

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2013/99

Karar Sayısı : 2014/61

Karar Günü : 27.3.2014

R.G. Tarih-Sayı : 24.12.2014-29215

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Çankırı 1. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 1- 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun;

a- 300. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

b- 30.4.2008 günlü, 5759 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 301. maddesinin (2) ve (4) numaralı fıkralarının,

2- 2.7.2012 günlü, 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi ile (2) numaralı fıkrasının,

Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 13., 14., 15., 25., 26., 36., 90. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Sanık hakkında, Türk Bayrağını ve Türkiye Cumhuriyeti askeri teşkilatını aşağılama eyleminden dolayı açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- 5237 sayılı Kanun'un itiraz konusu fıkraların da yer aldığı 300. ve 301. maddeleri şöyledir:

"Devletin egemenlik alametlerini aşağılama

Madde 300- (1) Türk Bayrağını yırtarak, yakarak veya sair surette ve alenen aşağılayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu hüküm, Anayasada belirlenen beyaz ay yıldızlı al bayrak özelliklerini taşıyan ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik alameti olarak kullanılan her türlü işaret hakkında uygulanır.

(2) İstiklal Marşını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Bu maddede tanımlanan suçların yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.

Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama

Madde 301- (Değişik: 30/4/2008-5759/1 md.)

(1) Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Devletin askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

(4) Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır."

2- 6352 sayılı Kanun'un itiraz konusu bent ve fıkranın da yer aldığı geçici 1. maddesi şöyledir:

"Dava ve cezaların ertelenmesi

GEÇİCİ MADDE 1- (1) 31/12/2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; temel şekli itibarıyla adlî para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı;

a) Soruşturma evresinde, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine,

b) Kovuşturma evresinde, kovuşturmanın ertelenmesine,

c) Kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükmünün infazının ertelenmesine, karar verilir.

(2) Hakkında kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilen kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlememesi hâlinde, kovuşturmaya yer olmadığı veya düşme kararı verilir. Bu süre zarfında birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlenmesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümle cezaya mahkûm olduğu takdirde, ertelenen soruşturma veya kovuşturmaya devam olunur.

(3) Mahkûmiyet hükmünün infazı ertelenen kişi hakkında bu mahkûmiyete bağlı olarak herhangi bir hak yoksunluğu doğmaz. Ancak bu kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlemesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümle cezaya mahkûm olduğu takdirde, ertelenen mahkûmiyet hükmüne bağlı hukuki sonuçlar kişi üzerinde doğar ve ceza infaz olunur.

(4) *Bu madde hükümlerine göre cezanın infazının ertelenmesi hâlinde erteleme süresince ceza zamanaşımı durur; kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi hâlinde, erteleme süresince dava zamanaşımı ve dava süreleri durur.*

(5) *Birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmiş olması hâlinde dahi, bu madde hükümleri uygulanır.*

(6) *Birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı verilmiş mahkûmiyet hükmünün infazının tamamlanmış olması hâlinde bu mahkûmiyet hükmüne bağlı yasaklanmış hakların 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun 13/A maddesindeki şartlar aranmaksızın geri verilmesine karar verilir.*

(7) *Bu madde hükümlerine göre verilen kamu davasının açılmasının, kovuşturmanın veya cezanın infazının ertelenmesi kararları adli sicilde bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi hâlinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.*

(8) *Bu madde hükümlerine göre kamu davasının açılmasının, kovuşturmanın veya cezanın infazının ertelenmesi kararlarının verildiği hâllerde, bu suçlar 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun erteleme ve tekerrire ilişkin hükümlerinin uygulanmasında göz önünde bulundurulmaz."*

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 13., 14., 15., 25., 26., 36., 90. ve 138. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 3.10.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural ve on yıllık süre sorunu görüşülmüştür

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

Başvuru kararında, 5237 sayılı Kanun'un 301. maddesinin (2) ve (4) numaralı fıkralarının da iptali istenmektedir. 301. maddenin (4) numaralı fıkrası uyarınca, 5237 sayılı

Kanun'un 301. maddesinde düzenlenen "*Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama*" suçundan dolayı soruşturma yapılması Adalet Bakanı'nın iznine bağlı kılınmıştır. Yargılama sırasında Başvuran Mahkemece soruşturma izni talep edilmiş ancak, Adalet Bakanı tarafından soruşturma izni verilmemiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin (8) numaralı fıkrasında, "*Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir. Ancak, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir. Bu karara itiraz edilebilir.*" hükmü yer almaktadır. Bakılmakta olan davada, Adalet Bakanı tarafından soruşturma izni verilmediğinden yani soruşturma şartı gerçekleşmediğinden 5237 sayılı Kanun'un 301. maddesinin (2) numaralı fıkrası açısından Mahkemece işin esasına girerek değerlendirme yapılamayacaktır. Dolayısıyla, 5237 sayılı Kanun'un 301. maddesinin (2) numaralı fıkrası davada uygulanacak kural niteliğinde değildir.

Diğer taraftan Anayasa'nın "*Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi*" başlığını taşıyan 152. maddesinin son fıkrasında, "*Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.*"; 6216 sayılı Kanun'un "*Başvuruya engel durumlar*" başlıklı 41. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise "*Mahkemenin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz başvurusu yapılamaz.*" hükümlerine yer verilmiştir.

5237 sayılı Kanun'un 301. maddesinin (4) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülerek daha önce iptal isteminde bulunulmuş ve Anayasa Mahkemesince işin esasına girilerek 3.6.2009 günlü ve E.2009/38, K.2009/70 sayılı kararıyla esastan reddedilmiş ve bu karar, 6.10.2009 günlü, 27368 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Anayasa Mahkemesince işin esasına girilerek Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verildiğinden, bu konuda yeni bir başvurunun yapılabilmesi için kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı 6.10.2009 gününden başlayarak geçmesi gereken on yıllık süre henüz dolmamıştır.

Yine aynı şekilde, 6352 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi ile (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülerek daha önce iptal isteminde bulunulmuş ve Anayasa Mahkemesince işin esasına girilerek 4.7.2013 günlü ve E.2012/100, K.2013/84 sayılı kararıyla reddedilmiş ve bu karar, 2.8.2013 günlü, 28726 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Anayasa Mahkemesince işin esasına girilerek Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verildiğinden, bu konuda yeni bir başvurunun yapılabilmesi için kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı 2.8.2013 gününden başlayarak geçmesi gereken on yıllık süre henüz dolmamıştır.

Açıklanan nedenlerle;

A- 1- 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 30.4.2008 günlü, 5759 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 301. maddesinin (4) numaralı fıkrasının,

2- 2.7.2012 günlü, 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi ile (2) numaralı fıkrasının,

Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrası ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince REDDİNE,

B- 5237 sayılı Kanun'un 5759 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 301. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkra ile ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

C- 5237 sayılı Kanun'un 300. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ESASININ İNCELENMESİNE,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Fatma BABAYİĞİT tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralları, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüldüğü düşünüldü:

Başvuru kararında, itiraz konusu kural uyarınca bayrak yanında bayrak özelliğinde olan ve egemenlik alameti olarak kullanılan her türlü işareti aşağılama fiilinin cezalandırıldığı ancak bu hususun açık ve bilinebilir bir içerikte olmaması nedeniyle belirsizlik oluşturulduğu ve böylece hukuk devleti ilkesiyle çelişildiği, 5237 sayılı Kanun'un 301. maddesinde, Devlete ve Devletin egemenlik yetkisini kullanan organlarına yönelik suç için öngörülen yaptırımın üst sınırının iki yıl olmasına rağmen Devletin egemenlik alameti olan bayrağı veya bayrak özelliklerini taşıyan işaretlerinin, Devletin egemenlik yetkisini kullanan organlarından daha üstün tutularak daha ağır yaptırım öngörülmesinin korunan değerler açısından eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu, itiraz konusu kuraldaki suçun hukuki konusu ile aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında düzenlenen "*İstiklal Marşını alenen aşağılama*" suçunun hukuki konusunun eşit ve aynı önemde bulunmasına rağmen (1) numaralı fıkra da daha ağır bir yaptırım öngörülmesinin Anayasa'nın 14. maddesine aykırı olduğu, itiraz konusu kuraldaki belirsizlik, orantısızlık ve ölçüsüzlüğün hakkın özüne dokunduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 11., 13., 14., 25., 26. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, Türk Bayrağını yırtarak, yakarak veya sair surette ve alenen aşağılayan kişinin bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı, Anayasa'da belirlenen beyaz ay yıldızlı al bayrak özelliklerini taşıyan ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik alameti olarak kullanılan her türlü işaret hakkında da bu hükmün uygulanacağı hususu düzenlenmektedir. Buna göre kuralda, Anayasa'da belirlenen beyaz ay-yıldızlı al bayrak özelliklerini taşıyan ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik alameti olarak kullanılan her türlü işaretin aşağılanması, Türk Bayrağının aşağılanması ile eşdeğerde sayılmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli

bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de "*belirlilik*"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bu ilke gereği birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunun "*açıkça*" suç sayması şartına bağlanmış olmasıyla, suç ve cezalara dair düzenlemelerin şekli bakımından kanun biçiminde çıkarılması yeterli olmayıp bunların içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerekir. Bu açıdan kanunun metni, bireylerin hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi eyleme hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir.

İtiraz konusu kuralda suçun kapsamı ve sınırları belirlenmiş olup kanun koyucu Türk Bayrağı'nın "*egemenlik alameti*" niteliğinden dolayı, Türk Bayrağı'ndan başka beyaz ay-yıldızlı al bayrak özelliklerini taşıyan her türlü işareti de egemenlik alameti sayarak himaye etmiştir. Ancak bu işaretin Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik alameti olarak kullanılması ve beyaz ay-yıldızlı al bayrak özelliklerini taşıması gerekmektedir. Kuralda yer alan ve belirsizliğe yol açtığı iddia edilen "*her türlü işaret*" ibaresi belli ölçüde soyut olmakla birlikte, bu kavramın beyaz ay-yıldızlı al bayrak özelliğini ve devletin egemenlik alameti olma niteliklerini birlikte taşıması gerektiği açıktır. Bu unsurları birlikte taşıyan "*her türlü işaret*"in kanun koyucu tarafından önceden tek tek belirlenmesindeki güçlük göz ardı edilemez. Bu nedenle itiraz konusu kuraldaki ibare belirtilen unsurlar doğrultusunda uygulamada somutlaştırılacaktır.

Öte yandan Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen "*kanun önünde eşitlik*" ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza

hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır. Ancak sadece suçun temel şeklini esas alarak ve suçun temel şekli için öngörülen ceza miktarlarını suçun nitelikli halleri ile kıyaslayarak suç ve ceza arasında adil denge bulunup bulunmadığı konusunda bir karar vermek sorunu tek yönlü ya da eksik olarak ele almak anlamına gelir. Bu nedenle suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında ceza miktarlarının kıyaslanması değil, o suçun toplumda yarattığı infial ve etki, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, zarar görenin kişiliği ile ona verilen zararın azlığı veya çokluğu, işlenme oranındaki azalma veya artış gibi faktörlerin de dikkate alınması gerekir.

5237 sayılı Kanun'un 300. ve 301. maddeleri, Kanun'un "*Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar*" başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, 5237 sayılı Kanun'un 301. maddesinde düzenlenen "*Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama*" suçu için öngörülen ceza ile itiraz konusu kuralda "*Devletin egemenlik alametlerini aşağılama*" suçu için öngörülen cezayı karşılaştırarak, bu hususun eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. İse de, başvuru kararında karşılaştırılan suçlar birlikte incelendiğinde, korunan hukuki yarar ve unsurlarındaki benzerliklere karşın, suçların nitelikleri, unsurları, cezaları, türleri, cezanın ağırlaştırıcı nedenleri yönünden tümüyle farklı oldukları anlaşılmaktadır. Bu durumda, farklı olan bu suçların karşılaştırılmaları mümkün olmadığından eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 25. maddesinde herkesin, düşünce ve kanaat özgürlüğüne sahip olduğu, her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimsenin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir.*" denilmek suretiyle temel hak ve özgürlükler arasında yer alan ifade özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında ise bu özgürlüğün sınırlandırılması sebeplerine yer verilerek bu hakkın mutlak olmadığı ve maddede belirtilen nedenlerle sınırlandırılabilirliği kabul edilmiştir. Buna göre, bu özgürlüğün milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve maddede belirtilen diğer nedenlerle sınırlandırılması mümkündür. Ancak, ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için belirtilen nedenlerden birinin varlığı yeterli olmayıp temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ifade özgürlüğü, Anayasa'nın 26. maddesinde belirtilen nedenlere bağlı olarak yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar, hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Ölçülülük ilkesi, "*elverişlilik*", "*gereklilik*" ve "*orantılılık*" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "*Elverişlilik*", getirilen kuralın, ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "*gereklilik*", getirilen kuralın, ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "*orantılılık*" ise getirilen kural ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Ölçülülük ilkesiyle devlet, cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür.

İtiraz konusu kuralda bayrak ve bayrak özelliğinde olan ve egemenlik alameti olarak kullanılan her türlü işareti aşağılama fiili cezalandırılmakta olup milli hisleri rencide eden hareketlerin önlenmesi amaçlanmaktadır. İtiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 25. ve 26. maddelerindeki hakların gayesine uygun bir şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara bağlamadığı dolayısıyla bu hakların özüne dokunmadığı, devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün, kamu düzeninin ve milli güvenliğin korunmasının gereği olarak, zorunlu bir sosyal ihtiyaçtan kaynaklandığı ve ülkenin milli birlik ve bütünlüğü gibi meşru bir amaç taşıdığı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralla, kanunla ve Anayasa'nın 26. maddesinde belirtilen özel sınırlandırma nedenine bağlı kalınarak kamu düzeninin sağlanması amacıyla demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında ifade özgürlüğüne bir sınırlandırma getirildiği, kuralda öngörülen cezanın da suçla korunan hukuki yarar dikkate alındığında orantılı olduğu, ölçülülük ilkesine aykırı bir durumun bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2., 10., 13., 25. ve 26. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın Anayasa'nın 11., 14. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 300. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Engin YILDIRIM'ın karşılığı ve OYÇOKLUĞUYLA, 27.3.2014 gününde karar verildi.

Başkanvekili

Başkanvekili

Üye

Serruh KALELİ

Alparslan ALTAN

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Üye

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Zehra Ayla PERKTAŞ

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Üye

Üye

Burhan ÜSTÜN

Engin YILDIRIM

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Erdal TERCAN

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M. Emin KUZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

Özgürlük insanlara duymak istemedikleri şeyleri söyleyebilmektir.

George Orwell

Eğer nefret ettiklerimizin düşünce özgürlüğüne inanmıyorsak, düşünce özgürlüğüne hiç inanmıyoruz demektir.

Noam Chomsky

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 300. maddesinin (1) numaralı fıkrası, "*Türk Bayrağını yırtarak, yakarak veya sair surette ve alenen aşağılayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu hüküm, Anayasada belirlenen beyaz ay yıldızlı al bayrak özelliklerini taşıyan ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik alameti olarak kullanılan her türlü işaret hakkında uygulanır*", hükmünü içermektedir.

Dava konusu kuralın, ".veya sair surette alenen aşağılayan." ve ".her türlü işaret.", ibareleri açısından Anayasa'ya aykırı olduğu düşüncesiyle bu karşı oy kaleme alınmıştır.

Anayasa'nın 26. maddesinde, "*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir*", düzenlemesi yer almaktadır. Bu hak mutlak olmayıp, maddenin ikinci fıkrasından belirtilen gerekçelerle sınırlandırılabilir. Buna ek olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sistemini düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların da demokratik toplum düzeni ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 26. maddesi ifadenin "başka yollarla" belirtilmesinin mümkün olduğunu çok açık bir şekilde kabul etmektedir. Dolayısıyla düşüncenin, şok ve rahatsız edici ve alışılmadık biçimlerde topluma ve diğer kişilere alenen iletilebileceğinin anayasal açıdan mümkün olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Kuralda yer alan yırtmak ve yakmak fiilleri de bu bağlamda düşüncenin ifadesi ve aktarılmasının simgesel biçimleri olarak görülebilir. Bununla birlikte, bayrak gibi bir simgenin yırtılması ve yakılması ile başka şekillerde alenen aşağılanması, mesela asılı bir bayrağın yere indirilmesi veya atılması şeklinde saygısızlık gösterilmesi arasında önemli bir fark vardır. Yırtmak ve yakmak bayrağın fiziksel bütünlüğünün yok edilerek, temsil ettiği değerlerin ve bu değerlerle kendisini özdeşleştirenlerin hiçleştirilmesi anlamına gelir. Buna karşılık bayrağın fiziksel bütünlüğünü yok etmeden ona yönelik saygısızlıklar ve ağır eleştiriler düşünce ve ifade özgürlüğü korumasından yararlanmalıdır. Davaya konu olan somut olayda, bir piyade er hakkında, "bayrağı, böyle askerliği, böyle vatanı sinkaf edeyim." gibi sözler söylediği iddiasıyla itiraz konusu kurala dayanılarak ceza davası açılmıştır. Bu son derece ağır eleştirinin konusunun bayraktan ziyade zorunlu askerlik hizmeti olduğunu söylemek mümkündür.

Bayrak bir bez üzerindeki bazı renkler ve simgelerden ibaret fiziksel bir nesne olmanın çok ötesinde toplumu meydana getiren bireylerin büyük bir kısmı bakımından duygusal anlamlar taşıyan, başka türlü aktarılması ve ifadesi edilmesi hayli zor olan bir dizi düşünceyi ve duyguyu ifade eden ve aktaran, saygı gösterilmesi gereken çok özel bir simgedir. Bununla birlikte düşünce ve ifade özgürlüğü açısından bayrağı sevmek, yüceltmek, kutsamak, saygı göstermek ile eleştirmek, saygısızlık etmek ve kayıtsız kalmak arasında herhangi bir fark yoktur. Devlet ve toplumun büyük bir çoğunluğu bayrakla ilgili sevmek, yüceltme, kutsama ve saygı gösterme düşüncesini ve davranışını tercih edebilir ama bu aykırı düşünenler ve davrananların ceza tehdidi altında bırakılmasını gerektirmemelidir. Bayrakta dahil olmak üzere belli bir simge hakkında tek bir meşru anlam, yorum ve düşüncenin olması gerektiği anlayışı demokratik toplum düzeninin en hayati gerekliliklerinden olan düşünce özgürlüğü ile bağdaşmamaktadır. Böyle bir toplumda kişilerin bayrağa farklı anlam yüklemeleri ve bunları çeşitli şekillerde ifade edebilmeleri gerekir. Bayrak toplumun önemli bir kesimince özgürlüğün, bağımsızlığın, egemenliğin ve bu değerleri korumak için en ulvi fedakarlığı yaparak canlarını verenlerin kanlarını simgelerken, bazı bireyler ve gruplar için çok farklı simgeler ve anlamlar çağrıştıracaktır. Bu durum bayrağa karşı bir saygısızlık şeklinde ortaya çıkabilir. Böyle bir saygısızlık 26. maddedeki düşüncenin, "başka yollarla" ifade edilmesi kapsamında düşünülmelidir. Düşünce ve ifade özgürlüğünün devletin ve toplumun çoğunluğunun düşüncelerini koruyup, onlar için kabul edilemez ve şok edici bulunan düşünceleri ve bunların çeşitli biçimlerde ifade edilmesini korumaması önemli bir eksiklik olacaktır.

Egemen bağımsız bir devlet olmanın ve milli birlik ve beraberliğin en önemli simgesi olan bayrak, bunların yanı sıra toplumun kabul ettiği anayasal değerleri de simgeler. Düşünce ve ifade özgürlüğü de bu anayasal değerlerin en önemlilerinden biridir. Bayrak, kendisini söz, yazı veya başka yollarla eleştirenlerin düşünce özgürlüğünü koruyan anayasal değerleri de simgelediğinden, bayrağa yönelik eleştirel ifadeler, saygısızlıklar ve eylemler cezalandırıldığında aslında bayrağın temsil ettiği anayasal değerler de cezalandırılmış olmaktadır.

Devletin ve toplumun önemli bir kısmının uygun görmediği bir düşünceyi kişiler cezai yaptırım tehdidi olmadan kamuya açık bir şekilde ifade edebilme ve iletebilme imkanına sahip olmalıdırlar. Mevcut siyasal ve toplumsal düzenin en duyarlı olduğu hususlarda aykırı düşünceleri savunabilme, tartışabilme ve iletebilme düşünce ve ifade özgürlüğünün mihenk taşıını oluşturmaktadır. Düşünce ve ifade özgürlüğünün bir işlevi de tartışmalara neden

olmasıdır ve bunu sağladığı zaman amacına hizmet etmiş kabul edilebilir. Düşüncelerin serbest piyasasında farklı düşüncelerin birbirleriyle rekabet edebilmesi hangi düşüncenin hatalı olduğunu anlamamıza yardımcı olacaktır. Cezalandırma tehdidi altında olmadan farklı düşüncelerin taraftarları karşı tarafın ikna edilmesine dayanan bir rekabet içinde olmalıdırlar. Düşünceler son derece sert, haksız, acımasız ve abartılı bir şekilde ifade edilebilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğünü demokratik bir toplumun temel değerlerinden biri olarak görmektedir. Mahkeme'ye göre ifade özgürlüğünün esas anlamı şok edici veya rahatsızlık verici ifadelerin korunmasıyla ortaya çıkmaktadır.^[1] Amerikan Yüksek Mahkemesi de ifade özgürlüğünün sembolik bir biçimi olarak değerlendirdiği bayrak yakılmasıyla ilgili *Texas v. Johnson* davasında, "kararımız, bayrağın en iyi şekilde yansıttığı özgürlük ve kucaklayıcılık ilkelerinin Johnson'un gibi eleştirileri hoş görmenin gücümüzün işareti ve kaynağı olduğuna dair inancın teyididir", demekten kaçınmamıştır.^[2] Yüksek Mahkeme istikrarlı bir şekilde önüne gelen bayrağa yönelik yakmayı da içeren fiziksel saldırıları ve alenen aşağılamayı Birinci Değişiklik kapsamındaki ifade özgürlüğünün sembolik biçimlerinden biri olarak değerlendirmiştir.^[3] Almanya Federal Anayasa Mahkemesi de fotoğraf kolajlaması yoluyla bir askeri yemin töreni sırasında Alman bayrağının üzerine küçük abdestini yapan insanları kitap kapağı olarak basan yayıncının cezalandırılmasının Alman Anayasası'nın 5. maddesinde güvence altına alınan sanat özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir.^[4] Devletin bayrağı korumadaki anayasal çıkarı ile bireyin sanatsal özgürlük anayasal çıkarını karşılaştıran Mahkemeye göre bayrak temel haklar karşısında en yüksek anayasal değere sahip değildir.^[5] Bunlara karşılık İsrail Yüksek Mahkemesi bayrakla ilgili saldırgan ve aşağılayıcı ifadelerin kullanılmasıyla ilgili bir davada bayrağın, "tüm İsrail halkının kolektif haysiyetini temsil etmesi nedeniyle anayasal koruma altında olduğunu" söyleyerek devletin toplum adına bayrağı korumadaki anayasal çıkarını temel haklardan üstün görmüştür.^[6]

Hiç kuşkusuz her toplumun bayrağa atfettiği önem ve değer aynı değildir. Türk toplumunda bayrak büyük bir saygı görmekte ve bayrağa yönelik saygısızlıklar ciddi bir tepkiyle karşılaşmaktadır. Milli birlik ve beraberliği, kamu düzenini sağlamak ve korumak adına itiraz konusu kuralın, ilk bakışta, anayasaya uygun olduğu düşünülebilir. Bununla beraber, kişinin ifade özgürlüğü ile devletin kendisi ve toplum adına bayrağı koruma çıkarı arasında bir dengeleme yapmak gerekmektedir. Bayrak nesnel bir gerçeklik olmanın ötesinde bir düşünceyi temsil ettiğinden, simgelediğinden anlamı tartışmalı olabilir. Kişi kendisini devletin bir yurttaşı olarak görebilir ama milletin bir parçası olarak nitelemeyebilir. Hoşgörü sistemi olması gereken anayasal bir demokraside anayasanın tanıdığı düşünce ve ifade özgürlüğünü kullanmak isteyen kişinin düşüncelerini ve bunu aktarma biçimlerini beğenmeyen toplumsal çoğunluğun hoşgörüsüzlüğüne kurban edilmesi, bu kişinin nesneleştirilerek, araçsallaştırılarak haysiyetinin çiğnenmesi anlamına gelmektedir. Üstelik bayrağa saygısızlığın neden olduğu toplumsal zarar ile düşünce özgürlüğü yoluyla bu fiili işleyen kişinin karşılaşacağı zarar aynı değildir. Kişi özgürlüğünden, işinden mahrum olabilecek, bu şekilde haysiyeti zedelenecektir. Kişinin manevi ve entelektüel gelişimiyle kendi dünya görüşünü hiçbir endişeye mahal olmadan serbestçe ifade edebilmesi arasındaki ilişkiyi de göz önüne aldığımızda düşünce özgürlüğünün kişi bakımından önemi daha da artmaktadır.

İtiraz konusu kuralın içerik ve kapsam olarak çok geniş ve soyut olması hukuk güvenliği ve belirlilik ilkelerine aykırı olacak şekilde kişiler açısından belirsizlik ve öngörülmezlik taşımaktadır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince kişilerin hangi fiillerinin suç teşkil ettiğinin kanunda en ufak bir şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, kesin ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kuralın öngördüğü suç, bayrağı sair surette ve alenen aşağılama

sayılabilecek her türlü fiil ve davranışla işlenebilir. Mesela, hezimetle sonuçlanan bir milli maç sonrasında futbolcuların formalarını aşağılayan, beyaz ay yıldızlı al bayrak rengi taşıyan atkıları yere atan bir futbol seyircisi itiraz konusu kural kapsamında soruşturma ile karşı karşıya kalabilir. Suçun manevi unsurunun oluşmadığı görülürse herhangi bir cezai yaptırımla karşılaşmaması büyük bir olasılıktır ama bunun bir garantisi yoktur. Kişi, bayrak ve egemenlik alameti taşıyan her türlü işaretle karşı karşıya geldiği her durumda kural kapsamında potansiyel olarak bir soruşturmayla yüz yüze gelebilir.

Yukarıda belirtilen gerekçelerle dava konusu kuralın "*veya sair surette alenen aşağılayan.*" ve "*her türlü işaret.*", ibareleri yönünden Anayasa'nın 2. ve 26. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Üye

Engin YILDIRIM

^[1]*Handyside/Birleşik Krallık*, Başvuru no. 5493/72; Karar tarihi. 7 Aralık 1976; *Lingens/Avusturya* Başvuru no.9815/82, Karar tarihi. 8Temmuz 1986; *Jersild/Danimarka* Başvuru no. 15890/89, Karar tarihi. 23 Eylül 1994.

^[2]Aktaran, Arslan, Zühtü (2002), "ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü" Arslan, Zühtü (der.) *ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, s. 27.

^[3]Bkz. *Street v. New York* 394 U.S. 576 (1969); *Spence v. Washington*, , 414 U.S. 815 (1973); *Smith v. Gougen*, 415 U.S. 566 (1974); *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989); *U.S. v. Eichman* 496 U.S. 310 (1990).

^[4]Krudewagen, Üte (2002), Political Symbols in Two Constitutional Orders: the Flag Desecration Decisions of the United States Supreme Court and the German Federal Constitutional Court", *Arizona Journal of International and Comparative Law* 19(2), s. 694.

^[5]Duggal, Kabir ve Shreyas, Sridhar (2006), Reconciling Freedom of Expression and Flag Desecration: a Comparative Study", *Hanse Law Review* 2(1), s.148.

^[6]Wattad, Mohammed Saif-Alden (2009), "The Meaning of Wrongdoing-A Crime of Disrespecting the Flag: Grounds for Preserving 'National Unity' " , *San Diego International Law Journal* 10, s. 61.