir. Bazı hukuk sistemleri, belirli hallerde kaynağın açıklanmasına bir yargıç tarafından olay öncesinde (ante factum) emredilmiş olsa bile, olay sonrası (post factum) bir denetim öngörmektedirler.

3. Mahkeme’nin değerlendirmesi

a. Uygulanabilir ilkeler

81. Mahkeme’nin yerleşik içtihatlarına göre, Sözleşme’nin 8–11. maddelerinde geçen “hukuken öngörülen” ve “hukuka uygun olarak” ifadelerinin, itiraz edilen tedbirin sadece ulusal hukukta hukuki bir temele sahip olmasını gerektirmediğini, ama aynı zamanda mevcut hukukun kalitesine de göndermede bulunduğunu yinelemiştir. Hukuk yeterince ulaşılabilir ve önceden görülebilir olmalı, yani kişinin davranışını, gerekirse uygun bir danışmayla düzenleyebilmesine imkan verecek şekilde gerekli açıklıkta formüle edilmiş olmalıdır.

82. Ulusal hukukun bu koşulları karşılayabilmesi için, Sözleşme'nin koruma altına aldığı haklara ilişkin kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı yasal bir koruma tedbiri öngörmüş olmalıdır. Temel hakların etkileyen konularda sınırsız bir yetki anlamına gelecek şekilde yürütmeye takdir yetkisi verilmesi, Sözleşme'de demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı olur. Sonuç olarak hukuk, yetkililere tanıdığı böylesi bir takdir yetkisinin kapsamını ve uygulanma şeklini yeterli açıklıkla göstermelidir (bk. diğer kararların yanında, 26 Nisan 1979 tarihli Sunday Times – Birleşik Krallık (no. 1) kararı, Seri A no. 30, §49; 13 Temmuz 1995 tarihli Tolstoy Miloslavsky – Birleşik Krallık kararı, §37, Seri A no. 316-B; Rotaru – Romanya [BD], no. 28341/95, §52, ECHR 2000-V; Hasan ve Chaush – Bulgaristan [BD], no. 30985/96, §84, ECHR 2000-XI; ve Maestri – İtalya [BD], no. 39748/98, §30, ECHR 2004-I).

83. Ayrıca Mahkeme, Sözleşme'nin 8–11. maddelerinde geçen “hukuka uygun olarak” ve “hukukun öngörülen” ifadelerindeki “hukuk” terimini, her zaman maddi anlamda anlamıştır, “şekli” anlamda değil. Hukuk kelimesi, hem alt derecedeki mevzuatı ve Parlamento tarafından profesyonel düzenleyici organlara bırakılan bağımsız kural koyma yetkisiyle çıkarılan düzenleyici tedbirleri de kapsayacak şekilde “yazılı hukuku” ve hem de yazılı olmayan hukuku içerir. “Hukuk” kelimesinden, hem mevzuat ve hem de yargıç yapısı “hukuk” anlaşılmalıdır. Özetle “hukuk”, yetkili mahkemelerin yorumladığı şekliyle yürürlükteki hükümlerdir (Leyla Şahin – Türkiye [BD], no. 44774/98, §88, ECHR 2005-XI ve buradaki atıflar).

b. Bu ilkelerin uygulanması

i. İç hukuktaki hukuki temel

84. Yüksek Mahkeme'nin 10 Mayıs 1996 tarihli kararında (NJ 1996, no. 578), bu kararın verilmesinden kısa bir süre önce açıklanmış olan Mahkeme'nin Goodwin – Birleşik Krallık kararından türetilen gazetecilerin haber kaynaklarını koruma ayrıcalığını tanıtmıştır.

85. Şikayete konu olayların olduğu tarihte, Adalet Bakanlığının yayımlamış olduğu 19 Mayıs 1988 tarihli resmi talimatname (yukarıda parag. 37) görünüşe göre halen yürürlükteydi.

86. Mahkeme, gerçekten de tarafların belirttiği gibi, mevcut davadaki müdahale için Ceza Muhakemesi Kanununun 96a maddesinin yasal temel oluşturduğunu kabul etmektedir.

87. Yukarıdaki hukuki belgelerin yeterince ulaşılabilir olmaması gibi bir sorun bulunmamaktadır.

ii. Hukukun kalitesi

88. Basın özgürlüğü bakımından gazetecilerin haber kaynaklarının ve bilginin korunmasının yaşamsal önemi bulunduğundan, kaynakların belirlenmesine yol açabilecek haber kaynaklarının korunması hakkında bir müdahale için, tehlikede olan ilkenin önemiyle orantılı yasal usul koruyucular bulunmalıdır.

89. Mahkeme, haber kaynağının açıklanması kararının, sadece kimlikleri açığa çıkacak haber kaynakları üzerinde değil, ama aynı zamanda haber kaynağını açıkladığı için gelecekteki muhtemel haber kaynaklarının gözünde itibarı olumsuz etkilenen kararın yöneldiği gazete ya da diğer yayınlar ile anonim haber kaynakları aracılığıyla dağıtılan bilgiyi almakta menfaati olan kamuoyunun üzerinde de zararlı etkileri olacağını kaydeder (bk. *muatis mutandis*, yukarıda geçen *Voskuil – Hollanda*, §71).

90. Bu koruyucular arasında, her şeyden önce bir yargıç ya da bağımsız ve tarafsız bir karar organı tarafından denetim yapılması güvencesi gelmektedir. Gazetecilerin haber kaynaklarının korunmasıyla ilgili olaylarda “bütün resmin mahkemenin önünde olması” ilkesi, Sözleşme organları tarafından bu nitelikte karar verilmiş daha önceki davaların birinde vurgulanmıştır (yukarıda geçen *British Broadcasting Corporation davası* (bk. yukarıda parag. 54)). Gerekli denetim, yürütmeden ve ilgili taraflardan ayrı bir organ tarafından yapılmalıdır; bu organ, böylesi bir materyal teslim edilmeden önce gazetecilerin haber kaynaklarının korunması ilkesine ağır basan kamu menfaatine ilişkin bir gereklilik olup olmadığını karara bağlayabilmeli, böyle bir menfaat yoksa, haber kaynağının kimliğini ortaya çıkarabilecek bilgiye gereksiz erişimi engelleyebilmelidir.

91. Mahkeme, soruşturma makamlarının acil talepleri veya emirleri için ayrıntılı gerekçeler göstermelerinin pratikte pek mümkün olmayabileceğinin farkındadır. En azından elde edilen belgelere ulaşılmadan ve kullanılmadan önce bağımsız bir denetimin gerçekleştirilmiş olduğu durumlarda, herhangi bir gizlilik sorununun ortaya çıkıp çıkmadığı, çıkmışsa olay özelinde soruşturma ve kovuşturma makamlarının dayandığı kamu menfaatinin, haber kaynağının korunmasına ilişkin genel kamu menfaatine üstün gelip gelmediğinin tespiti yeterlidir. Mahkeme’ye göre, böylesi haber kaynaklarının açığa çıkmasına neden olabilecek materyalin teslim edilmesinden sonra denetimin yapılmasının, gizlilik hakkının özüne zedeleyeceği açıktır.

92. Yargıç ya da bağımsız ve tarafsız diğer bir organın denetiminin önleyici niteliği bulunduğundan, herhangi bir açıklama öncesinde ve açıklama talebine ilişkin belgeye dayanılarak, yetkililerin açıklama lehindeki savlarının uygun bir şekilde değerlendirilebileceği bir pozisyonda, potansiyel riskler ve ilgili menfaatler tartılmalıdır. Alınacak karar, daha az zorlayıcı bir tedbirin, tespit edilen kamu menfaatlerine ağır basmaya hizmet etmek için yeterli olup olmadığı dahil, net ölçütlerle verilmelidir. Yargıç ya da diğer bir makama, adları ilgili materyalde ister geçsin ister geçmesin, böyle bir belgenin yayınlanmasının gazetecinin haber kaynaklarına ciddi bir zarar verme tehlikesi yarattığı gerekçesiyle haber kaynaklarını korumak için açıklama kararı vermeme veya sınırlı veya şartlı açıklama kararı verme imkanı tanınmalıdır (bk. örneğin yukarıda geçen, *Nordisk Film & TV A/S – Danimarka* (k.k.), no. 40485/02). Acil durumlarda, materyal yetkililer tarafından kullanılmadan önce, kaynakların belirlenmesine yol açabilecek bilgi ile bu tür riski taşıyan bilgiyi belirleyebilecek ve ayırabilecek bir usul mevcut olmalıdır (bk. *mutatis mutandis*, *Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH – Austria*, no. 74336/01, §62-66, ECHR 2007-XI).

93. Hollanda’da, Ceza Muhakemesi Kanununun 96a maddesi yürürlüğe girdiğinden beri, bu konuda karar verme yetkisi bağımsız bir yargıç yerine bir savcı verilmiştir. Savcı, diğer devlet memurları gibi, temel dürüstlük yükümlülüğüyle bağlı olmasına rağmen, usul bakımından, gazetecinin haber kaynağının korunmasına uygun olmayan menfa-

atleri savunan bir “taraf” olup, yarışan değişik menfaatlerin değerlendirmesini yapabilmek için gerekli objektiflik ve tarafsızlığa sahip biri olarak görülemez.

94. 19 Mayıs 1988 tarihli rehberin B kısmına göre (bk. yukarıda parag. 37), gazetecilerin belgelerine hukuka uygun olarak el koyulabilmesi için, ön adli soruşturma açılması ve bir soruşturma yargıcının karar vermesi gerekli idi. Ancak, Ceza Muhakemesi Kanununun 96a maddesinin teslim kararını verme yetkisini savcıya aktarmasından sonra, bu rehber artık bağımsız bir incelemenin güvencesi olmaya hizmet etmemektedir. Yasanın kalitesine gelince, Mahkeme önündeki bu konunun bu nedenle dava ile bir ilgisi kalmamıştır.

95. Bununla birlikte, başvuru şirketin soruşturma yargıcının müdahalesini istemiş olduğu ve bu istemin kabul edildiği doğrudur. Davacı Hükümet ve Daire bakımından, soruşturma yargıcının olaya dahil olmasının yeterli usul koruyucularına ilişkin gereklilikleri yerine getirdiği kanısına varılmıştır.

96. Bununla birlikte, Mahkeme, bu davada soruşturma yargıcının olaya dahil olmasının düşünülebilmesini yeterli bir koruyucu sağlamak için tatmin edici bulmamıştır. Mahkeme, öncelikle soruşturma yargıcının olaya katılımı için herhangi bir yasal temel bulunmadığını not etmektedir. Yasayla hiçbir yerde öngörülmediğinden, bu durum savcının göz yumması suretiyle gerçekleşmiştir.

97. İkinci olarak, soruşturma yargıcı danışman rolü olarak tanımlanabilecek bir şekilde çağırılmıştır. Soruşturma yargıcından CD-ROM’u teslim mecbur bırakmış olan savcının kararına karşı bir görüş gelmemiş olmasına rağmen, bu konuda kendisinin de kabul etmiş olduğu gibi (bk. yukarıda parag. 21), soruşturma yargıcının herhangi bir yetkisinin bulunmadığı gerçeği yerinde durmaktadır. Bu nedenle soruşturma yargıcının, uygun bir şekilde bir karar verme, karar talebini reddetme ya da buna izin verme veya sınırlama veya koşula bağlama yetkisi bulunmamaktadır.

98. Böylesi bir durum, hukukun üstünlüğü ilkesiyle neredeyse hiç uyumlu değildir. Mahkeme, belirtilmiş iki gerekçenin her birini ayrı ayrı ele alarak bu sonuca ulaştığını eklemektedir.

99. Bu eksiklikler, o sırada CD-ROM üzerinde depolanmış fotoğrafların incelenmesi konusunda savcı ve polisi alıkoymayacağı için Bölge Mahkemesinin olay sonrası (post factum) denetimiyle de düzeltilmemiştir.

100. Sonuç olarak hukukun kalitesi, gazetecinin haber kaynaklarının korunmasına ilişkin başvuru şirketin kamu menfaatine ağır basan bir ceza soruşturması menfaati bulunup bulunmadığını bağımsız olarak değerlendirebilmek için yeterli yasal koruyucular bulunmadığından, yetersizdir. Böylece, şikayet konusu müdahale “hukuken öngörülmemiş” olmadığından, Sözleşme’nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

D. 10. maddenin 2. fıkrasındaki diğer koşullara uygunluk

101. Mahkeme, gerekli usul koruyucuları bulunmaması nedeniyle mevcut olayda yetkililerin bilgi açıklamaya zorlamasının, Sözleşme’nin 10(2). fıkrasının gerektirdiği şekilde “hukuken öngörülmemiş” olduğu sonucuna vardığından, Sözleşme’nin 10. maddenin 2. fıkrasındaki diğer koşullara, yani müdahalede bulunulurken bu fıkrada belirtilen

meşru amaçlardan birinin izlenilip izlenilmediği ve böylesi bir amaç izlenirken demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı şartına mevcut olayda uygun davranılıp davranılmadığını tespit etmeye gerek görmemiştir.

III. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

102. Sözleşmenin 41. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Mahkeme, Sözleşmenin veya Protokollerin ihlal edildiğini tespit ederse ve ilgili Sözleşmeci Devletin iç hukuku bu ihlali ancak kısmen giderme imkânı veriyorsa, Mahkeme gerekli görürse zarara uğrayan tarafa adil bir karşılık verilmesine hükmeder.”

A. Zarar

103. Başvurucu şirket, maddi ve manevi zarar olarak herhangi bir talepte bulunmamıştır.

B. Ücret ve masraflar

104. Başvurucu şirket, zaman çizelgeleriyle desteklediği ücret ve giderlere ilişkin aşağıdaki taleplerde bulunmuştur:

- ulusal yargılamalar bakımından, KDV hariç 49,111.15 Euro (EUR);
- Büyük Daire önündeki yargılamalar bakımından 68,022.00 Euro (EUR) (Mahkeme bu miktarı KDV hariç olarak anlamaktadır).

Başvurucu şirketi Daire önünde temsil eden avukatlar, Daire'deki yargılamalar bakımından bütün ücret taleplerinden feragat etmişlerdir.

Böylece, başvuru şirketin toplam talebi 117,133.15 Euro olmuştur.

105. Hükümet, bu ücret ve giderlerle halen Mahkeme tarafından Sözleşme'nin ihlalini tespit ettiği olaylar arasında bir nedensellik bağının varlığına itiraz etmiştir. Hükümet, Mahkeme'nin tespit etmiş olabileceği herhangi bir ihlalin, usul koruyucularının bulunmamasıyla ilgili olduğunu varsaymıştır. Hükümet sunduğu görüşlerinde, gazetecilik belgelerine el koyulmasının bu anlamda farklı bir konu olduğunu; ulusal makamların kararlarının kendi başına Sözleşme'nin 10. maddesine aykırı olmadığını ve bu yüzden de başvuru şirketin talep ettiği miktarın ödenmesine karar vermeyi gerektiremeyeceğini ileri sürmüştür.

106. Seçenek olarak, Hükümet talep edilen miktarın aşırı olduğunu ileri sürmüştür.

107. Mahkeme'nin 6 Ocak 2010 tarihli duruşmasında konuşurken, Hükümetin temsilcisi, başvuru şirketin temsilcilerine Hükümet dışı bir organ *Stichting Persvrijheidsfonds* (Basın Özgürlüğü Fonu) tarafından ödeme yapıldığına ilişkin bir basın açıklamasına dikkat çekmiştir.

108. Mahkeme tarafından bu ifadeye yazılı cevap vermeye davet edilen başvuru şirket, taleplerinin Mahkeme tarafından reddedilmesi halinde yasal ücretlerinin 9.000 Euro'ya kadarını ödemeye verilerek bu organ tarafından desteklendiklerini kabul etmiştir. Fakat kazanmaları halinde miktarın tamamından sorumlu olmaktadır.

109. Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, ücret ve giderler aktüel olarak ve gerekli olarak yapılmadıkça ve miktar olarak makul olmadıkça ödenmeyecektir. Ayrıca, yasal ücretler sadece tespit edilen ihlalle ilişkili olduğu oranda karşılanabilir (bk. yakın tarihli içtihatlar için, yukarıda geçen Şilih kararı, §226;; Mooren – Almanya [BD], no. 11364/03, §134, ECHR 2009-...; ve Varnava ve Diğerleri – Türkiye [BD], nos. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 ve 16073/90, §229, ECHR 2009-...).

110. Mahkeme, başvuru şirketin, müvekkil olarak, bir sözleşme temelinde yasal temsilcilerine yasal olarak ödemede bulunmakla sorumlu olmaları anlamında aktüel olarak yasal ücretlerinin tahakkuk ettiğini tespit etmiştir. Temsilcilerinin finansal yükümlülüklerini karşılamak için yapmış oldukları düzenlemeler 41. maddenin amaçları bakımından önemli değildir. Mevcut davada durum, yasal ücretlerin üçüncü bir tarafça karşılanması şeklinde bir ayrıma tabi tutulabilir (bk. 24 Şubat 1983 tarihli Dudgeon – Birleşik Krallık (eski 50. madde) kararı, §21-22, Series A no. 59).

111. Mahkeme, Hükümetin şikayet konusu elkoymanın esasının haklılığı hakkında bir karar verilmemiş olduğu savını dikkate almasına rağmen, ücret ve giderler bakımından, mevcut davada esas ve usulün ayrılamayacağı kanısındadır. İddia edilen eksikliklerin esasını tazmin etmek için ulusal makamlara gerçekçi bir fırsat sunmak konusunda başvuru şirket tarafından başlatılmış olan işlemler, yetersiz usul koruma şikayetinde bulunmaya uygundu. Gerçekten de, Mahkeme'nin başvuru şirketin ulusal hukukun kendisine sunduğu olanakları kullanmamış olduğundan başvurunun kabuledilebilir bulunduğu karar verdiğini tasavvur etmek güçtür. Bu yüzden tespit edilen ihlal ile talep edilen ücret arasında bir nedensellik bağı vardır; başka bir ifadeyle, ücretler "gerçekli bir şekilde tahakkuk etmiştir".

112. Bununla birlikte Mahkeme, uygulanan saat ücreti bakımından ya da ücret uygulanan saatlerin sayısı bakımından miktarına gelince talep edilen meblağın makul olmadığına katılmaktadır.

113. Dava dosyasında bulunan bilgi temelinde kendi değerlendirmesini yaparak, Mahkeme ücret ve giderlere ilişkin olarak başvuru şirkete yüklenebilecek vergiler 35.000 Euro, artı kendilerine yüklenebilecek vergilerin ödenmesine karar vermiştir.

B. Gecikme faizi

114. Mahkeme, Avrupa Merkez Bankası'nın en yüksek ödünç faizine uyguladığı orana üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın gecikme faiz oranı olarak benimsenmesinin uygun olduğuna karar vermiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine;
2. (a) davalı Devletin ücret ve masraflara ilişkin başvuru şirkete üç ay içinde 35,000 EUR (otuz beş bin Euro), artı başvuru şirkete yüklenebilecek verginin ödenmesine;
- (b) yukarıda belirtilen üç ayın sona ermesinden itibaren yukarıda belirtilen üç ayın geçmesinden ödeme tarihine kadar yukarıdaki miktarlara Avrupa Merkez Bankasının en yüksek ödünç faizine eşit orandaki basit faize yüzde üç puan eklenmesine;
3. Başvurucu şirketin adil tazmin talepleri bakımından kalan diğer taleplerinin reddine

KARAR VERMİŞTİR.

Sonkarar, İngilizce ve Fransızca olarak verilmiş ve 14 Eylül 2010 tarihinde Strazburg'daki İnsan Hakları Binasındaki bir aleni duruşmada açıklanmıştır.

Michael O'Boyle
Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

Jean-Paul Costa
Başkan

Sözleşme'nin 45(2). ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 74(2). maddeleri uyarınca, bu sonkarara Yargıç Myjer'in farklı görüşü eklenmiştir.

J.-P.C.
M.O'B

YARGIÇ MYJER'İN FARKLI GÖRÜŞÜ

1. “Strazburg’da tam zamanlı çalışan bir Mahkeme’nin önünü açan Sözleşme’nin 11. Protokolünün yetersiz bir özelliği de, Devletine karşı açılmış bir davaya ilişkin olarak zaten Daire’nin sonkararına taraf olmuş bir yargıcın, dava Büyük Daire önüne geldiğinde sadece yargılamada bulunmak ve oy vermek hakkına sahip olması değil, ama aynı zamanda bunun pratikte de bir gereklilik olmasıdır. Yargıç Costa, Kyprianou – [Güney] Kıbrıs ([BD], no. 73797/01, ECHR 2005-...) kararındaki Kısmi Muhalif Görüşünde, ilk kararına bağlı kalmak ya da “değerini sonradan fark ettiği için bu görüşten ayrılmak ya da bütünüyle karşısında olup” olmamaya karar vermek zorunda kalan ulusal yargıcın durumunu, “rahatsız edici” olarak tanımlamıştır.

Daire düzeyinde zaten dava bütünüyle savunulduğu ve tartışıldığı zaman ve yeni bilgi ya da savlar Büyük Daire önüne getirilmediğinde, Daire’deki görüşüne yol açan somut gerekçenin aynı olması gerekmemesine rağmen, ulusal yargıçlar, doğal olarak önceki görüşlerine bağlı kalacaklardır.

Mevcut davada, Büyük Daire önüne getirilen belgeler ve savlar, Daire önüne getirilenlerden önemli bir farklılığı yoktur. Bununla birlikte, daha derin bir düşünme üzerine, esas konu hakkındaki önceki görüşümün yanlış olduğu sonucuna varmış bulunmakta ve başvurusunun 8. madde uyarınca haklarının ihlal edildiğini tespit eden çoğunlukla aynı yönde oyu vermektedirim.”

Dickson – Birleşik Krallık [BD], no. 44362/04, ECHR 2007-XIII, kararındaki farklı görüşünde kullanılan bu sözler, bilge dostum ve meslektaşım Sör Nikolas Bratza’ya aittir. Büyük Daire’nin beşe karşı on iki çoğunluğu, bu davada 8. madde ihlali tespit etmiştir. Sör Nikolas Bratza’nın görüş değişikliği, bundan daha cesur olanıdır. Eğer azınlıkla birlikte oy kullanmış olsaydı, hiç kimse kendisine karşı bir şey diyemezdi.

Mevcut davanın Büyük Daire’deki müzakerelerinde, ezici bir çoğunluk ihlal lehindeydi. Daire’de ise ihlal tespit etmeyen üçe karşı dört çoğunlukta yer alanlardan biri bendim.

Büyük Daire’de diğerlerinin hepsine karşı yalnız sesin sahibi herhangi bir yargıcın, hele ulusal bir yargıcın daha bile fazla olarak gerçekten çok ikna edici savlar ortaya koymasını beklenir. Yargıcın kendi köken ülkesinin hukuk uygulamasına gerekli eleştirel mesafeyi koyamayacağına ilişkin bir şüphe doğabilir.

Gerçek ise, görüşüme bağlı kalmak ve ihlal olmadığı yönünde oy kullanmak için yeterince ikna edici gerekçe tespit etmemiş olmamdır. Başlangıçta bu davanın, terazinin kefelerinin davalıya doğru kaydığı sınırdaki bir dava olduğu görüşünü taşıyordum. Büyük Daire’nin diğer üyelerinin görüşlerini dinledikten sonra bile, hala bu davanın sınırdaki bir dava olduğu görüşündeyim ve bu davanın gerçekten “Sözleşme’nin yorumlanmasını ya da uygulanmasını etkileyen ciddi bir sorun... ya da genel nitelikte önemli bir mesele” (Sözleşme’nin 43(2). fıkrası) ortaya çıkarıp çıkarmadığını kendime bile soruyorum. Mevcut sonkararın uygulanabilir genel ilkelerin yararlı bir özetini içermiş olması, bu görüşü değiştirmez. Ne olursa olsun, şimdi odayı arşınlayıp meslektaşlarıma katılmaya ve 10. maddenin ihlalini tespit etmeye hazırım.

2. Özellikle mevcut davada, polis ve savcılığın kavrayışı ile başvurusunun kavrayışı ara-

sında çok büyük bir fark olduğunun fazlasıyla farkındayım. Polis ve savcılık ivedi bir durumla karşı karşıyaydı. Bir dizi soyguna (ram raids) ilişkin süre giden bir soruşturma söz konusuydu. Belirleyici an, soygunculardan birisi ateşli silahla izleyenlerden birisini tehdit ettiğinde geldi. Herkesin gözü önünde ciddi bir tehditle karşı karşıya kalınması, yetkililere faileri yakalamaktan başka bir seçenek bırakmadı. Kaçan otomobil bilinmekteydi. Şüpheli soygunculardan birinin yasadışı bir sokak yarışına katıldığı bilgisini ortaya çıkaran bir telefon dinlemesini birileri hatırladı. O tarihte Autoweek dergisi tarafından görevlendirilen bir fotoğrafçının resimler çektiği bilinmekteydi; kaçan otomobilin sokak yarışında soyguncuların kullandığı araçla aynı araçla olup olmadığını kontrol etme ihtiyacı hissedildi. Savcı derhal resimlerin teslim edilmesini emretti. Autoweek'in yazı işleri çalışanlarına soruşturma hakkındaki her şey söylenmemişti. Onlara bütün söylenen sokak yarışları hakkında bir soruşturmanın yürütüldüğü ve bunun ölüm kalem meselesi olduğuydu.

Autoweek'in yayıncısı olan başvuru, gazetecilik belgelerinin teslim edilmesi emriyle karşı karşıya kaldı. Ne polis ne de savcılık sorunun ölüm kalım meselesi olduğundan daha fazla bir şey söylemeye hazır değildi. Gazetecinin haber kaynaklarını açıklamama ayrıcalığına dayanarak, başvuru şirket fotoğrafları teslim etmeyi reddetti ve avukatını çağırdı.

İçinden çıkılmaz bir durum ortaya çıktı. Polis ve savcılık soyguncuları mümkün olduğu kadar kısa bir sürede yakalamak ve otoriteyi tesis etmekle ilgilidiler. Zaman baskısı vardı. Somut olarak fotoğrafların kendileri için neden bu kadar önemli olduğuna ilişkin herhangi bir ayrıntılı açıklama yapmayı reddettiler. Sadece ciddi bir suç çözme istediklerini ve yasadışı sokak yarışına katılanları soruşturmayacaklarını belirttiler.

Sonunda, Autoweek'in avukatı, olayda olduğu gibi, saplandıkları çıkmazdan kurtulma girişimi olarak soruşturma yargıcını arabulucu olarak çağırması önerdi.

Fotoğraf ihtiyacıyla ilişkili olayın geri planı hakkında savcı tarafından bilgilendirilen soruşturma yargıcı gerçekten de başvuru şirketin fotoğrafları teslim etmesini şart koşmak için çok geçerli gerekçelerin olduğu kanısına vardı.

Autoweek'in temsilcisi ihtirazi kayıtlarla fotoğrafik belgeleri daha sonra teslim etti.

Sonrasında Bölge Mahkemesi yetkililerin fotoğrafların teslimine ilişkin yeterli gerekçelerinin bulunduğu ilişkin yeterli bir yargısal denetim gerçekleştirdi. Bununla birlikte, bunu yaparken polis ve savcılığın davada kendilerini ortaya koyuş biçimlerini de eleştirdi.

3. Dairenin sonkararında çoğunluk, ihlal tespit etmemiş olmasına rağmen, polis ve savcılığın tutumu eleştirmiştir. Dairenin sonkararının 63. paragrafında, Amsterdam Bölge Mahkemesi'nin polis ve savcılığın işlemlerini "üzücü bir ölçüsüzlük" şeklinde tanımladığı görüşünü yansıtmıştır. Ayrıca davanın belirgin özelliğinin (Mahkeme'nin perspektifinden) "bir bağımsız yargıcın ön incelemesinin artık bir yasal gereklilik olmamasına" ilişkin kaygılarını ifade etmişlerdir (parag. 62). Öyle olsa bile, Sözleşme'nin 10. maddesi ihlali tespitinde bulunmama için gerekçe bulabilmişlerdir. Bunlar aşağıdaki gibidir:

Gazetecilerin haber kaynaklarının korunmasına ilişkin şimdiki değin Mahkeme'nin karşılaştığı davalardan farklı olarak, polis gerçekten haber kaynağının kimliğinin pe-

şinde değıildi. Amaçları sadece mevcut belgeyi, henüz işlenmiş olan ciddi ve tehlikeli bir suçtu çözmek için kullanmaktı. Ben belgenin başka bir amaç için kullanılmadığını varsaymanın gerekli olduğunu düşünmekteyim.

Hollanda hukukunda artık, gazetecilik belgelerinin teslimi emirlerinin bağımsız bir yargıç tarafından ön önçelemesine ilişkin bir karar bulunmamasına rağmen, mevcut olayda, en nihayetinde gerçekten böyle bir denetim yapılmıştır. Kuşkusuz bu, içinden çıkamadıkları durumu ortadan kaldırmak için, başvurucunun avukatının ısrarıyla yapılmıştır; ancak, böyle bile olsa, çağırılan yargıç, bağımsız bir yargıçtır. Bunun anlamı, Autoweek'in yayıncılarının, (tesadüfen gazetecilik belgesinin teslimini talep etmek için yeterli sebebin bulunduğu sonucuna da ulaşan) Bölge Mahkemesinin sağladığı olay sonrası (post factum) denetimin de ötesine geçen bir korumadan yararlandığıdır.

4. Büyük Daire, polis ya da savcılığın gazetecilik belgelerine elkoymasına izin verilmeden önce Hollanda hukukunda ön yargısal denetim konusunda bir yasa hükmünün bulunmamasından daha fazla etkilenmiştir. İfade edildiği gibi, Daire ise endişesini belirtmiş, ancak nihayetinde bir yargıcın ön görüşünün alınmış olmasına daha fazla önem atfetmiştir. Büyük Daire'nin, soruşturma yargıcının hiçbir resmi yetkisi olmadığı savı beni ikna etmiyor. Savcı Autoweek'in avukatının yargıcın müdahalesi teklifini kabul ettiği için, yargıç tarafından fotoğraflık belgelerin teslim edilmemesi yönünde bir görüş iletilmiş olsaydı, buna saygı gösterileceğine ve o akşam belgelere elkoyması girişimlerine derhal son verileceğine inanmak için her gerekçeye sahibim. Yine de, ön denetim öngörölmüş olsa bile, gazetecilik özgürlüğüne daha sınırlı bir müdahalenin yeterli olup olmayacağına ilişkin yargıcın karar vermesini gerektiren daha açık bir karar modelinin düzenlenmesi ihtiyacını vurgulayan Büyük Daire'nin gerekçesiyle (92. paragraf) ikna olmuş durumdayım. Bu gerekçe tabi ki, çok açık ve net bir şekilde bir orantılılık denetimi gereğine (ya da biri yapmak isterse ikincillik denetimi) ilişkin içtihadı geliştirmektedir.

5. "Yeni demokrasilerden birinden, polis ve savcılık tarafından aynı güç gösterisini içeren benzer bir olay önümüze getirilmiş olsaydı, cevabın ne olurdu?" sorusu, bana o ülkelerden bir meslektaşımın yönelttiği bir sorudur. "Bu meselede hiçbir yasal yetkisi bulunmayan bir yargıcın saat gecenin 11'inde olaya müdahil olması seni ikna eder miydi?"

Benzer anlama gelen bir gözlem, Dairenin sonkararındaki bir muhalif görüşte ifade edilmiştir: "İhlal tespitinde bulunulmayarak, çoğunluk sadece Hollanda makamlarına yargısal bir parmak sallamakta, ancak bütün Avrupa çapında polis güçlerine tehlikeli bir işaret göndermektedir: içinizden bazıları, zaman zaman benzer bir 'üzücü ölçü-lüsüzlük' gösterme konusunda ayarlanabilirsiniz."

Sonuçta çizgiyi geçmeme ve daha önce almış olduğum kararın karşısında bir görüş benimsemeye beni ikna eden itki budur. Büyük Daire'nin, ihtiyaç duyulan mevzuata ve gelecekte bunun gibi meseleleri ele alış şeklimize açık bir rehberlik sağlayan sonkararını benimsiyorum.