

Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı²²³

*Çeviren Yrd. Doç. Dr. Veysel BAŞPINAR**

1. Almanya'da uydu yardımıyla dinlenip seyredilebilen radyo ve televizyon programları -ki, bunlara yabancı programlar da dahildir-, Federal Anayasanın 5. maddesi, 1. fıkrası, 2. yarım cümlesi anlamında umuma açık haber kaynaklarıdır²²⁴.

2. Şayet umuma açık haber kaynağının ferdî kullanıma elverişli hâle getirilmesi için teknik donanıma ihtiyaç varsa, bunun temin edilebilmesi ve kullanılması temel hakların korunması kapsamına girer.

3. Hukuk mahkemelerinin, olağan olarak kiracının kiralayandan çanak (parabol) anten kurmaya rıza göstermesi talebini, kiralayanın kiralanan yere kablolu yayın hattını çektiği sebebiyle reddetmesi, aynı talebin Anayasa Mahkemesi tarafından da reddini gerektirmez.

4. Federal Almanya'da devamlı olarak ikamet eden yabancıların, kendi ülkelerinin radyo ve televizyon programlarına olan hassasiyetleri, kiracı ve kiralayan arasındaki davaların karara bağlanmasında nazarı itibara alınmalıdır. Bunda eşitlik ilkesine aykırı bir durum söz konusu değildir.

Bay K'nın, Essen Asliye Mahkemesi'nin 25 Eylül 1992 tarih ve 10 S258/92 sayılı kararına, vekilleri Michael Mundstock ile Gisa Mundstock (Gervinstr. 1 Essen) aracılığı ile Anayasa Mahkemesine yaptığı şikayette, Anayasa Mahkemesi Birinci Dairesinin 9 Şubat 1994 tarihli ve 1 BvR 1687/92 sayılı hükmü.

Karar formülü

Essen Asliye Mahkemesi'nin 25 Eylül 1992 - 10 S 258/92 tarihli kararı davacının, Anayasa'nın 5. maddesi 1. fıkrası, 2 yarım cümlesindeki temel hakkını ihlâl etmiştir. Dava sulh mahkemesince reddedilir. Daha sonra Asliye Mahkemesi de davayı reddeder. (Bu

²²³ Original metin için bkz. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 90. Bd. Lieferung 1-4, Tübingen 1994, s. 27-39.

²²⁴ * Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.
Kararda zikredilen Federal Anayasa Mahkemesi'nin diğer kararları ve diğer Yüksek Mahkemelerin konu ile kararları hakkındaki açıklamalar, orijinal metinde bulunmayıp, okuyucuya bilgi vermek amacıyla tarafımızdan eklenmiştir.

arada) Kuzey Ren Westfalya Hükümeti davacının yaptığı zarurî masrafları tazmin eder.

Gerekçeler

A. Anayasa Mahkemesi'ne yapılan şikayet, bir kiracının oturduğu eve bağımsız bir çanak (parabol) anten takmak istemesi ile ilgilidir.

1. Anayasa Mahkemesi'ne şikayette bulunan bir Türk vatandaşdır. Bu şahıs 1990 yılından beri, karısı, yedi çocuğu ve gelini ile birlikte Essen'de kirada oturmaktadır. Kiralayan ise, bir konut yapı şirketidir. Dava konusu binada, beşten fazla Alman televizyon programını alabilen müşterek bir anten mevcuttur. Şikayetçi, 1992 yılı başında Türk televizyon programlarını da izleyebilmek için kiralayandan, bir çanak anten cihazının kurulmasına izin vermesi talebinde bulunur. Konut yapı şirketinin böyle bir talebi reddetmesi üzerine kiracı dava açar.

2. a) Sulh mahkemesi davayı reddeder. Mahkemeye göre, böyle bir talebin gereğini yapma Medeni Kanun (BGB)'nin 535²²⁵ ve 563²²⁶ paragrafında yer almaktadır. Uydu yayınlarını alan cihazlar sayesinde televizyon programlarını seyretme, kiralanan evin olağan kullanımına dahil bir husus değildir. Kira sözleşmesinden de, böyle bir talebe engel olunmayıp, bilâkis, rıza gösterilmesi gibi bir sonuç çıkmamaktadır. Medeni Kanununun 242. paragrafından²²⁷, kiracının haber alma isteği ile kiralayanın, evin dış görünüşünün bozulmadan muhafaza edilmesindeki menfaati bir değerlendirmeye tabi tutulduğunda kiralayanın menfaatinin kabul görmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Çünkü, bir kimse kendi ülkesi ile bağlantısını radyo aracılığı ile de sürdürebilir. Ayrıca kiracının çocukları, Alman televizyon programlarının yayınlarını ona tercüme edecek durumdadırlar. Zaten kiracının video vasıtasıyla da ülkesiyle irtibat imkânı vardır. Aynı şekilde çevrede video kaseti satan pek çok Türk işyeri bulunmaktadır. Nihayet, şikayetçi bir yıldan sonra, içerisinde yabancı yayınların da bulunduğu kablolu yayına kavuşmaktadır. Buna karşılık çanak anten,

²²⁵ "Kira sözleşmesinin esası" başlığını taşıyan BGB § 535 hükmü şöyledir. "Kira sözleşmesi ile kiralayan, kiracıya sözleşme süresince kiralanan şeyin kullanımına müsaade etmekle yükümlüdür. Kiracı kiralayana kararlaştırılan kira bedelini ödemekle yükümlüdür."

²²⁶ BGB § 535 (Kiralayanın yükümlülüğü) "Kiralayan, kiracıya kiralanan şeyi uygun bir şekilde teslim etmek ve kira süresince aynı durumda bulundurmaktan zorundadır."

²²⁷ "Doğruluk ve güven kavramlarına göre ifa" başlığı altında BGB § 242'de şu hüküm yer almaktadır. "Borçlu edinimi ticari teamüle riayetle doğruluk ve güven kurallarına göre ifa etmekle yükümlüdür."

kira konusu binayı devamlı etkisi altında bırakıp, bina sahibinin kabul edemeyeceği ağır bir yük meydana getirmektedir. Kiralayanın, kiracının talebini reddetmesinin bir başka sebebi de; ona rıza göstermesi halinde kendisinin, kiracıların hepsine eşit davranma yükümlülüğünden dolayı, diğer kiracılara da çanak antene müsaade etme zorunda kalacağıdır.

b) Asliye Mahkemesi de davayı reddeder. Çünkü, pek çok ailenin oturduğu bir binada, artan haberleşme ve eğlence ihtiyacı sebebiyle, çanak anten cihazının kurulması, kiralanan yerin sözleşmeye uygun kullanımı kapsamına dahil değildir. Bunun şartları Frankfurt İstinaf Mahkemesinin 22 Temmuz 1992 (WuM, 1992, s. 458vd)²²⁸ tarihli kararında yer almıştır. Karara göre, bu gibi durumlarda çanak antene müsaade edilmesini gerektiren şartlar mevcut değildir. Somut olayda bu şartlar mevcut olsa bile, binaya gelecek yıl kablolu yayın hattı çekileceğinden, çanak anten masraflarını üstlenen olmayacaktır. Kablolu yayınla kiracının haber alma hakkı geniş ölçüde yerine getirilmiş olacaktır. Şikayetçinin, Türkçe televizyon yayını seyretme arzusu, kendisine, binaya gelecek olan kablolu yayın gözönünde bulundurulurken, diğer kiracıların da, bazı özel sebepler gösterip, bağımsız çanak antene sahip olmak isteyecekleri bir ayrıcalık sağlamaz. Frankfurt İstinaf Mahkemesi'nin kararına göre, kablolu yayın bulunan bir binaya, artık ferdî çanak anten tesis edilmesi izni verilmez. Bunun sonucu olarak, kiralayan ile kiracının menfaatlerinin değerlendirilmesi sonucunda, kiracının özel ve bunun ötesinde bilgi edinmek istemesi, kiralayanın menfaatinin gerisinde kalır. Çünkü, davacı, kablo bağlantısından sonra, radyo yayını veya Türkçe yayın yapan en az bir televizyon kanalı vasıtasıyla da bilgi edinebilir.

II. Şikayetçi, İstinaf Mahkemesi'nin kararına itirazını Federal Anayasa Mahkemesine şikayette bulunarak gösterir ve kendisinin, Anayasanın

²²⁸ Kararda kira konusu olan yerde oturan kiracının, kiralayandan esas itibariyle bir çanak anten kurulması talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir. Bunun için,
a) binada müşterek çanak anten veya kablolu yayın hazır bulunmamalıdır.
b) Kiracı, kiralayanı, bütün maliyet ve masraflardan muaf tutmalıdır.
c) Kiralayan çanak anten cihazının takılacağı yeri veya şeklini belirleyebilir. Bu konuda ayrıca resmî makamların düzenlemelerine de uymak gerekir. Çanak anten cihazının kurulması, Medeni Kanun § 535, 536'ya göre, kiralanan yerin kira sözleşmesine uygun kullanımı olarak kabul edilebilir. Çünkü bu hükümlerin kapsamı teknik gelişmeler dikkate alınarak belirlenir. Kararda ayrıca uydu aracılığı ile yayımlanan bir televizyon programı almaya yarayan çanak anten cihazı kurulmasının kiralanan yerin sözleşmeye uygun kullanma olduğu vurgulanmıştır. s. 459.

5. maddesi, 1. fıkrası, 2. yarım cümlesinde yer alan haberleşme hürriyeti²²⁹ temel hakkının ihlâl edildiğini ileri sürer. Bunu aşağıdaki gerekçelere dayandırır.

Uydu aracılığı ile yayınlanan radyo televizyon programlarının alınmasına yarayan bir çanak antenin kurulmasına müsaade etmemek Anayasa'nın 5. maddesine de uygundur. Çünkü Anayasa'nın 5. maddesi 1. fıkrası 2. yarım cümlesinde umuma açık haber kaynaklarından söz edilmektedir.

Haberleşme hürriyeti temel hakkı, kiracı ile kiralayan arasındaki hukukî ilişkiyi de etkiler. Sulh mahkemesinin, Almanca haberlerin, kiracının çocukları tarafından ona tercüme edilmesi şeklindeki tavsiyesi veya asliye mahkemesinin, uydudan Türkçe yayın almayı binadan özel yararlanma olarak nitelendirmesi, kiracının haberleşme hürriyeti temel hakkını görmezlikten gelme olur. Şikayetçi, kendisini birinci kuşak yabancı işçilerden sayar. Bu sebeple şikayetçi, ülkesiyle bağlarını Türkçe televizyon yayınları ile sağlamak ve muhafaza ettirmekte özel menfaati bulunduğunu ileri sürmektedir. Aynı özel menfaat onun Alman dili ile büyüyen ve bir kısmı halen okula giden çocukları için de, korumaya değer bir anlam ifade eder. Çünkü, onların da ülkesindeki kendi öz kültür değerleri hakkında bir şeyler öğrenme hakları vardır.

Bundan dolayı şikayetçi müşterek antenden Türkçe televizyon yayınlarını alma imkânı olmadığı müddetçe, ferdi bir çanak anten cihazı kurma talebinde bulunmaktadır. Her ne olursa olsun o, kendisinin kablolu yayın kapsamında bulunan, konusu daha çok reklâm ve basit filmlerden oluşan ve günlük olarak sadece 6 saat yayın yapan Türkçe bir televizyon programına havale edilemeyeceğini, böyle bir yayına ihtiyacı olmadığını söylemektedir. Asliye mahkemesi kendisinin talebinin, kiralayan tarafından hangi sebebe dayanarak reddettiğini hiç incelememiştir. Böyle bir talebin sonuçta, binadan özel yararlanma olarak nitelendirilmesi ve bunun da Medeni Kanun'unun 535. ve 536. paragrafına dayandırılması, onun haberleşme hürriyeti temel hakkının yeterince takdir edilmemesi anlamına gelir.

III. Davalı, şikayetçinin oturduğu konutun 1993 yılı temmuz ayından beri kablolu yayın imkânına sahip olduğunu ileri sürer.

²²⁹ "Düşünce hürriyeti başlığını taşıyan Alman Federal Anayasası'nın 5. maddesi 1. fıkrası, 2. yarım cümlesi hükmü şöyledir" Herkes basın ve radyo ve film aracılığı ile bilgi alma hürriyetine sahiptir. Sansür yasaktır."

B. Şikayette bulunulan karar, şikayetçinin, temel haklarından olan haberleşme hürriyetini ihlâl etmiştir.

I. Anayasanın 5. maddesi 1. fıkrası, 2. yarım cümlesine göre herkes, umuma açık kaynaklardan bilgi alma hakkına sahiptir.

1) Bu temel hakkın anlamı Anayasa Mahkemesi tarafından daha önceden geniş bir şekilde ortaya konmuştur. (Karşılaştırınız, BVerfGE, 27, 71(80 vd)²³⁰. Bireylerin kişiliklerini geliştirmesi ve demokratik düzenin korunması fikir ve basın hürriyetinden daha bir öneme sahip değildir. Bilâkis, bu iki şey alıcı açısından fikir ve basın hürriyetinin dışında tutulduğu bir durumda, Anayasa'nın 5. maddesi 1. fıkrasının korumayı amaçladığı, ferdi ve umumi fikir oluşumuna yönelik haberleşme mekanizması tam anlamıyla koruma kapsamına alınmamış olur. (Karşılaştırınız BVerfGE.57.295(318)²³¹.

²³⁰ Anayasa Mahkemesi bu kararında özet olarak; haberleşme hürriyeti anayasal düzen içerisinde basın ve fikir hürriyetine eşit bir konuma sahiptir. Bu hürriyet sadece düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin bir mütemmim cüz'ü değildir. Haberleşme hürriyeti düşünce ve düşüncenin oluşması hürriyetinin de garantisidir. Bu hürriyet düşünce ve düşüncenin oluşmasına yardımcı olduğu için ayrıca düşünceyi yayma hürriyetinin bir şartıdır. (Anayasanın 20. maddesi 1. fıkrası hükmü şöyledir. "Federal Almanya Cumhuriyeti demokratik ve sosyal bir devlettir."). Kişilerin serbest açık ve mümkün olan en iyi haberleşme imkânları olmaksızın demokratik bir devletten söz edilemez. Haberleşme aynı zamanda ferdin Anayasa'nın 1. maddesindeki ve 2. maddesinin 1. fıkrasındaki hukuki durumunun da bir göstergesidir. İnsanın temel ihtiyaçlarından olan kendi bilgisini arttırması ve kişiliğin geliştirilmesi için mümkün olduğu kadar çok kaynaktan haber alma imkânına sahip olması gerekir. Ayrıca modern toplumlarda bilgi düzeyi kişinin toplum içerisindeki sosyal durumunun belirlenmesinde önemli bir rol oynar. Bu bakımdan haberleşme hürriyeti demokratik bir devlet için en önemli şartlardan birini oluşturur. Haberleşme hürriyetinin özel anlamı milletlerarası alanda kabul edilmektedir. Gerçekten 14 Aralık 1946 tarihli Birleşmiş Milletler toplantısı sonunda varılan kararda haberleşme hürriyetinin geniş anlamda kabul edildiği açıklanmıştır. Ayrıca 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Teşkilatı İnsan Hakları Evrensel Beyannameinde bu konuda şu hüküm yer almıştır. "Herkes düşünme ve düşünceyi açıklama özellikle kendi kanaatinden dolayı kınanmama, ayıplanmama, haber ve düşünceyi herhangi şekilde ve sınırsız olarak alma bir cihaz yardımıyla alma ve yayma hakkına sahiptir." Aynı husus 4 Kasım 1950 tarihli "İnsan Hakları ve Temel Hürriyetinin Korunması Konvansiyonun'da" herkes düşünceyi açıklama hürriyetine sahiptir. Bu hak kamu makamlarının ve ülkelerin sınırlarına riayet etmeksizin, düşünme haber alma ve haber ve fikirlerden bilgi sahibi olma hürriyeti olarak mevcuttur. biçimde ifade edilmiştir.

²³¹ Kararda radyo ve televizyon hürriyetinin, Anayasa'nın 5. maddesi 1. fıkrası 2. cümlesi ile garanti edildiği çünkü, onun 5. maddede garanti edilen tüm hususlara hizmet ettiği, serbest düşüncenin oluşumu için serbest iletişimin olması gerektiği hususlarına dikkat çekilmiştir.

Anayasanın 5. maddesi 1. fıkrası 2. yarım cümlesinde, haberleşme hürriyeti geniş anlamda teminat altına alınmıştır. Bu kurallardan, haberleşmenin belli bir şeklinin sınırlandırıldığı gibi bir sonuç çıkmamaktadır. Burada kuralın koruduğu şey; umuma açık haber kaynaklarıdır. Bir haber kaynağının umuma açıklığı ise, ferdi olarak sadece belirli haber çevrelerine değil, umuma haberleşme sağlamaya elverişliliği ve belirliliği ile geçerlidir. Haber kaynağının bu şartları taşıyıp taşımadığı, gerçek durum göz önüne alınarak, mevzuata göre belirlenir. Haberleşme hürriyetinin koruma alanını sınırlayan, yayına ulaşmayı düzenleyen kurallar değil, Anayasa'da temel hakların sınırlandırılmasına yönelik normların ölçüsünü koyan genel hukuk kurallarıdır. Haberleşme kaynaklarına kitle iletişim araçları da dahildir. Bunlardan radyo ve televizyon yayınları temel hakların korunmasından öncelikle yararlanır. Karşılaştırınız. BVerfGE, 35, 307 (309)²³². Anayasa, haber kaynakları arasında yerli ve yabancı ayrımı yapmamaktadır. Federal Almanya'dan alınabilen televizyon programlarının tamamı, umuma açık haber kaynakları kapsamında yer alır.

Şayet yayının alınması, cihazların kurulmasını gerekli kılıyorsa, ferdi kullanım için bu cihazların kurulması ve kullanılması da bu kapsama dahildir. Aksi halde bu temel hakkın, bilgi edinebilmenin teknik cihazların temin edilmesine bağlı olduğu alanlarda hiçbir anlamı kalmaz. Uydu aracılığı ile yayınlanan televizyon programlarının alınmasını sağlayan bir çanak anten cihazının kurulması da Anayasa'nın 5. maddesi, 1. fıkrası 2. yarım cümlesinde yer alan temel hakların korunması kapsamına dahildir.

2. Bu temel hak, bir çanak anten cihazının, kiralık bir konuta yerleştirilmesi hakkındaki hukukî tartışmalarda da uygulanır. Zira, Anayasa'nın 5. maddesi, 2. fıkrasına göre, haberleşme hürriyeti, diğer temel haklar gibi, genel hükümlerin sınırlaması altındadır. Ayrıca bu hususlar, kiracı ve kiralayanların hak ve yükümlülükleri Medeni Kanunun kira-mülkiyet hükümlerine göre karara bağlanır. Ama aynı zamanda temel haklarla ilgili sınırlamaların yorumunda ve bilhassa somutlaştırılmasında hukuk düzeni bakımından söz konusu kuralların dikkate alınarak uygulanması gerekir. (Karşılaştırınız, BverfGE 7, 198 (205).

²³² Bu kararda Anayasa Mahkemesi, hürriyetçi demokrasi için haberleşme hürriyetinin özel bir anlamı olduğunu bu hürriyetin kanundaki istisnalar dışında kısıtlanmasının temel hakların yok edilmesi anlamına geleceğini belirtmektedir.

Çanak anten cihazının kiralık bir konuta yerleştirilmesi ilgili hükümler lafzî olarak doğrudan doğruya Medeni Kanunda yer almazlar. Uydu yayınlarını alıcı cihazların kurulmasıyla ilgili hukukî tatbikat, kural olarak, Medeni Kanunun 535, 536 ve 246²³³ paragrafındaki genel hükümlere dayanmaktadır. Söz konusu hükümlere dayanarak, uydu yayınlarını akıcı cihazların kurulması ile ilgili bir talep bulunduğu takdirde, bunun yorumu ve somut olayda uygulanmasında haberleşme hürriyeti temel hakkı dikkate alınır. Öte yandan Anayasa'nın 14. maddesi 1. fıkrası 1. cümlesinde zikredilen mülkiyet temel hakkı¹, adı geçen kurallardan kiralaayan kira konusu bir yerde bir çanak anten cihazına katlanır şekilde bir sonuç çıkarılırsa, bu onun, mülkiyet haklarının ihlali anlamına gelir Bu da, sınırlı temel hakların ve temel hakları sınırlayan kanunların koruduğu menfaatlerin , usulen Medeni Kanun'un olaya uygulanabilecek hükümlerinin dikkate alınmaması gerektirir.

Temel hakların ve temel hakları sınırlayan kanunlar tarafından korunan menfaatlerin sınırlandırılması konusunda icabında belli bir değerlendirmenin yapılması gerekli ise, kural olarak, buna Medeni Kanun'un olaya uygulanabilen hükümlerinden başlamak gerekir. Bir kiralık konuta, çanak anten cihazının yerleştirilmesi hakkındaki ihtilâflarda kira konusu yerin sözleşmeye uygun kullanılması ölçüsü olarak doğruluk ve güven kurallarının dikkate alınması gerekir. Bunun dışında, bu konuda ayrıca kiracının, umuma açık haberleşme kaynağından yararlanmasındaki haberleşme menfaati ile kiralaayanın kira konusu yerin değerinin azalmadan muhafaza edilmesindeki menfaati de dikkate alınarak karar verilmelidir. Her iki menfaat de biri değerine tercih edilmeden temel hakları korumasından yararlanır. Buradaki zorluk kanun koruyucu tarafından soyut olarak çerçevesi belirlenen menfaat ihlâlinin, somut olayda nasıl gerçekleştiğine ve bunlardan hangisinin üstün tutulması gerektiğine karar vermedir.

Söz konusu karar verilirken (somut olayda) bu şartların yeterince dikkate alındığı söylenemez. Asliye Mahkemesi haberleşme hürriyeti

²³³ Hamburg Asliye Mahkemesi'nin kararı: "kiralaayanın evin sözleşmeye uygun kullanımını konusunda takdir hakkı vardır. Takdir hakkı BGB § 535 ve 536 ya göre belirlenir. Ancak, takdir ölçülerinden biri de § 242'de yer alan doğruluk ve güven kurallarıdır. Kiralaayan inandırıcı olmayan sebepleri esaslı sebepler olarak ileri sürüp böyle bir izni vermektan kaçınamaz . Özellikle binanın eski yapı olması ve malikin bunu uzun süredir restore ettirmemesi halinde malikin çanak anten sebebiyle binanın dış görünüşünün bozulacağı iddiası inandırıcı olmaktan çıkar". Bkz. WUM 1993. s. 180 vd.

¹ Anayasanın 14. maddesi 1. fıkrası, 1. cümlesi şöyledir "mülkiyet ve miras hakkı garanti edilir."

temel hakkının yorumu ve olaya uygulanmasında Medeni Kanun'un 535. 536. ve 242. paragrafını dikkate almamazlık etmemiştir. Bununla birlikte, yabancı şikayetçinin haber alma konusundaki (ayrıcalıklı) menfaatlerini bazı sebeplerle gözardı etmiştir ki, bunlar haberleşme hürriyeti temel hakkının dikkate alınmamasını gerektirecek sebep olabilecek nitelikte değildir. Oysa ki yabancı şikayetçinin, haber alma konusundaki menfaatini dikkate almamak ona gerekli önemi vermemek suretiyle ihmal etmek, haberleşme hürriyetini temel haklar arasında kabul etmemek anlamına gelir.

1. Binanın dış cephesine bir çanak anten cihazı yerleştirilmesi hususunda kiracı ile kiralayan arasında menfaat ihtilafının çözümünde ölçü Asliye mahkemelerinin şimdiye kadar verdikleri pek çok kararlarla geliştirdikleri ve istinaf mahkemelerinin de kendi kararlarına gerekçe olarak esas aldıkları ölçüler genelde haberleşme hürriyeti temel hakkına uygun olsa da, sulh mahkemesinin konuyu çözmek için uğraştığı gibi, özel menfaat durumlarını kapsamaz.

a) Hukukî tatbikata göre, radyo ve televizyon yayını alma, evdeki hayatın vazgeçilmez önemli bir parçasıdır ve bundan dolayı bir konutun olağan kullanımına dahil bir husustur. Buna göre, uydu aracılığı ile yayımlanan bir televizyon programına almak için binaya bir çanak anten cihazı yerleştirilen kimse, kira sözleşmesine aykırı bir davranışta bulunmuş olmaz. Eğer müşterek anten yeterli değilse, kiracının, kiralık konuta bağımsız bir çanak anten yerleştirme hakkı vardır. (Karşılaştırınız, Bay OLG. WuM 1981, s. 80 vd)¹². Buna karşılık, binada müşterek bir çanak anten mevcut ise kiracının, tek başına bir çanak anten yerleştirmeye doğrudan doğruya hakkı yoktur. Bunun için kiralayandan izin alınması gerekir ki, kiralayanın bu talebi yersiz bir şekilde reddetmesi doğru değildir. Bu olayda umuma açık yayımları alabilen bir tesisin kurulması konusunda kiralayanın iznine gerek vardır. Ancak kiralayanın davranışı hakkın kötüye kullanımı teşkil etmemelidir. Kira ilişkisinde doğruluk ve güven kuralı da,

¹ ² Bavyera İstinaf Mahkemesinin bu karardaki olay bir radyo anteninin kiracı tarafından çatıya kurulması ile ilgilidir. Buna göre kiralayan, rızası olmadan kiracı tarafından çatıya yerleştirilen bir radyo antenini ortadan kaldırmaya kural olarak yetkilidir. Kira sözleşmesinde böyle bir faaliyete izin verilmemişse, kiracı kiralayandan bu duruma katlanmasında talebinde bulunamaz. Bunun için kiralayanın yazılı olarak beyanda bulunması gerekir. Kiralayan doğruluk ve güvenlik kurallarına aykırı olarak bu izni verilmezlik edemez. O, bu konudaki yetkisini hakkın kötüye kullanımı teşkil edecek şekilde kullanamaz. Kiralayan binadaki önemsiz değer eksilmelerinde ve antenin binayı kötüleştirmedeği hallerde böyle bir izni vermekten kaçınmaz. Aksi halde hakkını kötüye kullanmış olur."

kiralayana, kira konusu konuta zarar vermeyen ve sadece önemsiz ihlâl hallerinde, kiracının talebini inandırıcı olmayan gerekçelerle reddetmesini de yasaklamaktadır.

Hukuk mahkemelerinin kararına göre, kablo bağlantısının yayına hazır olmadığı durumlarda kiralayan, kiracıya, çanak anten cihazının kurulması için izin vermeye mecburdur. Şüphesiz kiralayan böyle bir izni, cihazın bir uzman tarafından kurulması, kendisinin bu konuda her türlü sorumluluktan muaf tutulması ve kira ilişkisinin sona ermesi halinde cihazın sökülmesi masraflarının kiracıya ait olması şartına bağlayabilir. Bunun dışında kiralayan, uydu yayınının düzenli bir şekilde alınmasını sağlayan ve evin manzarasına en az şekilde zarar veren bir yeri belirleme hakkına da sahiptir. Buna karşılık kiralayanın, binaya kablolu yayın hattını çektiği durumda, ayrıca çanak anten tesis ettirmemesi için yeterli sebebi vardır.

Bu yorum, kiracının, temel hakların korunması altındaki haberleşme menfaatinin; malikin, kira konusu evin değerinin azalmadan olduğu gibi yani hiçbir değişikliğe uğramadan muhafazasındaki menfaatinin, belli bir değerlendirmeye tabi tutulması sonucunda, kiralayanın menfaatinin üstün tutulması düşüncesine dayanır. Burada haberleşmeye getirilen önemli bir kısıtlama, çanak antenlerle hafifletilebilir veya müşterek antenler vasıtasıyla tamamen ortadan kaldırılabilir estetik engeller olarak kalmaktadır. Bu ilkeler, karara göre, normal durumlarda geçerlidir. Buna karşılık kiracının haberleşme menfaatinin -meselâ evin veya çanak antenin vaziyeti sebebiyle- malikin menfaatinin gerisinde kalması normaldir (Karşılaştırınız, Frankfurt İstinaf Mahkemesi kararı, adı geçen yer).

Bu ilkelerin takip edilmesi hukuk hükümlerinin anayasa hukuku ölçülerine göre uygulandığının kesin bir delilidir. Bunlar, iki tarafın da temel haklarının korunması altındaki menfaatlerini denkleştirici unsurlardır. Malikin, evin dış görünüşünü bozmama konusundaki menfaati, kendisinin eve kablolu yayın hattı çektilererek yerine getirmiş olur. Buna karşılık, çanak anten tesis etmesine müsaade edilmeyen kiracının haberleşme hürriyetinin ihlâli, kablolu yayınların sağladığı program zenginliği yüzünden fazla önem arzetmez.

b) Federal Almanya'da devamlı olarak yaşayan yabancıların haberleşme konusundaki özel menfaati tipik olaylara konu olan davalarda, yeteri kadar hesaba katılmamaktadır. Yabancılar kural olarak kendi ülkelerinin yayını almak, orada olan olaylardan bilgi sahibi olmak ve dile ve kültür bağlarını sağlamak ve bunu devam ettirmek arzusunda olurlar. Umumi manzaraya göre, kablo bağlantısı

çok az sayıda yabancı program içermektedir. Bu sebeple, yukarıda sözü edilen imkân ancak ve sadece bir uydu alıcısı yardımıyla sağlanabilmektedir.

Hukuk mahkemelerinin yerli kiracılardan farklı olarak yabancı kiracıların bir çanak anten kurma talebini, kablolu yayınlarda kendi ülke yayınlarının izlenebildiği gerekçesiyle reddetmesi, onların haberleşme hürriyetine yapılan büyük bir kısıtlama olarak görülmüştür. Yabancıların durumu, ne müşterek bir çanak antene, ne de kablolu bir yayın hattına sahip olmayan yerli kiracıların durumuna benzemektedir. Böyle bir durumda olan kiracı kural olarak kiralayandan bir çanak anten cihazının binaya yerleştirilmesine izin

vermesi talebinde bulunabilir. (OLG Karlsruhe, WuM 1993¹³, s. 527¹⁴ ayrıca OLG Hamm, DWW, 1993, s. 331)¹⁵.

Böyle bir uygulama anayasal taleplere de uygundur. Yabancı kiracıların Anayasa'nın 5. maddesi, 1. fıkrası, 2. yarım cümlesi tarafından korunan kendi ülkelerinin televizyon programlarını alabilme menfaati, kiralayanın mülkiyet menfaati dikkate alınarak karara bağlanmalıdır. Bu hususta Anayasa'ya aykırı olarak yabancılara bir ayrıcalık tanınması durumu da söz konusu değildir. Anayasa'nın 3.

¹ ³ Pekçok mahkeme kararına esas alınan 24.8.1993 tarihli Karlsruhe İstinaf Mahkemesi kararı kısaca şöyledir. Davacı bir İtalyan olup, Almanya'da bir binada kiracı olarak oturmaktadır. Binada kablo yayını hazır durumdadır. Ancak kablolu yayın içerisinde İtalyanca program yoktur. Davacı kiralayandan onun belirleyebileceği bir yere çanak anten yerleştirmek ister. Kiralayan kiracının başka haberleşme kaynaklarından da ülkesinden haber alabileceği ve binanın görünüşü bozulacağı gerekçesi ile talebi reddeder. Davacı sulh mahkemesinde dava açar ve davanın reddi üzerine karara karşı asliye mahkemesi nezdinde itirazda bulunur. Asliye Mahkemesi Anayasa'nın 5. maddesindeki haberleşme hürriyeti ile 14. maddesindeki mülkiyet hakkını bir değerlendirmeye tabi tutar ve sonunda haberleşmenin hürriyetçi demokrasinin en önemli şartlarından olduğu ve özel bir anlamı bulunduğu sonucuna varır. Karara göre haberleşme hürriyeti insan hakkı olarak alman vatandaşlığında bulunma ile sınırlı değildir. Bu hürriyetten Alman vatandaşlığında olmayan yabancılar da yararlanır. Önemli olan bu ülkede oturuyor olmaktır. Kararın son kısmında böyle bir talebe izin verilebilmesi için; a) kablolu yayının kiracının kendi ülkesiyle haberleşme ihtiyacına cevap vermemesi ve gelecekte de böyle bir imkânın görülmemesi, bu eksikliğe antenle çare bulunması b) Çanak antenin kurulması sırasında inşaat hukuku ve tarihi eserler ile ilgili hükümlere uyulması c) Kiracının çanak anteni yayınlarını düzenli olarak alabilmesi şartıyla, kiralayana en az zarar verecek bir yere yerleştirmesi, çanak antenin genel anlayışa göre, binada büyük bir çirkinleştirme yapmaması d) Çanak antenin güvenlik ve tahmin edilen zararlarını önlemek amacıyla uzman bir kimse tarafından takılması e) Binanın temel yapısına büyük değişiklik getirmemesi f) Kiralayanın tüm maliyet ve masraflardan muaf tutulması g) Kiracının çanak anten dolayısı ile kiralayana gelen sorumluluk riskini ve diğer masrafları -mesela depozit- karşılayan tedbirleri alması şartlarına bağlayabileceği belirtilmiştir.

¹ ⁴ Bu davada davacı İspanya vatandaşıdır. Kiracının Almanya'da kirada oturduğu binada kablolu yayın mevcuttur. Ancak kablolu yayında İspanyolca programlar bulunmamaktadır. Davacı kiralayandan uydu aracılığı ile yayınlanan İspanyol radyo ve televizyon programlarını almayı sağlayan bir çanak anten cihazının takılmasına izin verilmesini talep eder. Kiralayan kiracının bu talebini reddeder. Gerekçesi ise her kiracıya eşit davranma yükümlülüğü olduğu, icabı halinde, diğer kiracıların da böyle bir talepte bulunabileceği, bununda binanın ön cephesinin görüntüsünü bozacağı endişesidir. Karara göre, konutta kiracı olarak oturan kimse anadili olarak Almancadan başka bir dile sahip veya başka bir ülke vatandaşı ise, kural olarak kiralayandan bir çanak anten cihazı yerleştirme talebinde bulunabilir. Kiralayanın böyle bir talebe izin vermesi için çanak antenin yerleştirilmesiyle binanın temel yapısına önemli bir zarar vermemeli,

maddesinin 3. fıkrası, belirli özellikler dikkate alınarak eşit olmayan muameleyi yasaklamaktadır.¹⁶ Ama bu durum vatandaşlıkla ilgili değil, vatanla ilgili bir husustur. Yabancı kiracıların haberleşme menfaatlerinin üstün tutulması onların yurtlarından dolayı değildir. Aksine, böyle bir hale Alman kiracıların ülkelerinden dolayı bir zarara uğramaları da söz konusu değildir.

Temel hak olarak, umuma açık kaynaklardan sınırsız olarak bilgi alma hiç kimsenin vatanına bakılmaksızın, herkes için geçerlidir. Kiralık bir konuta çanak anten cihazı takılmasında olduğu gibi böyle bir hak, temel hak olarak üçüncü kişilerin menfaati ile çakıştığı takdirde, kural olarak, bu ihtilaf özel hukuk hükümlerine göre çözümlenir. Burada esas olan; somut olayın özelliklerini dikkate alarak çözüme varmaktır. Bu hususta vatan dolayısıyla bir farklılık söz konusu değildir. Alman kiracıların davalarında da eğer olağanüstü haller mevcutsa, bunlar da göz önünde bulundurulmalıdır. Olayın değerlendirilmesi sonucunda, kural olarak, yabancıların haberleşme menfaatinin dikkate alınması onlara, Almanlar karşısında, bir öncelik tanıma değildir. Bu, ölçü faktörlerinden sadece biridir.

Bir çanak anten cihazının bir binaya kurulması talebinin reddi için yerli olmak, kabulü için de yabancı olmak yeterli bir ölçü değildir. Sırf buna dayanarak bir ayırım yapılamaz. Bu durum, yabancı kiracılara yani bir gruba vatanları sebebiyle bir ayrıcalık tanıma değildir. Bilâkis, pek çok mahkeme kararlarında da işaret edildiği gibi olay, önceden müşterek çanak anten bulunduğu bir apartman bloğunda, bir yabancıya, içinde bulunduğu durum sebebiyle, özel bir çanak anten cihazı kurmasına müsaade edilmesidir. Ülkesinin televizyon programlarını mevcut kablo bağlantısından seyredabilen bir kiracıyla, bunun için bir çanak antene ihtiyacı olan bir başka kiracının eşit malzemeye tabi tutulmasını gerektiren şartlar mevcut değildir.

c) Buna göre, bir yabancı kiracıya ülkesinin programlarının alma konusunda bir çanak anten cihazının yerleştirilmesinin, binanın özel kullanımı olduğu ve bununla konutun kira sözleşmesine uygun kullanımı yükümlülüğünün ihlâl edildiği gerekçesiyle izin verilmemesi, medeni hukuk hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında temel hak olan haberleşme hürriyetini tanımama

yapılan tüm masraflara kiracı katlanmalı kiralayana her türlü masraftan muaf tutmalı ve kiracı kiralayana sorumluluk sigortasına çanak antenle ilgili sonradan eklenen kısmı üstlenmelidir.

¹⁶ Anayasanın 3. maddesi 3. fıkrası hükmü şöyledir. "Kimse cinsiyetinden, soyundan, ırkından dilinden, ülkesi ve kökeninden, inancından, dini ve siyasi kanaatinden dolayı kınanmaz veya ayrıcalıklı olamaz."

anlamına gelir. Keza, yabancı bir kiracının, bir çanak anten takma hususundaki talebini, aynı durumda olan diğer bütün yabancı kiracıların da haklarını dikkate alarak bir düzenleme yapma mecburiyeti, yani onlara da izin verme mecburiyeti gerekçesiyle reddi, temel hak olan haberleşme hürriyetini kabul etmeme anlamına gelir. Buna karşılık, bir apartman bloğunun pek çok kiracısının, bir çanak antene sahip olması hususundaki haklı menfaatleri, her binanın özel durumları ve bunların müşterek bir çanak antenle tatmin edilmemeleri durumunda, kiralayanın da, mülkiyet menfaatlerini dikkate alarak bir sonuca varmak gerekir.

Anayasanın 5. maddesi 1. fıkrası 2. yarım cümlesinde haber alma hürriyeti geniş anlamda korunur. Buna göre herkesin, umuma açık haber kaynaklarının hangisinden bilgi sahibi olmayı bizzat seçme hakkı vardır. Ayrıca, başka haber kaynaklarının da olduğu gerekçesiyle, kiracının kendi ülkesinin radyo ve televizyon programlarını alma talebini, kararda hiç dikkate almamak bir hatadır. Bundan başka haber kaynaklarından maksat, çanak antensiz alınabilen televizyon programları radyo, gazete video gibi haber kaynakları veya bunların da ötesinde Almanca yayın yapan programların aile fertleri tarafından davacıya tercümesinin yapılabileceği iddiası da aynı şekilde hatadır. Buna karşılık, kiracı kiralayan menfaatlerinin değerlendirilmesinde kiracının kendi ülkesindeki televizyon yayınlarını çanak antensiz ne derece seyredebileceğinin göz önünde tutulması Anayasa'nın 5. maddesi 1. fıkrası, 2. yarım cümlesi ile bağdaşmaz.

Sonuç olarak, şayet hukuk mahkemelerinin kiracıya karşılık kiralayanın mülkiyet menfaatlerini esas olarak ona üstünlük tanınmasında, kiralanan evin hangi özelliklerini böyle bir sonuca götürdüğünü zikretmeksizin bu yola gidilmesi haberleşme temel hakkından sarfi nazar etmedir.

2. Asliye Mahkemesi genel olarak bu hatadan kaçınmayı bilememiştir. Gerçi Asliye Mahkemesi, Sulh Mahkemesi'nin, şikayetçinin, ülkesi hakkında bilgi alma ihtiyacının Almanca haberlerin tercümesi veya video bantları sayesinde yeterli olarak tatmin edilebileceği fikrini benimsememiştir. Ama şikayetçinin, Türkçe radyo programlarını ve kablolu yayın vasıtasıyla bir Türkçe televizyon programının alınabilirliğini kararına esas almıştır. Ayrıca, uydu aracılığı ile yayınlanan televizyon programlarının, ancak bir çanak anten cihazı ile alınabilmesi hususunun, kiralanan yerin sözleşmeye uygun kullanımı değil, özel kullanımı olduğu noktasından

hareket etmiştir. Sonuç olarak, malikin menfaati, bütün kiracıların eşitlik ilkesine dayanarak çanak anten kurma talebinde bulunabileceklerinden hareket edilerek, şikayetçinin menfaatine göre daha üstün tutulmuştur. Buna karşılık kararda kiralayanın binanın dış cephe görünüşünün bozulmadan muhafazasındaki menfaati, ayrıntıları belirtilmeden diğerlerinin menfaatinin üzerinde tutulmuştur.

Diğer sebepler tek başına sonuca etki edebilecek bir niteliğe sahip değildir. Buna göre karar, haberleşme hürriyeti temel hakkının tanınmaması esasına dayanır. Asliye mahkemesi, Anayasa'nın 5. maddesi, 1.fıkrası, 2. yarım cümlesi yeteri kadar dikkate alarak, başka bir sonuca varabileceğini yeterli bir şekilde tetkik etmemiştir.