

TÜRKİYE'DE BAYRAĞA SAYGISIZLIK KONUSU

Dr. Murat Sevinç

Ankara Üniversitesi
Siyasal Bilgiler Fakültesi

• • •

Özet

Devletin egemenlik simgelerinden biri ve belki de en önemlisi olan bayrağa yapılan saygısızlıklar, ülkemizde bu güne dek üzerinde yeterince durulmamış bir konudur. 2005 ilkbaharında Türkiye’de yaşananlar, bayrağa yapılan saygısızlıkların tüzel (hukukî) anlamı üzerinde düşünmeyi gerekli hale getirmiştir. Bu yazının konusu, bayrağa yapılan saygısızlıkların tüze dünyasındaki sonuçlarıyla ilgilidir. Bir bayrağın ayaklar altına alınması, yırtılması, yakılması, yani en genel anlamıyla bayrağa yapılan saygısızlıklar tüzel açıdan ne anlam ifade etmektedir? İncelemenin odağında Türkiye’deki tüze dizgesi yer alırken, konunun ‘ifade özgürlüğü’ çerçevesinde hararetle tartışıldığı ABD (Amerika Birleşik Devletleri)’ye de değinilmiştir. Konu, asıl olarak ifade özgürlüğü çerçevesinde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’ndaki ve ilgili yasalardaki hükümler, ayrıca ulusal/uluslararası düzeydeki mahkeme kararlarıyla birlikte ele alınarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, temel haklar, ifade özgürlüğü, bayrağa saygısızlık, Bayrak Yasası.

The Flag Desecration Issue in Turkey

Abstract

The flag desecration controversy suggests that symbols can be extremely important to large number of people because the flags are one of the symbols of state’s sovereignty. This issue has not been tackled adequately in Turkey until today. What has happened in Turkey during the spring of 2005, has made clear that analyzing this controversy is a necessity. In this study, current legal problems on flag desecration and the meaning of flag desecration (like flag burning) have been analyzed. The analysis has focused particularly on Turkish law and some other western countries as well, especially in US where this issue has been discussed for more than a hundred years. In this article, the flag desecration issue has been handled within the frame of the Turkish constitution, national and international law on basic rights as well as decisions of courts. The study, tries to find an answer to these two questions; can the flag desecration be acceptable legal way of protest that is protected by the Constitution’s relevant articles about freedom of expression and dissemination of thought which would be seen related to flag desecration, and can desecration be considered as a way of expressing ideas ‘through other media’.

Keywords: Constitution, basic rights, freedom of expression, flag desecration, the law on flag.

Türkiye’de Bayrağa Saygısızlık Konusu

Bu yazı, ‘bayrağa saygısızlık’ konusunu tüzel (hukuki) açıdan incelemeyi amaçlamaktadır. Kuşkusuz, toplumsal ilişkileri düzenleyen başka kurallar da vardır ve bayrağa saygısızlık gibi bir konu, diğer toplumsal kurallar açısından da incelenebilir. Çünkü hemen her toplumda, bayrağa yapılan saygısızlık, o bayrak uğruna çok çeşitli fedakarlıklar yapmış olanların anısına ve o ülkede kabul görmüş değerlere karşı saygısızlık olarak da algılanır. Ancak bu saygısızlığın yaptırımı çok çeşitli olabilir. Bu çalışma, bayrağa yapılan saygısızlıkların, tüze dünyasındaki sonuçlarıyla ilgilenmektedir. Bir bayrağın ayaklar altına alınması, yırtılması ya da yakılması, tüzel olarak ne anlam ifade etmektedir? Çalışma çerçevesindeki inceleme, anayasa hukuku (anatüze) açısından yapılacak; bayrağa saygısızlığın ceza tüzesi açısından incelenmesi ise, o dalın uzmanlarına bırakılacaktır.

Çalışmanın odağında Türkiye’deki tüze dizgesi yer alırken, konunun ‘ifade özgürlüğü’ çerçevesinde hararetle tartışıldığı ABD’ye de, sınırlı da olsa değinilecektir.

Düşünce ve ifade özgürlüğüne ilişkin ulusal ve uluslararası yargı organlarının verdiği kararlar üzerinde gereğinden fazla durulmayacaktır. Bunun nedeni, söz konusu konularla ilgili çok sayıda kitap ve makale bulunması, dolayısıyla aynı satırların tekrar yazılmasından ve benzer görüşlerin yinelenmesinden kaçınma isteğidir.

Bayrağa Saygısızlık

Türkiye’de bayrağa saygısızlık konusu zaman zaman gündeme gelse de, bu incelemenin kaleme alınmasına neden olan gelişmeler 2005 yılının İlkbahar aylarında yaşanmıştır. Mersin’deki Nevruz kutlamalarında (21 Mart) bir grubun

Türkiye Cumhuriyeti bayrağına yaptığı saygısızlık kamuoyunda büyük tepki yaratırken, Genelkurmay Başkanlığı başta olmak üzere,¹ çok sayıda kurum ve kişi bu eylemi kınayan açıklamalar yapmış, ülkenin hemen her şehrinde gösteri yürüyüşleri düzenlenmiştir.²

Türkiye Cumhuriyeti bayrağına saygısızlıkla ilgili yapılan tüm açıklamalar, gösterilen tepkiler, düzenlenen yürüyüşler, açıklamalarda kullanılan dil, bilimsel anlamda incelenmeye muhtaçtır ve birden çok toplumsal bilim dalının alanına girmektedir. Bu nedenle bir yönüyle de tüze biliminin alanına girmektedir. Her ülke için farklı anlam ve değerler içeren bayrağa saygı gösterilmesi gerektiğini düşünmek doğaldır ve bu satırların yazarı da saygı duyulması gerektiğini savunmaktadır; ancak bilimsel bir çalışmanın önkoşulu, sorunu, önyargılardan ve duygusallıktan arınarak ele almaktır. Dolayısıyla tüzel açıdan, incelenmesi gereken sorun bir kişinin ya da toplumun, yapılan saygısızlıklar karşısında aldığı duygusal tavırlar değil, söz konusu eylemlerin tüze dünyasındaki anlamı ve sonuçlarıdır.

Türkiye'deki tüzel düzenlemelere geçmeden önce, konunun sıkça tartışma konusu olduğu ABD'ye değinmek yararlı olabilir.

1 Genelkurmay Başkanlığı Genel Sekreterliği tarafından, 22 Mart 2005 tarihinde yapılan açıklamada, alçakça ifadesiyle tanımlanan eylemi gerçekleştirenlerin 'sözde vatandaşlar' olduğu, Bayrağa el kaldırmanın 'gaflet, dalalet ve hıyanet' anlamına geldiği, TSK'nin vatan ve bayrak sevgisini denemeye kalkışanların, tarih sayfalarına bakmaları gerektiği 'saygı ile duyurulmuş'tur. Bu açıklamanın tam metni 23 Mart 2005 tarihli gazetelerde yayımlanmıştır.

2 27 Mart 2005 tarihli tüm gazetelerde çıkan bir haberde, Almanya Büyükelçisi (W. R. Born) tarafından bir Türk iş adamına verilecek olan fahri konsolosluk beratı nedeniyle yapılan törende, üzerinde Türk ve Alman bayrakları olan bir pastanın kesilmesine müdahale edilmiştir. Bu müdahaleyi yapan Erzurum Cumhuriyet Başsavcısı'dır. Başsavcı, pastanın kesilmesini "etik" bulmadığını açıklamış, bunun üzerine pasta alttan kesilerek konuklara dağıtılmıştır. Pastanın üst kısmının ne yapıldığı ise, belki bir 'mizah' yazısının konusu olabilir. Bu olayın ardından gazeteciler konunun 'uzmanlarından' bilgi almıştır. Sabah'ta çıkan değerlendirilmelerden biri, Prof. Dr. F. Yenisey'e aittir ve burada, üzerinde hiç yorum yapılmadan aktarılacaktır: "Bu gerçek bayrak için geçerlidir (Bayrak Kanunu'ndaki hükümler kastediliyor- M.S.). Bir pasta üzerine çizilmiş bayrak ise gerçek bayrak sayılmaz. Bu nedenle suç oluşturacak bir durum sayılmaz... Ancak Başsavcı da yerinde bir hassasiyet göstermiştir. Sonuçta bayrağın bir pasta üzerine çizilip kesilmesi de doğru değildir." (SABAH, 27 Mart 2005).

ABD'de Bayrak Sorunu

ABD'de bayrağa yapılan saygısızlıklara (flag desecration) ilişkin çok sayıda dava ve Anayasa'da/yasalarda değişiklik tartışmaları ve konuyu farklı boyutlarıyla inceleyen yayınlar bulunmaktadır.³ ABD'de bayrağa saygısızlık konusunda dönüm noktası niteliğindeki ilk olay 1969'da yaşanmıştır.⁴ Yüce Mahkeme (Supreme Court), bayrak yakma yoluyla New York yasasını ihlal ettiği gerekçesiyle mahkum edilen göstericilerin (insan hakları savunucusu James Meredith'in vurulduğunun duyulması üzerine) eylemini ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme'nin dayanağı Anayasa'daki İlk Ek'tir. Anayasa'nın bu hükmüne göre, "Kongre, ifade özgürlüğünü sınırlayacak yasa çıkaramaz" (Street v. New York (394 U.S. 576 -1969)). Yüce Mahkeme, 1974 yılında verdiği iki kararda da, bayrağa yapılan fiziksel saldırıyı ifade özgürlüğünün sembolik biçimlerinden biri kabul etmiştir (Smith v. Gougen, 415

3 Örneğin, Amerika'da bayrağa saygısızlığın tarihçesi ve toplumda yarattığı ahlaki ve milliyetçi tepkiler üzerine yazılmış kitap için bkz. (Welch, 2000).

4 Amerika'da 1969'a kadar yaşanan serüveni kısaca özetlemek gerekirse: 4 Temmuz 1858'de Boston'daki kölelik karşıtları siyah bayraklarla köleliği protesto etmişlerdir. Ardından, 1861- 1865 arasındaki iç savaş yıllarında, Kuzey'de bayrağın popülerliği giderek artarken, Güney'de, bayrağa saygısızlık eylemlerine rastlanmıştır. Temmuz 1862'de W. Mumford, New Orleans'ta bayrağa saygısızlık ettiği gerekçesiyle göz altına alınmıştır. 1878'de Kongre'de ilk kez, bayrağın reklam amaçlı kullanımını önlemek üzere bir yasa önerilmiştir. 1890'da, ilk kez, bayrağa saygısızlıkları önlemeye yönelik bir yasa Temsilciler Meclisi'nden geçmiştir. 1890'lar, Amerika'da, gazi dernekleri ve milliyetçi grupların, bayrağın korunması ve değerinin belletilmesi konusundaki çabalarına sahne olmuştur. Bu konudaki çalışmaları yürütmek üzere bir de Bayrak Koruma Akımı (FPM) adlı bir örgüt yaratılmıştır. 1897- 1932 yılları arasında, FPM'nin çabalarıyla, bayrak koruma yasaları tüm federe devletlerde kabul edilmiş, ancak FPM, federal düzeyde benzer bir yasama faaliyetini gerçekleştirmede başarılı olamamıştır. Konu ilk kez 1907'de Yüce Mahkeme'ye gelmiş ve Mahkeme Halter v. Nebraska davasında, Bayrak Koruma Yasası'nı Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Yine Yüce Mahkeme, 1931'deki kararında (Stromberg v. California), kızıl bayrağın barışçıl amaçlarla sergilenmesinin yasaklanamayacağına, Anayasa'nın ilk Ek'ini gerekçe göstererek karar vermiş ve kızıl bayrak açılmasını, 'sembolik ifade' olarak değerlendirmiştir. Mahkeme, 1943 yılındaki kararıyla da (W. Virginia Board of Education v. Barnette), okullarda zorunlu olarak bayrak selamlanmasını, yine aynı hükme dayanarak Anayasa'ya aykırı bulmuştur. 1960'larda, Bayrağın reklam amaçlı kullanılmasının önündeki yasaklar, Amerikan Tüze Enstitüsü tarafından eleştirilmiş ve fazla 'anakronik' bulunmuştur. Konuya ilişkin yoğun tartışmalar, Vietnam Savaşı yıllarında yaşanmış, 1967'de, savaşı protesto edenler New York'ta bayrak yakmış, 1968'de Kongre, Federal Bayrak Koruma Yasası'nı (Federal Flag Desecration Law) çıkarmıştır. Bu konudaki bilgiler için ayrıca bkz. (Goldstein, 2000: 255 vd.).

U.S. 566 -1974; Spence v. Washington, , 414 U.S. 815 -1973). 1979- 1984 arasında Devrimci Komünist Parti (RCP), Amerikan dış siyasetini eleştirme gerekçesiyle çok sayıda bayrak yakma eylemi düzenlemiştir.

Tarihsel önemi büyük olan ikinci Yüce Mahkeme kararı, 1989'daki Texas v. Johnson (491 US 397 -1989) davasında alınmıştır. Dallas'ta, R. Reagan'ın yeniden aday oluşunu protesto sırasında bayrak yaktığı için tutuklanan G. L. Johnson, Texas yasasını ihlal ettiği gerekçesiyle yargılanmış, Aralık 1984'te bir yıl hapis ve 2000 dolar para cezasına mahkum olmuştur. Temyiz aşamalarının ardından, Haziran 1989'da Mahkeme, Johnson'ın eylemini siyasi bir protesto biçimi kabul etmiştir.

Cumhuriyetçi iktidar, aynı yılın yazında bir Anayasa değişikliği hazırlanmasına karar vermiş ancak Bayrak Koruma Yasası (Flag Protection Act) Kongre'de kabul edilirken, Anayasa değişikliği önerisi 19 Ekim'de Senato'da reddedilmiştir. Yasa, hemen ihlal edilmiş ve dava nihai olarak Mahkeme'ye geldiğinde Yüce Mahkeme, Haziran 1990'daki U.S. v. Eichman (496 U.S. 310 -1990) kararında, aynı gerekçeyle Yasa'nın uygulanamayacağına karar vermiştir.

Bu tarihten sonra Anayasa değişikliği çabaları sürmüştür. 1995'teki değişiklik önerisi, Temsilciler Meclisi'nde kabul edilmiş ancak Senato'da gereken 2/3 kabul sayısına, üç oy eksikliği nedeniyle ulaşamamıştır. 1999'da, bir değişiklik önerisi daha gündeme gelmiş ve Temsilciler Meclisi'nin kabul ettiği değişiklik, yine Senato tarafından, bu kez dört oy eksikliğiyle reddedilmiştir.

Görüldüğü gibi her ne kadar tartışmalar sürse de, bayrağa yapılan saygısızlık konusunda Amerikan yargısının bu güne dek sergilediği tavır, bu eylemleri Anayasa'nın Birinci Ek'i ile de güvence altına alınmış olan 'ifade özgürlüğü' bağlamında, bir başka deyişle, kurulu demokratik düzene 'açık ve yakın tehlike' oluşturan hareketler olarak değerlendirmemek şeklinde olmuştur. Amerikan ve Türkiye'nin de dahil olduğu Kıta Avrupası tüze dizgeleri temelde birbirinden farklıysa da, Yüce Mahkeme'nin bu konudaki kararları, bayrağa saygısızlık şeklinde değerlendirilen eylemlerin tüzel anlamı ve düşüncenin çeşitli yol ve araçlarla ifade edilebilmesi konusundaki tartışmayı zenginleştirebilecek niteliktedir.⁵

⁵ Kaboğlu, ABD'nin özgünlüğünü şu satırlarla dile getirmektedir: "Fransa ve Almanya gibi kimi Avrupa ülkeleri, ifade özgürlüğüne yasama sınırları öngörmelerine karşın, Kuzey Amerika ifade özgürlüğüne hiçbir sınır öngörmemiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, ulusal bayrağı yakma -anayasal değerlere aykırı ise de- bu jest, ifade özgürlüğü şeklinde ortaya konduğu andan itibaren yaptırıma bağlı kılınmaz. Yüksek Mahkeme içtihatlarına göre, ABD'de ifade özgürlüğü o derece güçlüdür ki, ırkçı siyasal

Türkiye’de Bayrağa Saygısızlık Konusu

Bayrağa saygısızlık, anayasal açıdan temel haklar ve özgürlükler çerçevesinde incelenebilecek bir konudur. Bilindiği gibi uluslararası tüzede insan hakları konusunda kabul edilen temel ilke ve kurallar, anayasa metinlerinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin başlıklar altında düzenlenmektedir. Bayrak yırtma, yakma gibi eylemler ise, temel hak ve özgürlükler üst başlığı altında yer alan düşünce ve ifade özgürlükleri çerçevesinde ele alınabilir. Çünkü, örneğin bayrak yakma gibi bir eylem, açıktır ki bir ülke ya da devletle özdeşleşmiş değerlere gösterilen tepki sonucu gerçekleştirilmektedir.

Burada, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’na (1982’den bu güne yapılan değişikliklerin ardından), düşünce ve ifade özgürlüğüne ilişkin düzenlemeler açısından bakılacaktır. Günümüz batı demokrasilerinde demokrasinin ve tüze devleti ilkelerinin nasıl tanımlandığı bellidir. Zaten Anayasa’nın temel hakları düzenleyen hükümlerinde de, demokratik bir tüze devletin olmaması olmazları sayılarak bu ilkeler anlamlı hale getirilmeye çalışılmıştır. Kuşkusuz Anayasa’nın tümü göz önünde bulundurulduğunda, demokratik ve tüze devleti nitelikleri konusunda tartışılacak hükümler hâlen varlıklarını sürdürmektedir; ancak söz konusu düzenleme ve tartışmalar bu çalışmanın kapsamı dışındadır.

İlgili Anayasal Düzenlemeler

1982 Anayasası’nda, bayrağa yapılan saygısızlıkların tüze dünyasındaki anlamı ve düşünce/ifade özgürlükleri çerçevesinde üzerinde durulması gereken hükümleri, 25. ve 26. maddelerdir.⁶ ‘Düşünce ve kanaat hürriyeti’ başlıklı 25. maddeye göre, herkes düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir; her ne sebep ve amaçla olursa olsun hiç kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz;

diskurlar, hükümete karşı söylevler hiçbir zaman soruşturulmaz” (Carillo, s.490’dan aktaran Kaboğlu, 1998: 218).

6 1961 Anayasası’nda ikili ayırıma gidilmemiş ve düşünce ile ifade özgürlüğü aynı maddede, sınırlama nedenlerine yer verilmeksizin düzenlenmiştir. Düşünce Hürriyeti başlığını taşıyan 20. maddeye göre, “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir; düşünce ve kanaatlerini, söz, yazı, resim ile veya başka yollarla, tek başına veya toplu olarak açıklayabilir ve yayabilir. Kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz.”

1961 Anayasası döneminde söz konusu 20. maddeyle düzenlenen özgürlüklere bir sınır getirilip getirilmediği, gerek 1961 Anayasası’nın ilk hali, gerekse 1971’de yapılan değişikliğin ardından (20.9.1971 gün ve 1488 sayılı Yasa ile), temel hakların özü, sınırlanması ve kötüye kullanılmaması başlığını taşıyan 11. maddesi bağlamında tartışılmıştır. Bu tartışmalar için bkz. (kaboğlu, 2002: 352-353; kuzu, 1995: 33 vd).

düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz. Anayasa'nın, 'Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti' başlıklı 26. maddesi ise, bir önceki maddeyi tamamlar niteliktedir. 26. maddeye göre, herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim ya da başka yollarla tek başına/toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir.

Konumuz açısından yol gösterici olan, madde metnine MGK (Milli Güvenlik Konseyi) tarafından eklenen, 'başka yollarla' ifadesidir. Güran, 1961 Anayasası'nın aynı yöndeki hükmüne gönderme yaparak, bu ifadeyi şu şekilde tanımlamaktadır: "... bir fikir, düşünce ve görüşü söz, yazı, resim vasıtasıyla olduğu gibi, bunların dışında kalan herhangi bir başka şekilde ve yolla ifade etmek imkanı mevcuttur. Bu ifade vasıtaları, bir fikir ve düşüncenin kamuya ulaştırılması, yayılması, kamuoyunun meydana getirilmesi fonksiyon ve görevini ifa etmeye yarayacak vasıta olarak akla gelebilecek her vasıta... Bu vasıtaların, alışılmış, mutad, hoş görülen, klasik, bilinen yol ve şekiller olması kadar; toplumun çoğunluğunun henüz bilmediği, alışmadığı, hoş görmediği, olağan karşılamadığı, antipati duyduğu, reaksiyon gösterdiği vasıta olması da mümkündür..." (Güran, 1969: 28).⁷ Tanör de, düşünce özgürlüğünü tanımlarken aynı ifadeye başvurmuştur. Tanör'ün tanımıyla düşünce özgürlüğü, insanın bilgilere serbestçe ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması, bunları tek başına ya da başkalarıyla birlikte ve 'çeşitli yollarla' serbestçe açıklayabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi, yayabilmesi anlamına gelir (Tanör, 1995: 89). Dolayısıyla, ifadenin 'başka yollarla' sergilenmesinin olanaklılığı, dile getirilen görüşün, alışılmadık, rahatsız edici yollarla diğer kişilere iletilebileceğinin ve bu durumun, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebileceğinin ipuçlarını vermektedir.⁸

Anayasa'nın 26. maddesinin 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasa'nın 9. maddesi ile değiştirilmiş ikinci fıkrasında ise, bu özgürlüklerin hangi durumlarda sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Buna göre, bu hürriyetlerin kullanılması, "...milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak

7 'Başka yollar' ifadesinin hangi durumları kapsayabileceğine bir örnek için ayrıca bkz. (Sevinç, 2002: 126-127) ve (Paçacı, 1998: 127-149). Kaboğlu'na göre de, "İfade araçları, yazma, konuşma, görüntü, resim, örnekleme şeklinde belirtilmiş olup 'başka yollarla' deyimiyle tüketici olmaktan uzak tutulmuştur" (Kaboğlu, 1998: 213).

8 'Başka yollarla' ifadesi, örneğin, BM Kişi Özgürlükleri ve Siyasal Haklar Anlaşması'nın 19. maddesi, İspanyol Anayasası'nın 20/1 (a) maddesi, Portekiz Anayasası, Romanya (1992) Anayasası'nın 31. maddesi ve İtalyan Anayasası'nın 21. maddesinde de yer almaktadır.

usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.”

Görüldüğü gibi 26. maddenin ikinci fıkrası, bazı durumlarda ve bazı değerlerin korunması amaçlarıyla, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün sınırlanabileceğini öngörmektedir. Yani maddenin ilk fıkrasına göre; görüşünü söz, yazı, resim ya da diğer yollarla ‘dile getirme’ özgürlüğü olan bir kişinin bu özgürlüğü, ikinci fıkrafta sayılan durumlar gerekçe gösterilerek sınırlanabilir. Bu fıkra, 2001 yılında değiştirilmekle birlikte sözcüklerin/kavramların bir kısmı kaçınılmaz olarak tanımlanmaya muhtaçtır. Ancak, 26. maddedeki sınırlamalar ve bunların düşünce ve ifade özgürlüklerini sınırlamak için kullanılabilirliği konusunu incelemek için, Anayasa’nın konuyla doğrudan ilgili diğer hükümlerine de bakmak gerekir. Bunlar, Anayasa’nın ‘Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması’ başlıklı 13., ‘Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması’ başlıklı 14. ve ‘Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması’ başlıklı 15. maddeleridir.

Anayasa’nın 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir ve bu sınırlamalar, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin, lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Örneğin bu yazının ana eksenini oluşturan ‘düşünce ve ifade özgürlükleri’ açısından değerlendirildiğinde, bir kişinin düşünce ve düşündüklerini çeşitli yollarla ifade etme hak ve özgürlüğünün sınırlanabilmesi için, bu sınırlamanın, hakkın ‘özüne’ dokunulmaksızın yapılması gerekir. Yani sınırlama o hakkın kullanılmasını imkânsız hale getirmemelidir. Yine sınırlama, Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı olarak yapılabilir. Örneğin, 26. madde kapsamında düzenlenen hak ve özgürlükler, yine o maddede sayılan nedenlere dayanılarak sınırlanabilir ki bu sınırlama gerekçelerinin belirsizliğine yukarıda değinilmiştir. Madde ile getirilen bir başka güvence, sınırlamaların ancak kanunla yapılabileceğidir. Ayrıca sınırlama ‘ölçülü’ ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmalıdır. Buradaki ‘demokratik toplum düzeni’ ifadesinden, temel ilkeleri Batı demokrasileri tarafından yaratılan ve özellikle günümüzde, insan hakları ve tüze devleti ilkelerinden ayrı düşünülemeyecek olan demokrasiyi anlamak yerinde olacaktır.

Anayasa’nın 14. maddesi, Anayasa’da yer alan hak ve özgürlüklerin hiçbirinin, bazı temel ilkeleri ortadan kaldırmayı amaçlayamayacağını öngörmektedir. Bu ilkeler, 26. maddenin ikinci fıkrasında sayılan sınırlama nedenlerine benzerdir. Örneğin, bölünmez bütünlüğü bozma, insan haklarına

dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırma gibi.⁹ İkinci fıkra ise, hiçbir Anayasa hükmünün devlete ya da kişilere, temel hak ve özgürlüklerin yok edilmesi, ya da Anayasa'da belirtilenden daha geniş sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı olanaklı kılacak şekilde yorumlanamayacağı kuralını içermektedir. Dikkat edilirse bu 'yorumlama' sınırı devlet için de geçerlidir. 15. madde ise, bu hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasına ilişkindir ve konumuz açısından önemli olan ikinci fıkrasıdır. 7.5.2004 gün ve 5170 sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile değiştirilen fıkraya göre, birinci fıkroda belirlenen (savaş, seferberlik, sıkıyönetim ya da olağanüstü hal) hallerde dahi dokunulamayacak bazı temel haklar vardır. Bu durumlarda da, hiçkimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz.

AİHS Açısından Değerlendirme

Yukarıda da belirtildiği gibi temel hak ve özgürlükler konusu, pek çok uluslararası insan hakları belgesinde yer almaktadır. Ancak bu yazının konusu açısından başat önemdeki uluslararası sözleşme, AİHS (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)'dir. Sözleşme'nin dokuzuncu ve onuncu maddeleri düşünce ve ifade özgürlüklerine ilişkindir. Sözleşme'nin 'Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü' başlığını taşıyan dokuzuncu maddesine göre, "Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, ancak kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir." Görüldüğü gibi Sözleşme'deki sınırlama nedenleri, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da yer almaktadır. AİHS'nin onuncu maddesiyle düşünce özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, Tanör'ün deyişiyle, akla gelebilecek ve her ülkeyi tatmin edecek tüm sınırlama nedenlerini içerir şekilde formüle edilmiştir. Tek tek Avrupa ülkeleri anayasalarına bakıldığında hiç birinde bu sınırlamalara toplu olarak yer verilmediği görülmektedir. Sözleşme'de bu kadar çok

9 Bu madde 2001 yılında değiştirilmeden önce daha fazla 'gerekçe' içeriyordu ve sayılan sınırlama gerekçelerinin 'amaçlanamayacağını' hükme bağlıyordu. Oysa değişikliğin ardından, 'amaçlayan' yerine, 'amaçlayan bir faaliyette bulunmak' ifadesi yer almıştır. 1961 Anayasası'nda ise (11. madde), amaç yerine 'kast' sözcüğü kullanılmıştı. Bu konudaki değerlendirmeler için ayrıca bkz. (Paçacı, 1997-98: 141 vd.)

sınırlama olmasının nedeni, ülke anayasalarındaki tüm sınırlamaları metne dahil edip üst üste koyarak ülkeleri 'imzalamaya' kolay ikna edebilmektir. Oysa Türkiye Cumhuriyeti Anayasası bu sınırlamaların 'Sözleşme'ye koşut olarak' tümüne yer veren tek istisnadır (Tanör, 1998: 265).

Sözleşme'nin 'ifade özgürlüğü' başlığını taşıyan onuncu maddesine göre, "Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir." Sözleşme, bu hak ve özgürlüklerin hangi hallerde sınırlanabileceğini de 15. maddede düzenlemektedir. AİHM, ifade özgürlüğünü demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden biri kabul etmektedir. Mahkeme'ye göre ifade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan biridir ve onuncu maddenin ikinci paragrafı uyarınca söz konusu özgürlük *'kabul gören, zararsız ya da kayıtsızlık içeren bilgiler ve fikirler için değil, aynı zamanda kırııcı, şok edici ya da rahatsızlık verici ifadeler'* için de geçerlidir. Mahkeme için bunlar, demokratik bir toplumun 'olmazsa olmazı' olan çok seslilik, tolerans ve hoşgörünün gerekleridir.¹⁰ AİHM kararında bu yazının konusu açısından en çarpıcı nokta, ifade edilen düşüncelerin **'şok edici'** olabileceğinin, bu nitelikteki görüşlerin de özgürce dile getirilebileceğinin vurgulanmış olmasıdır. Bu vurguyla, ifade özgürlüğünün 'çeşitli yollarla' dile getirilmesinin 'şiddete, ırkçılığa çağrı yapmadığı' sürece kabul edildiği vurgulanmalıdır. Burada, çağcıl demokratik ceza tüzesi yönteminin bir örneğiyle karşı karşıya olduğumuz söylenebilir. Bu yöntem ya da yol, soyut değil, somut tehlikeyi suç haline getirmek, değişik amaçlarla yapılan açıklamaları ancak "gerçek unsurları itibarıyla belirlenmiş bir tehlikeyi ortaya çıkarmaları halinde cezalandırmak, yani zorunluluk hallerinde tahriki cezalandırmak için bunun somut bir tehlikeye meydan verecek nitelikte olup olmadığına bakmak" şeklinde tanımlanabilir. Bu

10 Türkiye'ye ilişkin örnek karar için bkz: www.yargitay.com.tr/aihm/tcKarkin.html. Ayrıca bir başka örnek karar için de bkz: The Observer and Guardian v. United Kingdom (1991), IIHRL 69 (26.11.1991) SerA No.216.

yaklaşım öncelikle ABD Yüce Mahkemesi tarafından 'açık ve yakın tehlike' ölçütü şeklinde formüle edilmiş ve ardından AİHM tarafından da 'üstü örtük' olarak benimsenmiştir. 'Üstü örtük' ifadesinin kullanılmasının nedeni, AİHM'nin, kararlarında bu ölçütü doğrudan anmasa da geliştirdiği diğer ölçütlerin hemen hemen aynı kapağa çıkmasındandır. AİHM'nin, ifade eden kişinin konumuna, sözlerinin yarattığı etkiye (vb.) bakıp 'açık ve yakın tehlike' ölçütünü benimsediğini açıkça dile getirmemesinin, Mahkeme'nin, kendisine bir hareket alanı yaratmak amacından kaynaklandığı da varsayılabilir.¹¹

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz." Fıkra, 7.5.2004 gün ve 5170 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile, konumuz açısından yaşamsal önemde olan bir cümle eklenmiştir. Buna göre, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." Bu değişiklikle her düzeydeki mahkeme, bir yasa ile Sözleşme hükümleri arasında çatışma olup olmadığını denetleyecek ve çatışma saptadığı durumda, yasaı değil Sözleşme hükmünü uygulayacaktır. Sözleşme hükümleri yasalara göre soyut hükümler içerdiğinden mahkemeler, kaçınılmaz olarak, bu soyut hükümleri somutlaştıran AİHM kararlarına da bakacaklardır ki, bu durum AİHM'nin Türkiye'deki yargı kararları üzerindeki etkisini giderek artıracaktır.¹² Örneğin, bayrağa saygısızlık yaptığı öne sürülen bir kişinin yargılanması sırasında, Bayrak Yasası'nın gönderme yaptığı TCK (Türk Ceza Kanunu)'nin ilgili hükmü ile AİHS'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen onuncu maddesi ve AİHM'nin bu kavramı tanımlayan kararları arasında bir çatışma olup olmadığına bakılacak ve varsa, yasa hükmü uygulanmayacaktır.

Buraya kadar anlatılanlardan, Anayasa'nın (özellikle 2004'te 90. maddede yapılan değişikliğin ardından) temel haklar, özellikle 'ifade özgürlüğü'nün korunması açısından azımsanamaz bir 'güvenceler demeti' sunduğu sonucuna

11 Burada akla, AİHS'nin ve AİHM kararlarının ulusal tüzemizdeki anlamı, değeri ve uygulanabilirliği sorusu gelecektir. Yazının başlangıcında da belirtildiği gibi AİHS ve yargılama organı konusunda yazılmış çok sayıda eser bulunmaktadır ve bu yazı çerçevesinde söz konusu eserlere tekrar ayrıntılı şekilde değinmenin ne literatüre ne de bu yazıya herhangi bir katkısı olacaktır. Dolayısıyla sadece ilgili Anayasa hükmünü anmak yeterli bulunmuştur.

12 Hüküm, 'milletlerarası andlaşmalar' ifadesine yer vermektedir. AİHS ise bu andlaşmalardan sadece birisidir; ancak konumuz açısından birincil önemde olanı da AİHS'dir.

varılabilir. Buradan sonra, Türkiye’de ‘bayrağa saygısızlık’ şeklindeki bir eylemin tüzel açıdan ne anlama geldiği ve sonuçlarının neler olabileceği ilgili ulusal düzenlemeler göz önünde bulundurularak incelenecektir.

Bayrak Yasası, Tüzüğü ve İlgili TCK Düzenlemeleri

Bayrak Yasası ve Tüzüğü

22.9.1983 gün ve 2893 sayılı Bayrak Kanunu, 12 maddeden oluşmaktadır. Yasa’nın ilk altı maddesi amacına, bayrağın çekilmesi ve indirilmesine, yarıya çekilmesine, selamlanmasına ve bayrağın örtülebileceği yerlere ilişkindir. Yedinci ve sekizinci maddeler ‘yasaklar’ ve ‘cezalar’ başlığını taşımaktadır. Dokuzuncu madde, çıkarılacak tüzüğe, onuncu madde yürürlükten kaldırılan Yasa (29.5.1936 gün ve 2994 sayılı Yasa)’ya, 11. madde yürürlüğe ve 12. madde yürütmeye ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Yasa’nın üçüncü maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları, 14.7.1999 gün ve 4409 sayılı Yasa ile değiştirilmiştir.¹³ Yasa genel çerçeveyi çizmiş ve ayrıntıları Tüzük’e bırakmıştır. Bu çalışmayı asıl ilgilendiren Yasa’nın yedinci ve sekizinci maddeleridir.¹⁴

‘Yasaklar’ başlığını taşıyan yedinci maddeye göre;

“Türk Bayrağı, yırtık, sökük, yamalı, delik, kirli, soluk, buruşuk veya layık olduğu manevi değeri zedeleyecek herhangi bir şekilde kullanılamaz. Resmi yemin törenleri dışında her ne maksatla olursa olsun, masalara kürsülere, örtü olarak serilemez. Oturulan veya ayakla basılan yerlere konulamaz. Bu yerlere ve benzeri eşyaya

13 TBMM Tutanak Dergisi, D.21, C.6, YY.1, B.33, 14.7.1999. Bu değişikliğe göre, “Kamu kurum ve kuruluşlarında Türk Bayrağı sürekli çekili kalır. Bayrağın; nerelerde daimi olarak çekilmeyeceği, hangi kapalı yerlere konulacağı, nerelere fon olarak takılacağı veya asılacağı, kamu kurum ve kuruluşlarından başka yerlerde ne zaman ve nasıl çekileceği, Türk Silahlı Kuvvetleri yüzer birliklerinde ve Türk Bandıralı ticaret gemilerinde Bayrak çekme ve indirme zamanları ile Bayrak çekilirken ve indirilirken yapılacak törene ilişkin hususlar tüzükte gösterilir.”

14 Bu yasa, tarihinden de anlaşılabilir gibi, 12 Eylül Yasaları olarak bilinen ve 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasa’nın 34. maddesiyle değiştirilene dek Anayasa’nın geçici 15. maddesinin ‘korumasında’ olan, yani Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülemeyen yasalardandır. Değişikliğin ardından Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülmesi önünde bir engel kalmamıştır.

Bayrağın şekli yapılamaz. Elbise veya üniforma şeklinde giyilemez.¹⁵ Hiçbir siyasi parti, teşekkül, dernek, vakıf ve tüzükte belirlenecek kamu kurum ve kuruluşları dışında kalan kurum ve kuruluşun amblem, flama, sembol ve benzerlerinin ön veya arka yüzünde esas veya fon teşkil edecek şekilde kullanılamaz. Türk Bayrağına sözle, yazı veya hareketle veya herhangi bir şekilde hakaret edilemez, saygısızlıkta bulunulamaz. Bayrak yırtılamaz, yakılamaz, yere atılamaz, gerekli özen gösterilmeden kullanılamaz. Bu Kanuna ve tüzüğe aykırı fiiller yetkililerce derhal önlenir ve gerekli soruşturma yapılır.”

‘Cezalar’ başlığını taşıyan sekizinci maddeye göre,

“Bu Kanuna ve çıkarılacak tüzüğe aykırı olarak Bayrak yapmak, satmak ve kullanmak yasaktır. Bu yasağa aykırı olarak yapılan Bayraklar o mahallin yetkili amirlerince toplatılır. Bu Kanun hükümlerine aykırı davranışta bulunanlar suçları daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde Türk Ceza Kanununun 526 ncı maddesi uyarınca cezalandırılır.”¹⁶

Bayrak Tüzüğü, 17.3.1985 tarihli Resmi Gazete’de (18697 sayılı) yayımlanmıştır. Tüzük, 41 maddeden oluşmaktadır ve Bayrak Yasası’nın uygulanmasına ilişkin son derece ayrıntılı kurallar içermektedir. Yasa’da yer alan yasaklar Tüzük’te de sayılmış ve 39. madde ile, ‘Türk Bayrağı Kanununa ve bu Tüzüğe aykırı fiillerin yetkili makamlarca derhal önleneyeceği’ belirtilmiştir. Ancak Tüzük ayrıntılı olarak incelendiğinde söz konusu hükmün uygulanmadığı görülmektedir. Örneğin şehir sokaklarında yapılan sıradan bir yürüyüş sırasında, çeşitli yerlere asılmış bayrakların, Tüzük’te tanımlanan haliyle ‘bayrağa’ benzemediği hemen farkedilebilir. Yine Tüzük’e göre, bayrağın hangi taşıtlarda yer alabileceği de açıktır. Bayrak çekilebilecek binek taşıtları,

15 Eski ve yeni Bayrak Yasaları arasındaki farklardan biri bu konuya ilişkindir. 29.5.1936 gün ve 2994 sayılı Yasa’da (Resmi Gazete, 5.6.1936-3322), yeni Yasa’daki Türk Bayrağı’nın ‘elbise veya üniforma şeklinde giyilemeyeceği’ şeklinde bir yasak bulunmamaktadır.

16 1936 tarihli Yasa’nın altıncı maddesinde, Türk Bayrağı Kanunu hükümlerinin ihlali durumunda uygulanacak yaptırım düzenlenmiştir. Buna göre, “Bu Kanun hükümlerine ve yapılacak nizamnameye muhalif olarak bayrak yapmak ve satmak yasaktır. Bu yasağa aykırı gidenler, Türk Ceza Kanunu’nun 526’ıncı maddesine göre cezalandırılır...” Oysa yeni Yasa’ya göre söz konusu olan artık münhasıran ‘Kanuna aykırı bayrak yapma ve satma suçu’ değil, genel olarak ‘Kanuna aykırı davranış’tır. İki Yasa arasındaki önemli farklılıklardan bir de budur. Bkz. (Gemalmaz, 2005: 1053-1054).

“Cumhurbaşkanının, illerde valilerin, görevli bulundukları dış ülkelerde büyükelçilerin binek taşıtları”dır. Aynı sınırlama 25. maddede de bulunmaktadır. Oysa 2005 yılının bahar aylarında, Türkiye’nin pek çok şehrindeki çok sayıda ticari ve özel taşıt, bayrak motifiyle bezenmiş durumdaydı.

İlgili TCK Düzenlemeleri

Bayrak Yasası’na aykırı davranışta bulunanlar, ‘suçları daha ağır bir cezayı gerektirmiyorsa’ TCK’nin (eski) 526. maddesi uyarınca cezalandırılırlar. Yani eğer eylem, Bayrak Yasası’nın yasakladığı fiillerin ihlali şeklindeyse işletilecek ceza maddesi TCK’nin 526. maddesinin, yok eğer fiil ile aynı zamanda başka ihlaller de söz konusuysa -ki bu konu hemen aşağıda anlatılacaktır- daha ağır bir yaptırımın uygulanması söz konusu olacaktır.

526. madde, (eski) TCK’nin Kabahatler’i düzenleyen Üçüncü Kitap’ının, ‘Ammenin Nizamına Müteallik Kabahatler’i düzenleyen Birinci Fasıl’ında yer almaktaydı. Madde 1971 ve 1979’da iki kez değiştirilmişti (28.9.1971- 1490/20 md.; 12.6.1979- 2248/20 md.). Bayrak Yasası’nın gönderme yaptığı hüküm maddenin ilk fıkrasıydı. Buna göre,

“Yetkili makamlar tarafından adli işlemler dolayısıyla ya da kamu güvenliği ve kamu düzeni veya genel sağlığın korunması düşüncesiyle kanun ve nizamlara aykırı olmayarak verilen bir buyruğu dinlemeyen veya bu yolda alınmış bir önleme uymayan kimse, eylem ayrı bir suç oluşturmadığı takdirde, üç aydan altı aya kadar hafif hapis ve bin liradan üç bin liraya kadar hafif para cezasıyla cezalandırılır.”

Bu konulara ilişkin davalara Sulh Ceza mahkemelerinde bakılmaktadır.

Ancak bilindiği gibi, 765 sayılı eski TCK, 26.9.2004 gün ve 5237 sayılı Yasa ile (*Resmi Gazete*, 12.11.2004- 25611) kaldırılmıştır ve yeni Yasa 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yürürlükteki TCK’ye baktığımızda, eski TCK 526. maddesinin karşılığı olan düzenlemeyi, yeni TCK’nin 222. maddesinde görmekteyiz. Ancak Yeni TCK’nin Şapka ve Türk Harfleri başlığını taşıyan 222. maddesinde, eski Yasa’nın 526. maddesinin, yukarıda alıntı yapılan ‘birinci fıkrası’nın yer almadığı söylenmelidir. Yeni düzenlemede, eski 526. maddenin sadece şapka ve Türk harflerine ilişkin ikinci fıkrası hükümleri var. Kuşkusuz bu noktada Bayrak Kanunu’na aykırılığın, yeni TCK çerçevesinde cezalandırılıp cezalandırılmayacağı sorusu sorulabilir. Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi göz önünde bulundurulduğunda, bu değişikliğin ardından bayrağa saygısızlığın, hemen aşağıda anlatılacak olan, ‘ağırlaştırılmış biçiminin’ cezalandırılabileceği sonucuna varılabilir. Kuşkusuz söz konusu sav,

bu çalışmanın yazarının konuya ilişkin birikimini aşan ve bu nedenle konunun uzmanlarına bırakılması gereken bir tartışmadır.

TCK'nin (eski) 145. maddesi ise, bayrağa yapılan, ve yukarıda söz edilen, daha 'ağır' saldırılara ilişkindi. Düzenleme, TCK'nin 'Cürümler' başlığını taşıyan İkinci Kitap'ının, 'Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler' başlığını taşıyan Birinci Fasl'ı altında yer almaktaydı. 145. maddeye göre,

"Türk bayrağını veya Devletin diğer bir hakimiyet alâmetini tahkir kasdiyle bulunduğu yerden söküp kaldıran veya yırtan, bozan yahut diğer herhangi bir suretle tezlil eden kimse, bir seneden üç seneye kadar hapsolunur (Asliye Ceza). Ceza kanununun tatbikatında Türk bayrağından maksat devletin resmi bayrağıyla milli renkleri taşıyan herhangi bir bayraktır. Bayraktan başka herhangi bir şey üzerinde bulunan milli renkleri tahkir kasdiyle bulunduğu yerden söküp kaldıran veya yırtan, bozan yahut diğer herhangi bir suretle tezlil eden kimse hakkında da aynı ceza verilir. Bu maddede yazılı cürüm yabancı bir memlekette bir Türk tarafından işlenirse, ceza üçte birden eksik olmamak üzere artırılır."

Bu düzenlemeyi Bayrak Yasası'ndan ayıran temel özellik, bayrağa yapılan saygısızlıkta 'Türk bayrağını ya da devletin diğer bir hakimiyet alâmetini tahkir' kastının aranmasıdır. Yukarıda da belirtildiği gibi burada 'devletin şahsiyetine yöneltilmiş bir cürüm' söz konusudur. Fiilin daha ağır bir yaptırımla karşılanmasının nedeni budur.

Eski TCK'nin 145. maddesinin yeni Yasa'daki karşılığı 300. maddedir. Yasa'nın Dördüncü Kısım'ının Üçüncü Bölüm'ünde yer alan ve 'Devletin egemenlik alâmetlerini aşağılama' başlığını taşıyan 300. maddesine göre, *"Türk Bayrağını yırtarak, yakarak veya sair surette ve alenen aşağılayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu hüküm, Anayasa'da belirlenen beyaz ay yıldızlı al bayrak özelliklerini taşıyan ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik alameti olarak kullanılan her türlü işareti hakkında uygulanır.(birinci fıkra)... Bu maddede tanımlanan suçların yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.(üçüncü fıkra)." Bu konuda, eski ve yeni düzenleme arasında önemli niteliksel farklar bulunmadığı görülmektedir.*

TCK'de Türk bayrağına karşı yapılan saygısızlığa ilişkin düzenlemenin yanında, yabancı devletlerin bayraklarına ilişkin hükümler de bulunmaktadır. Eski Yasa'nın 165. maddesine göre, *"Her kim resmen çekilmiş olan dost devletler sancağını veya armasını hakaret kastiyle kaldırır veya koparır veya*

*bozar yahut sair suretlerle tezlil ederse üç aydan bir seneye kadar hapsolunur. Takibat icrası alâkadar hükümetin müracaatına bağlıdır (Asliye Ceza)."*¹⁷ Yeni TCK'de konuya ilişkin düzenleme, "Yabancı devlet bayrağına karşı hakaret" başlığını taşıyan 341. maddede yer almaktadır ve dil değişikliği bir yana, eskisinden farklı bir nitelikte olduğu söylenemez.

Türkiye Cumhuriyeti Yargı Organlarının, İfade Özgürlüğü ve Bayrağa Yapılan Saygısızlıklar Konularında Verilmiş Kararlarından Örnekler

Düşünce ve ifade özgürlüğüne ilişkin karar örnekleri

Bir fiilin hangi ceza hükmünün ihlali olduğuna ya da bir ihlalin söz konusu olup olmadığına karar verecek olan yer yargı organıdır. Bu nedenle, bayrağa yapılan saygısızlığın niteliğine, yani eylemin 'ifade özgürlüğü' kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine hakimler karar verecektir. Dolayısıyla mahkemelerin ifade özgürlüğü ve önlerine gelen davaya konu olan fiilin niteliği ile, uygulanacak hüküm hakkında yapacakları değerlendirme yaşamsal önemdedir. AİHM de, düşünce ve ifade özgürlükleri çerçevesinde Türkiye aleyhine verdiği kararlarında, sıklıkla Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinin TCK hükümlerini kavrayış ve yorumlayışını eleştirmiştir. Dolayısıyla, her olayın ve uygulanacak hükmün değerlendirilmesinde, hakimlere çok iş düşmektedir.¹⁸

Türkiye Cumhuriyeti'nin her düzeydeki mahkemelerinin, ifade özgürlüğüne ilişkin, değeri azımsanamayacak kararları vardır. Kuşkusuz, ifade özgürlüğünün çok sınırlı yorumlandığı kararların sayısı daha fazladır; ancak bu çalışma açısından anlamlı bir katkıda bulunacak olanlar azınlıkta kalan kararlardır ve burada, ifade özgürlüğüne ilişkin bazı yargı kararlarından örnekler sunmak yararlı olabilir.¹⁹ Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 2004 yılında verdiği bir karar, açıkça AİHM'nin düşünciyi açıklama özgürlüğüne ilişkin

17 Eski Yasa'nın 167. maddesine göre, "İşbu fasılda yazılı hükümlerin tatbiki, bu benzer işlerde kendine tecavüz olunan şahsın mensup olduğu devlet kanununca da aynı esasın kabul edilmiş olmasına bağlıdır." Aynı karşılıklılık esası yeni Yasa'nın 343. maddesinde düzenlenmiştir.

18 Ünal'a göre, "... gerekli olan bu hükümlerin, ikide bir baskı altında değiştirilmesi değildir ki şimdiye kadar yapılan değişikliklerden sonuç alınmamıştır, ifade özgürlüğünün AİHM içtihadı doğrultusunda algılanarak yorumlanması ve uygulanmasıdır" (Ünal, 2000: 77).

19 Bu kararların bir kısmından haberdar olmamı sağlayan hocam Prof. Dr. Fazıl Sağlam'a teşekkür borçluyum.

içtihatlarının izini taşımaktadır. Yargıtay, davaya konu olan yazının, günümüzdeki olayları yakın tarihimizle ilişkilendirerek, zamanın iktidarlarını, yöneticilerini ve uyguladıkları siyasal, ekonomik ve kültürel siyaseti sert bir şekilde eleştirdiğini, bu değerlendirmelerin toplumun bir bölümünü rahatsız edebileceğini, ancak ifade özgürlüğünün, 'çoğunluk gibi düşünmeme, kurulu düzeni sorgulama, hatta eleştirme hakkını' da kapsadığını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, *'sarsıcı nitelik taşıyan, toplumun çoğunluğunu kızdıran ve tartışmaya yönelten fikirler de ifade özgürlüğünün koruması altındadır'*.²⁰ Bir başka örnek, Danıştay 5. Dairesi'nin 1991 yılında verdiği ve AİHS'nin iç tüzedeki yeri ile düşünce özgürlüğü konusundaki görüşlerini içeren karardır. Davacı, yazdığı bir tebrik kartı nedeniyle görevinden alınmıştır.²¹ Danıştay, konunun düşünce özgürlüğünü ilgilendiren boyutu üzerinde durmuş ve bu nedenle uyuşmazlığı, insan haklarıyla ilgili uluslararası tüze kuralları açısından da incelemiştir. Mahkeme, AİHS'ye neredeyse anayasal bir değer tanımış ve davacının düşünce/ifade özgürlüğü konusunda şu karara varmıştır: *"...Açık ve somut bir kışkırtma ya da suça iteleme niteliğinde olmadıkça herkesin düşüncelerini serbestçe açıklaması, demokratik toplum olmanın başta gelen temel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmektedir. Davacının... düşüncelerinin, AİHS'nin 10/2 maddesinde yer verilen sınırlamaları aşan... bir yönü bulunmamaktadır..."*²²

Askeri yargının konuya ilişkin kararları da dikkat çekicidir. Askeri Yargıtay 3. Dairesi 1991 yılında verdiği bir kararda, 'teröre destek olmadığı, şiddeti benimsemediği ve şiddete başvurmadağı sabit olan bir sendika veya üst kuruluşun... kapatılması'ını tüzeye ve mantığa aykırı bulmuştur.²³ İlk derece mahkemelerinin de benzer yönde kararları vardır. Örneğin, Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesi'nin Çetin Altan hakkında, Türkiye Cumhuriyetini neşren tahkir ve tezyif ettiği iddiasıyla açılan dava sonunda vardığı karar, AİHM kararlarıyla benzerlik taşımaktadır. Mahkeme'ye göre, *"Düşünceyi açıklama ve eleştiri,*

20 Yargıtay 8. Ceza Dairesi kararı, 22.6.2004, E.03/2930, K.04/5686.

21 Yozgat Hukuk İşleri Müdürü olan Davacı'nın yazdığı tebrik kartı: "Yeni yılınızı insan haklarının çiğnenmediği, düşünce suçunun olmadığı; demokrasinin tüm kurumlarıyla işler hale geldiği, emekçi sınıfların da kapitalist sınıflar gibi örgütlenip devlet yönetiminde söz sahibi oldukları, milli gelirin adil dağıtıldığı, sosyal adaletin gerçekleştiği, ekonomimizin IMF'nin, holdinglerin, para babalarının çıkarlarına göre değil, çalışan geniş halk kitlelerinin çıkarlarına göre yönetildiği; kalkınmış, çağdaş uygarlık düzeyine ulaşmış... yepyeni bir Türkiye'nin özlemiyle kutlarıım." Danıştay 5. Daire kararı, 22.5.1991, E.86/1723, K.91/933.

22 Danıştay 5. Daire kararı, 22.5.1991, E.86/1723, K.91/933.

23 Askeri Yargıtay 3. Daire kararı, E.1991/122, K.1991/437.

demokrasinin ve uygarlığın gereğidir... Hukuk devletinin hakim olduğu demokratik bir toplum hayatının asıl teminatı, toplumun duyarlılığında ve yurttaşların bilinç ve iradesindedir... Hemen işaret edilmelidir ki çok sesliliği kabul edince tepki ve düşüncelerin ifade tarzlarında da farklılıklar olacağını kabul etmek gerekir...” Mahkeme, Altan'ı bu gerekçeyle suçlu bulmamıştır.²⁴

Görüldüğü gibi sadece temyiz mahkemelerinin değil, ilk derece mahkemelerinin de, düşünce ve ifade özgürlükleri konusunda verdiği hayli özgürlükçü ve umut veren kararları bulunmaktadır. Mahkemelerin, özellikle Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişikliğin ardından, uluslararası insan hakları tüzesine giderek daha fazla gönderme yapacakları tahmin edilebilir.

Bayrağa yapılan saygısızlık konusunda verilmiş yargı kararlarından örnekler

Yargıtay'ın, doğrudan bayrakla ilgili olmayan, ancak TCK'nin 145. maddesi kapsamında vermiş olduğu kararlar, bu hükmün nasıl yorumlandığının anlaşılması açısından önemlidir. Çünkü yukarıda da belirtildiği gibi, TCK'nin 145. (yeni Yasa'nın 300.) maddesi, 'Milli Bayrağa ve Milli Alâmetlere Saldırı' başlığını taşımaktadır. Dolayısıyla, 'devletin diğer hakimiyet alâmetleri' ifadesinin yargı organları tarafından nasıl yorumlandığının anlaşılması gerekmektedir.

Bazı yargı kararlarında söz konusu ifadenin yorumu, bayrağa atfedilen önemi de sergilemektedir. Örneğin YCGK (Yargıtay Ceza Genel Kurulu) 1983 tarihli bir kararında, Türk parasının aşağılanması savı incelenmiş ve Kurul, paraya saygısızlığı, 145. maddedeki 'devletin hakimiyet alâmetlerine' saldırı kapsamında değerlendirmemiştir. Kurul'a göre, asıl hakimiyet alâmeti olarak kabul edilen değerler, bayrak ve sancak gibi milli renklerle İstiklâl Marşı gibi değeri ölçülemeyecek manevi 'mefhum'lardır.²⁵ AYDK (Askeri Yargıtay Daireleri Kurulu)'nin 1984'te verdiği bir karar ise, İstiklal Marşı'na karşı saygısızlığın nasıl yorumlandığını sergilemektedir. Kurul, Marş'ın öğrencilere

²⁴ *Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesi kararı, 20.1.1997, E.96/476, K.97/8.*

²⁵ YCGK'nin kararına göre, "...gerek TCK'nun 145. maddesinin tedvin tarzından ve gerekçesinden, gerek mehzaz kanun ve buna dair açıklamalardan ve gerekse öğretiy ve içtihatlardan edinilen kanaate göre, ülkenin ekonomik durumuna bağlı olarak değeri bazen azalan ve bazen de çoğalan paranın 145. maddede sözü edilen hakimiyet alâmeti sayılamayacağı, bu maddedeki hakimiyet alâmetinin, ancak bayrak gibi milli renklerle sancak ve İstiklal Marşı gibi, değeri ölçülemeyen manevi mefhum olarak mütalâasının uygun olacağı, kanısına varılmıştır.” YCGK Kararı, 21.2.1983, E.4/565, K. 77.

'bir gül' sözcüklerinin değiştirilip yerine 'bir düzen' ifadesinin konarak söyletilmesini, Marş'ın hafife alınması, dolayısıyla 'tezlil' edilmesi olarak değerlendirmiş ve sanığın TCK'nin 145/1. maddesine göre yargılanıp mahkum edilmesinde bir 'isabetsizlik' bulmamıştır.²⁶ Yargıtay 9. Dairesi'nin 1982'deki kararında, sanığın 'Senin Cumhuriyetini, Türk Bayrağını, Türk Sancağını... ederim' biçimindeki sözlerinden dolayı, TCK'nin 145. ve 159. maddelerinden yargılanıp mahkum edilmesi doğru bulunmuştur.²⁷ Yargıtay 2. Ceza Dairesi, yine 1982 yılında verdiği bir kararda, bayrak gibi, 'devletin egemenlik alametlerinden' olan İstiklal Marşı'nın söyleniş sırasında laubali hareketlerde bulunmayı da Yasa'nın ihlali kabul etmiştir. 2. Daire'nin söz konusu kararı, yargının, 'alâmetler' konusundaki hassasiyetini en iyi şekilde gösteren örneklerden biridir: "*Devletin hakimiyet alâmeti olan İstiklâl Marşı'nın, temsil ettiği fikre ve taşıdığı anlamın yüceliğine lâyık bir saygı hali ve ortamında dinlenmesi asıldır. Okul bahçesinde Milli Marş söylenirken sigara içip duvara dayandığı ve laubali bir görünüm içinde bulunduğu karar yerinde ifade edilen sanıkta tezlil kastının mevcudiyetinin kabulü gerekir.*"²⁸

Yargıtay'a göre bayrağa saygısızlığın söz konusu edilebilmesi için, eylemin gerçekleştiği anda ve yerde bayrağın bulunması şart değildir. Örneğin Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 1953 yılında verdiği bir kararda, bir kişinin bayrağı kast ederek, 'esasen o bayrak kalkacak, yerine hacı bayrağı kabul edilecek' şeklindeki sözlerinin bayrağa saygısızlık olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir.²⁹ Yargıtay'ın, konusu bayrağa saygısızlık olan ve 'tahkir kastı' saptanamadığı için aksi yönde kararları da vardır. Yargıtay, bir bakkal dükkanı önünde bulunan bayrağı direğinden sökerek katlayıp götüren kişinin hareketini³⁰ ya da bahşiş almak için gelin arabasının önünü üzerinde küçük bir bayrak olan ip ile kesen kişilerin eylemlerini (bayrak yere düşüp çamurlanmıştır), 'tezlil' kabul etmemiştir.³¹

26 AYDK Kararı, 26.1.1984, E.29, K.26.

27 Yargıtay 9. Ceza Dairesi kararı, 4.12.1982, E.449, K. 531.

28 Yargıtay 2. Ceza Dairesi kararı, 16.6.1982, E. 4487, K.4112.

29 Yargıtay 4. Ceza Dairesi kararı, 11.3.1953, E. 1401, K.2603.

30 Yargıtay 4. Ceza Dairesi kararı, 7.8.1959, E. 8175, K. 9487.

31 Yargıtay 4. Ceza Dairesi kararı, 17.3.1956, E.3515, K. 3357. Yargıtay'ın Bayrak çekilebilecek yerlere ilişkin bazı kararları için bkz: Yargıtay 2. Ceza Dairesi kararı, 18.6.1997, E.1997/8700, K. 1997/9063 ; Yargıtay 2. Ceza Dairesi kararı, 11.4.2002, E.2002/5848, K. 2002/6248. Yargıtay'ın, yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı gerekçeleriyle verdiği bir karar örneği için bkz: Yargıtay 9. Ceza Dairesi kararı, 5.3.1993, E. 1993/90, K. 1993/1186.

Bayrağa yapılan saygısızlığa ilişkin son iki örnek, ‘çok bilinen’ mahkeme kararları arasından seçilmiştir. İlkinin konusu, 2000 yılında, özel bir televizyon kanalında yayınlanan bir eğlence programında, sunucunun sergilediği davranıştır. Üzerinde bayrak deseni olan balonları topuğuyla patlatan sunucu ile balonların yapım, dağıtım ve satış aşamalarında devrede olan diğer kişiler hakkında, İstanbul Cumhuriyet Başsavcısı tarafından, ‘Türk Bayrağı Kanunu’na muhalefet etmek’ gerekçesiyle iddianame hazırlanmıştır. Söz konusu kişiler, İstanbul 3. Sulh Ceza Mahkemesi’nde, üç ila altışar ay hafif hapis istemiyle yargılanmış, ‘suç kastıyla hareket edilmediği ve balonların şov amaçlı kullanıldıkları’ gerekçeleriyle 2002 Temmuz’unda beraat etmişlerdir.³²

İkinci ve büyük tartışmalara neden olan diğer eylem, HADEP (Halkın Demokrasi Partisi) Kongresi’nde gerçekleşmiştir. 23.6.1996 gününde yapılan HADEP ikinci Büyük Kurultayı’nda, Genel Başkan konuşmasını yaparken salondaki Türkiye Cumhuriyeti bayrağı birkaç kişi tarafından indirilmiş ve yerine örgüt bayrağı asılmıştır. Durum yetkililerce farkedilince, indirilenin yerine (o büyüklükte bir bayrağın yüksek tavanlı bir salona asılamadığı gerekçesiyle) daha küçük bir bayrak bulunup kürsüye asılmıştır. Aynı günün gecesi, salonda bulunan parti görevlilerinden 41’i göz altına alınmış ve ardından 40’ının tutuklanmasına karar verilmiştir. Bayrağı indirerek yerine A. Öcalan’ın posterini astığı saptanan F. Akcan’ın bu eylemini, Ankara 1 No’lu Devlet Güvenlik Mahkemesi, “Devletin hakimiyeti altında bulunan topraklardan bir kısmını devlet idaresinden ayırmaya matuf fiil işlemek” olarak değerlendirmiş ve Akcan’ı TCK’nin 125. maddesi uyarınca 22 yıl altı ay ağır hapis cezasına mahkum etmiştir.³³ Hüküm, Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin kararıyla onanarak kesinleşmiştir.³⁴ Görüldüğü gibi, HADEP kongresinde yaşanan bayrak indirme eylemi, sadece ‘devletin egemenlik alâmetlerine yönelmiş’ bir eylem olarak değerlendirilip TCK’nin yukarıda anlatılan ilgili maddeleri uyarınca cezalandırılmamış; eylemlerin arkasında başka saikler olduğu değerlendirmesi yapılarak filin, ‘devletin ülkesi ve egemenliğine karşı’ bir suç teşkil ettiği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla, mahkemeler bayrağa karşı girilen muhtelif eylemlerin tamamını aynı potada değerlendirmeyip eylemi gerçekleştirenin niyetini, ciddiyetini, kısaca ‘asıl amacını’ saptamaya çalışmaktadır. Bu nedenle de, ‘asıl amacın’ saptanmasında, gerek iddianameyi hazırlayan savcının gerekse mahkemenin yaptığı değerlendirme ve eylemi yorumlama tarzı belirleyici olmaktadır.

32 Davaya ilişkin haber için bkz. *Özgür Politika*, 27.7.2002.

33 4.6.1997 günü, E:1996/80, K.1997/102.

34 8.6.1998 günü, E. 1997/3736, K. 1998/1820.

Değerlendirme

Her ülkedeki tüze düzeni, siyasal tercihlerin bir sonucudur. Hangi tüze düzeninin hakim olacağına karar verecek olanlar, oluşumlarındaki sınıfsal ve ideolojik tercihlerin de göz önünde bulundurulması gereken devlet organlarıdır. Yani siyasal düzen, bu düzeni oluşturan, etkileyen ve dönüştüren siyasal, toplumsal, kültürel ve geçimsel etmenler göz önünde bulundurmadan yapılacak 'tüze düzeni' çözümlemeleri eksik kalacaktır. Bu anlamda, her siyasal düzende uygulanan tüze politikaları da birbirinden farklı olacaktır. Bu fark, kendini hem tüzel kuralların yapılması hem de onların uygulanmasında gösterir. Yaratılan düzen kadar önemli olan, onun içinde yer alan aktörlerin kuralları/ilkeleri nasıl yorumladığı ve uyguladığıdır. Tanör, tüze politikaları konusunda karşılaştırmalı bir örnekten yola çıkarak şu saptamayı yapmıştır: "... düşünce özgürlüğü konusunda, fikir suçları konusunda, örneğin A.B.D.'de yüksek mahkemenin yarattığı bir içtihat vardır... Açık ve mevcut tehlike kıstası. Bu aslında yeni bir hukuk politikasıdır. Yargının, Yüksek Federal Mahkemenin ürettiği bir hukuk politikasıdır. Yasalarda fazla hüküm yoktur... o doldurmuştur. Kıta Avrupası'nda bu defa yargının değil de yasamanın ürettiği bir hukuk politikasına bir örnek vereyim... 1881'de Fransa'da basın kanunu ile (ki hala yürürlükte), fikir suçlarının kaldırılması da bir hukuk politikasıdır. Bu... yasamadan çıkan bir hukuk politikasıdır" (Tanör, 1998: 258). Tanör'e göre, Batı ülkelerinde yasaların eksik kaldığı pek çok noktada yolları yargı açmıştır; grev hakkını ya da sendikal örgütlenmeyi yasalar tanımamıştır ama yargı önünü açmıştır. Batı, yazılı olmayan tüzeyi beslemiştir, 'yazılı olmayan anayasal haklar' diye bir kategori yaratmıştır (Tanör, 1998: 265).³⁵

Dolayısıyla, herhangi bir tüze kuralı, o kuralın ortaya çıktığı siyasal dizgeden, onu yaratanların, uygulayanların ve yorumlayanların ideolojisinden ayrı değerlendirilemez. Ayrıca, her ülkede tüze kurallarını yaratanlar ve uygulayanlar, o ülkede yaşayanların, yurttaşların ya da daha doğru bir tanımla

35 Tanör'e göre bu konuda Türk yargıcının temel sorunu şudur: "Türk yargıcı hukuki pozitivizme çok bağlı kalmıştır. Cumhuriyet devrimi yeni bir hukuk düzeni getirdi. Geçmişle hesaplaştı, hukuku kökünden değiştirdi. Cumhuriyet yargıcına bir işlev düştü: Cumhuriyet yasalarını harfiyen uygulamak, yani geleneksel hukuku yok saymak, Cumhuriyetin getirdiği yeni yasaları harfi harfine uygulamak. Cumhuriyet yargıcının hukuk kültüründe bu yasaya sıkı bağlılık, yasacılık önemli bir rol oynadı gibime geliyor. Bu anlamda bir çok aydınımızda olduğu gibi Cumhuriyet yargıcında da kelimenin siyasal ve hukuki anlamında devletçilik, milliyetçilik, milletin yararlarının her şeyin üstünde olduğu inancı, milli iradenin üstünlüğü, yasayı harfi harfine uygulamam inancı, kurtuluş savaşının da etkileriyle yer tuttu gibi geliyor bana" (Tanör, 1998: 266).

yönetilenlerin 'ortalamasını' dikkate almak zorundadır. Demokratik siyasal dizgelerde, yönetilenlerin çoğunluğu tarafından benimsenmeyen bir tüze kuralının uzun süre yaşayabilmesi pek de olanaklı değildir. Her devletin bayrağı, o devletin yurttaşlarının en azından büyük çoğunluğu tarafından duygusal bir bağla sahiplenilir. Bu yüzdendir ki hemen her devlet, kendi egemenlik simgelerinden biri olan bayrağın (daha çok, simgesel anlamının) korunması konusunda hassastır. Ceza yasalarında yer alan ve bayrağa saygısızlığı cezalandıran düzenlemelerin, yönetilenlerin konuya ilişkin hassasiyetlerini yansıttığı da tahmin edilebilir. Ancak diğer yandan, düzenlemeye konu olan yine de bir 'simge'dir ve her yurttaşın, özellikle simgeler konusunda benzer bir hassasiyeti paylaşması beklenemez. Bu konuda, çoğunluğun duyarlılığını paylaşmayan ve bayrağa yine aynı nedenden dolayı, yani simgesel değeri nedeniyle tepki gösteren, daha doğrusu bayrağa onun simgelediği değerlerden dolayı saygısızlık yapan kişilerin durumu ne olacaktır? İşte bu sorunun yanıtı, sorun, ceza tüzesi ile birlikte, ancak 'düşünce ve ifade özgürlüğü' bağlamında ele alınırsa verilebilir. Çünkü, bayrağa karşı eylemleri gerçekleştirenler, bunu genellikle siyasi bir argümana dayanarak, bir şeyleri protesto etme gerekçesiyle yapmaktadır.

İncelemede, konuya ilişkin Anayasal ve yasal düzenlemeler ayrıntılı olarak anlatılmıştır. Az sayıdaki yargı kararının hiç birinde konu, bir ifade özgürlüğü sorunu olarak ele alınıp tartışılmamaktadır. Ancak kararların incelenmesinden şu sonuç çıkmaktadır: Bayrağa yapılan saygısızlık, eğer eylemcinin siyasi bir bağı varsa ya da mahkeme bu eylemi devleti bölmeye yönelik siyasi amaçlarla ilişkilendirirse, sert şekilde cezalandırmaktadır.

Çalışmada örnek verilen yargı kararlarının çoğu bayrağa yapılan saygısızlığa ilişkin olmayan, ancak ifade özgürlüğünün yorumlanması açısından gerekli görülen kararlardır. Çünkü bayrağa özellikle siyasi amaçlarla yapılan saygısızlıklar, anayasal açıdan ancak 1982 Anayasası'nın 26. maddesinde yer alan, düşüncelerin 'başka yollarla dile getirilmesi' bağlamında ele alınabilir. Yargı kararları incelendiğinde, ifade özgürlüğünün sınırlanmasında ifade edenin konumu, ifade edilen görüşün içeriği ve ortamın önemli olduğu görülmektedir. Ancak temel ilke özgürlüğün asıl, sınırlamanın istisna oluşu ve düşüncelerin 'alışıldık olmayan yollarla' da ifade edilebileceğinin kabul edilmesi gerektiğidir. AİHM, ifade özgürlüğünün sınırlanmasında üye devletlere bir takdir alanı tanısa da, devletler üzerinde sıkı bir denetim de uygulamaktadır.³⁶ Kaboğlu'na göre " -kamu düzeni- genel hükmünde

36 Özkan'a göre, "...İnsan Hakları Mahkemesinin ölçütlerine göre sınırlandırma ancak yasa ile yapılabilir. Meşru bir amaca yönelik olmalıdır. Bu meşru amaç devletin iç

düşünülebilecek sınırlama nedenleri, genel çıkarların korunması yargı gücünün otorite ve yansızlığının korunması, başkasının ününün ya da haklarının korunması amacıyla sınırlamaya konu olabilir... ülkenin ekonomik iyiliği veya sosyal ve kültürel zorunluluklar, sınırlamayı haklı kılamaz... yasaya dayanılarak yapılan sınırlama, demokratik bir toplum için zorunlu bir önlem olmalıdır. Ancak bu zorunluluk, 'zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç'ın varlığı şeklinde anlaşılmalıdır" (Kaboğlu, 2002:348-349). Yine yazarın satırlarıyla, "Avrupa organları, 'yalnızca kanaatlerin ifadesi olan açıklamalar' ve 'devlet hukukunca cezalandırılan bir eyleme veya demokratik kurumları şiddet yoluyla devirmeye kışkırtan söz ve konuşmalar' arasında ayrım yaparlar. Bu durumda sınırlanan, kanaatlerin saf ifadesi değil, yasal olmayan bir eylemi hazırlayan ve örgütleyen sonuçlu bir diskur söz konusudur. Amerikan Yüksek Mahkemesine göre bir eylem ya da bir jest, siyah bir kolçak taşıma ya da ulusal bir bayrağı yırtma, sembolik diskur (symbolic speech) biçimlerindendir. Burada açıklayıcı güç doğrudan siyasi kanaate bağlı olduğundan anayasal korumaya layıktır" (Kaboğlu, 2002: 350).³⁷

Amerika'da da, bayrağa yapılan saygısızlıklar düşünce ve ifade özgürlüğü bağlamında tartışılmaktadır. ABD'de Yüce Mahkeme'nin verdiği kararlarda görüldüğü gibi ifade özgürlüğü son derece geniş yorumlanmaktadır. Mahkeme'ye göre, düşünce özgürlüğünün bir işlevi de tartışmalara neden olmasıdır ve bir açıklama, huzursuzluk yarattığı, kişileri kızdırdığı zaman amacına hizmet etmiş kabul edilebilir. Örneğin, Mahkeme'nin kararına tepki gösteren bir yurttaşın Anayasa metnini yırtması da bir ifade biçimidir. Yüce Mahkeme, düşünce açıklamasının ancak, açıklanan düşünceyle 'ciddi ve somut

ve dış güvenliğinin korunması, kamu düzeninin korunması ve suçun önlenmesi, kamu sağlığı ve ahlakının korunması ya da başkasının ününün ve haklarının korunması konusunda olabilir... önlem demokratik toplum bakımından zorunlu olmalıdır ve izlenen meşru amaçla sınırlı olmalıdır (ölçülülük ilkesi)" (Özkan, 2001: 797).

37 Oysa Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında, 'düşünceyi çeşitli yollarla açıklamayı', ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmemiştir. Özellikle 1980 öncesi verdiği bazı kararlarda, örneğin duvara yazı yazılmasını, pankart asılmasını vb., duvarların ve caddelerin kirletildiği gerekçesiyle sınırlanabilir eylemler olarak değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre kişiler düşüncelerini hukuksal ve aysal yollardan açıklamalıdır; düşünce ve kanaatlerin açıklanmasının etkin yolları Anayasa'da (söz, yazı vs.) güvence altına alınmışken, kimi kullanım biçimlerinin (duvar ve caddeleri kirleten) 'şiddet olaylarına neden olmaları' bakımından sınırlanması ve ceza yaptırımına bağlanması, özgürlükleri zedeler şekilde değerlendirilemez. (Örnek karar için bkz. E.1980/68, K.1981/3, K.G. 15.1.1981, *AMKD*, C.19, s.10).

kötülük' arasında açık bir bağ olduğu kanıtlandığında sınırlanabileceği görüşündedir.³⁸

Sorunun, yukarıda anlatılmaya çalışılan anayasal ilkeler bağlamında ortaya konması, onun aynı zamanda ne kadar çetrefil olduğunun da kanıtıdır. Çünkü, bayrağa yapılan saygısızlıkların 'her durumda' ifade özgürlüğünün sergilenme biçimi olarak kabul edilebilirliği hayli tartışmalıdır. Fakat kabul edilebilir bir sonuç, mahkemelerin bu konuyu öncelikle ifade özgürlüğü çerçevesinde ele alması ve bunun için de her somut olayı ayrıca değerlendirmesi gerektiğidir. Bu durumda, uluslararası insan hakları metnilerindeki düzenlemelerin göz önünde bulundurulması da kaçınılmaz olacaktır. Konuya ilişkin değerlendirmeyi yapması gerekenler ise, bayrağa karşı saygısızlıklar konusunda yasal düzenleme yapma yetkisine sahip olan parlamento ile tüze kurallarını yorumlayıp uygulayacak olan yargı organlarıdır.

Kaynakça

- AKILLIOĞLU, Tekin (1993), *Temel Haklar ve Özgürlükler* (Ankara: İmaj Yayıncılık).
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz (1998), "Düşünce özgürlüğü ya da Düşünsel Özgürlük," ÖKÇESİZ, Hayrettin (ed.), *Düşünce Özgürlüğü* (İstanbul: Afa Yayıncılık) : 234-257.
- ARMAĞAN, Servet (1980), *1961 Anayasasına Göre Temel Haklar ve Ödevler* (İstanbul: Fakülteler Matbaası).
- GEMALMAZ, Semih (2005), *Türk Kıyafet Hukuku ve Türban* (İstanbul).
- GOLDSTEIN, Robert Justin (2000), *Flag Burning and Free Speech* (Kansas: University Press of Kansas).
- GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat (---), *Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi* (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 5. Baskı).
- GÜRAN, Sait (1969), *İfade Hürriyeti Üzerinde İdare'nin Yetkileri* (İstanbul: Cezaevi Matbaası).

38 Bu görüşler için bkz. *Terminello v. Chicago*, 377 US 1 (1949); *Brandenburg v. Ohio* 395 US 444 (1969). İkinci davada farklı gerekçe yazan yargıç Douglas, bir tiyatroda yalan yere, 'yangın var' diye bağırarak bir kişinin eyleminde, açıklama ile eylemin bitişik olduğunu, bu ayrımı örnekteki eylemin, diğer düşünce açıklamalarından farklı olarak cezalandırılabilmesini belirtmiştir.

Ayrıca Soysal'a göre, "...Amerikan Mahkemesinin açtığı bir kıstas olmakla birlikte bizim toplumumuzda yararlı olarak kullanılabileceği inancındayım... Bütün düşünceler açıklanabilir bu kıstasa göre; fakat bir düşüncenin açıklanabilmesi somut olarak açık ve yakın bir tehlikeyi öngörüyorsa, o zaman sınırlanabilir... biri kapını önüne çıkıp da... 'falanca yere yürüyelim arkadaşlar, yakalım, yıkalım' diyorsa tehlike çok yakın ve somut bir tehlikedir, artık düşüncüyü açıklama özgürlüğüne girmez ve durumlara göre de, çok gergin bir ortamda, toplumun kaynaştığı bir ortamda... toplumun kendi kendisini koruma içgüdüsünün bir sonucu olarak, o da sınırlanabilir" (Soysal, İlal içinde, s.77).

- İLAL, Ersan (1987), "Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, Yığınsal İletişim Araçları ve Anayasa Mahkemesi Kararları," *Anayasa Yargısı*: 3/61-72.
- KABOĞLU, İbrahim (1998), "Pozitif Anayasa Hukukunda Düşünce Özgürlüğünün Sınırları", ÖKÇESİZ, Hayrettin (ed.), *Düşünce Özgürlüğü* (İstanbul: Afa Yayıncılık): 205-233.
- KABOĞLU, İbrahim (2002), *Özgürlükler Hukuku* (Ankara: İmge Kitabevi).
- KUZU, Burhan (1995-96), "Düşünceleri Açıklama Hürriyeti", *İnsan Hakları Yıllığı*, 17-18: 33-59.
- ÖZKAN, Işıl (2001), "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Düşünceyi İfade Özgürlüğünün Sınırları ve Türkiye Kararları," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2001/3: 781-833.
- PAÇACI, İrfan (1997-98), "1982 Anayasası Mayınlı Alanı", *İnsan Hakları Yıllığı*, 19-20: 121-149.
- SAĞLAM, Fazıl (1982), *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü* (Ankara: A.Ü. SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları).
- SEVİNÇ, Murat (2002), "Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Açlık Grevleri," *A.Ü. SBF Dergisi*, 57/1: 11-135.
- SOYSAL, Mümtaz (1987), "İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği," *Anayasa Yargısı*, 3:37-49.
- TANÖR, Bülent (1998), "Türkiye'de Düşünce Özgürlüğüne İlişkin Hukuk Politikaları," ÖKÇESİZ, Hayrettin (ed.), *Düşünce Özgürlüğü* (İstanbul: Afa Yayıncılık) : 258-267.
- TANÖR, Bülent (1994), *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunları* (İstanbul: BDS Yayınları).
- TEDFORD, Thomas L./ HERBECK, Dale A. (2005), *Freedom of Speech in the United States* (Strata Publishing: www.bc.edu/free_speech).
- ÜNAL, Şeref (2000), "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türkiye'nin İç Hukukuna Etkileri," *Anayasa Yargısı*, 17: 63-85.
- WELCH, Michael (2000), *Flag Burning, Moral Panic and the Criminalization of Protest* (New York: Walter de Gruyter).