

**T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI**

İDARE HUKUKUNDA KAMU DÜZENİ KAVRAMI

Doktora Tezi

ÖZGE OKAY

Tez Danışmanı: Prof. Dr. H. NURİ YAŞAR

İstanbul, 2009

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı Doktora öğrencisi ÖZGE OKAY'nın İDARE HUKUKUNDA KAMU DÜZENİ KAVRAMI adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 16.07.2009 tarih ve 2009-11/35 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 08.../09/2009.

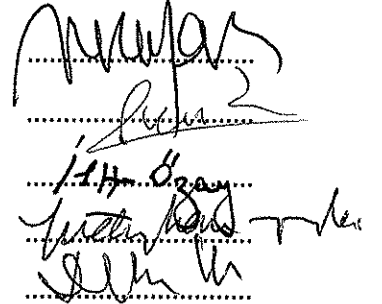
1) Tez Danışmanı : ~~DOÇ.~~ DR. NURİ YAŞAR

2) Jüri Üyesi : PROF. DR. TURAN YILDIRIM

3) Jüri Üyesi : PROF. DR. İLHAN ÖZAY

4) Jüri Üyesi : PROF.DR.YILDIZHAN YAYLA

5) Jüri Üyesi : PROF.DR.EMİN MEMİŞ



İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	vi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU DÜZENİ KAVRAMININ ANLAMI VE İÇERİĞİ

1. KAMU DÜZENİ KAVRAMININ ANLAMI.....	6
1.1. Kamu Hukuku - Özel Hukuk Ayrımında Kamu Düzeni.....	6
1.1.1. Kavramın Özel Hukuktaki Tarihçesi ve Anlamı.....	7
1.1.2. Kavramın Kamu Hukukundaki Tarihçesi ve Anlamı.....	10
1.2. Kamu Düzeni Kavramının İçeriği.....	16
1.2.1. Sektörel Yaklaşım.....	16
1.2.2. Bütüncül Yaklaşım.....	20
1.2.2.1. Fonksiyonel Yaklaşım.....	21
1.2.2.2. Maddi Yaklaşımlar.....	22
1.2.2.2.1. Kurumsal Yaklaşım.....	22
1.2.2.2.2. İndirgemeci Yaklaşım.....	24
1.3. Pozitif Anlamda Kamu Düzeni.....	30
1.3.1. Düzenin Devamı İçin Kullanılan Pozitif Araçlar.....	31
1.3.2. Pozitif Bir Kamu Düzeninin Amaçları.....	33
1.3.2.1. Ortak İhtiyaçların Karşılanması.....	33
1.3.2.2. Özgürlüklerin Korunması.....	36
1.3.2.3. Bireyin Kendini Gerçekleştirilmesi.....	37
2. İDARE HUKUKUNDA KAMU DÜZENİNİN İÇERİĞİ.....	39
2.1. Kamu Düzeninin Klasik Unsurları.....	39
2.1.1. Dirlik ve Esenlik.....	40

2.1.1.1. Dirlik ve Esenlik Unsuru Bakımından Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü	
Özgürlüğü.....	41
2.1.1.1.1. Türk Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü.....	42
2.1.1.1.2. Fransız Hukukunda Toplantı Özgürlüğü.....	46
2.1.1.2. Gürültü.....	49
2.1.2. Güvenlik.....	52
2.1.2.1. Tehlikeli Faaliyetler.....	55
2.1.2.1.1 Ulaşım.....	55
2.1.2.1.2 Ateşli Silahlar.....	57
2.1.2.1.3 Sportif Faaliyetler.....	59
2.1.2.1.4 İşyerlerindeki Faaliyetler.....	60
2.1.2.2. Tehlikeli İnsan ve Hayvanlar.....	61
2.1.2.3. Tehlikeli Yapılar.....	62
2.1.2.4. Ani Olaylar.....	65
2.1.2.4.1. Doğal Felaketler.....	65
2.1.2.4.2. Terör.....	68
2.1.2.5. Milli Güvenlik ve Kamu Düzeni.....	69
2.1.2.5.1. Milli Güvenliğin Anlamı.....	69
2.1.2.5.2. Türk Hukukunda Milli Güvenlik.....	74
2.1.2.5.3. Kamu Düzeni-Milli Güvenlik İlişkisi.....	79
2.1.3. Sağlık	81
2.1.3.1. Gıda Güvenliği.....	84
2.1.3.2. İlaç ve Tıbbi Ürünler Güvenliği.....	90
2.1.3.3. Çevre Sağlığı.....	92
2.1.3.4. Hastalıklarla Mücadele.....	98
2.2. Kamu Düzeninin Genişleyen İçeriği.....	101
2.2.1. Genel Ahlak.....	102
2.2.1.1. Fransız Hukukunda Genel Ahlak Unsuru.....	102
2.2.1.2. Türk Hukukunda Genel Ahlak Unsuru.....	106
2.2.1.2.1. Genel İdari Kolluk ve Genel Ahlak.....	109
2.2.1.2.2. Sinema Kolluğu.....	111
2.2.1.2.3. Küçüklerin ve Gençlerin Korunması.....	113
2.2.1.2.4. Müstehcenlik Kavramı.....	115
2.2.1.3. Hâkimin Genel Ahlakı Araştırması.....	118

2.2.1.4. Yeni Bir Ahlaki Unsur: İnsan Onuru.....	119
2.2.1.4.1. İnsan Onuru-İnsan Hakları-Kamu Düzeni İlişkisi.....	119
2.2.1.4.2. “Commune de Morsang-sur-Orge” Kararı.....	122
2.2.1.4.3. Türk Hukukunda İnsan Onuru.....	132
2.2.2. Estetik.....	134
2.2.2.1. Öğretide Estetiğe İlişkin Yaklaşımlar.....	134
2.2.2.2. Fransız Hukukunda Estetik	136
2.2.2.3. Türk Hukukunda Estetik.....	138
2.2.3. Ekonomik Kamu Düzeni.....	142
2.2.3.1. Devletin Ekonomik Rolü Bakımından Ekonomik Kamu Düzeni	142
2.2.3.2. Kamu Düzeni-Ekonomik Kamu Düzeni İlişkisi.....	147
2.2.3.3. Anayasa ve Ekonomik Kamu Düzeni	149
2.2.3.4. Regülasyon ve Ekonomik Kolluk.....	151
2.2.4. Ekolojik Kamu Düzeni.....	154

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU DÜZENİ KAVRAMININ İDARE HÂKİMİ TARAFINDAN SOMUTLAŞTIRILMASI

1.HUKUK TEORİSİ AÇISINDAN HÂKİMİN KAMU DÜZENİ KAVRAMINI SOMUTLAŞTIRMASI.....	159
1.1. Kamu Düzeni Kavramı ve Hâkimin Takdir Yetkisi.....	159
1.2. Hâkimin Kamu Düzeni Kavramını Yorumlaması.....	167
1.2.1. Hukukun Yorumunda Dil Faktörü.....	167
1.2.2. Kamu Düzeninin Yorumu.....	169
1.2.2.1. Hukuk Metninin Yorumu.....	169
1.2.2.2. Maddi Olayın Nitelendirilmesi.....	173
1.2.2.3. Danıştay Kararlarında Kamu Düzeninin Yorumu.....	176
1.2.2.3.1. Maddi Olayın Yorumuna İlişkin Örnek Kararlar.....	176
1.2.2.3.2. Hukuk Kuralının Yorumuna İlişkin Örnek Kararlar.....	182
2.İDARİ İŞLEMLERİN HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİNİN ÖZELLİKLERİ BAKIMINDAN HÂKİMİN KAMU DÜZENİNİ SOMUTLAŞTIRMASI.....	187
2.1. Kamu Düzeni ve Yasallık İlkesi.....	187
2.1.1. Gerekliklik Normu Olarak Kamu Düzeni	187

2.1.2. Kamu Düzeni Normunun Uygulanmasında Yetki Türleri.....	192
2.1.2.1. Genel Yetki Kuralına Dayanarak Uygulanma.....	192
2.1.2.2. Özel Yetki Kuralına Dayanarak Uygulanma.....	194
2.1.2.3. Olağanüstü Durumlarda Yetki.....	194
2.2. Kamu Düzeni İşlemlerinin Hukuka Uygunluk Denetiminde Ölçülülük İlkesi.....	195
2.2.1. İdare Hâkiminin Kamu Düzeni Alanında Ölçülülük İlkesini Uygulama Tekniği.....	195
2.2.1.1. Maksimum Denetim.....	197
2.2.1.1.1. Tam Ölçülülük Kontrolü.....	197
2.2.1.1.2. Genel ve Mutlak Yasakların Denetimi.....	201
2.2.1.1.3. Danıştay Kararlarında Maksimum Denetim.....	204
2.2.1.1.4. Maksimum Denetim ve Yerindelik Denetimi İlişkisi.....	206
2.2.1.2. Normal Denetim: Makul Ölçülülük Denetimi.....	209
2.2.1.3. Minimum Denetim	212
2.2.1.3.1. Maddi Olayın Araştırılması.....	213
2.2.1.3.2. Açık Değerlendirme Hatası Kontrolü.....	215
2.2.1.3.2.1. Sınırdışı Etme Kararlarının Denetimi.....	216
2.2.1.3.2.2. Yabancı Yayınlarla İlişkin Kararların Denetimi.....	218
2.2.1.3.3. Danıştay Kararlarında Minimum Denetim.....	219
2.3. İdarenin Takdir Yetkisinin Kamu Düzeni İşlemleri Bakımından Anlamı.....	222
2.3.1. Kolluk Tedbirleri Açısından Takdir Yetkisinin Kaynağı.....	222
2.3.2. Özgürlükler Arasındaki Hiyerarşi Açısından Takdir Yetkisi.....	225
2.3.3. Yargılama Politikası Açısından Takdir Yetkisi.....	228
2.3.4. Teknik Konular Açısından Takdir Yetkisi.....	228
2.4. İdarenin Kamu Düzeni Alanındaki Olağanüstü Yetkilerinin Yargısal Denetimi.....	230
2.4.1. Fransız Yargı İçtihatları İle Geliştirilen Teoriler.....	231
2.4.1.1. Aciliyet Teorisi.....	231
2.4.1.2. İstisnai Haller Teorisi.....	232
2.4.2. Fransa'da Yasal Rejim Kapsamındaki Olağanüstü Yönetim İşlemlerinde Yargısal Denetim.....	237
2.4.3. Türk Hukukunda Olağanüstü Yönetim Usullerinde Yargısal Denetim.....	238
2.4.3.1. Anayasal Dayanak.....	239

2.4.3.2. Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Tedbirlerinin Yargısal Denetimi.....	241
3. ANAYASAL REJİM AÇISINDAN HÂKİMİN KAMU DÜZENİNİ	
SOMUTLAŞTIRMASI.....	247
3.1. Demokratik Bir Liberal Rejimde İdari Yargının Fonksiyonu.....	247
3.2. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Düzeni.....	250
3.2.1. Kamu Düzeninin Kapsamı.....	250
3.2.2. Kamu Düzeninin Niteliği.....	252
3.2.3. Kamu Düzeninin Özgürlükler Aleyhine Genişlemesi	253
3.2.4. Kamu Düzeni Amacı.....	256
3.3. Anayasal Kamu Düzeni.....	260
3.3.1. Anayasal Kamu Düzeni Kavramı.....	260
3.3.2. İdare Hâkiminin Anayasal Kamu Düzenini Uygulaması.....	263
3.3.2.1. Yasa Ekranı Teorisinin Zayıflaması.....	263
3.3.2.2. Hukukun Genel İlkelerinin Yaratılması ve Uygulanması.....	267
3.3.2.3. Anayasaya Uygun Yorum Tekniği.....	269
3.4. Avrupa Kamu Düzeni Kavramı	273
3.4.1. Kavramın Doğuşu ve Anlamı.....	273
3.4.2. Avrupa Kamu Düzeninin Unsurları.....	277
3.4.2.1. Hukukun Üstünlüğü İlkesi.....	278
3.4.2.1.1. Yasanın Anlamı.....	278
3.4.2.1.2. Yasanın Özellikleri.....	279
3.4.2.2. Özgürlüklere Saygı.....	280
3.4.2.2.1. Sınırlama Sebebinin Uygunluğu.....	281
3.4.2.2.2. Ölçülülük İlkesi.....	282
3.4.2.2.3. Ayrımcılık Yasağı.....	283
3.4.2.3. Avrupa Bölgesine Aidiyet Ölçütü: Demokratik Toplum Standardı.....	284
3.4.2.3.1. Çoğulculuk İlkesi.....	285
3.4.2.3.2. Hoşgörü ve Açık Fikirlilik.....	287
3.4.3. Avrupa Kamu Düzeninin İdare Hâkimi Tarafından Uygulanması.....	288
3.4.3.1. Türk İdare Hâkiminin Avrupa Kamu Düzenine Yaklaşımı.....	288
3.4.3.2. Fransız İdare Hâkiminin Avrupa Kamu Düzenine Yaklaşımı.....	295
SONUÇ.....	300
KAYNAKÇA.....	305

KISALTMALAR

AİD	Amme İdaresi Dergisi
AJDA	Actualité juridique du droit administratif
AMKD	Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
AÜEHFD	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM	Anayasa Mahkemesi
Bknz.	Bakınız
C.	Cilt
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
CE Ass.	Conseil d'Etat Assemblée
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CÜ	Cumhuriyet Üniversitesi
D.	Recueil Dalloz
DD	Danıştay Dergisi
D.İDDK	Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
D.VDDK	Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu
éd.	Editon
éd. G.	Edition générale
EDCE	Etudes et documents du Conseil d'Etat
GAJA	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
GDCC	Les grands décisions du Conseil constitutionnel
GP	Gazette du Palais
HAD	Hukuk Araştırmaları Dergisi
IDEDH	Institut de droit européen des droits de l'homme
İHİD	İdare Hukuku ve İlimler Dergisi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBF	İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

J.-Cl.Adm.	Jurisqueleur administratif
JCP	Jurisqueleur périodique (La Semaine juridique)
JO	Journal officiel de la République française
LPA	Les Petites Affiches
MÜHF	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
RDP	Revue du droit public et de la science politique
Rec.	Recueil des décisions de la juridiction citée
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RPDA	Revue pratique du droit administratif
RRJ	Revue de la recherche juridique
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
S.	Sayı
s.	Sayfa
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TİD	Türk İdare Dergisi

GİRİŞ

Kamu düzeni kavramı hukukun her alanında, yasal metinlerde, hukuki kararlarda en sık kullanılan kavramlardan biridir. Çok sık kullanılan bu kavramın, içeriği ve tanımının tam olarak açıklığa kavuşturulamaması, bu kavramı en esrarengiz hukuki kavramlardan biri haline getirmektedir. Kamu düzeninin ne olduğu ve ne olmadığı konusunda araştırmayı ve fikir yürütmeyi derinleştirdikçe açıklamaların içinde kaybolma oranı da artmaktadır. Kamu düzeninin hukukun her dalında kullanılan temel ve disiplinlerarası bir kavram olduğunu ilk bakışta söyleyebiliriz. Böyle bir kavramın uygulanması acaba normatif bir düzende bir gereklilik midir? Belli bir büyüklükteki her insan grubu, bir organizasyonu gerektirir. Örneğin idareye, bir özel kuruluşa, bir derneğe ya da bir mafya grubuna ait bir düzen olması vazgeçilmez niteliktedir. Her toplum için bir organizasyonun ve ortak değerler temelinde bir “toplumsal düzenin” varlığı zorunludur. Rivero’nun dediği gibi “kimsenin kimseyle hiçbir konuda anlaşamadığı, hatta anlaşamadığı konusunda bile olsa anlaşamadığı bir toplum, toplum olarak yaşayamaz. En küçük insan grubunda bile özgürlüklerin korunması ve dolayısıyla da sınırlanması meselesinde belirleyici olan, asgari değerler üzerinde asgari bir anlaşmanın varlığı gereklidir.”¹

Kamu düzeni, hukuk toplumunun temelidir, çünkü kişilerin emniyetini, toplu yaşamın güvenliğini, sosyal ayrıcalıkların dağıtımını ve sınırlarını ve hukukun genel ilkelerine ve usul kurallarının uygulanmasına saygıyı teminat altına alır. Kamu düzenine aykırılık bazen sürgün ve ölüm gibi çok ağır cezalarla cezalandırılmıştır. Denilebilir ki kamu düzeninin kurulması, korunması ve garanti altına alınması, şehri yönetmekle görevli olanların en önemli görevleri arasında olmuştur.

¹ J. RIVERO, *Libertés publiques*, Tome 1, PUF, Paris 1995, s. 169.

Bizim çalışmamızda kamu düzeni kavramı, idare hukuku ile sınırlı olarak analiz edilmiştir. İdare hukukunda kamu düzeni, idarenin kolluk faaliyetinin amacıdır; idarenin en önde gelen görevi, toplumun maddi düzenini korumak ve böylece bireylerin ve toplulukların güvenli, huzurlu ve sağlıklı bir şekilde yaşamalarını sağlamaktır. Bu çerçevede idari yargılama usulü alanında kamu düzeninin içeriği ve fonksiyonu da çalışma konusunun dışında bırakılmıştır.

Tezimizin ilk bölümünün birinci kısmında kamu düzeni kavramının anlamına ve tanımlanmasına ilişkin öğretide mevcut bulunan yaklaşımları ortaya koyduktan sonra, ikinci kısmında idare hukukunda kamu düzeninin içeriğini, pozitif hukuk temelinde başlıca uygulama alanları yönünden belirlemeye çalıştık. Bu kısımda kamu düzeni, idare hukukunda söz konusu olan unsurlarının yasakoyucu tarafından somutlaştırılmış biçimi ile ele alınmıştır. Burada amaç, kamu düzenini somutlaştıran mevcut yasal düzenlemelerin tüketici bir biçimde belirlenmesi değildir; fakat kamu düzeninin unsurlarının niteliğini ve kapsamını göstermektir. Tezimizin ikinci bölümünde ise idare hâkiminin yargılama faaliyetinde somutlaşan haliyle, idare hukukunda kamu düzeninin ne olduğu, yani nasıl uygulandığı analiz edilmiştir. Bu bölümde idare hâkiminin kamu düzenini uygulaması, hem genel olarak yargılama faaliyeti açısından, hem de özel olarak idari yargıda hukuka uygunluk denetiminin özellikleri açısından değerlendirilmiştir.

Hayatın siyasi, sosyal ve ekonomik alanlarında ortaya çıkan bir kavram olarak kamu düzeninin ne olduğunu sormak aslında toplumsal iktidarın temellerini ve uygulanma şartlarını araştırmayı gerektirir. Bu da kamu düzenine kim karar verir, kamu düzenini kim tanımlar sorularını akla getirmektedir. Bazıları için kamu düzeni, devletin tüm makamlarının uymak zorunda olduğu, kendiliğinden oluşan bir uygarlık ürünüdür; bazıları içinse her türlü toplumda kuralları koyan, iktidar hiyerarşisini kuran ve bu anlamda düzeni şekillendiren bir makam bulunmaktadır. Bu iki tip görüş, ancak insan haklarına saygılı, demokratik bir rejimde, birbiriyle çatışmaksızın, uyumlu bir biçimde birarada bulunabilir². Çalışmamızın ikinci bölümünde kamu düzeni kavramının

² A. PLANTEY, “*Définition et principes de l'ordre public*”, in “*L'ordre public*”, sous la dir. R. POLIN, PUF, Paris 1995, s. 29.

demokratik, liberal bir hukuk devletinde nasıl somutlaştığı idari yargı kararları çerçevesinde analiz edilmiştir.

Kamu düzeni kavramının açık olmaması, bir ölçüde kavramı oluşturan kelimelerden ileri gelmektedir. Düzen kelimesi, organizasyon, düzensizliğin yokluğu, düzenleme, yönlendirme gibi anlamlar çağrıştırırken, kamu kelimesi hem topluma hem de devlete gönderme yapmaktadır. Bunlar, hukuku ve hukuk bilimini aşan çok genel kavramlardır; kamu düzeni kavramının çok çeşitli durumlarda kullanılmasının bir nedeni de budur. Ayrıca uygulama alanının genişliği de kullanımının çeşitliliğini anlaşılabilir kılmaktadır. Kavram, çok çeşitli fonksiyonlar yerine getirmektedir; örneğin, kolluk önlemlerinin alınmasının, bazı sözleşmelerin yoklukla malul olmasının, yargıcın yetkilerinin artmasının hukuki gerekçesi olmaktadır. Kamu düzeni kavramı, hukukun her branşında uygulanmaktadır. Hatta kamu düzeni, hukukun göreceli olarak yeni alanlarında da önemli bir kavramdır. Avrupa Topluluğu hukukunda, gerek Topluluğu kuran anlaşmalarla gerekse Avrupa Topluluğu Adalet Divanının içtihatlarıyla kavrama yer verildiğini görüyoruz. Hatta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, insan hakları açısından bir Avrupa kamu düzeni fikri geliştirmektedir. Çalışmamızın ikinci bölümünün son kısmında, Avrupa kamu düzeni kavramının ne anlama geldiği ve iç hukuka etkisi üzerinde durduk.

Kavramın kullanımının çeşitliliğine ilişkin bu tespit akla bir soru getirmektedir. Kavramın bu denli çeşitli ve yaygın kullanımı, onun zorunlu karakteri ve oynadığı temel rolden mi, yoksa amacını aşan aşırı bir başvurudan mı kaynaklanmaktadır? Bunlardan başka, kavramın esnek ve flu bir karaktere sahip olmasının onun başlıca yararı olup olmadığı da sorulabilir. Bu bağlamda tezimizde kamu düzeni ve yasallık ilkesi arasındaki ilişki sorgulanmıştır.

Genellikle ne yasal düzenlemeler ne de içtihat kamu düzeninin bir tanımını vermektedir; bu durum onun çeşitli anlamlarda kullanılmasını kolaylaştırmaktadır. Ayrıca, hukukun hiçbir alanı kamu düzeni kavramının uygulama kapsamını sınırlamayı gerçekten istememektedir.

Fransız hukukunda kamu düzeni kavramı, gerek tanımı ve içeriğiyle, gerek üstlendiği fonksiyon açısından ve gerekse hukuk sistemi içindeki yeri konusunda çok sayıda analizin kaynağını oluşturmuş ve önemli tartışmalara neden olmuştur. Oysa Türkiye’de kamu hukuku alanında kamu düzeni konusunda geniş kapsamlı bir çalışma bulunmamaktadır; özel hukukta ise kamu düzeni devletler özel hukuku alanında bazı çalışmaların konusu olmuştur³.

Anglo-sakson sisteminin uygulandığı ülkelere baktığımızda, kavrama bir çerçeve oluşturabilme çabası iyice zorlaşmaktadır. Özellikle İngiltere’de kamu düzeni kavramı sık sık *public policy* ifadesi dolayısıyla kullanılmaktadır; hukukçular genellikle kökeninin adli olması ve özel hukuk işlemleriyle sınırlı olması nedeniyle *public policy* kavramının kamu düzeni kavramından daha dar olduğu hususunda birleşmektedirler. Yine de *public order* deyimini bazen *public policy* ile birlikte kullanılmaktadır; bundan dolayı da özellikle Kanada’da bazı hukukçular kavramın ikiliği üzerinde durarak iki kamu düzeni olduğunu söylemektedirler. Bundan başka *public order* terimi bazen kamu güvenliğinden daha dar bir anlamla ortaya çıkmaktadır⁴.

Kamu düzeni kavramının farklı hukuk düzenlerindeki anlamının analizi, kavrama ilişkin soruları aydınlatmak şöyle dursun kavramı çevreleyen sisi pekiştirir gibi görünse de Türk hukukunun incelenmesiyle varılacak bulguları destekleyebilir. Bu çalışmada, Türk idare hukukunun geniş ölçüde esinlendiği bir kaynak olması itibarıyla, Fransız hukukunda kamu düzeni kavramının içeriği ve uygulanması konusundaki anlayışlar ve varılan çözümler de değerlendirilecektir. Ancak Fransız hukukuna ilişkin değerlendirmelerin, bir karşılaştırmalı hukuk çalışması niteliğinde ve iddiasında olmayacağı da hemen belirtilmelidir.

Hukuk düzeninde, ilk bakışta kamu düzeninin iki görünümü seçilebilmektedir: Herkesin güvenliğinin sağlanması anlamında, toplumun maddi düzeni olarak kamu düzeni ve irade hürriyetinin karşı gelemeyeceği belli kurallardan oluşan normatif kamu

³ Bknz. H. TİMUR, “Devletler Hususi Hukukunda Amme İntizamı”, İÜHFM, 1941, C. VII, s. 866-905; G. ÖKÇÜN, Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, Ankara 1997; K. DAYINLARLI, Milli Milletlerarası Hukukta Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara 1994; Ayrıca medeni usul hukuku açısından kamu düzenini konu alan yakın tarihli bir çalışma bulunmaktadır. M. YILMAZ, Mahkemelerin Kamu Düzenine İlişkin Etkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

⁴ N. JACQUINOT, Ordre public et constitution, Thèse, Aix-Marseille, 2000, s.15.

düzeni. Kavramın özel hukukta ve kamu hukukunda farklı işlevlere sahip olmasının temelinde de bu ayrım yatmaktadır.

Kamu düzeni ilkesi her çeşit yasada yer alabilen ve rastlanabilen bir ilkedir. Kamu hukuku yasalarında, ceza yasalarında, mülkiyet ve borç ilişkili usul, yetki ve icra yasalarında yer alabilir. Fakat kamu düzeninin söz konusu olduğu durumlar önceden gösterilemez⁵.

⁵ F. MÜDERRİSOĞLU, “Anayasal Hak ve Özgürlüklerin Özellikle de Basın Özgürlüğünün Kamu Düzeni Gerekçesiyle Sınırlanması ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Düzeni”, içinde ONAR’a Armağan, İstanbul 1977, s. 488-489.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU DÜZENİ KAVRAMININ ANLAMI VE İÇERİĞİ

1. KAMU DÜZENİ KAVRAMININ ANLAMI

1.1. Kamu Hukuku - Özel Hukuk Ayrımında Kamu Düzeni

Fransız hukukunda, birçok nesilden hukukçu kamu düzeninin açık olmayan bir kavram olduğunu, tanımlanmasının çok güç olduğunu belirtmektedirler. Kamu hukuku ve özel hukuk için ayrı ayrı tanım yapmak yerine farklı hukuk dalları bakımından geçerli bir kamu düzeni tanımı yapılmasının güçlüğü de kavramın elle tutulmasını zorlaştıran başka bir nokta olarak dikkat çekmektedir. Öğretide birçok yazar, kamu düzeni alanında özel hukukla kamu hukuku, özellikle de idare hukuku alanında açık olarak birbirinden farklı iki kavrama aynı ad verilmişcesine derin farklılıklar olduğunu söylemektedirler⁶.

İster özel hukukta ister kamu hukukunda olsun kamu düzeni kavramının kökleri çok eskilere dayanır ve bugünkü görünümüne kavuşmadan önce birçok tarihsel unsurdan etkilenmiştir.

⁶ J.RIVERO / J.WALINE, Droit administratif, 17. éd., Dalloz, Paris 1998, s. 420.

1.1.1. Kavramın Özel Hukuktaki Tarihçesi ve Anlamı

Tarihsel olarak batıda özel hukuk alanında kamu düzeni, geleneksel biçimde ona bitleştirilen *bonnes moeurs*⁷ kavramı ile birlikte anlaşılmak zorundadır. Çünkü kamu düzeni doğrudan ifade edilmemekte, genellikle *bonnes moeurs* kullanılmaktadır. Roma hukuku bu konuda zengin bir kaynaktır. *Bonnes moeurs*, site tarafından benimsenen, kamusal ya da özel tutum ve davranış ilkelerini kabul eden gerek yazılı gerek örfi hukuk kurallarından oluşur. Bu kavram özellikle sözleşme alanında kendini göstermiştir; bir sözleşmenin *bonnes moeurs*'e aykırılığı onun geçersizliği yaptırımına bağlanmıştır. Kısaca, *bonnes moeurs* kamu düzeninin fonksiyonuna benzer bir fonksiyonu yerine getiren ilk hukuki araçlardan biridir.

Kamu düzeni kavramı, Eski Rejim'de (*Ancien Régime*)⁸ seyrek de olsa bulunur. Ortaçağda, Roma Hukuku döneminde olduğu gibi, esas rol oynayan kavram “*bonnes moeurs*”dür. Kanonik hukukçular, tabii hukuktan kaynaklanan tabii davranış kurallarıyla yasalar ve geleneklerden gelen davranış kuralları arasında bir ayrım yaptılar. *Bonnes moeurs*'ün hukuk normu karakteri bu dönemde oldukça zayıflamıştır ve bunun gibi kamu düzeni kavramı da ahlak düzeni olarak anlaşılmıştır. Monarşinin güçlenmesi ve temelinde akıl olan bir hukukun gelişmesi ile nihayet bireylerin uymak zorunda olduğu bir krallık kamu düzeni ortaya çıkmıştır. İlk olarak, 17. yüzyılda ünlü hukukçu Domat'nın sayesinde tutarlı bir kamu düzeni teorisi oluşmuştur. Domat'ya göre herkes kamu düzenini bozmamak zorunda olduğu gibi kendine düştüğü kadarıyla ona katkıda bulunmalıdır ve kimse kendi şahsında kamu düzenini bozan bir şey yapmamalıdır. Bundan dolayı da “tüm anlaşmalar ancak toplumun düzenine uygun olduğu ölçüde geçerlidir.”⁹

Böylece Eski Rejim'de kullanılan terminoloji her zaman açık olmasa da kamu düzeni kavramının yavaş yavaş oluştuğunu görüyoruz. Roma hukukunda başka bir kavram olan *jus publicum*'un kamu düzeni kavramı üzerindeki etkisini de atlamamak

⁷ Bu terimin tam karşılığını töre olarak tercüme etmek gerekmele birlikte, hukuk metinlerinde ahlak anlamını taşımaktadır.

⁸ “Eski Rejim” deyimi, Fransa'da, 1789 Burjuva Devrimine kadar hüküm süren mutlak monarşiyi ifade eder. E. TEZİÇ, Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2007, s. 139.

⁹ J. DOMAT, *Traité des lois*, in *Les lois civiles dans leur ordre naturel*; Le droit public, et legum delectus, Paris, Nion, 1756, Liv.I, sect.2, n.5'den aktaran: JACQUINOT, s. 32.

gerekir. Bu kavram Eski Rejim’de aynen bu haliyle var olmasa bile dönemin bazı hukukçuları tarafından, irade hürriyetinin giderek daha sıkı bir biçimde sınırlanmasının yerleşmesi açısından dikkate alınmıştır.

Bundan sonraki dönemde, kamu düzeni kavramı, hazırlanan Fransız Medeni Kodunun (*Code civil*) 6. maddesinde yer almış, dolayısıyla özel hukukta merkezi bir öneme sahip kılınmıştır. Bu maddeye göre kamu düzeni ve ahlaka (*bonnes moeurs*) ilişkin hükümlere aykırı anlaşmalar yapılamaz. Medeni Kodun hazırlandığı dönemde kavramla ilgili yoğun tartışmalar ortaya çıkmıştır. Kamu düzeni, uzun süre kamu hukuku ile karıştırılmıştır. Bu karışıklık Roma hukukunun etkisinden kaynaklanmaktadır. Yasakoyuculara göre, 6. madde, sözleşmelerle *jus publicum*’a aykırılığı yasaklayan Roma metinlerinin bir tercümesiydi¹⁰. Fakat bu *jus publicum*, tam olarak bugün kullandığımız anlamıyla kamu hukuku değildir. *Jus publicum*, kamusal biçimde yapılan hukuku, yani kişilerin aralarında yaptığı anlaşmalardan doğan hukuka karşılık olarak yasalardan ya da senatör-konsüllerden (*senatus-consultes*) kaynaklanan hukuku ifade eder. Daha sonraları Son İmparatorluk (*le Bas-Empire*) döneminde, kamu hukuku-özel hukuk ayrımının bu ilk kriterine, söz konusu ayrımı günümüzde kullanılan anlamına daha yakınlaştıran kamu yararı kriteri eklenmiştir: *Utilitas publica*. Malaurie’ye göre *jus publicum* terimi, günümüzdeki anlamlarıyla emredici yasalar, kamu yararı, kamu düzeni, iyi idare gibi kavramları aynı anda kapsamaktadır¹¹.

Kaldı ki kamu düzeni ve kamu hukuku, bu sonuncusunun günümüzdeki anlamıyla da birbirinin yerine kullanılamayacak olan iki ayrı anlam ve işleve sahiptir. Kamu hukuku, devletin siyasi organizasyonu ve bireylerle ilişkisini ilgilendiren emredici kuralların bütünü olarak karşımıza çıkar. Fakat kişilerin durumunu ilgilendiren özel hukuk kurallarından bazılarının kamu düzeninden sayılarak emredici nitelikte olması, onları kamu hukuku alanına sokmaz. Bu anlamda kamu düzeni, irade hürriyetini sınırlayıcı bir işlev görmekle birlikte kamu hukuku ile aynı müdahale alanına ve aynı amaca sahip değildir.

¹⁰ JACQUINOT, s. 32.

¹¹ JACQUINOT, s. 33.

Tuhr'a göre borçlar hukukunun kurallarının çoğunluğu yoruma ilişkin kurallar olduğu için bunlar tarafların hukuki ilişkilerini belirtmemekte veya sözleşmelerinde belirsizlikler bulunduğu durumlarda uygulanmaktadır. Yasanın bir kurala aykırı davranılamayacağını açıklaması veya buna aykırı sözleşmeleri yasaklaması kuralın emredici niteliğini gösterir. Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 2. maddesi şöyle bir kural koymuştur. "Türk Medeni Kanununun kamu düzeni ve genel ahlakı sağlamaya yönelik kuralları, haklarında ayırık bir hüküm bulunmayan bütün olaylara uygulanır. Bu bakımdan, eski hukukun Türk Medeni Kanununa göre kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı olan kuralları, bu Kanun yürürlüğe girdikten sonra hiçbir suretle uygulanmaz." Bu hükümdeki kamu düzeni deyiminden, koruma ve uygulamasında toplumun büyük bir yararı olan emredici hukuk kuralları anlaşılmalıdır. Bu kuralların çoğunluğu genellikle aile hukukunda, ayni haklarda ve miras hukukunda bulunur. Buna karşılık, borçlar hukuku ilkeleri ancak tarafların yararlarına ilişkin olup kamu düzenine dahil değildir¹².

Ayrıca Borçlar Kanununun 19. maddesine göre: "Kanunun kat'i surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir." Bu hüküm gereği, "amme intizamı"na aykırı olan sözleşmeler geçerli olmayacaktır.

Sözleşme, kamu düzenini koruyan bir hükme aykırı ise esasen durum emredici hukuk kuralına aykırılık olarak nitelendirilir. Ortada herhangi bir somut emredici hukuk kuralı olmasa dahi, yapılan bir sözleşme kamu düzenini ihlale yönelikse, bu sebeple hükümsüzlük müeyyidesiyle karşılaşır. Oğuzman ve Öz'e göre toplumun menfaatini koruyan hükümlerle ortaya çıkan hukuki düzenin bütünü kamu düzeni olarak ifade edilebilir; toplumun menfaatinin içeriği zamanla değişebilir¹³.

Kişiyi bir hukuk alanı ve ona bir sözleşme serbestliği sağlayan bir hukuk düzeninde bu hakların sınırlandırılması güçlük gösterir. Müderrisoğlu'na göre, her hükmün tek başına ele alınarak yasakoyucunun bu kuralı koymasındaki nedenlerin

¹² A. V. TUHR, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C. 1-2, Çeviren: Cevat Edege, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983, § 31, s. 275-278.

¹³ M. K. OĞUZMAN / T. ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005, s. 73.

araştırılması ve ondan sonra da ortaya çıkan kamu yararı ile özel yararlarından hangisinin ağır bastığının saptanması gerekir. Bir yasa kuralının kamu yararının ağır basması nedeniyle kamu düzeninin bir parçası olup olmadığı ancak bu incelemeden sonra ortaya çıkacaktır. Bu nedenler ahlaki, dini, sosyal ve politik yararlar ve özellikle devletin ve kamu huzurunun korunması ile ilgili yararlar olabilir. Bu görüşe göre bu çerçevede ulusal hukuk düzeninin korunması esastır. Bu esasa göre bir haksız fiilin işlenmesini kolaylaştıran veya bunu işlemeyi emreden veya boşanmayı sağlamayı, çocuğa ödenmesi gereken nafakayı kaldırmayı öngören sözleşmeler ve kamu hizmetlerine zarar vermeye yönelmiş sözleşmeler kamu düzenine aykırıdır¹⁴.

Tunçomağ da benzer bir biçimde kamu düzenine aykırılık kavramını hukuka aykırılık kavramı içine dahil etmektedir. Kamu düzenine aykırılık emredici bir hukuk kuralına aykırılıkla aynı niteliktedir. Bir kuralın emredici olma niteliği ile ilgili madde metninde bir açıklık yoksa ve eğer söz konusu kurala aykırı hareket kamu düzenini bozuyorsa, o kural emredici hukuk kuralıdır. Yazara göre, kamu düzeni teriminden, kendilerine uyulmasında devletin ve toplumun büyük bir çıkara sahip olduğu hukuk kuralları anlaşılır. Fakat terimin kapsamı ülkeye ve döneme göre değişeceğinden, kamu düzeni kavramını tanımlarken bu değişkenlerin gösterilmesi gerekir¹⁵. Reisoğlu aynı yaklaşım içinde, kamu düzenini, muhafazasında ve uyulmasında toplumun kesin yararı olan kurallar şeklinde tanımlamaktadır¹⁶.

1.1.2. Kavramın Kamu Hukukundaki Tarihçesi ve Anlamı

Kamu düzeni kavramı Fransa’da, egemen iktidara (*la puissance souveraine*) sosyal düzenin kurucusu, teminatı ve yararlanıcısı olma misyonu verilmesi ile yerleşmiştir. Eski Rejim’in hukukçuları, Kralı (*le Souverain*), kamu yararının koruyucusu ama aynı zamanda hukukla bağlı olarak tasarlamışlardır ki; bu hukuk, Eski Rejim’in anayasa kuralları olan “Krallığın Temel Kanunları”dır¹⁷. 18. yüzyılda anayasa yapıcılarını kamusal barışı, insan ve yurttaşlık hakları ve hürriyet, eşitlik ve mülkiyet

¹⁴ MÜDERRİSOĞLU, s. 491.

¹⁵ K. TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, Sermet Matbaası, İstanbul 1976, s. 249-250.

¹⁶ S. REİSOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2006, s.113.

¹⁷ TEZİÇ, s. 139.

kavramlarına saygı üzerine kurdular. Aslında, belli açılardan kökleri Roma hukukuna kadar giden kamu düzeni kavramı, 18. yüzyılın anayasacılık akımı ile işlenen anayasa kavramından bağımsız bir şekilde gelişmiştir. İkisi de uzun süre birbirinden bağımsız ve yan yana evrilse de aralarında bir ilişkinin kurulmadığını ve anayasanın kamu düzeni üzerindeki etkisinin hiç düşünülmediğini söylemek yanlış olur. Yakından bakıldığında böyle bir paralellik kurulması çok şaşırtıcı değildir. Napolyon İmparatorluğu kamu düzenini otoriter bütünlüğün bir aracı olarak kullanmıştır. 19. yüzyılın liberal ortamında bütün bunların etkisinin zayıflaması sonucu kamu düzeninden geriye yalnızca kavramsal bir çekirdek kaldığı görülür: Özel hayatla ilgili her türlü şeyin dışında kalan sitenin düzeni¹⁸.

Eski Türk devletlerinin birçoğunda olduğu gibi Osmanlı rejiminde ise düzen Tanrı tarafından konulmuştur. Değişmez ve değiştirilmemelidir. Nizam terimi, eski bir Osmanlı terimidir; dünyanın değişmemesi gereken geleneksel düzenini ifade eder. Nizam-ı âlem, ilahî nizamın bir parçasıdır ve onun özelliklerini yansıtır. Nizam-ı âlemin, tüm evrenin ve onun içindeki Osmanlı düzeninin belirli ve tek bir ideal durumu olduğu kabul edilir. Nizam-ı âlemin korunması sağlanmalı ve onu bozacak her eylemden kaçınılmalıdır. Nizam-ı âlem bu anlamıyla Osmanlı için hem bir mutlak referans noktası hem de bir eylem planı anlamı taşımaktadır. Modernleşmenin miladı olarak kabul edilen dönem olan “Tanzimat” sözcüğü de “nizam verme” anlamına gelen “tanzim” sözcüğünün çoğuludur. Türkiye’de kamu düzeninin anıldığı pek çok yerde, birlik, bütünlük, uzlaşma ve uyum gibi kavramların kastedilmesi, siyasi tarihimizdeki “nizam” anlayışının mirasıdır¹⁹.

Kamu düzeni eskiden beri sitenin yani şehrin doğasında mevcuttur, çünkü onun ahlaki, siyasi hatta dini dayanışmasını yansıtır. Bu anlamda Fransa’da tam olarak neyi kapsadığı bilinmemekle birlikte bir “Cumhuriyet düzeni”nin üstünlüğü iddiası ortaya atılmıştır. Bundan böyle kamu düzeninin anlamı, düzensizliğe karşı yapılan bir mücadele olmayı aşmış; bu kavram düzensizliklerin doğmaması için gerekli şartların

¹⁸ PLANTEY, s. 27.

¹⁹ A. F. ÇETİNDAG, Türk Anayasal Sisteminde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Bağlamında Kamu Düzeni, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2004, s. 38-39.

koruyucusu olarak sosyal organizasyonun ve toplum için gerekli disiplinin temeli olmuştur²⁰.

Ayrıca ahlaki ve dini prensiplerin belli bir kamu düzeni anlayışı dayattığı ileri sürülmüştür. Böylelikle, iki yüzyıl önce tanımlandığı şekliyle ortak yarar fikri ağır buyrukları ve zorlamaları meşru kılabilmiştir²¹. İşte burada ünlü ‘Devlet aklı’ (*hikmet-i hükümet*) (*la raison d’Etat*) belirmektedir. Bu kavram 16. yüzyılın ikinci yarısında ortaya çıkmış, modern devletin olduğu 17. yüzyılda olgunlaşmıştır. Devlet aklının bütünsel bir doktrin halini almasında, modern devletin oluşum sürecindeki toplumsal ve siyasal gelişmeler belirleyici rol oynamıştır.

Modern devlet, feodal yapının coğrafi ve siyasal merkezileşme yoluyla aşılması sonucu ortaya çıkmıştır. Modern devlet, yerel iktidarlara ortadan kaldırarak idarenin ve hukukun birliğini sağlamış ve bütün tekellerin en önemlisi olan silah ve şiddet tekeli elinde tutmuş ve dışa karşı koruyucu sınırlar oluşturmuştur. Devlet aklı doktrini bakımından merkezi soru şu olmuştur: Şayet devlete bir yarar sağlayacağı umuluyorsa, hükümdar etik kurallardan ve yürürlükteki hukuktan sapabilir ya da açıkça haksızlık yapabilir mi? Bu soruya olumlu yanıt verilmesiyle Devlet aklı meşrulaşır. Bu zihniyet, siyasal eylemin hedefini ve meşruluğunu belirlemede toplumu değil, devleti esas alır; devleti kendinde bir ahlaki güç ve kendi başına bir amaç olarak görür. Modern devlet, yapısal açıdan yerleştikçe Devlet aklının yansıması olarak görülen uygulamalara yönelik eleştiriler de daha çok ve daha yüksek sesle dile getirilmeye başlanmıştır. Örneğin, 16. yüzyılın sonlarında Fransa’da mezhepler arasındaki iç savaştan kaynaklanan “olağanüstü hal”de başvuru ve Devlet aklı çerçevesinde değerlendirilen iktidar araçlarının, normal hale geçildikten sonra da düzenin korunması gerekçesiyle kullanılmasına karşı çıkılarak, bu durum kabul edilemez olarak değerlendirilmiştir. Aynı şekilde, bu dönemde Devlet aklının, bir takım özel menfaatleri kamusal maskesi altında, meşrulaştırma gerekçesi olmasına itiraz edilmiştir²². Özgürlüğün sınırlanmasının gerekçesi olarak Devlet aklı, kamu düzeninin sınırlarını sadece kendi açısından ve keyfi olarak belirleyecektir.

²⁰ PLANTEY, s. 27.

²¹ PLANTEY, s. 28.

²² M. SANCAR, “Devlet Aklı Kavramına Bir Giriş”, içinde “Devlet Aklı” Kısacasında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, İstanbul 2000, s.13-26.

Başka bir açıdan, kamu düzeni kavramının ortaya çıkışını Aydınlanma Çağı'nda aramak gerektiği düşünülebilir. Aydınlanma Çağı'nda özgürlüklerin öne çıkmasıyla özgürlüklerin sınırlanma gerekçelerinden biri olarak kamu düzeni kavramı da ortaya çıkmıştır. Kamu düzeni ve özgürlükler çiftinin bu keşfi 18. yüzyılın ekonomik ve sosyal gelişimlerinde okunabilir. Bu çağda önemli bir nüfus artışı söz konusudur. Üretim aygıtı gelişmekte, daha karmaşık ve daha masraflı bir yapı ortaya çıkmaktadır. Özellikle yeni teknolojilerin keşfi üretim aygıtını güçlendirmektedir. Buna paralel olarak burjuvazi, siyasi güç olarak belirmektedir. Eski Rejim'in yapıları zayıflamakta ve denetlenmesi pek mümkün olmayan, birbirine rakip ve aynı anda var olan politik güçler tarafından ortadan kaldırılmaktadır. Toplum çeşitli düzenlerin kötü bir bileşiminden oluşmaktadır ve toplumun bütünü için bir ortak yarardan bahsetmek mümkün değildir. İktidar, giderek etkisizleşmiş ve işlevini yerine getirmesi masraflı bir hale gelmiştir. Durum böyleyken, yeni bir iktidar taktiği belirlemeye başlamıştır. İktidar daha az görünür fakat daha yaygın bir yapı haline gelmiştir. 1789 Burjuva Devrimi, böyle bir iktidarın prensiplerini belirleyecektir. Bu anlamda, özgürlüklerin karşısında, kamu düzeni kavramının ortaya çıkışı, tarihsel olarak 18. yüzyıla aitmiş gibi bir izlenim vermektedir²³. Fakat kavramın kamu hukukundaki kökleri, devlet ve siyasi otorite kavramlarıyla birlikte düşünüldüğünde Aydınlanma Çağı'ndan çok daha gerilere dayandığı görülecektir. Aslında burada söz konusu olan devletin, yani bir siyasi otoritenin de temelini oluşturan düzen kavramıdır.

Özellikle toplum sözleşmesi ile açıklanan devlet kuramlarında, bireylerin devleti oluşturmak için güvenli bir yaşam vaadi karşılığında özgürlüklerinin bir parçasından vazgeçtikleri kabul edilir. Maddi bir düzenin varlığı her toplumun en temel ihtiyacı, bu düzenin korunması da devletin en temel görevidir. Fakat korunması gerekli bu düzenin değişmez bir formülü bulunmayıp zamana ve topluma göre değişmektedir. Örneğin Hobbes'a göre doğal yaşam hali çatışma ve savaş durumudur; devlet kurumu güvenliği ve barış ortamını sağlamanın tek aracıdır²⁴.

²³ V. BLET-PFISTER, "L'ordre public (Fragments pour une étude sur l'appareil d'Etat)", in *Mélanges dédiés à la mémoire de J. TENEUR*, Tome 1, 1977, Collection des Travaux de la Faculté des Sciences Juridiques, Politique et Sociales de Lille, Université de Droit et de la Santé de Lille, s. 64.

²⁴ İ. F. AKIN, *Kamu Hukuku*, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 1993, s. 105.

Modern devletin tarihinde, bu klasik anlamının yanında, kamu düzeni kavramı, “jandarma devlet”in ekonomik liberalizmi yoğun bir eleştiriye uğradığı dönemde bir sıçrayışta bulunmuştur. Bu dönemde, kapitalist rekabet düzeni içinde, kamu düzeni sınırlayıcı bir kavram olarak belirmiş ve “müdahaleci devlet”in anayasasıyla da giderek artan bir önem kazanmıştır. Sınıf savaşının artmasıyla, kamu düzeni kavramının kapsamı daha genişlemiş, siyasi ve ekonomik bir kamu düzeninden bahsedilmeye başlanmıştır²⁵.

Kamu düzeni kavramı, kamu hukukunda çok uzun zamandan beri “polis” kavramı ile var olmuştur. İdari yargılama usulünde kullanılan anlamını bir kenara bırakırsak tamamen maddi bir içerikte anlaşılmış ve her toplumun dayandığı kaide olarak kendini dayatmıştır.

Fransa’da Eski Rejim döneminde birçok hukuk metninde kamu düzeni kavramı, ‘polis’ kavramıyla bitişik kullanılmıştır. Örneğin, 1372 tarihli, Paris şehri kolluğu ile ilgili bir metinde genel kolluğun amacının kamu düzeninin korunmasını sağlayan her şey olduğu; huzurun, kamu düzeninin ve her vatandaşın yaşamını sürdürmesinin garantisinin kralın tekelinde olduğu ifade edilmektedir²⁶.

Kamu düzeni kavramı, anglo-sakson geleneğinde basit olarak düzensizliğin olmayışı anlamına gelir. Kavramın merkezinde güvenlik duygusu vardır. “Düzensizlik, yere, zamana ve yerel geleneklere bağlı olarak, toplumdaki normallik ve huzura yönelik yerel beklentileri ihlal eden saldırgan bir davranıştan kaynaklanan bir durumdur.”²⁷

Fransa’da, kamu düzeni kavramının İngiltere’dekinden daha geniş bir anlamı vardır ve polis sözcüğü farklı bir şekilde kullanılır. Fransa’da, kamu düzeninin korunması yalnızca ani bir şekilde ortaya çıkmış bir düzensizliğe karşı harekete geçmek ya da düzensizliğin bastırılması anlamına gelmez; toplumun genel iyi düzeni anlamına gelir ve toplumsal ve ekonomik alanlardaki çok geniş bir sorunlar kümesinin düzenlenmesini kapsar²⁸.

²⁵ BLET-PFISTER, s. 65.

²⁶ JACQUINOT, s. 39.

²⁷ F. ERGUT, Modern Devlet ve Polis, İletişim Yayınevi, İstanbul 2004, s. 235.

²⁸ ERGUT, s. 235.

Polis sözcüğü, İngiltere’de ve Amerika Birleşik Devletleri’nde polis gücü anlamına gelmektedir. Polis yasaların ihlal edilme tehlikesine ya da gerçekten ihlaline karşı cevap verir. Buna karşın Fransa’da ve Fransız hukuk sistemini paylaşan tüm ülkelerde polis yetkileri terimi, suçluların yakalanmasından ve belirli suçların önlenmesinden çok daha geniş bir kapsama sahiptir. ‘Toplumdaki iyi düzen’i sağlamak da polis yetkileri içindedir²⁹.

Toplum hayatının vazgeçilmez bir temeli olması açısından kamu düzeni kavramının kamu hukuku bakımından anlamı, onu oluşturan düzen ve kamu kelimelerine daha yakından bakılarak da bir ölçüde aydınlatılabilir. Söz konusu düzen, düzensizliğin karşıtı olan maddi bir düzendir ve karışıklığın yokluğunu ifade eder³⁰. Bu düzen kamusal boyutuyla anlaşılmalıdır; yani dış düzen, kaba bir ifadeyle sokaktaki düzendir. Dış düzen, genellikle güvenlik fikriyle temsil edilir; bu güvenlik de bir yandan toplumun kolektif güvenliği, diğer yandan bu sosyal yapının bünyesinde bulunan üyelerin her birinin bireysel güvenliğidir. Bu yaklaşım biçimi kamu düzenini düzensizliğin ve karışıklığın olmaması şeklinde tanımlar; bu anlamda negatif bir tanımlama biçimi olarak belirir³¹.

Bir düzenin “kamusal” olma niteliğinin bulunması için, zarar görmesi toplumun bütününe etkileyecek, belirsiz sayıda insandan oluşan bir topluluğun söz konusu olması gerekir. Örneğin bir kurumun çalışanlarına uygulanacak disiplin cezalarını öngören iç işleyiş kuralları, o kurumun iç düzenine yani özel bir düzene ilişkindir; kuruma giren herkesin güvenliğini sağlamak için öngörülen kurallar ise o kurumdaki kamu düzenine ilişkindir³².

Daha genel olarak, toplum içindeki düzenden kaynaklanan anlamıyla, kamu düzeni kavramı, kamu hukukunda idare hâkimi tarafından 19. yüzyıldan itibaren kullanılmaya başlanmıştır. Anayasa hukuku ve uluslararası kamu hukukundan önce, kamu düzeni kavramının kullanılması idare hukukunda yaygınlaşmıştır. Kavram idare hukukuna daha önce belirttiğimiz gibi polis kavramı ile girmiştir. İdare hâkimi, belli bir

²⁹ ERGUT, s. 42.

³⁰ Düzen kelimesinin Fransızca karşılığı olan “*ordre*” kelimesinin iki anlamı vardır. Bunlardan biri emir, diğeri ise organizasyondur.

³¹ JACQUINOT, s. 40.

³² M.-C. VINCENT-LEGOUX, L’Ordre public: Etude de droit comparé intern, PUF, Paris 2001, s. 21.

tanımlama yapmamakla birlikte mevzuatta kamu düzenine yapılan referanslardan yola çıkarak kavramın gelişmesinde önemli rol oynamıştır.

Günümüzde, kamu düzeni kavramı anayasa yargıcı tarafından da kullanılmaktadır. Fransız Anayasa Konseyi, 27 Temmuz 1982 tarihinde verdiği bir kararda kamu düzeninin korunmasının anayasal değerde bir amaç olduğunu belirtmiştir³³. Anayasa Konseyi başka bir kararında kamu düzeninin bozulmasını önlemenin, hak ve özgürlüklerin korunması için gerekli olduğunu belirtmiştir³⁴. Bu karardaki gibi özgürlük ve düzen ikilisinin ayrılmaz yapısı bugüne kadar defalarca vurgulanmıştır. Bütün demokratik toplumlar kamu düzeninin korunmasını sağlamak zorundadır; bu da özgürlükler alanında, bu amaç açısından ölçülü ve kabul edilebilir bazı sınırlamaları gerektirir. Kamu düzeni, demokratik toplumlarda varlık nedenini hak ve özgürlüklerin korunmasında bulur diyebiliriz; çünkü bireysel özgürlük ancak belli bir düzen içinde gerçekleşebilir. Kamu düzeni-özgürlük ilişkisi birbirini dışlayıcı olmaktan çok sınırlayıcı ve düzenleyici bir ilişkidir.

1.2. Kamu Düzeni Kavramının İçeriği

1.2.1. Sektörel Yaklaşım

Sektörel yaklaşıma göre, kamu düzeni kavramının içeriği bir hukuk branşından diğerine göre çeşitlilik gösterir. Medeni hukuktaki içeriğiyle devletler özel hukukunda kullanılırken ifade ettiği anlam farklı olduğu gibi idare hukukunda da başkadır. Aynı hukuk branşında bile zamana bağlı olarak kamu düzeninin içeriği değişmektedir. Bu çeşitlilikten yola çıkarak birçok hukukçu kamu düzenini tek ve biricik bir kavram olarak anlamaya çalışmanın boşuna olduğu düşüncesini savunmaktadır.

³³ CC, 27 juillet 1982, *Communication audiovisuelle*, n° 82-141 DC, Rec. s. 48.

³⁴ CC, 19 et 20 janvier 1981, n° 80-127 DC, Rec. s. 15.

Kamu düzeni, kökeni itibarıyla devletin organizasyonu ve kamu gücüyle ilgili olmakla birlikte, toplumsal ahlak ve aileyle de ilgilidir. Kamu düzenine bu açıdan yaklaşan yazarlar, ahlaki ve politik kamu düzeni şeklinde ayırım yapmışlardır³⁵.

Kamu düzeni, çok geniş bir alanı kapsadığı gibi sürekli bir değişim halindedir. Örneğin aile hukukunda, özellikle batıda, giderek küçülen bir uygulama alanının varlığını ve toplum ahlakı ile kamu düzeni kavramlarının eski bir döneme göre daha kolay ve net bir biçimde birbirinden ayrıldığını ve uzaklaştığını tespit edebiliyorken çocukların korunması söz konusu olduğunda günümüzde giderek daha etkili bir uygulama gücüne sahip olduğu gözlemlenmektedir. Sosyal devletle birlikte ekonomik kamu düzeni kavramı ortaya çıkmış ve kamu düzeni kavramının uygulama alanı önemli ölçüde genişlemiştir. Sosyal ve ekonomik kamu düzeni de korumacı kamu düzeni ve yönlendirici kamu düzeni olarak ikili bir farklılaşmaya maruz kalmıştır. Birincisi, zayıf tarafın korunmasını amaçlayarak zaman içinde iş ve ticaret hukukunda çok önemli bir yer edinmiştir. İkincisi ise tarihsel olarak daha sonra ortaya çıkmış, ekonomik faaliyetler alanında devletin emredici kurallar koymasını sağlamıştır; en etkin olduğu dönem, fiyatların ve dolaşımın kontrolü ve kredi düzenlemeleriyle 2. Dünya Savaşı sonrasında olmuştur. Bu kaba perspektif bile bize, kamu düzeni kavramının çok çeşitli alanlarda ve çeşitli içeriklerde uygulandığını ve sürekli değişim halinde olduğunu göstermektedir³⁶.

Kavramın içeriğinin zaman içinde değişmesinin en çarpıcı biçimde belirgin olduğu alan ise devletler özel hukuku alanıdır. Yabancı bir yasanın uygulanmasını engellemek için adli hâkimin önünde kamu düzeni itirazı öne sürüldüğünde, hâkim yalnızca yargılama yaptığı dönemin kamu düzeni anlayışına göre kararını kurmalıdır, yani kamu düzeni güncel bir karakterdedir. Bu özelliği, Fransız Yargıtayı (*Cour de cassation*) şu ifadelerle resmen onaylamıştır: Kamu düzeni tanımı Fransa'da her an geçerli olan fikre göre değişir³⁷. Özellikle hâkim tarafından tarif edilen kamu düzeni, hiçbir yasal metinde yer almıyorsa, kamu düzeninin güncel olması kuralı, hâkime, söz konusu hukuk kuralının o anda toplumda geçerli olan hukuki ve sosyal anlayışlara aykırı olup olmadığını belirleme zorunluluğunu getirir.

³⁵ JACQUINOT, s. 42.

³⁶ JACQUINOT, s. 43.

³⁷ JACQUINOT, s. 44.

Kamu hukukunda, özel hukukla kıyaslandığında kamu düzeni kavramının içeriği açısından daha sınırlı bir çeşitlilik göze çarpmaktadır. Bu alanda kamu düzeninin geleneksel unsurları güvenlik, dirlik-esenlik ve sağlık olarak karşımıza çıkmakta ve kamu düzenine dış ve maddi düzen şeklinde ifade edilen maddi bir tanım getirilmektedir. Bu şekilde tanımlandığında kavram hiçbir güçlük çıkartmıyor gibidir. Kamu hukukçularının çoğu da kamu düzenini tanımlamak için bu üç unsuru sıralamak dışında bir zahmete katlanmazlar³⁸.

Fakat günümüzde bu klasik üç unsura yeni unsurlar dahil olmaya başlamıştır. İleride inceleyeceğimiz bu yeni unsurların ortaya çıkması kamu düzeninin içeriğinin gerçekten değişime uğrayıp uğramadığı konusunda çatışan görüşlere yol açmaktadır. Öğretide bazı yazarlar klasik kamu düzeni kavramının içeriğinin, politik, ahlaki, ekonomik ve hatta estetik düzenleri de içine katan bir biçimde gittikçe genişlediğini iddia etmektedirler³⁹. Buna karşılık bazıları da kamu düzeni kavramında belli bir değişmezlik olduğunu ileri sürmektedirler. Örneğin, Bon'a göre estetik, ahlaki ve ekonomik düzenler, kamu düzeni kavramına yeni katılan unsurlar olmayıp klasik üç unsurun içinde zaten bulunmakta ve onlar tarafından korunmaktadırlar⁴⁰.

Kavramın bu farklılaşması ve çeşitliliği, öğretide birçok yazarın kamu düzeninin değişken karakterinin ve tanımlanmasındaki güçlüğü altını çizmelerine neden olmuştur. Bunlar kaçınılmaz olarak kamu düzeni kavramının yapısı ile ilgili sonuçlar doğuran kısmi bir yaklaşımı benimsemişlerdir. Görünüştaki birlik yokluğunu Vincent, "binbir suratlı kavram" olarak ifade etmiştir⁴¹. Bu görüşü savunan yazarlara göre birçok hukuk dalında kamu düzeni kavramı uygulanmakla birlikte bu durum sadece kavramların eş sesli olma durumudur; çünkü aralarında hiçbir ortak nokta bulunmamaktadır. Dolayısıyla kamu düzeninden değil kamu düzenlerinden bahsedilebilir; çünkü her hukuk branşı için ayrı bir kamu düzeni söz konusudur⁴².

³⁸ JACQUINOT, s. 44.

³⁹ P. BERNARD, *La notion d'ordre public en droit administratif*, LGDJ, Paris 1962, s. 26-44.

⁴⁰ P. BON, *La police municipale*, thèse, Bordeaux, 1975, s. 161.

⁴¹ J. VINCENT, "*La procédure civile et ordre public*", in *Mélanges en l'honneur de P. ROUBIER*, Tome 2, Librairies Dalloz et Sirey, Paris 1961, s. 304'den aktaran: JACQUINOT, s. 47.

⁴² JACQUINOT, s. 48.

Örneğin Hauriou, idare hukukunda kamu düzenini, maddi karışıklığın yokluğu olarak tanımladıktan sonra kamu düzeninin özel hukukta başka bir anlamı olduğunu söylemiştir⁴³. Rivero ve Waline, kamu düzenine Medeni Kodun 6. maddesinde verilen anlam ile bu kavramın idari kolluk alanında ifade ettiği anlamı karıştırmaktan kaçınmak gerektiğini ifade etmişlerdir⁴⁴. Deyimler eşseslidir, fakat iki farklı şey söz konusudur. Auby ve Drago bu iki ayrı yerdeki kamu düzeninin farklı anlamlara geldiğini ve durumun bir kelime oyunu olduğunu söyleyerek aynı görüşü benimsemektedirler⁴⁵.

Türk öğretisinde de Ökçün, “kamu düzeni kavramı, diğer hukuk kavramları gibi hangi hukuk dalında incelenecekse, o hukuk dalı açısından ele alınmalıdır” diyerek aynı anlayışı benimsemiştir. Ökçün’e göre “hukuki müesseselerin görevsel açıdan incelenmesini öngören bu davranış, bu müesseselerin çeşitli hukuk dallarında gördükleri göreve göre farklı özelliklere sahip olabilecekleri sonucunu doğurur. Dolayısıyla devletler hususi hukuku bakımından kamu düzeni, gördüğü görevin farklı olması sebebiyle, iç hukuktaki kamu düzeni kavramından farklı özelliklere sahip olabilecektir.”⁴⁶ Dayınlarlı’ya göre de “milletlerarası kamu düzeni kavramı, iç hukuka nazaran daha dar ve sınırlıdır. İç hukukta kamu düzeninden sayılarak emredici kurallara bağlanan esaslar, milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzeninden sayılmayabilir.”⁴⁷

Bu görüş içinde her hukukçu kavramı sadece kendi çalışma alanları olan hukuk dalları içinde ortaya çıktığı şekliyle ele almakta ve bu tez, kamu düzeni kavramının parçalanması ve sektörleşmesi sonucunu doğurmaktadır. Kamu düzeni deyiminin önüne konulan sıfat bolluğunun kaynağında bu olgu yatıyor gibidir: Ekonomik, sosyal, estetik, ekolojik, sportif kamu düzeni gibi. Bu açıdan, kamu düzeni sadece basit bir niteleyiciden ibaret hale gelmektedir. Hâkimin veya yasakoyucunun diğerlerinden daha önemli bulunduğu, bu anlamda hiyerarşik olarak daha üstte olan hukuk kurallarını, özellikle de yasaları belirlemeye yaramaktadır. Yani bir hukuk kuralının kamu düzeninden olması demek, diğerlerinden daha üstün ve öncelikli olması anlamını

⁴³ M. HAURIOU, Précis de droit administratif et de droit public, 12. éd., Sirey, Paris 1993, s. 54.

⁴⁴ RIVERO / WALINE, s. 502.

⁴⁵ J.-M. AUBY / R. DRAGO, Traité de contentieux administratif, Tome 2, 3. éd., LGDJ, Paris 1984, s. 241.

⁴⁶ ÖKÇÜN, s. 11.

⁴⁷ K. DAYINLARLI, “Milletlerarası Hukukta Kamu Düzeni”, içinde Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN’a Armağan, Ankara 1988, s. 658.

taşımaktadır. Morvan'a göre kamu düzeni, bazı kuralların uygulama gücünü diğer kurallar karşısında daha yoğun ve kuvvetli yapan bir karakterdir; bir norm değildir. Bu görüşü en uç noktasına götürdüğümüzde kamu düzeni kavramının hukuki bir kavram olmadığı sonucu dahi ortaya çıkmaktadır. Bonnechère, kamu düzeni kavramının hukuk felsefesi alanına ait olduğunu, saf hukuk kavramı olamayacağını belirtmiştir. Hatta Carbonnier'e göre, kamu düzeni bir kurallar bütünü olarak anlaşılmamalıdır; kamu düzeninden olduğu belirtilen kurallar ve yasalar, kamu düzeninden türerler, fakat onunla aynı şey değildirler⁴⁸.

Yukarıda özetlenen yaklaşım, kamu düzeninin tanımlanamaz bir kavram olmasından ötürü, onun normatif bir nitelik taşımadığı sonucuna ulaşmaktadır. Buna göre kamu düzeni, gerek yasakoyucu gerekse hâkim tarafından, kamu düzeninden olduğu kabul edilen kurallar ve durumlardır; fakat bunlardan bağımsız olarak bir anlamı yoktur. Dolayısıyla bu yaklaşım, kamu düzenini teknik bir kullanıma indirgeyerek, hukuken tanımsız ve bütünlükten yoksun bir araç olarak görmektedir.

1.2.2. Bütüncül Yaklaşım

Bütüncül yaklaşıma göre, kamu düzeninin tanımlanmasında ortaya çıkan güçlük, kavramın hukuki karakterini yadsıma sonucunu doğurmamalıdır. Kamu düzeninin farklı görünümlere sahip olduğunu kabul etmek, kavramın genel olarak hukuken ne anlama geldiğini sormamıza engel olmamalıdır. Kamu düzeninin genel bir anlamına ulaşabilmek için, kavrama iki yönden yaklaşılabilir. Bunlardan biri, kamu düzeninin rolünün ve yerine getirdiği fonksiyonların ne olduğunu araştırmak, diğeri de kavrama maddi açıdan yaklaşarak, kamu düzeninin neyi kapsadığını ve onu oluşturan unsurlar arasındaki ortaklığın ne olduğunu bulmaktır.

⁴⁸ Yazarlardan aktaran: JACQUINOT, s. 49.

1.2.2.1. Fonksiyonel Yaklaşım

Kamu düzeninin içeriğinin tam olarak belirlenememesi ve değişik hukuk dallarında farklılaşması öğretide birçok yazarı kavramın oynadığı rolün ve yerine getirdiği fonksiyonun ne olduğu sorusuna yöneltmiştir. Bu yaklaşıma göre, kamu düzeni yapıcı unsurlarıyla değil, fakat doğurduğu etkiler çerçevesinde tanımlanabilir. Örneğin, devletler özel hukuku profesörleri olan Ekelmans ve Audit'ye göre kamu düzeni, yetkili olarak belirlenen yasa dışındaki bir yasanın uygulanmasına engel olan işlevsel bir mekanizmadan ibarettir⁴⁹. Özel hukukta kamu düzeninin anlamı, kişilerin sözleşmeyle bir durumun aksini kararlaştıramamaları, idare hukukunda belirli özgürlüklerin sınırlanması, yargılama usulü hukukunda hâkimin kendiliğinden araştırma ilkesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Kamu düzeninin yarattığı bu etkiler çok çeşitli gibi görünse de hepsinin ortak özelliğine bakacak olursak, kamu düzeni hepsinde bir öncelik (*primauté*) prensibini ifade eder; uygulanacak kural bir yasa ya da sözleşme hükmü olsun, bunlardan kendine aykırı olan normu ekarte eder. Yani kamu düzeni, çatıştığı çıkarlardan önce gelen ve her seferinde ve sistematik bir şekilde üstün olan toplumsal bir kural rolü oynamaktadır. Bu etki Kelsen'in normlar hiyerarşisi teorisini çağrıştırmaktadır. Kelsen'de de normlar hiyerarşisi fonksiyonel bir sistem oluşturur, normların maddi içeriği göz önüne alınmamıştır.

Açık bir şekilde soracak olursak, idare hukuku, ceza hukuku, devletler özel hukuku, borçlar hukuku ve medeni usul hukuku gibi farklı hukuk dalları bakımından geçerli olan tek bir kamu düzeni kavramından söz edebilir miyiz? Biz bu sorunun cevabına olumlu yanıt verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Vincent-Legoux'nun da belirttiği gibi, kamu düzeni, tüm hukuk dallarında özgürlükleri sınırlama düzenidir⁵⁰. Bu yaklaşım, kavramın maddi içeriğini değerlendirmemektedir. Başka bir deyişle, bu tipte bir tanımlama, kamu düzeni kavramında fonksiyonel bir birliği ifade etmekle birlikte kavramın genel ve bütünsel nitelikte bir maddi içeriğinin olup olmadığı ile ilgili bir şey ya söylememekte ya da

⁴⁹ JACQUINOT, s. 51.

⁵⁰ VINCENT-LEGOUX, s. 22.

zaten böyle bir teze karşı çıkmaktadır. Çünkü burada kamu düzeni, tepkisel bir ilişki aracılığıyla tanımlanmaktadır.

1.2.2.2. Maddi Yaklaşımlar

Kamu düzenine maddi açıdan yaklaşmak fonksiyonel açıdan yaklaşımdan daha güçtür, çünkü kamu düzeninin içeriğini oluşturan unsurların çokluğu burada daha belirgin biçimde karşımıza çıkmaktadır. Maddi anlamda iki farklı yaklaşım seçilmektedir. Bunları kurumsal yaklaşım ve indirgemeci yaklaşım olarak adlandırabiliriz.

1.2.2.2.1. Kurumsal Yaklaşım

Kurumsal yaklaşım bakımından, Fransız öğretisinde üç aşamalı bir değişim izlenebilir. Önceleri kamu düzeni, toplumun organizasyonu şeklinde tanımlanmıştır. Çok geniş olan bu tanım daha sonra biraz daraltılarak vurgu, toplumun temel kurumları üstüne çekilmiştir. Malaruie, bu yaklaşım içinde şöyle bir tanım yapmıştır : “Kamu düzeni, toplumun dayandığı temel çerçeveler demetidir, toplumun temel yapı taşıdır.”⁵¹ Yine onun yaptığı başka bir tanım da şudur: “Kamu düzeni, toplumun vazgeçilmez kurumlarının iyi işleyişidir.”⁵²

Başka bir tanıma göre kamu düzeni, devletin içindeki düzendir; bu da devletin işleyişi ve varlığı açısından vazgeçilmez olan kurum ve kuralların düzenlenmesi ve organizasyonudur⁵³. Capitant kamu düzenini şu şekilde tanımlamaktadır: “Bireylerin, yaptıkları anlaşmalarla uygulanmasını engelleyemeyeceği ve aralarında kurdukları ilişkilerde güvenlik ve ahlakı koruyan ve kamu hizmetlerinin iyi işlemesi için gerekli olan kurumlar ve kurallar bütünü.”⁵⁴. Bernard’a göre kamu düzeni, toplumun temellerini

⁵¹ P. MALAURIE, L'ordre public et le contrat, Matot-Braine, Paris 1953, s. 41.

⁵² MALAURIE, s. 69.

⁵³ H. CAPITANT, Vocabulaire juridique, PUF, Paris 1936'den aktaran: MALAURIE, s. 261.

⁵⁴ H. CAPITANT, Introduction à l'étude du droit civil, A.Pedone, Paris 1929, n° 27'den aktaran: MALAURIE, s. 261.

yani siyasi kurumları muhafaza eder⁵⁵. Carbonnier'e göre kamu düzeni devleti koruyan bir mekanizmadır⁵⁶. Devletin bünyesinde olması gereken düzen ve barışı ifade eder. Ripert'e göre kamu düzeni, toplum hayatı için gerekli olan, ihlal edilemeyen sosyal kurumların bütünüdür⁵⁷. Başka bir tanımlamaya göre, amacı devleti korumak olan tam olarak milli bir kolluk önlemidir⁵⁸. Bu yaklaşıma göre kamu düzeni, fikir ve çıkar çatışmalarını belli bir ölçüde düzene koyarak devlet şeklinin devamlılığını garantiye alır.

Türk hukukunda da öğretide birçok yazar kamu düzeni kavramını maddi açıdan tarif etmiştir. Örneğin Erdem'e göre kamu düzeni, içeriği bakımından değişken ve görelî olmasına karşın yine de değişmeyen bir özü bünyesinde barındırmaktadır. Bu öz Tanör'ün ifadesiyle "toplum hayatında maddi bir karışıklığın olmaması, kaba kuvvetin, kaos ve anarşinin hüküm sürmemesi, aksine belli bir düzenliliğin ve barışın hâkim olmasıdır." Erdem'in alıntı yaptığı başka bir tanımda ise bu özün kapsamına, toplumun sosyal ve siyasal yapısını kurması ve düzenli ve uyumlu bir biçimde gelişmesi de dahil edilmiştir⁵⁹.

Akgüner, kamu düzenini, "bir ülkede yaşayan halkın günlük yaşantısının güvenlik, sağlık ve sükûn içinde devamı için alınan önlemlerin bütünü ve gerekli koşulların yaratılması" olarak tanımlamıştır⁶⁰.

Son dönemde ise sadece Fransa'da değil, Türkiye de dahil olmak üzere birçok ülkede kamu düzeni tanımları daha da karmaşılaşarak çoğalmıştır. Temel hak ve özgürlüklerin artan öneminin etkisiyle kamu düzeni, sadece kurumsal görünümüyle değil, değerler ve ilkeler alanında da değerlendirilmektedir. Güncel tanımlar daha çok temel toplumsal değerlerin savunulması konusunda direktmektedirler. Bu değerlerin savunulması, sadece yetkiye ilişkin temel teknik kurallar ya da aile gibi birtakım temel

⁵⁵ BERNARD, s. 42.

⁵⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil*, Tome 4, PUF, Paris 1972, n° 32'den aktaran: V. BLET-PFISTER, s. 70.

⁵⁷ MALARUE, s. 263.

⁵⁸ W. LIENHARD, *Le rôle et la valeur de l'ordre public*, Recueil Sirey, 1935, s. 4.

⁵⁹ F. H. ERDEM, "TCK'nun Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi: Türk Devlet Düzeni v. Demokratik Kamu Düzeni", AÜHFD, C. 52, S. 1, 2003, s. 38.

⁶⁰ T. AKGÜNER, 1961 Anayasası'na Göre Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu, İÜSBF Yayını, İstanbul 1983, s. 70.

kurumların devamının sağlanması anlamına gelmemektedir; kamu düzeninin insan hak ve özgürlüklerini koruma misyonuna vurgu yapılmaktadır⁶¹.

Bu tür tanımlar, kamu düzenini oluşturan unsurları ve farklı alanlardaki görünümüleri bağdaştırıcı niteliktedir. Kamu düzeninin birbirinden farklı görünümlere bürünmesine neden olan unsurların hepsi nihayetinde toplumun temel değerlerini ve çerçevesini oluşturan unsurlardır.

1.2.2.2.2. İndirgemeci Yaklaşım

Maddi açıdan geliştirilen yaklaşımlardan diğeri de kamu düzenini başka bir kavrama gönderme yaparak tanımlamaktır. Kavramın maddi içeriğini belirlemekteki güçlükler, öğretide pek çok yazarın kamu düzenini şu ya da bu kavramla açıklamasına, hatta özdeşleştirmesine neden olmuştur. Aslında böyle bir yöntem, kavramı basitleştirmekten çok, daha da karmaşıklştırmaktadır. Bu yöntemle kamu düzeninin maddi anlamda tanımı, genellikle hukuki olan ya da olmayan başka bir kavrama gönderme yaparak ya da başka bir kavramla ilişkilendirilerek yapılmaya çalışılmaktadır. Oysa atıfta bulunulan diğerkavram, en az kamu düzeni kadar soyut ve belirsiz bir kavram olmaktadır. Kamu düzeni, doğrudan kendi içeriği ve anlamı ile değil, başka bir kavramın anlamı ile tanımlanmakta ya da başka bir kavram onun kriteri olmakta ve kamu düzeninin izi, hukuk düzeni içinde bu başka kavram aracılığı ile sürülmektedir. Kamu düzenine benzetilen kavramın uygulama alanı bazen daha dar bazen daha geniş olduğu için, kavrama doğru yönden bakmaya engel olmaktadır. Bu tekniğin en ileri noktası, kamu düzeni ile hukuk düzeninin artık ayırd edilemediği noktadır. Oysa kamu düzeni, kamu hukuku demek olmadığı gibi hukuk düzeni ile de aynı şey değildir⁶².

Kamu Yararı:

Kamu düzeninin yerine konulan diğerkavramlar genellikle kamu yararı, ortak iyilik ve doğal hukuk gibi kavramlardır. Kamu yararı-kamu düzeni özdeşleştirmesine

⁶¹ JACQUINOT, s. 65.

⁶² JACQUINOT, s. 53.

bakacak olursak, bu durum 19. yüzyılda kamu hukuku ile kamu düzeninin karıştırılmasından kaynaklanmaktadır. Örneğin Laurent, özel yarara ilişkin yasalara bireyler tarafından aykırılık getirilebileceğini, fakat genel çıkara ilişkin olanlar için bunun mümkün olmadığını ileri sürerek kamu düzeninin kamu yararı ile eş anlamlı olduğunu söylemektedir. Duguit, benzer bir biçimde, her ne şekilde tarif edersek edelim kamu düzeninin toplumsal yarardan başka bir şey olmadığını iddia etmektedir. Vareilles-Sommieres de gerek günlük dilde gerekse hukuk dilinde kamu düzeni deyiminin, kamusal iyi (*le bien public*), ortak iyi (*le bien commun*), genel yarar (*intérêt général*), halkın tümünün yararı, sosyal yarar ve bunun gibi daha çoğaltılabilecek eş anlamlı deyimler ile aynı anlama geldiğini iddia etmiştir⁶³.

Günümüze daha yakın hukukçular arasında da bu görüşü savunanlara sıkça rastlanmaktadır. Rials'a göre kamu düzeni kavramı, maddi açıdan kamu yararına gönderme yapmaktadır. Picard, genel kamu düzenini, idari kolluk makamlarını zımni biçimde yetkilendirici bir norm olarak görmekte ve aynı koşullarda kullanılmak şartıyla kamu yararı ya da genel yarar kavramlarının kamu düzeni kavramına denk olduğunu kabul edebileceğimizi ifade etmektedir⁶⁴.

Akıllıoğlu, kamu yararını kamu düzeninden ayıran şeyin ne olduğu sorusunu, kamu düzeninin de bir kamu yararı olduğu fakat ikisi arasındaki farkın uygulama alanına ilişkin olduğu şeklinde yanıtlamıştır⁶⁵. Oğurlu ise kamu yararının temel hak ve özgürlüklere dolaylı sınırlandırma getirirken, kamu düzeninin doğrudan sınırlandırmaları öngördüğünü belirtmektedir⁶⁶.

İlk bakışta kamu düzeni kavramını açıklıyor görünse de böyle bir özdeşleştirme yanlış olacaktır, çünkü iki kavram arasında belirgin bir ilişki olmasına rağmen bunlar birbirinin yerine kullanılamaz. Bazı Fransız yargı kararlarında trafik güvenliği yararı, kamu düzeni yararı gibi ifadeler kullanıldığı görülmektedir. Yine bir yargı kararında, kolluk önlemlerinin kamu yararı amacını aşmaması ve sebep unsurunun emredici bir kamu yararı gerekçesi (*un motif d'impérieux d'intérêt général*) olması gerektiği

⁶³ JACQUINOT, s. 55.

⁶⁴ JACQUINOT, s. 55.

⁶⁵ T. AKILLIOĞLU, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", İHİD, S.1-3, Y. 9, 1988, s. 17.

⁶⁶ Y. OĞURLU, Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2002, s. 70.

belirtilmektedir⁶⁷. Bu gerekçe de kuşkusuz kamu düzeninden başkası olmayacaktır. Kamu yararı, kamu düzeninden çok daha geniş bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. İdare hâkimi şehircilik, çevre, ekonomik düzen gibi pek çok kategoriye kamu yararı kapsamında yorumlamaktadır.

Fransız anayasa yargısı da kamu düzeni kavramını kamu yararı aracılığı ile değerlendirmiştir. Anayasa yargıcı, kamu düzeninin korunmasını kamu yararının zorunlu bir gereği olarak nitelendirmiştir. Anayasa Konseyi, bazı durumlarda kamu düzeni kavramını kullanabilecekken kamu yararı kavramıyla yetinmiştir; bu da iki kavram arasındaki bağı güçlendiren bir etkiye neden olmuştur. Örneğin 1980 tarihli bir kararda Anayasa Konseyi, sağlığın, can ve mal güvenliğinin korunmasını kamu yararının yerine getirilmesi kapsamında yorumlamıştır. Daha sonraki kararlarında ise can ve mal güvenliğinin kamu düzeninden olduğunu ifade etmiştir. Yine 1992 tarihli bir kararda, mülkiyet hakkına getirilen belirli sınırlamaların kamu yararı amacıyla getirildiğini, tüketicinin korunması ve ticari işlemlerde dürüstlüğün sağlanması amacıyla yapılan kısıtlamaların kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olduğunu söylerken kamu düzeni kavramına başvurmamıştır⁶⁸.

Birkaç örneğe bakarak Anayasa Konseyi'nin içtihatlarında kamu yararı ve kamu düzeni kavramlarının birbirinin yerine eş anlamlı olarak kullanıldığını söylemek doğru değildir. Kamu düzeni kavramı, Anayasa Konseyi'nin içtihatlarında kamu yararı kavramından çok daha dar bir uygulama alanına sahiptir. Örneğin seçim çevreleri ve yasama onamalarına (*validations législatives*)⁶⁹ ilişkin kararları kamu düzeni ile ilgili olmayan alanlardır. Ayrıca yasakoyucu, kamu yararı gereklerinin tümüyle aynı derecede bağlı değildir; bazılarının gereklilik derecesi diğerlerinden daha üstündür. Fransa'da kamu düzeninin korunmasına en üstün anayasal değer atfedilmiştir. Fakat Conseil d'Etat üyesi Schoettl'in da altını çizdiği gibi kamu yararı anayasal bir kavram olamaz. Bunun aksinin kabulü, anayasa yargıcına sınırsız bir yorum yetkisi vereceğinden bu

⁶⁷ JACQUINOT, s. 56.

⁶⁸ JACQUINOT, s. 58.

⁶⁹ Yasama onaması (*validation législative*), Fransa'da idari yargı tarafından iptal edilmiş ya da iptal edilebilir olan bir idari işlemin, yasama organının yaptığı ve 'onama yasası' (*loi de validation*) olarak adlandırılan bir yasa ile hukuken geçerli kabul edilmesidir. Onama yasası, geriye yürüyen bir yasadır; Anayasa Konseyi'nin anayasaya uygunluk denetimine tabidir. Anayasa Konseyi onama yasalarının hangi şartlarda Anayasa'ya aykırı sayılacağını içtihatlarıyla belirlemiştir. C. SANDRAS, "Les lois de validation, le procès en cours et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme", RTDH 2002, s. 630-657.

durum demokratik değerlerle de uyuşmamaktadır. Kamu yararı kavramı belirgin olarak kamu düzeni kavramından çok daha sık kullanılmaktadır. Schoettl, 1998 yılında Anayasa Konseyi'nin verdiği kararların altmışında kamu yararı, yirmi beşinde kamu düzeni kavramı kullanıldığını tespit etmiştir⁷⁰.

Yakından bakılacak olursa, kamu yararı kavramı kapsamında değerlendirilen pek çok unsurun kamu düzeni ile hiçbir ilişkisi yoktur. Bu nedenle kamu düzeni, kamu yararının korunması ve gerçekleşmesi olarak tanımlanamaz. Kuşku yok ki, kamu düzeni, kamu yararının korunmasını kısmi olarak sağlayacaktır, fakat hangi alan için söz konusu olursa olsun kamu düzeni, kamu yararını oluşturan unsurlardan yalnızca biridir. Yönetenler tarafından alınan tüm önlemlerin, tüm yasal hükümlerin ve her kamusal işlem ve eylemin nihai amacının kamu yararı olduğu ve de buna uygun olduğu varsayılır. Buna karşılık, bu saydıklarımızın nihai amacı her zaman kamu düzeni değildir. Örneğin, belediyenin bir halk kütüphanesi yapması veya yeni bir demiryolu hattının inşası kamu yararı amacına hizmet eder, fakat kamu düzeni ile bir ilgisi yoktur.

Bayraktar'a göre, kamu yararı ve kamu düzeni, aynı anlama sahip olmamakla birlikte karşılıklı olarak biri diğerinin nedenini teşkil eden kavramlardır. Kamu düzeninin unsurları olan dirlik ve esenlik, güvenlik ve sağlığın korunmasında kamu yararı olduğu gibi, kamu yararı olarak belirlenen bazı düzenlemeler de kamu düzeninin meydana gelmesini sağlamaktadır⁷¹.

Bu iki kavram arasındaki farka Vincent-Legoux başka bir açıdan bakmıştır. Ona göre kamu düzeninin özgürlüklerle ilişkisi, kamu yararının özgürlüklerle ilişkisine nazaran çok daha zengindir; kamu düzeni bir taraftan özgürlükleri korurken diğer taraftan onları kısıtlar. Kamu yararı ise hak ve özgürlükleri sınırlama nedenidir; fakat onları koruma amacı taşımaz. Örneğin kamu yararı amacıyla alınan bir kamulaştırma kararının, herhangi bir hak ve özgürlüğü koruması söz konusu değildir⁷². Jacquinot'ya göre ise hak ve özgürlükleri kamu düzeninin koruyacağı ilk bakışta istisnasız doğru gibi görünse de bazı durumlarda kamu yararı da hak ve özgürlükleri korumaya elverişlidir. Örneğin Anayasa Konseyi, her türlü tütün reklamını yasaklayan *Evin Kamununun*

⁷⁰ JACQUINOT, s. 58.

⁷¹ K. BAYRAKTAR, Suç İşlemeye Tahrir Cürmü, İstanbul 1977, s. 94.

⁷² VINCENT-LEGOUX, s. 489.

Anayasaya uygunluğunu denetlerken, sağlığın korunmasının, kamu yararı adına mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalardan biri olduğunu kabul etmiştir⁷³.

Sonuç olarak, bu iki kavramın anlamı birbiriyle tamamen örtüşmese bile birbirine çok yakındır. Nasıl ki kamu yararı tek tek özel çıkarların üstündeyse, kamu düzeni de belirli prensiplerin ve genel yararların üstünlüğünü irade hürriyeti karşısında garanti eder. Kamu düzeni ne kadar soyut olsa ve onu gerçekleştirmek için başvuru yöntemlerinin ve kullanılan araçların karmaşıklığı nedeniyle bir tanıma kavuşturulamamış olsa bile, bu kavram kamu yararından daha somut ve belirli kalmaktadır. Bu da kamu yararının kamu düzeninin izini sürebilmek için geçerli bir kriter olamayacağını gösterir.

Ortak İyi:

Kamu düzeni yerine kullanılan, kamu yararına benzer başka bir kavram da “ortak iyi(lik)” (*le bien commun*) kavramıdır. Örneğin, Marquis de Vauvenargues, kamu düzeninin tam da “ortak iyi”nin kendisi olduğunu iddia etmektedir. Aristo’dan 16. yüzyılın sonuna kadar siyasi düşüncüyü en çok etkileyen kavramlardan biri olan ‘ortak iyi(lik)’, hukuki alandan çok etik alana aittir. Ortaçağ’da Akınalı Thomas toplum iyiliğinin, birey ve toplumun ortak amacı olduğunu ikisinin bir bütün oluşturduğunu savunuyordu. Buna göre toplum iyiliği Tanrı iradesinin yeryüzündeki ifadesidir. Thomist doktrinde yasa, ortak iyiye rasyonel katılım olarak tanımlanır ve yasa, iyi ve adil olana yöneldiği için yükümlülüklerin kaynağıdır⁷⁴.

Ortak iyi, felsefi bir kavram olup hukuki bir kavram olan kamu düzeni kavramı ile aynı anlama sahip değildir. Kamu düzeni, hukuk kurallarına dönüşmeden önce birtakım felsefi ve ahlaki değerlendirmelerden etkilenerek oluşmuş olsa bile hukuki bir kavramdır. Zaten tarihsel olarak kamu yararı kavramı (*l'intérêt général*), 1789 Devrimi sonucunda, ussal ve gerçekçi bir kavram olarak usdışı ve kökeni doğa ötesi olan ‘ortak iyilik’ kavramına bir tepki olarak ortaya çıkmıştır⁷⁵. Ayrıca, kamu yararına ilişkin yaptığımız tespiti paralel olarak diyebiliriz ki, her yasa kamu düzeni amacıyla yapılmaz, ama her yasa ortak iyinin ya da toplumsal iyinin gerçekleşmesine yöneliktir.

⁷³ JACQUINOT, s. 60.

⁷⁴ JACQUINOT, s. 60.

⁷⁵ AKILLIOĞLU, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, s. 15.

Doğal Hukuk:

Doğal hukuk da kamu düzeni ile aynı anlama geldiği ileri sürülen başka bir kavram olmuştur. Bu bakış açısıyla kamu düzenini oluşturan çeşitli ilkeler basitçe ve doğrudan doğal hukuktan gelmektedir. Öğretide bazı hukukçular, doğal bir kamu düzeninin mümkün olduğunu ve doğal hukukun da bir çeşit üstün kamu düzeninin bir parçasını oluşturduğunu söylemişlerdir. Doğal hukuk ve kamu düzeni arasındaki ilişkiler ve benzerlik sorunu daha çok devletler özel hukuku alanında görünmektedir. Kamu düzeni istisnasının bu anlamda doğal hukukun uygulanmasını sağlayan bir fonksiyonu olduğu düşünülebilir. Fransız Yargıtayı da kamu düzeni istisnasında, mutlak bir uluslararası değere sahip olduğu kabul edilen evrensel adalet prensiplerinin muhafazasını görmüştür⁷⁶. Bu görüşe göre, doğal hukukun ona aykırı olan tüm yasalardan üstün olması gibi, kamu düzeni de onu bozan bir yasanın uygulanmasına engel olmaktadır. Bu anlamda kamu düzeni, doğal hukuka saygıyı ve doğal hukukun ona aykırı olan pozitif yasalara olan üstünlüğünü garanti altına almaktadır.

Yine de iki kavram arasındaki ilişki görecelidir. Kuşkusuz iki kavram arasındaki bağlar, özellikle insanın ve özgürlüğünün korunması söz konusu olduğunda somut biçimde ortaya çıkabilir. Buna karşılık, kamu düzeniyle ilgili her şey doğal hukuktan kaynaklanmaz. Örneğin kamu düzenini yakından ilgilendiren bir hak olan grev hakkının doğal hukukla hiçbir ilgisi yoktur. Kabul etmek gerekir ki, pozitif hukuk belirli prensipleri doğal hukuktan almakta ya da bir pozitifleştirme olgusu ile bazı doğal hukuk prensipleri pozitif hukuka dönüşmektedir. Bu nedenle belirli durumlarda, her iki kavramın kesişmesi mümkündür. Fakat bu olgu, kamu düzeni eşittir doğal hukuk anlamına gelmez. Özetle, doğal hukuk kamu düzenini tanımlamaya elverişli olmasa da onun hukuk kurallarını etkilediği gibi kamu düzenini de etkilediği bir gerçektir.

Sonuç olarak, kamu düzeni her hukuk dalında farklı bir yüze bürünse de aslında konusu birdir. Hukuk mantığı açısından sıkıntılı olan bu durum, her hukuk dalında, kamu düzeninin sadece belirli öğelerinin kullanılmasından kaynaklanmaktadır⁷⁷. Kamu düzeninin sahneye çıktığı her durumda onu oluşturan

⁷⁶ JACQUINOT, s. 61.

⁷⁷ A. ATAKAN, "Kamu Düzeni Kavramı", MÜHF – HAD, C. 13, S. 1-2, 2007, s. 131.

bileşenlerin tümünün birden müdahalesi söz konusu olmaz. Örneğin dirlik ve esenlik unsuru, idare hukukunda ortaya çıkar; ama özel hukukta kamu düzeni kavramının kullanılmasının sebebi olamaz. Yine de kamu düzeninin bazı unsurları birden çok hukuk dalında etkilidir. Örneğin güvenlik ve insan onurunun korunması unsuru, idare hukukunda söz konusu olduğu gibi, vücut bütünlüğünün ve dokunulmazlığının korunması alanında medeni hukukta da ortaya çıkar. Aslında hangisi kullanılırsa kullanılsın, bu unsurların ortak özelliği hepsinin toplumun temel değerlerinin bir parçasını oluşturuyor olmasıdır.

Bu açıdan bakıldığında kamu düzeni, belirli bir toplum tarafından temel ve vazgeçilmez değerler olarak kabul edilen değerlerin pozitif hukuka dönüşmüş şekli olarak belirmektedir. Böyle bir tanımlama, kamu düzenini ulusal bir boyutla sınırlıyor gibi görünmektedir, çünkü belirli bir ulusun temel değerleriyle ilgilidir. Bunun dışında, böyle bir kabul, kamu düzenine etik ve hukuk dışı bir içerik yüklemek anlamına gelecektir. Kuşkusuz bu temel değerlerden bazıları ve bundan dolayı kamu düzenine ilişkin olanlar belirli bir pozitif hukuk kuralı içinde bulunabilir. Örneğin kişi özgürlüğüne, güvenliğe, eşitliğe ve savunma hakkına ilişkin kurallarda olduğu gibi. Ancak, bir pozitif hukuk kuralı içinde yer almayan toplumsal değerler açısından böyle bir tanım sorunlu olacaktır; çünkü tanımın içeriği, pozitif hukukta kamu düzeninin neyi kapsayıp neyi kapsamadığı konusunda istikrarlı bir ayırım yapmaya izin vermeyecek ölçüde soyut bir ölçü önermektedir.

1.3. Pozitif Anlamda Kamu Düzeni

Kamu düzeni kavramı, devletin gelişimine tabi olmakta, hatta onun gelişimini izliyor ve yansıtıyor görünmektedir. Devletin, bir ülkenin genel refahını sağlamakla yükümlü olduğunu kabul edersek pozitif bir kamu düzeninin varlığı belirir. Ayrıca, düzensizliğin yokluğu olarak anlaşılan kamu düzeni kavramının klasik unsurlarına, günümüzde yeni unsurların eklenmesi ve giderek ekonomik, estetik, etik kamu

düzenlerinden bahsedilmesi de kavramın beliren bu ilk negatif anlamı dışında pozitif bir anlamı olduğunu düşündürmektedir⁷⁸.

Kamu düzeni, bir taraftan kendiliğinden var olan bir düzeni ifade etmektedir. Var olan düzen, karışıklığın ve düzensizliğin olmayışı şeklinde belirir. Bu yaklaşım, kamu düzeninin sadece bozulduğu anlarda kendini hatırlatmasıyla ilgilidir. Vurgunun kamu düzeninin negatif görünümüne yapılması, kamu düzeninin kendini, bozulduğu anlarda dayatmasından kaynaklanır. Fakat ilk bakışta beliren bu asgari yaklaşım, kavramın anlaşılması bakımından eksik kalmakta hatta yanıltıcı olmaktadır. Çünkü kamu düzenini aynı zamanda bir hukuk düzeninin içinde düşünmek gerekir. Buradaki düzen kavramı, sadece düzensizliğin yokluğu olarak negatif bir biçimde değil, bir düzenleme olarak pozitif bir anlama da sahip olmaktadır. Toplumsal barışın etkili bir biçimde sağlanabilmesi için bir organizasyon oluşturmak gerekir. Kamu düzeni kavramının yerleştiği perspektif, geniş bir şekilde denge, uyum ve düzenlilik gerekliliklerini de kapsamalıdır. Nasıl ki sağlık, hastalıkların yokluğu ile aynı anlama gelmiyorsa, kamu düzeni, karışıklık ve düzensizliğin yokluğundan daha fazla bir şeydir. Yani kamu düzeni aynı zamanda bir organizasyonun meyvesi ve dinamik, pozitif ve canlı bir düzen kurmak için harcanan çabaların bir sonucudur. Kamu düzeninin bu pozitif anlamını, düzeni sağlamak için kullanılan araçlar ile dış ve maddi düzeninin korunmasını aşan amaçlara baktığımızda daha iyi görebiliriz⁷⁹.

1.3.1. Düzenin Devamı İçin Kullanılan Pozitif Araçlar

Belli bir anda çıkan düzensizliğe son vermek, bazen düzeni tekrar sağlamak bakımından yetersizdir. Bu sadece geçici ve kısa vadeli bir çözüm olabilir. Düzensizliğin kaynağını yok etmek için hiçbir çaba gösterilmediği sürece aynı sorun yakın bir gelecekte tekrar zuhur edecektir. Kullanılacak araçlar, düzensizliğin

⁷⁸ BERNARD, s. 44.

⁷⁹ BERNARD, s. 44-45.

nedenlerine son vermeyi ve sosyal devletin hastalıklarını iyileştirerek mümkün olduğunca istikrarlı ve devamlı bir düzeni amaçlar⁸⁰.

Düzenin devamını sağlamak her şeyden önce önleyici bir eylemi gerektirir. Başka bir deyişle düzenin devamını sağlamak önleyicidir. Kolluk makamları, düzensizliğin meydana gelmesini ya da nedenlerini önlemelidirler. Güvenliği sağlamak, zarar yaratıcı bir olayı engellemek demek olduğu kadar, olay engellenemiyorsa sonuçlarını sınırlamak için önlemler almak anlamına da gelir⁸¹.

Kullanılan araçlar, bazen önleyici olma niteliğini aşarak, tecrübeye ve tesadüfe dayalı olmayan fakat bilinçli ve yapıcı bir düzeni oluşturmayı hedefler. Örneğin, yol ve trafik güvenliği, çok geniş bir önleyici organizasyon teşkil ederek bu çeşit bir pozitif eyleme çok iyi bir örnek oluşturur. Trafik mevzuatı, trafik güvenliğini sağlayarak bireylerin seyahat özgürlüğünü kullanabilmeleri için etkili bir düzen kurmayı amaçlar. Hatta trafiğin akışını rahatlatmak için, yoğun saatlerde ve çok yoğun güzergâhlara yerleştirilen ve sürücülere trafik yoğunluğunu bildirerek daha az yoğunluktaki yolları tavsiye eden panoları da böyle bir pozitif eyleme örnek olarak verebiliriz. Özellikle sanayileşen batı ülkelerinde, bilinçli bir şekilde organize edilen düzen olması anlamında şehircilik (*urbanisme*) de kamu düzeninin bir parçasıdır. Şehircilik, dinamik ve pozitif bir kamu düzeninin parçasıdır. İnsanın yaşadığı yerin koşullarını iyileştirici araçların aranması, ahenkli bir şekilde uygulanması ve yerleşimlerin organizasyonunun sistematik bir politikası ile kentin, uyumlu ve akılcı bir biçimde düzenlenmesidir. Şehircilik, nüfusun iyiliği ve gelişmesi için akılcı ve iradi bir paylaşım fikrinden yola çıkılarak oluşturulan bir organizasyon olarak kente bir düzen verilmesidir⁸².

Görüldüğü gibi yukarıdaki örnekler, kamu düzeninin ilk anlamından uzaklaşmaktadır. Yakından incelendiğinde beliren kamu düzeninin bu pozitif anlamı, sadece araçlar bakımından değil, kamu düzeni ile gerçekleşmesi beklenen amaçlar yönünden de ele alınabilir.

⁸⁰ BERNARD, s. 45.

⁸¹ BERNARD, s. 45.

⁸² BERNARD, s. 46-47.

1.3.2. Pozitif Bir Kamu Düzeninin Amaçları

Kamu düzeni kavramı içinde düzenin sağlanması ve bozulan düzenin yeniden kurulması olarak beliren ilk amaç dışında başka bir amaç görmemek, Bernard'ın benzetmesini tekrarlayacak olursak ağacın arkasındaki ormanı görememek gibidir. Ona göre, aslında bu hedefin arkasında, kavramın kapsamını önemli ölçüde genişleten sosyal ve kolektif bir amaç bulunur. Kamu düzeni, ona hakiki boyutlarını veren sosyal bir perspektif içine kayıtlıdır. Pozitif hukuktan çıkan bazı değerlendirmeler, toplumun içindeki ilişkilerin uyumlu olmasının, kamu düzeni kavramının hedeflerinden biri olduğunu göstermektedir⁸³.

1.3.2.1. Ortak İhtiyaçların Karşılanması

Bu amaç, göreceli olarak medeniyetin gelişmiş bir aşamasında karşılığını bulur. Karşılanmamış ihtiyaçların varlığı bir düzensizlik kaynağı oluşturur. Fransız hukukunda bu olgu, kamu düzeninin sağlanması görevinin, ülkenin ihtiyaçlarının ya da yerel ihtiyaçların karşılanmasını da kapsadığını dile getiren birçok yargı kararının konusu olmuştur. Örneğin Conseil d'Etat 1949 tarihli bir kararında, bir bölgedeki ekmek fırını sahiplerinin greve gitmesiyle halkın ekmek bulamaması üzerine, Belediye Kanunu uyarınca, belde halkının erzağının sağlanmasını, idarenin müdahalesine konu olan bir durum olarak kabul etmiş; kamu düzeni gerekçesiyle idarenin, fırın sahiplerinin araç gereç ve personeline el koymak suretiyle aldığı tedbiri hukuka uygun bulmuştur⁸⁴.

Özay, ortak ihtiyaçların karşılanması ile kamu düzeni arasındaki ilişkiyi açıkça ortaya koymuştur. Özay'a göre umumi ve kolektif ihtiyaçlar, süreklilik taşıyan ve tatmin edilmemesi, yani haz verici bir biçimde doyuma kavuşturulamaması durumunda toplumda huzursuzluk baş göstereceğinin varsayıldığı ihtiyaçlardır⁸⁵. Akgüner de yukarıda alıntıladığımız gibi, kamu düzeni tanımına, toplumun günlük yaşantısının

⁸³ BERNARD, s. 48.

⁸⁴ CE, 28 octobre 1949, atıfta bulunan: BERNARD, s. 48.

⁸⁵ İ. H. ÖZAY, *Günüşğinde Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996, s. 237'den aktaran T. YILDIRIM, "*Kamu Hizmeti ve Kâr Amacı*", içinde *Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti*, Ed. A. ULUSOY, Liberte Yayınları, Ankara 2001, s. 37.

düzenli bir şekilde devamı için “gerekli koşulların yaratılması”nı da dahil ederek, kamu düzenine pozitif bir anlam yüklemiş olmaktadır⁸⁶.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında düzenlilik ve sürekliliğin kamu hizmetinin en önemli öğelerinden olduğunu ve bunun yokluğu halinde toplum yaşamının alt üst olacağını belirtmiştir⁸⁷.

Danıştay, Grev ve Lokavtlarda Mülki İdare Amirlerince Alınacak Önlemlere İlişkin Tüzüğün bazı maddelerinin hukuka uygunluğunu denetlediği davada, hayati nitelikteki ortak ihtiyaçların aksamaması amacıyla mülki idare amirine gerekli tedbirleri alma yetkisi veren Tüzük hükmünü hukuka uygun bulmuştur⁸⁸. Kararda, açıkça kamu düzeni kavramı zikredilmemekle birlikte, bu tedbirlerin amacının kamu düzeninin bozulmasını önlemek olduğu kullanılan şu ifadelerden anlaşılmaktadır:

“Tüzüğün 21. maddesinde ‘Grev ve lokavtlarda halkın beslenmesi, ısınması, temizlenmesi, aydınlanması, sağlığının korunması ve tedavisi için zorunlu madde ilaç, araç ve gereçlerin yapımı, alımı, depolanması, satımı, dağıtımı, sağlığa zararlı maddelerin yokedilmesi, kanalizasyon, lağım, temizleme, aydınlatma, ulaşım, haberleşme hizmetlerinin yürütülmesi, mülki idare amirlerince yasal yetkiler çerçevesinde yapılacak düzenlemeler, girişimler ve alınacak önlemlerle sağlanır.’ hükmüne yer verilmiştir. Bir işyerinde greve gidilmesiyle işyerindeki faaliyet durdurulur veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatılmış olur. (...) Grev yapılan işyerinde faaliyetin durması veya önemli ölçüde aksatılması suretiyle işverenin kazancının riske sokulması yanında greve gidilmesiyle halkın zorunlu ihtiyaç maddelerinin karşılanmaması ve sağlığının tehlikeye girmesini kabule olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle mülki idare amirlerinin bu yolda önlem almasında hukuka aykırılık görülmemiştir.”

⁸⁶ AKGÜNER, s. 70.

⁸⁷ AYM, K. 1995/23, E. 1994/71, T. 28.06.1995. (AYM Karar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr. Bundan sonra aksi belirtilmeyen Anayasa Mahkemesi kararlarına, Anayasa Mahkemesi’nin resmi intrnet sitesindeki Kararlar Bilgi Bankasından ulaşılmıştır.)

⁸⁸ D.10.D, K. 1997/1688, E. 1996/163, T. 09.05.1997. (Danıştay Bilgi Bankası, www.danistay.gov.tr. Bundan sonra aksi belirtilmeyen Danıştay kararlarına, Danıştay’ın resmi internet sitesindeki Bilgi Bankasından ulaşılmıştır.)

Danıştay yine başka bir kararında, kamu düzenini ortak ihtiyaçların karşılanması bağlamında tarif etmiştir⁸⁹. Danıştay, söz konusu davada, Ankara Belediyesi EGO Genel Müdürlüğünün borcunu ödememesi gerekçesiyle, BOTAŞ adlı şirket tarafından şehre verilen doğalgazın kesilmesinin Valilikçe durdurulmasına ilişkin işlemin; 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 11. maddesinde öngörülen, valinin, il sınırları içinde bulunan genel ve özel bütün kolluk kuvvet ve teşkilatının amiri olarak, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması ve il sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kamu esenliğinin sağlanması için her türlü önlemi alacağı hükmüne dayanarak hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Kararda, “(...) davacı şirket ile Ankara Belediyesi Ego Genel Müdürlüğü arasında bir uyuşmazlık çıktığı, ancak bu uyuşmazlığın ilgili mevzuat ve 6183 sayılı Yasa’da öngörülen prosedür uygulanarak giderilmesi gerekirken, beldeye yaşayan herkesin mağduriyetine ve bütün işyerleri ile kurum ve kuruluşların faaliyetlerinin durdurulmasına yol açacak davranışlarda bulunmanın doğrudan kamu güvenliği, esenliği ve düzenini tehlikeye düşüreceği” belirtilmektedir.

Özellikle 2. Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan sosyal devlet için kamu düzenini sağlamanın vazgeçilmez bir aracı olan kamu hizmetlerinin yürütülmesi, günümüz liberal devleti tarafından terk edilmektedir. Bu değişiklik, karşılanmayan ortak ihtiyaçların düzensizliğe yol açtığı gerçeğini değiştirmemekle birlikte kamu hizmeti kavramını değiştirmiştir. Artık idare, ortak ihtiyaçları karşılayan faaliyetleri doğrudan yürütmemekte ve özel kişilere devretmektedir. Fakat aynı zamanda, kamu hizmetlerinin aksaması nedeniyle kamu düzeninin bozulmasını, bir takım önleyici, düzenleyici ve cezai tedbirlerle engelleme yükümlülüğü altına girmektedir. Çeşitli ihtiyaçları karşılayan faaliyetler artık kamu eliyle yürütülme de devlet, ortak ihtiyaçların karşılanmasında, meydana gelecek aksaklıklardan kendini tamamen sorumsuz göremez. Günümüzde, üretici devletten düzenleyici devlete geçildiğinin kurumsal göstergeleri olan ve bağımsız idari otoriteler olarak adlandırılan idari kurumların yetkilerinin, kolluk yetkisi niteliğinde kabul edilmesi de bu açıdan anlamlıdır⁹⁰.

⁸⁹ D.10.D, K. 1999/2930, E. 1996/1660, T. 26.05.1999.

⁹⁰ İ. H. ÖZAY, “Hukuk-Ekonomi İlişkisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı” başlıklı oturumda sunulan tebliğ, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı (8 Ocak - 11 Ocak 2008), C. 4, Ekonomi ve Hukuk, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 22, 23.

1.3.2.2. Özgürlüklerin Korunması

İdare, sadece hak ve özgürlüklere saygı gösterme anlamında negatif bir yükümlülüğe değil, aynı zamanda hak ve özgürlüklerin yaşama geçirilmesini sağlama anlamında pozitif bir yükümlülüğe de sahiptir.

Düzen, her türlü biçimin verilebildiği bir toplumun soyut olarak düzenlenmesi demek değildir; düzen, özgür insanların biçimlendirdiği bir dünyanın ahenkli işleyiştir. Özgür insanlardan oluşan bir toplumda, kamu düzeni kendi başına bir amaç olamaz; kamu düzeni böyle bir toplumda özgürlüklerin bir arada bulunmasını garanti altına alan bir araçtır. Jellinek'in, tüm özel hukukun, kamu hukuku ve daha özel olarak kamu düzeni zemini üzerine oturduğunu söylemesi bu duruma işaret etmektedir. Burdeau da bu pozitif kamu düzeni yaklaşımı içinde şunu ileri sürmüştür: "Demokratik bir rejimde düzeni özgürlüklerin mezarı olarak görmek büyük bir hata olur; düzen böyle bir rejimde ancak özgürlüklerin uyumlu hale getirilmesi demek olmalıdır."⁹¹

Demokratik ve liberal bir rejimde, kamu düzeni özgürlüklerin koruyucusu ve garantisidir. Özgürlükleri kamu düzeninin kurucu unsurları olarak kabul etmek gerekir. İdari kolluk makamlarının gerçekleştirilmekle yükümlü olduğu, kamu düzeninin korunması ve özgürlüklere saygı arasında kurulması gereken uzlaşma, aslında kamu düzeninin iki unsuru arasında kurulan bir uzlaşma olarak anlaşılmalıdır. Özgürlüklere ilişkin hukuk kuralları kamu düzenindendir⁹².

Kamu düzeninin amaçlarından biri olarak özgürlüklerin korunması amacıyla kullanılan kolluk yetkilerine, yine üst kurulların kullandığı özellikle düzenleme yapma ya da bu kurumlar için kullanılan biçimiyle regülasyon yetkileri örnek olarak verilebilir. Bağımsız idari otorite oluşturma yoluyla daha iyi gerçekleştirilebileceği düşünülen amaçların başında öncelikle dönüşen bir devlet yapılanmasında temel hakların hem devlete hem de piyasaya karşı korunması gelmektedir⁹³.

⁹¹ Yazarlardan aktaran: BERNARD, s. 49.

⁹² VINCENT-LEGOUX, s. 419.

⁹³ M. A. TEKİNSOY, "Bağımsız İdari Otoriteler Ve Regülasyon Anlayışı – Tartışmalar, Sorunlar", Ankara Barosu Dergisi, Bahar 2007, S. 2, s. 127; C.-A. COLLIARD / R. LETTERON, *Libertés Publiques*, Dalloz, 8. éd., Paris 2005, s. 141.

Bu bağlamda özgürlüklerin önce yasalarla sonra da idarenin düzenleyici işlemleri ile düzenlenmesi, sınırlama kavramı ile özdeş değildir. Her yasal düzenlemeyi özgürlüğün sınırlanması olarak gören anlayış, liberalizmin bir ürünü olan negatif özgürlük düşüncesine dayanır. Fakat bu anlayış, ilk bakışta sanıldığı kadar özgürlükleri koruyan bir anlayış değildir. Bu anlayış günümüzün karmaşık toplum yapısının ortaya çıkardığı yaygın hukuki düzenleme gereksinimine cevap verememektedir. Sadece sosyal haklar için değil, klasik haklar arasında da devletin olumlu bir edimi o hakkın etkin kullanımı için gerekli olabilir; ya da o hakkı güçlendirebilir⁹⁴. Bu tür düzenlemeleri kanımızca, özgürlüklerin dolaylı olarak da kamu düzeninin korunması için gerekli koşulların yaratılması olarak değerlendirebiliriz.

1.3.2.3. Bireyin Kendini Gerçekleştirilmesi

Bireyin kendini gerçekleştirme amacı, kamu düzenini, öncekilerden daha da geniş bir perspektife yerleştirme sonucunda belirir. Bireyin, kişiliğini normal bir biçimde geliştirebileceği bir dış düzene ihtiyacı vardır. Klasik kamu düzeni anlayışının genişleyen açısına işaret eden pek çok örnek, düzenin artık, bireyin her yönden ve tam olarak gelişmesini sağlayan koşulların meydana getirilmesi demek olduğunu göstermektedir. Estetik, ahlaki ve ekonomik değerlendirmeler, kamu düzeni kavramı kapsamında yapılmakta ve onu güçlendirmektedir⁹⁵.

Ayrıca, bu çerçevede, Fransız hukukunda, devletin sosyal güvenlik alanındaki yükümlülüklerinin de kamu düzeni kapsamında değerlendirildiği durumlar mevcuttur. Herkesin en azından asgari şartlar taşıyan bir konutta oturma imkânına sahip olmasını, Anayasa Konseyi, bir anayasal ilke olan insan onurunun korunması ilkesine dayanarak, anayasal değerde bir amaç olarak nitelendirmiştir⁹⁶. Anayasa Konseyi'ne göre asgari şartlarda bir konuttan yoksun bir insanın yaşayacağı sosyal dışlanma, bir aşağılanma biçimidir. Fransız idari yargı içtihatları da belediye başkanlarının, bir dönem yaşanan konut krizi boyunca, bir çatıdan yoksun kişilere konut sağlamak amacıyla genel idari

⁹⁴ F. SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Özütü, AÜSBF Yayınları, Ankara 1982, s. 18-23; İ.Ö. KABOĞLU, Kolektif Özgürlükler, DÜHF Yayınları, Diyarbakır 1989, s. 140-142.

⁹⁵ BERNARD, s. 49.

⁹⁶ CC, n° 94-359, DC du 19 janvier 1995, JO, 21 janvier 1995, Kararı aktaran: VINCENT-LEGOUX, s. 477.

kolluk yetkilerini kullanmalarını hukuka uygun bulmuştur. Fakat Hükümet Komiseri Braibant, bu kararlardan, genel idari kolluk yetkileri bağlamında kamu düzeninin insani ve sosyal amaçları da kapsadığı sonucunu çıkarmamak gerektiğini ifade etmiştir⁹⁷. Bon'a göre de belediye kolluğu bakımından bu tür sosyal amaçlar, ancak türevsel ve ikincil bir nitelik taşıyabilir⁹⁸.

Öğretide bazı yazarlar, kamu düzenine yukarıda anlatılan ölçütlerde pozitif bir anlam yüklenmesine karşı çıkmışlardır. Örneğin Cherot'ya göre, kamu düzenine böyle bir pozitif anlam vermek onu, sosyal devlet doktrininin iddiaları çerçevesinde, yaratılacak bir düzenle, toplumda kurulacak sosyal bir uyumla karıştırmak olacaktır. Oysa kamu düzeni, her durumda var olan bir düzenin dışarıdan gelecek bir tehdite karşı korunmasını ifade eder; dolayısıyla kamu düzenini yaratmak devletin edineceği bir misyon değildir. Cherot, idare hukuku teorisinin, kamu düzeninin negatif tanımından vazgeçmemesi gerektiğini; çünkü kavramın ancak bu şekilde idari kolluk yetkilerinin sınırlarının ve kolluk faaliyetine özel bir hukuki rejim uygulanmasının temeli olabileceğini iddia etmektedir⁹⁹.

Biz de Cherot'nun, devletin kamu düzeni kavramı altında, düzeni yaratma misyonu yüklenmesine ilişkin olarak, temelinde özgürlükler aleyhine bir düzen anlayışının egemen olabileceği totaliter bir rejime kapı açması endişesi yatan eleştirisine katılmakla birlikte; yukarıda, özellikle ortak ihtiyaçların karşılanması ve özgürlüklerin korunması amaçlarına yönelik olarak verdiğimiz örneklerle bakarak, günümüzde kamu düzeninin pozitif olarak tanımlanmasına imkan veren hukuki bir yapının mevcut olduğunu düşünmekteyiz.

⁹⁷ CE, 15 février 1961, *Werquin*, RDP 1961, s. 321'den aktaran: VINCENT-LEGOUX, s. 477.

⁹⁸ VINCENT-LEGOUX, s. 477.

⁹⁹ J.-Y. CHEROT, "La Notion d'ordre public de l'action administrative", in "La Police administrative existe-t-elle?", sous la dir. de D. LINOTTE, Economica, Paris 1985, s. 29-30.

2. İDARE HUKUKUNDA KAMU DÜZENİNİN İÇERİĞİ

2.1. Kamu Düzeninin Klasik Unsurları

Türk hukukunda maddi anlamda kamu düzenini oluşturan unsurlardan söz eden birçok kural vardır. Anayasa kamu düzeninden, kamu güvenliğinden; genel sağlık ve genel ahlaktan söz etmektedir. Çeşitli kanunlarda yer alan “umumi emniyet ve asayiş”; “içtimai ve umumi intizam”, “asayiş”, “amme emniyeti”, “halkın ırz, can ve malını muhafaza”, “ammenin istirahatini temin”, “milletin sıhhati”, “beldenin ve belde halkının sıhhat, selamet ve intizamı”, “genel ahlak ve edep” gibi terimler kamu düzeni kavramında birleşirler¹⁰⁰.

Fransız hukukunda ise iyi düzen, güvenlik ve sağlık unsurları ilk defa 22 Aralık 1789 tarihli bir Kanunda, mahalli kolluk faaliyetinin amaçları olarak birlikte yer almış, daha sonra 4 Nisan 1984 tarihli Belediye Kanununda öngörülmüş, günümüzde ise Yerel Yönetimler Genel Kodunun (*Code Général des Collectivités Territoriales*) L. 2212-2. maddesinde aynen korunmuştur^{101 102}.

İdare hukuku öğretisinde, kamu düzenin üç unsuru olduğu kabul edilmektedir. Bunlar, dirlik ve esenlik, güvenlik ve sağlıktır¹⁰³.

¹⁰⁰ Y. YAYLA, İdare Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999, s. 51-52.

¹⁰¹ R. CHAPUS, Droit administratif général, Montchrestien, Tome 1, 15.éd., Paris 2001, s. 702.

¹⁰² CGCT, madde L. 2212-2 : “Belediye kolluğunun görevi iyi düzeni, kamu güvenliği ve emniyetini ve kamu sağlığını korumaktır.”; madde L. 2212-5: “Genel kolluğun yetkisi saklı kalmak üzere, belediye kolluk görevlileri, belediye başkanının önleyici kolluk alanında ve iyi düzenin, kamusal huzur, güven ve sağlığın korunması alanındaki görevlerinden onlara verdiklerini yetkileri dahilinde ve belediye başkanına bağlı olarak yerine getirirler.”

¹⁰³ BERNARD, s. 13; CHAPUS, s. 702; M. GÜNDAY, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 9. Baskı, Ankara 2004, s. 259; İ. GİRİTLİ / P. BİLGİN / T. AKGÜNER, İdare Hukuku, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2006, s. 818; L. DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, İÜHF Yayınları, İstanbul 1982, s. 254-255.

2.1.1. Dirlik ve Esenlik

Bazı yasal düzenlemelerde selamet ve intizam ya da huzur ve sükûn sözcükleri ile de anlatılan dirlik ve esenlik, yaşamın normal seyrini olumsuz yönde etkileyebilecek her türlü düzensizlik ve karışıklığın yokluğudur. Dirlik ve esenlik, toplum gereklerini aşan maddi düzensizlik ve rahatsızlıkların bulunmayışıdır. Günlük hayatta bireylerin gürültü, toz, pislik, duman, kötü koku, rahatsız edici ışık ve benzeri dış etkenlerle rahatsız edilmemelerini, huzurlarının bozulmamasını anlatmaktadır¹⁰⁴. Bernard, dirlik ve esenliği mahalle sakinlerinin dinlenebilmesi imkânı olarak ifade etmiştir¹⁰⁵. Kamu düzeni, kamusal huzurun temelidir. Huzuru bozan karışıklık ve düzensizlikler, maddi düzeni bozan etkenlerin en somutu ve en görüneni olmaktadır. Bu nedenle “sükûnu göstermek için ekseriya âmme intizamı tâbiri de kullanılmaktadır.”¹⁰⁶

İdari kolluğun korumakla yükümlü olduğu esenlik maddi esenliktir. Manevi ve ahlaki esenlik ve düzen kural olarak kolluk yetkisinin kapsamı dışındadır. Esasen vicdan, düşünce, bilim ve sanat hürriyetlerini güvence altına alan ve bunların sınırlandırılmasında yasakoyucunun yetkilerini belirleyen 1982 Anayasası’nın bu konudaki hükümlerinin anlamı da bu yöndedir. Ancak bazı hallerde manevi ve ahlaki alandaki faaliyetler maddi düzene yansiyarak toplumda karışıklığa yol açabilir. Böyle bir durumda kolluğun müdahale etme yetkisi gerek öğretide gerekse mevzuatta kabul edilmektedir¹⁰⁷.

Bayraktar’a göre, toplumdaki sükûnet, çeşitli gösterilerle bozulmadıkça gerçekleşmiş olmaktadır; çünkü gösteriler toplumun sükûnunu bozabilecek sebeplerin, olayların kolaylıkla meydana gelebildiği ortamları teşkil ederler. Bu nedenle, idari makamlar ve polis, toplantı ve gösterilerde gerekli önlemleri almalıdır¹⁰⁸. Fakat bu önlemler demokratik bir toplumda en önemli haklardan biri olan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasına engel olacak ölçüde olmamalıdır.

¹⁰⁴ S.S. ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 2, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1960, s. 1106; DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, s. 254-255; YAYLA, İdare Hukuku, s. 52-53; GÜNDAY, s. 260; AKGÜNER / GİRİTLİ / BİLGEN, s. 818.

¹⁰⁵ BERNARD, s. 15.

¹⁰⁶ ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 2, s. 1106.

¹⁰⁷ M. KIRATLI, Koruyucu İdari Hizmetler, TODAİE Yayınları, Ankara 1973, s. 33; Ahlakın, kamu düzeninin içeriğine dahil olup olmadığı konusundaki tartışmalara ileride ayrıca yer verdiğimiz için burada bu konuyu daha fazla açmıyoruz.

¹⁰⁸ BAYRAKTAR, s. 91.

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun (PVSK) 1. maddesinde de polisin kamunun istirahatını temin edeceği ifadesi kullanılmıştır. “(Polis), halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatını temin eder.” Umumi yerlerde çıkan kavgalar, insanların toplaşması sonucu ortaya çıkan bağırış çağırış, aşırı ses, komşuların yaptıkları da dahil olmak üzere her türlü gürültü, protesto gösterileri, gece saatlerinde toplanmalar dirlik ve esenliği bozan etkenlerdir.

Türk ve Fransız hukukunda dirlik ve esenliği bozan etkenler arasında sadece toplantı ve gösteri yürüyüşleri ile gürültü, ayrı yasal düzenlemeye konu olmuştur. Bunların dışında idari kolluğun günlük yaşamda kamu düzenini bozacak ölçüde huzursuzluk yaratan durumlara müdahale etme yetkisi bulunmaktadır.

2.1.1.1. Dirlik ve Esenlik Unsuru Bakımından Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü

Kanaat, fikir ve görüşlerin, istem ve tepkilerin toplu olarak söz, yazı, pankart, resim, müzik gibi araçlarla dile getirilmesi biçiminde kullanılan toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü, kamuya ait yollarda, sokak, cadde ve meydanlarda cereyan etmesi bakımından kamu düzeninin doğrudan dirlik ve esenlik unsuru ile ilgilidir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 20. maddesinin 1. fıkrasında, herkesin barışçı toplanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin 21. maddesinden ilk cümlesinde, "barışçıl bir biçimde" toplanma hakkının hukuk tarafından tanınacağı ifade edilmiş; ikinci cümlesinde ise bu hakkın kullanılmasına ulusal güvenliği veya kamu güvenliğini, kamu düzenini, sağlık veya ahlaki veya başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma amacı taşıyan, demokratik bir toplumda gerekli bulunan ve hukuka uygun olarak getirilen sınırlamaların dışında başka hiçbir sınırlama konamayacağı hükmüne yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 11. maddesinin 1. fıkrasında; "Herkesin asayiş bozmayan toplantılara" katılma hakkına sahip olduğu, 2. fıkrasında ise, bu hakkın demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal

güvenliğin, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla ve ancak yasayla sınırlanabileceği belirtilmiştir¹⁰⁹.

2.1.1.1.1. Türk Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü

03.10.2001 gün ve 4709 sayılı Kanunun 13. maddesi ile yeniden düzenlenen Anayasa'nın 34. maddesinde, AİHS'nin 11. maddesi ile örtüşecek şekilde; herkesin, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra, bu hakkın ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği ve kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerin kanunda gösterileceği öngörülmüştür.

Toplantı ve gösterinin, bu düzenlemeler ve hakkın genel niteliği dikkate alınarak, devletin müdahale etmemesi gereken bir özgürlük olduğu yorumu yapılabilirse de devlet bir yandan geçerli bir neden olmaksızın toplanma özgürlüğünü ihlal etmekten kaçınırken, diğer yandan da bu hakkın kullanılmasını sağlamak için gereken önlemleri almak zorundadır.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının, Anayasa'nın 34. maddesi ve uluslararası sözleşmelerdeki hükümlere uygun olarak kullanılmasını sağlamak üzere, toplantı ve gösteri yürüyüşleri, 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Bu Kanunun 2. maddesinde toplantı, belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak ve bir kamuoyu yaratmak suretiyle o konuyu benimsetmek için gerçek ve tüzelkişiler tarafından bu Kanun çerçevesinde düzenlenen açık ve kapalı yer toplantıları olarak tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre Kanunla öngörülen rejim, her türlü toplantıya değil,

¹⁰⁹ Bknz. O. DOĞRU, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında Toplantı ve Gösteri Özgürlüğü", TBB Dergisi, S. 64, 2006, s. 39-69.

belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak ve bir kamuoyu yaratmak suretiyle o konuyu benimsetmek amacıyla düzenlenen toplantılara uygulanacaktır. Sonuç olarak toplantının kamuya açık bir toplantı olması gerekmektedir. Özel toplantılar, sadece davet edilenlerin katılımına açık olacağından, kamuya açık bir yerde yapılsalar dahi bu Kanunun uygulama kapsamı içine girmezler. Fakat doğal olarak, özel toplantıların kamu düzeninin bozması durumunda idarenin kolluk yetkisi devreye girecektir.

Toplantının düzenlenmesi ön bildirim koşuluna bağlanmıştır (m.10). En az yedi kişiden oluşan düzenleme kurulu, toplantının yapılmasından 48 saat önce, toplantının yapılacağı yerin bağlı bulunduğu valilik ya da kaymakamlığa bildirimde bulunur (m.9, 10).

Gece saatleri, daha yoğun dinlenme saatleri olduğundan Kanunda zamana ilişkin bir sınırlama mevcuttur. Toplantı ve yürüyüşlere ve bu amaçla toplanmalara güneş doğmadan başlanamaz. Açık yerlerdeki toplantılar ile yürüyüşler güneşin batışından bir saat önceye, kapalı yerlerdeki toplantılar saat 23.00'e kadar sürebilir (m.7).

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin trafik akışını, gidiş-gelişleri engelleyerek günlük hayatı aksatmaması için idareye bu özgürlüğün kullanılabilmesi için yolları ve meydanları belirleme yetkisi vermiştir¹¹⁰. Kanunun 22. maddesi, genel meydanlardaki toplantılarda, halkın ve ulaşım araçlarının gelip geçmesini sağlamak üzere valilik ve kaymakamlıklarca yapılacak düzenlemelere uyulması zorunluluğunu getirmiştir. Ayrıca yine bu maddeye göre, genel yollar ile parklarda, mabetlerde, kamu hizmeti görülen bina ve tesislerde ve bunların eklentilerinde toplantı yapılamaz; şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşü düzenlenemez.

¹¹⁰ Madde 6 – Toplantı ve gösteri yürüyüşleri, tüm il veya ilçe sınırları içerisinde aşağıdaki hükümlere uyulmak şartıyla her yerde yapılabilir.

Şehir ve kasabalarda ve gerekli görülen diğer yerlerde hangi meydan ve açık yerlerde veya yollarda toplantı veya yürüyüş yapılabilmesi ve bu toplantı ve yürüyüş için toplanma ve dağılma yerleri ile izlenecek yol ve yönler vali ve kaymakamlarca kararlaştırılarak alışılmış araçlarla önceden duyurulur. Bu yerler hakkında sonradan yapılacak değişiklikler duyurudan on beş gün sonra geçerli olur. Toplantı yerlerinin tespitinde gidiş geliş, güvenliği bozmayacak ve pazarların kurulmasına engel olmayacak biçimde, toplantıların genel olarak yapıldığı, elektrik tesisatı olan yerler tercih edilir.

İdareye yer belirleme yetkisi veren düzenlemeye ilişkin olarak Azrak haklı bir eleştiri yapmıştır. Azrak, vali veya kaymakamın bir genel işlem niteliğindeki kararıyla tüm açık hava toplantılarının yerinin peşinen belirlenmesi yolundaki uygulamayı önleyici bir hükmün, Kanunun içine konulmasının çeşitli nedenlerle gerekli olduğunu belirtmektedir. “Şöyle ki, bir kere, idare hukukunun genel esaslarına göre, idare hiçbir zaman tek başına özgürlükleri genel biçimde düzenleyici ve sınırlayıcı hükümler çıkaramaz, ancak olayın özelliğine göre her somut olaya göre yapacağı birel işlemle mekân bakımından bazı sınırlamalar öngörebilir. Ama örneğin ‘İstanbul’da açık hava toplantıları sadece Abide-i Hürriyet meydanında yapılacaktır’ yolunda bir genel karar aldığı yani bir genel düzenleyici işlem yaptığı takdirde, bu idare hukuku esaslarına uygun düşmez. Ayrıca bireyler kentin uzağında bir yerde toplantı yapmaya zorlandığı zaman, toplantının halkla ilişkisi kesilmiş, soyutlanmış olur. Oysa açık hava toplantılarının en önemli amaçlarından biri halk kitleleriyle iletişim sağlayarak, onlara bilgi sunmaktır.”¹¹¹

Sokakta yapılan düşünce açıklama amaçlı toplantılar, Fransız hukukunda, gösteri anlamında “*manifestasyon (manifestation)*” kelimesi ile adlandırılmaktadır. Bu toplantılar, yürüyüş şeklinde belirli bir güzergâhta yapılırsa gösteri yürüyüşü olmaktadır. Türk hukukunda böyle bir ayrımı yapılmamıştır. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununa göre gösteri yürüyüşü, belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak ve bir kamuoyu yaratmak suretiyle o konuyu benimsetmek için gerçek ve tüzel kişiler tarafından bu Kanun çerçevesinde düzenlenen yürüyüşlerdir. Gösterilerde, toplantıdan farklı olarak düşünce açıklamaları anlatım şeklinde yapılmaz; sloganlar, müzik, resim, hareketler, amblem ve semboller, pankartlar düşünce ifade etme araçlarıdır.

2911 sayılı Kanun “gösteri” kavramını ayrıca tanımlamamıştır. Bu anlamda, özellikle sanatsal gösteriler akla gelmektedir. Kanunun istisnalar başlıklı 2. maddesi bu Kanun kapsamına girmeyen toplantı ve faaliyetleri saymaktadır¹¹². Sanatsal gösteriler

¹¹¹ A. Ü. AZRAK, “*Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu Açısından Kolektif Özgürlükler*”, <http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/ulkuazrak.doc>, (30.06.2009), s. 5.

¹¹² İstisnalar

Madde 4 – Aşağıda belirtilen toplantı ve faaliyetler bu Kanun hükümlerine tabi değildir.

bu maddede sayılmamıştır. Konser etkinlikleri bir Danıştay kararında toplantı özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir¹¹³.

Temsil ve gösteriler için 2559 sayılı PVSK'da bir düzenleme yer almaktadır. Bu Kanunun Ek 1. maddesine göre; “umumî veya umuma açık yerler ile umuma açık yer niteliğindeki ulaşım araçlarında, gerçek kişi veya topluluklar, mahallin en büyük mülkî amirine, en az kırk sekiz saat önceden yazılı bildirimde bulunmak suretiyle, oyun ve temsil verebilir veya çeşitli şekillerde gösteri düzenleyebilir. Bunlardan, devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne, Anayasal düzene veya genel ahlâka aykırı olduğu tespit edilenler hakkında mahallin en büyük mülkî amiri tarafından derhal Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulur.”

Anayasa'nın 64. maddesi, devlete, sanatçının, sanat faaliyetlerinin ve sanat eserlerinin korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için gereken tedbirleri alma yükümlülüğü getirmiştir. Bu hüküm karşısında, sokakta yapılacak sanatsal gösterilerin, kamu düzenine yönelik gerçek ve yakın bir tehlike olmaksızın engellenmemesi ve bu alanda dirlik ve esenliğin, hukuku uygulayan makamlarca dar yorumlanması gerekir.

2911 sayılı Kanunun, ön bildirimi düzenleyen 10. maddesi sadece toplantıdan söz etmesine rağmen, 20. maddeden, gösteri yürüyüşlerinin de ön bildirim tabi olduğu anlaşılmaktadır. “Şehir ve kasaba içindeki genel yollar üzerinde yapılacak yürüyüşlere ait bildirimlerde, 6. madde gereğince ilan olunan yol ve yönle uyulmak şartıyla, yürüyüşe geçmek için seçilecek toplanma yeri ile izlenecek yol ve dağılma yerinin belirtilmesi zorunludur.”

Kamu düzeninin korunması amacıyla bir ayı geçmemek kaydıyla bir toplantı veya bir yerdeki tüm toplantılar ertelenebilecek; belirli bir toplantı süresiz biçimde, bir

a) Siyasi partilerin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, sendikaların, vakıfların, derneklerin, ticari ortaklıkların ve diğer tüzel kişilerin özel kanunlarına ve kendi tüzüklerine göre yapacakları kapalı yer toplantıları,

b) Kanunlara uymak, kendi kural ve sınırları içinde kalmak şartıyla kanun veya gelenek ve göreneklere göre yapılacak toplantı, tören, şenlik, karşılama ve uğurlamalar,

c) Spor faaliyetleri ile bilimsel, ticari ve ekonomik amaçlarla yapılan toplantılar,

d) Cumhurbaşkanı, Başbakan ve bakanların Devlet ve Hükümet işleri hakkındaki toplantı ve konuşmaları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin halk ile yapacakları sohbet niteliğindeki görüşmeler.

¹¹³ D.10.D, E.2000/5570, K.2003/108, T. 20.01.2003.

yerdeki tüm toplantılar ise bir ayı geçmemek üzere yasaklanabilecektir. Yasaklama ve erteleme kararları gerekçeli olarak verilir (m.17, 19).

Kanunda düzenlenmiş olan bu yasaklama ve ertelemeler, özgürlüğün aşırı kısıtlanması anlamına gelmektedir. 1982 Anayasasının 34. maddesinin ilk şeklinde 4. fıkrada öngörülmüş olan bu yasaklama ve erteleme yetkisinin 03.11.2001 tarihli Anayasa değişikliğiyle metinden çıkarılmış olması, Kanunda öngörülen erteleme ve yasaklama hükümlerini dayanaksız kılmıştır; bu hükümlerin muhafaza edilmesi, Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır¹¹⁴. Ayrıca yasaklama ve erteleme yetkisi başka bir açıdan da Anayasa'ya aykırıdır. Çünkü Anayasanın 13. maddesinde öngörülen, bir özgürlüğün özüne dokunmama kuralını açık biçimde zedelemektedir. Bir özgürlüğün kullanımının yasaklanması, o özgürlüğü ortadan kaldırmak demektir; bu da özgürlüğün özüne dokunmanın tipik bir örneğidir¹¹⁵.

2.1.1.1.2. Fransız Hukukunda Toplantı Özgürlüğü

Fransa'da 30 Haziran 1881 tarihli Kanun, toplantı ile ilgili olarak 2911 sayılı Kanunla benzer bir rejim öngörmektedir. Bu Kanuna göre yollarda toplantı yapılamaz; toplantılar, daha geç kapanan kurum ve yerler dışında, saat 23.00'den sonra devam edemez. Toplantılarda, kamu düzenini korumak ve suç işlenmesini önlemekle görevli en az üç kişi bulunmalıdır. İdari ya da adli bir temsilcinin bulunması ihtiyaridir¹¹⁶.

Fransız rejiminde manifestasyonlar 1935 yılında kabul edilen bir Kanun Gücünde Kararname (*ordonnance*) ile düzenlenmiştir. Bu rejim izin sistemine yaklaşan bir önceden bildirim sistemine dayanmaktadır. Önceden bildirilen manifestasyonlar gerekçesi belirtilmek şartıyla bir kolluk işlemi ile yasaklanabilir ya da belirli şartlara bağlanabilir. Bildirim, manifestasyonun yapılacağı günden 15 ila 3 gün öncesinde, devlet kolluğunun (*police étatisée*) görevli olmadığı yerlerde belediyeye, devlet

¹¹⁴ İ. Ö. KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, İmge Kitabevi, 6. Baskı, İstanbul 2002, s. 411.

¹¹⁵ AZRAK, "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu Açısından Kolektif Özgürlükler", s. 5.

¹¹⁶ J. GOGNETTI, La Notion d'ordre public, Thèse, Reims 1998, s. 62.

kolluğunun görevli olduğu yerlerde valiliğe yapılır; organizatörlerin isim ve adresleri, amaç ve güzergâh belirtilir¹¹⁷.

Yerel Yönetimler Genel Kodunun (*Code Général des Collectivités Territoriales*) L.2214-4 maddesine göre, görevli olduğu yerlerde devlet kolluğu, çok sayıda insanın bir araya geldiği toplantılarda düzenin sağlanmasından sorumludur.

Fransız yargı kararlarında, manifestasyonların yasaklanma ve durdurulma gerekçeleri, idare hâkimi tarafından sıkı bir biçimde denetlenmektedir. Örneğin Conseil d'Etat, trafik akışının engellenmesi ve kolluk personeli ve araçlarının yetersiz olmasını, çok nadir olarak hukuka uygun gerekçe olarak kabul ederken, özel mülkiyete zarar vermeyi haklı bir gerekçe olarak kabul etmektedir¹¹⁸.

Fransız rejiminde bildirimi yapılmamış veya gerçeğe aykırı yapılmış bir manifestasyon, organizatörlerin yaptırımı uğramasına neden olurken, bildirimi usulüne göre yapılmış olan bir manifestasyon kamu düzenini bozarsa, organizatörlerin sorumluluğu söz konusu olmamaktadır¹¹⁹.

Fransa'da 1958 yılında çıkan bir Sirkülere göre yasadışı toplanma (*attroupement*), belli sayıda insanın hukuka aykırı olarak, gürültülü bir şekilde, insanlara, mallara veya hükümete karşı düşmanca davranışlar sergileyebilmek için bir araya gelmesidir. Fransız Ceza Kanununun 431-3. maddesinde yasadışı toplanma şöyle tanımlanmıştır: Yollarda veya kamusal yerlerde kamu düzenini bozabilecek nitelikteki her türlü bir araya gelme yasadışı toplanmadır. Sadece merak kaynaklı bir araya gelmelerden silahlı isyana kadar çeşitli durumlar toplanma anlamına gelebilmektedir¹²⁰.

Gösteri ve gösteri yürüyüşleri, bir grup insanın, ortak bir fikir ya da irade açıklaması için yolları kullanmasıdır. Toplantıyı ise Conseil d'Etat 1933 yılında aldığı bir kararda şu şekilde tanımlamıştır: Düşünce veya fikir açıklamak ya da ortak

¹¹⁷ GOGNETTI, s. 60.

¹¹⁸ CE 12 octobre 1983, *Commune de Vertou*, CE 28 Avril 1989, *Commune de Montgeron*, CE 5 Mars 1948, *Jeunes Indépendants Chrétiens*, aktaran: GOGNETTI, s. 61.

¹¹⁹ GOGNETTI, s. 61.

¹²⁰ GOGNETTI, s. 53.

çıkarlarını koruma konusunda düşünce ve fikir alışverişinde bulunmak üzere oluşan geçici gruplar¹²¹.

Toplanmalar, bazı özellikleri yönünden toplantı ve gösteri yürüyüşlerinden ayrılmaktadırlar. Öncelikle, Fransız hukukunda, bir gösteri usulsüz veya yasak da olsa ancak huzuru bozması halinde toplanma olarak değerlendirilebilir. Fransız Ceza Kanununa göre dağıl emrinden sonra topluluk dağılmaz ise suç oluşmuştur ve kolluk makamı güce başvurma yetkisine sahiptir. Ayrıca böyle bir toplanmaya sözle veya yazılı olarak yapılan kışkırtma da suçtur. İkinci olarak, bu çeşit protesto amaçlı toplanmalar anlık ve tesadüfidir, oysa toplantı ve gösteriler önceden organize edilmişlerdir¹²².

Toplanmaları karakterize eden en önemli özellik kamusal huzuru bozma tehdidi içermesidir; Fransız yargı kararları ve mevzuatı, kolluğun müdahale edebilmesi için şiddet eylemlerinin gerçekleşmiş olmasını aramamaktadır. Gar, fabrika, okul gibi kamusal yerler ile özel yerlerin işgali bu kategoriye girmektedir. Bu çeşit eylemlerde, kamusal huzuru bozma tehdidinin ortaya çıkması, eyleme katılan kişilerin sayısı yönünden, eylemin yapıldığı yerin büyük ya da küçük olmasına göre değişecektir¹²³.

Toplanmalar çeşitli şekillerde dirlik ve esenliği bozabilir. Çevreyi rahatsız edecek biçimde yapılan tartışma ve kavgalar, bağırışçağırış ve karmaşalar, kendiliğinden gelişen kolektif şiddet eylemleri, planlanmış şiddet eylemleri, silahlı toplanmalar gibi. Karmaşa kadar toplanan kişilerin yaptığı gürültü de düzensizlik yaratmaktadır.

Bunun dışında çeşitli nitelikteki insan kalabalıkları da bazen günlük hayatı aksatacak karışıklıklara neden olabilir ve kamu düzenini tehdit edebilir. Örneğin halkın önemli bir kısmının katıldığı cenaze törenleri, trafiği aksatması yanında bazen slogan atılarak fikir beyan edilen bir gösteri yürüyüşüne dönüşebilmektedir. Böyle durumlarda genel kolluk yetkileri ile tehdidin önlenmesi ya da kamu düzeninin sağlanması gerekecektir.

¹²¹ GOGNETTI, s. 54.

¹²² GOGNETTI, s. 54.

¹²³ GOGNETTI, s. 54.

Sonuç olarak, bir düşünce açıklama aracı olması nedeniyle toplantı ve gösteri hakkı, modern demokrasilerde en önemli temel haklardan biridir. Kamu düzenini ve huzuru korumak, sistematik bir yasaklama gerekçesi olamaz. Yol akışının aksatılması her zaman kamu düzeninin bozulması olarak yorumlanamaz. Karışıklığın çıkmaması ve dirlik ve esenliğin bozulmaması için gerekli önlemleri almak kolluk makamlarının görevidir¹²⁴.

2.1.1.2. Gürültü

Gürültü, aslında tek başına huzuru bozan bir kategori olarak karşımıza çıkmaktadır. Gürültü, en basit şekliyle gündelik hayatta insanı rahatsız eden ve huzurunu kaçıran bir etkidir. Fakat kimi durumlarda gürültü, kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığını bozarak sıradan bir huzursuzluktan daha ciddi sonuçlara yol açabilmektedir.

Günümüzde gürültü, çevre kirliliği türlerinden biridir. 2872 sayılı Çevre Kanununun gürültü başlıklı 14. maddesine göre, “Kişilerin huzur ve sükununu, beden ve ruh sağlığını bozacak şekilde ilgili yönetmeliklerle belirlenen standartlar üzerinde gürültü ve titreşim oluşturulması yasaktır. Ulaşım araçları, şantiye, fabrika, atölye, işyeri, eğlence yeri, hizmet binaları ve konutlardan kaynaklanan gürültü ve titreşimin yönetmeliklerle belirlenen standartlara indirilmesi için faaliyet sahipleri tarafından gerekli tedbirler alınır.”

Bu maddeye dayanılarak ve Avrupa Birliği’nin 25/6/2002 tarihli 2002/49/EC Çevresel Gürültünün Yönetimi ve Değerlendirilmesi Direktifine paralel olarak, Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından hazırlanan ve 01.07.2005 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Çevresel Gürültünün Değerlendirilmesi ve Yönetimine İlişkin Yönetmelik, 11.12.1986 tarihli Gürültü Kontrol Yönetmeliğini yürürlükten kaldırmıştır. Söz konusu Yönetmelik, çeşitli gürültü kaynakları için ayrıntılı kriterler belirlemiştir. Bu Yönetmelik; “kişilerin beden ve ruh sağlığını, huzur ve sükûnunu gürültü ile bozmayacak bir çevrenin geliştirilmesi için, çevresel gürültüye maruz

¹²⁴ KABOĞLU, Özgürükler Hukuku, s. 406.

kalmanın etkileriyle mücadele etmeye yönelik esas ve kriterleri belirlemek ve bu kriterlerin gürültü kaynakları bazında uygulanması için;

a) Değerlendirme yöntemleri kullanılarak hazırlanan gürültü haritaları ve akustik raporlar ile çevresel gürültüye maruz kalma düzeylerinin belirlenmesi,

b) Çevresel gürültü ve etkileri hakkında kamuoyunun bilgilendirilmesi,

c) Gürültü haritaları ve akustik rapor sonuçları esas alınarak; özellikle çevresel gürültüye maruz kalma düzeylerinin insan sağlığı üzerinde zararlı etkilere yol açmasının mümkün olduğu ve çevresel gürültü kalitesini korumanın gerekli olduğu yerlerde, gürültüyü önleme ve azaltmaya yönelik eylem planlarının hazırlanması ve bu planların uygulanması,

d) Gürültü haritası ve akustik rapor hazırlanması zorunlu olmayan diğer gürültü kaynaklarından yayılan çevresel gürültüyü azaltmaya yönelik kontrol tedbirlerinin alınması,

amacıyla hazırlanmıştır.” (m. 1)

Yönetmeliğin 56. maddesine göre, bu Yönetmelik hükümlerine aykırı davranışlar hakkında, 2872 sayılı Çevre Kanunu’nda öngörülen cezai hükümler ile idari yaptırımlar uygulanacaktır. Yönetmelik, mülki idare amirlerine, mahalli idarelere ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarına çeşitli yükümlülükler getirmiştir. Ayrıca 5326 sayılı Kabahatler Kanununun İkinci Kısımında düzenlenen çeşitli kabahatler arasında gürültü de sayılmış ve 36. maddede gürültü çeşitlerine göre idari para cezaları düzenlenmiştir¹²⁵

¹²⁶

Çevre Kanunu ve Kabahatler Kanununun gürültü bakımından uygulama alanları farklı olmayıp Kabahatler Kanunu, Çevre Kanununa göre genel kanun niteliğindedir. Yani, aynı gürültü kaynağı ile ilgili olarak hem Kabahatler Kanunu hem de Çevre Kanununa göre idari yaptırım tesis edilebilecektir. Çevre Kanununun 27.

¹²⁵ Madde 36- (1) Başkalarının huzur ve sükununu bozacak şekilde gürültüye neden olan kişiye, elli Türk Lirası idari para cezası verilir.

(2) Bu fiilin bir ticarî işletmenin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde işletme sahibi gerçek veya tüzel kişiye bin Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.

(3) Bu kabahat dolayısıyla idarî para cezasına kolluk veya belediye zabıta görevlileri karar verir.

¹²⁶ Örneğin bazı valilikler, bu hüküm çerçevesinde, düğün konvoylarında korna çalanlara, gürültü yaparak halkı rahatsız etmeleri nedeniyle idari para cezası kesmektedir.

maddesine göre, bu Kanunda yazılı fiiller hakkında verilecek idari nitelikteki cezalar, bu fiiller için diğer kanunlarda yazılı cezaların uygulanmasına engel olmaz.

Çevre Kanununun 15. maddesi uyarınca, yaptığı gürültüyle çevredekilerin huzurunu ve rahatını bozan kişiye verilen idari para cezasının yanında gürültüye neden olan faaliyetin durdurulmasına da karar verilebilecektir. Fakat faaliyetin durdurulmasına karar verilmeden önce, hukuka aykırılığın giderilmesi için ilgili kişiye bir süre verilmesi zorunludur.

Danıştay'ın bir kararına göre konut bölgeleri içinde ve yakın çevresi ile gürültüye hassas diğer bölgelerde yapım işlerinde kullanılan gürültü çıkarıcı alet ve makinaların iş ve tatil günlerindeki kullanımıyla ilgili olarak zaman açısından sınırlama getirilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Olayda, davacı şirkete ait kamyon tarafından saat 21.15'te beton makinasıyla beton dökülerek gürültü yapıldığının tutanakla tespiti üzerine Gürültü Kontrol Yönetmeliğinin¹²⁷ 15. maddesi uyarınca, dava konusu işlemle para cezası verildiği anlaşılmaktadır¹²⁸.

Başka bir kararında da Danıştay, köy içerisinde işletilmekte olan demir ve kaynak atölyesinin yaptığı gürültü nedeniyle çevreyi rahatsız ettiği gerekçesiyle meskûn mahal dışına taşınması için belli bir süre verildiği halde, buna uyulmaması üzerine idare tarafından alınan faaliyetten men kararını, ilgili kanun ve yönetmeliğe uygun bulmuştur. Söz konusu idari kararın dayandığı kanun, Çevre Kanunu değil 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Yönetmelik ise bu Kanuna dayanarak çıkarılan 19 Mart 1938 tarihli Yönetmeliktir¹²⁹.

Ayrıca, İmar Kanununda da bu konuyla ilgili bir düzenleme bulunmaktadır. "Kamunun selameti için alınacak tedbirler" başlığını taşıyan 40. maddede, arsalarda, evlerde ve sair yerlerde umumun sağlık ve selametini ihlal eden, şehircilik, estetik veya trafik bakımından mahzurlu görülen enkaz veya birikintilerin, gürültü ve duman

¹²⁷ Gürültü Kontrol Yönetmeliği, 1.7.2005 tarih ve 25862 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Çevresel Gürültünün Yönetimi ve Değerlendirilmesi Yönetmeliği ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹²⁸ D. 6.D, K. 2001/2822, E. 2000/2381, T. 23.05.2001.

¹²⁹ 19 Mart 1968 tarihli ve 12832 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmeliğin 1. maddesi ile gayri sıhhi müesseseler, çevresinde oturanlara fiziki, ruhi ve sosyal yönlerden az veya çok zarar veren işyerleri olarak tanımlanmış ve bu müesseselerin resmi müsaade almadan açılmayacağı belirtildikten sonra müteakip maddelerde ise bu müesseselerin civardaki halkın sağlık ve huzurunu bozucu olmamaları, şayet bu husus temin edilemez ise meskenlerden uzak yerlerde kurulmaları esası yer almıştır.

tevlideden tesislerin hususi mecra, lağım, çukur, kuyu; mağara ve benzerlerinin mahzurlarının giderilmesi ve bunların zuhuruna meydan verilmemesinin ilgililere bildirileceğı; belirtilen süre içinde tebliğ e riayet edilmediğı takdirde belediye veya valilikçe sakıncanın giderileceğı, masrafı % 20 fazlasıyla arsa sahibinden alınacağı veya sakıncayı doğuran faaliyetin durdurulacağı kurala bağlanmıştır.

Fransa'da gürültüyle mücadele, yapıların izolasyonu ve gürültülü materyallere ilişkin yasal düzenlemelere konu olmaktadır. Belediyelere, bir idari kolluk makamı olarak bu konuda geniş bir takdir yetkisi bırakılmıştır. Materyallerle ilgili düzenleme, gerek profesyonel, gerekse özel kullanım amaçlı olanları kapsamaktadır. Aletlerin ve iş makinelerinin ses düzeyi çok sayıda karar, kararname ve iki tane AB direktifinin konusu olmuştur. Her türlü elektrikli ev aleti, asansör, klima, büro ekipmanları gibi özel kullanım amaçlı araç-gereçler için de ses düzeyi bakımından yasal düzenlemelerle çeşitli standartlar getirilmiştir.

9 Aralık 1905 tarihli Kanunda kilise çanları ile ilgili bir düzenleme bulunmaktadır. Düzensizliğı kaynağında önlemeyi amaçlayan tüm bu düzenlemeler yanında bina yapımına ilişkin düzenlemeler de kişiyi dışardan gelen gürültülerden korumayı amaçlamaktadır. İmar ve yapılar alanındaki yasal düzenlemeler, iki çeşit önleyici yöntem içermektedir. Birincisi, gürültülü bir bölgeye belirli bir mesafede konut yapma yasağı getirilmesi, diğeri de bir yapıda belirli kurallara uygun olarak izolasyon yapılması zorunluluğudur. Buna göre, Şehircilik Kodu (*Code de l'urbanisme*) yol kenarında bir yapının inşası için yolun ve yapının türüne göre belirli mesafelerde inşaat izni vermektedir. Detaylı bir yasal düzenlemeye konu olmayan diğ er gürültü sebepleri için, belediye başkanı beldenin kolluk makamı olarak müdahale etme yetkisine sahiptir¹³⁰.

2.1.2. Güvenlik

Öğretide, kamu düzeninin güvenlik öğesi genellikle, kişilerin umumi ve umuma açık yerlerde can ve mallarına zarar verebilecek tehdit ve tehlikelerin yokluğu;

¹³⁰ GOGNETTI, s. 58.

saldırıya, zorlanmaya, itilip kakılmaya, kazaya ve engellemeye uğramadan dolaşmaları veya bulunmaları; can ve malları için endişe duymamaları ve bu yönde olumlu bir kanıya sahip olmaları şeklinde tanımlanmaktadır¹³¹. Kamu düzeninin güvenlik ögesi, hukuk metinlerinde daha çok kamu güvenliği olarak ifade edilmektedir. Gözübüyük ve Tan, güvenlik ögesinin kapsamına devletin güvenliğini de dahil etmektedirler¹³². Kanımızca devlet güvenliğinin kamu güvenliği ile dolaylı bir ilgisi bulunsa bile, devlet güvenliğini doğrudan ifade eden kavram “milli güvenlik” kavramıdır.

Fransızca güvenlik¹³³ unsuru “*sûreté*” ve “*sécurité publique*” olarak iki terimle birlikte ifade edilmekte ve mevzuatta da bu iki terim birlikte yer almaktadır. Gognetti “*sûreté*” kavramının, polis ve istihbarattan sorumlu olan İçişleri Bakanlığının görev alanına girdiğini söylemektedir¹³⁴. Laubadere ve Venezia’ya göre “ ‘*Sûreté*’, bu kavramın geleneksel anlamı olan, düzene yapılan saldırıların önlenmesi ve bastırılmasını belirtir. Yani bireylerden gelen saldırılara karşı koymak anlamına gelir. Fakat ‘*sécurité publique*’ için yapılabilecek bir tanım yoktur.”¹³⁵

İçtihatlarda ve öğretide “*sécurité publique*” teriminin, “*sûreté*” teriminden farkını ortaya koyacak biçimde bir tanımla yapılmamaktadır. Kökenleri farklı olmakla birlikte hukuki literatürde eş anlamlıymışçasına kullanılmaktadırlar. Yalnızca Bernard, yol güvenliğine ilişkin olarak ‘*sécurité publique*’ kavramının ‘*sûreté*’ kavramından daha kapsamlı olduğunu belirtmektedir. Ona göre “*sécurité publique*” kavramı, araç güvenliğine olduğu kadar kaza ve felaketlerin önlenmesinde de uygulanırken, “*sûreté publique*” kavramının başlıca uygulama alanı araç trafiğidir¹³⁶. İki terimin etimolojik kökenini araştıran Balzacq, “*sécurité*”nin güvende olma duygusu anlamında sübjektif bir güvenliği ifade ettiğini, “*sûreté*”nin ise objektif gerçeklik olarak güvenlik anlamına

¹³¹ L. DURAN, İdare Hukuku Dersleri, s. 254; ÖZAY, Günışığında Yönetim, s. 727; GÜNDAY, s. 260; GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, s. 818.

¹³² Ş. GÖZÜBÜYÜK / T. TAN, İdare Hukuku, C. 1, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 596.

¹³³ Fransızcada güvenlik kelimesinin karşılığı olan “*sécurité*” kelimesinin etimolojik kökeni, Latince “*sine*” ve “*cura*” sözcüklerinin bir arada kullanılmasıdır. Bu iki sözcüğün bileşimi, özen ya da bakım yokluğu olarak tercüme edilebilir. Yani kelime ilk çağlarda, iç huzuru, esenlik ve dengenin varlığı anlamına gelmemektedir. Kelime bildiğimiz anlamına 12. yüzyılda kavuşmaktadır. T. BALZACQ, “*Qu’est-ce que la sécurité nationale?*”, La Revue internationale et stratégique, hiver 2003-2004, n°52, s. 35.

¹³⁴ GOGNETTI, s. 69.

¹³⁵ A. LAUBADERE / C. VENEZIA, Traité de droit administratif, Tome 3, LGDJ, Paris 1990, s. 181.

¹³⁶ BERNARD, s. 16.

geldiğini tespit etmiştir¹³⁷. Gerçekten de kamu düzeni açısından, bireylerin can ve mallarından endişe duymadan yaşamaları, başka bir ifadeyle kendilerini güvende hissetmeleri esastır.

Türk hukukunda da benzer bir biçimde güvenliği ifade etmek için emniyet ve asayiş terimleri kullanılmaktadır. PVSK'nın 1. maddesinin ilk cümlesinde, "Polis asayiş amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur." demektedir. Emniyet ve asayiş terimleri arasındaki anlam farkı bu cümledeki ifadeden çıkarılabildiği gibi, terimlerin sözlük anlamlarından da çıkarılabilir. Türk Dil Kurumu'nun sözlüğünde emniyetin bir anlamı güvenlik, diğer anlamı da "güven, inanma, itimat" olarak belirtilmiştir. Asayiş ise, "bir yerin düzen ve güvenlik içinde bulunması durumu, düzenlilik, güvenlik" şeklinde tanımlanmıştır¹³⁸. Dolayısıyla emniyet terimi, güvende olma duygusunu içerirken, asayiş somut olarak güvenlik durumunu belirtmektedir.

Bazı hukukçular kamu düzeninin özünün güvenlik unsuru olduğunu söyleyerek güvenliğin, kamu düzeninin diğer unsurlarını kapsayıcı bir nitelikte olduğunu ileri sürmüşlerdir^{139 140}. Kamu düzeninin dar anlamda güvenlik unsuru, kabaca sokaktaki can ve mal güvenliği olarak kabul edilmektedir. Kamu güvenliği unsuru, uygulama alanı bakımından geniş bir kapsama sahiptir. Bireyler tarafından yapılan belirli faaliyetler, hem bireylerin kendileri hem de başkaları için tehlike barındırırlar. İdari kolluk bu alanda, hukuk düzeninin çeşitli tehlikelere karşı asgari ölçüde bir güvenlik sağlamak

¹³⁷ BALZACQ, s. 36.

¹³⁸ Türk Dil Kurumu'nun internet sözlüğü kullanılmıştır. (www.tdk.gov.tr).

¹³⁹ C. VIMBERT, "L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel", RDP 1994, s. 744.

¹⁴⁰ Kamu düzeni kavramına ilişkin yaşadığımız çağda ortaya çıkan gelişmeler kendine özgü yeni çelişkiler yaratmaktadır. Bu çelişkilerden en çarpıcı olanı, devlet algısında görülebilir. Bir taraftan çeşitli nedenlerle devletin küçülmesi ve özgürlük alanının genişlemesi gerektiği savunulmakta diğer taraftan daha fazla güvenlik talep edilmekte; dolayısıyla kamusal makamlardan kamu düzenini korumaya yönelik daha fazla kontrol ve müdahale istenmektedir. Önlem almaya yönelik bir obsesyon haline gelen güvenlik talebi çeşitli hesaplama ve kontrol yöntemleri kullanarak karmaşık karar mekanizmalarının ortaya çıkmasını da beraberinde getirmektedir. Bu alanda devletin pozitif yükümlülüğü arttıkça kamu düzeni-özgürlük terazisinde denge, özgürlük aleyhine bozulmakta, ibre giderek sınırlama ve yaptırımlara kaymaktadır. Günümüzde güvenlikten bir hak olarak söz edilmektedir. Güvenlik konusunda devletin pozitif yükümlülüğü ve 'güvenlik hakkı' ilk bakışta bir madalyonun iki yüzü gibi görünse de bu anlamda bir 'güvenlik hakkı'ndan bahsetmek, yöneten yönetilen ilişkilerinde kamu hukuku prensiplerine pek uygun görünmemektedir. Kamu düzeni alanında böyle bir yükümlülük-hak ilişkisi ancak idarenin sorumluluğu alanında görünür olmaktadır. Dolayısıyla devletin kamu düzenini sağlamaya yönelik pozitif edim yükümlülüğü ile vatandaşın güvenlik hakkı ancak bir özel hukuk ilişkisine benzer bir biçimde bir araya gelmektedir. Günümüz toplumunda idare artık her türlü riskin yüklenicisi olmuştur. İdare bu alanda sadece kendi kusuruyla neden olduğu zararlardan değil; kontrol ve denetim görevi dolayısıyla özel hukuk kişilerinin sebep olduğu zararlardan da hizmet kusuru esasına dayanarak sorumlu tutulmaktadır. D. TRUCHET, "L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public: La question d'un droit à la sécurité", in L'Ordre public: ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux, Dir. M.-J. REDOR, Bruylant, Bruxelles 2001, s. 307.

için öngördüğü kurallar, sınırlamalar ve yasakları uygulamaktadır. Kişinin can ve mal güvenliği yönünden tehlike oluşturabilecek riskleri tehlikeli faaliyetler, tehlikeli insan ve hayvanlar, tehlikeli yapılar ve ani olaylar şeklinde sınıflandırabiliriz¹⁴¹.

2.1.2.1. Tehlikeli Faaliyetler

Bazı faaliyetler, bireyin hem kendisi hem de başkaları için bir güvenlik tehlikesi oluşturmaktadır. Devlet, herkese minimum düzeyde bir güvenlik sağlamak amacıyla bazı faaliyetlerden kaynaklanabilecek tehlikeleri sınırlamak için birtakım emirler ve yasaklar koyar ve düzenlemeler yapar. Bu tür faaliyetlerden en önemlilerini ulaşım, silah kullanımı, sportif faaliyetler ve mesleki faaliyetler olarak sınıflandırabiliriz¹⁴².

2.1.2.1.1 Ulaşım

Her türlü ulaşım şekli ile ilgili uyulması gereken kurallar, yasal düzenlemeler ile belirlenmiştir.

Karayolları Trafik Kanunu ve Karayolları Trafik Yönetmeliği, karayollarında can ve mal güvenliği yönünden trafik düzenini sağlamak ve trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemleri düzenler. Kanunun 4. maddesi uyarınca, karayolu güvenliği konusunda hedefleri tespit etmek, uygulamak ve koordinasyonu sağlamak amacıyla Karayolu Güvenliği Yüksek Kurulu ve Karayolu Trafik Güvenliği Kurulu oluşturulmuştur. Karayolu trafiği, gittikçe daha teknik ve ayrıntılı çok sayıda yasal düzenlemelere konu olmaktadır. Yeni önlemler eskilerini güçlendirmekte; bu alanda medya aracılığıyla vatandaşları bilgilendirme kampanyaları düzenlenmektedir.

Fransa'da emniyet kemeri takma zorunluluğu, başlarda bir polemige konu olmuştur. Herkesin kendi yaşamını riske atma konusunda özgür olmasına karşılık böyle

¹⁴¹ GOGNETTI, s. 70.

¹⁴² GOGNETTI, s. 70.

bir zorlayıcı önlemin hukuki gerekçesinin ne olduğu sorulabilir. Bu konuda hükümet, gerekçesinde, emniyet kemeri takma zorunluluğunun kamu düzeninden çok kamu yararı ilkesinden kaynaklandığını ileri sürmüştür. Çünkü bu önlem, kişinin can güvenliğini koruma amacının yanında, trafik kazalarında hastane ve tedavi masraflarının azaltılmasını, dolayısıyla sosyal güvenlik harcamalarında tasarruf edilmesini de amaçlamakta ve bir sosyal güvenlik tedbiri karakterini taşımaktadır¹⁴³.

Demiryollarının karayolundan daha güvenli bir ulaşım şekli olduğu bilinmekle birlikte, tren kazaları daha çok sayıda ölüm ve yaralanmaya sebebiyet vermektedir. Demiryolları kolluğunun konusunu bir taraftan demiryolu trafiği ve demiryollarının korunması oluştururken diğer taraftan yolcuların garlarda ve tren içinde güvenliği de söz konusu olmaktadır. Demiryolu ulaşımında söz konusu olan teknik kurallar ve alınacak önlemler TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan çok sayıda yönetmelik, yönerge ve genel emirlerle düzenlenmiştir. Ayrıca demiryollarının korunması ve yolcuların güvenliği konularında düzenlemelerin yer aldığı 30 Mayıs 1283 tarihli Demiryollarının Usulü Zabıtasına Dair Nizamname ve 18 Mayıs 1872 tarihli Rumeli Demiryollarının Umur-u Nakliyesi Hakkında Nizamname de halen yürürlüktedir.

En ufak bir güvenlik açığının trajik kazalara yol açabileceği hava yolu taşımacılığı da devamlı gelişmekte ve günümüzde çok yaygınlaşmış bulunmaktadır. Ayrıca, hava yolu ulaşımı, uluslararası uyuşturucu trafiği, kaçakçılık, uçak kaçırma ve yasa dışı göç gibi suçlarla ilgili olarak kamu yararı ve kamu düzeni açısından risk oluşturmaya elverişli bir araçtır. Türkiye hava alanlarının işletilmesi ile Türkiye hava sahasındaki hava trafiğinin düzenlenmesi ve kontrolü görevi, Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü tarafından yerine getirilmektedir. Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü de sivil havacılık faaliyetlerinin uluslararası kural ve standartlara uygun bir şekilde yürütülmesi ve geliştirilmesi ile görevli bir kuruluştur. Bu alanda temel yasal düzenleme 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunudur. Bu Kanunda uçuş yasakları ve sınırlamaları, sivil hava aracı kazalarında uygulanacak hükümler, ticari hava işletmeleri için zorunlu olan izin ve ruhsat ile ilgili şartlar, havaalanları ve tesisleri, uçuş güvenliği,

¹⁴³ CHAPUS, s. 712; J. MORANGE, "Reflexions sur la notion de sécurité publique", D., 1977, chronique VII, s. 61-66.

havaalanlarının çevresindeki inşaat sınırlamaları, hava araçları ile ilgili sicillerin tutulması, uçuş kuralları, hava araçlarının muayene ve kontrolü, kalkış ve iniş, havayolu ile taşımalarda uygulanacak hükümler ve sivil havacılık personeli esasları düzenlenmiştir.

2.1.2.1.2. Ateşli Silahlar

Silah kullanmak bir hak değildir; fakat hukuk düzeni, koleksiyonculuk, av, spor ve meşru müdafaa gibi çeşitli nedenlerle vatandaşların silah kullanmalarına, belirli şartlarla izin vermektedir. Silah taşıma, bulundurma ve üretimi doğrudan kamu güvenliğini ilgilendiren davranış ve faaliyetlerdir. Bu nedenle, bu alan yasalar ve düzenleyici işlemler ile açık ve ayrıntılı biçimde düzenlemiştir. Ateşli silahların üretimi, ticareti, ihracat ve ithalatı ve kullanımı izin usulüne tabidir¹⁴⁴.

6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun, ateşli silahlarla mermilerinin ve bıçaklarla salt saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel olarak yapılmış bulunan diğer aletlerin memlekete sokulması, yapılması, satılması, satın alınması, taşınması veya bulundurulması koşullarını düzenlemiştir. Yalnız sporda kullanılan yivli ateşsiz silahlar ve mermileri ile "yivsiz tüfekler" ve mermilerinin, ev gereçlerinden olan veya tababet, sanayi, tarım, spor için kullanılan aletlerle bir meslek veya sanatın icrası için gerekli bıçak, şiş, raspa ve benzerlerinin kullanılması bu Kanun hükümlerine tabi değildir (m.4). 2521 sayılı Avda ve Sporda Kullanılan Tüfekler, Nişan Tabancaları ve Av Bıçaklarının Yapımı, Alımı, Satımı ve Bulundurulmasına Dair Kanun ve bu Kanunun uygulanmasına yönelik Yönetmelik, yivsiz av tüfekleri, spor ve nişan tüfek ve tabancaları ve av bıçaklarının yapımı ve satışına ilişkin esasları ve bunların taşınması ve bulundurulmasını belgeye bağlamak suretiyle denetimini düzenlemiştir.

Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmelik¹⁴⁵ uyarınca, taşımak veya bulundurmak amacıyla silah satın almak isteyenler ikamet ettikleri ilin

¹⁴⁴ GOGNETTI, s. 74.

¹⁴⁵ Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 1 Haziran 1991 - Sayı: 20888.

valiliğinden, Silah Satın Alma Yetki Belgesi almak zorundadırlar(m.22). Silah ruhsatı almasına engel hali bulunmayan, yirmi bir yaşını doldurmuş vatandaşlar, bulundurmak amacıyla silah satın alabilirler. Bulundurmak amacıyla silah ruhsatı almak isteyenler, ikamet ettikleri il valiliğine müracaat ederler(m.4). Durumları silah taşımaya uygun bulunanlara istekleri halinde taşıma ruhsatı verilebilir(m.5). Can güvenliği nedeniyle kimlere silah taşıma ruhsatı verilebileceği, Yönetmeliğin 7. maddesinde düzenlenmiştir. Bu ruhsatlar, gerektiğinde veya veriliş sebebinin ortadan kalkması halinde, geçerlilik süresine bakılmaksızın geri alınabilir. Ayrıca özel kanunlarına göre her yerde ve her zaman silah taşımalarına izin verilen kamu görevlilerinin edindikleri zati silahlarına, istekleri halinde ayrı ayrı taşıma ruhsatı verilir(m.6). Yönetmelikte, silah taşımaya izin verilen kamu görevlileri ve diğer meslek mensupları tek tek sayılmıştır(m.8, m.9). Silah taşıma veya bulundurma ruhsatı almak isteyenlerden, silah taşımalarında veya bulundurmalarında psikolojik, nörolojik veya fiziki rahatsızlıklar bakımından sakınca bulunmadığına dair doktor raporu ve adli sicil belgesi ile Bakanlıkça belirlenen diğer belgeler istenir(m.15). Yönetmeliğin 16. maddesinde ruhsat almaya engel diğer haller sayılmıştır.

Danıştay yakın tarihli kararlarında, Yönetmeliğin 16. maddesinde sayılan halleri, geniş yorumlama eğilimindedir. Danıştay 10. Dairesi, 2001 yılında verdiği bir kararda; benzin istasyonu işleten bir kişinin, silah taşıma ruhsatı talebini; Vergi Usul Kanununa muhalefet suçundan iki kez yargılanarak ceza aldığı gerekçesiyle reddeden idarenin işlemini hukuka aykırı bulmuştur. Söz konusu olayda idare, ilgilinin Vergi Usul Kanununa muhalefet suçundan iki kez ceza almasını, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmeliğin 16/e maddesi hükmünde yer verilen, “muhtelif zamanlarda aynı veya farklı türden işledikleri iki veya daha fazla suçtan dolayı mahkemelerce cezalandırılanlar” kapsamında değerlendirmiştir. Fakat Danıştay söz konusu Yönetmelik hükmünü, iki suçun niteliğini açıkça ortaya koymadığı gerekçesiyle hukuka aykırı bulmuştur¹⁴⁶. Aynı gün verilen başka bir kararda¹⁴⁷, aynı gerekçeyle, silah taşıma ruhsat talebinin reddine ilişkin bir idari işlemi hukuka aykırı bulan 10. Dairenin bu yorumunu, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu benimsememiş ve

¹⁴⁶ D.10.D, K. 2001/59, E. 1998/7042, T. 16.01.2001.

¹⁴⁷ D.10.D, K. 2001/60, E. 1998/7363, T. 16.01.2001.

Yönetmeliğin 16/e maddesindeki hükmün hukuka uygun olduğuna ve muhtelif zamanlarda aynı veya farklı türden işledikleri iki veya fazla suçtan dolayı mahkemelerce cezalandırılan ve bu cezalar kesinleşip adli sicillerine işlenmiş olanlara, affa uğramış olsalar veya mahkumiyetleri bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkmış ya da 657 sayılı Kanun uyarınca adli sicilden silinmiş bulunsu dahi hiç bir suretle ateşli silahlarla mermilerini taşıma veya bulundurma izni verilmeyeceğine karar vermiştir¹⁴⁸.

Danıştay, bunun gibi Yönetmeliğin 16/d maddesindeki “yaygın şiddet eylemlerine katılma ve bu gibi filleri tahrik ve teşvik suçlarından birinden hüküm giymiş olanlar” halini de geniş yorumlamaktadır. Yüksek Mahkeme, dava tarihinde, “yaygın şiddet hareketlerine katılanlar ile 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkında Kanuna aykırı hareket ettikleri zabıta vasıtasıyla sabit olanlar ile bu suçlardan dolayı hapis ya da para cezasına mahkum olanlara ateşli silahla mermilerini taşıma ruhsatı ya da bulundurma ruhsatı verilmez” şeklindeki 16/f maddesini uyguladığı bir kararında; yasadışı örgüt adına para toplamak iddiasıyla yakalanarak Cumhuriyet Savcılığına sevk edilen, ayrıca yine yasa dışı örgüt adına afiş asma iddiasıyla yakalanarak Cumhuriyet Savcılığına sevk edilen ve bunlardan beraat eden davacının, silah bulundurma ruhsatı talebinin reddini hukuka uygun bulmuştur¹⁴⁹.

2.1.2.1.3. Sportif Faaliyetler

Sportif faaliyetlerin çoğu, kurallara uyulmadığı ve gerekli önlemler alınmadığı takdirde güvenliği tehdit edecek faaliyetlerdir. Bu tür faaliyetler de sıkı kurallara bağlanmıştır. Sportif faaliyetlerin güvenli bir şekilde yapılması için her spor dalının federasyonu tarafından hazırlanan çeşitli talimatlar ve düzenlemeler mevcuttur. Ayrıca 28 Nisan 2004 tarihinde kabul edilen Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin

¹⁴⁸ D.İDD, K. 2003/624, E. 2001/868, T. 25.09.2003.

¹⁴⁹ “Davacının yasa dışı gizli bir örgüte üye olması ve onun adına faaliyette bulunduğu hususunda taraflar arasında anlaşmazlık bulunmamaktadır. Davacı her ne kadar, aynı suçlamalarla yapılan yargılama sonucunda delil yetersizliğinden beraat etmiş ise de, silah bulundurma ruhsatının bundan ayrı değerlendirilmesi gerekir. Zira, ateşli silahlar taşımak ya da bulundurmak, herkese tanınan bir hak ya da yetki değildir. Kişi ancak Yasa ve Yönetmeliğin öngördüğü koşullara sahip ise, bu izin verilir. Olaya ilişkin mevzuatta Yönetmeliğin yukarıda anılan hükmünde de yer aldığı üzere ‘yaygın şiddet hareketleri’ açısından bu olaylara katılmak somut fiil olarak kabul edilmiş, bu konuda ayrıca bir mahkumiyet hükmü aranmamıştır. Dolayısıyla, yaygın şiddet hareketlerine katıldığı açık olan davacının silah bulundurma isteminin reddine ilişkin işlemlerde Yasa ve Yönetmeliğe aykırılık bulunmamaktadır.” D.10.D, K. 1997/2022, E. 1995/3861, T. 22.05.1997.

Önlenmesine Dair Kanunun amacı, “spor müsabakalarının yapıldığı alanlar ile bunların eklenti ve çevresinde müsabaka öncesinde, müsabaka esnasında veya sonrasında şiddetli rekabet ve bunun doğurduğu fanatizm sonucu patlayıcı, parlayıcı, yanıcı, yakıcı, kesici veya delici maddelerin kullanılmasının, şiddet ve düzensizliğin, kişilik haklarına, ailevi veya manevi değerlere yönelik hakaret, sövme ve aşağılayıcı slogan ve davranışların yer aldığı sporun ruhuna, ilke ve kurallarına uymayan kötü tezahüratın önlenmesi suretiyle huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığı ve kamu düzeninin sağlanmasına yönelik olarak alınacak önlemler ve uygulanacak yaptırımlarla ilgili usul ve esasları düzenlemektir.”(m.1)

2.1.2.1.4. İşyerlerindeki Faaliyetler

İşyerlerinde iş kazalarının önlenmesine yönelik olarak ve işçi ve toplum bakımından güvenlik riski arz eden faaliyetler için gerekli önlemlerin alınması ve bunların denetlenmesi de kamu düzeni kapsamında değerlendirilmektedir¹⁵⁰. 4857 sayılı İş Kanununun 77. maddesi uyarınca; işverenler, iş güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de bu konuda alınan önlemlere uymak zorundadırlar. İşyerlerinde iş kazalarını önlemek üzere bulundurulması gerekli araçların ve alınacak güvenlik tedbirlerinin neler olduğu, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğünde belirtilmiştir. Ayrıca iş kollarına, işyerinin ve kullanılan araçların niteliğine ilişkin olan güvenlik kuralları da çok sayıda düzenleyici işlemin konusu olmuştur¹⁵¹.

¹⁵⁰ GOGNETTI, s. 75.

¹⁵¹ Sondajla Maden Çıkarılan İşletmelerde Sağlık ve Güvenlik Şartları Hakkında Yönetmelik (92/91/EEC), Yeraltı ve Yerüstü Maden İşletmelerinde Sağlık ve Güvenlik Şartları Hakkında Yönetmelik (92/104/EEC), Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik (91/383/EEC), Balıkçı Gemilerinde Yapılan Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik, (93/103/EEC), Asbestle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik (83/477/EEC), Patlayıcı Ortamların Tehlikelerinden Çalışanların Korunması Hakkında Yönetmelik (99/92/EC), Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik (98/24/EC-2000/39/EC Sınır Değer), Kanserojen ve Mutajen Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik, (90/394/EEC-97/42/EEC-99/38/EC), Yapı İşlerinde Sağlık ve Güvenlik Yönetmeliği (92/57/EEC), Tarım ve Ormandan Sayılan İşlerde Çalışanların Çalışma Koşullarına İlişkin Yönetmelik, Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliği, İşyeri Bina ve Eklentilerinde Alınacak Sağlık ve Güvenlik Önlemlerine İlişkin Yönetmelik (89/654/EEC), İş Ekipmanlarının Kullanımında Sağlık ve Güvenlik Şartları Hakkında Yönetmelik (89/655/EEC).

“İşverenler işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlemek, işçileri karşı karşıya bulundukları mesleki riskler, alınması gerekli tedbirler, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirmek ve gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorundadırlar.” (m.77/2) Yapılacak eğitimin usul ve esasları, “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”¹⁵² ile düzenlenmiştir. “Bir işyerinin tesis ve tertiplerinde, çalışma yöntem ve şekillerinde, makine ve cihazlarında işçilerin yaşamı için tehlikeli olan bir husus tespit edilirse, bu tehlike giderilinceye kadar işyerlerini iş sağlığı ve güvenliği bakımından denetlemeye yetkili iki müfettiş, bir işçi ve bir işveren temsilcisi ile Bölge Müdüründen oluşan beş kişilik bir komisyon kararıyla, tehlikenin niteliğine göre iş tamamen veya kısmen durdurulur veya işyeri kapatılır.” (m.79)

2.1.2.2. Tehlikeli İnsan ve Hayvanlar

Akıl hastaları ve sarhoşlar gibi bazı bireyler, diğerleri için bir güvenlik tehlikesi oluşturabilirler. PVSK’nın 13. maddesinin (F) bendine göre polis, “Bir kurumda tedavi, eğitim ve ıslahı için kanunlarla ve bu Kanunun uygulanmasını gösteren tüzükte belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla, toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar.” Polis Vazife ve Salahiyet Nizamnamesinin 24. maddesi de tehlikeli insan ve hayvanlar konusunda bir düzenleme içermektedir. Bu maddeye göre: “Polis kuduz veya kuduz olduğundan şüphe edilen hayvanlar tarafından ısırılan kimseleri veyahut daha evvelce ısırılıp da kendilerinde kuduz alaimi meydana çıkmış olan şahısları vakit geçirmeden en yakın olan sıhhat makamına veya belediyeye haber verirler. Kudurmuş olan kimselerin mahalli sıhhat makamınca tecritleri esnasında başkalarına saldırmalarından korkulur ve bu makamlarca lüzum gösterilirse bunların polis mıntakası dahilinde bir yerden bir yere nakillerinde ve tecritlerinde bu işlerin tehlikesizce yapılmasına polis yardım eder. Bu kabil hayvanlara rastlayan polis mümkün olduğu takdirde bunları tecrit ederek

¹⁵² Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 7 Nisan 2004 - Sayı: 25426.

mazarratlarını def ile belediyeyi haberdar eder ve mazarratlarını bu suretle def'e imkan görülmeyen hallerde itlaf eyler. Sevklerine lüzum görülen delilerin başkalarına saldırmaları ihtimali mevcut ise bu takdirde sevk işinden mesul olmamak ve yalnız saldırmaya mani olmak üzere sevk işi polis refakatinde yapılır.”

Fransa’da akıl hastalarına karşı bireylerin güvenliğinin sağlanması amacıyla belediyeler, gerekli önlemleri alma yetkisine sahiptir. İnsanlardan başka, hayvanlar da bir güvenlik problemi oluşturabilirler. Fransa’da yine belediyelerin tehlike oluşturan hayvanlar konusunda halkın güvenliğini sağlamak üzere tedbirler alma yetkisi Yerel Yönetimler Genel Kodunda düzenlenmiştir¹⁵³.

2.1.2.3. Tehlikeli Yapılar

Güvenlik problemi oluşturan başka bir konu da tehlikeli yapılardır. Güvenlik problemi açısından özellikle halka açık yapılarla yıkılma tehlikesi arz eden yapılar söz konusu edilebilir. Sanatsal gösteri salonları, mağazalar, yiyecek ve içecek mekânları, otel ve pansiyonlar, okullar, hastaneler, ibadet yerleri, kütüphaneler, müzeler, spor merkezleri gibi halka açık yapılarda, yapının alacağı insan sayısı, kullanım şekli, bölümlerin boyutu, yapım tekniği gibi konularda güvenliğe ilişkin idari ve yasal düzenlemeler söz konusudur. Yapının cinsine göre uygulanacak ölçütler farklılık gösterecektir¹⁵⁴.

3194 sayılı İmar Kanunu ile imar kolluğu özel idari kolluk şeklinde düzenlenmiştir. İmar kolluğu kapsamında; yapı ruhsatı verme, vermeme ya da yapıyı durdurma, yıkma işlemleri belediyelerin ve valiliklerin yetkisi kapsamındadır¹⁵⁵.

¹⁵³ GOGNETTI, s. 77.

¹⁵⁴ GOGNETTI, s. 78; Örneğin Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelikte, sağlık kuruluşunun hizmet vereceği binanın durumu ile ilgili uyulacak kurallar düzenlenmiştir.

¹⁵⁵ 3194 sayılı İmar Kanununda yıkım kararının mücavir alan sınırları içinde belediye encümeni, mücavir alan sınırları dışında ise il idare kurulu tarafından alınacağı düzenlenmiştir. M. YASİN, İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanım Usul ve Esasları, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009, s. 48; Fakat tehlikeli yapılara ilişkin yıkım yetkisinin kullanılabilmesi, bazı durumlarda koruma kurullarına verilmiş; belediye ve valiliklere kurul kararına göre işlem yapma yükümlülüğü getirilmiştir. H. N. YAŞAR, İmar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008, s. 265.

Yıkılacak derecede tehlikeli yapılar (maili inhidam), İmar Kanunun 39. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, bir kısmı veya tamamının yıkılacak derecede tehlikeli olduğu belediye veya valilik tarafından tespit edilen yapıların sahiplerine tehlikeli durumun giderilmesi için belediye veya valilikçe on gün içinde tebligat yapılır. Yapı sahibinin bulunmaması halinde binanın içindekilere tebligat yapılır. Onlar da bulunmazsa tebligat varakası tebliğ yerine kaim olmak üzere tehlikeli yapıya asılır ve keyfiyet muhtarla birlikte bir zabıta ile tespit edilir. Tebligatı müteakip süresi içinde yapı sahibi tarafından tamir edilerek veya yıktırılarak tehlike ortadan kaldırılmazsa bu işler belediye veya valilikçe yapılır ve masrafı % 20 fazlası ile yapı sahibinden tahsil edilir. Yapı sahibinin fakirlik hali tespit olunursa masraf belediye veya valilikçe bütçesinden karşılanır. Tehlike durumu o yapı ve civarının boşaltılmasını gerekli kılıyorsa mahkeme kararına lüzum kalmaksızın zabıta marifetiyle derhal tahliye ettirilir.

Örneğin Danıştay, 2004 yılında aldığı bir kararla hafriyat bitimini müteakiben arka cephe perde duvarının ivedilikle yapılması gerekirken henüz yapımına başlanmadığı inşaat çevresinin tahta perde, yol cephelerinin ise saç panoyla kapatılmadığı, inşaat tabelasının asılmadığı, bu nedenle mevcut durumu itibariyle can ve mal emniyeti bakımından tehlikeli durum oluşturduğu tespit edilen bir inşaat, belediyenin tehlikeli durumu gidererek yaptığı masrafın % 20 fazlasını ilgiliden tahsiline karar verdiği işlemi hukuka uygun bulmuştur¹⁵⁶.

Danıştay, başka bir kararında, mahkemece mahallinde yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen raporda, dava konusu binanın taşıyıcı unsurlarının bakımsızlıktan çürümüş olduğu, taş duvarlarda çatlakların olduğu, duvar içindeki harcın bağlayıcı özelliğini kaybettiği, yapının tümü dikkate alındığında esaslı tadil ve onarım yapıldığı takdirde yıkılmaya meyilli, tehlike arz eden bir yapı konumunda olmadığı yönünde görüş bildirildiği halde, yapının ancak esaslı bir onarımla tehlike arz etmeyecek duruma gelebileceği, aksi takdirde yıkılma tehlikesine maruz bulunduğu

¹⁵⁶ D. 6.D, E. 2003/475, K. 2004/3479, T. 03.06.2004, Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com).

anlaşıldığı, bu nedenle yıkılacak derecede tehlike arz ettiğinin kabulü gerektiği ve belediyenin yıkım kararının hukuka aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır¹⁵⁷.

Bundan başka, 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanunda, doğal afetlerde gördükleri hasar nedeniyle tehlike arz eden veya hasar gördüğü halde sahipleri tarafından ıslah edilmeyen yapıların yıktırılması öngörülmüştür.

Ayrıca, depremler nedeniyle meydana gelen can ve mal kayıplarının en aza indirilebilmesi için kalitesiz ve denetimsiz yapılaşmanın önlenmesi, çağdaş norm ve standartlarda yapı üretiminin sağlanabilmesi amacıyla çıkarılan 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun, yapı üretim sürecinde gerçekleştirilen tüm mühendislik ve mimarlık hizmetlerinin, bünyelerinde denetçi, mühendis ve denetçi mimar bulundurması zorunlu yapı denetim kuruluşlarınca denetlenmesini hükme bağlamıştır. Bu Kanunla, 3194 sayılı İmar Kanunu'nda yer alan fenni mesul müessesesinin yerine tüzelkişiliğe sahip "yapı denetim kuruluşları"nın ikame edilmesi ve merkezi yönetimden aldıkları izin belgesi ile faaliyet gösteren bu kuruluşların faaliyetlerinin merkezi yönetim tarafından denetlenmesi öngörülmektedir¹⁵⁸.

¹⁵⁷ D.6.D, E. 1992/2066, K. 2004/3479, T. 08.03.1993, Kazancı İçtihat Bankası.

¹⁵⁸ Kanunun genel gerekçesi, idarenin geçmişte bu alandaki ihmalkârlığına ve bunun nedenlerine işaret ederek aşağıdaki değerlendirmeyi yapmıştır:

"Yeryüzünün en aktif deprem kuşaklarından birisinin içerisinde bulunan toprakların % 96'sı farklı oranlarda deprem tehlikesine sahip olan ve nüfusunun % 98'i bu bölgelerde yaşayan ülkemizde, uzun yıllardır yürürlükte olan imar ve afetler mevzuatındaki çeşitli hükümlere rağmen uygulamada etkili bir yapı denetiminin sağlanamadığı açık bir gerçektir. Ülkemizde son 20 yıl içerisinde meydana gelen depremlerden sonra bu durumun olumsuz sonuçları açıklıkla görülmüş olmasına karşın, bu güne kadar yapı denetimi konusunda olumlu bir gelişme sağlanamamış, aksine hızlı nüfus artışı ve göçler, denetimsiz şehirleşme ve sanayileşme, yoğun kaçak yapılaşma ve sık sık başvurulmuş imar afları ülkemizdeki deprem ve diğer afet risklerini her geçen gün daha da artırmıştır.

17 Ağustos ve 12 Kasım 1999 tarihlerinde yaşanan depremler sonrasında meydana gelen can ve mal kayıpları, denetimsiz yerleşme ve yapılaşmaların yol açabilecekleri zararları bütün açıklığı ile yeniden gözler önüne sermiştir. Ülkemizde yerleşme ve yapılaşmalara, 3194 sayılı İmar Kanunu ve ilgili yönetmelik hükümleri ile getirilen denetime ilgili idarelerce uyulmadığı, yapılan araştırmalarda proje denetimi aşamasında dahi projelerin % 91'inde tasarım, hesap ve çizim hataları olduğu, uygulamanın ise hiç denetlenmediği ve şantiyelerin % 90'ında yönetmelik ve standartlara aykırı beton döküldüğü ve beton mukavemet değerlerinin projesinde öngörülenden ortalama olarak % 40 daha az olduğu tesbit edilmiştir.

Bu araştırmalar ve yaşanan son depremler, 3194 sayılı Kanunda yapım işlerinde rol alan teknik uygulama sorumlusunun (fenni mesul); yapı projelerini ve uygulamalarını denetlemekle sorumlu olan belediyeler ve valiliklerin; uygulamayı hiç denetlemediklerini bütün çıplaklığı ile ortaya koymuştur.

Ülkemizdeki yapı denetim sistemi ve yapım aşamasında görev alan fenni mesullerin sorumluluklarını yeniden düzenlemek ve kağıt üzerinde denetlenmiş gibi görülen, ancak hemen hemen hiç denetlenmeyen yapıların teknik uygulama sorumlusu fenni mesullere verilecek cezalar ile ilgili yeni bir kanuni düzenleme getirmek zorunda olmuştur. Bu amaçla; 3.2.2000 tarihli ve 595 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname yürürlüğe konulmuş, ancak, mezkûr Kanun Hükmünde Kararname Anayasa Mahkemesi'nce 24.5.2001 tarihli ve E. 2001/35,

Deprem Bölgelerinde Yapılacak Binalar Hakkında Yönetmelik¹⁵⁹ ise deprem bölgelerinde yeniden yapılacak, değiştirilecek, büyütülecek resmi ve özel tüm binaların ve bina türü yapıların tamamının veya bölümlerinin depreme dayanıklı tasarımı ve yapımı ile mevcut binaların deprem öncesi veya sonrasında performanslarının değerlendirilmesi ve güçlendirilmesi için gerekli kuralları ve minimum koşulları belirlemektir (m.1).

2.1.2.4. Ani Olaylar

Kamu güvenliği ani bir tehlike sonucunda da tehdit altına girebilir. Bu tür ani tehlikeler bir doğa olayından kaynaklanabileceği gibi büyük kazalar, terör gibi insan kaynaklı da olabilir. İdare ani tehlikeler karşısında iki yönden sorumludur. Risklerin önlenmesi için gerekli tedbirleri almak ve meydana gelecek zararları azaltmak için gerekli organizasyonu oluşturmak ve önlemler almak.

2.1.2.4.1. Doğal Felaketler

5393 sayılı Belediye Kanununun ‘Acil Önlem Planları’ başlıklı 53. maddesine göre, “Belediye; yangın, sanayi kazaları, deprem ve diğer doğal afetlerden korunmak veya bunların zararlarını azaltmak amacıyla beldenin özelliklerini de dikkate alarak gerekli afet ve acil durum plânlarını yapar, ekip ve donanımı hazırlar.” Ayrıca tabii afetler ve büyük yangınlarda can ve mal kaybının en aza indirilmesi amacıyla her türlü koruma ve kurtarma tedbir ve faaliyetleri idarenin sivil savunma hizmetleri kapsamına girmektedir. 7126 sayılı Sivil Savunma Kanununun 1. maddesine göre sivil savunma; düşman taarruzlarına, tabii afetlere ve büyük yangınları karşı halkın can ve mal kaybının asgari hadde indirilmesi, hayati ehemmiyeti haiz her türlü resmi ve hususi tesis

K:2001/90 sayılı kararıyla iptal edilerek yürürlüğü durdurulmuş ve yapı denetimi konusunda mevzuatımızda bir boşluk meydana gelmiştir.

Bu boşluğu doldurmak amacıyla, sağlam yapılar yaparak muhtemel afetlerde can ve mal güvenliğini sağlamak, yapıların; imar planına, fen, sanat ve sağlık kurallarına ve standartlara uygun, kaliteli yapılması için denetimine ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere bu kanun tasarısı hazırlanmıştır.”

¹⁵⁹ Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 6 Mart 2006 - Sayı: 26100.

ve teşekküllerin korunması ve faaliyetlerinin idamesi için acil tamir ve ıslahı, savunma gayretlerinin sivil halk tarafından azami surette desteklenmesi ve cephe gerisi maneviyatının muhafazası maksadiyle alınacak her türlü silahsız koruyucu ve kurtarıcı tedbir ve faaliyetleri ihtiva eder.

7126 sayılı Kanunun 2. maddesinde, tabii afete maruz kalması muhtemel yerler “hassas bölge” olarak adlandırılmıştır. Kanunun 3. maddesinde “Hassas bölgelerde sivil savunmayı teşkilatlandırmaktan ve sivil savunmanın eğitim, idare ve umumi kontrolünden ve mükelleflerin hizmete çağrılmasından İçişleri Bakanı sorumludur. Bu işlerin maksada uygun şekilde planlanmasını, tatbikini ve hassas bölgeler arasındaki iş birliği ve yardımlaşmayı temin için İçişleri Bakanlığına bağlı ve Bakana karşı sorumlu bir Sivil Savunma Genel Müdürlüğü kurulur.” hükmü yer almaktadır.

Belediye İtfaiye Yönetmeliğinde de itfaiyenin görevleri arasında yangınlara müdahale etmek ve söndürmek görevi dışında, her türlü kaza, çökme, patlama, mahsur kalma ve benzeri durumlarda teknik kurtarma gerektiren olaylara müdahale etmek ve ilk yardım hizmetlerini yürütmek; arazide, su üstü ve su altında her türlü arama ve kurtarma çalışmalarını yapmak; su baskınlarına müdahale etmek ve doğal afetler ve olağanüstü durumlarda kurtarma çalışmalarına katılmak da sayılmıştır.

Burada, kamu güvenliği ile ilk yardım ve acil yardım gibi her türlü yardım hizmetleri arasında kamu hizmeti ve kamu düzeni ayrımına paralel bir ayrıma gitmek mümkün gibi görünmektedir. Bununla birlikte itfaiye ve yardım hizmetlerinde önleyici tedbirler alanının gelişmesi, bu hizmetleri kamu düzeni tedbirlerinden ayıran alanı daraltmaktadır. Fransa’da Yerel Yönetimler Genel Kodunun L.1424-3 maddesine göre itfaiye ve yardım hizmetleri vali ve belediye başkanının kolluk yetkileri kapsamında yürütülmektedir. Yerel Yönetimler Genel Kodunun L.1424-2 ve devamı maddelerinde itfaiye ve yardım hizmetlerinin amacı şöyle sıralanmaktadır:

1. Kurtarma tedbirlerinin hazırlanması ve yardım araçlarının organizasyonu
2. İnsanların, malların ve çevrenin korunması

3. Afet, felaket ve kaza kurbanlarına acil yardım ve bunların kurtarılması

Yine de bir görüşe göre yardım ve müdahale faaliyetlerinin idarenin kolluk yetkisinden kaynaklanması, bunları kamu düzeni kavramına dahil edebileceğimiz anlamına gelmez. Bu bağlamda, yardım hizmetleri, kolluk tarafından yerine getirilen kamu hizmetlerinin bir uzantısı sayılabilir. Bu görüşe göre, bu tür faaliyetler bozulan kamu düzenini dolaylı bir şekilde tekrar sağlamaya yönelikse, daha çok kamu yararı amacıyla yürütülen kamu hizmetleri kategorisine dahil edilmelidir. Kamu güvenliği ile yardım hizmetleri genellikle birbirine bağlı olsa da bunları birbirine karıştırmak kamu düzeni kavramını aşırı bir şekilde genişleterek bu kavramın kamu yararı kavramı ile özdeşleşmesine neden olacaktır¹⁶⁰.

Buna karşılık, kamu düzeninin bir unsuru olan kamu güvenliği, gerek her türlü olaydan önce, gerekse belirli bir felaketten hemen sonra alınan önleyici tedbirlere ilişkindir. Conseil d'Etat'nın bu konudaki birkaç kararına bakılacak olursa, örneğin halkı bir selin sebep olabileceği muhtemel risklere karşı bilgilendirmek, çığ tehlikesine karşı alınan kolluk tedbirleri, terörist eylemleri önlemeye yönelik kolluk önlemleri kamu güvenliğine ilişkin önlemlerdir. Fakat bir kazadan hemen sonra gerçekleştirilen yardım faaliyetleri ya da uygulamaya sokulan acil eylem planlarının doğrudan amacı, meydana gelmiş bir felaketten etkilenen bireylere doğrudan doğruya bir hizmet edimi sağlamaktır. Fransa'da bu aşamada kullanılan kolluk güçleri çoğu zaman bir dayanışma gereği ile ve geleneksel görevi dışında faaliyette bulunmaktadır. Kolluk kuvvetleri, yeterli miktarda uzman yardım birimlerinin olay yerine gelmesi ile gözetleme, koruma, trafiğin düzenlenmesi ve soruşturma gibi klasik görevlerini yerine getirmektedir¹⁶¹.

PVSK'nın, polisin genel emniyetle ilgili görevlerini düzenleyen 2. maddesinin 3. fıkrası, X numaralı bendine göre polis, yangın, su baskını, yer sarsıntısı gibi afetlerde olay yerinde görevlilerce alınması gereken tedbirler için yetkili amir tarafından verilecek emri derhal yerine getirmek zorundadır. Aynı Kanunun 20. maddesinde zabıtanın, imdat istenmesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük tehlikelerin

¹⁶⁰ GOGNETTI, s. 80.

¹⁶¹ GOGNETTI, s. 80.

haber verilmesi veya görülmesi halleri ile ağır cezalı bir suçun işlenmesine veya yapılmakta devam olunmasına mani olmak için konutlara, iş yerlerine ve eklentilerine girebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, arama ve kurtarma hizmetlerinin yürütülmesinde, ilgili bakanlık ile kurum veya kuruluşların görev ve sorumluluklarının tespiti, insan hayatını kurtarmaya yönelik faaliyetlerin ilgili ulusal mevzuat ve uluslararası sözleşmelere uygun olarak yürütülmesini sağlamak amacıyla 21.09.2001 tarihinde yürürlüğe giren Türk Arama ve Kurtarma Yönetmeliği¹⁶² bulunmaktadır.

2.1.2.4.2. Terör

Ani olaylar kategorisine dahil edebileceğimiz terör olayları da günümüzde kamu güvenliğini tehdit eden başlıca unsurlardan biridir. Terörle Mücadele Kanununun 1. maddesi terörü şu şekilde tanımlamaktadır: “Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.” Bu tanımdan yola çıkarak terör eylemlerini önlemeye yönelik devlet faaliyetlerinin milli güvenlik kapsamı içinde değerlendirilmesi gerektiğini söyleyebiliriz. Bununla birlikte can ve mal güvenliğini tehdit etmesi bakımından terör, aynı zamanda bir kamu düzeni problemidir. Bu bakımdan terör, milli güvenlik ve kamu düzeninin kesiştiği bir alan oluşturmaktadır.

Terörizme karşı, gerek kolluk önlemleri gerekse özel bir ceza hukuku rejimi şeklinde olsun, kamu düzenini korumaya ilişkin amaçları belirleme ve gerçekleştirme

¹⁶² Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 12 Aralık 2001 - Sayı: 24611.

yöntemlerini düzenleme yetkisi yasakoyucuya aittir. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu bu amaçla terör suçlarını ve bu suçlara verilecek cezaları düzenlemektedir. Terörle mücadelede, yollardaki çöp kutularını kaldırmak, sınırlarda kontrol, sıklaştırılmış kimlik kontrolü, gar ve terminallerde bagajların muhafazasını yasaklamak gibi idari kolluk önlemlerinin yanı sıra birtakım adli kolluk ve siyasi polis önlemleri de kamu düzeni kapsamında değerlendirilmelidir. PVSK'nın Ek 7. maddesine göre: "Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayiş sağlamaya üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar." Bu madde ile kolluğa, idari kolluk alanında önleyici tedbirler dışında istihbarat faaliyetleri alanında siyasi polis yetkisi ve görevi de verilmektedir. Maddenin 2. fıkrasında ise ilk fıkrada belirtilen görevlerin yerine getirilmesine yönelik olarak hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin polis tarafından dinlenip kayda alınması düzenlenmiştir.

2.1.2.5. Milli Güvenlik ve Kamu Düzeni

Kamu düzeni ve milli güvenlik kavramlarının farkı ve birbirleriyle ilişkisini anlamak için milli güvenlik kavramının anlamına bakmak gerekir.

2.1.2.5.1. Milli Güvenliğin Anlamı

Güvenliğin, tanımlanmasının riskli bir kavram olduğu söylenebilir. Bu durum, kavramın sosyal yaşamın pek çok alanında kullanılmasının yanında ideolojik bir boyutunun da bulunmasından ileri gelmektedir. Bu ideolojik boyut, kavramla ilgili gerçek bir konsensus oluşmasını engellemektedir. Konu milli güvenlik olduğunda problem daha da karmaşıklaşmaktadır. Milli güvenlikteki iki kavramın bitişikliği

tartışmanın çözümsüz karakterinin neden olduğu sıkıntıyı daha da arttırmaktadır. Bu sıkıntının nedenlerinden biri devletin doğasıdır. Devlet, aynı anda hem karmaşık organizasyonel bir yapı, hem bir topluluk hem de bir siyaset aracıdır. Devlet, güvenliğin öznesi olmadan önce, güvenliği yaratan bir araçtır; üniter bir biçimde belirlenen milli çıkarla kendi bünyesinde bulunan toplulukların çıkarlarının uyumluluğunu sağlayan organdır. Dolayısıyla, milli çıkarla, yapının üyelerinin ihtiyaçları sık sık bir yarışma içindedir. Bu nedenle devletin güvenliğin öznesi olduğu kabulü problemlidir. Devleti bir bankaya, vatandaşları da bankanın içinde korunan mallara benzetirsek devletin, güvenliğin dolaylı öznesi olduğunu görürüz. Bankanın rolü değerli malları korumaktır. Herhangi bir zarar tehdidinden korunması gerekli olan şey bu mallardır, bankanın doğrudan kendisi değildir. Banka tıpkı devlet gibi içindeki değerlerin korunmasını sağladığı için güvenlik altına alınır ve dolaylı olarak güvenliğin öznesi olur. Bu nedenle devletin güvenliğin aracı, bireylerinse öznesi olduğunu söyleyebiliriz¹⁶³.

Milli güvenlik kavramı ile ilgili, siyasal nitelikte iki büyük aşama gözlemlenebilir. Birincisi, 17. yüzyılın ikinci yarısında güvenlik fikrinin bireylerin, grupların ve devletlerin ortak bir amacı haline gelmesidir. Leibniz, “Latince Cumhuriyet olarak adlandırılan devletin tanımı, ortak gayesi güvenlik olan toplumdur.” demektedir. Bu gelenek içinde devlet, ne güvenliğin işaret ettiği şey, ne güvenliğin nihai öznesi, ne de kendi içinde bir amaçtır. Fransız Devriminin, güvenliği diplomatik ve silahlı güçler tarafından korunan devletin tekeline alması ikinci aşamayı oluşturur. Adam Smith, Thomas Hobbes’un izinde, güvenliğin liberal ekseninden kopmasını savunan başlıca düşünürlerden biridir. Devlet, bir taraftan toplumu şiddetten ve diğer toplumların işgalinden korumakla görevli en önemli aktör haline gelirken, diğer taraftan bireylerin özgürlüğü, devletin güvenliğine tabi olmaktadır. Özetle, liberal geleneğin en önemli fikri olan güvenlik, devletin bir koşulu haline gelmiştir; devlet güvenlik içindeyse bireyler de güvenlik içindedir. Jean-Jacques Rousseau’ya göre güvenlik, devlet kurumunun çözüm bulması gereken temel problemidir¹⁶⁴.

Milli güvenlik fikrinin kökleri işte bu tarihi gelişmelerde yer alır. Yine de milli güvenlik kavramının bugün anladığımız anlamda kullanılmaya ne zaman başlandığı ile

¹⁶³ BALZACQ, s. 36.

¹⁶⁴ BALZACQ, s. 37.

ilgili bir görüş birliği bulunduğunu söylemek zordur. 17. yüzyıldan itibaren egemen devletin giderek kurumlaşmasının bir ürünü olduğu fikrinin yanında, özellikle 2. Dünya Savaşından sonra tekrar gündeme gelen ve gelişen, devlet egemenliğinin korunmasına adanmış siyasi doktrinin içinde ortaya çıktığını ileri sürenler de bulunmaktadır. Ayrıca bu ikinci hipoteze bağlı olarak, milli güvenlik fikri, savunma politikaları ve araştırmalarının dar çerçevesini sorgulayan güçlü bir ifade olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde 1945'ten sonra ortaya çıkmıştır. Anlam açısından bu yön değişikliğinin nedeni, ABD'nin dış siyasetini, sembolik olarak milli çıkar kavramıyla çizilen çerçeveden daha geniş bir siyasi çerçevede kurmak amacıyla devletin savunma faaliyetleriyle diğer faaliyetleri arasındaki bağı güçlendirmek olmuştur¹⁶⁵.

Uluslararası ilişkiler doktrininde, milli güvenlik, çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. "Milli güvenlik, bir milletin milli çıkarlarını dünyanın herhangi bir bölgesinde kendi algıladığı gibi başarıyla izleme kapasitesidir." (Penelope Hartland-Thunberg), "Milli güvenlik tüm dış saldırılara karşı koyma kapasitesidir." (Giacomo Luciani), "Milli güvenlik, hükümet politikasının, temel hedefi milli hayati değerleri mevcut ve potansiyel düşmanlara karşı korumaya ve yaymaya elverişli milli ve uluslararası koşulları yaratmak olan bölümüdür." (N. Trager, F. Simonie), "Objektif anlamda güvenlik, kabul edilmiş değerler üzerinde tehditlerin olmayışıdır; subjektif anlamda güvenlik ise bu değerlerin tehlike altında olduğuna dair korkunun yokluğudur." (Arnold Wolfers), "Güvenliği bir söylem olarak düşünebiliriz; güvenlik ifadesinin kendisi tek başına bir eylemdir. Bir devlet yetkilisi 'güvenlik' kelimesini kullandığında, belirli bir olayı, gelişmesini durdurmak için özel araçların kullanımını gerektiren, özel tanımlı bir alana dahil etmektedir." (Ole Waever), "Uluslararası sistem bağlamında güvenlikten, devletlerin ve toplumların kimliklerinin özerkliğini ve fonksiyonel bütünlüklerini koruma kapasiteleri kastedilir." (Barry Buzan)¹⁶⁶.

Bir devletin güvenlik fonksiyonunun kapsamı ve etkinliği, genellikle hassasiyet-tehdit ikilisinin doğru değerlendirilmesine bağlıdır. Fakat bu ikisini ölçmek için kullanılabilecek objektif bir ölçü mevcut değildir. Milli güvenlik kavramının kapsamı, günümüzde büyük ölçüde genişlemiştir. Milli güvenliğin hedefi olarak devlet,

¹⁶⁵ BALZACQ, s. 38.

¹⁶⁶ Adı geçen yazarlardan aktaran: BALZACQ, s. 38.

sosyal gerçeklikte iç içe geçmiş özellikle dört sektörle karşı karşıyadır. Bunlar güvenlik bakımından hassasiyetleri vurgulanmış ve öncelikli alanlar olan, ekonomik, siyasi, çevresel ve sosyal alanlar olarak sıralanabilir. Ekonomik güvenlik, devletin stratejik kaynaklara ve refahı sağlamak ve gücünü korumak için gerekli pazarlara ulaşma kapasitesidir. Çevre güvenliği, yeryüzünde insan hayatının ön koşulu olan biosferin (organik küre) kalitesine ilişkindir. Siyasi alanda güvenlik, devletin fiziksel, kurumsal ve ideolojik istikrarını ifade eder. Toplumsal güvenlik ise din, dil, kültür, gelenekler ve milli kimliği kapsamaktadır¹⁶⁷.

Akgüner, milli güvenliği bozan ya da bozma tehlikesi içeren tehlikeleri üç grupta toplamıştır. Bunlar, devletin bağımsızlığına ve millet egemenliğine yönelik tehlikeler, savaşı gerektirebilecek tehlikeler, milli güvenliği dolaylı bir şekilde tehdit eden ikincil nitelikteki tehlikeler. Akgüner, milli güvenliği, “devlet bağımsızlığı ve ülke bütünlüğü ile millet egemenliğinin, milli veya milletlerarası alanda, gerçek ve yakın bir tehlikeye düştüğü zamanlarda, Anayasa’nın gösterdiği yetkili organ veya organlar tarafından, devlet tüzel kişiliğinin korunması ve güvenlik altına alınması” olarak tanımlamıştır¹⁶⁸.

Milli güvenlik kavramının 2. Dünya Savaşı’ndan sonra genişlemesi, özel uzmanlık ve gizlilik gerektiren bir yapıya kavuşturulmasını da beraberinde getirmiş ve güvenlikten sorumlu bürokrasinin devlet rejimi içinde merkezi bir konum elde etmesi sonucunu doğurmuştur. Türkiye’deki Milli Güvenlik Kurulu (MGK) da böyle bir yapılanmanın örneklerinden birini oluşturmuştur. 1990’da yayınlanan bir MGK yayınından Özcan’ın aktardığı şu paragrafı aynen buraya alıyoruz:

“Harp silah, araç ve gereçlerindeki gelişmeler sür’atle oluşurken strateji ve kavramlarda da değişiklikler vuku bulmuş ve milli güvenlik, daha geniş boyutlarda ve daha çeşitli alanlarda aranır olmuştur. Böylece milli güvenlik, milli güç faktörlerini doğrudan etkileyen alanlardan, bu alanları etkileyen alt etki alanlarına yönelmiş(tir). Tabiatıyla bunun sonucu olarak milli güvenlik kavramı, bir devletin ve ulusun varoluşu ile eşdeğer bir anlam kazanmıştır. Milli güvenlik kavramındaki bu kapsam genişlemesi,

¹⁶⁷ BALZACQ, s. 41.

¹⁶⁸ AKGÜNER, s. 75-76, 96.

birçok olguları da beraberinde getirerek, devlet, millet ve fertlerin; yaşamlarını, devamlılığını ve gelişmelerini bütünleştirmiştir.”¹⁶⁹

Hukuki bir araç olarak milli güvenlik kavramının gelişimine bakıldığında, milli savunma kavramından başlamak gerekir. Devletin bağımsızlığının korunmasında kullanılan kavram önceleri “milli savunma” olmuştur. Milli savunma, savaşların sadece cephede yapıldığı dönemlerde, devletin dış düşmanlara karşı korunması anlamında ortaya çıkmıştır. Devletler, her daim, dışa karşı güvenliklerini, çeşitli usul ve kurallar uyarınca oluşturdıkları silahlı kuvvetler vasıtasıyla sağlamaktadırlar. İdare de bu kuvvetlerin, personel, araç-gereç ve eğitiminden sorumludur. Anayasa’ya göre silahlı kuvvetlerin yurt savunmasına hazırlanmasından, TBMM’ye karşı Bakanlar Kurulu sorumludur (m.117). Milli savunma, sadece askeri faaliyetlerden ibaret olmayıp, “sivil savunma” faaliyetlerini de kapsamaktadır. Sivil savunma, sivil bir teşkilat ile ve kural olarak silahsız yürütülür; silahlı savunmaya sivil destek gibi düşünülebilir¹⁷⁰. Sivil savunma faaliyetlerinde amaç, düşman saldırıları, doğal afetler, büyük yangınlar yüzünden can ve mal kaybının azaltılması; yok olmaları veya çalışamaz hale gelmeleri durumunda yaşamı büyük ölçüde etkileyecek olan kamu ve özel kurum ve kuruluşların korunması ile bunların acil onarımlarının yapılması; savunmanın desteklenmesi ve savaş halinde cephe gerisinde halkın moralinin kuvvetlendirilmesidir¹⁷¹.

Tarihi gelişmeler, devletin bekasını, sadece dış ve maddi saldırılara karşı korumayı yetersiz kılmış; özellikle iç tehlike algısının gelişmesi ile birlikte milli güvenlik kavramı da gelişmeye başlamış ve gerek uluslararası insan hakları belgelerinde gerekse anayasa ve kanunlar gibi iç hukuk belgelerinde, özgürlükleri kısıtlama nedenlerinden biri olarak kabul edilmiştir.

Örneğin AİHS (m.6, 8, 10, 11) ve bu Sözleşmeye ek 4. (m.2) ve 7. Protokoller (m.2) milli güvenliğe bir özgürlük kısıtlama nedeni olarak yer vermiştir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul edilmiş olan Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar

¹⁶⁹ Devletin Kavram ve Kapsamı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Yayınları, Ankara 1990, s. 41’den aktaran: G. ÖZCAN, “Türkiye’de Siyasi Rejim ve Güvenlikte Sorunlar”, içinde Prof. Dr. K. SAYIBAŞILI’ya Armağan, İktisat, Devlet ve Siyaset Üzerine Yazılar, Bağlam Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 358.

¹⁷⁰ YAYLA, İdare Hukuku, s. 37.

¹⁷¹ www.ssgm.gov.tr/tanim.asp.

Sözleşmesi de çeşitli maddelerinde (m.13, 14, 21, 22) tanınmış özgürlüklerin milli güvenlik gerekçesiyle kısıtlanabileceğini kabul etmiştir.

Sonuç olarak, milli güvenlik kavramı, özünde siyasi bir kavramdır. Bu nedenle kimin oluşturduğuna ve formüle ettiğine bağlı olarak kapsamı ve hizmet ettiği araçlar değişecektir. Dolayısıyla, milli güvenlik kavramı, sosyal ve siyasal içerikli bir sorunun, siyasal sorumluluk taşımayan görevlilerin yetki alanına dahil edilmesi için de kullanılmaktadır. Milli güvenlik kavramının temel hak ve hürriyetleri sınırlayan gerekçelerden biri olması dolayısıyla, yetkili makamların bu kavramı kullanması aslında temel hak ve hürriyetleri sınırlama talebini de dile getirmektedir. Milli güvenliği sağlama yetkisi, toplumdan gelen tartışma ve bilgi edinme taleplerini de gizlilik ve devlet sırrı gerekçeleriyle reddetme olanağını içermektedir. Özellikle basın özgürlüğü ve bilgi edinme hakkı milli güvenlik gerekçesiyle sınırlanmaktadır. “Milli Güvenliğe İlişkin Johannesburg İlkeleri” düşünce, ifade ve bilgi edinme özgürlüklerinin sınırlandırılması bakımından milli güvenlik gerekçesinin özenle ve dar kapsamlı uygulanması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu anlamda milli güvenlik kavramının hukukileştirilmesi sağlanmalıdır; özellikle hukuki denetiminin yapılabilmesi açısından hangi durumlarda uygulanacağını açık olması, uygulamada ölçülülük ilkesine uyulması ve kavramın maddi olgu ve olaylarla somutlaştırılması hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi bakımından bir zorunluluktur¹⁷².

2.1.2.5.2. Türk Hukukunda Milli Güvenlik

“Milli güvenlik”, hukukumuza yeni bir kurum olarak 1961 Anayasası ile girmiş ve 1961 Anayasası döneminden itibaren yasama organınca çıkarılan çeşitli kanunlarda özgürlük sınırlama nedeni olarak yer almıştır. 2001 Anayasa değişiklikleriyle hak ve özgürlükleri genel sınırlama nedeni olmaktan çıkarılmıştır. 1982 Anayasasına göre milli güvenlik gerekçesi ile sınırlanabilecek hak ve özgürlükler şunlardır: Özel hayatın gizliliği (m.20), konut dokunulmazlığı (m.21), haberleşme hürriyeti (m.22), düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m.26), basın hürriyeti (m.28),

¹⁷² ÖZCAN, s. 357.

kamu tüzel kişileri elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı (m.31), dernek kurma hürriyeti (m.33), toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı (m.34), sendika kurma hakkı (m.51).

Türkiye’de ilk olarak, 17 Nisan 1963’te yürürlüğe giren Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterlik Yönetmeliğinde milli güvenlik kavramının hukuki bir tanımı yapılmıştır. Yönetmeliğin 3. maddesine göre milli güvenlik; “dışardan ve içerden yapılacak her türlü taarruzlara, bozguncu teşebbüslere tabii afetlere ve büyük yangınlara azimle karşı koyabilmek, Devlet otoritesini muhafaza ve devam ettirmek ve bir savaştan galip çıkabilmek için bütün milli kudret, gayret ve faaliyetlerin tam olarak kullanılmasıdır.” Bu tanım, kavrama hiçbir şekilde somut bir çerçeve çizmemektedir. Bu da temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmada keyfi uygulamaları kolaylaştırmaktadır. Kavramı sınırlamak ve dar bir şekilde yorumlamak idarenin sorumluluğundadır.

9 Kasım 1983 tarih ve 2945 sayılı Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanununun 2. maddesinde milli güvenlik, “Devletin Anayasal düzeninin, milli varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dahil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanması” olarak tanımlanmaktadır¹⁷³. Bu tanımda da kavramın ‘topyekun’ niteliği vurgulanmaktadır. Tehditlerin içeriden de gelebilecek olması, ulusu, güvenliğin hem nesnesi hem de öznesi konumuna getirmektedir¹⁷⁴.

Milli güvenlik açısından bir iç tehdidin söz konusu olup olmadığı, iç tehdit söz konusu ise ne tür önlemler alınması gerektiği, demokratik bir düzende siyasi nitelikte karar alma süreçleriyle belirlenecektir. Milli güvenliğin sağlanmasından TBMM’ye karşı Bakanlar Kurulu sorumludur. Bu durumda iç ve dış tehlikelerin neler olabileceğine karar verecek makam, siyasi bir organ olan Bakanlar Kurulu’dur. Her siyasi iktidarın kendi siyasi görüşü ile milli güvenliği özdeş sayması ve karşıt görüşleri sınırlandırmak ve engellemek için bu gerekçeyi kullanması her zaman mümkündür. Bu da temel hak ve özgürlüklere dayalı çoğulcu bir demokratik düzeni işlemez kılabilir.

¹⁷³ GÜNDAY, s. 396.

¹⁷⁴ ÖZCAN, s. 362.

Böyle bir tehlikeyi engellemek için Yayla, milli güvenliği ortadan kaldıran veya tehlikeye düşüren iç ve dış olayların neler olabileceğini somutlaştırmak gerektiğini ileri sürmektedir. Yine de iç ve dış tehlike sayılacak olayların önceden sınırlı bir şekilde belirlenemeyecek olduğuna işaret etmektedir. Özellikle iç tehlikelerin neler olduğu konusunda yorum farkları daha çok olacaktır. Yayla'ya göre iç tehlikeler, Anayasa'nın olağanüstü hal ve sıkıyönetimi düzenleyen 120 ve 122. maddelerinde sayılan tehditlerdir¹⁷⁵. Akgüner ise aynı gerekçeyle “yakın ve gerçek bir tehlikenin” bulunması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre ancak “yakın ve gerçek bir tehlike”nin mevcut olması durumunda, milli güvenlik, hak ve özgürlükler yönünden, hukuken meşru bir sınırlama gerekçesi olabilecektir. Aksi halde Yürütme, keyfi olarak bir tehlikeyi milli güvenliği ilgilendirdiği gerekçesiyle hak ve özgürlükler aleyhine değerlendirebilecektir¹⁷⁶.

Yazar, yaptığı milli güvenlik tanımında da yer alan “yakın tehlike” unsurunu özellikle vurgulamakta, milli güvenliğin özgürlükler aleyhine keyfi bir sınırlama gerekçesi olmaması için bu unsurun varlığının zorunlu olduğunu söylemektedir.

Tanör'e göre, iç ya da dış milli tehlike hali daha çok olağanüstü hal rejimlerinde, özellikle de sıkıyönetimde gerçekleşir. Bu nedenle, milli güvenlik daha çok olağanüstü hal rejimlerinde özgürlükleri sınırlama gerekçesi olabilecektir. Fakat yazar, olağan dönemlerde de milli güvenliğin korunması zorunluluğunun ortaya çıkabileceğini kabul etmektedir. Tanör, kavramın kapsamı ile ilgili olarak ayrıca, milli güvenlik gerekçesinin, herhangi bir ideolojiyi ve belli bir siyasi felsefeyi korumak için uygulanamayacağı ve bu nedenle de düşünce özgürlüğünün sınırlanması nedenlerinden biri olamayacağını belirtmektedir¹⁷⁷.

Bir MGK yayınında, açık rejimlerde milli güvenlikle ilgili karar ve uygulamalarda “gizlilik, ivedilik, hayatiyet ve hassasiyet olgularının” zedelenmesi olasılığının bulunduğuna dikkat çekilerek, “milli güvenliğin (devletin hayati önemi haiz değerlerinin) korunması ve kollanması maksadıyla araştırma, inceleme, değerlendirme, karar alma, uygulama vb. işlemlerinin; demokratik düzen içinde ve fakat daha kısa

¹⁷⁵ YAYLA, İdare Hukuku, s. 38-40.

¹⁷⁶ AKGÜNER, s. 75.

¹⁷⁷ B. TANÖR, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası, Öncü Kitabevi, İstanbul 1969, s. 148, 151.

yoldan, gizliliğine helal gelmeyecek tarzda ve özelliği dolayısıyla ihtisas kuralına daha fazla uymayı sağlayan bir sistemle oluşturulması” gerekliliği belirtilmektedir¹⁷⁸. Burada, milli güvenliğin sadece korunmasından değil kollarından da söz edilmesi, kavrama başka bir açılım daha getirmektedir. Milli güvenlik sistemi sadece var olan tehditler açısından işlememekte, önleyici bir işleve de sahip olmaktadır¹⁷⁹.

1999 Helsinki zirvesinden sonra yoğunlaşan AB ile uyum sürecinde milli güvenlik kavramının kapsamı da tartışılmaya başlanmıştır. Bu süreç içinde; anadilde eğitim ve yayın hakkı, idam cezasının kaldırılması, AIHM kararlarının etkinliğinin artırılması, MGK’nın asker üyelerinin sayısının azaltılması gibi düzenlemeler ve özellikle 4709 sayılı Kanunla Anayasa’nın “Başlangıç” kısmında yer alan “hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının ... karşısında koruma görmeyeceği” hükmünde yer alan “hiçbir düşünce ve mülahaza” ifadesinin “hiçbir faaliyet” ifadesi ile değiştirilmesi ile milli güvenlik kavramının özgürlükler lehine daraltıldığını söylemek mümkündür¹⁸⁰.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, milli güvenlik kavramının kapsamını net bir şekilde ortaya koymamıştır. Yüksek Mahkeme bir kararında¹⁸¹, “kamu güvenliği”, “kamu düzeni” ve “milli güvenlik” gibi terimlerin anlamının yoruma muhtaç olduğundan ve kişilere göre değişebileceğinden söz ederek, bu gibi nedenlere dayanılarak kanun hükmünün Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülemeyeceğinin şüphesiz olduğunu söylemiş, fakat daha sonraki bir kararında tam tersi bir görüşü benimsemiştir¹⁸².

¹⁷⁸ ÖZCAN, s. 363-364.

¹⁷⁹ 27 Ağustos 2003’te bir gazetede yayınlanan ve daha sonra resmi olarak yalanlanmayan, gizli bir Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Yönetmeliğinde “Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliği ve anayasal rejimin korunması; Türk toplumunun Atatürkçü düşünce, Atatürk ilke ve inkılapları, milli ülkü ve değerler etrafında birleşerek milli hedeflere yönlendirilmesinde gereken milli birlik ve bütünlüğü sağlayıcı her türlü psikolojik tedbirlerin alınması.” amacıyla psikolojik hareketler yürütülmesi öngörülmektedir. Yönetmelikte, MGK Genel Sekreterlik bünyesinde yer alan Toplumla İlişkiler Başkanlığının, devlet çapında her türlü psikolojik hareket ihtiyacını tespit ettiği, milli siyaset ve hedefler doğrultusunda uzun-orta-kısa vadeli hareket planları hazırladığı, Genel Sekreter tarafından onaylanmış psikolojik hareket planını yürüttüğü, icracı birimler tarafından uygulamaları takip ve kontrol ettiği düzenlenmiştir. Söz konusu Yönetmelik, 2003 yılında Avrupa Birliği’ne uyum yasaları çerçevesinde yürürlükten kaldırılmıştır. Fakat psikolojik hareket yürütme yetkisi bir İçişleri Bakanlığı Yönergesi ile valiliklere aktarılmıştır. ÖZCAN, s. 365-367.

¹⁸⁰ ÖZCAN, s. 368.

¹⁸¹ AYM, K.1973/24, E.1973/12, T. 07.06.1973, AYMKD XI, s. 265-269.

¹⁸² AYM, K.1974/13, E. 1973/4, T. 25.04.1974, AYMKD XII, s. 145-152.

Danıştay, ilk defa 1969 yılında önüne gelen bir davada milli güvenlik kavramıyla karşılaşmıştır¹⁸³. Söz konusu dava konusu idari işlem, Bakanlar Kurulu'nun başlatılmış bulunan bir grevi milli güvenliğe aykırı bularak 30 gün ertelemesine ilişkin karardır. Fakat Danıştay bu kararda, milli güvenlik kavramının içeriği ile ilgili açıklama yapmamış, idare hukukunun, idari kolluk ile ilgili kurallarına dayanarak Bakanlar Kurulunun grevi erteleme işlemini iptal etmiştir. Milli güvenliği tanımlamamakla birlikte söz konusu karar, milli güvenlik gerekçesiyle alınan kolluğa ilişkin karar ve önlemlerle ilgili önemli ölçütler getirmiştir. Bu karara göre ilk olarak idare, kolluk yetkilerini bir ihtimale dayanarak kullanamaz; milli güvenliğin bozulacağı kesin delillerle ortaya çıkmış ise kolluk tedbirlerine başvurulabilir. Kararın vurguladığı ikinci husus, kolluk önlemlerinde sebep ve maksat unsurlarının birbirine uyumlu olması zorunluluğudur. Son olarak, mahkemenin sebep unsurunun hukuka uygunluğunu araştırırken, sebep olarak ileri sürülen maddi olayları da değerlendirmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Danıştay milli güvenlik kavramını yine aynı yıl baktığı başka bir davada, bu kez ayrıntılı bir şekilde tahlil ederek tanımlamıştır¹⁸⁴. Söz konusu dava konusu işlem, Türkiye'de gerçekleştirilen genel öğretmen boykotuna ilişkin her türlü haber ve yorumların milli güvenlik gerekçesiyle radyo ve televizyonlarda yer almasını yasaklayan Başbakanlık karardır. Danıştay bu işleme ilişkin 31 Mart 1970 tarihli kararında, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Yönetmeliğinin 3. maddesinin (a) bendinde yer alan tanım ile yargı organlarının uygulamaları ve öğretideki görüşleri de dikkate alarak, milli güvenliği “*Yurt ölçüsünde beliren iç ve dış tehlikelere karşı Devlet tüzel kişiliğinin savunma ve güvenlik altına alınması*” şeklinde tanımlamanın mümkün olduğu sonucuna varmıştır.

¹⁸³ D.İDDK, K. 1969/652, E.1967/711, T. 19.09.1969, AİD, C. 3, S. 1, Mart 1970, s.210, 211; Kararla ilgili yorum için bkz. L. DURAN, “Sosyal Hareketler ve Milli Güvenlik”, İktisat ve Maliye Dergisi, C. XVII, S. 4, Temmuz 1970, s.170; R. AYBAY, “Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu”, AÜSBFD, C. 33, S. 1-2, Mart-Haziran 1978, s. 67-68.

¹⁸⁴ D. 12.D, K. 1970/426, E. 1969/4097 T. 05.03.1970, AİD, C.3, S.2, 1970, s. 249.

2.1.2.5.3. Kamu Düzeni - Milli Güvenlik İlişkisi

Bernard'a göre kamu düzeni öncelikle "sokaktaki düzen" olmakla birlikte politik düzenden ve devletin siyasi değerlerinden bağımsız değildir¹⁸⁵. "Kamu" kelimesinin sahip olduğu iki farklı anlam, kamu düzenine sosyal ve siyasi açıdan yaklaşmayı gerektirmektedir: Devlet düzeni ve toplum düzeni. Devlet düzeni olarak kamu düzeni, devletin iyi işleyişini bozacak unsurların yokluğu ve siyasi düzenin dengeli ve sağlam olması anlamına gelir. Burada kamu düzeni ile söz konusu edilen devletin bütünlüğünün, devlet organlarının ve aynı zamanda genel olarak devletin siyasi rejiminin korunmasıdır. Kamu düzeni, yürürlükte olan siyasi rejimin korunmasını kapsar, çünkü siyasi rejim, halkın çoğunluğunun demokratik olarak oluşan iradesinden kaynaklandığı ölçüde düzenin ve barışın temellerinden biridir. Fransız yargı içtihatlarında kamu düzeni kavramının devlet düzeni anlamında kullanıldığı karar örnekleri bulunmaktadır¹⁸⁶.

Devletin iç ve dış güvenliği problemi, "milli savunma" kavramı içine girer; milli savunma devletin içten ve dıştan gelecek tehlikelere karşı korunmasıdır. İç güvenliğin sağlanması kamu düzenini sağlama biçimlerinden biridir ve hükümetin sorumluluğundadır; çünkü iç güvenlik tehlikedeysse kamu düzeni de tehlikede demektir¹⁸⁷.

Bernard'a göre, siyasi kurumların ve anyasanın korunması, kamu düzeninin korunması adı altında mümkün olabilir. Nitekim, Conseil d'Etat 1936 yılında verdiği bir kararda siyasi kurumların ve özellikle hükümetin şekli olan Cumhuriyetin her türlü saldırıya karşı korunmasının kamu yararının ve düzenin korunması anlamına geldiğini söylemektedir¹⁸⁸.

Siyasi rejimin korunması amacı, bazı durumlarda, kamu düzeni kavramının alışıldık çerçevesinden çıkmasını ve bu yolla kamusal ve kişisel hak ve özgürlükleri, klasik üçlü olan güvenlik, dirlik-esenlik, sağlık amaçlarına doğrudan bağlı olmayan

¹⁸⁵ BERNARD, s. 71.

¹⁸⁶ C.E. 26 octobre 1956, *Association des Combattants de la Paix*; C.E. 4 avril 1936, *Affaire des groupements royalistes*, aktaran: BERNARD, s. 73.

¹⁸⁷ BERNARD, s.71.

¹⁸⁸ BERNARD, s.73.

gerekçelerle sınırlandırılmasını meşrulaştırmaktadır. Gognetti, devletin güvenliğinin bazen milli güvenlik ve kamu güvenliği gibi kavramlarla özdeş kullanıldığını belirttikten sonra devletin güvenliği gerekçesiyle uygulanacak kamu düzeni önlemlerinin uygulama alanı konusunda 1992 tarihli Fransız Ceza Kanununun devletin korunmasına yönelik hükümlerine gönderme yapmaktadır. Bunlar, milli bağımsızlık, ülkenin güvenliği ve bütünlüğü, hükümet şekli olan Cumhuriyet, savunma araçları ve diplomasi, nüfusun korunması, çevrenin ve doğal hayatın dengesi, bilimsel ve ekonomik gelişme, kültürel varlıklar şeklinde sayılmıştır¹⁸⁹.

Kanımızca kamu düzeni kavramını bu ölçüde genişletmek hak ve özgürlükler ve demokratik düzen aleyhine çok sakıncalı olacaktır. Ayrıca, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan pozitif hukuk metinlerinde, devletin ve siyasi rejimin korunması amacıyla kamu düzeninden başka bir araç olan milli güvenlik ayrı bir gerekçe olarak yer almaktadır.

İç tehlikeler söz konusu olduğunda kamu düzeninin kapsamı ile milli güvenlik kavramının devreye gireceği durumları ayırt etmek önemlidir. Kamu düzeninin kapsamı halkın günlük yaşantısının düzenidir diyebiliriz. Duran da bu farkı, “Kamu düzeninin bozulması genellikle yerel ve geçici niteliktedir. Milli güvenliği bozucu eylem ve hareketler ise devletin varlığına ve normal işleyişine yönelen büyük ölçüde ve uzun süreli yığın eylemleri olabilir.” şeklinde ifade etmiştir¹⁹⁰. Bu tür eylem ve hareketler toplumun ekonomik, siyasi ve sosyal yapısını ve mekanizmalarını yıkmayı ve sarsmayı amaç edinirler. Duran’ın da belirttiği gibi milli güvenlik kapsamına bu ölçüde ağır nitelikte olmayan eylem ve hareketler de dahil edilirse normal hukuk kuralları ile düzenlenmesi ve korunması gereken kamu düzeni boyutuyla karıştırılmış ve hatta kaynaştırılmış olur. İdareye milli güvenlik gerekçesiyle bazı işlemler tesis etmek yetkisi verildiğinde, bu sebebin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda idarenin takdir yetkisinin olması olağansa da, eylemin kamu düzenini ihlal etme tehlikesi her zaman milli güvenliğin ihlali sonucunu doğurmaz. Dolayısıyla, kamu düzenine dokunabilecek her kitle eyleminin peşin olarak milli güvenliği bozucu nitelik taşıdığını kabul etmek ve ona göre işlem yapmak hukuken mümkün değildir. Fakat sıkıyönetim ve şiddet

¹⁸⁹ GOGNETTI, s. 134.

¹⁹⁰ L. DURAN, “*Sosyal Hareketler ve Milli Güvenlik*”, s. 170.

eylemleri nedeniyle ilan edilen olağanüstü hal dönemlerinde kamu düzeninin ciddi ve yaygın şekilde bozulması ile milli güvenlik arasında sıkı bir ilişki hatta çakışma bulunduğu söylenebilir.

2.1.3. Sağlık

Anayasa'nın 5. maddesinde insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için uygun bir ortam hazırlamaya çalışmak devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. 56. maddede ise sağlık, çevre hakkı bağlamında sosyal ve ekonomik bir hak olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler." Bunun yanında, genel sağlık kavramı, Anayasa'da yer alan çeşitli hak ve özgürlükler bakımından bir sınırlama nedeni olarak düzenlenmiştir¹⁹¹. Dolayısıyla sağlık, iki farklı hukuki boyutu ifade etmektedir. Birincisi devletin en temel görevlerinden olan ve sağlığın genel bir görünümüne karşılık gelen sağlık kamu düzeni, diğeri de en önemli kişi hakkı niteliğindeki, bireyin yaşamını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi hakkıdır. Bu nedenle sağlık, bir taraftan kamu düzeni tedbirlerini meşrulaştırırken, diğer taraftan bağımsız amaç ve araçlarla kamu düzeni çerçevesinin dışına çıkmaktadır¹⁹². Bu da kanımızca genel sağlığın kamu düzeninden ayrı bir biçimde sınırlama nedeni olarak gösterilmesini açıklamaktadır.

Genel sağlık ya da kamu sağlığı, öğretide kamu düzeninin üçüncü unsuru olarak kabul edilmektedir; bu yönden sağlık, toplumun bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan uzak tutulmasını, toplumun sağlık koşulları içinde yaşamını sürdürmesini ifade eder. Hastalıkların iyileştirilmesi ve bireylerin hastalıklardan kurtarılması ve arındırılması bir

¹⁹¹ Anayasa'da genel sağlık nedeniyle sınırlanabilen temel hak ve hürriyetler şunlardır: Özel hayatın gizliliği (m. 20), konut dokunulmazlığı (m. 21), haberleşme hürriyeti (m. 22), dernek kurma hürriyeti (m.33), sendika kurma hakkı (m. 51).

¹⁹² M.-L. MOQUET-ANGER, "Ordre public et santé publique", in L'Ordre public: ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux, Dir. M.-J. REDOR, Bruylant, Bruxelles 2001, s. 201.

kamu hizmeti olan sağlık kamu hizmetinin konusu ve amacıdır; bu yönüyle sağlık unsuru kamu düzeni kavramının kapsamı içinde yer almamaktadır¹⁹³. Bununla birlikte günümüzde hastalıklar ortaya çıkmadan genel sağlığın korunması, sağlık kamu hizmeti içinde yer alan koruyucu sağlık hizmetlerinin konusunu oluşturmaktadır. Koruyucu sağlık hizmetleri, gelecekteki muhtemel hastalık ve sakatlığın riskini, ciddiyetini ve süresini en aza indirecek veya engelleyecek, hastanın farkında olmadığı hastalık belirtileri ortaya çıkmadan önce teşhis edip tedavinin hastalığın erken döneminde yapılmasını sağlayan hastalık öncesi sağlık hizmetlerini kapsamaktadır.

Koruyucu sağlık hizmetleri tehlikenin kendisine karşı bir mücadele şeklidir. Tehlikenin önlenmesi, temelde fert ve toplum güvenliğine bir katkıyı ifade etmektedir. Kişinin ve toplumun sağlığının korunup geliştirilmesi için kişiye ve çevreye yönelik olarak alınacak tedbirlerin tümü koruyucu sağlık hizmetleri kapsamındadır. Koruyucu sağlık hizmetleri kişilerde hastalığın tedavisi ile doğrudan ilgili değildir. Ancak aşı hariç, kişilerin fiziki varlıkları ile ilgili olmakla birlikte kişilerin çevresine yönelik hizmetler sunarak fertlerin sağlığının korunması ve iyileştirilmesine dolaylı olarak etki eder. Aşılama, içme suyunun ve yiyeceklerin denetlenmesi, ana-çocuk sağlığı, hastalık tarama programları, hıfzıssıha tedbirleri, atıkların denetimi, hayvan hastalıklarının denetimi, hava ve su kirliliği gibi hastalık riski taşıyan çevre şartlarının kontrolü gibi faaliyetler koruyucu sağlık hizmetleri alanına girmektedir. Günümüzde koruyucu hizmetlerin kapsamı daha da genişleyerek sağlıklı su rezervlerinin temini, halk sağlığını koruma tedbirlerinin yanı sıra beslenme, aile planlaması, kronik hastalıkların önlenmesi ve erken teşhisi gibi temel olarak tüm nüfusun sağlık hizmetlerini de kapsamaya başlamıştır¹⁹⁴.

İşte bu hizmetler kapsamında, kamu sağlığının korunması için sağlık kolluğu tarafından alınan tedbirler ve yapılan müdahaleler, koruyucu sağlık hizmetlerinin bir parçası olmakla birlikte kamu düzeninin korunmasına ilişkindir. Bu tedbirler, hastalıkların ortaya çıkmasını ve yayılmasını önlemek, insan sağlığını korumak için alınan tedbirlerdir. Onar'a göre de "sağlık zabıtası bir taraftan Hıfzıssıhha Kanununun

¹⁹³ GÜNDAY, s. 260.

¹⁹⁴ M. BULUN / F. DEMİRBAŞ / S. KAPICIOĞLU, "Koruyucu Sağlık Hizmetlerinde Bilişim Teknolojileri Kullanımının Önemi", <http://ab.org.tr/ab02/tammetin/57.doc>, (03.05.2009).

tatbiki dolayısıyla Devletin ve komünlerin sağlık amme hizmetlerine yardım etmiş, diğer taraftan da dolayısıyla sükun ve emniyeti, âmme intizamını korumuş olur.”¹⁹⁵ Bu nedenle de sağlık kolluğu, genel idari kollukla birlikte çeşitli özel idari kollukların iç içe geçtiği karmaşık bir yapı arz eder.

Kamu düzeninin sağlık unsuru, umuma açık yerlerde temizlik ve hijyen kurallarına uyulmasını sağlamak ve denetlemek dışında, toplum sağlığını olumsuz yönde etkileyecek her türlü tehlikenin bertaraf edilmesi için alınacak tedbirleri kapsamaktadır.

Toplum sağlığının korunması amacı ile özel kanunları ile görev yapan mahalli idareler ve diğer kurum ve kuruluşların uygulama ve faaliyetlerini denetlemek ve gerektiğinde yönlendirmek üzere, devlet adına Sağlık Bakanlığı birinci derecede yetkili, görevli ve sorumlu bulunmaktadır¹⁹⁶.

Kamu düzeni kavramı açısından yapılan tanıma uygun olarak sağlık unsuru alanında mevcut olan idari kolluk türleri incelendiğinde, bu alanda kamu düzeni kavramının gıda güvenliği, tıbbi ürünler ve ilaç güvenliği, çevre sağlığı ve hastalıklarla mücadele konularını kapsadığını söylemek mümkündür. Teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren bu alanlardan her biri, çok yoğun ve kapsamlı hukuki düzenlemelerin

¹⁹⁵ S. S. ONAR, İdare Hukuku Umumi Esasları, C.2, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1960, s. 1109.

¹⁹⁶ 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'nin 2. maddesi uyarınca Sağlık Bakanlığının görevleri şunlardır:

- a) Herkesin hayatını beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam iyilik hali içinde sürdürmesini sağlamak için fert ve toplum sağlığını korumak ve bu amaçla ülkeyi kapsayan plan ve programlar yapmak, uygulamak ve uygulatmak, her türlü tedbiri almak, gerekli teşkilatı kurmak ve kurdurmak,
- b) Bulaşıcı, salgın ve sosyal hastalıklarla savaşarak koruyucu, tedavi edici hekimlik ve rehabilitasyon hizmetlerini yapmak,
- c) Ana ve çocuk sağlığının korunması ve aile planlaması hizmetlerini yapmak,
- d) İlaç, uyuşturucu ve psikotrop maddelerin üretim ve tüketimini her safhada kontrol ve denetlemek; farmasötik ve tıbbi madde ve müstahzar üreten yerlerin, dağıtım yerlerinin açılış ve çalışmalarını esaslara bağlamak, denetlemek,
- e) Gerekli aşı, serum, kan ürünleri ve ilaçların üretimini yapmak, yaptırmak ve gerekirse ithalini sağlamak,
- f) Temel sorumluluk Sağlık Bakanlığına ait olmak üzere Tarım Orman ve Köyişleri Bakanlığı ve mahalli idarelerle işbirliği suretiyle gıda maddelerinin ve bunları üreten yerlerin sağlık açısından kontrol hizmetlerini yürütmek,
- g) Mahalli idareler ilgili diğer kuruluşlarla işbirliği suretiyle çevre sağlığını ilgilendiren gerekli tedbirleri almak ve aldirmek,
- h) Bulaşıcı, salgın insan hastalıklarına karşı kara hudut kapıları, deniz ve hava limanlarında koruyucu sağlık tedbirlerini almak,
- j) Kanser, verem ve sıtma ile savaş hizmetlerini yürütmek ve bu alanda hizmet veren kurum ve kuruluşların çalışmalarının koordinasyonunu ve denetimini sağlamak,
- k) Bu görevlerin yerine getirilmesi için gerekli tesisleri kurmak ve işletmek, meslek personelinin yetiştirmek,
- l) Sağlık hizmetleriyle ilgili olarak milletlerarası ve yurt içindeki kurum ve kuruluşlarla işbirliğinde bulunmak.

konusunu oluşturmaktadır. Bu konularda yürürlükte olan mevzuata sadece kamu düzeni tedbirlerinin genel niteliğini yansıtacak ölçüde yer vermiş bulunmaktayız.

2.1.3.1. Gıda Güvenliği

Gıda güvenliği, tarladan sofraya kadar çevre ve insan sağlığına zarar vermeyen, üretimin her aşamasında gerekli kontrolleri yapılmış, sağlıklı ve güvenilir ürünlerin temin edilme süreci olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁷. 5179 sayılı Gıdaların Üretimi Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunun “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde gıda güvenliği, gıdalarda olabilecek fiziksel, kimyasal, biyolojik ve her türlü zararın bertaraf edilmesi için alınacak önlemler bütünü olarak tanımlanmıştır.

Gıda güvenliğinin sağlanmasına ilişkin en geniş görev ve yetkileri Tarım ve Köyişleri Bakanlığı kullanmaktadır. 441 sayılı Tarım ve Köyişleri Bakanlığının Kuruluş Ve Görevleri Hakkında KHK’nin 2. maddesinin (d) bendi uyarınca “gıda ve diğer tarımsal ve hayvancılık ürünlerinin kalite ve standartlara uygun olarak üretimi, işlenmesi, korunması, pazarlanması ve değerlendirilmesini temin ve düzenlemek için gerekli kontrol sistemi ve kuruluşlarını tesis etmek, işletmek ve bu konularda çiftçinin teşkilatlanmasına yardımcı olmak”, (j) bendine göre ise “gıda konularında araştırmalar yapmak, pilot tesisler kurmak, gıda kontrolüne yardımcı olmak, diğer kuruluşlarla işbirliği içinde Türk Gıda Kodeksi’nin hazırlanması ve uygulanmasını gerçekleştirmek, gıda ve yem sanayileri ürünlerinin belirlenmiş esaslara uygunluğunu denetlemek, 1734 sayılı Yem Kanunu ile verilen işleri yapmak, yem tescil ve kontrol hizmetlerini yürütmek” Bakanlığın görevleri arasında sayılmıştır.

27.05.2004 tarihli ve 5179 sayılı Gıdaların Üretimi Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ile gıda alanında kontrol ve denetim yetkilerinin Tarım ve Köyişleri Bakanlığına verilerek tek elde toplanması hedeflenmişse de gıda güvenliği açısından önemli bir

¹⁹⁷ D. ASLAN, “Halk Sağlığı Açısından Gıda Güvenliği Yaklaşımları”, <http://www.hasuder.org/doc/GidaGuvenciligi-Agustos2008.pdf> (12.04.2009).

aşama olan üretim aşamasında ruhsatlandırma yetkisi 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ile yerel yönetimlere bırakılmıştır. 5179 sayılı Kanun, Umumi Hıfzıssıhha Kanununun gıda güvenliğine ilişkin düzenlemelerini yürürlükten kaldırmıştır.

5179 sayılı Kanunun 18. maddesine göre insan sağlığının korunması amacıyla, gıda maddelerini ve gıda ile temas eden madde ve malzemeleri üreten ve/veya satan işyerleri;

a) Tarım ve Köyişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak ilgili yönetmeliklerde belirtilen asgari teknik, hijyenik ve güvenlik şartlarını taşımak zorundadır.

b) Gıda kodeksine uyulmaksızın gıda maddelerini imal edemez, mübadele konusu yapamaz ve muameleye tabi tutamaz.

c) İnsan sağlığına zarar verecek muhteviyatta gıda maddeleri üretemez, içerisine zararlı bir madde katamaz, böyle bir maddenin kalıntısını bulunduramaz ve gıdaya zararlı özelliğe yol açacak herhangi bir işlem uygulayamaz.

5179 sayılı Kanun ve bu Kanuna istinaden çıkarılan mevzuatın uygulanmasına ilişkin olarak tüm gıda maddeleri ve gıda ile temas eden madde ve malzemeleri üreten, satan işyerleri ile bu yerlerde üretilen, satılan tüm gıda maddelerinin ve gıda ile temasta bulunan madde ve malzemelerin piyasa gözetimi ve denetimi, ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği içinde yapılır. Ancak, halk sağlığını ilgilendiren acil durumlarda gerektiğinde, Sağlık Bakanlığının müdahale hakkı saklıdır. Gıda maddeleri satış ve toplu tüketim yerlerinin denetimi, Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Bakanlığın belirleyeceği usul ve esaslar çerçevesinde ilgili mercilerce yapılır (m. 23).

“Bütün gıda maddelerinin ve umumun kullanmasına mahsus olup da sıhhi murakabeye tabi bulunan eşya ve levazımın haiz olacağı hususi vasıflar ve bunların ne gibi hallerde bozulmuş, taklit veya tağşiş edilmiş sayılacağı” 04.08.1952 tarihli Gıda Maddelerinin ve Umumi Sağlığı İlgilendiren Eşya ve Levazımın Hususi Vasıflarını Gösteren Tüzükte düzenlenmiştir.

İhracat ve ithalatta gıda maddeleri ve gıda ile temasta bulunan madde ve malzemelerin gıda güvenliği ve kalitesi yönünden denetim esaslarını oluşturmaya Tarım ve Köyişleri Bakanlığı yetkilidir (5179 sayılı K. m. 19).

Danıştay bir kararında, ilgili mevzuatta dondurulmuş etin muhafaza süresinin belirlenmemiş ve bu sürenin bitiminde insan gıdası olarak kullanımının yasaklanmamış olmasının; dondurulmuş etin bilimsel literatürde belirlenen, uygun koşullardaki optimum muhafaza süresini geçirdiği halde insan gıdası olarak kullanılmasına izin verileceği anlamını taşımadığını belirterek besi değerini kaybettiği, nitelik değerlerinin azaldığı saptanan ve bu haliyle Gıda Maddeleri Tüzüğüne göre depolama ve satışı yasak olan etlerin ithalinin uygun görülmemesi yolundaki işlemin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir¹⁹⁸.

Bakanlar Kurulunun 6.3.1980 günlü 8/525 sayılı kararı ile yürürlüğe konulan Gıda Maddelerinin ve Umumi Sağlığı İlgilendiren Eşya ve Levazımın Hususi Vasıflarını Gösteren Tüzüğün Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkındaki Tüzüğün 82.maddesinde yer alan süt ve süt ürünlerinin ambalaj ve gramajı ile ilgili düzenlenmenin iptali istemiyle açılan davada ise Danıştay şu gerekçeyle dava konusu Tüzük değişikliğini hukuka uygun bulmuştur:

“(...)günün teknolojik gelişmeleri sayesinde krema makinalarından geçirilen çiğ sütlerden elde edilen mutfak tereyağlarının pastörize edilmemiş olanlarının kahvaltılık olarak ve çiğ yenmesinin sağlık açısından sakıncaları anlaşıldığı için bunların pastörize edilmiş tereyağlarından ilk bakışta, kolayca ve herkes tarafından ayırt edilebilmesi için ambalaj ve gramajları konusunda birtakım kısıtlamalara gidilmesinin zorunluluğu zamanla ortaya çıktığından idare, Tüzük değişikliği yoluna gitmiş ve sakıncalı durumları en aza indirmek istemiştir.”¹⁹⁹

Gıda güvenliğinin ve kalitesinin temini için gıda ve gıda ile temasta bulunan madde ve malzemelerin birincil üretim aşaması dahil olmak üzere üretim, işleme ve dağıtım aşamalarında asgari teknik ve hijyenik şartları gözeterek yapılacak olan gıda denetim ve kontrolü, Sağlık Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı ve Tarım ve Köyşleri Bakanlığının birlikte çıkardıkları, “Gıda Güvenliği ve Kalitesinin Denetimi ve Kontrolüne Dair Yönetmelik”²⁰⁰ hükümlerine göre yapılır (Yönetmelik m.2).

¹⁹⁸ D.10.D, K. 1994/489, E. 1993/3069, T. 08.02.1994.

¹⁹⁹ D.İ.D.D, K. 1983/70, E. 1982/260, T. 25.03.1983.

²⁰⁰ Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 26 Eylül 2008 - Sayı: 27009.

Yönetmeliğin 4. maddesine göre denetim, ulusal düzeyde bu Yönetmelikte belirtilen kriterlere uygunluk işlemleri açısından Tarım ve Köyişleri Bakanlığı; bunun dışında gıda üretim, satış ve toplu tüketim yerlerinin denetlenmesi açısından kendi özel mevzuatına göre yetkili il özel idaresi, belediye ve Tarım ve Köyişleri Bakanlığı tarafından veya mahalli mülki idare amirinin koordinasyonu veya işbirliğinde, gıda kontrol hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya doğrulanması için yapılan işlemleri ifade etmektedir.

Gıda ve gıda katkı maddelerinin üretildiği, satış ve toplu tüketiminin yapıldığı yerlerde çalışan personelin tıbbi muayeneden geçmesi zorunluluğu da gıda güvenliğinin bir gereğidir. Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 126. maddesinde, yenilecek ve içilecek şeyleri satan veya veren veyahut taharet ve nezafete mütaallik sanatları ifa edenlerin her üç ayda bir kendilerini muayene ettirerek sıhhi rapor olmaya mecbur oldukları; 127. maddesinde ise, 126. maddede öngörülen sıhhi muayenenin meccanen belediye tabipleri tarafından yapılacağı, belediye tabibi bulunmayan yerlerde, bu görevin hükümet tabipleri tarafından yürütüleceği hükme bağlanmıştır. Bu hükümlere dayanılarak çıkarılan Özel İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Merkezleri ile ilgili olarak Ankara Umumi Hıfzıssıhha Kurulu'nca kabul edilen Özel İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Merkezlerinin Taşınması Gereken Asgari Şartlar ve Denetim Esasları Tebliği'nin iptali istemiyle açılan davada Danıştay, Kanunun amacının, *“(...)gıda ve gıda katkı maddelerinin üretildiği, satış ve toplu tüketiminin yapıldığı yerlerde çalışan personelin sanatlarını icra ederken kendilerinde mevcut hastalıkları gıda maddelerine bulaştırmak suretiyle toplumun genel sağlığına zarar vermelerini önlemek ve gerekli muayenenin belediye veya hükümet tabiplerince bedava yapılmasını sağlamak, dolayısıyla ilgilileri mali yükten kurtarmak ve böylece yasada öngörülen muayeneleri yaptırmaktan kaçınmalarını önlemek”* olduğunu ifade etmektedir²⁰¹.

Yine bu alanda kasaplık hayvanların teknik ve hijyenik şartları uygun tesislerde kesilmesi, bunlardan elde edilecek etlerin muayenesi, gerekli teknik ve hijyenik şartlarda üretilmesi, soğutulması, muhafazası, parçalanması, mamul madde haline getirilmesi, ambalajlanması, paketlenmesi, nakledilmesi ile güvenli et ve ürünlerinin

²⁰¹ D.10.D, K. 2005/671, E. 2001/4681, T. 23.02.2005.

üretilmesi ile su ürünleri sağlığı, su ürünlerinden yapılacak mamül maddelerin üretimi, su ürünlerinin pazarlaması ile ilgili usul, esas, yasak, sınırlama, yükümlülük, tedbir, kontrol ve denetimi hususlarında Tarım ve Köyişleri Bakanlığı yetkilidir²⁰².

İçme ve kullanma sularının sağlığa uygunluğunun denetimi ve gerekli önlemlerin alınması ise “insani tüketim amaçlı suların teknik ve hijyenik şartlara uygunluğu ile suların kalite standartlarının sağlanması, kaynak suları ve içme sularının istihsalı, ambalajlanması, etiketlenmesi, satışı, denetlenmesi ile ilgili usul ve esasları düzenlemek” amacıyla çıkarılan “İnsani Tüketim Amaçlı Sular Hakkında Yönetmelik”²⁰³ çerçevesinde Sağlık Bakanlığı tarafından gerçekleştirilmektedir.

Sağlık Bakanlığının bağlı kuruluşlarından olan Refik Saydam Hıfzıssıhha Merkezi Başkanlığı (RSHMB) bünyesinde yer alan Gıda Güvenliği ve Beslenme Araştırma Müdürlüğü de gıda güvenliğine yönelik olarak önemli hizmetler sunmaktadır. Bu birim, sular, gıdalar, kimyasal maddeler, toprak ve biyolojik örneklerle ilgili koruyucu sağlık hizmetleri vermektedir. Bu hizmetlerden ruhsatlandırma ve belgelendirme faaliyetleri halk sağlığını korumak amacıyla yapılan kolluk faaliyeti olarak nitelendirilebilir. Bundan başka, kontrol, izleme, araştırma faaliyetlerine yönelik olarak, su ve ambalaj maddeleri, oyuncaklar, ithalata ilişkin tıbbi amaçlı enteral beslenme ürünleri, tıbbi amaçlı çocuk mamaları, tıbbi amaçlı diyet ürünleri, pestisit ve kalıntı maddeleri, zehirlenme nedeni ile gönderilen her türlü materyal, biyosidal ve dezenfektan ürünleri vb ürünlerin özelliklerinin ülke mevzuatına ve uluslararası normlara uygunluğunun araştırılması, araştırma sonuçlarının yayınlanarak kamuoyuyla paylaşılması çalışmalarını yürütmektedir.

Yukarıda belirtildiği gibi gıda güvenliğinin sağlanmasına ilişkin olarak yerel yönetimlere de önemli görevler düşmektedir. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 7. maddesinin (j) bendi uyarınca “gıda ile ilgili olanlar dâhil birinci sınıf gayrisihhî müesseseleri ruhsatlandırmak ve denetlemek, yiyecek ve içecek maddelerinin

²⁰² Bknz. 05.01.2005 tarih ve 25691 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan “Kırmızı Et ve Et Ürünleri Üretim Tesislerinin Çalışma ve Denetleme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik”; 08.01.2005 tarih ve 25694 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan “Kanatlı Hayvan Eti ve Et Ürünleri Üretim Tesislerinin Çalışma ve Denetleme Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik”; 10.03.1995 tarih ve 22223 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan “Su Ürünleri Yönetmeliği”.

²⁰³ Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 17 Şubat 2005 - Sayı: 25730.

tahlillerini yapmak üzere laboratuvarlar kurmak ve işletmek” büyükşehir belediyesinin görevleri arasındadır. İkinci ve üçüncü sınıf gayrisihhi müesseselere ruhsat vermek ve denetlenmek ise ilçe belediyelerinin görevidir (m. 7/2-c). Belediye sınırları dışında ise bu yerlerin denetimi ve ruhsat işlemleri, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu 7/g maddesi uyarınca il özel idaresi tarafından yapılmaktadır.

Belediye zabıtası, ilgili kuruluşlar ile işbirliği halinde fırınların ve ekmek fabrikalarının ve diğer gıda üretim yerlerinin sağlık şartlarına uygunluğunun denetiminde ilgili kuruluşların talebi halinde nezaret eder (Belediye Zabıta Yönetmeliği m.10/c-12). 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ve 5179 sayılı Gıdaların Üretimi Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun, ilgili tüzük ve yönetmeliğin uygulanmasında ve alınması gerekli kararların yerine getirilmesinde görevli personele yardımcı olmak zorundadır (BZY m.10/c-1). Yine bu mevzuat gereğince yıkanmadan, soyulmadan veya pişirilmeden yenilen gıda maddelerinin açıkta satılmasına mani olmak, karıştırıldıklarından şüphe edilenlerden tahliller yapılmak üzere numune alınması hususunda ilgili teşkilata bilgi vermek, yetkili personelin bulunmaması halinde tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen kurallara uygun olarak numuneyi bizzat almak ve yapılan tahlil sonucunda sağlığa zararlı oldukları tespit edilenleri yetkililerin kararı ile imha etmek belediye zabıtasının görevleri arasında sayılmıştır (BZY m.10/c-6).

14.07.2005 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile yayınlanan “İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik”²⁰⁴ de belediyelere sıhhi ve gayrisihhi işyerlerinin açılması konusunda önemli görevler vermektedir²⁰⁵.

²⁰⁴ Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 10 Ağustos 2005 - Sayı: 25902.

²⁰⁵ Danıştay bir kararında gayrisihhi müesseselerin genel idare yanında yerel idarelerin de denetimine tabi olmasının, kamu yararının sağlanması açısından zorunlu olduğunu belirtmiştir. Danıştay’a göre “... genel idarenin gayrisihhi müesseselere ait yönetmelik hükümlerine göre bu tür müesseselere vereceği ruhsat sırasında yapacağı denetimle, belediyelerin kuşat ruhsatı verirken yapacağı denetim sayesinde, anılan müesseselerin toplum sağlığı ve huzuruna dolayısıyla yerel halkın sağlık ve huzuruna olumsuz etkilerinin en az düzeye indirilmesi mümkün olacaktır.” D.11.D., K. 1980/4684, E. 1979/4422, T. 18.12.1980.

2.1.3.2. İlaç ve Tıbbi Ürünler Güvenliği

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 3. maddesinin (k) bendi uyarınca, “koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici hizmetlerde kullanılan ilaç, aşı, serum ve benzeri biyolojik maddelerin üretiminin ve kalitesinin teşvik ve temini esas olup, her türlü müstahzar, terkip, madde, malzeme, farmakope mamülleri, kozmetikler ve bunların üretiminde kullanılan ham ve yardımcı maddelerin ithal, ihraç, üretim, dağıtım ve tüketiminin, amaç dışı kullanılmak suretiyle fizik ve psikik bağımlılık yapan veya yapma ihtimali bulunan madde, ilaç, aşı, serum ve benzeri biyolojik maddeler ile diğer terkiplerin kontrolüne, murakabesine ve bunların yurt içinde ve yurt dışında ücret karşılığı kalite kontrollerini yaptırmaya, özel mevzuata göre ruhsatlandırma, izin ve fiyat verme işlerini yürütmeye Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı yetkilidir. Özel mevzuatına göre izin veya ruhsat alınmamış ilaç ve terkiplerin üretimi, ithali, satışı ile ruhsat veya izin alınmış dahi olsa ilaç ve terkiplerin bilimsel araştırma amacıyla Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ve ilgili kişinin rızası olmadan insan üzerinde kullanımı yasaktır.”

181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK’nin 2. maddesinin (d) bendine göre, ilaç, uyuşturucu ve psikotrop maddelerin üretim ve tüketimini her safhada kontrol ve denetlemek; farmasötik ve tıbbi madde ve müstahzar üreten yerlerin, dağıtım yerlerinin açılış ve çalışmalarını esaslara bağlamak, denetlemek Sağlık Bakanlığının görevlerindendir. Sağlık Bakanlığının bu alandaki yetkileri genel olarak 1261 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu ile bu Kanuna ve 181 sayılı KHK’ye dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde düzenlenmiştir.

19.01.2005 tarih ve 25705 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren “Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği” ile düzenlenen esas ve usuller çerçevesinde, çeşitli hastalıkların tedavisinde kullanılmak üzere yurt içinde üretilen ve yurt dışından ithal edilecek olan ilaçların, kan ürünlerinin, aşı, antiserum ve allerjenlerin yeterli etkiye, gerekli emniyete, uygun kaliteye sahip olmalarını sağlamak üzere ruhsatlandırma ve ithalat izin işlemlerini Sağlık Bakanlığı yerine getirir. Beşeri

tıbbi ürünler²⁰⁶ sadece Bakanlıkça imalat yeri izni verilmiş yerlerde imal edilebilir. 23.10.2003 tarih ve 25268 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan “Beşeri Tıbbi Ürünler İmalathaneleri Yönetmeliği” bu iznin verilmesi ve imalathanelerde uygulanacak kurallarla ilgili usul ve esasları düzenlemektedir.

Yasadışı uyuşturucu imalatında kullanıma potansiyeli olan kimyasal maddelerin, uluslararası ve ulusal bazda yasal ticaretlerinin kontrolü amacıyla, Türkiye’nin de taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve ilgili ulusal mevzuat kapsamında söz konusu maddelerin ithalat ve ihracatları için gerekli özel izin belgelerinin düzenlenmesi, fiili ithalatlarının takibi, tüketim ve stokların kontrolü, 16.06.2004 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan “Kontrole Tabi Kimyasal Maddeler Hakkında Yönetmelik” hükümleri çerçevesinde Sağlık Bakanlığı tarafından yapılmaktadır.

Avrupa Birliği Mevzuat Uyumu kapsamında yürütülen çalışmalar sonucunda 5324 sayılı Kozmetik Kanunu ve Kozmetik Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir. Söz konusu mevzuat, kozmetik ürünlerin piyasaya arz öncesi izin işlemlerini kaldırarak bildirim ve piyasada denetim sistemini getirmektedir.

Ayrıca 25.06.2007 tarih ve 26563 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan “Sağlık Bakanlığınca Yapılacak Piyasa Denetimi ve Gözetiminin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”, tıbbi cihazlar, vücuda yerleştirilebilir aktif tıbbi cihazlar, vücut dışında kullanılan tıbbi tanı ürünleri, oyuncaklar, kozmetikler, deterjanlar ve ilgili mevzuat uyarınca Sağlık Bakanlığının görev alanına giren diğer ürünlerin piyasa gözetimi ve denetimi; ürünün piyasaya arzı veya dağıtımı aşamasında veya ürün piyasada iken, ürünün tabi olduğu teknik düzenlemeye uygun olarak üretilip üretilmediğini ve güvenli olup olmadığını denetlemek veya denetlettirmek; güvenli olmayan ürünlerin güvenli hale getirilmesini sağlamak ve gerektiğinde yaptırımlar uygulanması amacıyla Bakanlık tarafından yapılacak her türlü faaliyeti düzenlemektedir.

²⁰⁶ Yönetmeliğin Tanımlar başlıklı 4. maddesinde beşeri tıbbi ürün/ürün, hastalığı tedavi etmek ve/veya önlemek, bir teşhis yapmak veya bir fizyolojik fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla, insana uygulanan doğal ve/veya sentetik kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonu olarak tanımlanmıştır.

2.1.3.3. Çevre Sağlığı

Çevre sağlığı pozitif hukukta, insan sağlığının çevredeki fizikî, kimyevî, biyolojik, sosyal ve psiko-sosyal faktörlerle tespit edilen yaşam kalitesi olarak tanımlanmıştır²⁰⁷. Çevre sağlığını korumak amacıyla idare tarafından alınan tedbirler arasında, insanın yaşadığı dış ortamlarda insan sağlığını olumsuz yönde etkileyecek olan faktörlerin oluşmaması için alınan tedbirler ve yapılan müdahaleler yanında geniş anlamda çevre kirliliğinin önlenmesi ile ilgili tedbir ve yaptırımlar da sayılabilir²⁰⁸.

Belediyeler, Umumi Hıfzıssıhha Kanununun UHK 20. maddesinin 9. bendi uyarınca “meskenlerin sıhhi ahvaline nezaret” ve “umumi mahallerde halkın sıhhatine zarar veren âmilleri izale” etmekle görevlidirler. İşyerlerinin çevre sağlığına zarar vererek kamu düzenini bozmamaları için gerekli denetimleri yaparak gerekli tedbirleri almak konusunda, yerel yönetimlerin önemli görevleri bulunmaktadır. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 7. maddesi uyarınca birinci sınıf gayrisihhi müesseseleri denetlemek ve ruhsatlandırmak büyükşehir belediyesinin; ikinci ve üçüncü sınıf gayrisihhi müesseseleri denetlemek ve ruhsatlandırmak ise ilçe veya ilk kademe belediyelerinin görevleri arasında sayılmıştır.

Gayrisihhî müessese, “İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik”²⁰⁹ te faaliyeti sırasında çevresinde bulunanlara biyolojik, kimyasal, fiziksel, ruhsal ve sosyal yönden az veya çok zarar veren veya vermesi muhtemel olan ya da doğal kaynakların kirlenmesine sebep olabilecek müesseseler şeklinde tanımlanmaktadır. Danıştay bir kararında pasta, pasta ürünleri ile tost, sandviç, simit, pide ve sütlu ekmek üretimi izni ile ekmek üretimi yapılamayacağı gerekçesiyle bir işyerini kapatma kararını hukuka uygun bulmuştur. Karara göre, “Ankara Büyükşehir Belediyesi İmar Yönetmeliğinin 6.maddesinde de fırınlar için bulunması gereken koşullar tek tek sayılmış bulunmaktadır. Pasta, sandviç ve tost ekmeği üretim işyerleri

²⁰⁷ Bknz. “İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik”, m.4; “Madencilik Faaliyetleri İzin Yönetmeliği”, m.4.

²⁰⁸ Esasen Danışma Meclisindeki Anayasa metninin ilk halinde “çevre hakkı” müstakil bir madde olarak kabul edilirken, sağlık hakkını düzenleyen maddede de çevre kavramına yer verilmişti. 1982 Anayasası, çevre sorununu “sağlık, çevre ve konut” ana başlığı altında “sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” alt başlığı ile düzenlemiştir. Danışma Meclisinden çıkan metindeki iki ayrı madde birleştirilerek adeta çevre hakkı, sağlık hakkının bir unsuru olarak kabul edilmiştir. B. KUZU, Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1997, s. 154.

²⁰⁹ Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 10 Ağustos 2005 - Sayı: 25902.

daha küçük çapta olup üretimleri değişik çevre ve insan sağlığına olumsuz etkileri çok daha az olduğundan ekmek fırınları için daha ayrıntılı koşullar aranması doğaldır. Uyuşmazlık konusu olayda, davacıya ait işyerine pasta, sandviç ve tost ekmeği gibi ürünler için açma ve çalışma izinleri verilmiş olup; bu izne dayanılarak ekmek üretimi yapılması ve satılması olanağı bulunmamaktadır. Ekmek üretimi yapılabilmesi için işyerinin İmar Yönetmeliğinin 76.maddesinde belirtilen koşullara uygun bulunması ve buna ilişkin yapı kullanma izni alınması gerekmektedir.”²¹⁰

Ayrıca bu müesseselerden lokanta, gazino, kafe, bar gibi halka açık yerlerin hijyen kurallarına uyup uymadığı da idare tarafından denetlenmektedir. Örneğin Danıştay, bir gazinonun tuvaleti, havalandırması ve lavabosu bulunmadığı gerekçesiyle 30 gün süreyle kapatılması işlemini hukuka uygun bulmuştur²¹¹.

Ayrıca, gayrisihhi işyerlerini, eğlence yerlerini, halk sağlığına ve çevreye etkisi olan diğer işyerlerini kentin belirli yerlerinde toplamak; hafriyat toprağı ve moloz döküm alanlarını; sıvılaştırılmış petrol gazı (LPG) depolama sahalarını; inşaat malzemeleri, odun, kömür ve hurda depolama alanları ve satış yerlerini belirlemek; bu alan ve yerler ile taşımalarda çevre kirliliğı oluşmaması için gereken tedbirleri almak, 5393 sayılı Belediye Kanununun 15. maddesi uyarınca belediyelerin görevlerindendir. Büyükşehir belediyesinin, imar plânında gösterilen yerlerde yapılacak olan özel hal ve mezbahaları ruhsatlandırmak ve denetlemeye ilişkin (Büyükşehir Belediye Kanunu m. 7/t) görevi de çevre sağlığı alanında mevcut olan kamu düzeni tedbirleri arasında sayılabilir.

Sokakların temiz tutulmasına ilişkin olarak hafriyat atıklarının müsaade edilen yerler dışına dökülmesini önlemek; ev, apartman ve her türlü işyerlerinin çöplerinin sokağı atılmasına mani olmak, çöp kutu ve atıklarının eşelenmesini önlemek belediye zabıtasının görevleri arasındadır (Belediye Zabıta Yönetmeliğı m. 10/b-c).

3194 sayılı İmar Kanununun 40.maddesinde, arsalarda ve sair yerlerde umumun sağlık ve selametini ihlal eden, şehircilik, estetik veya trafik bakımından mahzurlu görülen enkaz veya birikintilerin, gürültü ve duman tevhit eden tesislerin,

²¹⁰ D.8.D, K. 1993/1137, E. 1991/3839, T.03.03.1993.

²¹¹ D.10.D, K. 1996/1189, E. 1996/7751, T. 06.03.1996.

hususî mecrâ, lağım, çukur, kuyu, mağara ve benzerlerinin mahzurlarının giderilmesi, çukurların doldurulması, enkazların kaldırılması ve bunların zuhuruna meydan verilmemesinin ilgililere tebliğ olunacağı, tebliğde belirtilen müddet içinde tebliğe riayet edilmediği takdirde belediyece mahzurun giderileceği ve mahzuru tevliid edenlerin faaliyetlerinin men edileceği düzenlenmiştir. Danıştay, bir kararında, bu hükme dayanarak çevre sağlığına zarar verdiği tespit edilen bir besi çiftliğinin faaliyetten men edilerek mücavir alan sınırları dışına çıkarılmasına yönelik işlemi hukuka uygun bulmuştur²¹².

Merkezi idarede çevre sağlığı alanında başlıca kolluk makamları ise Sağlık Bakanlığı ile Çevre ve Orman Bakanlığıdır. 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'nin 2. maddesinin (g) bendi uyarınca Sağlık Bakanlığı, "mahallî idareler ilgili diğer kuruluşlarla işbirliği suretiyle çevre sağlığını ilgilendiren gerekli tedbirleri almak ve aldirmek"la görevlidir²¹³. 4856 sayılı Çevre ve Orman Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 2. maddesinde bu Bakanlığın görevleri sayılmıştır. Bu hükümde yer alan düzenlemeler uyarınca özetle, çevreye olumsuz etkileri olan her türlü faaliyeti ülke bütününde izlemek ve denetlemek Çevre ve Orman Bakanlığının görevidir.

2872 sayılı Çevre Kanununda ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan çok sayıda yönetmelikte çevreyi korumaya ilişkin idari önlem ve düzenlemeler yer almaktadır²¹⁴. Kanunun 1. maddesinde, yasakoyucu yegâne amacın çevreyi korumak olduğunu ve buna ulaşmak için çeşitli vasıtalardan yararlanmak gerektiğini belirtmiştir. Bu vasıtalardan birisi de, çevreyi korumak ve geliştirmek maksadıyla ihtiyaç duyulan

²¹² D.6.D, K. 1987/401, E. 1987/223, T. 20.04.1987.

²¹³ Sağlık Bakanlığının bağlı kuruluşu olan Refik Saydam Hıfzıssıhha Merkezi Başkanlığı (RSHMB) bünyesinde, halk sağlığının korunması ve iyileştirilmesi amacıyla yapılan çalışmalar arasında, çevre sağlığına yönelik izleme ve araştırma çalışmaları da bulunmaktadır. Bu amaçla; 13.11.1984 tarihinde, "çevre ve halk sağlığının korunması" ve "çevre kirlenmesinin önlenmesi" ile ilgili meseleleri incelemek, problemlerin hangi konularda ve hangi bölgelerde yoğunlaştığını ortaya koymak ve bunların sebeplerini belirleyerek çözüm önerileri getirmek amacıyla RSHMB bünyesinde Çevre Sağlığı Araştırma Müdürlüğü kurulmuştur.

²¹⁴ 2872 sayılı Kanunun tanımlar başlıklı 2. maddesinde, çevre korunması teriminin; ekolojik dengenin korunması, havada, suda, toprakta kirlilik ve bozulmaların önlenmesi ve çevrenin iyileştirilmesi için yapılan çalışmaların bütünü; çevre kirliliği teriminin her türlü faaliyetleri sonucu havada, suda ve toprakta meydana gelen olumsuz gelişmelerle ekolojik dengenin bozulması ve aynı faaliyetler sonucu ortaya çıkan koku, gürültü ve atıkların çevrede meydana getirdiği arzu edilmeyen sonuçları; atık teriminin de herhangi bir faaliyet sonucunda çevreye atılan veya bırakılan zararlı maddeleri ifade ettiği, 8. maddesinde de her türlü atık ve artığın, çevreye zarar verecek şekilde ilgili yönetmeliklerde belirlenen standartlara ve yöntemlere aykırı olarak doğrudan ve dolaylı biçimde alıcı ortama verilmesi, depolanması, taşınması, uzaklaştırılması ve benzeri faaliyetlerde bulunulmasının yasak olduğu hükme bağlanmıştır.

tedbirleri almak ve sağlıklı bir çevrede yaşamak için gerekli olan standartları belirlemek ve buna aykırı hareket edenleri cezalandırmak şeklinde gösterilmiştir. Çevre Kanunu, idari yaptırımları çevreyi kirletenlere uygulanacak asıl cezalar olarak göstermiş ve mahkemece uygulanacak cezalara mümkün olduğu ölçüde yer vermemeye çalışmıştır. Yasakoyucunun bu yolu tercih etmesinin en önemli nedeni, çevre kirliliğini önleme ve çevreyi koruma konusunun, kamu düzeninin idare hukukunda kabul edilen klasik üç unsurunun kapsamına girmesi ve dolayısıyla idari kolluğun yetki alanında kalmasıdır²¹⁵.

Hava, su ve toprak kirliliği çevre sağlığını tehdit eden başlıca faktörlerdir. “Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği”²¹⁶ su kalitesinin korunmasına ilişkin planlama esasları ve içme ve kullanma suyu temin edilen kıta içi yüzeysel sular ile göller, yeraltı suları ve denizlerle ilgili kirletme yasaklarını; atıksuların boşaltım ilkelerini ve boşaltım izni esaslarını; atıksu altyapı tesisleri ile ilgili esasları ve su kirliliğinin önlenmesi amacıyla yapılacak izleme ve denetleme usul ve esaslarını kapsamaktadır. Bu Yönetmelik uyarınca alıcı ortama her türlü atıksu deşarj denetiminde Çevre Kanunu ve Çevre ve Orman Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun uyarınca Bakanlık yetkilidir. Büyükşehirlere içme ve kullanma suyu temin edilen kıta içi yüzeysel su kaynakları havzalarındaki denetim faaliyetlerinden 2560 sayılı Kanun çerçevesinde büyükşehir belediyeleri, Çevre Kanunu çerçevesinde büyükşehir belediyeleri haricindeki yerleşimlere içme ve kullanma suyu temin edilen su havzalarındaki denetim faaliyetlerinden İl Çevre ve Orman Müdürlüğü sorumludur (Yönetmelik m. 51).

Danıştay su kirliliğini önlemeye yönelik bir idari tedbirin iptali istemiyle açılan bir davada şu şekilde karar vermiştir: “Dereye göre kısa mesafeli olan yerde yer alan işyerinin su havzasında kesin kirlenmeye neden olacağı kuşkusuz olup, burada olan işyerleri yönetmeliklere göre çevre ve insan sağlığı açısından çalışması sakıncalı olan yerlerden olduklarından çalışma izni verilmeyecek yerler arasında yer almaktadırlar. Bu durumda; davacı işyerinin bulunduğu yer bakımından yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı çevre ve insan sağlığına zararlı olabileceği açık olduğundan, su havzası içinde ve dereye göre kısa mesafede olduğundan işyerinin kapatılarak

²¹⁵ E. ŞEN, Çevre Ceza Hukuku, Kazancı Yayınevi, İstanbul 1994, s. 221-222.

²¹⁶ Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 31 Aralık 2004 - Sayı: 25687.

*çalışmasının durdurulması işleminde yasa ve yönetmeliklere aykırılık bulunmamaktadır.*²¹⁷

Aynı şekilde “Toprak Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği”²¹⁸, toprak kirliliğine neden olan faaliyetler ile tehlikeli maddeler ve atıkların toprağa deşarjına, atılmasına, sızmasına ve evsel ve kentsel atıksuların arıtılması sonucu ortaya çıkan arıtma çamurlarının ve kompostun; toprağa, bitkiye, hayvana ve insana zarar vermeyecek şekilde, toprakta kontrollü kullanımına ilişkin teknik, idari esasları ve cezai yaptırımları düzenlemektedir. (m. 2) Hava kirliliğine yönelik tedbirler de çeşitli yönetmeliklerde düzenlenmiştir²¹⁹.

2872 sayılı Kanunun 10. maddesi uyarınca “gerçekleştirmeyi planladıkları faaliyetleri sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmeler, Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu veya proje tanıtım dosyası hazırlamakla yükümlüdürler. Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu Kararı veya “Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir Kararı” alınmadıkça bu projelerle ilgili onay, izin, teşvik, yapı ve kullanım ruhsatı verilemez; proje için yatırıma başlanamaz ve ihale edilemez. Petrol, jeotermal kaynaklar ve maden arama faaliyetleri, Çevresel Etki Değerlendirmesi kapsamı dışındadır.” Bu konudaki usul ve esaslar, “Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği”nde belirlenmiştir. Kanun, 15. maddesinde bu alandaki mevzuata aykırı davranışların faaliyetlerinin durdurulacağını düzenlemektedir²²⁰.

Elektrik enerjisi sıkıntısının aciliyet arz ettiği durumlarda geçici şekilde kısa bir süre içerisinde tesis edilecek mobil ve yüzer elektrik santralleri bakımından ÇED

²¹⁷ D.8.D, K. 1991/765, E. 1990/942, T. 12.04.1991.

²¹⁸ Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 31 Mayıs 2005 - Sayı: 25831.

²¹⁹ 22.07.2006 ve 26236 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Endüstri Tesislerinden Kaynaklanan Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliği”, 13.01.2005 ve 25699 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Isınmadan Kaynaklanan Hava Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliği”, 30.12.2006 ve 26392 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Gaz Yakan Cihazlara Dair Yönetmelik (90/396/AT)”

²²⁰ Madde 15: (Değişik: 5491 - 26.4.2006 / m.12) Bu Kanun ve bu Kanun uyarınca yayımlanan yönetmeliklere aykırı davranışlara söz konusu aykırı faaliyeti düzeltmek üzere Bakanlıkça ya da 12 nci maddenin birinci fıkrası uyarınca denetim yetkisinin devredildiği kurum ve merciler tarafından bir defaya mahsus olmak üzere esasları yönetmelikle belirlenen ve bir yılı aşmamak üzere süre verilebilir.

Faaliyet; süre verilmemesi halinde derhal, süre verilmesi durumunda, bu süre sonunda aykırılık düzeltilmez ise Bakanlıkça ya da 12 nci maddenin birinci fıkrası uyarınca denetim yetkisinin devredildiği kurum ve merciler tarafından kısmen veya tamamen, sürekli veya süresiz olarak durdurulur. Çevre ve insan sağlığı yönünden tehlike yaratan faaliyetler süre verilmeksizin durdurulur.

Çevresel Etki Değerlendirmesi incelemesi yapılmaksızın başlanan faaliyetler Bakanlıkça, proje tanıtım dosyası hazırlanmaksızın başlanan faaliyetler ise mahallin en büyük mülki amiri tarafından süre verilmeksizin durdurulur.

Yönetmeliğinin iki yıl süreyle askıya alınmasını ve ayrıca Su Kirliliği Kontrolü ve Hava Kalitesinin Korunması Yönetmeliğinin de birçok hükmünün iki yıl süreyle uygulanmamasını öngören bir Yönetmeliği, Danıştay hukuka ve kamu yararına aykırı bularak iptal etmiştir²²¹.

Çevre ve Orman Bakanlığı dışında ilgili bakanlık ve kurumların kendi faaliyet alanlarına ilişkin olarak çevreyi korumaya yönelik yetkileri söz konusu olabilmektedir. Örneğin, gayrisihhi müesseseler kapsamındaki maden üretim faaliyetleri ve/veya bu faaliyetlere dayalı olarak üretim yapılan tesisleri, çevre ve toplum sağlığı açısından yetkili idareler tarafından denetlenir²²². Yapılacak denetim sonucunda toplum ve çevre sağlığı açısından uygun çalışılmadığının tespiti halinde yapılacak işlemler Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına bağlı Maden İşleri Genel Müdürlüğüne bildirilir. Toplum ve çevre sağlığına aykırı olduğu tespit edilen madencilik faaliyetleri, gerekli önlemler alınuncaya kadar durdurulur (21.06.2005 tarih ve 25852 sayılı Madencilik Faaliyetleri İzin Yönetmeliği m. 82/F).

Bunun gibi, radyasyon güvenliği alanında çevre sağlığının korunmasına yönelik alınacak tedbirler 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanununda düzenlenmiştir. Bu Kanunun 4. maddesi uyarınca “radyoaktif maddeleri ve radyasyon cihazlarını bulunduran, kullanan, bunları ithal ve ihraç eden, taşıyan, depolayan, ticaretini yapan resmî ve özel kurum, kuruluş ve kişilere ruhsata esas olacak lisans vermek, radyasyon güvenliği bakımından bunları denetlemek; bu görevlerin yerine getirilmesi sırasında sigorta yükümlülüğü koymak; radyasyon güvenliği mevzuatına aykırı hallerde, verilmiş olan lisansı geçici veya sürekli olarak iptal etmek; söz konusu

²²¹ “Gayri Sıhhi Müesseseler Yönetmeliği’ne Bir Geçici Madde ilavesine Dair Yönetmelik hükmü elektrik enerjisi sıkıntısının aciliyet arz ettiği durumlarda geçici şekilde kısa bir süre içerisinde tesis edilecek mobil ve yüzer elektrik santrallerinden elektrik alınması amacıyla yürürlüğe konulmuş ve ihtiyacın karşılanması sırasında kişi, toplum ve çevre sağlığını olumsuz yönde etkileyebilecek tüm etkenlerin ilgili mevzuatta belirlenen esaslar dahilinde bertaraf edilmiş olması koşulu öngörülmüştür. Yönetmelik maddesinin yazılış biçimi itibarıyla dayanağı mevzuata herhangi bir aykırılığı görülmemekle birlikte “.... kişi, toplum ve çevre sağlığını olumsuz yönde etkileyebilecek tüm etkenlerin ilgili mevzuatta belirlenen esaslar dahilinde bertaraf edilmiş olması...” ibaresinin ilgili mevzuatı olan çevre mevzuatı açısından değerlendirildiğinde ve Çevresel Etki Değerlendirme Yönetmeliğine yukarıda adı geçen yönetmelik hükmü ile eklenen geçici 6. madde ile, bu Yönetmelik hükümlerinin belli bir süre için mobil ve yüzer elektrik santrallerine uygulanmayacağı belirtilerek askıya alınması nedeniyle dava konusu yönetmelik yönünden kişi, toplum ve çevre sağlığı açısından olumsuz koşulların bertaraf edilmiş olmasından söz edilemez.” D.10.D, E. 2000/5957, K. 2002/505, T. 27.02.2002.

²²² Madencilik alanında kolluk faaliyetini yerine getirecek idare esas olarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile bu Bakanlığın Maden İşleri Genel Müdürlüğüdür. Ancak madencilik faaliyetinin çok yönlülüğü sebebiyle başka idarelerin de kendi görev alanlarıyla ilgili kolluk faaliyeti görevi ve yetkisi bulunmaktadır. Bknz. A. GÜLAN, Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri, Lamure Yayınevi, İstanbul 2008, s. 167-170.

kurum ve kuruluş hakkında, gerekirse kapatma kararı almak ve genel hukuk esasları dahilinde kanunî kovuşturmaya geçilmesini sağlamak” Türkiye Atom Enerjisi Kurumunun görevleri arasında sayılmıştır. Telekomünikasyon cihazlarının kurulması, işletilmesi ve kullanılması esnasında, 12.7.2001 günlü 24460 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Sabit Telekomünikasyon Cihazlardan Kaynaklanan Elektro Manyetik Alan Şiddetinin Limit Değerlerinin Belirlenmesi, Ölçüm Yöntemleri Ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik”te belirtilen hususlara uygunluk Telekomünikasyon Kurumu tarafından denetlenmektedir.

2.1.3.4. Hastalıklarla Mücadele

181 sayılı KHK’nin 2. maddesinin (h) bendine göre, bulaşıcı, salgın insan hastalıklarına karşı kara hudut kapıları, deniz ve hava limanlarında koruyucu sağlık tedbirlerini almak Sağlık Bakanlığının görevidir. 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 2. babı bulaşıcı ve salgın hastalıklarla mücadelede alınacak tedbirleri, hudutlar ve sahillerde bulaşıcı ve salgın hastalıklarla mücadele, yurt içinde bulaşıcı ve salgın hastalıklarla mücadele, sıtma ile mücadele, trahom ile mücadele, zührevi hastalıklarla mücadele, veremle mücadele ve müşterek hükümler olmak üzere yedi fasıl halinde ayrıntılı bir biçimde düzenlemektedir. Bulaşıcı ve salgın hastalıklarla mücadele alanında alınacak kolluk tedbirleri bakımından bu Kanun ve Kanununa dayanılarak çıkarılan düzenleyici işlemler²²³ uygulanmaktadır. Burada tedbirlerin nitelikleri ile ilgili olarak örnek olmak üzere hudutlarda ve yurt içinde hastalıklarla mücadele amacıyla alınacak önlemler bakımından 49. ve 72. madde hükümlerini saymakla yetineceğiz.

Hudut ve sahillerde bu alanda gerekli tedbirleri almaya Sağlık Bakanlığına bağlı Hudutlar ve Sahiller Genel Müdürlüğü yetkilidir. 1593 sayılı Kanunun 49.

223 Bu düzenleyici işlemlerden bazıları, 07.05.1979 tarih ve 16630 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Hudut Sağlık Denetleme Merkezleri Yönetmeliği”, 13.05.2005 tarih ve 25814 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan “Sahil Sağlık Denetleme Merkezlerinde Uygulanacak Sağlık İşlemlerine İlişkin Yönetmelik”, 17.02.2008 tarih ve 26790 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan “Havaalanı Sağlık Denetleme Merkezleri Yönetmeliği”, 19.04.1961 tarih ve 10786 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan “Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü”, 30.05.2007 tarih ve 26537 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan “Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği”

maddesi uyarınca “Türkiye limanlarına sâri ve salgın hastalıkların duhulüne mani olmak için aşağıda zikredilen tedbirler ittihaz edilir:

1 - Gemilerin tıbbi muayenesi.

2 - Bulaşık olduğundan şüphe edilen yolcuların nezaret altında bulundurulması veya tecridi.

3 - Hastaların tahaffuzane veya sâri hastalıkları hastanelerinde şifa buluncaya kadar tedavi ve etrafı için tehlikeleri zail oluncaya kadar tecridi.

4 - Gemilerin ve sıhhat memurlarının görecekları lüzum üzerine tathiri kabil olan ticaret eşyasiyle zati eşyanın ve gemi eşyasının fenni tathiri.

5 - Hastalık amilini nakle vasıta olan haşeratın ve hayvanların itlafı.

6 - Yolcu ve mürettebata aşı veya serum tatbiki.

Bu tedbirlerin tatbiki için lâzım gelen zaman zarfında gemilerin limanlarda tevkifine hudutlar ve sahiller sıhhat memurları salâhiyattadırlar.”

Kanunun 72. maddesinde ise yurt içinde alınacak tedbirler sayılmıştır. Bu maddeye göre; “57 nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhurettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur:

1 - Hasta olanların veya hasta olduğundan şüphe edilenlerin ve hastalığı neşrü tamim eylediği tetkikatı fenniye ile tebeyyün edenlerin fennen icap eden müddet zarfında ve sıhhat memurlarınca hanelerinde veya sıhhi ve fenni şartları haiz mahallerde tecrit ve müşahade altına vaz'ı.

2 - Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki.

3 - Eşhas, eşya, elbise, çamaşır ve binaların ve fennen intana mâruz olduğu tebeyyün eden sair bilcümle mevaddın fenni tathiri,

4 - Hastalık neşreden haşarat ve hayvanatın itlâfı,

5 - Memleket dâhilinde seyahat eden eşhasın icap eden mahallerde muayenesi ve eşyalarının tathiri.

6 - Hastalığın sirayet ve intişarına sebebiyet veren gıda maddelerinin sarf ve istihlakının men'i.

7 - Dahilinde sâri ve salgın hastalıklardan biri zuhur eden umumi mahallerin tehlike zail oluncaya kadar set ve tahliyesi.”

Ayrıca, hayvanlardan ve hayvan maddelerinden insanlara geçebilen hastalıklarla mücadele ile ilgili tedbirler 3285 sayılı Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Kanunu ile bu Kanuna dayanılarak çıkarılan “Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Yönetmeliği”nde düzenlenmiştir.

03.03.2008 tarih ve 5727 sayılı Kanunla değiştirilen 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanunun 1. maddesinde bu Kanunun amacının kişileri ve gelecek nesilleri tütün ürünlerinin zararlarından, bunların alışkanlıklarını özendirici reklam, tanıtım ve teşvik kampanyalarından koruyucu tertip ve tedbirleri almak ve herkesin temiz hava soluyabilmesinin sağlanması yönünde düzenlemeler yapmak olduğu öngörülmüştür. Bu yasa ile kapalı alanlarda tütün ürünlerinin tüketilmesi yasaklanmış ve bu yasaklara uymayanlar için idari yaptırımlar düzenlenmiştir. Kabahatler Kanununun 39. maddesi uyarınca kamu hizmet binalarının kapalı alanlarında, toplu taşıma araçlarında, özel hukuk kişilerine ait olan ve herkesin girebileceği binaların kapalı alanlarında tütün mamulü tüketen kişiye, elli Türk Lirası idari para cezası verilir.

Fransa’da kapalı umuma açık yerlerde ve toplu taşıma araçlarında sigara içmeyi yasaklayan 10.07.1991 tarihli *Evin* Yasasına dayanılarak çıkarılan düzenleyici işlemin iptali istemiyle açılan davada, Hükümet Komiseri Derepas, sigara bağımlılığı ile mücadele alanında idarenin kullandığı yetkilerin amacının, kamusal sağlığı korumak olduğu; bu nedenle de genel idari kolluk yetkileri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini söylemektedir. Ayrıca, bu alandaki idari tedbirler, söz konusu yerlerdeki pasif içiciliği önlemeye yöneliktir. Öte yandan, *Evin* Yasası içerdiği hükümlerin uygulanması bakımından özel bir yetki ve şekil şartı öngörmemiştir. Dolayısıyla Yasayla düzenlenen tedbirlerin uygulanması bakımından genel idari kolluk makamları yetkilidir. Conseil d’Etat, dava konusu düzenleyici işlemi Başbakanın, unsurlarından biri sağlık olan kamu düzenini korumak amacıyla, ülke genelinde kolluk tedbirleri alma yetkisi kapsamında değerlendirerek, işlemin ölçülü ve hukuka uygun bir işlem olduğuna karar vermiştir²²⁴.

²²⁴ L. DEREPA, “Conclusions sur l’arrêt du CE, 19 mars 2007, *Madame Le Gac et autres*”, RFDA 2007, s. 772.

Sağlık kolluğu alanında bunlardan başka idare, çeşitli grup ve topluluk üyelerinin sağlığına yönelik tedbirler alarak da kamu sağlığını güvenceye almaktadır. Örneğin, işyerlerinde, okullarda, seyahat vasıtalarında hijyen kurallarına, insan sağlığı açısından uygun nitelikte çalışma ve seyahat koşullarına ilişkin alınması zorunlu tedbirlerin denetlenmesi ve bu alanda idare tarafından uygulanan yaptırım ve müdahaleler işçiler, öğrenciler ve yolcuların sağlığının korunmasına yönelik tedbirler arasında sayılabilir²²⁵.

Kamu düzeninin sağlık unsuru, belirli bir kurumsallaşma yönünde gelişme göstermektedir. Bununla birlikte günlük hayatta ortaya çıkan ihtiyaçlara bağlı olarak sağlık, kamu düzeni tedbirlerinin en çok gelişen ve değişen alanlarından biridir. Ayrıca kamu düzeni yönünden sağlık unsurunun konusunu, genel olarak düzende karışıklık yaratma potansiyeline sahip olmakla beraber maddi dünyada görünmeyen fakat bilimsel olarak tespit edilebilen tehlikeler oluşturmaktadır. Bu yönüyle sağlık unsuru, kamu düzeninin diğer unsurlarından ayrılmaktadır. Güvenlik ve huzur unsurları yönünden idare tarafından kamu düzeni kavramının uygulanabilmesi, gerçekleşmesi maddi düzeni bozacak nitelikte açık ve yakın bir tehlikenin mevcudiyetine bağlı iken sağlık unsuru alanında söz konusu tehlike, toplumsal düzende hissedilmeyen gizli bir tehlike niteliğinde olabilmektedir²²⁶.

2.2. Kamu Düzeninin Genişleyen İçeriği

Kaboğlu'na göre klasik kamu düzeni ile yeni kamu düzeni şeklinde yapılan kavramsal farklılaştırma siyasal liberalizm ve iktisadi liberalizm arasındaki ayrımla örtüşmektedir. Yazar bu konuda şu tespiti yapmıştır: “Birincisinde yol açılan ihlal daha çok geçici etki ile sınırlı kalırken, ikinci kesimde kalıcı etkiler ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle çoğulcu siyasal rejimlerde kalıcı etki yaratan “kamu düzeni”ni ihlal alanlarına ilişkin düzenlemeler giderek daha sıkı ve katı bir hale geliyor. Türkiye’de ise daha çok

²²⁵ BERNARD, s. 24.

²²⁶ GOGNETTI, s. 85.

sokak dinginliği olarak nitelenebilecek genel kamu düzeni anlayışı sürdürüldüğünden siyasi liberalizm alanındaki özgürlükler daha çok önleyici rejime ve ağır kayıtlamalara tabi kılınıyor.”²²⁷ Günümüzde toplumsal yaşam içinde  evre, estetik, etik gibi konular bir kamu düzeni problemi haline gelmiştir.

Aslında kamu düzeninin içeriğindeki bu genişleme, yaşadığımız çağda var olan sosyal, ekonomik, siyasi ve doğal yapıdaki değişim ve gelişimler sonucu ortaya çıkan ihtiyaçların ve düşüncelerin bir yansımasıdır ve kamu düzeninin klasik unsurlarına giren konuların daha ayrıntılı ve ayrı bir şekilde düzenlenmesinden başka bir şey değildir. Fakat bu yeni düzenlemeler çerçevesinde kamu düzeni, hukuk terminolojisinde tekil halinin dışında etik kamu düzeni, ekolojik kamu düzeni, estetik kamu düzeni gibi çeşitli alanlara özgü biçimde adlandırılabilir.

2.2.1. Genel Ahlak

2.2.1.1. Fransız Hukukunda Genel Ahlak Unsuru

Genel ahlak belli bir dönemde, bir toplumda bireylerin geneli tarafından kabul edilen ahlaki fikirler olarak tanımlanmaktadır²²⁸. Genel ahlakın kamu düzeninin bir unsuru olup olmadığı uzun süre hukuki bir tartışma konusu olmuştur. Öğretide genel ahlak kavramının hukuk düzeninin içinde yer aldığı kabul edilmekle birlikte, genel ahlakın, idari kolluğun amaçlarından biri olup olmadığı konusunda öğretide görüş birliği bulunmamaktadır.

Çok sayıda içtihat genel ahlakın idari kolluğun amaçlarından biri olduğunu ortaya koymaktadır. Fakat bir görüşe göre, idari kolluk kamu düzeninden başka amaçlarla da yetki kullanabildiğine göre bu durum genel ahlakın kamu düzeninin bir unsuru olduğu sonucuna varmak için yeterli değildir. Bununla birlikte çok sayıda yazar genel ahlakın kamu düzeninin bağımsız bir unsuru olduğunu kabul etmektedir²²⁹.

²²⁷ KABOğLU,  zg rl kler Hukuku, s. 95.

²²⁸ BERNARD, s. 35.

²²⁹ GOGNETTI, s. 87.

Hauriou'ya göre kolluk alanında kamu düzeni, düzensizliğin olmadığı bir fiili durum anlamında dış ve maddi düzen olup karışıklığın karşıtı olarak bir barış durumunu ifade etmektedir. Kamu düzeni klasik üçlü olarak adlandırılan güvenlik, dirlik-esenlik ve kamu sağlığından oluşmaktadır. Böylelikle Hauriou genel ahlakı, kamu düzeninin bir unsuru olarak kabul etmemektedir. Ona göre, idari kolluk ahlaki düzensizlikleri kovalayamaz; bu alanda yetkisi yoktur; bunu denerse bireylerin iç dünyasına müdahale etmiş olur. Hauriou genel ahlakı kamu düzeninin dışında bırakmakla kamu düzeni kavramı ile ilgili olarak materyalist ekolü başlatmıştır²³⁰. Materyalist ekoldeki yazarlara göre ise, genel ahlak tek başına değil, fakat maddi düzensizliklere yol açtığı anda kamu düzenine konu olabilir. Morand-Deville'e göre genel ahlaka doğrudan referans veren yargı kararlarının nadir olmasının yanı sıra bu kararlarda "genel ahlak" referansı, "yerel şartlar"ın varlığı ile meşruluk kazanmıştır²³¹.

Moralist ekoldeki yazarlar ise genel ahlakı kamu düzeninin bir unsuru olarak kabul etmektedirler. Chapus'ye göre, yasal amaçlarından biri toplumun iyi düzeninin korunması olan kolluk, ahlaka ve törelere aykırı özellikteki dış olgular yüzünden vicdanların sarsılmasını önlemek veya buna bir son vermek için de harekete geçebilir. Öyleyse genel ahlakın kamu düzeninin bir unsuru olduğundan kuşku duyulmamalıdır²³². Lebreton da genel ahlakın, kamu düzeninin bağımsız bir unsuru olduğunu kabul etmekle birlikte genel ahlakın, ahlaki düzen anlamına gelmediğini belirtmektedir. Ona göre idari kolluk faaliyeti, toplumsal barış ve genel ahlaka saygının korunması için sürdürülen bir gözetleme faaliyetidir ve kolluk güçlerinin maddi düzende bir karışıklık meydana getirmeyen, soyut biçimde ortak vicdanı şiddetle sarsan karışıklıkları da önleme yetkisi olmalıdır²³³. Böyle bir konformizm yazara göre kamusal özgürlükler açısından bir tehlike barındırmaz, çünkü söz konusu olan bireylerin özel hayatlarında kalan davranışları ve düşünceleri değil kamusal davranışlarıdır. Hâkim de genel ahlakın korunmasını sağlayarak ahlak bakımından nötr olan pozitif hukukla arasına belirli bir mesafe koyacak, fakat aynı zamanda bu kavramın ahlak düzeniyle aynı içeriği

²³⁰ HAURIOU, s. 549-550.

²³¹ J. MORAND-DEVILLER, Cours de Droit Administratif, Montchrétien, 4.éd., Paris 1995, s. 537.

²³² CHAPUS, s. 707.

²³³ G. LEBRETON, Droit Administratif Général, Armand Colin, coll. Compact Droit, 3. éd., Paris 2004, s.162.

taşımasına engel olarak otoriter nitelikte bir doğal hukuk anlayışını reddetmiş olacaktır²³⁴.

Moralist ekoldeki yazarlar görüşlerini içtihatlarla desteklemektedirler. Örneğin 1909 yılında Conseil d'Etat, Paris valiliğinin içkili yerlere fuhuş yapmak amacıyla gelen kızların alınmasını yasakladığı bir kararına karşı açılan bir davayı reddetmiş ve söz konusu valilik kararının, valiliğin iyi düzeni koruma yetkisi içinde alınan bir karar olduğunu belirtmiştir²³⁵. Conseil d'Etat'nın bu kararında genel ahlak kavramına doğrudan yer verilmemekle birlikte, Paris valiliğinin koyduğu yasağın temelinde hiçbir maddi düzensizliğin olmayışı, Yüksek Mahkeme'nin kararının dayanağını oluşturan "iyi düzen" (*bon ordre*) kavramını genel ahlaka yakınlaştırmaktadır. Conseil d'Etat 1924 yılındaki bir kararında ise boks dövüşlerini yasaklayan bir belediye kararını, bu faaliyetin ahlaki olmaması gerekçesiyle hukuka uygun bulmuştur. Conseil d'Etat'ya göre Chalôns-sur-Marne Belediyesi dava konusu yasaklama kararında dövüşlerin vahşi ve zalim karakterine ve "ahlaki temizliğe" (*hygiène morale*) aykırılığına dayanmıştır; karara göre yasağın dayanağı olan bu sebepler kamu düzeni ile ilgilidir²³⁶. Conseil d'Etat çeşitli kararlarında belediyenin, halka açık yerlerde uygunsuz davranışları önleme, gezici gösterileri genel ahlak çerçevesinde düzenleme, genel ahlaka aykırı faaliyetlerin meydana geldiği içkili yerleri kapatma gibi yetkilerinin olduğunu kabul etmiştir²³⁷.

1959 yılında *Les films Lutétia* adlı ünlü kararında Conseil d'Etat, yetkili Bakanlık tarafından gösterim izni verildiği halde, bir filmin "yerel şartlar" yönünden ve genel ahlaka aykırı bir nitelikte olması nedeniyle beldede ciddi karışıklık yaratması veya yaratma tehlikesinin olması gerekçesiyle, belediye tarafından yasaklanabileceğini belirtmiştir²³⁸. Bu durumda, belediye başkanının iki durumda bir filmin gösterimini kısıtlama yetkisi olduğu kabul edilmiş olmaktadır. Birincisi, filmin gösterilmesinin beldede güvenlik ve huzuru bozacak nitelikte maddi düzende karışıklık yaratması ya da

²³⁴ LEBRETON, Droit administratif général, s. 165.

²³⁵ CE, 17 décembre 1909, *Chambre syndical de la corporation marchande des vins et des liquoristes de Paris*, Rec. s. 990.

²³⁶ CE, 07 novembre 1924, *Club indépendant sportif châlonnais*, Conclusions Cohen-Salvador, D. 1924, s. 58'den atıfta bulunan: CHAPUS, s. 708.

²³⁷ CE, 4 juillet 1924, *Beauge*, Rec., s. 641; CE, 30 septembre 1960, *Jauffret*, Rec., s. 504; CE., 13 février 1953, *Hubert de Ternay*, D., 1953, s. 753.

²³⁸ CE, Sect., 18 décembre 1959, *Sté. Les films Lutétia*, GAJA, n° 88, s. 564.

yaratma tehlikesini doğurması, ikinci olarak da beldedeki “yerel şartlar” uyarınca genel ahlaka aykırı olması²³⁹.

Conseil d’Etat içtihatlarından yola çıkarak, genel ahlak kavramını, belirli bir zamanda ve yerde vatandaşların geneli tarafından kabul edilen ahlaki yargılar olarak tanımlarsak “yerel şartlar”, maddi düzende bir karışıklık yaratmasa bile bu ahlaki kabullerin dışı yansımaları olarak görülebilir²⁴⁰.

Öğretide kabul edilen bir görüşe göre Conseil d’Etat’nın filmin genel ahlaka aykırılık gerekçesiyle yasaklanmasında “yerel şartlar” unsurunu araması, sokaktaki maddi düzenin bozulmasını ya da böyle bir tehlikenin varlığını aradığının kanıtıdır²⁴¹.

Başka bir görüşe göre ise, “yerel şartlar” unsurunun gerekliliği aynı zamanda kollukların yarışmasından kaynaklanmaktadır. Sinema filmlerinin denetlenmesi konusunda, ülke düzeyindeki özel idari kolluk makamı olan Bakanlık, filmin gösterimine ülke düzeyinde kamu düzenine aykırı olmadığı gerekçesiyle izin vermişken, belediyenin genel idari kolluk makamı olan belediye başkanı ise “yerel şartlar”ın, filmin belirli özellikleri dolayısıyla hassasiyet arz etmesi nedeniyle gösterimi yasaklama kararı almıştır. Waline’in Conseil d’Etat’nın yine konusu bir sinema filminin yasaklanması olan bir idari işleme ilişkin verdiği başka bir kararın analizi dolayısıyla ifade ettiği gibi, ülke düzeyinde yetkili olan özel idari kolluk makamı bir sinema filminin gösterimine, ülkenin hassas yerlerinde meydana gelebilecek ve istisnai nitelikte kalacak olan düzeni bozucu durumlara dayanarak izin vermez ise bu önlem aşırı olacaktır²⁴².

Söz konusu Conseil d’Etat kararında Hükümet Komiseri olan Mayras ise kolluk makamlarının ahlaki karışıklıkları önlemek gerekçesiyle aldıkları önlemlerin vicdan özgürlüğünün kısıtlanmasına ve idarenin bir ahlaki düzeni dayatmasına yol açacağı yönündeki endişesini dile getirmiştir. Weil’e göre de *Les films Lutétia* kararı ile genel ahlak, “yerel şartlar” ile bir arada olduğunda kamu düzeninin bir unsuru haline

²³⁹ G. LEBRETON, “*Le juge administratif face à l’ordre morale*”, in *Mélanges à G. PEISER*, PUG, Grenoble 1995, s. 371-373.

²⁴⁰ LEBRETON, *Droit administratif général*, s. 162-163.

²⁴¹ Bu görüşü benimseyen yazarlar için bkz. VINCENT-LEGOUX, s. 383.

²⁴² M. WALINE, “*Note sur l’arrêt du CE, 14 octobre 1960, Sté. Les films Marceau*”, RDP 1961, s. 140.

gelmiştir²⁴³. Bu karardan önce ahlaka gönderme yapan kararlar münferit kararlar olup bu konuda bir ilke getirmemişlerdir. Weil, bu kararlar Conseil d'Etat'nın ahlaki düzenin bir yasallık nedeni olmasının tohumlarını attığından endişe ettiğini dile getirmektedir. Yerel şartlar aslında sadece belirli bir ahlak düzenini geçerli kılmak için bulunmuş bir kılıftan ibaret de olabilir.

Lebreton ise genel olarak Fransız idare hâkiminin, eskiden beri, birkaç aksi yönde karar dışında, genel ahlak unsurunu, ahlak düzeni anlamına gelecek şekilde uygulamadığını öne sürmektedir. Örneğin Conseil d'Etat, 1938 yılında, kadınlar ve erkeklerin farklı saatlerde plajda bulunmalarına ilişkin bir belediye kararını iptal etmiştir; yine 1941 yılında, çocukların halk eğlencelerine katılmalarını yasaklayan bir belediye kararını hukuka aykırı bulmuştur²⁴⁴. Conseil d'Etat, ünlü *Les films Lutétia* kararından sonra alınan ve bir filmin gösterimini hiçbir “yerel şart” gerektirmediği halde, sadece filmin ahlaksız olduğu gerekçesiyle yasaklayan kolluk işlemlerini de iptal etmiştir²⁴⁵.

2.2.1.2. Türk Hukukunda Genel Ahlak Unsuru

Demokratik bir devlette devletin düşünce ve davranışları, ahlak kuralları açısından denetlemesi ve bu amaçla bireylerin inanç, anlayış ve duygularına müdahale etmesi düşünülemez. Demokratik devlet, belli bir ahlak felsefesinin bekçisi değildir. Devletin müdahale yetkisi, maddi düzenin korunmasına yöneliktir. Toplumun maddi düzenini bozmayan eylemlerin ahlaki kurallara uygunlukları açısından değerlendirilmesi ve sınıflandırılması söz konusu değildir. Bu nedenle genel ahlakın korunması, ancak, toplumun maddi düzenini, başka bir deyişle kamu düzenini bozacak davranışların önlenmesi dolayısıyla mümkün olabilir. O halde genel ahlakın ya da kamu ahlakının korunması, neticede kamu düzeninin korunmasından başka bir şey değildir²⁴⁶.

²⁴³ P. WEIL, “Note sur l'arrêt Sté. *Les films Lutétia*”, D. 1960, s. 171.

²⁴⁴ LEBRETON, *Droit administratif général*, s. 164.

²⁴⁵ CE, 6 nov. 1963, *Ville du Mans*; CE, 26 juillet 1985, *Ville d'Aix en Provence*, Kararları zikreden: LEBRETON, *Droit administratif général*, s. 165.

²⁴⁶ O. UYGUN, 1982 Anayasasında Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992, s. 132; TANÖR, s. 144.

Türk idare hukuku öğretisinde genel ahlak unsuruna ilişkin olarak böyle bir materyalist yaklaşım kabul edilmektedir. Bireylerin ahlak anlayışlarının dışa yansımaları niteliğindeki eylem ve davranışların idari kolluk faaliyetinin konusu olması, ancak bu eylem ve davranışların toplumun dış ve maddi düzeninin bozulması ve sarsılması için açık ve yakın bir tehlike oluşturması halinde mümkündür²⁴⁷.

Türk hukukunda moralist görüşü savunan yazarlara devletler genel hukuku alanında rastlanmaktadır. Örneğin Ökçün'e göre, belirli bir ülkede, belirli bir zamanda, kamu yararını, kamu vicdanı ile genel ahlakı çok yakından ilgilendiren hususlar kamu düzeninin içine girer. Dolayısıyla genel ahlak, kamu düzeninin bir unsurudur²⁴⁸. Çelikel de kamu düzeni kurallarını, "bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzur ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümü" şeklinde tanımlayarak ahlakı, bağımsız olarak kamu düzeninin bir parçası olarak kabul etmiştir²⁴⁹.

Hatemi'ye göre, anayasanın üstünlüğü ilkesi gereğince hâkimin anayasayı göz önünde bulundurması zorunluluğu uyarınca hâkim, ahlak kurallarını da anayasa ilkelerine göre irdeleyecektir. Genel ahlak kavramını sözleşme hürriyetinin bir sınırı olarak incelediği eserinde Hatemi, Anayasa'da bir temel hürriyet olarak düzenlenen sözleşme hürriyetini sınırlayan ahlak kuralının da Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun bir kural olması gerektiğini belirtmektedir²⁵⁰. Anayasanın temel ilkeleri doğrultusunda olmayan bir ahlak kuralı hâkime cazip görünse bile uygulanamamalıdır. Ayrıca "hâkimin uygulayabileceği ahlak kuralı, pozitif hukukun temel ilkeleri ile bağdaşabilen, ülkenin pozitif hukuk bütünü içinde yadırganmadan benimsenebilen ve bu bütün ile çelişmeyen ahlak kuralları olmalıdır."²⁵¹

Anayasa Mahkemesi'ne göre genel ahlak deyimi, belli bir zamanda toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlak kurallarıyla ilgili hareketleri

²⁴⁷ ONAR, İdare Hukuku, C.2, s. 1107-1108; DURAN, İdare Hukuk Ders Notları, s. 255-256; GÜNDAY, s. 259; GÖZÜBÜYÜK / TAN, s. 597; GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, s. 819-820.

²⁴⁸ ÖKÇÜN, s. 9.

²⁴⁹ A. ÇELİKEL, Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2004, s. 130.

²⁵⁰ H. HATEMİ, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s. 104-105.

²⁵¹ HATEMİ, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, s. 109.

gösteren ve kolayca anlaşılan bir anlam taşımaktadır²⁵². Bu tanıma göre genel ahlak kavramının üç unsuru vardır. Bunlar zaman, genellik ve benimsenmedir. Tanımda genel ahlakın kolayca anlaşılabilir bir anlam taşıdığı ifadesi dikkat çekicidir. Oysa, genel ahlak kavramının neyi içerdiğinin belirsiz olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin, kolayca anlaşılabilir olma ile belirli bir toplumda ve belirli bir zamanda çoğunluk tarafından benimsendiği ilk bakışta gözlemlenebilen temel değerleri kastettiği söylenebilir²⁵³. O halde genel ahlak belirli bir zamanda ve belirli bir toplumda benimsenen etik düşüncelerin asgarisidir.

Kuçuradi, genel ahlakın hak ve özgürlükler için bir sınırlama nedeni olmasını eleştirmektedir. Yazara göre bir temel hakkın kısıtlanmasının koşulu olarak kamu ahlakının korunması, kültürel bir normu korumayı bir temel hakkın korunmasından daha önemli saymaya hukuksal olarak olanak sağlamaktadır. Yazara göre kamu ahlakı ifadesinden belirli bir toplulukta en yaygın geçerliliği olan ya da geçerli olduğu varsayılan değişken değer yargıları ve davranış kuralları anlaşılırsa; böyle bir değer yargısını korumak için bir temel hakkın kısıtlanabilmesine olanak sağlamak, sınırlı ve geçici olan bir normu, insan olan herkes için bir muameleyi talep eden bir normdan daha temel saymak; kültürel kaynaklı bir normu, insanın değerinin bilgisinden türetilen evrensel bir normun önüne geçirmek olur²⁵⁴.

Yasal düzenlemelerde genel ahlak, kamu düzeninin korunmasına ve bozulmasını önlemeye yönelik olarak kişi özgürlüğü ve ifade özgürlüğü alanlarında etkili olabilen bir sınırlama nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kaboğlu, etik ve ahlaki değerlerin hukuki olanla olmayan alanın sınırında yer aldığını söylemektedir. Yazara göre genel ahlak kavramıyla ilgili özgürlükler açısından önemli bir tehlike mevcuttur. Bu tehlike genel ahlakın belli geleneksel ya da dinsel değerlerle özdeşleştirilmesi; namus kavramına ve cinselliğe indirgenmesidir²⁵⁵.

²⁵² AYM, K. 1964/8, E. 1963/128, 28.01.1964, AMKD, S.2, s. 38.

²⁵³ N. BULUT, "Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak", AÜEHFD, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 33.

²⁵⁴ İ. KUÇURADI, "İnsan Haklarına Dayalı Anayasa ve Devlet Kavramı", Anayasa Yargısı, C. 8, 1991, s. 133.

²⁵⁵ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 97.

2.2.1.2.1. Genel İdari Kolluk ve Genel Ahlak

PVSK’da yer alan bazı düzenlemeler genel ahlaka aykırı eylem ve davranışları yasaklamaktadır. PVSK’nın 11. maddesi ile polisin genel ahlak ve edebe aykırı davranışları engelleme yetkisi düzenlenmiştir. Bu maddeye göre polis,

A) Genel ahlâk ve edep kurallarına aykırı olarak; utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanları,

B) Çocuklar, kız ve kadınlar ile genç erkeklere sözle veya herhangi bir şekilde sarkıntılık edenleri, kötü alışkanlıklara ve her türlü ahlâksızlığa yönelten ve teşvik edenleri,

C) Genel ahlak ve edebe aykırı mahiyette her türlü sesli ve görüntülü eserleri, kaydedildiği materyale bakılmaksızın üreten ve satanları,

Herhangi bir müracaat veya şikâyet olmasa bile engeller, davranışlarının devamını durdurarak yasaklar, sanıklar hakkında tanzim olunacak evrakı derhal, şikâyete bağlı suçlar hakkındaki evrakı da şikâyet ve müracaat vuku bulduğu takdirde adliyeye tevdi eder.

Bu hükümlerdeki genel ahlak ve edep kurallarından ne anlaşılacağıнын iyi belirlenmesi gerekmektedir. Hafızoğulları’na göre bu ifadeden Ceza Kanunundaki genel ahlakla ilgili hükümlere aykırı davranışlar anlaşılacaksa ortada herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Ancak burada neyin genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olduğuna polis karar verecektir. Yazar, düzenlemenin bu şekliyle bir tür polis suçu yarattığını, dolayısıyla insan hak ve özgürlüklerine karşı ciddi bir tehdit oluşturduğunu belirtmektedir. Biz de genel ahlak ve edep kurallarının tayini ve tespitinin polisin görevi olmadığı görüşü ile Hafızoğulları’na katılıyoruz. Polis burada ceza kanununun koyduğu ölçütlerle bağlı olmalıdır. Bu demektir ki, polisin 11. maddeden kaynaklanan engelleme yetkisi ceza kanunuyla kayıtlıdır; yani kanunun suç saymadığı bir fiil, engelleme yetkisinin konusu olamaz²⁵⁶.

²⁵⁶ Z. HAFIZOĞULLARI, “İnsan Hakları, Polis Görevi ve Yetkisi”, AÜHFD, C. 44, 1995, s. 577.

Bize göre, 11. maddenin polise verdiği yetki münhasıran maddi düzenin bozulması halinde kullanılabilecektir. Bu maddede sayılan hallerden birinin maddi düzende karışıklık çıkması sonucunu doğurarak somut bir biçimde halkın güvenlik ve huzurunu ihlal etmesi durumunda polisin müdahale etme yetkisinin olduğu muhakkaktır. Fakat böyle bir somut karışıklık bulunmadığı halde polisin kendi ahlak ve edep anlayışından hareketle kamu düzeninin bozulması ihtimalini gerekçe göstererek, yakın bir tehlike olsa dahi engelleme yetkisini kullanması bir tür polis suçu yaratmak anlamına gelecektir. Bu ikinci durumda polisin yetkisi, genel ahlak ve edebe aykırı olarak değerlendirdiği bir eylem veya davranışı adli makamlara bildirmekten ibaret olmalıdır. Çünkü polisin burada söz konusu olan engelleme yetkisi Ceza Kanunuyla kayıtlıdır. Nitekim, 11. maddenin son fıkrasına göre polis sanıklar hakkında tanzim olunacak evrakı derhal, şikâyetle bağlı suçlar hakkındaki evrakı da şikâyet ve müracaat vuku bulduğu takdirde adliye tevdî etmek zorundadır.

PVSK'da, genel ahlak gerekçesiyle kolluk makamına engelleme yetkisi veren bir düzenleme de 8. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde yer almaktadır. Kanunun bu hükmüyle, kati delil elde edilmesi halinde genel ahlaka zararı dokunacak oyun oynatılan, temsil verilen, film veya video bant gösterilen yerler ile internet üzerinden yapılan yayınlara izin verilen yerlerin, mahallin en büyük mülki amiri tarafından otuz günü geçmemek üzere geçici süreyle faaliyetten men edileceği düzenlenmiştir. Söz konusu 8/1-(d) maddesinde polisin yetkisi kati delil şartına bağlanmıştır. Bu maddede düzenlenen kolluk yetkisinin, hakkında ceza kovuşturması başlatılmış durumlar için söz konusu olacağını söylemek aşırı bir yorum olacaktır. Danıştay içtihatları da 8. maddenin böyle yorumlanmadığını göstermektedir²⁵⁷. Kanunun lafzı üzerinde aşırı nitelikte bir yorum yapmamak gerekmeyle birlikte, kanımızca mülki amirin bu düzenlemedeki yetkisinin aşırı geniş olduğunu teslim etmek gerekir. Bu maddede sayılan materyallerin kati delil oluşturacak nitelikte genel ahlaka zararı dokunup dokunmayacağını kolluk makamı değerlendirecektir. Buna karşılık Danıştay bir kararında, 8/1-(d) maddesine dayanarak müstehcen film oynatıldığı gerekçesiyle bir sinemayı kapatan valilik kararının iptali istemiyle açılan davada, İdare Mahkemesi kararını, kapatmaya neden olan filmin, 3257 sayılı Sinema Video ve Müzik Eserleri Kanunu uyarınca denetimden

²⁵⁷ D.10.D, K. 1993/1262, E. 1991/2508, T. 31.03.1993; D.10.D, K.1998/4716, E. 1996/1516, T. 01.10.1998.

geçmiş bir film olup olmadığının araştırılmadığı gerekçesiyle bozmuştur²⁵⁸. Bu demek oluyor ki, 3257 sayılı Kanun uyarınca, ahlaki yönden sakıncalı bulunmayarak denetimden geçmiş olan bir filmi, mülki amir genel ahlaka aykırı bularak PVSK'nın 8/1-(d) maddesi uyarınca kati delil sayamayacaktır.

PVSK'nın Ek 1. maddesi ise, genel ahlaka aykırı olduğu tespit edilen oyun ve temsiller hakkında mahallin en büyük mülki amiri tarafından derhal Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulacağını öngörmüştür. Söz konusu Ek 1. madde, 16.06.1985 tarihli 3233 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce mülki idare amirine polis vasıtasıyla, genel ahlaka aykırı olduğu tespit edilen oyun ve temsilleri men etme yetkisi vermekte idi. Kanımızca sansür niteliğindeki bu düzenlemeyi kaldıran böyle bir değişikliğin PVSK'nın 11 ve 8. maddelerindeki, ifade özgürlüğü ile bilim ve sanat özgürlüğünü genel ahlak gerekçesi ile sınırlama yetkisi veren düzenlemeler açısından da yapılması gerekir.

2.2.1.2.2. Sinema Kolluğu

5224 sayılı Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanunun²⁵⁹ 3. maddesi, ülke içinde üretilen veya ithal edilen sinema filmlerinin ticarî dolaşıma ve gösterime sunulmadan önce, gösterim ve iletim biçimleri dikkate alınarak kayıt ve tescile de esas olacak şekilde kamu düzeni, genel ahlâk ile küçüklerin ve gençlerin ruh sağlığının korunması, insan onuruna uygunluk ve Anayasada öngörülen diğer ilkeler doğrultusunda denetlenmesi, değerlendirilmesi ve sınıflandırılmasından söz etmektedir. Bu düzenleme hiç değiştirilmeden, 18.02.2005 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin²⁶⁰ 4. maddesinin (g) bendine de aktarılmıştır. Söz konusu Yönetmeliğin 9. maddesinin 2. fıkrasında değerlendirme ve sınıflandırma sonucunda uygun bulunmayan filmlerin ticari dolaşıma ve gösterime sunulamayacağı düzenlenmiştir.

²⁵⁸ D.10.D, K. 1993/1262, E. 1991/2508, T. 31.03.1993.

²⁵⁹ 5224 sayılı Kanun, 3257 sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanununu yürürlükten kaldırmıştır.

²⁶⁰ Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 18 Şubat 2005 - Sayı: 25731.

Bu alanda, yürürlükten kaldırılan mevzuat çerçevesinde öngörülmüş olan Film Denetleme Kurullarının özerk olmayışları konusunda Kaboğlu'nun eleştirisi yeni mevzuat açısından da geçerliliğini korumaktadır²⁶¹. Bizce de 5224 sayılı Kanun ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte öngörülen Değerlendirme ve Sınıflandırma Kurulu ve alt kurulların özerk statüde bulunmayışları sinema özgürlüğünü idarenin haksız müdahalelerinden korumak için uygun bir yöntem değildir.

08.07.1963 tarihli kararında, PVSK'nın "Hariçten gelen filmlerin gösterilmesi ve dâhilde yapılacak filmlerin çekilmesi polisin iznine bağlıdır. Polis filmlerin ve senaryoların tetkik ve muayene işini alâkalı makamlarla birlikte ve nizamnamesine göre yapar." şeklindeki 6. maddesini, 1961 Anayasası'nın bilim ve sanat hürriyetini düzenleyen 21. maddesine aykırı bulmayan Anayasa Mahkemesi şöyle demektedir:

"(...) memleketin bir çok yerlerinde aynı anda gösterilebilen, halk ruhiyatı üzerinde derin etkiler yapan, maşerî vicdanda geniş tepkiler yaratan bir temaşa vasıtası olan filmlerin bir kayıtlamaya tabi tutulmalarında kamu yararı vardır. Bu sebeptendir ki filmlerin birçok ileri Avrupa memleketlerinde de izne ve kontrole bağlı tutulması zarurî görülmüştür. Hatta en yeni Anayasalardan olan 1947 tarihli İtalyan Anayasası'nın 21 inci maddesiyle umumî adaba aykırı neşriyat, tiyatro ve bütün sair gösterilerin yasak olduğu ve kanunun bunları önlemeye ve cezalandırmaya elverişli tedbirleri tesbit edeceği açıklanmak suretiyle filmlerin de bazı kayıtlamalara tabi tutulacağı kabul edilmiştir. Sinema filmlerinin bir sanat eseri niteliği taşıdıkları şüphesiz olmakla beraber, edebiyat, resim, heykel gibi güzel sanatlarda da rastlandığı gibi müstehcen ve genel ahlâka aykırı fikir mahsullerinin de sanat eserleri arasında sayılamıyacağı aşîkârdır.

(...) Sinema filmlerinin kontrolüne ilişkin hüküm, film yapma ve gösterme serbestliğini esasından kayıtlayıcı nitelikte olmayıp, genel ahlâkın ve millî güvenliğin korunması ve kamu düzeninin sağlanması için alınmış zarurî bir tedbirden ibaret bulunması bakımından, bilim ve sanatı öğrenme ve öğretme, açıklama ve yayma

²⁶¹ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 497.

hürriyetinin özünü zedeleyen bir mahiyet taşıma(ma)kta ve Anayasa'nın sözüne ve Özüne aykırı bulunma(ma)ktadır”²⁶²

Danıştay’ın, yukarıda PYSK’nın 8/1-(d) maddesi ile ilgili olarak da bahsettiğimiz bir kararında kullandığı ifadelerden, sinema alanında, dış düzende bir karışıklık yaratma tehlikesinin varlığını aramadığı ve dış düzenden çok ahlaki bir düzenin korunmasını hukuken meşru kabul ettiği anlaşılmaktadır. Söz konusu karara konu olan işlem, müstehcen film oynatıldığı gerekçesiyle bir sinemanın valilikçe kapatılması işlemidir. Bu davada ilk derece İdare Mahkemesi, “*mahkeme heyetinin söz konusu filmi izlediği, bu tarihte filmin silik ve tam izlenemeyecek durumda olduğu, bir sahnede başrol oyuncu kadının kısa bir süre çıplak görüldüğü, bunun dışında herhangi bir açık sahnenin görünmediği, söz konusu edilen açık sahnenin de net bir şekilde izlenemediği ve cinsel duyguları tahrik edici içerikte bulunmadığı, filmin müstehcen olarak nitelendirilemeyeceği gerekçesiyle kapatma işleminin iptaline*” karar vermiş; Danıştay ise “*3257 sayılı yasaya göre denetimden geçmiş bir film olup olmadığı hususunun mahkemece araştırılmadığı, ..., mahkemece yalnızca bir sahne üzerinde durularak karar verildiği, bunun yanında filmin onsekiz yaşından küçüklere gösterilmiş olması yolundaki tesbitin de mahkemece nazara alınmadığı*” gerekçesiyle ilk derece Mahkemesinin kararını bozmuştur²⁶³.

Bu alanda genel ahlak, Hatemi’ye göre kişilerin ruh sağlığının korunmasına ilişkindir; ruh sağlığı açısından yapılacak denetim esasen devletin görevidir²⁶⁴. Yazara göre ruh sağlığı yalnız küçükler için gözetilmesi gerekli bir şey değildir; herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşaması için gerekli tedbirler alınmalıdır.

2.2.1.2.3. Küçüklerin ve Gençlerin Korunması

Genel ahlak kolluğundan söz edince gerçekten de akla hemen müstehcenlik kavramı ve Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu gelmektedir. Her ikisi de

²⁶² AYM, K. 1963/179, E. 1963/204, T. 08.07.1963.

²⁶³ D.10.D, K. 1993/1362, E. 1991/2508, T. 31.03.1993.

²⁶⁴ H. HATEMİ, Sinema Filmlerinin Sansürü Kollojyumu (25 Mayıs 1978), Tartışmalar Bölümü, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 79-81.

düşün ve sanat ürünleri ile bu konudaki anayasal özgürlükleri doğrudan ilgilendirmektedir²⁶⁵. Anayasa Mahkemesi, Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununa değişiklik getiren 3266 sayılı Kanunun iptali istemiyle açılan davada, bir yandan hukuk devleti ilkesine sadık kalarak demokratik hak ve özgürlükler içinde önemli bir yere sahip olan basın özgürlüğünü zedelememek, diğer yandan da çocuk ve gençlerin bedensel, ruhsal ve ahlaki gelişmelerine zarar verecek ve onları suça itecek yayınlardan korumak zorunluluğunun çağdaş bir kaygıya dönüştüğünü ifade etmiştir²⁶⁶. Yüksek Mahkeme, maneviyat ve muzır kavramlarının Milli Eğitim Temel Kanununun genel amaç ve temel ilkelerinde ayrıntılı olarak gösterildiğini belirterek bu düzenlemelere aykırılığın yayım suçu doğurduğu sonucuna varmıştır. Dolayısıyla Mahkeme, basın özgürlüğüne kamusal ahlakın korunması amacıyla sınırlama getirilmesini Anayasa'ya uygun bulmuştur.

Radyo ve Televizyon Yayınlarının Usul ve Esaslarına Dair Yönetmeliğin “Yayın İlkeleri” başlıklı 5/t maddesi uyarınca, “tür ve içerik gereği cinselliğin yer aldığı yapımlar, gençlerin ve çocukların zihinsel, duygusal, sosyal ve ahlaki gelişimini korumak amacıyla sesli/yazılı uyarılar yapılarak, saat 23.00 ile 05.00 arasında yayınlanmalı, bu tür programların tanıtım duyurularında, cinselliğin teşhir edildiği bölümler kullanılmamalı ve bu duyurular saat 21.30'dan sonra yapılmalıdır.”

Aynı maddenin (z) bendinde ise “Gençlerin ve çocukların fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimini zedeleyecek türden programlar, korunması gereken izleyici kitlenin seyredebileceği zaman ve saatlerde yayınlanmamalıdır. Yayınlarda ilgi çeken kişi veya karakterler, çocuk ve genç izleyicileri özendirerek, onların duygusal, ahlaki ve sosyal gelişmelerini olumsuz yönde etkileyebilecek biçimde gösterilmemelidir. Tür ve içerik gereği; cinsellik, şiddet ve olumsuz örnek alınabilecek davranışlar (kumar, alkol, uyuşturucu kullanımı, kötü dil, intihar vb.) içeren yayınlar, saat 23.00 ile 05.00 arasında, farklı yaş grupları gözetilerek, sesli/yazılı uyarılar yapılmak suretiyle yayınlanmalıdır. Bu tür programların tanıtım duyurularında, şiddet, cinsellik vb. içeren bölümler kullanılmamalı ve bu duyurular saat 21.30'dan sonra yapılmalıdır.” denilmektedir.

²⁶⁵ ÖZAY, Günişığında Yönetim, s. 731.

²⁶⁶ AYM, K. 1987/4, E. 1986/12, T. 11.02.1987, AMKD S. 23, s. 68.

2.2.1.2.4. Müstehcenlik Kavramı

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Esaslarına Dair Kanunun 4. maddesinde sayılan yayın ilkeleri arasında radyo televizyon yayınlarının müstehcen olmaması; toplumun milli ve manevi değerleri ile Türk aile yapısına aykırı olmaması sayılmıştır. Kanunda müstehcen kavramının neyi ifade ettiği belirtilmemiştir; fakat Radyo ve Televizyon Yayınlarının Usul ve Esaslarına Dair Yönetmeliğin²⁶⁷ “Yayın İlkeleri” başlıklı 5/t maddesi, bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin fikir veren bir düzenleme getirmektedir. Bu maddeye göre, “cinsel duyguları sömürmeye yönelik, bireyleri cinsel meta olarak gösteren, insan bedenini cinsel tahrik unsuruna indirgeyen, toplumsal yaşam alanı içinde sergilenemeyecek mahrem söz ve davranışlar içeren yayınlar yapılmamalıdır.”

Müstehcenlik, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) üçüncü kısmının yedinci bölümünde düzenlenen, genel ahlaka karşı suçlar arasında sayılmıştır. Bu kavramın tayininde ceza hukuku öğretisi ve bu alandaki mahkeme kararları idareye yol gösterici olmalıdır. TCK’nın 226. maddesinde, eski TCK’nın 426-428 maddelerinde yer alan müstehcenlik suçları, unsurlarında önemli değişiklikler yapılarak ve çocukların bu tür suçlara karşı korunmasına ilişkin yeni suç tipleri ile birlikte 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununu da kapsar şekilde yeniden düzenlenmiştir. Müstehcenlik suçu ile yasakoyucu, ortak bir duygu olan genel adabı esas alarak gelecek bir kötülüğü, yani genel ahlakın düşmesini önlemeyi amaçlamıştır²⁶⁸. TCK, eskiden olduğu gibi müstehcenlik kavramını tanımlamamıştır. Müstehcenlik genel olarak halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsel arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka, toplumun ortak edep duygusuna aykırı davranışlar olarak tanımlanabilir. Bu kavram da genel ahlak kapsamı içinde yer aldığından toplumdan topluma değiştiği gibi aynı toplum içinde zamanla değişikliğe uğramaktadır. Bu itibarla müstehcenin tayininde ortak bir duygu olan hicap esas tutulmalı; fiilin işlendiği zamanın sosyal ve kültürel

²⁶⁷ Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 17 Nisan 2003 - Sayı: 2508.

²⁶⁸ F. EREM, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Seçkin Kitabevi, Ankara 1985, s. 220.

şartları, birlikte yaşayanlar arasındaki ortak edep duygusu göz önünde bulundurulmalıdır²⁶⁹.

Bilimsel ve sanatsal eserler müstehcen değildir. Öğretide genel olarak ‘sözde bilim’, ‘sözde sanat’ eserlerinin gerçeklerinden ayırmak gerektiği vurgulanmaktadır²⁷⁰. Parlar ve Hatipoğlu’na göre, cinsel merakın yararlı bir biçimde giderilmesi, cinsel terbiye ve korunma gibi sosyal yararlar güden, öğretim, tedavi, araştırma gibi bilimsel amaçlara hizmet eden eserler müstehcen olarak nitelendirilemezler. Cinsel bir davranışı olduğu gibi anlatmakta, o anlatılanla gerçek arasında tam bir uygunluk olsa dahi, edebi eser niteliği yoktur. Somut olayda, sanat gayesinden ayrı olarak, cinsel arzuların körüklenmesinin ön plana çıktığı, eserin satışı, sunuluş biçimleri gibi dış unsurlar da gözetilerek belirlenir. Sadece çıplaklık, bir resmin müstehcen olduğunu kabulünü gerektirmez; ar ve hayâ duygularını incitmesi ve eserin estetik bir yanının bulunmaması hallerinde müstehcenlikten bahsedilebilir. Bir yazılı eserin edebi eser olup olmadığı belirlenirken eserin bir bölümünün değil tümünün incelenmesi gerekir²⁷¹.

Müstehcen olduğu ileri sürülen eserin bir sanat eseri olması halinde bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırılması yerinde olacaktır. Bunun dışında kalan resim, film ve eserlerin müstehcen olup olmadıklarının tespiti, özel ya da teknik bir bilgi gerektirmeyip, hâkimlik mesleğinin verdiği genel ve hukuki bilgi ile mümkündür²⁷².

Danıştay, bu alanda bilirkişi incelemesi yaptırmaktadır. RTÜK’ün gece saatlerinde pornografik bir film yayınladığı gerekçesiyle bir televizyon kanalına bir gün yayın durdurma cezası vermesine ilişkin işleme karşı açılan davada ilk derece İdare Mahkemesi, “...*filme ait kasetin mahkeme heyetince izlenmesinden, filmde yer alan görüntülerin 3984 sayılı Yasanın 4/d maddesinde belirtilen genel ahlak, toplum huzuru ve Türk aile yapısına aykırı yayın yapılamayacağı ilkesini ihlal edici nitelikte bulunduğu anlaşıldığı, bu durumda dava konusu işlemde mevzuata aykırılık görülmediği gerekçesiyle*” davayı reddetmiş; Danıştay ise “*uyuşmazlığın*

²⁶⁹ A. PARLAR / M. HATİPOĞLU, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: 4 (madde 223-345), 2. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 2008, s. 3373.

²⁷⁰ Bize göre, birşeye “sözde” denmesi ancak bir değerlendirme ile ilgili olabilir ki, başkalarının değerlendirmesi de onun “sözde” olmadığı yönünde olabilir. Bir kez bu yola girilirse çıkılmaz.

²⁷¹ PARLAR / HATİPOĞLU, s. 3375.

²⁷² E. BAYTEMİR, Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 1235.

çözümenebilmesi, genel bilgilerle hâkimlik mesleğinin gerektirdiği bilginin yanısıra konunun uzmanlarından alınacak özel ve teknik bilgiden de yararlanmayı gerektirmektedir” diyerek ilk derece İdare Mahkemesinin kararını bozmuştur²⁷³.

Anayasa’nın “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” başlıklı 26. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir” denilerek düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kapsamı belirtilmiştir. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırları ise maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, bu özgürlüklerin 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 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. Yani, genel ahlak düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlama sebeplerinden biri olarak sayılmamıştır. Dolayısıyla genel ahlak, ancak suçların önlenmesi ve kamu düzeni sebeplerine bağlı bir biçimde söz konusu hürriyeti sınırlamak için bir sebep oluşturabilecektir. Yoksa bağımsız bir şekilde genel ahlakın korunması amacıyla, kısaca ifade özgürlüğü olarak adlandırdığımız “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” sınırlandırılmaz. Ayrıca bilim ve sanat hürriyetini düzenleyen 27. maddeye göre de herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir. Anayasa, yasakoyucuya bu özgürlüğü de genel ahlak gerekçesi ile sınırlama yetkisi vermemiştir.

Görüldüğü gibi, birer özel idari kolluk olan sinema kolluğu ve radyo-televizyon kolluğunun genel ahlakı korumak amacıyla aldığı tedbirlerin yargısal denetiminde maddi düzenin bozulmasına yol açacak, açık ve ciddi bir tehlike

²⁷³ D.10.D, K. 2001/1807, E. 1999/5326, T. 15.05.2001.

aranmamaktadır. Bu alanlardaki kolluk tedbirleri bakımından genel ahlak tek başına bir amaç olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durumda genel ahlakın kamu düzeninin bir unsuru olup olmadığına ilişkin iki farklı sonuca ulaşılabilir. Bunlardan birincisi genel ahlakın kamu düzeninin bağımsız bir unsuru olmayıp, klasik üç unsur olan güvenlik, huzur ya da sağlığı tehdit ederek kamu düzeni kavramının uygulanmasına yol açması; diğeri de genel ahlakın korunmasının tek başına ve doğrudan kamu düzeninin bir unsuru olmasıdır.

2.2.1.3. Hâkimin Genel Ahlakı Araştırması

Medeni yargılama hukukunda kural olarak benimsenen “müzakere ilkesi” hâkimin somut olayla ilgili ahlak kurallarını araştırma faaliyetini kayıtlamaz. Hâkim, tarafların “ahlaka uygun” veya “ahlaka aykırı” şeklinde yapacakları nitelendirmelerle bağlı olmaksızın, nasıl re’sen Türk kanunları uyarınca hüküm veriyorsa, somut olayda ahlak kurallarının ihlal edilip edilmediğini de re’sen araştırır. Hâkim bu konuda iki hususu re’sen araştıracaktır. Birincisi eğer pozitif hukuk kuralı haline gelmemiş bir ahlak kuralı söz konusuysa bu kuralın ne olduğunu tespit edecektir; ikincisi maddi olayın niteliğinin bu ahlak kuralını ihlal edip etmediğini araştıracaktır²⁷⁴. İdari yargılama usulünde genel kural re’sen araştırma ilkesi olduğuna göre idare hâkimi de idarenin genel ahlakı korumak için aldığı kolluk tedbirinin dayandığı maddi ve hukuki sebebin hukuka uygun olup olmadığını bu yönlerden araştıracaktır. Fakat eğer genel ahlakın korunmasının tek başına bir amaç olmadığını, yalnızca toplumun maddi düzenini bozma tehlikesi doğurması durumunda bir kolluk müdahalesine yol açacağını kabul ediyorsak idare hâkiminin önüne gelen olaydaki maddi olgunun, kamu düzenini bozacak açık ve yakın bir tehlike oluşturup oluşturmadığını da araması gerekecektir.

Görüldüğü gibi, birer özel idari kolluk olan sinema kolluğu ve radyo-televizyon kolluğunun genel ahlakı korumak amacıyla aldığı tedbirler bakımından maddi düzenin bozulmasına yol açacak, açık ve ciddi bir tehlike aranmamaktadır. Bu alanlardaki kolluk tedbirlerine ilişkin olarak, genel ahlak tek başına bir amaç olarak ortaya çıkmaktadır. Bu

²⁷⁴ HATEMİ, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, s. 112-113.

durumda genel ahlakın kamu düzeninin bir unsuru olup olmadığına ilişkin iki farklı sonuca ulaşılabilir. Bunlardan birincisi genel ahlakın kamu düzeninin bağımsız bir unsuru olmayıp, klasik üç unsur olan güvenlik, dirlik-esenlik ya da sağlığı tehdit ederek kamu düzeni kavramının uygulanmasına yol açması; diğeri de genel ahlakın korunmasının tek başına ve doğrudan kamu düzeninin bir unsuru olmasıdır.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, demokratik ve liberal bir rejimin hukuk düzeninde kamu düzeni kavramının en istikrarsız biçimde uygulandığı alanlardan biri ahlak alanıdır. Bu alanda somut olayın, hatta daha önceki olayların özelliklerine, hukuku uygulayanların hayat görüşlerine, kamuoyuna ve bazen yöneticilerin yaptıkları etkilere göre en geniş hoşgörü derecesinden en katı tedbirlere kadar değişen bir uygulama söz konusudur. Genel ahlakın tanımlanması, uygulanması, uygulandığı alanların ve özellikle de sanat ürünleri alanında ahlaka ilişkin yargıların etkisinin nerede başlayıp nerede bittiğinin belirlenmesi konusunda en önemli rol hâkimlere düşmektedir. Bu konuyla ilgili Mourgeon'un dileğine katılmamak mümkün değildir. Mourgeon, güzel olanı bayağı olandan, hoşgörülebilir olanı aşırı olandan ve görevinin onurundan zavallı bir körleşmeyi ayırd etmek için adalet Tanrıçası Thémis'in yeterince zeki ve hassas olmasını diliyor²⁷⁵.

2.2.1.4. Yeni Bir Ahlaki Unsur: İnsan Onuru

2.2.1.4.1. İnsan Onuru-İnsan Hakları-Kamu Düzeni İlişkisi

İnsan onuru özünde felsefi bir kavramdır²⁷⁶. Bununla birlikte, insan onuru veya haysiyeti kavramı, doğal hukuk anlayışının bir yansıması olarak insan haklarına ilişkin çeşitli hukuk metinlerinde yer almaktadır²⁷⁷. Örneğin 1945 tarihli Birleşmiş Milletler

²⁷⁵ J. MOURGEON, "De l'immoralité dans ses rapports avec les libertés publiques", D. 1974, Chronique, s. 249.

²⁷⁶ Kuçuradi, insan onurunu, insanın değeri ile eş anlamda kullanmaktadır. Kuçuradi, "İnsanın değeri derken bundan insanın diğer canlılar arasındaki özel yerini anlıyorum. İnsana bu özel yeri sağlayan, onun özelliklerinin bütünüdür, onu diğer canlılardan ayıran olanaklarıdır. Bu olanaklar, insana özgü etkinlikler ve ürünler olarak görünür. Bu özellikler ise, insanın diğer canlılarla ortaklaşa taşıdığı özelliklere ek özelliklerdir. İşte bu özellikler ya da olanaklar "insanın değerini" ya da "onurunu" oluşturur." demektedir. İ. KUÇURADI, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara 1982, s. 49.

²⁷⁷ İnsan haklarına "onurlu bir hayat" için ihtiyaç duyulur. "(..) İnsan hakları listeleri, insan onuru için (yapılan) siyasal mücadelenin eseri olup, bu mücadelenin temel özelliğini göstermektedir. İnsan hakları uygulamasının özünde

Andlaşması, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, İkiz Sözleşmeler olarak anılan 1966 tarihli “Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme” ve 1976 tarihli “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme”de aynı ifadelerle kabul edilmiştir. “İnsanlık ailesinin bütün üyelerinin özden saygın oluşlarının, eşit ve vazgeçilmez haklarının kabulü dünyada özgürlük, adalet ve barışın temelini oluşturur.”²⁷⁸.

Türkiye tarafından 04.11.1993 tarihli ve 3915 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesinde insan onurunun, Avrupa Konseyi’nin korumayı hedeflediği, ortak miraslar olan ideal ve ilkelerin temel unsurlarından biri olduğu belirtilmiştir.

7-8 Aralık 2000 tarihinde yapılan Nice Zirvesi’nde onaylanan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Giriş bölümünde “Ruhani ve manevi mirasının bilincinde olan Birlik, bölünmez ve evrensel değerler olan insan onuru, özgürlük, eşitlik ve dayanışma değerleri üzerine inşa edilmiştir.” denmektedir. Şartın “Onur” başlıklı Birinci Bölümü, insan onurunu AB’de temel ve üstün değer olarak ilan etmiştir. 1. maddede; “insan onuru, ihlal edilemez. Saygı gösterilmeli ve korunmalıdır.” hükmüyle insan onurunun dokunulmazlığı tüm temel hakların dayanağı olarak vurgulanmış; bu bölümün kalan dört maddesinde de yaşama hakkı; kişinin bedensel ve ruhsal dokunulmazlık hakkı; işkence veya insanlık dışı veya alçaltıcı muamele veya ceza yasağı; kölelik ve zorla çalıştırılma yasağı düzenlenmiştir. Bildirgede, böylelikle insan onurunun korunması hakkı, bir dizi doğrudan hakla çevrilmiştir²⁷⁹.

Türkiye tarafından 03.12.2003 tarihli ve 5013 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Başlangıç bölümünde de “Biyoloji ve tıbbın kötüye kullanılmasının, insan onurunu tehlikeye sokacak eylemlere neden olacağının bilinciyle; (...) Biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, insan onuru ve bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bu tedbirlerin alınması

yatan ahlaki ideal ile siyasal gerçeklik arasındaki etkileşimin başka bir yönü de budur.” J. DONNELLY, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Çev. M. Erdoğan / L. Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara 1995, s. 27-29, 37.

²⁷⁸ T. AKILLIOĞLU, *İnsan Hakları I*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995, s. 5.

²⁷⁹ F. ARSAVA, “*Avrupa Temel Haklar Şartı ve Avrupa Birliği Siyasi Kriterlerine Etkisi*”, *Stratejik Araştırmalar Dergisi*, S.2, Eylül 2003, s. 31.

kararına vararak” ifadelerine yer verilmiş ve Sözleşmede bu alanda uygulanacak kural ve ilkeler düzenlenmiştir²⁸⁰.

İnsan onuru bazı devletlerin anayasalarında da yer almaktadır. Örneğin Alman Anayasası’nın 1. maddesi, insan onurunun dokunulmaz olduğunu söylemekte, “Würde des Menschens” ifadesiyle, hem bireye hem de insanlığa gönderme yapmaktadır. 1994 tarihli Belçika Anayasası’nın 23. maddesi, “insan onuruna uygun bir yaşam sürdürme hakkı”na yer vermiştir. Portekiz (m.1) ve İspanya Anayasalarına (m.10) göre insan onuru siyasi ve toplumsal sistemin temellerinden biridir. İsviçre’de insan onurunun korunması kavramı 17 Mayıs 1992 tarihli Federal Anayasa’da öngörülmüştür²⁸¹.

Ulusal ve uluslararası metinlerde 2. Dünya Savaşı’nın hemen ertesinde yer almaya başlayan bu kavram, Fransız hukukunda hiçbir anayasal metinde doğrudan öngörülmemiştir. Buna rağmen, Anayasa Konseyi 1994 yılında verdiği bir kararında, 1946 Anayasası’nın Başlangıç hükmünün ilk cümlesine dayanarak insan onurunu anayasal değerde bir ilke olarak kabul etmiştir²⁸². 1995 yılında da Conseil d’Etat “Commune de Morsang sur Orge” adlı kararında²⁸³, “insan onuru” kavramını kamu düzeninin bir unsuru olarak kabul etmiştir. Bu karar kamu düzeni kavramı bakımından çok önemli bir yeniliği temsil etmektedir. Bu kararla bir taraftan kamu düzeninin unsurlarına yeni bir unsur eklenmiş; kamu düzeninin klasik üç unsurdan oluştuğunu iddia eden görüşle, bu üç unsur dışında genel ahlak gibi başka unsurlar da içerdiği yönündeki görüş arasında öğretide var olan tartışma tekrar gündeme gelmiştir. Diğer taraftan, “insan onuru” genellikle insan haklarının ve kısmen de kamu özgürlüklerinin temelini oluşturan bir kavram olarak kabul edildiği için klasik özgürlükler-kamu düzeni karşıtlığını da tartışmaya açmıştır.

²⁸⁰ <http://www.biyotetik.org.tr/mevzuat/Uluslararası/Biyotip.htm> , indirilme tarihi 05.06.2009.

²⁸¹ L. FAVOREU, “Bioéthique: un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science”, RFDA, 1994, s. 1022.

²⁸² CC, la décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994, *Bioéthique*, JO 29 juillet 1994, s. 11024 Fransız Anayasa Konseyi’nin bu kararı insanın fiziksel bütünlüğü, organ bağı ve insan bedeninden alınan organların ve diğer elemanların kullanılması konusunda bioetiğe ilişkin iki Yasa hakkındadır. Anayasa Konseyi’ne göre, yasakoyucu tarafından konulan bazı ilkelerin amacı anayasal değerde bir ilke olan insan onuruna saygıyı korumaktır. Örneğin insanın üstünlüğü, hayatın başlangıcından itibaren insana saygı, insanın fiziksel bütünlüğü, insan bedeninin mal niteliğinin olmayışı, insan soyunun bütünlüğü (insanlığın genetik varlığının korunması) ve eleme amaçlı genetik müdahale yasağı gibi ilkeler insan bedenine saygıya ilişkin Yasayla Medeni Koda (*Code civil*) girmiştir. L. FAVOREU, “Bioéthique: un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science”, s. 1025.

²⁸³ CE, 27 octobre 1995, Rec. s. 372; http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_la47.shtml.

2.2.1.4.2. “Commune de Morsang-sur-Orge” Kararı

Commune de Morsang-sur-Orge kararına konu olan belediye kararı bir eğlence biçimini ilçede yasaklamaya ilişkin bir kolluk işlemidir. Anglo-sakson ülkelerden ihraç edilen bu eğlence, Amerikan futbolunda futbolcuların giydiği türden korunaklı bir kostüm giymiş olan bir cücenin, seyirciler tarafından bir top gibi mümkün olan en uzağa fırlatılmasından ibarettir. 1990’ların başında Fransa’da genelde diskoteklerde görülmeye başlanan bu eğlence, daha o yıllarda basının geniş yer ayırdığı ciddi bir polemik konusu olmuştur. Kamuoyunun büyük bir bölümü bu tuhaf eğlence tarzını çağdaş bir toplumda insan onurunu küçük düşürücü olarak görmüştür. Hatta dönemin İçişleri Bakanı valiliklere gönderdiği bir genelgeyle AİHS’nin işkence ve kötü muameleyi yasaklayan 3. maddesine gönderme yaparak eğlencenin belediyeler nezdinde yasaklanmasını önermiştir²⁸⁴.

Eğlenceyi düzenleyen şirket ve şirketin istihdam ettiği Wackenheim adlı cüce, eğlenceyi yasaklayan Morsang Belediyesi ve Aix-en-Provence Belediyesi kararlarına karşı dava açmıştır. İlk derece İdare Mahkemeleri tarafından farklı gerekçelerle iki belediye kararının da iptaline karar verilmiştir. Marsilya İdare Mahkemesi eğlencenin insan onurunu zedelediği yönünde gerekçe belirtirken Versay İdare Mahkemesine göre eğlencenin insan onuruna aykırı olduğu kabul edilse bile bu durum ‘yerel şartlar’ bakımından yasaklamayı haklı kılacak nitelikte değildir. Davalı belediyeler kararları temyiz etmiştir.

Her ne kadar AİHS, Sözleşmeye taraf ülkelerde idare tarafından doğrudan uygulanabilme özelliğine sahipse de Conseil d’Etat’ya göre Belediyeler Kodunun L.131-1 ve L.131-2 maddeleri²⁸⁵ söz konusu kararların hukuki dayanağını oluşturmak bakımından tek başına yeterlidir. Hükümet Komiseri, AİHS’nin 3. maddesinin somut olayla ilgisi olmadığını söylemenin mümkün olmadığını, fakat söz konusu belediye kararlarının bu maddeye dayanamayacağını belirtmiştir. Öncelikle AİHS, güvence altına aldığı hakların bireyler arası ihlalleri söz konusu olduğunda devletin yaptırım

²⁸⁴ P. FRYDMAN, “L’Atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale”, RFDA 1995, s. 1204.

²⁸⁵ Bu maddeler 21 Şubat 1996 tarihli ve 96-142 sayılı Kanunla, Belediyeler Kodundan kaldırılarak, Yerel Yönetimler Genel Kodunun L. 2212-2 ve L. 2212-5 maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddelerdeki hükümler hakkında daha önce bilgi verildi. Bknz. yukarıda s. 39, dn. n° 102.

öngörmemiş olması halinde de uygulanabilmektedir (AİHM, 26.03.1985, *X. ve Y. c/Hollanda*). Avrupa İnsan Hakları Komisyonu 14 Aralık 1974 tarihli bir raporunda bir eylemi kötü muamele olarak nitelendirebilmek için bu eylemin, gerek eylemi gerçekleştirenin gerekse buna maruz kalanın gözünde küçük düşürücü nitelikte olmasını aramıştır. AİHM içtihatlarına göre bir kimse, Sözleşme'nin güvence altına aldığı haklardan bazılarını kullanmaktan vazgeçebilse bile Sözleşme'nin 3. maddesinde düzenlenen hak, kişi tarafından vazgeçilebilecek bir hak olarak kabul edilemez. Hükümet Komiseri Frydman, bütün bu verilere rağmen somut olayda belediyelerin cüce fırlatma eğlencesini yasaklayan kararlarını, Sözleşmenin 3. maddesine hukuken geçerli bir biçimde dayandıramadıkları sonucuna varmakta ve bunu da iç hukukta geçerli olan yetki kurallarıyla açıklamaktadır. Hükümet Komiserine göre idarenin yetkisinin olmadığı bir alanda Sözleşme hükümlerini uygulama gerekçesiyle de olsa hukuken geçerli bir idari işlem yapabileceğini kabul etmek mümkün değildir. Bu nedenle, somut olayda söz konusu belediyelerin kolluk yetkilerinin kapsamı dışında ve doğrudan Sözleşme'nin 3. maddesine dayanmaları mümkün değildir²⁸⁶.

Belediyeler Kodunun L.131-2 maddesine göre belediye kolluğunun konusu iyi düzeni (*bon ordre*), güvenliği ve genel sağlığı korumaktır, maddenin 3. paragrafına göre ise belediye kolluğu eğlence ve gösteri, oyun yerleri, kafeler gibi insanların toplu olarak bulundukları mekanlarda da düzeni korumakla görevli ve yetkilidir. Bu yasal hüküm, gösteri ve eğlence yerleri kolluğu bakımından genelde sadece kamu güvenliğinin sağlanması ve olası maddi düzensizlikleri önleme olarak anlaşılmaktadır. Söz konusu belediyeler, uyuşmazlık konusu eğlencenin orada bulunan insanların ve cücenin kendisinin güvenliğini tehlikeye attığını ileri sürseler de Conseil d'Etat, bu sebebin dava konusu kararların gerekçesi olamayacağı görüşündedir. Çünkü Bay Wackenheim emniyet düzeneği olan özel yapılmış bir kostüm giymektedir; orada bulunan insanlar açısından da çeşitli güvenlik tedbirleri alınmış olup fırlatma mesafesi de 3,30 metreyi aşmamaktadır²⁸⁷.

Morsang Belediyesi yasaklama kararına gerekçe olarak bu eğlence ile ilgili içlerinden biri belediye meclisi üyesi olmak üzere çok sayıda kişiden şikayet geldiğini

²⁸⁶ FRYDMAN, s. 1206.

²⁸⁷ FRYDMAN, s. 1207.

ve maddi düzenin bozulmasının yakın bir tehlike olduğunu ileri sürse de Conseil d'Etat ünlü *Benjamin*²⁸⁸ kararına atıf yaparak bu durumun, konusu yasaklama olan bir kolluk işlemini hukuka uygun hale getirmeye yeterli olmadığını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme'nin *Benjamin* adlı kararında kabul etmiş olduğu içtihadına göre yasaklayıcı bir kolluk önleminin hukuka uygun olması, kolluk güçlerinin başka tür bir önlemle önleyemeyeceği nitelikte bir tehlikenin mevcut olmasına bağlıdır. Somut olayda bu şart gerçekleşmiş değildir; şikayetler dışında maddi düzeni bozabilecek herhangi bir protesto eylemi yapılmamıştır²⁸⁹.

Bu durumda Conseil d'Etat, söz konusu belediyelerin, yasaklama kararlarının sebep unsuru olarak ileri sürdüğü gerekçelerden sadece “insan onuru” kavramını hukukten geçerli olarak kabul etmiş bulunmaktadır. Hükümet Komiserine göre bir insanı bir top gibi bu şekilde fırlatmak ona bir eşya muamelesi yapmaktır. Ayrıca burada söz konusu olan kişi herhangi biri değil, özellikle bir cücedir. Bir cücenin tercih edilmesi sadece uygulamayı kolaylaştırması bakımından vücut ağırlığının hafifliğiyle açıklanamaz. Eğlenceyi tanıtan reklamlarda da belirtildiği gibi burada bir cücenin seçilmesinin sebebi, bazı insanların ilgisini çekmek üzere, akondroplasi ve diğer cücelik durumları gibi fiziksel anormalliklerin merak ve eğlence konusu yapılmasıdır. Bu eğlence biçimi, bilinçsiz de olsa seyircilerde, bazı insanların fiziksel görünüşlerinden veya engellerinden dolayı ikinci sınıf insan oldukları ve bu nedenle de onlara bu eğlencede olduğu gibi ikinci sınıf insan muamelesi yapılabileceği yönünde hastalıklı bir fikir edinmeye yol açabilir. Genellikle geniş kapasiteli diskoteklerde yapılan bu eğlencede, az çok sarhoş olan müşteriler, bir zincirin ucuna bağlanmış cüceyi, üzerinde bulunan bir kulptan çanta gibi tutarak fırlatmaya davet edilmektedirler. Cücenin seyirciler tarafından fırlatılması ve bunun bir deşarj olma aracı olması da eğlencenin aşağılayıcı niteliğini ortaya koymaktadır²⁹⁰.

Frydman, bu eğlenceyi Antik Çağ'da arenalarda yapılan ve halkın şiddet duygularının kanalize edildiği vahşi eğlencelere benzetmiştir. Hükümet Komiserine göre ifade hürriyeti çok geniş olsa da fiziksel engeli yüzünden engelli bir insanı, bir

²⁸⁸ CE, 19 mai 1933, Rec. s. 541; http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_la21.shtml (05.03.2009).

²⁸⁹ FRYDMAN, s. 1207.

²⁹⁰ FRYDMAN, s. 1208.

eşyaya indirgeyen böyle bir eğlence biçiminin uygar bir toplumda yeri olmamalıdır. ABD’de New York Eyaleti hükümeti de cüce fırlatmayı insan onuruna aykırı olduğu gerekçesiyle yasaklamıştır.

Davacı Wackenheim ise bu eğlence ekibinde çalışmanın onu yalnızlıktan ve işsizlikten kurtardığını ve hayatında ilk defa istediklerini gerçekleştirmeye yetecek kadar para kazandığını iddia etmektedir. Dava konusu işlemin, kendi üzerinde somutlaşan insan onurunu koruma kaygısı ile işini kaybetmesine ve eski kötü hayat koşullarına geri dönmesine sebep olduğu için aksine insan onurunu zedelediğini öne sürmüştür. Buna karşılık Hükümet Komiseri, Wackenheim’in argümantasyonunu hastalıklı olarak nitelemiş ve insan onuruna saygının herkesin kendisi hakkındaki subjektif değerlendirmelerine bağlı olmayan mutlak bir kavram olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Hükümet Komiserine göre, nasıl ki adli yargı içtihatlarında bir kişinin kendi rızasıyla şiddet eylemlerine maruz kalmasının bu tür eylemlerin ceza hukuku alanında suç olma niteliğini ortadan kaldırmadığı kabul edilmiş ise söz konusu eğlencede cücenin rızasının varlığı da hukuki olarak etkisizdir. Kaldı ki böyle aşağılayıcı bir muameleye para karşılığında rıza göstermek insan onuruna aykırılığı hafifletici değil bilakis ağırlaştırıcı bir unsur olabilir²⁹¹.

Buna bağlı olarak davacılar, idarenin dava konusu işlemde yetkisiz olduğunu öne sürmüşlerdir. Onlara göre, bu işlemde idare bir kişiyi kendisine karşı korumaktadır; oysa kişinin kendine karşı korunması belediyenin kolluk yetkileri içinde mevcut değildir. Hükümet Komiserine göre ise bazı idari kolluk önlemlerinin böyle bir amacı olabileceği tartışmasızdır. Örneğin sürücüler için emniyet kemeri takma zorunluluğu, motosiklet sürücüler için kask takma zorunluluğu, belediye kolluğu kapsamında ise Belediyeler Kodunda düzenlenmiş olan kıyı ve su sporları kolluğunun alabilecekleri kolluk önlemleri, kişinin kendine karşı korunmasını amaçlamaktadır²⁹². Ayrıca pozitif hukuk düzeninde bireye doğmamış olma, hayatına kendi isteği ile son verme(ötenazi)

²⁹¹ FRYDMAN, s. 1209.

²⁹² FRYDMAN, s. 1209.

gibi haklar verilmediği gibi, hastaları kendi rızaları hilafına da olsa kurtarmak zorunluluğu gibi kişileri kendilerine karşı koruyucu kurallar bulunmaktadır²⁹³.

Burada temel hukuki problem, belediyenin genel idari kolluk yetkileri kapsamında bir faaliyeti sadece insan onuruna aykırı olduğu gerekçesiyle yasaklayıp yasaklayamayacağıdır. İnsan onuru kavramı, genel idari kolluk önlemlerinin nihai amacı olan kamu düzeninin şimdiye kadar kabul edilen unsurları kapsamına girmediği için bu soruya negatif cevap vermek gerekecektir. Çünkü kamu düzeni toplumun dış ve maddi düzeni olup genel ahlaka aykırı tutum ve davranışlar da ancak maddi düzende bir karışıklığa yol açtığı takdirde kolluk önlemlerinin sebep unsuru olabilmektedirler. Başka bir deyişle idari kolluk, sadece maddi düzeni sağlamakla görevli olup; onun sosyal bozuklukların en temeldeki nedenleriyle ilgilenmesi ve bireylerin düşüncelerinde var olan ahlaki düzeni takip etmesi kabul edilemez.

Fakat Hükümet Komiseri, insan onuruna aykırılık gerekçesiyle belediyenin genel idari kolluk yetkilerini kullanabileceğini iddia etmiştir. İnsan onuru kavramının yer aldığı pozitif hukuk metinlerine ve Anayasa Konseyi'nin insan onurunu anayasal bir ilke olarak nitelediği içtihadına gönderme yapan Hükümet Komiseri, insan onuruna saygının, Fransız hukuk sisteminin emredici hükümlerinin en üstünlerinden biri olduğunu belirtmektedir. Hükümet Komiserine göre belediyelerin kolluk yetkileri kapsamında bu tür eğlenceleri yasaklama yetkisinin olduğu kabul edilmez ise çeşitli hukuk metinlerinden çıkardığımız bir amaç olarak insan onurunu koruma amacı bu tür eğlenceler açısından ortadan kalkacaktır. Çünkü bu alanda müdahale yetkisine sahip başka bir yasal merci bulunmamaktadır. Ayrıca yürürlükteki pozitif hukukun bu amaca ulaşmak için araç sunmadığı iddiası da doğru değildir. Öğretide, sosyal ahlak alanındaki bazı temel kabullerin idari kolluğun alanına girdiği kabul edilmektedir. Teitgen, 1934 tarihli "Belediye Kolluğu" adlı tezinde, bir dönemde toplumun geneli tarafından kabul edilmiş minimum ahlaki ilkelere aykırı davranışları ve toplumsal skandalları önlemeye yönelik bir genel ahlak kolluğunun varlığını kabul etmiştir. Hükümet Komiserine göre özel olarak günümüz Fransız toplumunda insan onuruna saygı da bu tür ahlaki ilkelere biridir. Kaldı ki, kamu düzeninin klasik üç unsuruna biçimsel olarak dahil

²⁹³ G. ARMAND, "L'ordre public de protection individuelle", RRJ 2004, s. 1586.

olmamakla birlikte genel ahlak kavramının, idari kolluk önlemlerinin gerekçesi olduğu yargı içtihatlarında kabul edilmiştir²⁹⁴.

Hükümet Komiseri, Conseil d'Etat'nın 1924 yılında, bir belediyenin boks dövüşü gösterilerini, zalim ve vahşi karakteri ve "moral hijyene" aykırı olduğu gerekçesiyle yasaklamasını hukuka uygun bulduğu kararını örnek göstermektedir. Hükümet Komiserine göre, bu kararda yapılan değerlendirmenin günümüzde eskimiş ve artık geçerli olmadığını kabul etsek bile bir gösteri ya da eğlenceyi ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle yasaklama yetkisi günümüzde de hukuken mevcuttur²⁹⁵.

Commune de Morsang-sur-Orge kararı ile ilgili öğretilerde çok çeşitli yorumlar yapılmıştır. Bir görüşe göre insan onuru kavramının kamu düzeninin bir unsuru olarak kabul edilmesi, aslında genel ahlak kavramının yeni bir yorumundan başka bir şey değildir ve genel ahlak kavramı insan onurunu da kapsamaktadır²⁹⁶. Diğer görüşe göre ise insan onuru bundan böyle kamu düzeninin bağımsız ve yeni bir unsurudur. Bu unsur, yerel şartlar ve dış dünyada birtakım maddi düzensizliklere yol açma ölçütlerine başvurulmaksızın bazı faaliyetleri kamu düzeni gerekçesiyle yasaklamak için yeterli olabilecektir²⁹⁷.

Fransız hukukunda genel ahlak unsurunun bir kamu düzeni müdahalesinin gerekçesi olabilmesi için içtihatla kabul edilmiş olan, yerel şartların müdahaleyi zorunlu kılması ölçütü *Commune de Morsang sur Orge* kararında aranmamıştır. Bu ölçüt genel ahlak gerekçesiyle kamu düzeni adına yapılan müdahalelerde bir faaliyetin soyut biçimde ahlak düzenine aykırı olması gerekçesiyle yasaklanmasına karşı bir güvence oluşturmaktadır. Ayrıca yerel şartlar, idarenin kamu düzeni adına yaptığı müdahalenin ölçülü olup olmadığını belirlemek bakımından da kullanılan bir ölçüttür. Genel ahlak unsuru bakımından zorunlu olan bu ölçüt insan onuru unsuru bakımından aranmamıştır. Cayla'ya göre burada idare hâkimi, hukuk tarafından yasaklanmadığı halde kabul edilemez nitelikte bir davranışı yasaklayarak bir kanun boşluğu doldurmaktadır²⁹⁸. Bu boşluk genel ahlak unsurunun uygulanmasıyla doldurulamayacaktır; çünkü genel ahlak

²⁹⁴ FRYDMAN, s.1210-1211.

²⁹⁵ FRYDMAN, s. 1211.

²⁹⁶ B. EDELMAN, "La dignité de la personne humaine, un concept nouveau", D. 1997.chronique s. 185.

²⁹⁷ O. CAYLA, "Le coup d'État de droit ?", Le Débat n°100, 1998, s. 124.

²⁹⁸ CAYLA, s. 124.

unsurunun uygulanması yerel şartların zorunlu kılması ya da dış dünyada maddi bir düzensizliğin söz konusu olmasını gerektirdiğinden cücelerin fırlatılması faaliyetini yasaklamak için hukuki bir gerekçe oluşturmamaktadır.

Fyrdman'a göre burada yerel şartların aranmamasının nedeni insan haklarına saygı kavramının herkesin sübjektif görüşlerine göre reddedilmesi mümkün olmayan mutlak bir kavram olmasıdır. Bu mutlak ve evrensel kavram, bir yörenin yerel özelliklerinde aranmak zorunda değildir; çünkü yerelliği aşan bir kavramdır. Edelman'a göre bu kararı yorumlamak için "onur" kavramını özgürlük paradigmasının içinde düşünmek yanlışır; burada temel alınması gereken paradigma "insanlık" olmalıdır. Buradaki özgürlük bireyin tek başına özgürlüğü değil fakat bütün olarak insanlığa ait olan bireyin özgürlüğüdür²⁹⁹. Bu yorum ile insanlık ailesine yapılan gönderme insan onuru kavramının mutlaklığına bir gerekçe oluşturmaktadır ve insan onuru kavramıyla korunmak istenen de her bireyin taşıdığı bu insanlık özelliği olmaktadır.

Fakat insanlık kavramını bu şekilde hukukileştirmek tehlikeli sonuçlar yaratabilir. Çünkü herkesin saygı göstermek zorunda olduğu şeyin ne olduğu hukuki olarak tanımlanabilir bir kavram olmalıdır. Ayrıca insan onuru kavramının kamusal olma özelliğinin bulunduğu da söylenemez. Yukarıda belirttiğimiz gibi, genel ahlak belirli bir yerde ve belirli bir toplumda ortalama vatandaşlar tarafından kabul edilen ahlaki fikirler olarak tanımlanmaktadır. Ahlaki konsensüs olarak da adlandırabileceğimiz bu özellik doğrudan bir kamusalılığı gerektirmektedir, dolayısıyla böyle bir ahlaki konsensus, idareye vatandaşların özel hayatına ve düşüncelerine müdahale etme yetkisi vermemektedir. Oysa insan onurunun mutlaklığı genel ahlakın, hatta kamu düzeninin kamusallığını ortadan kaldıran bir sonuç yaratacaktır. Dolayısıyla devlet, insan onuruna saygı gerekçesiyle vatandaşların özel hayatına müdahale edebilecek midir sorusu akla gelmektedir.

Bu açıdan, AİHM'nin *Laskey, Gerard ve Brown* kararı³⁰⁰, devletin bireyin özel hayata müdahale etmesine bir örnek teşkil etmesi bakımından ilginç bir karardır. Burada İngiliz yargı organları, aralarında sadomazoşist cinsel bir ilişkiye giren bir grup

²⁹⁹ EDELMAN, s. 187.

³⁰⁰ M. LEVINET, "Note sur l'arrêt de la CEDH, 19 fév. 1997", RTDH 1997, n° 19, s. 733.

yetişkini kasti yaralama suçu ile mahkûm etmiştir. Söz konusu kişiler, devletin özel hayatlarına haksız olarak müdahale ettiği gerekçesiyle AİHM'ne başvurmuşlardır. Yüksek Mahkeme, başvurucuların kendi bedenlerinde tedavisi güç yaralar oluşmaması için her türlü önlemi aldıkları sabit olduğu halde genel sağlık gerekçesiyle İngiliz hükümetini suçlu bulmamıştır. Kararın en ilginç tarafı, AİHS'nin 8. maddesinin 2. paragrafına dayanmadan, katılanların sayısı ile ilgili olarak kimi cinsel pratiklerin özel hayatın dışına taştığını ve özel hayatın kapsamında değeriendirilemeyeceğini kabul etmesidir. Kararda insan onuru kavramına bir gönderme bulunmamasına rağmen, *Commune de Morsang-sur-Orge* kararında Hükümet Komiserinin ve bazı hukukçuların insan onuru kavramına yüklemek istedikleri fonksiyonu kabul edecek olursak, bu mutlak kavramın, insanın dış düzene yansımaya bazı davranış ve eylemlerinin özel hayatın dışında değeriendirilmesinin bir gerekçesini oluşturması mümkün görünebilecektir.

İnsan onuruna saygı, genel ahlaka saygıdan daha geniş bir uygulama alanını işaret etmekle birlikte, *Commune de Morsang-sur-Orge* kararından sonra da Conseil d'Etat genel ahlak kavramını kamu düzeninin bir unsuru olarak eski içtihadını değeriştirmeden, yani “yerel şartlar” ölçütünü terk etmeden uygulamaya devam etmiştir. 1997 yılında verdiği *Commune d'Arcueil* kararında yerel şartlar ölçütü değeriçeklemediği gerekçesiyle genel ahlaka aykırı olduğu iddia edilen reklam afişlerini yasaklayan belediye kararını iptal etmiştir³⁰¹. Sonuç olarak, insan onuru kavramının bu yorumu, kamu düzeninin genel ahlak unsurunun kapsamını değeriştirici bir sonuca yol açmamış, fakat kamu düzenine yeni bir unsur eklemiştir. Dolayısıyla Conseil d'Etat içtihadını değeriştirmedikçe insan onuru; güvenlik, dirlik-esenlik, sağlık ve genel ahlaktan sonra kamu düzeninin beşinci unsuru olmaktadır³⁰².

Oysa *Commune de Morsang-sur-Orge* kararına kadar, insan onuruna saygı, genel ahlakın bir unsuruydu ve bu nedenle bir yerdeki toplumsal bilince göre değerişiklik gösteren içeriği somut olaya göre belirlenen bir kavramdı. *Commune de Morsang-sur-Orge* kararı insan onurunu mutlaklaştırarak genel ahlaktan ayırmıştır. Conseil d'Etat'nın

³⁰¹ CE, 8 décembre 1997, Rec. s. 482.

³⁰² G. LEBRETON, “Ordre public et dignité de la personne humaine: Un problème de frontière”, in M.-J. REDOR, *Ordre public ou ordres publics? Ordre Public et droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles 2001, s. 361-362.

hiçbir kararında genel ahlak mutlak bir kavram olarak nitelendirilmemiştir. Fakat bu kararlar insan onuru kavramı belirsizlik ve göreceli olma niteliğinden kurtulmuş değildir. Mutlak olarak nitelendirilen bu kavramın kamu düzeninin bir unsuru olarak kabul edilmesi, kamu düzeninin niteliğinde bir dönüşüme yol açabilecek niteliktedir³⁰³.

Lebreton'a göre insan onuru kavramı, genel ahlak kavramının bir unsuru olarak bırakılmış olsaydı, hak ve özgürlükler açısından riskli bir durum oluşturma kapasitesi önlenmiş olacaktı. Çünkü bu durumda belli bir yerde yaşayan halkın insan onuru anlayışı belirleyici faktör olacak; başka bir deyişle kolluk tedbiri, ancak yerel halk genel bir biçimde belirli bir davranışı onur kırıcı olarak nitelendirdiğinde hukuka uygun bir işlem sayılacaktır. İnsan onuru kavramının bu şekilde uygulanması hem demokratik hem de liberal bir anlayışı yansıtmış olacaktır. Fakat Conseil d'Etat *Commune de Morsang-sur-Orge* kararında özgürlükleri koruyucu böyle bir anlayışı dışlayarak modern olmayan bir doğal hukuk anlayışını tercih etmiştir. Bu anlayışa göre insan onuru, özgürlükten farklı bir planda düşünülmelidir; insan onuru ulusalüstü doğal hukuka ait ve insan hakları kapsamını aşan bir kavramdır; onuru olmayan insanın özgürlüğünün varoluş nedeni ortadan kalkar. İnsan onurunun korunması özgür insanın değil, fakat insanlığın bir üyesi niteliğindeki bireyin korunmasına ilişkindir. Hükümet Komiseri Frydman da insan onuru söz konusu olduğunda bireyin rızasının meşrulaştırıcı bir etkisi olmadığını söyleyerek kavramı bu perspektifte yorumlamış ve ona yasakçı bir fonksiyon yüklemiştir. Conseil d'Etat verdiği kararın sonuçlarından kaygı duymuş olacak ki, 1999 yılı raporunda idare hâkimini, insan onuru kavramını sınırlı ve makul bir biçimde uygulamaya davet etmiştir³⁰⁴.

Yüksek Mahkeme 1995 yılından sonra ilk defa 2007 yılında bir kolluk tedbiri ile ilgili verdiği bir kararda insan onuruna saygı unsuruna yer vermiştir³⁰⁵. Dava konusu işlem, "Fransızların Dayanışması" adlı bir derneğin, evsizlere sokakta akşam yemeği dağıtma etkinliğinin, kamu düzenini bozacak nitelikte yakın bir tehlike oluşturduğu gerekçesiyle yasaklanmasına dair Paris valisi tarafından verilen karardır. Söz konusu dernek, içinde domuz eti bulunan bir çorba dağıtmakta; yardım amaçlı dağıtılan

³⁰³ LEBRETON, "Ordre public et dignité de la personne humaine: Un problème de frontière", s. 362.

³⁰⁴ LEBRETON, "Ordre public et dignité de la personne humaine: Un problème de frontière", s. 365.

³⁰⁵ CE, 5 janvier 2007, *Association "Solidarité des français"*, B. PAUVERT, "A propos de l'interdiction de distribution d'une soupe populaire contenant du porc", AJDA 2007, s. 601.

giyeceklerden ve peynir, tatlı, kahve gibi diğer içecek ve yiyeceklerden alabilme koşulu olarak da bu çorbayı içmeyi şart koşturmaktadır. Ayrıca dernek, amaçlarının Müslüman ve Musevi dinlerine mensup kişileri dışlayarak sadece muhtaç durumda olan Fransızlara yardım etmek olduğunu internet sitesi üzerinden ilan etmiştir. Conseil d'Etat bu açıklamaları da dikkate alarak, söz konusu derneğin bu yardım faaliyetini Müslüman ve Musevi dininden olan insanları dışlamak ve bunun propagandasını yapmak için bir araç olarak kullandığı ve bunun da insan onuruna aykırı olduğu; ayrıca tepkilere yol açarak maddi düzende karışıklık yaratma tehlikesi doğurduğu gerekçesi ile dava konusu Paris valiliği işleminin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.

İnsan onuru kavramına, kamu düzeninin bir unsuru olarak kabul edildiği *Commune de Morsang-sur-Orge* kararından on iki yıl sonra başka bir kararda yer verilmesi Conseil d'Etat'nın 1999 yılı raporunda verdiği mesajın, yetkili makamlar ve idare hâkimleri tarafından dikkate alındığını göstermektedir. Ancak Lebreton'a göre yanlış bir kere yapılmıştır. Kararın insan onuruna saygı gerekçesiyle, ne olduğuna idarenin ve sonra da hâkimin karar vereceği bir ahlak düzeninin uygulanması riskini doğurduğu öğretilde çoğunluk tarafından dile getirilmiştir³⁰⁶. Bu görüşe katılmayan Hamon'a göre ise insan onuru kavramı idare hâkimine, ilgili kolluk tedbirleri üzerinde yoğun bir yargısal denetim imkanı verecek kadar belirli bir kavramdır; insan onuruna zarar veren davranış ve eylemler, aşağılama ve ayrımcılık fikri ile ilgilidir. İnsan onurunun zarar görmesi, insan bedenine uygulanan fiilden çok bunun altında yatan nedenlere dayanır³⁰⁷.

Bize göre insan onurunun kamu düzeninin unsurlarından biri sayılması idarenin, insan onuruna saygı gerekçesiyle bireylerin dış ve maddi düzene taşımayan özel hayat alanına müdahale etmesi sonucunu doğurduğu için liberal ve demokratik hukuk devletinin “özgürlük kural, sınırlama istisna” ilkesine uymamaktadır. İnsanın kendine karşı korunması anlayışını en uca kadar götürdüğümüzde liberal devlet gözden yiterek ve totalitarizme kapılar açılacaktır.

³⁰⁶ LEBRETON, “*Ordre public et dignité de la personne humaine: Un problème de frontière*”, s. 366.

³⁰⁷ F. HAMON, “Note sur l'arrêt du CE, 27 oct. 1995, *Cne de Morsang-sur-Orge*”, JCP, n° 17-18, 1996, s. 191.

2.2.1.4.3. Türk Hukukunda İnsan Onuru

1982 Anayasası'nda insan onuru kavramı doğrudan, kişi dokunulmazlığını düzenleyen 17. maddenin 3. fıkrasında yer almaktadır. Bu hükme göre, “Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.” Ayrıca Anayasa'nın 5. maddesinin gerekçesinde “(...) *Devlet aynı zamanda milletin huzurunu sağlamak ve fertlerini mutlu kılmak görevi ile de yükümlüdür. Devlet, ferdin hayat mücadelesini kolaylaştıracaktır. Ferdin, insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir. Ferdin hayatında, temel hak ve özgürlüklerden olduğu gibi yararlanmasını engelleyen sebepleri ortadan kaldırmak, sosyal devletin görevidir.*” denilmektedir³⁰⁸. 5. maddede; kişinin temel hak ve özgürlüklerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Anayasa'nın bu hükmü gereğince sosyal devletin görevi, vatandaşların insan onuruna yaraşır bir hayat sürmesini sağlamaktır.

Pozitif hukukta, doğrudan insan onurunu koruma gerekçesi ile özel kişi ve kuruluşların faaliyetlerine, kolluk tedbirleriyle müdahale etme imkanı veren açık bir yasal düzenleme, bir özel idari kolluğun konusu olan radyo ve televizyon yayınları alanında mevcuttur. 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluşu ve Yayınları Hakkında Kanunun 4. maddesinde sayılan yayın ilkelerinden biri (s) bendinde yer alan “program hizmetlerinin bütün unsurlarının insan onuruna ve temel insan haklarına saygılı olması”dır. Bu Kanuna dayanarak düzenlenen ve 17.04.2003 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan Radyo ve Televizyon Yayınlarının Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmeliğin yayın ilkeleri başlıklı 5. maddesinin (s) bendinde de; “Program hizmetlerinin bütün unsurları, insan onuruna ve temel insan haklarına saygılı olmalıdır. İnsanların ölüm anları ve benzeri durumlar, duygu sömürüsüne yol açacak biçimde verilmemelidir. Yayınlarda, sebepsiz korkular ve çelişkili duygular yaratacak, kaderciliğe veya intihara yönlendirecek unsurlara yer verilmemelidir.” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla insan onuruna aykırı olarak nitelenen radyo veya televizyon

³⁰⁸ B. KUZU, Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999, s. 27.

programları için Kanunda ve Yönetmelikte gösterilen idari tedbir ve yaptırımlar uygulanabilecektir.

Danıştay yerleşik içtihatlarında, kişilerin insan haysiyetine yaraşır onurlu bir hayat sürdürmelerini sağlamayı, devletin, Anayasa'nın 5. maddesinde öngörülen “İnsanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlamaya çalışmak” amaç ve görevi ile 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet olma niteliği kapsamında ve kişilerin sosyal güvenlik hakları çerçevesinde değerlendirmiştir³⁰⁹. Bunun dışında, Türk idare hâkimi insan onurunu, Fransız meslektaşının yüklediği işlev bağlamında henüz değerlendirmemiştir.

Akıllıoğlu, insan onuru kavramına “korunma ve gelişme hakkı” bağlamında değinerek insan onuruna saygının temel haklara yön veren ilkelerin başında geldiğini söylemektedir. “Bu ilkeye dayanılarak, her temel hak uygulamasında gereksinimlere uygun sonuçlara varılabilir. Ayrıca insan haysiyetini korumaya, geliştirmeye yönelik kuralların temel haklar kısmında yer alması, listenin eksiksiz olduğu ya da tüketici biçimde düzenlenmiş olduğu anlamına da gelmez. Hukuk sisteminde anayasa dışında da insan haysiyetini korumaya yönelik, dolayısıyla anayasal değerde ya da insan hakları kapsamında sayılması gereken haklar vardır.”³¹⁰ Kaboğlu ise insan onuru kavramına eşitlik ilkesi bağlamında yaklaşmıştır. Yazara göre eşitlik, fırsat eşitliği ve hukuk önünde eşitlikten başka onursal planda da sağlanmalıdır; özgürlük ve eşitlik denklemi insan onuru ile kurulabilir. “İnsan onuru, özgürlüğün temeli ve eşitliğin ölçütüdür. Bu çerçevede onur bakımından eşitlik, mutlak bir değeri ifade eder.”³¹¹

³⁰⁹ D.2.D, K. 2007/4361, E. 2005/621, T. 14.11.2007; D.2.D, E. 2007/2534, T. 01.07.2008; D.2.D, E. 2007/1200, T. 23.10.2007, Kazancı İctihat Bilgi Bankası.

³¹⁰ AKILLIOĞLU, İnsan Hakları, s. 6.

³¹¹ İ. Ö. KABOĞLU, Anayasa Hukuku Dersleri, Legal Yayıncılık, 4. Baskı, İstanbul 2009, s. 225; Anayasa Mahkemesi'nin, iffetsiz kadınlara karşı gerçekleştirilen eylemlerle, bu tür kadınların kişi ve cinsel özgürlüklerinin iffetli kadınlar kadar bozulmuş sayılamayacağı sonucuna vararak dava konusu yasal düzenlemede yer alan ceza indirimini haklı bulduğu karar, eşitlik ilkesi yönünden savunulur olmaktan uzaktır. Bu iki kadın kategorisi arasında yapılan ayırım, hukuki bir ölçüte dayanmamaktadır; çünkü öznel bir alana ilişkindir. Burada “onursal eşitlik” ilkesi hukuken uygulanabilirdi. KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 185.

2.2.2. Estetik

2.2.2.1. Öğretide Estetiğe İlişkin Yaklaşımlar

Estetiğin kamu düzeninin bir unsuru olduğu görüşü Fransız öğretisinde ileri sürülmüştür. 20. yüzyılda çeşitlenen ve artan toplumsal ihtiyaçlar karşısında vatandaşlar buna paralel olarak devletten daha fazla hizmet talep eder olmuşlardır. Hijyen ve sağlık alanından sonra, estetik taraftarları güzelliğin ve sanatın hukuki olarak korunması için mücadele etmişlerdir. Estetiğin, başka bir deyişle güzelliğin korunması acaba kamu yararını gerçekleştirmekle görevli olan idarenin eylem ve işlemlerinin amaçlarından biri midir? Bernard'a göre estetik, kültür ve sanatta olduğu gibi bir ülkenin genel çıkarlarından biridir. Güzelliğin büyük çapta ihlali, bir toplumun maddi ve manevi kültürel mirasının korunmasını içine alan geniş anlamda bir düzeni bozacağı için toplumsal bir düzensizlik niteliğini taşımaktadır³¹². Estetiğin kamu düzenine mi yoksa kamu yararı kavramına mı referans verilerek korunacağı tartışması netice açısından olmasa bile, kullanılacak yetkilerin etkinliği açısından önem kazanmaktadır³¹³.

Yayla'ya göre, estetik görüntünün ve doğal çevrenin korunmasının kamu düzeninin bir unsuru sayılması toplumu oluşturan bireylerin yaşam ve kültür düzeylerine bağlıdır. Gelişmiş ülkelerde bunların korunması ve sağlanması vazgeçilmez ihtiyaçlardandır³¹⁴.

Bazı hukukçular bu anlayış içinde estetik kavramını kamu düzeninin bir unsuru olarak kabul etmektedirler. Örneğin Duez, sanata saygısızlığı kamusal bir düzensizlik olarak nitelendirmekte ve sokaktaki düzende estetiğin korunmasını idari kolluğun görevleri arasında saymaktadır. Bu görüş içinde idare kişinin dış düzende can güvenliğini koruduğu gibi sanat duygusunu da korumalıdır. Bireyin kişisel bütünlüğünün korunması, fiziksel bütünlüğünün korunmasının yanında manevi, entelektüel ve ruh bütünlüğünün de korunmasını kapsar. Bu anlamda Duez, estetiğin korunmasını kamu yararı kapsamı içinde değerlendirerek “güzel” kavramının ulusal kültür mirasının bir parçası olduğunu ileri sürmektedir. Bununla birlikte hukukçu,

³¹² BERNARD, s. 27.

³¹³ YAŞAR, İmar Hukuku, s. 254.

³¹⁴ YAYLA, İdare Hukuku, s. 51.

yürürlükteki pozitif hukuk çerçevesinde, estetiğe aykırılıkların başka bir amaca hizmet eden hukuki enstrümanlar aracılığıyla ve sınırlı bir şekilde korunmasının mümkün olabileceğini kabul etmektedir³¹⁵.

Charlier de “Modern Kamu Hukukunun Amaçları” başlıklı makalesinde devletin sadece bir jandarma ve basit bir hizmet sunucu olmaktan çıktığını; hukukun, estetiğin de bir parçası olduğu üstün amaçlar izlemesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu amaçlar, özel usuller aracılığıyla hukuka dahil edilmelidir. Estetiğin bu kadar zengin bir kavram olan kamu düzeninin içinde yer almaması için herhangi bir neden yoktur. Estetik tek başına bir düzeni ifade etmektedir ve tek başına ahenk ve düzen doğuran bir unsur olarak toplumsal barış üzerinde de etkilidir³¹⁶.

Bu bakış açısıyla, teorik düzeyde estetiğin kamu düzeninin bir unsuru olarak kabul edilmesi mümkün olsa bile hukuki planda bazı sakıncalar söz konusudur. Bernard’a göre cazip olsa bile her kavram hukuki bir kavrama dönüşmez; hukuki kavramların belirli ölçüde açıklık taşımaları gerekmektedir. Hukuk bir düşünce düzeni değildir; gerçek hayatta bir karşılığı olan ve yaptırım aracılığı ile etkililiği sağlanan bir kategoriler bütünüdür³¹⁷.

Morand-Deville ise bu görüşe katılmamaktadır. Ona göre belediyeler ve valiler genel idari kolluk yetkileri kapsamında, çirkinlikleriyle şehrin ahengini ve düzenini bozan faaliyet ve düzenlemeleri yasaklayabilmeli ya da özel koşullara tabi tutmaya yönelik önleyici nitelikte tedbirleri, kamu düzeninin klasik unsurlarından bağımsız bir biçimde estetiği koruma adına alabilmelidirler. Yazar, bir ya da birkaç kişinin estetik anlayışının topluma dayatılması sakıncasının da demokratik ve katılımcı usullerle aşılabileceğini belirtmektedir³¹⁸.

³¹⁵ P. DUEZ, “Police et esthétique de la rue”, D. 1927, s. 20’ den aktaran: BERNARD, s. 27.

³¹⁶ R.- E. CHARLIER, “Les fins du droit public moderne”, RDP 1947, s. 127’den aktaran: BERNARD, s. 27; J. MORAND-DEVILLER, “Esthétique et patrimoine”, AJDA 1993, s. 92.

³¹⁷ BERNARD, s. 28.

³¹⁸ MORAND-DEVILLER, s. 93.

2.2.2.2. Fransız Hukukunda Estetik

Fransa’da yasakoyucu 20. yüzyılın başlarından beri sitlerin, tarihi anıtların ve anıtsal görüntülerin korunması kapsamında estetiği koruma kaygısı taşımıştır. Günümüzde de temizlik ve hijyen kurallarıyla birlikte estetik ayrı bir özel idari kolluk faaliyetinin konusu olan şehircilik alanında yürürlükte olan ilke ve kuralların amaçlarından biri olmaya devam etmektedir³¹⁹. Estetiğin korunmasına ilişkin kurallar şehircilik biliminin gelişmesine paralel olarak artmıştır. Fakat bunun nedeni estetik yerleşimler üretmekten çok giderek artan sayıda ortaya çıkan, estetikten yoksun yerleşimleri engellemektir³²⁰.

Fransız idare hâkiminin yasakoyucunun bu kaygısını kararlarında yansıtması beklenir ise de o geçtiğimiz yüzyılın başlarında bu konuda ihtiyatlı bir politika izleyerek estetik kavramını hukuk düzenine dahil etme yetkisini kendinde bulmamıştır. Estetik kavramını, idari işlemin sebep unsuru yönünden geçerli bir dayanak olarak kabul etmek için onun yasal metinlerde açıkça öngörülmüş olmasını aramıştır. Fakat daha sonra estetiğin genel kolluk faaliyetlerinin tamamen dışında kalmadığı, Fransız idari yargı içtihatları tarafından kabul edilmiştir. Estetik başlangıçta, çeşitli idari araçlar vasıtasıyla hukukun içine nüfuz etmiştir. Örneğin 1884 tarihli Belediye Kanunu belediye başkanına pencerelere ve pervazlara, düşerek sokaktan geçenlere zarar verebilecek objeleri koymayı yasaklama yetkisi vermiştir. Sokaktan geçenlerin güvenliğinin korunmasına yönelik olan böyle bir tedbirle aynı zamanda estetik de korunmuş olacaktır. Yine aynı şekilde bazı afişler içerikleri ile ilgili olmasa da asılma biçimi ve yeri itibarıyla yasaklanabilecektir. Sonraları idare hâkimi, estetiği meşru bir hukuki gerekçe olarak kabul eden kararlar vermiştir. Örneğin 1936 yılında verdiği bir kararında Conseil d’Etat, 1881 tarihli kitapların dağıtım ve seyyar satımı özgürlüğü hakkındaki Kanunun, valinin kamusal düzeni, huzuru, hijyeni ve estetiği korumak amacıyla kullandığı genel kolluk alanındaki yetkilerini kullanmasına bir engel teşkil etmediğine karar vermiştir³²¹.

³¹⁹ VINCENT-LEGOUX, s. 485.

³²⁰ YAŞAR, İmar Hukuku, s. 253-254.

³²¹ CE, 23 octobre 1936, *Union Parisienne des syndicats de l’Imprimerie*, Rec. s. 906, aktaran: BERNARD, s. 29.

Yüksek Mahkeme'nin önüne gelen başka bir davada hükümet komiseri olan Letourneur, kolluk makamının süreli yayınların satışına ilişkin müdahalesinin yollarda trafiğe engel olarak karışıklığa yol açmaması, huzur ve hijyen kadar estetik sebebe de dayanabileceğini belirtmiştir³²². Bu kararlarla, estetiğin kamusal düzeni ilgilendiren bir karakter taşıdığı kabul edilmekle birlikte genel idari kolluk işlemlerinin tek başına dayanağı olamayacağı da genel olarak kabul edilmektedir. Estetik, genel idari kolluk alanında kamu düzeninin klasik üç unsurunun tamamlayıcısı olabilmekte fakat bu unsurların alternatifi sayılmamaktadır³²³.

Bunlardan başka kamu mallarından özel yararlanma taleplerinin değerlendirilmesine ve mevcut yararlanmalara ilişkin olan kolluk işlemlerinin gerekçesi, estetik düzenin korunmasını da kapsamaktadır³²⁴.

Özetle, Fransız hukukuna estetik kavramı iki biçimde dahil olmuştur. Estetik, öncelikle bir özel idari kolluk kapsamında yasal düzenlemelere konu olmuştur; daha sonra idari yargı içtihatları ile genel kolluğun yetkileri içine güvenlik, huzur ve sağlığın yanında estetiğin korunması da eklenmiştir. Bununla birlikte bu içtihatların estetiği her durumda kamu düzeninin bir unsuru olarak kabul ettiklerini söylemek hata olacaktır. Estetik unsurunun kamu düzeni içindeki yeri görecelidir. Estetiğin yol açacağı düzensizliğin tespit edilmesiyle örneğin trafikte meydana gelen ya da gelebilecek olan karışıklığın tespit edilmesi aynı ölçüde açık olmayacaktır. Estetik, zevklerin ve renklerin alanına girdiği için idarenin keyfi kararlar vermesine yol açarken, idare hâkimi de estetiğin takdirinde kendi estetik anlayışına göre karar vermek durumunda kalacaktır. Bu sakınca ancak estetiğin ölçülerini koyan yasal bir düzenlemenin bulunması durumunda söz konusu olmayacaktır. Böyle bir yasal düzenlemenin bulunmaması halinde ise estetiğin korunması tek başına yeterince açık bir emir niteliğinde değildir. Bernard'a göre estetiği bozmanın genel idari kolluk tedbirlerinin geçerli bir sebebi

³²² CE, 23 novembre 1951, *Société Nouvelle Imprimerie et de Publicité*, RDP 1951, s. 1908, aktaran: BERNARD, s. 29.

³²³ VINCENT-LEGOUX, s. 486.

³²⁴ CE, 8 juillet 1936, *Sté. Pyrénéenne des essences*, Rec. s. 758'e atıfta bulunan: ÖZAY, *Günışığında Yönetim*, s. 637; P. DUEZ, *"Police et esthétique de la rue"*, D. 1927, s. 19.

olması için, söz konusu ihlalin çok ağır bir nitelikte olması ve dış dünyada düzensizliğe yol açacak boyutta olması gerekir³²⁵.

Sonuç olarak estetik, kolluk faaliyetlerine konu olabilmektedir. Bu da kamu düzeninin niteliğine ilişkin olarak dikkat çekici bir durumdur.

2.2.2.3. Türk Hukukunda Estetik

Türk hukukunda estetiğe ilişkin yasal düzenlemeler Fransız hukukunda olduğu gibi, bir özel idari kolluğun konusu olan kültür ve tabiat varlıklarını koruma ve yine bir özel idari kolluk niteliğindeki imar kolluğu alanında bulunmaktadır. Ayrıca kentsel dönüşüm uygulamaları çerçevesinde de yapıların estetik düzen açısından yenilenmesi gerekliliği, idarenin kolluk faaliyetlerinin amaçlarından biri olarak gösterilmektedir³²⁶.

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 6. maddesinin 1. fıkrası korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarını saymış; 2. fıkrasında ise “Koruma Kurullarınca mimari, tarihi, estetik, arkeolojik ve diğer önem ve özellikleri bakımından korunması gerekli bulunmadığı karar altına alınan taşınmazlar, korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı sayılmazlar.” hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla, estetik özellik, bir taşınmazın koruma altına alınmasını gerektiren nedenlerden biri olarak sayılmıştır. Bu Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerden biri olan Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tespit ve Tescili Hakkındaki Yönetmeliğin³²⁷ 4. maddesinde, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarından korunması gereklilerinin tespitinde göz önünde bulundurulacak hususlar düzenlenmiş; (f) bendinde, tek yapılar için sanat değeri, mimari, tarihi, estetik, mahalli, arkeolojik değerler kapsamı için de strüktürel, dekoratif, yapısal durum, malzeme, yapının teknolojisi, şekil bakımından özellik arz etmesi değerlendirme kıstası olarak öngörülmüştür.

³²⁵ BERNARD, s. 30.

³²⁶ G. ÜSTÜN, Kentsel Dönüşümün Hukuki Boyutu, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009, s. 46.

³²⁷ Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 10 Aralık 1987 - Sayı: 19660.

Estetik düzenin bozulmasına yol açan görüntü kirliliğine karşı da çeşitli kolluk önlemleri alınması mümkündür. Örneğin İstanbul İmar Yönetmeliğinin 7. maddesinde belediyelerin mahallin, çevrenin ve bitişik bina veya binaların özelliklerine göre görüntü kirliliğine meydan vermemek için yapılar arasında uyum sağlamak, güzel bir görünüm elde etmek amacıyla dış cephe şeklini boya ve kaplamaları ile çatının malzemesini ve rengini tayin etmeye yetkili olduğu öngörülmüştür. Reklam panoları, tabelaları ve ilanların yol açtığı görüntü kirliliğini kaldırmaya da büyükşehir belediyeleri ve ilk kademe belediyeleri görevlidir.

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunun 05.11.1999 tarihli bir ilke kararında, korunması gerekli kültür ve tabiat varlıkları ile koruma alanları ve her türlü sit alanlarında görüntü kirliliğine yol açan müdahalelerin ortadan kaldırılmasının esas olduğuna, Koruma Kurullarının bu hususu göz önüne alarak ilgili kurum ve kuruluşlar nezdinde girişimlerde bulunmasına ve önlemlerin alınmasına karar vermiştir³²⁸.

Danıştay 2863 sayılı Kanun kapsamında korunması gerekli kültür varlığı olarak tescil edilen bir yapının orijinal görünümünü bozan, sol yan cephesine bitişik ruhsatsız bir yapının yıktırılmasına ilişkin Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu kararını hukuka uygun bulmuştur³²⁹.

Yüksek Mahkeme başka bir kararında, dava konusu taşınmazın yedi kattan dört kata indirilmesine ilişkin imar planı değişikliğini, Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliğinin 29. maddesinde öngörülen bir abidenin veya tarihi ve mimari bir eserin görünüşü için kat adedinin azaltılabileceği kuralı uyarınca hukuka uygun bulmuştur³³⁰. Başka bir davada da, Danıştay bir şirketin genel müdürlük binasının çatısına monte edilen ticari reklam panosunun kaldırılması yolundaki belediye başkanlığı işlemi ile reklam panosuna izin verilmesi isteminin reddine ilişkin işlemin, söz konusu reklam panosunun bina ve çatı yüksekliğini arttırdığı, civardaki binalarda ve uzak mesafeli

³²⁸ S. KANADOĞLU, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 599.

³²⁹ D.6.D, K. 1993/37, E. 1992/3360, T. 18.01.1993.

³³⁰ D.6.D, K. 1991/1219, E. 1989/1580, T. 20.05.1991, Kararı aktaran: KANADOĞLU, s. 102.

konutların görüşünü engellediği ve görsel kirlilik yarattığı gerekçesiyle hukuka uygun olduğuna karar vermiştir³³¹.

3194 sayılı İmar Kanunun 1. maddesinde bu Kanunun amacı, yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların; plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak olarak belirlenmiş ve estetik kavramına yer verilmemiştir. Fakat bu Kanunda ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan düzenleyici işlemlerde yer alan yapı estetiğine ilişkin kurallar emredici kurallardır. Nitekim İmar Kanununun 21/3. maddesine göre, belediyeler ve valilikler mahallin ve çevrenin özelliklerine göre yapılar arasında uyum sağlamak, güzel bir görünüm elde etmek amacıyla dış cephe boya ve kaplamaları ile çatının malzemesini ve rengini tayin etmeye yetkilidir. Fakat bu düzenlemede sayılan estetik unsurları gerçekleştirmeye yönelik güçlü bir yaptırımın öngörülmemesi, yapıların dış cephelerinin boyanmaması ve konut olarak kullanılmaya elverişli olmayacak bir yükseklikte, çatıların hiç yapılmaması gibi çirkin görüntülerin oluşmasına neden olmaktadır³³².

Bu alandaki idari yargı içtihatları da estetiğin imar kolluğu alanında korunan bir unsur olduğunu göstermektedir. Örneğin bir büyükşehir belediye encümeninin, imar planında otopark yerine isabet eden ve düğün salonu olarak kullanılmakta olan taşınmazın estetik yönden sakıncalı olduğu gerekçesiyle ruhsatının iptali için ilçe belediyesine yazı yazılması ve tahliye edilmesi için de gerekli tebligatın yapılarak yıktırılması yolundaki işlemini, ilk derece İdare Mahkemesi hukuka uygun bulurken; Danıştay, söz konusu işlemi Büyükşehir Belediyesinin yetkisiz olduğu gerekçesiyle hukuka aykırı bulmuştur. Kararın analizinden işlemin konu yönünden hukuka uygun olduğu anlaşılmaktadır³³³.

Ayrıca 3194 sayılı İmar Kanununun “Kamunun Selameti İçin Alınması Gerekli Tedbirler” başlıklı 40. maddesine göre “arsalarda, evlerde ve sair yerlerde umumun sağlık ve selametini ihlal eden, şehircilik, estetik veya trafik bakımından mahzurlu görülen enkaz veya birikintilerin, gürültü ve duman tevliheden tesislerin hususi mecra, lağım, çukur, kuyu; mağara ve benzerlerinin mahzurlarının giderilmesi ve bunların

³³¹ D.6.D, K. 1999/4131, E. 1998/3936, T. 21.9.1999.

³³² YAŞAR, İmar Hukuku, s. 254.

³³³ D.6.D, K. 1997/3137, E. 1996/3615, T. 24.06.1997.

zuhuruna meydan verilmemesi ilgililere tebliğ edilir. Tebliğde belirtilen müddet içinde tebliğe riayet edilmediği takdirde belediye veya valilikçe mahzur giderilir; masrafı % 20 fazlasıyla arsa sahibinden alınır veya mahzur tevlit edenlerin faaliyeti durdurulur.”

Danıştay içtihatlarına baktığımızda Türk idare hâkiminin bu normu dar yorumladığını ve estetiği, kolluk tedbirlerine ilişkin olarak tek başına bir hukuka uygunluk gerekçesi olarak nitelendirmediğini görüyoruz. Örneğin Danıştay, tarla ve sebze bahçesi olarak kullanılan taşınmazları bu norm kapsamında değerlendirmezken³³⁴; reklam panoları ve baz istasyonlarının estetiği bozduğu gerekçesiyle kaldırılmalarına ilişkin idari kolluk işlemlerinin “yasada yapılan tanımlama ve mahzur tevlit eden unsurlar içerisinde yer almadığı” gerekçesiyle hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir³³⁵.

Danıştay, yıkım kararlarında da estetik kavramını tek başına doğrudan bir gerekçe olarak kullanmamaktadır³³⁶. Bir dış cephe balkonunun tadilatla değiştirilmesi sonucunda aynı cephede yer alan balkonlarla tezatlık oluşturması sebebiyle ana yapının estetiğinin bozulması gerekçesini Danıştay, söz konusu balkonun yıkım kararının dayanağı olarak hukuken geçerli bulmamıştır³³⁷. Bazı kararlarda ise estetik, diğer nedenlerle birlikte yıkım kararının hukuka uygunluk nedenlerinden biri olarak kabul edilmiştir. Bir balkonun panjurlu kısmının yıktırılmasına ilişkin işlemi Danıştay, kapatılan balkonun apartmanın görüntüsünü bozduğu ve kapalı hacim oluşturarak kullanım alanında artış sağladığı gerekçeleriyle hukuka uygun bulmuştur. Bir binanın orta yerinde yapılan yapının yıkım kararının hukuka uygun bulunduğu başka bir Danıştay kararında ise dava konusu işlemin dayanağı olarak, yapının tasdikli projeye aykırı ve ruhsatsız olması yanında binanın bütünlüğünü ve görünüşünü estetik yönden bozduğu hususu da gerekçeler arasında kabul edilmiştir³³⁸.

³³⁴ D.6.D, K. 2005/620, E. 2003/4482, T. 09.02.2005.

³³⁵ D.6.D, K. 2003/4407, E. 2002/1357, T. 22.09.2003; D.6.D, K. 2002/1744, E. 2001/899, T. 20.03.2002; D.6.D, K. 2005/4944, E. 2005/1905, T. 21.10.2005.

³³⁶ YASİN, s. 105.

³³⁷ D.6.D, K. 2005/4727, E. 2003/7653, T. 13.10.2005, DD, S. 112, s. 186-188’den aktaran: YASİN, s. 106.

³³⁸ D.6.D, K. 1997/5378, E. 1996/5807, T. 27.11.1997; D.6.D, K. 1992/4391, E. 1991/3284, T. 19.11.1992, Kararı aktaran: YASİN, s. 106.

Türk hukukunda, hizmet kollukları dışında estetiğin genel idari kolluğun korumakla görevli olduğu kamu düzeninin bir unsurunu oluşturduğunu iddia etmek pek mümkün görünmemektedir.

Türkiye’de bu alandaki özel idari kollukların dahi estetiği koruma ve sağlamada etkin olduğu söylenemez. Bu alanda daha etkin bir koruma bakımından Yaşar, imar düzenine ilişkin estetik kuralların imar planlarında yer almasını ve yerleşim alanlarında geçerli olacak kentsel tasarım kurallarının imar planlarına not veya ek olarak bağlanması yoluyla kolluk yetkileri arasına katılmasını önermektedir. Yapıların projelendirme aşamasında estetik kaygılara yer verilmemektedir. Ruhsat vermeye yetkili idareler, sivil toplum kuruluşlarının da etkisiyle mekân açısından önemli olduğu kabul edilen arsalar üzerinde yapılacak yapılar için proje yarışmaları düzenleyerek estetik binaların yapılmasını sağlamaya çalışmaktadırlar³³⁹.

2.2.3. Ekonomik Kamu Düzeni

19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren, belirgin olarak da 20. yüzyılda klasik kamu düzenine, ekonomik ve sosyal ilişkiler alanına ilişkin ve genellikle ekonomik kamu düzeni olarak adlandırılan yeni bir kamu düzeni anlayışı eklenmiştir. Ekonomik kamu düzeni, genel olarak girişim ve sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamaları ifade etmektedir.

2.2.3.1. Devletin Ekonomik Rolü Bakımından Ekonomik Kamu Düzeni

Fransız öğretisinde ekonomik kamu düzeni iki kategori halinde analiz edilmektedir: Yönlendirici ekonomik kamu düzeni (*l'ordre public économique de direction*) ve korumacı ekonomik kamu düzeni (*l'ordre public économique de protection*). Yönlendirici ekonomik kamu düzeni, kamu yararı amacıyla devletin ekonomik ilişkileri yönettiği bir düzendir. Özellikle fiyatların düzenleyici işlemlerle

³³⁹ YAŞAR, İmar Hukuku, s. 254.

belirlenmesinin örnek olarak verilebileceği, ekonomik kamu düzeninin bu biçimi günümüzde sınırlı bir şekilde uygulanmaktadır. Örneğin, Fransa’da işsizliği azaltma amacına yönelik olarak, yasal çalışma süresinin 35 saat olarak düzenlenmesi yönlendirici kamu düzenine ilişkindir. Rekabet hukukunu da çeşitli açılardan bu kategoriye dahil etmek mümkündür. Korumacı ekonomik kamu düzeni ise ekonomik yönden eşit olmayan taraflar arasında zayıf olanı korumaya yönelik bir düzendir³⁴⁰.

Kamu düzeninin bu biçimi, sosyal adaleti sağlama ve koruma görevini üstlenen ve bu yönüyle de “jandarma devlet”ten ayrılan “refah devleti”ne bağlı olarak ortaya çıkmıştır³⁴¹. Örneğin tüketicinin, işçinin ya da sigorta yaptıranın, sözleşmenin zayıf tarafı olması nedeniyle koruyan düzenlemeler korumacı ekonomik kamu düzenine ilişkindir. “Sosyal kamu düzeni” ise korumacı ekonomik kamu düzeninin bir türü olup işçinin korunmasına yönelik nisbî emredici kurallara ve yaptırımlara ilişkindir³⁴². Örneğin çocuk işçilerin çalıştırılmasına ilişkin yasal düzenleme ve tedbirler sosyal kamu düzenine ilişkindir. İş ilişkisinde, işçinin lehine olan kuralın uygulanmasını ifade eden “yararlılık ilkesi” sosyal kamu düzenini koruyan en önemli hukuki araçlardan biridir. Conseil d’Etat içtihatlarında “yararlılık ilkesi”nin, hukukun genel prensiplerinden olduğunu kabul etmiş; İş Kodunun L. 134-2 maddesinde yer alan, “*toplu iş sözleşmesi yürürlükteki kanun ve düzenlemelere göre işçinin daha lehine hükümler taşıyabilir*” hükmünün sosyal kamu düzenine ilişkin olduğunu belirtmiştir³⁴³. Türk hukuku öğretisinde de iş hukuku alanında yasakoyucu tarafından öngörülen

³⁴⁰ L. LEVENEUR, “*La liberté contractuelle en droit privé: Les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...)*”, AJDA 1998, s. 680.

³⁴¹ “Refah devleti” kavramı ile “sosyal devlet” kavramının anlamlarına ilişkin olarak Prof. Dr. C. Can AKTAN’ın şu satırlarda belirttiği yaklaşımını aynen benimsiyoruz. “ABD ve Batı Avrupa’da sosyal devlet kavramından ziyade refah devleti kavramı kullanılmaktadır. Türkçe literatürde ise farklı yazarlarca her iki kavramın da kullanıldığı görülmektedir. Refah devleti ile sosyal devlet kavramlarının farklı anlamlar taşıdığına ilişkin bazı yaklaşımlara karşın, biz, iki kavramın da aynı anlama geldiği kanaatindeyiz. Bize göre, refah devleti ile sosyal devlet arasında ayırma temel oluşturan kriterler, esasen refah devletinin gelişim süreci ve refah devleti türleri ile ilgili hususlardır. Bu anlamda sosyal devlet-refah devleti ayrımı yerine biz, “az gelişmiş ya da gelişen” refah devleti (veya sosyal devlet) ve “ileri” refah devleti (ya da sosyal devlet) ayrımını tercih ediyoruz. Dolayısıyla bu çalışmada sosyal devlet ve refah devleti kavramlarını aynı anlamda kullanıyoruz.” C.C. AKTAN / Ö. ÖZKIYRAK, “*Sosyal Refah Devleti*”, 2003. <http://www.canaktan.org/politika/refah-devleti/kavram.htm>, 30.06.2009.

³⁴² E. ÖZDEMİR, “*İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri*”, AÜHFD, C. 54, S. 3, 2005, s. 97.

³⁴³ F. DELAFFOND, “*L’ordre Public Social Et Le Principe De Faveur En Droit Du Travail*”, <http://www.melchior.fr/L-ordre-public-social-et-le-pr.5107.0.html>, (23.05.2009).

koşulların çoğunun “sosyal adalet düşüncesi ile kamu düzeni niteliği” taşıdığı ileri sürülmektedir³⁴⁴.

Ekonomik kamu düzeni özel hukuk alanında, kamusal makamların ekonominin belli bir biçimde örgütlenmesini sağlamasının hukuki yansıması olarak ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda ekonomik kamu düzeni, neyin yapılmaması gerektiğini gösteren klasik kamu düzeni anlayışından farklı olarak neyin yapılması gerektiğini de belirten pozitif ve düzenleyici bir niteliğe sahiptir³⁴⁵.

Çağımızda sözleşmeler hukuku yönünden kamu düzeni küresel ölçüde genişlemektedir. Özellikle eşit olmamaları halinde tarafların hareket marjı eskisine oranla daha sınırlıdır. Bu alandaki tipik örnekler iş akdi ve kira sözleşmesidir³⁴⁶. Ayrıca bir yandan tüketicinin korunması diğer yandan rekabet hukuku bakımından sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamaların gelişmesine vurgu yapmak gerekir³⁴⁷. Tüketicinin ve rekabetin korunması günümüzde ekonomik kamu düzeninin iki yeni unsurudur. Rekabet hukuku, paradoksal bir biçimde özgürlük adına, -ki bu özgürlük serbest piyasada oyunu kurallarına göre oynama özgürlüğüdür, sözleşmelerin içeriğini belirlemede önemli bir etki yapmaktadır. Bir sözleşmenin rekabeti bozucu nitelikte olduğuna dair karar ise keyfi olma riski taşıyan bir değerlendirme yapmayı gerektirmektedir. Piyasada oyunun kuralları herkes tarafından eşit bir biçimde, önceden bilinebilecek ölçüde belirli olmadığından, söz konusu kural ilgili idari otoritenin tek bir kararıyla her olay için ayrı

³⁴⁴ T. TAN, Ekonomik Kamu Hukuku, TODAİE Yayınları, Ankara 1984, s. 128.

³⁴⁵ TAN, Ekonomik Kamu Hukuku, s. 129.

³⁴⁶ 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna 4531 sayılı Yasa ile eklenen Geçici 7. madde hükmünün Anayasa’ya aykırılık iddiasını inceleyen Anayasa Mahkemesi kararına göre “ekonomi kurallarına göre hak ve adalete uygun, makûl bir kira parasının saptanmasında kiracıların durumu ve tüketici fiyat endeksinin üstünde seyreden kira paralarındaki artışın diğer fiyatlar üzerindeki olumsuz etkileri gözeticilerle taşınmaz mal kira bedellerinin kamu yararı amacıyla ve yasayla sınırlandırılmasının Anayasa ile çelişen bir yönü bulunmamaktadır.” AMK, K. 2001/303, E. 2001/333, T. 19.07.2001.

³⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, tüketicinin korunması amacıyla gazetelerin promosyon kampanyası yapma hakkını sınırlayan, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 11. maddesinin Anayasa’ya uygunluk kontrolünü gerçekleştirdiği davada, “11. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan, süreli yayın kuruluşlarınca düzenlenen ve her ne amaç ve şekilde olursa olsun, süreli yayının dışında ikinci bir ürün verilmesinin taahhüt edildiği kampanyalarda, yasalarda belirlenen ve süreli yayıncılık amaçlarına aykırı olmayan kültürel ürünler dışında hiçbir mal ve hizmetin dağıtımının yapılamayacağına ilişkin kuralın, tüketicinin çıkarlarını korumak amacıyla konulduğu anlaşılmaktadır. Yasakoyucunun kamu yararı ve düzeni ile ülke ekonomisini göz önünde bulundurarak tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı düzenleyici tedbirleri alması, Anayasa’nın 172. maddesinin gereğidir.” şeklinde karar vermiştir. AMK, K. 1998/56, E. 1998/25, T. 29.09.1998.

ayrı belirlenmektedir. Bu yönüyle de rekabet hukuku sözleşme özgürlüğünü önemli ölçüde sınırlandırmaktadır³⁴⁸.

Rekabet yasaları, serbest piyasa ekonomisinin daha verimli işleyebilmesi, dolayısıyla toplumsal refahın artırılması ve paylaşılması için firmaların tam rekabet koşullarını bozan davranışlarını engellemeye yönelik düzenlemeler yapmaktadır. Bu yasalarla bireysel hak ve özgürlüklerin işletmeler arasındaki rekabet nedeniyle ihlal edilmesi önlenmeye çalışılmaktadır³⁴⁹. Türk hukukunda, 1982 Anayasası'nın 167. maddesi ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'la rekabetin korunması konusunda idareye hem görev hem de yetki verilmiştir³⁵⁰.

20. yüzyılın başından itibaren ekonomi üzerindeki devlet müdahalelerinin nicelik bakımından önemli ölçüde arttığı gözlemlenmektedir. Belli başlı devlet teorileri, oluşturdukları toplum organizasyonu şemalarına ekonomik boyutu da dahil etmişler ve hukuka ekonominin organizasyonuna ilişkin farklı fonksiyonlar yüklemişlerdir. Sosyalizm, liberalizm ve Keynesçi akım devletin ekonomik rolünü farklı biçimlerde kurmuşlar, buna paralel olarak da ekonomik kamu hukukunun içeriğini farklı şekillerde tanımlamışlardır. Hukukun belirlediği anlamda, ekonominin toplum içindeki yeri, dolayısıyla ekonomik kamu hukuku 20. yüzyılın özellikle ikinci yarısında çatışan politik görüşlerin (reformcu sosyalizm, Keynesçilik ve liberalizm) etkisiyle şekillenmiştir³⁵¹.

Özellikle 2. Dünya Savaşı sonrası toplumdaki sosyal gelişmeler, devletin yetkilerinin artmasına yol açmış; ekonomik düzenin temeli olan serbest piyasa mekanizmasının başarısızlıklarını ve aksaklıklarını gidermek amacıyla ekonomik faaliyetler yasal düzenlemelere tabi tutulmuştur³⁵². Bernard, 1960'lı yıllarda yazdığı

³⁴⁸ LEVENEUR, s. 681.

³⁴⁹ M. AKINCI, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu", Rekabet Dergisi, S. 5, 2001, s. 2, 3.

³⁵⁰ "Ancak idarenin kendisi de kimi zaman işlem ve eylemleri ile haksız rekabete neden olabilmektedir. Oysa rekabet kuralları sadece özel teşebbüslerin faaliyetlerini kapsamamakta, kamu kurum ve kuruluşlarının bireysel veya genel düzenleyici işlemleri ile ekonomiye müdahalelerini de kapsamaktadır. Dolayısıyla rekabet kuralları kamu ve özel sektör ayrımı yapılmaksızın uygulanmalıdır. Nitekim 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 'Kapsam' başlıklı 2. maddesinde, kamu özel ayrımı yapılmaksızın, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mal ve hizmet piyasalarında faaliyet gösteren ya da bu piyasaları etkileyen her türlü teşebbüsün rekabet kurallarına uyması gerektiği belirtilmektedir." N. KARAN, "İlaçta Rekabete Eczacı Odalarının Müdahalesi", MÜHF Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2 Mayıs 2008, İstanbul.

³⁵¹ F. SERVOIN, *Droit administratif de l'économie*, PUG, 2. éd., 2001 Grenoble, s. 25-26.

³⁵² S. GÜRAN, "ABD'de Ekonomik Hayatın Düzenlenmesi", İHİD, S.1-3, 1985, s. 13; "1929 Dünya Ekonomik Bunalımı'yla birlikte devlet olgusu daha da vurgulanan bir konu halini almıştır. Dünya çapında etkili olan ekonomik kriz ve bunalım devletin kamusal alandaki hükümranlığını daha da arttırmasının yanı sıra, devleti piyasalara

“İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı” adlı eserinde bu konuyla ilgili olarak şunları söylemiştir: “Günümüzde ekonomik düzenin doğal ve kendiliğinden bir düzen olduğu fikri değişmiş; üretimde, dağıtımda ve fiyatlardaki düzenin yasalardan, planlardan ve idarenin bunları uygulama amacıyla yaptığı müdahalelerden kaynaklandığı kabul edilmiştir.”³⁵³ 1980’li yılların ikinci yarısından itibaren bu eğilim tersine dönmüş ve ekonomi politikası serbestleşme (*déréglementation*) yönünde değişmişse de bu durum ekonomik kamu düzeni kavramını zayıflatmamıştır³⁵⁴.

Günümüzde, küreselleşme olgusu, devletleri uluslararası sermayenin ön plana çıkardığı ilkeler doğrultusunda davranmaya zorlamaktadır. Bu süreçte gelişmiş ülkeler, teknolojik üstünlüğü korumak, kâr getirici alanların önünü açmak, sermayenin uluslararası işleyişini kolaylaştırmak ve güvenliğini sağlamak gibi işlevler yüklenmekte; gelişmekte olan ülkeler ise serbest bölgeler, mevduat garantileri, özelleştirme gibi uygulamalarla sermaye girişini kolaylaştırmak, ücretleri ve sosyal harcamaları kısarak sermaye kârlarını arttırmaya çalışmaktadırlar. Bu ortamın en önemli yanı, refah devletinin getirilerinden³⁵⁵ büyük ölçüde vazgeçilerek yerine neo-liberal devletin ikame edilmesi olmuştur. Neo-liberal anlayış, devletin piyasa üzerindeki gücünün sınırlandırılması ve böylece pazarın özgürlüğü ilkesinin öne çıkarılmasına dayanır³⁵⁶.

müdahale eden, ekonomik politikaları yönlendiren, sosyal açıdan yardıma muhtaç kesimleri finanse eden bir “Refah Devleti”ne dönüştürmüştür.” D. DEMİREL, “Küreselleşme, Etkin Devlet ve Türkiye”, TİD, S. 456, 2007, s. 107.

³⁵³ BERNARD, s. 39.

³⁵⁴ GOGNETTI, s. 96; Bu dönemin gözde kavramı deregülasyondur. Ancak bu kavramın ifade ettiği yaklaşım, özellikle özelleştirmelerle ortaya çıkan pazar yapısı dikkate alındığında yanıltıcıdır. “Çünkü bu alanlar, baştan itibaren aslında sıkı biçimde regüle edilmiş alanlardır ve yalnızca mülkiyet yapısına ilişkin değişiklik sonucunda pazarın biçimsel olarak serbestleştirilmesi, istenen amaca ulaşmak için yetersizdir. Bu nedenle yapılan aslen bir regülasyon çerçevesinin başka bir çerçeveye değiştirilmesidir.” TEKİNSOY, s. 129; Bu dönemin özelliklerini Demirel ise şöyle ifade etmektedir: “1980’li yıllar, özellikle özelleştirme çabalarıyla geçmiş ve 1990’lı yıllara gelindiğinde devlette ve kamusal alanda büyümenin durdurulduğu ancak devletin faaliyet alanında tam olarak bir küçülme yaşanmadığı görülmüştür. Bu nedenle 1990’lı yılların temel arayışı devletin faaliyet alanına ilişkin sınırları çizip, bu kısıtlı alanda devlet mekanizmasının nasıl daha etkin ve verimli kılınabileceğidir.” D. DEMİREL, s. 108.

³⁵⁵ “... yoksulluğu ortadan kaldırmak için bir takım sosyal hizmetlerin sağlanması, çalışma ve çevre koşullarının iyileştirilmesi, sanatsal faaliyetlere ortam hazırlanması, eğitim ve sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi, geniş bireysel özgürlüklerin ve vatandaşlık haklarının devlet karşısında korunması, vatandaşların toplumu ilgilendiren konularda söz sahibi olmaları, hayat standartlarının yükseltilmesi, kiracılara barınak ve güvenlik sağlanması, kiralardan denetim altına alınması, sözleşme hükümlerine müşterileri koruyan hükümler eklenmesi, indirim stratejileri, ürün kalite standartları, ayrımcılık karşıtı yasalar, yaşlılara bakım hizmeti, şehir planlamasına ilişkin önlemler, refah devletinin getirileridir.” Ş. Ş. CEYLAN, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2007, s. 195 ; Ayrıca refah devletinin krizi konusunda bkz. A. ÇELİK, “Refah Devletinde Kriz ve Yeniden Yapılanma”, Sosyal Siyaset Konferansları, Kitap 50, s. 301-320, <http://iibf.kocaeli.edu.tr/ceko/ssk/kitap50/16.pdf>, (25.06.2009).

³⁵⁶ N. BULUT, “Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu Mu?”, AÜHFİD, C. 52, S. 2, 2003, s. 189-190; “Başka türlü ifade etmek istersek, devlet sermayenin hareketini zorlaştıran düzenleme ve uygulamaları tasfiye edecek, işte işçileri, küçük köylüleri, mütevazı toplum kesimlerini, vb. gözetken sosyal ve ekonomik amaçlı müdahale ve düzenlemelerden

Dünya çapında etkili olan ekonomik krizlerin devletin ekonomi politikalarında kaçınılmaz değişimlere neden olduğu gerçeği karşısında bugün yaşanan ekonomik krizin de çağımızda egemen olan neo-liberal anlayışı değiştirebileceği öngörülebilir. Çeşitli ülkelerde bazı finansal kuruluşların kamulaştırılması ya da devlet tarafından verilen kredilerle kurtarılmaya çalışılması, çeşitli teşvik tedbirleri gibi piyasanın bizzat kendisi tarafından talep edilen ve uygulamaya konulan müdahaleler, devletlerin tekrar önemli birer ekonomik aktör durumuna gelmelerine ilişkin bir tartışma başlatmıştır. 80 yıl arayla yaşanan iki büyük ekonomik bunalım, devletin ekonomi üzerindeki etkin denetiminin ve durgunluk dönemlerinde alacağı insiyatiflerin önemini göstermiştir. Liberallerin bireylerin her zaman rasyonel düşünüp hareket edeceğine dair varsayımdan hareketle savundukları ekonomi alanındaki kuralsızlığın, bireylerin aldığı irrasyonel risklerin yarattığı ağır ekonomik yükleri kaldıramadığı ortaya çıkmıştır³⁵⁷.

2.2.3.2. Kamu Düzeni-Ekonomik Kamu Düzeni İlişkisi

Son yıllarda klasik kamu düzeni kavramının ekonomik kamu düzenini de içine alacak şekilde genişlediğini görüyoruz. Kolluk müdahalelerinin ekonomik alana yönelmesi, idare hukuku alanında da klasik kamu düzeni anlayışına ekonomik bir boyut kazandırmış; iktisadi, sosyal ve teknik gelişmelere paralel olarak gelişen hukuk-ekonomi ilişkisi, “ekonomik kamu düzeni”, “ekonomik kolluk” kavramlarını daha önemli hale getirmiştir³⁵⁸. Bugün ekonomik kamu düzeni, devletin kamu düzenini gerçekleştirme görevinin bir parçası olarak kabul edilmektedir³⁵⁹.

Hiç kuşkusuz, ekonomik düzen toplumsal düzenin bir parçası olduğundan kamu düzenini de ilgilendirmektedir. Fakat öğretilerde bir görüşe göre ekonominin, kamu

uzak duracak...Bu amaçla yapılması gerekenler de üç sloganla ifade ediliyordu: Liberalizasyon, deregülasyon/dereglemansyon ve privatizasyon.” F. BAŞKAYA, “*Kapitalizmin Krizi veya Otuz Yıllık Yalanın Sonu*”, http://www.pressmedya.com/haber_detay.asp?haberID=1077_ (25.06.2009).

³⁵⁷ K. KUTLU, “*Küresel Ekonomik Kriz, Liberalizm, Türkiye -2*”, Koç Üniversitesi Digital Platformu, http://kocpost.ku.edu.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=155&Itemid=29, (25.01.2009).

³⁵⁸ İ. H. ÖZAY, “*Hukuk-Ekonomi İlişkisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı*” başlıklı oturumda sunulan tebliğ, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı (8 Ocak-11 Ocak 2008), Ekonomi ve Hukuk, C. 4, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 23; TAN, *Ekonomik Kamu Hukuku*, s. 127.

³⁵⁹ T. ŞENOL, “*Hukuk-Ekonomi İlişkisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı*” başlıklı oturumda açılış konuşması, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı (8 Ocak-11 Ocak 2008), Ekonomi ve Hukuk, C. 4, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009, s. 16.

düzeninin bir unsuru olduğunu söylemek bazı yönlerden sakıncalıdır. Öncelikle ekonomi teorisini sınırlamak mümkün değildir; belirli bir ideal ekonomik model mevcut değildir. Çünkü ekonomik sistem politik bir tercihin ürünüdür. Bundan başka ekonomik sistem, farklı tarihi koşulların bir araya gelmesi ile oluşmaktadır. Savaşlar, ekonomik ve sosyal krizler, teknik gelişmeler, nüfus baskısı gibi faktörler ekonomi politikasında, dolayısıyla ekonomik düzende değişime neden olurlar. Kamu düzeni kavramı da zamana ve yere göre değişen ve bir anlamda politik bir iradenin ürünü olan bir anlayışı yansıtır. Ayrıca güvenlik, dirlik ve esenlik ve sağlığa ilişkin önlemler, ekonomiyi belirleyen teoriler kadar çok sayıda ve birbiriyle çelişkili teorinin konusu değildir. Bununla birlikte klasik kamu düzenini koruma amacıyla devletin ekonomiye müdahale etmesinin gerekli olduğu da tartışmasızdır. Başka bir deyişle idare, genel kolluk yetkilerini kullanarak kamu düzeninin klasik üç unsurunu korumak amacıyla bazı bireysel ekonomik faaliyetlere kayıtlamalar getirebilir. Diğer taraftan devletin ekonomik alanda aldığı çok sayıda tedbirin amacı, kamu düzeni değil fakat kamu yararıdır³⁶⁰. Birinci müdahale çeşidinde ekonomik alan genel kolluk yetkisine konu olabilse de amaç değildir. Oysa ikinci müdahale biçiminde ekonominin kendisinin bizzat amaç haline geldiğini söylemek mümkündür. İşte ekonomik kamu düzeni terimi bir özel idari kolluk niteliğindeki bu ikinci kolluk türünü belirtmektedir³⁶¹.

Kaboğlu'na göre “iktisadi özgürlüklerin kötüye kullanılması, maddi kamu düzenini ihlal etmeyebilir; ancak kamu yararını, toplum düzenini ve ekonomik kamu düzenini ciddi biçimde zedeler; kalıcı etkiler bırakır.”³⁶²

Ulusoy, kamu düzeni kavramının, genel güvenlik, huzur ve toplum sağlığının korunmasıyla sınırlı bir kavram olarak kullanılması gerektiğini belirtmekte ve ekonomi kavramının kamu düzeni kavramının içinde yer almaması gerektiğini düşünmektedir. Yazara göre ekonomik kamu düzeni yerine ekonomik düzen teriminin kullanılması daha uygundur. Ekonomik düzen, kamu düzeni kavramından ayrı bir kavramdır; ekonomik düzenden anlaşılması gereken de “bir ülkede ekonominin meşru kurallara göre işleyen

³⁶⁰ GOGNETTI, s. 97.

³⁶¹ TAN, Ekonomik Kamu Hukuku, s. 127.

³⁶² KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 459.

bir organizasyonu, yani bir ülkedeki ekonominin genel organizasyonudur.”³⁶³ Oysa idare hukukunda kamu düzeni kavramı, idarenin kolluk faaliyetinin amacını ifade etmektedir. Dolayısıyla ekonomik kamu düzeni idarenin, yürütmenin düzenleyici işlemlerinden, karar ve tebliğlerinden kaynaklanan ekonomik kolluk faaliyetinin amacı anlamında kullanılmakta ve ekonomik düzenle aynı anlamı taşımamaktadır. Farjat da, ekonomik kamu düzeni kavramının, bir toplumun temel ekonomik düzeninin hukuki ifadesi olduğunu söylemektedir³⁶⁴.

Yıldırım’a göre ise kolluk müdahalelerinin ekonomiye girişi, ekonomiyi kamu düzeninin ayrı ve bağımsız bir unsuru yapmamakta, yalnızca klasik unsurlara yeni bir boyut getirmektedir. Örneğin iktisadi konular kamu düzeninin esenlik unsuru içinde değerlendirilmektedir. Dolayısıyla “ekonomik kolluktan söz etmek için idare hukukunda yerleşmiş anlamıyla kabul edilen kamu düzeni kavramının geliştirilmiş olması şart değildir. Kamu düzeni ekonomik konuları da kapsayacak genişlikte bir mefhumdur.”³⁶⁵ Yazar ayrıca, 1982 Anayasasında düzenlenen olağanüstü hal ilanı sebeplerinden birinin ağır ekonomik bunalım olduğunu göz önünde tutarak toplumun ekonomik bunalımlardan uzak tutulmasının kamu düzeninin dördüncü unsuru olarak kabul edilebileceğini söylemektedir.

Ekonomik kamu düzeni, güdümlü ekonomi anlamına gelmemektedir. Bir devletin anayasasında çizdiği ekonomik düzenin gereklerinin yerine getirilmesini istemek güdümlü ekonomiyi benimsemek demek değildir³⁶⁶.

2.2.3.3. Anayasa ve Ekonomik Kamu Düzeni

Ekonomik kamu düzeninin kurucu unsuru anayasadır. 1982 Anayasası’nın 48. maddesinde düzenlenen girişim ve sözleşme hürriyeti ve mülkiyet hakkı Anayasa’nın öngördüğü ekonomik düzeninin ana unsurlarıdır. 48. madde hükmüne göre “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak*

³⁶³ A. ULUSOY, “Hukuk-Ekonomi İlişisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı” başlıklı oturumda sunulan tebliğ, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı (8 Ocak-11 Ocak 2008), s. 26.

³⁶⁴ G. FARJAT, L’ordre public économique, LGDJ, Paris 1963, s. 30.

³⁶⁵ T. YILDIRIM, Türk İhracat Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1991, s. 30.

³⁶⁶ “Ekonomik Kamu Düzeni”, TBB. Yönetim Kurulu Raporu, DD, C. 12-13, S. 4, 1974, s. 84.

serbesttir.” Ekonomik kolluk, anayasada belirlenen ekonomik düzenin gerçekleşmesini sağlamak üzere özel girişim özgürlüğüne müdahale ve getirilen sınırlamaların tümünü içeren genel bir kavram olarak değerlendirilmektedir³⁶⁷.

Ekonomik kolluğun amacını 1961 ve 1982 Anayasası, “*Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.*” (m. 40, m.48) hükmü ile ortaya koymaktadır. Bu amaç doğrultusunda ve sosyal devlet ilkesine paralel olarak 1982 Anayasası da tıpkı 1961 Anayasası gibi³⁶⁸ geniş bir sosyal ve ekonomik haklar listesi öngörmüş, fakat 1961 Anayasasından farklı olarak mali ve ekonomik hükümleri ayrı bir kısımda toplamıştır. Bu kısımda planlı kalkınmayla birlikte piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesine ayrı bir yer vermiş ve devletin para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alacağını, piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyeceğini (m.167) öngörmüştür. Anayasa bu kısımda, tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi; orman ve orman köylülerinin korunması; kooperatifçiliğin geliştirilmesi; tüketicilerin korunması ile esnaf ve sanatkârların korunmasına ilişkin kuralları (m.172, m.173) da ekonomik ve mali hükümler arasında saymıştır. İşte Anayasa ile devlete verilen bu görevler, devletin ekonomik alandaki müdahalelerinin kaynağını ve temel çerçevesini oluşturmakta, bir başka deyimle ekonomik kamu düzeninin ana unsurlarını içermektedir³⁶⁹.

Ayrıca Anayasa’nın 5. maddesi ile devlete verilen görevler arasında, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak sayılmıştır. Anayasa’nın Başlangıç bölümünün 6. paragrafında da “her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme ve

³⁶⁷ TAN, Ekonomik Kamu Hukuku, s.130.

³⁶⁸ “Kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlayan iktisadi bütün engelleri kaldırmakla”(m.10), “iktisadi ve sosyal hayatın tam çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması”(m.41) ile Devleti görevli kılan 1961 Anayasası, “ekonomik kamu düzeni” anlayışını kurumsallaştırmış ve “iktisadi kalkınmanın demokratik yollarla gerçekleştirilmesini”(m.41) benimsemiştir. “Ekonomik Kamu Düzeni”, TBB. Yönetim Kurulu Raporu, s. 83.

³⁶⁹ TAN, Ekonomik Kamu Hukuku, s.131-132.

maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine”; 17. maddesinde ise herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını gerçekleştirme hakkına” sahip olduğu ifade edilmiştir. Bu hükümler ile devlete, ekonomiye sosyal bir devlet olmasından kaynaklanan müdahale etme yetkisi de verilmektedir³⁷⁰.

Anayasa Mahkemesi, kararlarında Anayasa’nın belirli bir ekonomik politika tercihini dayatmamakla beraber, ekonomik politikayı koşullandıran bazı esaslar öngördüğünü kabul etmektedir³⁷¹. Anayasa Mahkemesi özellikle 1980 yılından sonra verdiği kararlarda Anayasa’nın devlete, ekonomik alanda geniş müdahale olanağı, hatta görevi verdiğini kabul etmiştir³⁷².

2.2.3.4. Regülasyon ve Ekonomik Kolluk

Ekonomik kolluk, devletin ekonomi üzerindeki her türlü müdahalesi anlamında genel bir kavram olarak, ekonominin belirli konularında yapılan düzenleme ve müdahalelere ilişkin olan özel idari kollukları kapsamaktadır. Örneğin ihracatın düzenlenmesi, bir ekonomik kolluk faaliyeti olarak ekonomik kamu düzeninin uygulama alanlarından birini oluşturur. Kimlerin, hangi koşullarda, hangi malları, hangi ülkelere ihraç edebileceğinin idare tarafından belirlendiği göz önünde tutularak, bu düzenlemeler “dış ticaret kolluğu” olarak nitelendirilebilir³⁷³.

Devletin ekonomik alana müdahalesi, ya regülasyon yoluyla ya da hizmeti bizzat kendisinin üstlenmesi biçiminde gerçekleşir. Bu ikinci yöntemin bir müdahale tarzı olarak başarısız olduğunun genel olarak kabulü, kamu yararı ile yakından ilgili olan iktisadi faaliyet kollarında, işletmenin özel sektörün elinde bulunduğu, ancak oyunun kurallarının uzmanlaşmış kurumlar tarafından düzenlendiği ve denetlendiği Amerikan kökenli bir regülasyon tarzını gündeme getirmiştir. Regülasyon kavramı teknik hukukta bir düzenleme yetkisini ifade etmektedir. Bu yetki önce yasama organı tarafından yasalarla sonra da idare tarafından düzenleyici işlemlerle kullanılmaktadır.

³⁷⁰ Z. ASLAN / K. BERK, Rekabet Kurumunun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi, Alfa Yayınları, İstanbul 2000, s. 41-42.

³⁷¹ T. TAN, “Anayasal Ekonomik Düzen”, Anayasa Yargısı, C. 7, 1990, s. 165.

³⁷² Bu konuda örnek kararlar için bkz. TAN, “Anayasal Ekonomik Düzen”, s. 167-169.

³⁷³ YILDIRIM, Türk İhracat Rejimi, s. 31.

Regülasyon bu anlamıyla Türk hukukunda öteden beri kullanılmaktadır. Amerikan hukuku bakımından ise regülasyon, toplum hayatının herhangi bir alanının örf-adet, gelenekler ile yargıçlara mı bırakılacağı yoksa biraz önce değindiğimiz düzenleme yetkisinin kullanıldığı hukuki araçlarla mı düzenlenebileceği meselesidir. Dolayısıyla bir alan, karakteri itibarıyla ister kamu hizmeti ister idari kolluk olsun, regülasyonun konusu olmakla kamu hukuku alanına girmiş olacaktır³⁷⁴. Amerikan Federal İdare Hukuku, Türkiye ve Fransa'nın aksine, kamu hizmeti - idari kolluk ayrımında gelişim göstermediğinden regülasyon bu iki faaliyet alanını da kapsamaktadır³⁷⁵.

Regülasyona konu olan faaliyetlerin organizasyonu ve kontrolü için hukuksal düzenleme yapmak ve yaptırım uygulamak bir amaç olmayıp sadece gerektiğinde kullanılması gereken araçlardır. Bir yandan kamu hizmetlerinin özelleştirilmesini, bir yandan da özelleştirilen bu alanların serbestleştirilmesini, rekabete açılmasını sağlamaya yönelik düzenlemelerin yapıldığı 1980'li ve 1990'lı yıllarda deregülasyon kavramı ortaya çıkmıştır. Ulusoy'a göre, anglo-sakson sistemindeki deregülasyon (*deregulation*) ve Fransız sistemindeki *déréglementation* akımları olabildiğince az ve genel düzenlemeler yapılması ve yönetsel aktörlere mümkün olduğunca çok hareket alanı bırakılması şeklinde özetlenebilir³⁷⁶. Tekinsoy ise deregülasyonu şu şekilde tarif etmiştir: "Deregülasyon, pazara giriş ve pazardaki faaliyetler üzerindeki sınırlamaların kaldırılmasını ve dolayısıyla işleyişi pazar mekanizmalarına bırakmayı içermesi itibarıyla devletin yapması gereken temel faaliyeti pazar mekanizmasına aykırı kuralları kaldırmak olarak tanımlar."³⁷⁷

ABD'de regülasyonun tarihsel sürecine bakıldığında, kökeninde doğal tekel özelliği bulunan hizmet alanlarının yattığı görülmektedir. Bu alanlardaki hizmetlerin bizzat idarenin kendisi tarafından yürütüldüğü Kıta Avrupası ülkelerinde devletin bu hizmetleri özelleştirmesi, rekabet ve serbestleşme tartışmalarını gündeme getirerek ülkelerin serbest pazar anlayışını benimsemeleri sonucunu doğurmuştur. Günümüzde bu anlayış çerçevesinde idare, ekonomik alanda ağırlıklı olarak düzenleyici ve denetleyici

³⁷⁴ İ. H. ÖZAY, "Hukuk-Ekonomi İlişisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı" başlıklı oturumda sunulan tebliğ, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı (8 Ocak-11 Ocak 2008), s. 21, 22.

³⁷⁵ K. BERKARDA, "Regülasyon nasıl kurtulur?", KHUKA, Eylül 2004, s. 3 vd.

³⁷⁶ A. ULUSOY, Bağımsız İdari Otoriteler, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 22.

³⁷⁷ TEKİNSOY, s. 129.

bir fonksiyona sahip olmaktadır. Yasama ve yürütme, bir taraftan serbest pazar ekonomisine egemen olan ilkeler doğrultusunda objektif kurallar koyarak belirli sektörlerde rekabetin hangi çerçevede gerçekleşeceğini belirlerken, diğer taraftan bu kurallara uygun olarak faaliyet gösterecek kuruluşları kontrol ederek bir hakem rolü üstlenmektedir. Serbest pazar ekonomisinin uygulanmasındaki ilk aşama olarak hizmet sağlayan devletten, hizmetin sunulmasına ilişkin kuralları koyup bu faaliyeti denetleyen devlet anlayışına geçilmiş; ikinci aşama olarak ise “aynı anda hem hakem hem de oyuncu olunmaz” mantığı doğrultusunda, regülasyon faaliyetinin merkezi idareden ayrı olarak örgütlenen idareler tarafından üstlenilmesinin daha uygun olacağı sonucuna varılmıştır. Bu kurumlar idari kolluk ve onun içerisinde de özel kolluk yetkileri kullanan idari örgütlerdir. Özel teşebbüs serbestliğinin sınırından ve devletin müdahale ödevinden söz ederken ilgili kurumların bunu kolluk yetkilerini kullanarak sağladığı kabul edilmektedir³⁷⁸. Farklı ülkeler bu kurumları Bağımsız İdari Otoriteler ve Bağımsız Düzenleyici Kurumlar olarak isimlendirebilmektedir. Bunların misyon ve amacının, yeni teknolojilerin ve mali enstrüman ve manipülasyonların bazı temel hak ve özgürlükleri ve ekonomik düzeni tehdit ve ihlallerine karşı koruma ve kollama olduğu yönünde görüş birliği mevcuttur³⁷⁹.

Ekonomik alanda faaliyet gösteren bağımsız idari otoritelerin nihai hedefi düzgün bir rekabet ortamı oluşturmaktır. Regülasyon işlevi bakımından fark olmamakla birlikte Rekabet Kurumunun yaptığı regülasyon genel bir nitelik taşımaktayken diğer bağımsız idari otoritelerin yaptığı regülasyon özel niteliklidir. Başka bir deyişle Rekabet Kurumu, düzgün bir rekabet ortamını sağlayabilmek için genel olarak tüm ekonomik faaliyetleri regüle etmektedir³⁸⁰.

³⁷⁸ ÖZAY, “Hukuk-Ekonomi İlişkisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı” başlıklı oturumda sunulan tebliğ, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı (8 Ocak-11 Ocak 2008), s. 22, 23.

³⁷⁹ L. DURAN, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, AİD, C.30, S.1, s. 4; Bağımsız idari otoriteler, regüle ettikleri alan bakımından iki kategoriye ayrılmaktadır. İlk kategoriye girenler, doğrudan ilgili oldukları piyasaların ekonomik faaliyetini düzenleyen kurumlardır. İkinci gruptakiler ise piyasalarda rekabetten ziyade doğrudan kamu yararı hedeflerini gerçekleştirmekten sorumludurlar. Bunlar daha heterojen bir yapıya sahiptirler ve daha çok çevre, güvenlik, eğitim, ırk ve cinsiyetten kaynaklanan ayrımcılık gibi sorunlarla ilgilenmektedirler. Bu ayrım bağlamında regülasyon işlevi de ekonomik ve sosyal olmak üzere iki farklı alanda söz konusu olmaktadır. Ancak bu ayrıma rağmen Türkiye’de olduğu gibi pek çok ülkede endüstriye özel düzenleyici kurumlar tesis edilmekte ve bu kurumlar, hem ekonomik hem de sosyal regülasyonlardan sorumlu tutulmaktadırlar. T. ÇETİN, “Regülasyon Sürecinin Yeni Aktörleri: Politik İktisat Perspektifinden Bağımsız Düzenleyici Kurumlar”, Rekabet Dergisi, S. 29, 2006, s. 6-7.

³⁸⁰ A. ULUSOY, Bağımsız İdari Otoriteler, s. 101-102; Bknz. AKINCI, s. 2-15.

2.2.4. Ekolojik Kamu Düzeni

Fransa’da öğretide çevrenin korunması alanında kamu düzenine ekolojik sıfatı eklenerek ekolojik kamu düzeni kavramı kullanılmaktadır. Her alanda kamu düzeni toplumsal bir düzeni ifade ettiği için ekolojik ya da çevresel kamu düzeni dendiğinde bu kavram, hukukçuların ona verdiklerinden başka bir anlam taşımamak gerekir. Öğretide, kamu düzeninin pozitif tanımı çerçevesinde, ekolojik kamu düzeni, idarenin insan ile çevresi arasında uyumlu bir denge kurma yükümlülüğü olarak anlaşılır. Bu tanıma göre ekolojik kamu düzeninin korunması ve sağlanması için sadece kolluk faaliyeti yeterli değildir; kamu hizmeti de kullanılması gereken bir hukuki araçtır. Pozitif tanımı kabul etmeyen diğer görüş ise kamu hizmeti ve kolluk faaliyeti arasında usul ve amaç yönünden derin bir ayrılık olduğunu iddia etmekte ve bu nedenle ekolojik kamu düzeni tanımı içine kamu hizmeti faaliyetlerinin kapsamına giren düzenlemeleri dahil etmeyi reddetmektedir. Bu görüşün kabul ettiği negatif tanıma göre ekolojik kamu düzeni, çevresel düzensizliklerin, ihlallerin, karışıklıkların yokluğu veya çevresel zararın, çevre kirliliğinin bulunmayışı anlamına gelir³⁸¹.

Kamu düzeninin bir boyutuna işaret eden “ekolojik” sıfatı, toplum içinde yaşayan bireylerin yaşadıkları doğal çevrenin korunmasına yükledikleri temel değeri ifade etmektedir. Kamu düzenine ekolojik boyutun dahil edilmesi, bilimsel araştırmaların uzun vadede ve global düzeyde ortaya çıkacak çevre sorunlarını ortaya koyduğu günümüzde gereklidir³⁸².

Çevre bilimi, hiçbir unsuru çevresinden soyutlayarak ele almaz; aksine her şeyi içinde yaşadığı ve onunla ilişki kurduğu bir sistem olarak algılar. Ekolojik sistem ya da ekosistem, bir arada yaşayan canlı varlıklar ile onların içinde bulundukları ortamı birbirine bağlayan nisbi bir uyum içinde karşılıklı ilişkilerin tümü olarak tanımlanır³⁸³. Bu nedenle ekolojik kamu düzeni, sağlık unsurundan daha geniş bir içeriğe sahiptir. Başka bir deyişle ekolojik kamu düzeninin korunması, toplumun sadece çevre sorunlarının yol açtığı, insan sağlığına yönelik doğrudan ve açık tehlikelerden

³⁸¹ M. ÖĞÜTCÜ, Çevre Kolluk İşlemleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2000, s. 84-87.

³⁸² M. BOUTELET-BLOCAILLE / J.-C. FRITZ, L’ordre public écologique: Towards an Ecological public order, Bruylant, Bruxelles 2005, s. ix.

³⁸³ KUZU, Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı, s. 51.

korunması değildir. Birbirlerini tamamlayan bu iki kavram bazen çatışan hedeflerin de konusunu oluşturabilir. Örneğin bir sağlık düzenlemesi, atık suların her türlü yerleşim yerinden uzağa bırakılmasını emrederken, doğal çevrenin kirletilmesine yol açmaktadır³⁸⁴.

Ekolojik kamu düzeninde insan merkezli değil, çevre merkezli bir koruma söz konusudur. Ekolojik anlamda çevre, bireyle ilgili canlı cansız her şeyi içine alır³⁸⁵. Kaboğlu'nun klasik kamu düzeni-yeni kamu düzeni şeklinde yaptığı ayrımın temelinde bulunan, düzen bakımından meydana gelecek zararın kalıcı olması hususu, en belirgin şekilde çevre alanında söz konusu olmaktadır. Bu boyutuyla çevre sorunları, ekolojik dengenin bozulmasına zemin hazırlayan faktörlerdir. Ekolojik kamu düzeni tedbirleri de bu faktörlerin önlenmesine yönelik olarak alınan tedbirlerdir. Örneğin doğanın korunmasına yönelik, biyolojik çeşitliliği, canlı türlerinin doğal ortamlarını, doğadaki besin zincirini, kıyı, dağ ve ormanların korunması korumak amacıyla alınan tedbirler ekolojik kamu düzenini korumaya yönelik tedbirlerdir.

09.08.1983 tarihli 2872 sayılı Çevre Kanununun “Çevrenin Korunması” başlıklı 9. maddesi, ekolojik kamu düzenini korumak amacıyla idarenin kullanacağı bazı yetkileri düzenlemekte ve birtakım emir ve yasaklar getirmektedir. Bu hüküm, sadece insan sağlığı bakımından çevre ile ilgili öngörülebilir tehlikelere yönelik değil; doğal çevrenin, biyolojik çeşitliliğin ve bir bütün olarak ekosistemin korunmasına yönelik bir düzenlemedir. 9. maddenin (a) bendine göre, “Doğal çevreyi oluşturan biyolojik çeşitlilik ile bu çeşitliliği barındıran ekosistemin korunması esastır.”

2872 sayılı Çevre Kanunu ile aynı tarihte kabul edilen 2873 sayılı Milli Parklar Kanunu ile de ekolojik kamu düzenine ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. 1. maddesinde bu Kanunun amacı, yurdumuzdaki millî ve milletlerarası düzeyde değerlere sahip millî park, tabiat parkı, tabiat anıtı ve tabiatı koruma alanlarının seçilip belirlenmesine, özellik ve karakterleri bozulmadan korunmasına, geliştirilmesine ve yönetilmesine ilişkin esasları düzenlemek olarak gösterilmektedir. Kanununun 13. maddesinin 2. fıkrasına göre, “tabii çevre ve ekosistemlerin korunması ve iyileştirilmesi yönünden

³⁸⁴ ÖĞÜTÜCÜ, s. 100.

³⁸⁵ M. KIŞLALIOĞLU / M. BERKES, Ekoloji ve Çevre Bilimleri, 2. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul 1994, s. 14.

teknik ve bilimsel gereklere göre, Tarım ve Orman Bakanlığınca düzenlenecek rapora dayanılarak hazırlanacak özel amenajman planları uyarınca belirli yerlerde ve belirli sürelerde üretim, avlanma ve otlatma faaliyetlerine izin verilebilir.” Kanunun 14. maddesinde ise ekolojik kamu düzeninin korunması için bu Kanun kapsamına giren yerlerde geçerli olacak çeşitli yasaklar getirilmiştir. Bu yasaklar şu şekilde sıralanmıştır:

- a) Tabii ve ekolojik denge ve tabii ekosistem değeri bozulamaz,
- b) Yaban hayatı tahrip edilemez,
- c) Bu sahaların özelliklerinin kaybolmasına veya değiştirilmesine sebep olan veya olabilecek her türlü müdahaleler ile toprak, su ve hava kirlenmesi ve benzeri çevre sorunları yaratacak iş ve işlemler yapılamaz,
- d) Tabii dengeyi bozacak her türlü orman ürünleri üretimi, avlanma ve otlatma yapılamaz,
- e) Onaylanmış planlarda belirtilen yapı ve tesisler ve Genelkurmay Başkanlığınca ihtiyaç duyulacak savunma sistemi için gerekli tesisler dışında kamu yararı açısından vazgeçilmez ve kesin bir zorunluluk bulunmadıkça her ne surette olursa olsun hiçbir yapı ve tesis kurulamaz ve işletilemez veya bu alanlarda var olan yerleşim sahaları dışında iskan yapılamaz.

Birer özel idari kolluk olan av ve orman kolluklarının en önemli amacı ekolojik kamu düzenini korumaktır. 31.08.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun “Ormanların Muhafazası” başlıklı üçüncü bölümünde yer alan hükümler ormanların nasıl korunacağını düzenlemekte, bu konuda emir ve yasaklar getirmektedir. Türk hukukunda ormanların korunması anayasal bir güvence altındadır. Anayasa’nın 169. maddesinin ilk fıkrası “Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır. Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir, bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz. Bütün ormanların gözetimi Devlete aittir.” demektedir.

Av ve yaban hayvanlarının doğal yaşam ortamları ile birlikte korunmalarını, geliştirilmelerini, avlanmalarının kontrol altına alınmasını ve avcılığın düzenlenmesini sağlamak amacıyla 4915 sayılı 01.07.2003 tarihli Kara Avcılığı Kanunu kabul

edilmiştir. Su ürünleri avcılığı ve üretimi ile ilgili ekolojik kamu düzenine yönelik kurallar ise 22.03.1971 tarihli ve 1380 sayılı Su Ürünleri Kanununda yer almaktadır.

Ekolojik kamu düzeninin korunmasında toprak, su ve hava kirliliğini önlemeye yönelik faaliyetler büyük bir yer tutmaktadır. Bu konuya kamu düzeninin sağlık unsuru kapsamında değinildiğinden burada yer verilmemiştir.

Ekolojik kamu düzeninin korunması gereği ulusal sınırları aşmakta ve çok sayıda uluslararası andlaşma ve sözleşmenin konusu olmaktadır³⁸⁶.

İnsanın içinde yaşadığı ekosistemin doğal dengelerinin korunması, “çevre hakkı”nın da konusunu oluşturmaktadır. Anayasa’nın 56. maddesi “çevre hakkı” kavramını kullanmamakla beraber bunun tanımını vermektedir. Bu tanım, 56. maddenin ilk fıkrasında yer alan şu hükümdür: “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.” Kaboğlu’na göre, yaşamın kendisi ve biyosfer çevre hakkının konusu olarak genelleştirilebilir. Çevre hakkının konuları arasında yer alan değerler, aynı zamanda çevre hukukunun konusunu oluşturmaktadır. “Çevre hukuku, doğal öğeler ve ortamlar üzerinde beşeri faaliyetlerin etkisini ortadan kaldırma veya sınırlama amacını güden hukuk dalıdır.”³⁸⁷ Dolayısıyla idarenin kolluk faaliyeti aracılığıyla ekolojik kamu düzeninin korunması çevre hukukunun sadece bir boyutudur. Günümüzde çevre hukuku, idare hukukundan bağımsızlaşmış ve çeşitli hukuk dallarının kesiştiği bir alan haline gelmiştir.

* * *

Günümüzde idare hukuku açısından kamu düzeninin içeriğinin genişlediği bir gerçektir. Bu durum, kamu düzeninin her çağda, toplumda geçerli olan değerlere, çağın siyasi, ekonomik ve sosyal koşullarına, kısacası zamana ve yere göre değişen bir kavram olmasının sonucudur. Çağımızda teknolojinin ilerlemesi, üretim biçimi, artan nüfus, şehirleşme gibi çeşitli faktörler, maddi düzenin korunması biçimini de karmaşıklştırmaktadır.

³⁸⁶ Bu konuda Türkiye’nin de taraf olduğu uluslararası düzenlemelere ilişkin olarak bkz. S. KILIÇ, “Uluslararası Çevre Hukukunun Gelişimi Üzerine Bir İnceleme”, C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, S. 2, C.2, 2001, s. 149.

³⁸⁷ İ. Ö. KABOĞLU, Çevre Hakkı, İmge Kitabevi, Ankara 1996, s. 60.

Toplumsal yaşamın bazı alanları, toplumun maddi düzenini, doğrudan ya da dolaylı bir biçimde etkileyen çeşitli sorunlara yol açması nedeniyle idari kolluk faaliyetinin konusu olarak düzenlenebilmektedir. Görüldüğü gibi, öğretinin bir bölümü, bu alanların her birini, kamu düzeninin klasik unsurları olarak kabul edilen güvenlik, dirlik esenlik ve sağlıktan ayrı yeni bir unsur olarak gösterme eğiliminde olmasına rağmen; bu alanlar klasik üç unsurdan biri kapsamında değerlendirilebilecek niteliktedir. Aksi takdirde kamu düzeni kavramının uygulandığı her alanı bağımsız bir unsur olarak saymak gerekecektir. Bu durumda bu yeni unsurlar, genel ahlak, estetik, ekonomi ve ekoloji ile sınırlı olmayacaktır. Örneğin spor kamu düzeni, kültürel kamu düzeni, imar kamu düzeni gibi unsurlar da sayılabilir. Kanımızca, kavramın unsurları ile ilgili böyle bir belirsizlik, onun işlevinin de belirsizleşmesine yol açacak ve kavramın kamu yararı kavramından farkı kalmayacaktır. Kullanılan yeni kavramlar ilk bakışta cazip gelse de kamu düzeni kavramının idarenin temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı faaliyetinin amaç unsurunu oluşturduğu ve içeriği göreceli kavramlara dayanarak yürütülecek böyle bir faaliyetin öngörülmez sonuçlara yol açabileceği ve devleti birçok alanda toplumu ve kişiyi biçimlendiren özne yapacağı gözden kaçırılmamalıdır. Oysa hukuk düzeninde, kamu düzeni kavramının işlevi, toplumun maddi düzeninin korunmasıdır ve yeni kavramlar da bu maddi düzen çerçevesinde değerlendirilmelidir. Kamusal güvenliğin, dirlik ve esenliğin ve sağlığın korunması, her çağda toplumun maddi düzeni için zorunludur; fakat bu unsurların kapsadığı konular yere ve zamana göre değişmektedir. Kanımızca bu üç unsurdan bağımsız unsurlar saymak, kamu düzeni kavramının, toplumun maddi düzenini korumak gerekçesi arkasında, başka amaçlarla hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için kullanılmasına olanak verir.

Genel ahlak, estetik, ekonomik kamu düzeni ve ekolojik kamu düzeninin, yeni unsurlar olarak sayılması, bunların geçen yüzyılın başından itibaren toplumsal düzen bakımından artan öneminden ve bunun sonucu olarak kapsamlı bir biçimde hukuki düzenlemelere konu olmasından kaynaklanmaktadır. Medeniyetin geldiği yere bağlı olarak bugün olduğu gibi gelecekte de bu alanların toplumun maddi düzeni için hayati değerde kalacağı iddia edilse bile, kanımızca bunlar kamu düzeninin yeni unsurları olarak değil, kamu düzeninin klasik unsurlarının genişleyen kapsamı olarak değerlendirilmelidir.

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU DÜZENİ KAVRAMININ İDARİ HÂKİM TARAFINDAN SOMUTLAŞTIRILMASI

1. HUKUK TEORİSİ AÇISINDAN HÂKİMİN KAMU DÜZENİ KAVRAMINI SOMUTLAŞTIRMASI

1.1. Kamu Düzeni Kavramı ve Hâkimin Takdir Yetkisi

Hâkim yargı fonksiyonunu iki şekilde yerine getirir. Bunlardan birincisi normlarla sınırlandırılmış bir yetkiye dayanarak hareket, ikincisi ise hâkimin serbest hareketidir. Birincisinde önüne gelen somut olayın çözümünde uygulanacak, önceden belirlenmiş bir hukuk kuralı mevcuttur. Bu durumda hâkim söz konusu kuralı uygulamak zorundadır; serbest hareket edemez. Yani hâkim, mevcut kuralın uygulanmasının sonucu olan kendi tasarrufunun, somut olayın yapı ve niteliklerine uygunluğunu takdir hususunda serbest bırakılmış değildir³⁸⁸. İkinci durumda ise hâkimin önündeki meselenin çözümü için uygun bir hukuk kuralı mevcut değildir; hukuk boşluğu söz konusudur. Hukukta boşluk kavramından pozitif hukukta bir hukuki meselenin çözümü için bulunması gerekli bir kuralın bulunmadığı anlaşılır. Genelde

³⁸⁸ A. DİNÇKOL, Hukuka Giriş, Der Yayınları, İstanbul 2001, s.230.

öğretide kanun boşluğu terimi kullanılmakla birlikte, kanun boşluğu sadece yazılı hukuk kuralları açısından söz konusudur³⁸⁹.

Türk hukukunda hâkimin hukuk yaratması bir anayasa emri niteliğindedir. Anayasa'nın 36. maddesinde kişilere hak arama hürriyeti tanınmıştır. Buna göre *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* Anayasa'da öngörülen bu hürriyetin gerçekleşebilmesi için kanunda bir çözüm öngörülmediği gerekçesiyle hâkimin davaya bakmaktan ve uyuşmazlığı uygun bir çözüme bağlamaktan kaçınmaması da gereklidir. Bu nedenle, hak arama hürriyeti 36. maddenin 2. fıkrasında şu şekilde güvence altına alınmıştır: *"Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz."* Bu duruma göre hâkime gerektiğinde hukuk yaratma yetkisinin tanınması hukuki bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Hâkim önüne gelen bir meseleye çözüm bulabilmek için önce bu somut olaya uygulayacağı kuralı belirlemek zorundadır. Özel hukuk alanında yazılı hukuk kurallarında bir hüküm bulamazsa örf ve âdete başvuracaktır. İdare hukukunda ise bir nevi örf ve âdet olan idari teamüller idare hukukunun bir kaynağı addedildiğinden³⁹⁰ idare hâkimi de yazılı bir kural bulamadığı vakit o konuda bir idari teamül olup olmadığını araştırmalıdır. Fakat yine de özel hukuktaki örf ve adetle, idari teamülün hukuk kaynağı olma bakımından gücü eşit olamayacaktır. Çünkü örf ve adetlerin kaynağı olan bireyler kendi çıkarları için hareket ederler; idare ise eylem ve işlemlerini, kamu yararı için yapmak zorunda olduğundan, kamu yararına aykırı nitelikte bir idari teamül bir hukuk kaynağı olamayacaktır.

Hâkimin hukuk yaratması onun asıl görevinin ve fonksiyonunun doğasında mevcuttur. Bir hâkim görevli olduğu davanın tarafları arasında yansızdır; fakat davayı sonuçlandırırken bir tarafı seçmek durumundadır. Taraflardan birinin lehine karar vermede bir hâkimin seçimi ile bir diğerinin arasındaki fark çoğu zaman, onların teknik

³⁸⁹ S. EDİS, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1993, s.123.

³⁹⁰ GÜNDAY, s. 32.

hukuk bilgilerinden değil, fakat davada çatışan çıkarlara verdikleri farklı cevaplardan ileri gelir³⁹¹.

Temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabilmesi, idarenin kanuniliği ilkesi ve bunun sonucu olarak idarenin kanunda açıkça belirtilmemiş bir yetkiyi kullanamayacak olması nedeniyle, kamu düzeni kavramının uygulanmasında bir kanun boşluğundan ve bu anlamda hâkimin hukuk yaratmasından söz edilemeyeceğine göre acaba hâkimin takdir yetkisinin varlığından söz edilebilir mi? Hâkimin hangi durumlarda takdir yetkisinden söz edilebileceği konusunda özel hukuk alanında yasakoyucu, içtihatlar ve öğreti tarafından belirlenen kriterler mevcuttur. Takdir yetkisi, “yasakoyucunun bilerek ve isteyerek yani bilinçli olarak bıraktığı kural içi boşlukların, hukuk kavramını uygulamakla yükümlü olanlarca, olaydaki özelliklerle toplumdaki ahlaki düşünceler, hukukun birliği, takdir yetkisini tanıyan kuralın amacı, sosyal adalet gibi hususlar göz önünde tutularak ferdileştirilip doldurulması yetkisidir”.³⁹²

Medeni Kanunun 4. maddesi, hâkime ne zaman takdir yetkisi verilmiş sayılacağını belirtmiş ve bu yetkiyi nasıl kullanacağını da göstermiştir. Hâkime tanınan takdir yetkisinin sınırı öğretide üç unsur olarak sayılmıştır³⁹³. Birinci olarak kanunun takdir yetkisi tanımış olması gerekir; ikinci olarak hâkim kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır; son olarak da hâkim takdir yetkisini hukuk ve hakkaniyete uygun biçimde kullanmalıdır.

Kanun hâkime ya açıkça takdir yetkisi vermiştir; ya da hâkim kanunun yorumundan böyle bir yetkinin varlığını tespit eder. İki durumda da kural içi boşluk söz konusudur. Kural içi boşluğun kanun boşluğundan farkı, birincinin yasakoyucunun isteyerek, ikincinin yasakoyucunun istemeden bıraktığı bir boşluk olmasıdır. Hâkimin takdir yetkisi kullanabilmesi için ilk koşul önüne gelen olayla ilgili bir kural içi boşluk bulunmasıdır. Oğuzman/Barlas’a göre “bir kanun hükmünün bir olaya uygulanabilmesi için gerekli unsurları içinde bulundurmuyup, hâkime bir araştırma ve değerlendirme ile hükmün unsurlarını tamamlama görevi bıraktığı bütün hallerde bir *hüküm içi boşluk*

³⁹¹ A. DİNÇKOL, “Hakimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler”, HFSA, S.2, Afa Yayınları, İstanbul 1995, s.163.

³⁹² EDIS, s. 200.

³⁹³ B. ÖZTAN, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s.153-158.

(*Lücken intra-legem*) söz konusu olur.”³⁹⁴ Öztan’a göre ise “kural içi boşlukta yasakoyucu belli bir hukuki mesele için çözüm öngörmüştür; fakat bu çözümün somut olaya doğrudan doğruya uygulanması mümkün değildir. Hâkim veya hukuku diğer uygulayanlar, maddeyi somut olaya uygulayabilmek için başka değer hükümlerini, açıklamaları göz önünde tutmakla yükümlüdürler. (...) Kural içi boşlukta yasakoyucu bilinçli olarak adil bir çözüm bulunabilmesi için çözümü, uygulamaya ve bilime bırakmıştır.”³⁹⁵

Öztan’a göre üç çeşit kural içi boşluk vardır. Söz konusu kural, başka bir kurala yollama yapıyorsa, genel kloslar taşıyorsa ya da tanımlama boşluğu var ise kural içi boşluktan söz edilir. Kanun genel kloslar içeriyorsa, belli meseleler için çözüm yolları öngörmüştür; fakat bu çözüm çok geneldir, kesin değildir ve bu nedenle dolaylı olarak uygulanır. Hukuku uygulayacak olanlar bu durumda diğer açıklamaları göz önünde tutarak ve değerlendirme yaparak bir sonuca varmalıdırlar. Öztan, genel kloslara içi boş normlar da demektedir. Tanımlama boşluğunda ise yasakoyucu bir meseleyi tam olarak düzenlemek istemiştir, fakat kullandığı bir kavramı açıklamamış olduğu için uygulamada bir belirsizlik ortaya çıkmaktadır. Bu tanımlamaya göre, kamu düzeni gerekçesiyle bir hak ve özgürlüğün ya da bir serbestinin sınırlandırılması düzenleyen bir kuralın uygulanması yönünden, bu kuralda bir kural içi boşluktan söz edebiliriz. Kamu düzeni kavramının hem çok genel bir kavram olması, hem de yasal bir tanımlamasının bulunmaması, içi boş norm ya da tanımlama boşluğu olarak nitelendirilmesine olanak verir. Kaneti’ye göre de yasakoyucu bilerek kuralı en geniş çizgileriyle tanımlamış ve böylece somut içeriğinin belirlenmesini hâkime bırakmışsa yasa içi boşluk var demektir. Örneğin yasa, kuralı “kamu düzeni”, “genel ahlak” gibi yasa dışı öğelerle belirlenecek kavramlara dayalı olarak koymuşsa yasa içi boşluk yaratılmış olur³⁹⁶.

Öğretide başka bir görüşe göre ise bir hükmün veya içerdiği deyimın neyi kastettiğinin açık olmaması, o konuda hâkimin takdir yetkisi bulunduğu anlamına

³⁹⁴ K. OĞUZMAN / N. BARLAS, *Medeni Hukuk: Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar*, 8. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s. 65.

³⁹⁵ ÖZTAN, s.135.

³⁹⁶ S. KANETİ, “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasındaki Boşlukların Anayasa Mahkemesi Tarafından Doldurulması*”, *Anayasa Yargısı*, C. 8, s. 78.

gelmez. Bu hallerde hâkimin takdir yetkisini kullanması değil, yorum yapması söz konusudur³⁹⁷.

Bir diğer görüşe göre yasakoyucu, değişken içerikli kavramlar kullandığında gerçek bir norm koymak istemektedir; fakat bu norm yasa metninde “tohum” halinde bulunmaktadır. Yasakoyucunun bilinçli bir tercihinin ürünü olan böyle bir düzenlemenin anlamı hâkim tarafından ortaya çıkarılacaktır. İçeriği belirsiz kavramların iradi olma özelliklerinin yanında ikinci önemli özellikleri belirli bir çerçeveye sahip olmalarıdır. Yasakoyucu zımnen, belirsiz olmaları nedeniyle doğrudan uygulanamayacak olan bu kavramlara vücut verecek belirli yorum direktifleri koyar. Örneğin “iyi aile babası” kavramındaki “iyi” kelimesi, örnek bir davranışı bulmaya davet ederek bu kavramın yorum direktifi olmaktadır. Bir taraftan bu yorum direktiflerinin sınırları, uygulama sırasında özellikle hâkim tarafından belirginleştirilirken; diğer taraftan bu direktifler, hâkimin hukuku uygulamasında bir çerçeve oluşturmaktadırlar. Yani hâkim bu kavramları yorumlarken yasanın çizdiği çerçeve içerisinde kalır. “Çerçeve-kavram”lar, yasakoyucu tarafından bilinçli bir şekilde kullanılmalrı ve belirli bir çerçeveye sahip olmaları bakımından, yasal metni formüle etme yöntemlerinden biri olarak, hukuk kuralının esnek bir içeriğe sahip olmasını sağlamaktadır. Bu görüşe göre bu kavramlarla formüle edilen kurallar da bir hukuk normudur. Bu tür esnek normların fonksiyonu hukukun değişen koşullara uyarlanmasını sağlamaktır. Yasakoyucu burada kavramın somutlaştırılmasını ve anlamının belirlenmesini hâkime bırakmaktadır. Bir anlamda yasakoyucu hâkime kavramın içeriğini belirleme yetkisini devretmiş olmaktadır. Bu yetki devri hâkime önemli bir ölçüde serbestlik marjı vermekle birlikte bu marj sınırsız değildir³⁹⁸.

Aral’a göre ise takdir kararı kanunun yorumundan çıkan bir karar değil, serbest değerlendirmeye dayalı bulunan bir karardır. Takdir kararı her zaman somut bir olayla ilgilidir. Bizzat kanunun açıkça takdir yetkisi verdiği durumlar dışında, hâkimin ya da idari makamların kendi takdirlerine göre karar vermek yetkisine sahip olup olmadıkları her durumda açık değildir. Aral, takdir kararını, kanun normlarının daha çok somutlaştırılması ihtiyacından doğan *intra legem* boşlukların doldurulmasından ayrı

³⁹⁷ OĞUZMAN / BARLAS, s. 66.

³⁹⁸ C. CASTET-RENARD, *Notion à Contenu Variable et Droit d’Auteur*, l’Harmattan, Paris 2003, s. 78-84.

tutarak, onun uygulama alanını sınırlandırmak yolunda bir eğilim olduğunu söylemektedir. Bu eğilim hukuk güvenliği düşüncesinden kaynaklanmakta; takdir yetkisinin varlığını daha çok kanunun, haklı nedenlerin veya durumun özelliklerinin dikkate alınmasını öngördüğü durumlarda kabul etmektedir³⁹⁹. Başka bir görüşe göre ise kanunun genel kuralları, hâkimin takdirine en geniş ve kapsamlı alan bırakan hükümlerdir; belli ve özel bir hükme bağlanmaksızın ona hukukun bütünü üzerinde takdire ilişkin direktifler verirler. Genel kurallar, hukukla mevcut fikirler ve hayatın çok değişik olan ihtiyaç ve gereklilikleri arasındaki uyumu ve dolayısıyla hukuk düzeninin esnekliğini sağlarlar. Bu kurallar bir taraftan gerektiğinde özel hükümlerin tamamlanmasına veya sınırlandırılmasına, diğer taraftan kanunda mevcut olmayan yeni prensiplerin konulmasına hizmet ederler⁴⁰⁰.

Hâkimin hukuk yapması onun arzu ettiği her hukuku yapmakta özgür olduğu anlamına gelmez. Yasal düzenlemelerdeki sözcükler, zaman dışı, sosyal gerçekten kopuk, bağımsız, kendi başlarına bir amaç değildirler. Onlar hukuksal düzenlemenin kendisi değil, sadece aracıdır. Bu sözcükler ve kavramlar, hukukun uygulanmasında sürekli olarak değişir ve gelişirler. Bu nedenle kavramların gerisindeki anlam veya içinde bulundukları yasal düzenlemenin anlamı (*ratio legis*) araştırılıp bulunmalı; tek başlarına kavramların esiri durumuna düşülmemelidir. Hâkim bir yasayı yorumlarken, onun anlam ve amacını aramak durumundadır. Yasanın ya da normun ‘hukuk’ olmasını sağlayan da onun bu anlam ve amacıdır; bu nedenle hukuk yorum sonucunda ortaya çıkar. Hâkim karar oluşturma aşamasında sosyal gerçeğe hukuki düzenlemeyi yakınlaştırma çabası içine girecektir. Hukuk devleti olgusu, hâkimin karar verme süreci içinde keyfi davranmama ilkesi şeklinde somutlaşır⁴⁰¹.

Hâkimlerin istedikleri her kararı haklı gösterebilecekleri iddiasının, özellikle liberal hukuk devleti ideali açısından ortaya çıkaracağı sakıncaları tahmin etmek zor değildir. En başta bu ideal, benzer durumlarda benzer davranılmasını yani eşitlik ilkesini gerektirmektedir. Yine bu iddia, hukuk devletinin bir başka gereği olan hukuki

³⁹⁹ V. ARAL, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001, s. 207.

⁴⁰⁰ A. C. ZEYBEK, “Yargı İçtihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Değeri ve Yeri”, DD. 1988, S.68-69, s. 57.

⁴⁰¹ DİNÇOL, “Hâkimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler”, s. 163-164, 175.

öngörülebilirlik ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Hukuk kuralının bütünüyle belirsiz olduğu kabul edildiğinde, hukuki öngörülebilirlikten bahsedilemeyeceği açıktır⁴⁰².

Hâkimin takdir yetkisine ilişkin özel hukukun bütün alanlarında uygulanabilen bu kriterler acaba idare hâkimi için de geçerli olabilir mi? Bu sorunun cevabını idari yargının kendine özgü mahiyetinde aramak gerekir.

İdare hukuku medeni hukuk ve medeni hukuktan türeyen diğer hukuk branşları gibi bir metin hukuku değildir. İdare hukukunda uygulanan yazılı hukuk metinleri, Medeni Kanundan ve diğer kodlardan daha geniş bir hacme sahiptirler. Fakat bunlar, çeşitli konuları düzenleyen, aralarında mantıki bir bağ bulunmayan, genel kural ve ilkelerle ilgili bir şey söylemeyen dağınık metinlerdir. İşte bu çeşitli dağınık hükümleri birbirine bağlayacak, onları hukuki ilkelerle açıklayacak ve idare hukukunun genel kural ve ilkelerini yaratarak bu hukuku sistemleştirecek araç içtihatlardır. Bu nedenle idare hukuku, içtihadı özel hukuktan çok fazla önem verir. Özel hukuk hâkimi önüne gelen uyuşmazlıkta öncelikle kanun metnine bakar; kanunda bir hüküm bulamadığı takdirde Medeni Kanuna göre, kendini yasakoyucu yerine koyarak o mesele ilgili kuralı objektif ölçülerle toplum içinde arayıp bularak uyuşmazlığı çözer. Bu durumda hâkim yargı fonksiyonunu yerine getirirken Onar'a göre hukuk düzeninde mevcut olduğu farz edilen bir normu uygulamıştır⁴⁰³. Aslında bu durumda hukuk düzenine yeni bir norm katmış olmaktadır; çünkü benzer olaylarda benzer çözüm yolunu kullanarak ortaya yeni bir kural çıkmış olacaktır. Sınırlı yetkili olan özel hukuk hâkimi bile hukuk düzenine yeni bir kural getirebiliyorsa, idare hukukunun yukarıda belirttiğimiz özelliklerinden dolayı idare hâkiminin yeni kural yaratma fonksiyonu daha geniş olmalıdır. "İdare mahkemesi kanun, tüzük, yönetmelik gibi kuralları sadece bir malzeme olarak alacak, bu malzemelerden yapılacak binayı kendi inşa edecektir."⁴⁰⁴

İdare hâkimi, verdiği kararların pratik sonuçları ile özel hukuk hâkiminden daha çok ilgilidir; önüne gelen olayın maddi olgularını daha büyük bir dikkatle araştırmak zorundadır. Esnek bir özellik gösteren bu yargılama tekniği hâkimin yetkisini arttırmakta, fakat bazen bu yetki net bir biçimde politik bir renk almaktadır.

⁴⁰² G. ÖZKÖK, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", AÜHFD, C. 51, S. 2, 2002, s. 7.

⁴⁰³ S. S. ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İsmail Akgün Matbaası, C. 1, 3. Bası, İstanbul 1966, s. 404.

⁴⁰⁴ ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, s. 406.

İdare hâkiminin rolü inkâr edilemez biçimde politik bir karaktere sahiptir⁴⁰⁵. Bu rolün fiilen kapsamı, hâkimin hukuk kuralını uygularken kendine tanıdığı serbestinin derecesine bağlıdır. Bu serbesti iki aşamada kendini gösterir. İlk olarak belirli bir alanda ya da kategoride uygulanacak kuralın bulunmasında hâkimin geniş bir yetkisi söz konusudur. Bu aşamada, kural olarak özel hukuk hâkimi ile aralarında bir fark yoktur. Fakat sadece mevcut kuralları değil, uygulama koşullarını da göz önüne alan idari yargı içtihatları, ikinci aşama olan kuralların uygulanması aşamasında, daha esnek bir özellik göstermektedir. İdare hâkiminin metodolojisi hukuk kuralının esnek bir biçimde uygulanmasını kolaylaştırmaktadır. İdare hâkimi, idare hukukunun çeşitli kavramlarını uygularken, bu kavramların tek başlarına anlamlarından ziyade, somut durumda bunlara bağlanacak olan hukuki sonuçları dikkate almaktadır. İdare hukukunun pek çok kavramı bu nedenle fonksiyonel kavramlardır; idare hâkiminin önüne gelen olayda, şu ya da bu hukuki kategoriye uygulamasını, genellikle o olayla ilgili istenen çözüm belirler⁴⁰⁶.

Mevcut hukuk kuralı nadir olarak hâkimin vereceği kararı bağlayacak ölçüde açık ve belirli bir anlama sahiptir. Bu nedenle hâkim her somut olayda mevcut kuralı uygularken yerindeliğe ilgili değerlendirmeleri dikkate alacak ölçüde geniş bir yetkiye sahiptir. Bu yetki bir taraftan uyumsuzluğu çözümleyecek birden fazla kural bulunduğu, uygulanacak kuralı belirleme şeklinde ortaya çıkarken, diğer taraftan bir kuralın somut olayın şartlarına göre değişen uygulama biçimlerinde kendini gösterir. Bazı durumlarda hâkim uyumsuzluğun çözümünde uygulanabilecek çatışan iki norm arasında bir uzlaşma yaratır. Böyle bir uzlaşma bazen belirli bir alandaki kuralların kendiliğinden bir özelliği ise de genellikle her somut olayda hâkim tarafından kurulmaktadır. Hâkim, kamu düzeni ile özgürlükler çatıştığında biri yararına diğerini feda etmemekte, kolluk yetkilerini düzenleyen yasal metinlerle özgürlüğü düzenleyen yasal metinler arasında uzlaştırıcı bir çözümü tercih etmektedir. Bir kamusal özgürlüğü sınırlayan kolluk tedbirlerinin hukuka uygunluk denetimi sırasında hâkim söz konusu tedbirlerin yerinde olup olmadığını da araştıracaktır. Kolluk tedbirleri konusundaki bu içtihat “özgürlük kuralı, kolluk tedbiri istisna” ilkesine dayanmaktadır. Bu ilkenin sonucu olarak da bir özgürlük ancak kamu düzeninin korunması ve sağlanması

⁴⁰⁵ H. N. YAŞAR, İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı, İdari Yargıç ve Yargısal Emir, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002, s. 16-17.

⁴⁰⁶ D. LOSCHAK, Le rôle politique du juge administratif français, LGDJ, 1972 Paris, s. 123-124.

bakımından gerekli ise sınırlanabilir. Kamu düzeninin korunması ile özgürlük arasındaki uzlaşma ya da daha doğru bir ifade ile denge kurulması, gerek kolluk makamı gerekse hâkim tarafından somut olayın şartlarına göre sağlanacaktır⁴⁰⁷.

İdare hâkimi önüne gelen meseleye tamı tamına uygun bir hukuk kuralı bulamadığı hallerde yorum, hukuk yaratma, kanun boşluğunu doldurma gibi yöntemlere başvurmak durumundadır. Bu yöntemler kullanılarak oluşturulan içtihatlar, hukukun, toplumda değişen koşullar ve ortaya çıkan yeni ihtiyaçlar doğrultusunda gelişmesini de sağlamaktadır⁴⁰⁸.

1.2. Hâkimin Kamu Düzeni Kavramını Yorumlaması

1.2.1. Hukukun Yorumunda Dil Faktörü

Yargı organı hukuku uygulayan makamlardan biridir; onun dışında yürütme ve idare de hukuku uygulayan makamlardır. Fakat hukuk uygulamasının formüle edildiği bir dil olarak içtihad dili, hukuk dili türleri arasında en fazla analiz edilmiş olanıdır. İchtihad dili, genel olarak normatif metinleri özel olarak da uygulanan emir ve yasakları betimleyerek ve değerlendirerek yasa dilini tekrar kuran bir dildir. Bu dil, normatif metinleri belirtir ve kullanır. Fakat içtihad dili, bunun dışında normatif metni tarif edici olmayan açıklamalar da içerir. Bunlar, olguları belirten, onları niteleyen, delillerin kabulünü ya da reddini gösteren açıklamalardır. Sonuç olarak içtihad dili, yasal dil ile olan ilişkisi bakımından oldukça heterojen bir dildir. Ayrıca içtihad dili, bazen doğrudan bazen de yasal dil vasıtasıyla doğal dil ile ilişki halindedir. Doğal dil, dilsel bir toplumun iletişim dili olarak tanımlanmaktadır⁴⁰⁹.

Yargı kararları, uygulanan hukuk kurallarının açıklanmasına indirgenemez; zira karar gerekçeleri bundan daha zengin bir içeriktedir. Karar metnlerinin dili,

⁴⁰⁷ LOSCHAK, s. 128-130.

⁴⁰⁸ S. ÖZGÜLDÜR, "Yorum-Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğunu Doldurma ve AYİM Uygulaması", AYİM Dergisi 1993, S.7, Kitap 1, s. 43-44.

⁴⁰⁹ J. WROBLEWSKI, "Les langages juridique: une typologie", Droit et Société, n°8, 1988, s. 20.

uygulanen yasal metinlerin formülasyonu ile kararda tercih edilen tarza ve tarafların faaliyeti bakımından her somut olayla ilgili özelliklere göre kurulur. Yargı kararları birer somut ve bireysel norm olarak kabul edilmektedir. İctihad dilinde hukuku uygulayan ve birer somut ve bireysel norm olarak kabul edilen kararlar formüle edilmektedir⁴¹⁰.

Wittgenstein'in realist bir göstergebilimden pragmatist bir göstergebilime sapmasından sonra, çağdaş dil felsefesinde buluşulan nokta, kelimelerin anlamlarının, dilsel bir toplulukta, çok çeşitli kullanımlardan geçerek oluştuğunun kabul edilmesidir. Özel olarak, hukuki simgelerin anlamları, belirli bir hukuk düzeni ortamında, bu simgelerin alışılmış hatta potansiyel kullanımlarında bulunabilir. Devletin yetkili organlarının ve hukukçuların genelinin, hukuki simgeleri az çok ortaklaşa kabul edilmiş şekilde kullanmaları ölçüsünde, bunların anlamlarına yorum yoluyla ulaşılabilir. Hukuk dilinde kullanılan çok sayıda içeriği belirsiz kavram bulunmaktadır. Bu kavramların semantik açıdan söz konusu olan belirsizlikleri, hukuki kararların birbirinden farklı ahlaki ya da politik değerlendirmelere açık olmaları ölçüsünde daha da artmaktadır. Nesnelerin ve somut koşulların, hukuk metni içinde kullanılan kavramların kapsamına dahil edilip edilemeyeceği anlamında belirlilik derecesi de oldukça göreceli olabilmektedir. Bu nedenle kavramın içeriğinin yorum yoluyla belirlenmesi, belirli bir durumun somut koşulları içinde; başka bir deyişle aranan anlamın somutlaştırılması aşamasında mümkün olmaktadır⁴¹¹.

Hukuk dilinde tanımlar ve sınıflandırmalar çok kere didaktik niteliktedir. Bu demektir ki öğretide çok kullanılırlar ama yargısal faaliyette bunlardan daha az yararlanılır. Conseil d'Etat'ın kararlarında tanımlamalara çok az yer verdiği görülür. Yüksek Mahkeme tanımlama yöntemini, çok büyük bir ihtimamla ve tanımlama yapmanın her zaman içerebileceği tehlikeyi, pratikte ortadan kaldıracak kadar azaltan yeterli kanıtlar varsa uygular⁴¹². İdari yargı yerlerinin başvurduğu hukuki kavramlardan biri olan kamu düzeni, öğretide bazı yazarlar tarafından hukuki bir kategori olarak kabul edilmektedir. Hukuk hayatının gereklilikleri, kapsamında çok çeşitli durumlar

⁴¹⁰ WROBLEWSKI, s. 21.

⁴¹¹ C.M. STAMATIS, "La concrétisation pragmatique des norms juridiques", RRI, 1993, s. 1094.

⁴¹² R. LATOURNERIE, Conseil d'Etat'ın Yargılama Yöntemleri Üzerine Bir Deneme, Çev. Y. YAYLA, İUSBF Yayını, İstanbul 1982, s. 75.

barındıran birtakım kategorilerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Conseil d'Etat kategorilerin varlığını makul bir ölçü içinde ifade etmekle yetinmekte, bu kategorinin kurucu unsurları üzerinde her durumun özelliğine göre karar vermektedir. Bir kategori olarak kamu düzeni de hukukun bazı verilerini işlenmemiş, neredeyse ham bir şekilde içerir. Latournerie'ye göre aslında bu kategorinin uygulama alanının genişliği, onun nisbi belirsizliğinden doğan sakıncayı gidermektedir⁴¹³. Uygulama alanının çeşitliliği, kavramın ileri düzeyde somutlaştırılmasını mümkün kılmaktadır.

1.2.2. Kamu Düzeninin Yorumu

“İdari yargıç, pozitif hukuk kurallarına aykırı olan idari işlemi iptal etmek zorundadır. Şu halde yargıcın, içtihadın kabul ettiği terimle ‘hukuku söylemek’ yetkisi, hatta görevi vardır. Hukuku söylemek ise her şeyden önce kanunu yorumlamaktır.”⁴¹⁴

1.2.2.1. Hukuk Metninin Yorumu

Deyimsel yorum metoduna göre hâkimin görevi, uygulanacak kanunu bulmak ve önüne gelen somut olayın bu kanunun uygulama alanına girdiğini kabul ederek, mantık biliminin ilkelerine göre çıkan sonuç doğrultusunda bir karara varmaktır. Bu teori, hukuku uygulamak ve yaratmak arasında keskin bir ayrılık olduğunu kabul eder. Yani bir tarafta anayasayı ve kanunları yapan siyasi otoriteler; diğer tarafta da siyasi seçimler yapmaksızın yasakoyucunun ve kurucu iktidarın seçimlerine bağlı kalarak hukuku uygulayan idari ve yargısal otoriteler yer alır. Hukukun uygulanması ve yaratılması arasında böyle bir karşıtlık teorisi Kelsen tarafından reddedilmiştir⁴¹⁵. Kelsen hukukun ne olduğunu söylemenin izhari mi yoksa iradi bir işlem mi olduğunu

⁴¹³ LATOURNERIE, s. 33.

⁴¹⁴ J. WALINE, Etendu et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration, E.D.C.E 1956, s. 25'den aktaran: M. OYTAN, “Yargılamanın Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması”, 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1-4 Mayıs 1990, 1. Kitap: İdari Yargı, Danıştay Yayınları, s. 155.

⁴¹⁵ Kelsen, hukuku hukuk dışı elemanlardan (politika ve ideoloji) arındırmak ve yalnız mantıksal görünümüyle ilgilenmek ister. “Biçim-içerik ayrımı hukukta sert bir çizgiyle çizilemez. İçerik büyük ölçüde biçimi belirlediği gibi; biçim de belli ölçüde içeriği belirler.” N. ÖKTEM / A. U. TÜRKBAĞ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayınları, İstanbul 2001, s. 403-404.

sorgulamıştır. Eğer bu izhari bir işlem ise, hukukçunun işi meselenin çözümünün ne olduğunu sadece keşfetmekten ibarettir; meselenin çözümünün kendiliğinden ortaya çıkmış olması ölçüsünde de her hâkimin aynı durumda aynı çözüme ulaşması gerekir. Buna karşılık iradi bir işlem olduğunu kabul edersek, burada hâkimin rolü çok önemli hale gelir; artık söz konusu olan sadece keşfettiği ve mümkün olan tek çözümü söylemek değil, fakat bir hükümden yola çıkarak bir çözüm seçmektir. Böylelikle bir hükümden bir hukuk kuralı yaratmış olur ve burada norm yasal metin olmayıp hâkimin bunu uygulamasıdır.

Hâkimin kanunu doğrudan uygulamayıp yorum faaliyetinde bulunduğunu kabul ettiğimiz anda deyimsel yorum metodu geçerliliğini yitirecektir; çünkü bu teori hâkimin hukuku mekanik bir şekilde uyguladığını savunur. Oysa kanunun yorumlanması iradi bir işlem ise hâkimin olaya uygulanacak kuralı belirlediği ve bu belirleme ile aynı zamanda bu kuralı yaratmış olacağı söylenebilir. Hukukun yaratıcısı olarak kabul edilen otoritelerin gerçekte normların değil de sadece düzenlemelerin kaynağı olduğunu ve geleneksel olarak hukuku uyguladığı kabul edilen otoritelerin bu düzenlemelerdeki mümkün olan anlamlar arasından birini seçtiğini kabul ettiğimizde, hukuku yaratan unsur, uygulanacak kuralın belirlenmesidir; kural burada bir hükmün belirlenmiş olan anlamıdır. Bu doğrultuda hâkim hukuk kuralının yaratıcısıdır. Uygulanacak kuralı belirlerken hâkim bir hükmün anlamının ne olduğunu söylemekle yetinmez; hukuk kuralının içeriğini belirlediği anda, ona hukuki değerini yani geçerliliğini de vermiş olmaktadır.

Çağdaş Fransız hukuk teorisini Troper, “Realist Bir Yorum Teorisi” adlı makalesinde bir hükmün hukuki değeri, başka bir deyişle geçerliliği ile onun içeriğini birbirinden ayıran Kelsenci ayrımı kabul etmemektedir⁴¹⁶. Ona göre hâkimin yaptığı yorum hem hükmün içeriğine hem de norma verilen hukuki değere ilişkindir. Sadece hüküm niteliğinde olan bir metnin, yorum ile norm haline gelmesine paralel olarak, normlar hiyerarşisindeki yeri anlamında hukuki değerini de yorum sonucunda kazanacağı sonucu ortaya çıkmaktadır; başka bir deyişle hükmün normlar hiyerarşisindeki yeri onun yorumuna bağlıdır. Örneğin Anayasa Mahkemesi’nin,

⁴¹⁶ M. TROPER, “Une théorie réaliste de l’interprétation”, in “La théorie du droit, le droit et l’Etat”, PUF, Paris 2001, s. 69-84.

Anayasa'nın Başlangıç kısmının Anayasa metnine dahil olduğunu söylemesi; Danıştay'ın hukuka uygunluk denetimini yaptığı bir idari işlemin düzenleyici işlem olduğuna karar vermesi, söz konusu metinlerin hukuki değerine ilişkin yorumlardır. Bu açıdan bir hukuk metninin, objektif bir anlama sahip bir hukuk kuralı olarak nitelendirilmesini sağlayan unsur, üst derecede yer alan bir norma uygunluğu değil, bu metnin uygulama sürecidir.

Yasa, kamu düzeninin korunması gerektiğini söylemekte, fakat onun tanımını yapmamaktadır. Bu nedenle kamu düzeni kavramının içeriğini hâkim belirleyecektir. Hâkimin bu faaliyetinde kanımızca hâkimin yorum yapma faaliyeti ile takdir yetkisi iç içe geçmiştir. Yani medeni hukukçuların yapmış olduğu kanunu yorumlama faaliyeti ile bir kanun içi boşluğu doldurma faaliyeti olan takdir yetkisinin kullanımı bakımından yapılan ayırım, kamu düzeni kavramının uygulanması açısından sonuca etkili olmayacaktır. Hatta bir özel hukukçu olan Atamer de bu anlayışı kabul ettiğini şu cümlelerle ifade etmiştir: “Kamu düzenine aykırılık, bir çerçeve norm olarak nitelendirilmek gerektiğinden, bu normun somutlaştırılması ve hâkimin bu noktada yasakoyucu gibi hareket etmesi gerektiği kabul edilmelidir. Çerçeve normların bir hukuk içi boşluk mu oluşturduğu yoksa bunları somutlaştıran hâkimin sadece yorum faaliyetinde mi bulunduğu tartışmasına burada girmeye gerek yoktur. Zira hâkimin yorum yapmak suretiyle yasa normlarını somutlaştırdığı hallerde de aslında kısmen hukuk yarattığı kabul edilecek olursa arada yöntem açısından bir fark olmadığı kabul edilmek gerekir.”⁴¹⁷

Hâkim, kamu düzeni kavramını önüne gelen somut olayda, bu kavrama verdiği anlam çerçevesinde uygulayarak, en önemli özelliği her olaya göre değişmek olan kamu düzeninin içeriğini pratik olarak belirlemiş olacaktır. Hâkim her olayda kamu düzeninin gereklerini, iki aşamalı bir inceleme yaparak belirlemektedir. İlk olarak kamu düzenini bozan veya tehlikeye sokan bir durum olup olmadığını değerlendirmektedir. Öncelikle somut olayın yeri ve zamanı bakımından yapılan bu değerlendirmenin unsurları büyük ölçüde subjektif olduğundan, burada hâkim geniş bir takdir yetkisi kullanmaktadır. Fakat somut olayda kamu düzenini tehlikeye sokan bir durumun varlığı, her türlü tedbiri

⁴¹⁷ Y. M. ATAMER, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta, İstanbul 2001, s. 202.

hukuka uygun hale getirmez. İşte ikinci olarak hâkim, olayın koşullarının özelliğine ve özellikle de tehlikenin ağırlığına göre, idare tarafından alınan bir tedbirin hukuka uygun olup olmadığını kontrol eder. Yani kamu düzeni kavramı, uygulama öncesi, hem içerik hem de sonuçları açısından belirsiz bir kavramdır. Buna bağlı olarak da hâkimin takdir yetkisi hem maddi olayın hukuki nitelendirilmesinin yapılması aşamasında, hem de bu nitelendirmenin hukuki sonucunu belirleme aşamasında söz konusu olmaktadır⁴¹⁸.

Örneğin, Fransız hukukunda kamu düzenini oluşturan klasik üçleme olan güvenlik, dirlik ve esenlik ve sağlık yasal bir metinde yer almaktadır⁴¹⁹; genel ahlâkın ise aynı düzenlemede yer alan “*bon ordre*” yani “iyi düzen” ifadesinin yorumundan elde edilen bir unsur olduğu söylenebilir⁴²⁰. Fakat insan onuru kavramının kamu düzeninin bir unsuru olduğu hiçbir yasal metinde öngörülmediği gibi; Conseil d’Etat’nın insan onurunu kamu düzeninin bir unsuru olarak kabul ettiği kararında da “iyi düzen” kavramına atıfta bulunulmamıştır⁴²¹. Conseil d’Etat bu kavramın kamu düzeninin bir unsuru olduğuna hükmetmekle ona özel bir hukuki nitelik vermiş ve normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemiş olmaktadır: Bundan sonra insan onuruna saygı, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında meşru bir gerekçe olacaktır. Anayasa Konseyi’nin kararıyla ise insan onuru anayasal değerde bir amaç olarak kabul edilmiş ve dolayısıyla temel hak niteliğinde olmayan bir özgürlük ile çatıştığında insan onurunun üstünlüğü benimsenmiştir⁴²².

Fakat insan onuruna Anayasa Konseyi’nin verdiği bu hukuki değeri, başka bir deyişle normlar hiyerarşisindeki yeri, bu çalışmanın birinci bölümünde değinilen, Conseil d’Etat’nın *Commune de Morsang-sur-Orge* kararıyla değiştirilmiş olmaktadır. Çünkü bundan böyle, insan onuru kamu düzeninin bir unsuru olarak bir hak ve özgürlüğü sınırlama nedeni olacaktır; yani bir temel hak ve özgürlükle çatıştığında insan onuru bu temel hak ve özgürlükten daha üstün bir dereceye konmuş olmaktadır. Artık, çatışmanın tipi aynı değildir; çünkü Anayasa Konseyi’nin kararında insan onuru, haklar arasında bir sıralamanın konusunu oluştururken, Conseil d’Etat’nın kararıyla kamu

⁴¹⁸ LOSCHAK, s. 144.

⁴¹⁹ Yerel Yönetimler Genel Kodu (CGCT) madde L.2212-2 ve madde L. 2212-5 için bkz. yukarıda s. 39, dn. n° 102

⁴²⁰ CHAPUS, s. 707.

⁴²¹ CE, 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, Rec. s. 372.

⁴²² CC, 27 juillet 1994, *Bioéthique*, n° 343-344 DC, GDCC 2001, n° 47.

düzeni ile temel hak ve özgürlükler arasındaki çatışmanın konusu haline getirilmiştir. Başka bir açıdan değerlendirildiğinde ise kamu düzeninin unsurları arasına temel hak niteliğinde olan bir unsur katılmıştır, kamu düzeni bundan böyle içeriğinde bir temel hak olan anayasal değerde bir amaçtır. Dolayısıyla, hem hak ve özgürlükleri korumak adına bunların sınırlama nedenidir, hem de temel hak niteliğindedir.

1.2.2.2. Maddi Olayın Nitelendirilmesi

Yorum sadece hüküm için değil aynı zamanda maddi olaylar için de söz konusu olmaktadır. Örneğin Conseil d'Etat, *Gomet*⁴²³ kararında idarenin, bir “anıtsal görünüm”ün engellendiği ve zarar gördüğü gerekçesiyle, yapı iznini vermeyi reddetmesini hukuka uygun bulmuştur. Hâkim burada öncelikle ya “anıtsal görünüm”ün soyut biçimde ne olduğunu yorumlayacak ve somut durumun bu yoruma uygun olup olmadığına karar verecek; ya da öncelikle somut olayda söz konusu olan durumun nitelendirmesini yaparak bunun, idarenin uyguladığı kuralın kapsamına girip girmediğine karar verecektir. Söz konusu kararda hâkim ikinci yöntemi seçerek somut olaydaki yapıyı, taşıdığı özellikler yönünden anıt olarak nitelendirmiş; bu yapının görüntüsünü de “anıtsal görünüm” kategorisine dahil etmiştir. Fakat hâkimin uyguladığı bu kriterler hiçbir hukuk kaynağında gösterilmiş değildir; dolayısıyla hâkim, söz konusu nitelendirmeyi neyin anıtsal manzara olarak kabul edilebileceğini söylemeden yapmıştır.

Commune de Morsang-sur-Orge kararında da Conseil d'Etat, *Gomet* kararında olduğu gibi maddi olayla ilgili bir nitelendirme yapmıştır. Bir faaliyet insan onuruna aykırılık kriterlerini taşıyorsa, olayın meydana geldiği yerdeki mahalli özellikler araştırılmaksızın bu faaliyet kamu düzeni adına yasaklanabilir. Fakat “insan onuruna aykırılık” kategorisinin kriterleri yasal olarak mevcut değildir. Bu kararda, maddi olayın nitelendirilmesi hukuki gerekçeden önce yapılmıştır. Hâkim öncelikle cüce fırlatma fiilinin insan onurunu zedeleyen nitelikte olduğunu kabul etmiş ve bundan sonra insan onurunu kamu düzeni kapsamında değerlendirmiştir. Sonuçta maddi olayın

⁴²³ CE, 4 avril 1914, GAJA, Dalloz, 14. éd., n° 30; K. GÖZLER, *İdare Hukuku*, C.1, Ekin Kitabevi, Bursa 2003, s. 792.

nitelendirilmesi kararın gerekçesini önceden sınırlandırmış olmaktadır. Bu açıdan, olayın hukuki nitelendirmesi, hâkimin aslında mevcut olmayan kategorilere ilişkin kriterlere başvurduğunu göstermesi bakımından ilginçtir. Dolayısıyla hâkim, objektiflik adına hukukten var olmayan kriterler kullanmış olmaktadır. Sübjektif kriterlerden objektif kriterlere geçiş, yargı kararlarının gerekçelerinde tabii hukuk anlayışının tekrar çok etkili olduğuna işaret etmekte, aynı zamanda hukuki realizmin de bir örneğini oluşturmaktadır. Böylece, tıpkı yasal metindeki bir hükmün hâkim tarafından uygulanmakla norm niteliğini kazanması gibi, pozitif hukuk haline gelmemiş tabii hukuk, hâkim tarafından uygulandığı için hukuk olmaktadır.

AIHM'nin *Laskey*⁴²⁴ kararı, bu konuda iyi bir örnek teşkil etmektedir. Bu kararla AIHM, sadomazoşist cinsel pratikleri cezalandırma amaçlı alınan bir takım tedbirlerin, özel hayatı ve aile hayatının korunmasını düzenleyen AIHS'nin 8. maddesine aykırı olmadığına karar vermiştir. İngiltere'de yetişkinler arasında rıza ile gerçekleştirilen sadomazoşist pratikleri yasaklayan hiçbir hukuk kuralı olmamakla birlikte, söz konusu tedbirlerin uygulanması, yaralama ve darpı cezalandıran kuralın olaya uygulanması ile mümkün olmuştur. Olayda AIHM, söz konusu pratiklerin mazoşist yönüne eğilmeden sadist yönüne ağırlık vermiş ve yapılanların herhangi bir kişi, hatta ahlakçı olmayan bir kişi için bile katlanılamaz ve kabul edilemez nitelikte olduğunu söyleyerek bunların objektif bir biçimde vücut tamlığına zarar verdiğini, dolayısıyla vücut tamlığını ihlal suçu oluşturduğunu kabul etmiştir. Olayın mazoşist tarafı kişi özgürlüğünü ilgilendirdiği için ihmal edilmiş ve olay, kişileri yaralama ve acı verme yönüyle değerlendirilmiştir. Yani AIHM tarafından sadomazoşist cinsel pratikler, rıza unsuru hesaba katılmaksızın tek başlarına cezalandırılabilir özellikte kabul edilmişlerdir.

Bu davada, hâkim insan onuru kavramına başvurmamıştır; fakat davacıların uğradığı ceza kovuşturması ve mahkûmiyetinin, AIHS'nin 8. maddesinin 2. fıkrası

⁴²⁴ LEVINET, s. 733.

uyarınca, demokratik bir toplumda sağlının korunması amacı çerçevesinde gerekli tedbirler olduğu gerekçesiyle, Sözleşme'nin ihlal edilmediğine karar vermiştir⁴²⁵.

Bu çerçevede, diyebiliriz ki uyuşmazlık konusu olayın nasıl ele alındığı tamamen hâkim tarafından yapılan nitelendirmeye bağıdır. Yukarıdaki örnekler göstermektedir ki, maddi olayı nitelendirme işlemi, uygulanan hukuk kuralı bakımından nötr bir işlem değildir. Yapılan nitelendirme ile bir kavrama ya da bir kurala, daha önce taşımadığı bir anlam ya da kapsam verilerek bir anlamda hukuk yaratıldığı söylenebilir. Fakat hâkimin maddi olayı değerlendirme ve yorumlama marjı her somut olayda farklı bir ölçüdedir. Örneğin Fransız hukukunda yapı müteahhitlerinin on yıllık sorumluluğunun söz konusu olduğu iki hali ele alalım: Yapının sağlamlığını riske sokan durumlar ve yapının kullanım amacına uygun olmayan durumlar. Yapının sağlamlığı kavramı tamamen teknik ve objektif kriterlerle belirlenecek olduğundan hâkimin hiçbir şekilde bir takdir yetkisi ya da hukuk yaratması söz konusu olmayacaktır. Oysa yapının kullanım amacına uygun olmama kavramı diğeri kadar belirli ve objektif bir nitelikte olmadığı için farklı yorumlara yol açabilir. Fakat bu kavrama ilişkin Conseil d'Etat kararlarında benimsenmiş belirli kriterler olduğu görülmektedir⁴²⁶.

Ayrıca, bir kavram için içtihat olup olmadığı ve varsa bu içtihadın yeterince açık olup olmadığı da hâkimin hukuku uygularken oynadığı rolde etkili bir unsurdur. Yani bir kavramla ilgili aynı kriterleri kullanan çok sayıda yargı kararı var ise hâkim önüne gelen olayda bu kriterleri kullanmakla yetinmektedir. Bu durumda maddi olayın nitelendirilmesi, uygulanan kurala göre büyük ölçüde objektif bir biçim kazanmaktadır. Öyleyse, hâkimin maddi olayı nitelendirmesinin iki biçimi olduğundan söz edilebilir. Hâkim, yasa kuralında açık olmayan bir kavram için daha önce yargı içtihatları ile benimsenmiş olan kriterleri maddi olaya uygulayarak nitelendirme yaptığı gibi; bazı durumlarda maddi olayın nitelendirilmesi, olayda uygulanacak olan yasal metne yeni bir anlam yükleme sonucunu doğurmaktadır. Örneğin Şehircilik Kodunda yer alan, kıyılara yakın alanların sınırlı olarak imara açılacağına ilişkin kuraldaki “kıyılara yakın olma” sözünden ne anlaşılması gerektiği konusunda, Conseil d'Etat bu kuralı ilk

⁴²⁵ O. DADA, “La dignité humaine dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme”, Cahiers de l'IDEDH, n° 10, 2004-2005, s. 58.

⁴²⁶ D. LABETOULLE, “La qualification et le juge administratif: Quelques remarques”, Droits 1993, n° 18, s. 34.

uygulamasında kıyılara, 800 ila 1000 m uzaklığında bulunan alanların kıyılara yakın alanlardan sayılacağını kabul etmiştir⁴²⁷. Böylece “kıyılara yakın olma” kuralının içeriği somutlaştırılırken kıyılara yakınlık, yasakoyucu tarafından belirlenmemiş belli bir mesafeye de bağlanmıştır.

1.2.2.3. Danıştay Kararlarında Kamu Düzeninin Yorumu

1.2.2.3.1. Maddi Olayın Yorumuna İlişkin Örnek Kararlar

Danıştay, özgürlükleri sınırlayan idari işlemlerin yargısal denetiminde, zaman zaman kanunu, önüne gelen somut olayın şartları ve özellikleri bakımından dolaylı bir şekilde yorumlamaktadır. Örneğin Hristiyanlık propagandası yapmaya yönelik faaliyetlerin Danıştay kararlarında kamu düzenine aykırı bir faaliyet olarak nitelendirildiğini söylemek mümkündür. Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanunun 19.maddesinde, İçişleri Bakanlığınca memlekette kalması umumi güvenliğe ve idari icaplara aykırı sayılan yabancıların verilecek müddet zarfında Türkiye’den çıkmaya davet olunacağı, bu müddetin sonunda Türkiye’yi terk etmeyenlerin sınır dışı edilebileceği öngörülmüş, aynı yasanın 7/B maddesinde ise Türk kanun veya örf ve adetleriyle yahut siyasi icabetle tarif edilemeyecek durumda olan veya faaliyette bulunan yabancılara ikamet tezkeresi verilmeyeceği hükme bağlanmıştır. 5682 sayılı Pasaport Kanununun 8/5 maddesinde ise, Türkiye Cumhuriyetinin emniyetini ve umumi nizamını bozmak niyetiyle veya bozmak isteyenlere ve bozanlara iştirak veya yardım etmek maksadıyla geldikleri sezilenler, Türkiye’ye girmeleri memnu kimseler arasında sayılmıştır.

Danıştay’ın, aynı yasal dayanaklarla verdiği iki farklı kararında kullandığı ifadelerden, Hristiyanlık propagandası yapmaya yönelik faaliyetlerin kamu düzenini bozucu nitelikte olduğu sonucuna ulaştığını görüyoruz. 10. Daire tarafından 19.10.1995 tarihinde verilen kararda şöyle denilmektedir⁴²⁸:

⁴²⁷ LABETOULLE, s. 35.

⁴²⁸ D.10.D, E.1993/3535, K.1995/4616.

“Dava dosyasının incelenmesinden, Avustralya uyruklu davacının, yanında bulunan İsviçre uyruklu bir başka şahısla birlikte bir Türk vatandaşına Hristiyanlık propagandası yapmaya yönelik kitap ve broşür götürürken yakalandığı, aynı dönemde yurt içinde birden çok bölgede aynı nitelikte eylemlerde bulunduğu ve davacıyla birlikte on iki yabancı uyruklu şahıs hakkında sınır dışı etme kararının alındığı anlaşılmaktadır.

Her ne kadar, davacının eylemiyle ilgili olarak Cumhuriyet Savcılığınca takipsizlik kararı verilmişse de yukarıda açıklandığı üzere, ilgilinin fiilinin suç niteliği taşıması ya da bu eylemin yargı kararıyla belirlenmiş olması zorunlu bulunmadığından, davacının ikamet tezkeresinin iptal edilip sınır dışı edilmesinde ve Türkiye’ye girmesi yasak kişiler kapsamına alınmasında, kamu düzeninin korunması amacına ve mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.”

Yine 10.Daire, 20.01.2000 tarihinde verdiği başka bir kararda, Hristiyanlık propagandası yapmaya yönelik faaliyetlere ilişkin olarak aynı nitelendirmeyi yapmıştır⁴²⁹:

“Dava dosyasının incelenmesinden; A.B.D. uyruklu davacının, Gaziantep İlinde Türk vatandaşlarına yönelik olarak Hristiyanlık propagandası yaptığı, bu amaçla evinde toplantılar düzenlendiği, aynı dönemde yurt içinde birden çok bölgede aynı nitelikte eylemlerin de bulunduğu, davacının ise bu eylemleri sebebiyle yukarıda anılan yasal düzenleme uyarınca 1986 yılında sınır dışı edildiği ve Türkiye’ye girmesi yasaklanan kişiler kapsamına alındığı, 16.6.1996 tarihinde de Türkiye’ye giriş yapmakta iken girişinin engellendiği anlaşılmaktadır.

Her ne kadar, davacının eylemiyle ilgili olarak açılan dava sonucunda beraat kararı verilmişse de yukarıda açıklandığı üzere, ilgilinin fiilinin suç niteliği taşıması ya da bu eylemin yargı kararıyla belirlenmiş olması zorunlu bulunmadığından, davacının ikamet tezkeresinin iptal edilip sınır dışı edilmesinde ve Türkiye’ye (girişi) yasak kişiler kapsamına alınmasında, kamu düzeninin korunması amacına ve mevzuata aykırılık bulunmamaktadır.”

⁴²⁹ D.10.D, E.1997/6513, K.2000/128, T. 20.01.2000.

Başka bir kararda ise Danıştay benzer bir biçimde, yukarıda anılan 5682 sayılı Pasaport Kanunun 8. maddesinin 5. bendine dayanarak, idarenin Hristiyanlık propagandası yapan bir Amerikan vatandaşının eşiyle birlikte yaptığı ikamet izninin yenilenmesi talebini reddettiği işlemi hukuka uygun bulmuştur⁴³⁰.

Bu kararlarda Danıştay, Hristiyanlık propagandası yapmaya yönelik faaliyetlerin kamu düzenine aykırı ya da onu bozucu nitelikte olduğunu doğrudan ifade etmemekle birlikte idarenin bu yönde yapmış olduğu nitelendirmenin hukuka uygun olduğuna karar vermekle, söz konusu faaliyetleri dolaylı olarak nitelendirmiş olmaktadır. Kararlar bu yönüyle idari işlemlerin ve idarenin takdir yetkisinin yargısal denetimi açısından da özellik arz etmektedir; fakat bu meseleyi bir sonraki başlıkta inceleyeceğimiz için burada kararların bu konuya ilişkin analizine yer vermiyoruz.

Kararlarda Hristiyanlık propagandası yapmanın hangi bakımdan kamu düzeni için bir tehlike oluşturduğu ya da onun bozulmasına sebep olduğu açıklanmadığı gibi, bu sonuca kamu düzeni kavramının yorumuyla da ulaşılmamakta, idarenin söz konusu faaliyetler için yapmış olduğu nitelendirme aynen kabul edilmektedir. Misyonerlik faaliyeti din ve vicdan özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gereken bir fiildir. İdare, kamu düzeni nedeniyle misyonerlik faaliyetini yasaklamakla din ve vicdan özgürlüğüne kamu düzeni gerekçesini kullanarak kanunla açık bir şekilde düzenlenmemiş bir kısıtlama getirmiş olmaktadır.

Hristiyanlığın yaşam felsefesinin anlatıldığı bir radyo programını yasaklayan bir idari işlemi ilk derece mahkemesi, yayının içeriğini oluşturan Hristiyanlık yaşam felsefe ve motiflerinin tek bir inanca yönelik olarak toplumda özgürce kanaat oluşmasını engelleyecek biçimde verilmesinin, 3984 sayılı Yasanın 4. maddesinin (e) fıkrasında belirlenen toplumun milli ve manevi değerlerine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle hukuka uygun bulmuştur⁴³¹. Danıştay ise ilk derece mahkemesinin kararını gerekçe yönünden değil, fakat uyumsuzluk konusu yayın hakkında bilirkişi incelemesi yaptırılmadığı gerekçesiyle bozmuştur. Danıştay'a göre söz konusu yayın içeriğinin, işlem tesisine neden olan toplumun milli ve manevi değerlerine ve Türk aile yapısına

⁴³⁰ D.10.D, E. 1994/1573, K. 1995/4881, T. 25.10.1995.

⁴³¹ D.13.D, E. 2005/588, K. 2005/692, T. 08.02.2005.

aykırı nitelikte olup olmadığı hususunun belirlenmesi, bu konuda uzman kişilerden oluşturulacak bir heyete bilirkişi incelemesi yaptırılmasını gerektirmektedir. Yüksek Mahkeme üyeleri, -yaşadıkları toplumun milli ve manevi değerleri ve aile yapısı hakkında bilgisiz olmaları söz konusu olamayacağına göre-, bu kararda açıkça bu tür bir değerlendirme yapmaktan kaçınmışlardır. Oysa davada görevli tetkik hâkiminin de belirttiği gibi “ne tür beyan ve davranışların bu kapsama gireceğini esasta yargıç belirler ve değerlendirir.”⁴³² Tetkik hâkimi kararda AİHM’nin din ve inanç özgürlüğünün AİHS’nin 9. ve 10. maddeleri uyarınca nasıl yorumlandığına da değinmiş ve Mahkeme’nin *Kokkinakis* kararına atıfta bulunmuştur.

Bu karara konu olayda, 1919 doğumlu Yunan vatandaşı Kokkinakis, 1936’da Yehova Şahitliği’ni kabul ettikten sonra, din propagandası faaliyeti nedeniyle altmıştan fazla kez tutuklanmıştır. Son olarak 1986’da Ortodoks bir kadını arayıp daha sonra evine giderek din propagandası yaptığı gerekçesiyle eşiyle birlikte yakalanmış ve mahkûm edilmişlerdir. Kokkinakis’a isnat edilen suç, kişilerin saflığından ve tecrübesizliğinden yararlanarak, onları kendi dini inançlarından döndürmek amaçlı din propagandası yapmaktır. Yunan Temyiz Mahkemesi, Yunanistan’daki hakim din olan Hristiyan Doğu Ortodoks Kilisesi’ne aykırı hareketleri ve dinden çıkartmaya yönelik propagandayı yasaklayan yasal düzenlemeyi ve ona dayalı bu cezalandırma işlemini yürürlükteki 1975 Anayasasına uygun bulmuştur (m.13).

Yunan Anayasası, Doğu Ortodoks Kilisesi’ni “devlet kilisesi”, Ortodoksluğu da “resmi din” olarak benimsemiştir. Özellikle 1911 Anayasası döneminde Ortodoksluk dinini özel araçlarla imtiyazlı şekilde koruyan ve diğer din ve inançlara sadece tolerans gösteren bu uygulama “yarı teokratik” sayılmıştır ⁴³³. 1975 Anayasası, Yunanistan’da hakim din anlayışını korumakla birlikte (m.3), din özgürlüğünü koruma araçlarını bütün “bilinen dinler” için eşit olarak kabul etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ise, Kokkinakis’in bu din propagandası suçunu ve başkasını dinden çıkartma eylemini şu şekilde yorumlamıştır: “Din özgürlüğü, öncelikle bireyin vicdaniyla ilgili bir sorun olsa da, kişinin “dinine uygun davranması” hakkını da içermektedir. Sözler ve

⁴³² Tetkik hâkimi, bu hatırlatmayı 3984 sayılı Yasanın uygulanması ile ilgili değil, fakat Anayasa’nın din ve inanç özgürlüğünü düzenleyen 24. maddesinde sınırlama nedeni olarak öngörülen “kötüye kullanma” ve “istismar” kavramları açısından yapmıştır.

⁴³³ Ç. ÖZEK, Türkiye’de Laiklik, Baha Matbaası, İstanbul 1962, s. 9.

davranışlarla şahadette bulunma, dinsel inanışların var oluşuyla yakından ilgilidir. Bu özgürlüğün bireysel veya topluluk içinde uygulanmasının yanı sıra, kişilerin dinsel inanışlarını başka kimselere aktarması ve onları da kendi dinlerine kazandırmaya yönelik çabaları da, AİHS m.9'un koruması kapsamında sayılmalıdır⁴³⁴.

Bu kararıyla AİHM, Kokkinakis'in başka bir dinin mensubunu kendi dinine çağırması şeklindeki din propagandasını, din ve vicdan özgürlüğünün bir görünüşü sayılması gereken “din değiştirme hakkı”na bağlamış ve Yunanistan'ın AİHS'ni ihlal ettiğine hükmetmiştir. AİHM'ye göre, Kokkinakis'in Ortodoks bir kadını arayıp izin alarak evine gitmesi ve orada kendi dinini anlatması, “uygunsuz din propagandası” sayılamaz. Bu kararda net bir tanım vermeyen AİHM, kişilere maddi veya toplumsal çıkar vaadinde bulunma şeklindeki misyonerlik faaliyetini “uygunsuz din propagandası” örneği olarak vermiştir.

Yine Yunan vatandaşı olup Yehova Şahitleri inancına mensup Larissis ve arkadaşları, bazı havacı askerlere ve sivil kimselere kendi inanç öğretilerini anlatarak propaganda (misyonerlik) faaliyetinde bulunmuşlardır. Olayın özelliği, Larissis'in propaganda yaptığı askerlerin komutanı, yani üstü olmasıdır.

AİHM, bu olayı incelediği kararında asker kişilere yönelik din propagandasını, sivillere yönelik olarak yapılanlardan ayırarak; maddi birtakım çıkarlar veya sosyal avantajlar vaadi ile veya uygun olmayan bir baskı ile misyonerlik yapılmasını uygun bulmamıştır. AİHM'ne göre, silahlı kuvvetler içindeki hiyerarşik yapı gereği, astların üstleri karşısında kendilerini sınırlanmış ve baskı altında hissetmeleri nedeniyle, gerçekleştirilecek propaganda faaliyetleri özgür iradeye dayanamayacaktır. Mahkeme, bu ayrımı yaptıktan sonra, Yehova Şahidi Yunan Larissis ve arkadaşlarının sivillere yönelik misyonerliğinin din özgürlüğü kapsamında olduğuna hükmetmiştir⁴³⁵.

Özetle, maddi ve manevi cebir içermeyen, menfaat vaadiyle kandırmaya yönelik olmayan ve rızaya dayalı gerçekleşen bir misyonerlik eylemi, din özgürlüğünün gereğidir, suç sayılamaz.

⁴³⁴ CEDH, 25.05.1993, JCP, éd. G., 1994, n° 32, s. 3472.

⁴³⁵ CEDH, 24 février 1998, *Larissis et autres c. Grèce*. RTDH, n° 39, juillet 1999, s. 575-593.

Danıştay'ın uyguladığı kuralı doğrudan, soyut bir şekilde yorumlamayıp önüne gelen olayın maddi unsurlarını, uyguladığı bu kural bağlamında nitelendirmesinin başka bir örneğini de bir baro lokalini umuma açık yerlerden saymadığı bir kararında bulmak mümkündür. Bir baronun lokali olarak kullanılması amacıyla dernek lokal ruhsatı verilen bir dükkana içki ruhsatı verilmesi istemiyle ilgili Baro Başkanlığı tarafından yapılan istemi reddeden idarenin işlemini Danıştay, bu yerin umuma açık içkili yerlerden sayılamayacağı gerekçesiyle hukuka aykırı bulmuştur.

“(...)Bu durumda, kamu kurumu niteliğinde olan davacı Baronun sadece üyelerinin faydalanabileceği bir lokal olan yerin umuma açık yer olmadığı, sosyal tesis niteliğinde bulunduğu, yapılan izin başvurusunun 625 sayılı Yasadaki düzenlemelerden bağımsız olarak “içkili yer bölgesi”nde bulunma kısıtı aranmaksızın değerlendirilmesi ve iznin verilmesi gerektiği, ancak bu yerin umuma açık istirahat ve eğlence yeri niteliğinde ve ticari amaçla işletilmesi veya başkasına kiraya verilmesi veya devrinin yapılması halinde genel hükümlere tabi olması ve umuma açık istirahat ve eğlence yerleri için aranan mesafe şartının aranacağı açıktır.”⁴³⁶

Benzer bir biçimde Danıştay, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Yönetmeliğin 16. maddesinin (f) bendinde öngörülen “yaygın şiddet hareketlerine katılanlar ile 6.10.1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasasına aykırı hareket etmekten dolayı hapis ya da para cezasına mahkum olanlara hiçbir suretle ateşli silahlarla mermilerini taşıma ya da bulundurma izni verilemeyeceği” şeklindeki düzenlemede, “yaygın şiddet hareketleri”nin kapsamı ile ilgili olarak, önüne gelen maddi olay dolayısıyla bir belirleme yapmıştır. Danıştay’a göre, aleyhinde açılmış olan ceza kovuşturmasından delil yetersizliğinden beraat etmiş olsa bile, yasa dışı örgüt üyesi olmak ve bu örgüt adına yardım toplamak ve afiş asmak fiilleri “yaygın şiddet hareketleri” kapsamına girmektedir⁴³⁷.

Danıştay, ünlü *İsveç Radyo Televizyon Kurumu* kararında ise Resmi Gazete’de yayınlanmamış bir düzenleyici işlem üçüncü şahısların bilgisi dışında bulunacağından böyle bir düzenlemeye aykırı davranan yabancıların, 5683 sayılı Yasanın 19.

⁴³⁶ D.8.D, K. 2003/1989, E. 2002/3368, T.05.05.2003.

⁴³⁷ D.10.D, K. 1997/2022, E. 1995/3861T. 22.05.1997.

maddesinde öngörülen umumi güvenliğe, siyasi veya idari icaplara aykırı davranmış sayılmayacağına karar vermiştir. Ayrıca karara göre “2559 sayılı Yasanın 6.maddesine göre yurdumuzda film çekimi için öngörülen izin alınmaması halinin de, yetkililerin usulüne uygun girişimleriyle giderilmesi mümkün (olmayan) bir niteliği bulunmamaktadır. (...) ortada başkaca ciddi bir neden yokken 5683 sayılı Yasaya göre sınır dışı edilmelerini, anılan Yasada güdülen amaçla bağdaştırmak olanaksızdır.”⁴³⁸ Danıştay bu kararında da önüne gelen olayın maddi unsurlarını 5683 sayılı Yasanın amacı açısından değerlendirerek, maddede öngörülen “umumi güvenliğe, siyasi veya idari icaplara aykırı” sözünü dolaylı olarak yorumlamış olmaktadır.

1.2.2.3.2. Hukuk Kuralının Yorumuna İlişkin Örnek Kararlar

Danıştay, bir grevin milli güvenlik gerekçesiyle Bakanlar Kurulu kararı ile ertelenmesine ilişkin verdiği bir kararda, öncelikle 2822 sayılı Kanunun 33. maddesinde öngörülen genel sağlığı ve milli güvenliği bozucu nitelikte grevden ne anlaşılması gerektiğini soyut bir şekilde açıklamış; somut olayda Bakanlar Kurulu kararı ile ertelenen grevin milli güvenliği bozucu nitelikte olmadığına karar vermiştir⁴³⁹. Burada Danıştay uyguladığı hukuk kuralını öncelikle kavramsal yorum metodu ile açıklığa kavuşturmuş daha sonra da maddi olayın bu yoruma göre kuralın kapsamına girmediğini tespit etmiştir.

“Danıştay Onuncu Dairesinin 9.10.2002 günlü, E:2002/2369, K:2002/3678 sayılı kararıyla; Anayasa ve 2822 sayılı Yasanın ilgili hükümlerine göre, bir Anayasal hak ve işçi açısından güvence olan grev hakkının yasada belirtilen sebepler dışında ertelenebilmesine olanak bulunmadığı, yasal bir grevin yasada öngörülen anlamda genel sağlığı bozucu nitelikte görülebilmesi için, toplumun önemli bir kesiminin sağlık yönünden veya buna bağlı olarak sosyal bakımdan ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya kalması, giderilmesi olanaksız kayıp ve zararların söz konusu olmasının gerektiği, yine

⁴³⁸ D.12.D, K.1978/955, E.1977/1349, T.24.04.1978 : “...5683 sayılı Yasanın 19.maddesiyle, memlekette kalması umumi güvenliğe, siyasi veya idari icaplara aykırı sayılan yabancıları Türkiye'den çıkarmağa, sınır dışı etmeğe İçişleri Bakanlığı yetkili sayılmıştır. Maddede geçen "genel güvenlik, siyasi veya idari icap" gibi deyimlerin aslında, belirsiz yasal kavramlar oluşturduğunda(n) ve bu günkü yoğun uluslararası ilişkiler karşısında, uygulamada çok büyük bir duyarlılığı gerektirdiğinden kuşku yoktur.”

⁴³⁹ D. İDDK, K.2005/274, E.2003/272, T. 14.04.2005.

bir grevin milli güvenliği bozucu nitelikte görülebilmesi için de, ülke ve devletin özel savunma ve güvenlik altına alınmasını zorunlu kılacak ciddi tehlikelerin ortaya çıkmasının gerektiği, kararın uygulanmakta olan grevin milli güvenliği bozucu nitelikte görülmesi sebebiyle alındığı, davalı idarenin savunmasıyla, dosyada bulunan bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden, grevin yapıldığı işyerlerinin ve yapılan işlerin niteliği dikkate alındığında ertelenen grevin Yasada öngörülen anlamda milli güvenliği bozucu nitelikte olmadığı sonucuna varıldığı, ayrıca davalı idarenin savunmasında öne sürülen ekonomik sebeplerin, dava konusu kararın alınmasını haklı kılacak nitelikte bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu Bakanlar Kurulu Kararının iptaline karar verilmiştir.

Davalı idare, ülke lastik üretiminin çok büyük bir bölümünün grev uygulanan işyerlerinde üretilmesi nedeniyle başta Türk Silahlı Kuvvetleri olmak üzere ulaştırma ve iş makinelerinin kullanıldığı tüm sektörlerin lastik ihtiyaçlarını olumsuz yönde etkileyeceğini, bu haliyle grevin genel hayatı, dolayısıyla milli güvenliği bozucu nitelikte olduğunu, görüşü sorulan Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği'nin de grevin milli güvenliği bozucu olacağı yolunda görüş bildirdiğini, bu nedenle dava konusu kararda yasaya aykırılık bulunmadığını, diğer yandan resmi arabulucu tarafından yürütülen çalışmalar sonucunda uyuşmazlığın giderildiğini ve anlaşma sağlanarak grev uygulamasının ortadan kaldırıldığını, bu nedenle konusuz kalan davanın reddinin gerektiğini öne sürerek Daire kararının temyizen incelenip, bozulmasını istemektedir.

Temyiz edilen kararla ilgili dosyanın incelenmesinden, Danıştay Onuncu Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede öne sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davalı idarenin temyiz isteminin reddine, Danıştay Onuncu Dairesinin 9.10.2002 günlü, E:2000/2369, K:2002/3678 sayılı kararının onanmasına, 14.4.2005 günü oybirliği ile karar verildi.”

Danıştay, Açılması İzne Bağlı Yerlere Uygulanacak İşlemler Hakkındaki Yönetmeliğin 21. maddesinin (c) fıkrasının iptalinin istendiği bir davada, umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinde ve bu yerleri çalıştıracak kişilerde aranan nitelikler

bakımından Yönetmeliğin dayandığı Kanunları yasakoyucunun amacı bakımından; 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun, davada uygulanan 24. maddesini ise Kanunun diğer maddeleri ile birlikte göz önüne alarak yorumlamıştır. Dava tarihinde yürürlükte olan, dava konusu Yönetmelik hükmünde, içkisiz istirahat ve eğlence yerinin açılması istemiyle yapılan başvurularda aranacak belgeler arasında, “yönetim planında aksine bir hüküm yoksa tapuda işyeri olarak görünen yerlerde içkisiz istirahat ve eğlence yeri açılmasına kat malikleri kurulunun oyçokluğuyla izin verdiğine ilişkin karar tutanağı” da sayılmış bulunmaktadır. Danıştay bu düzenlemenin kamu güvenliği ve esenliği için getirilmiş bir kural olduğunu belirtmektedir. 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 24. maddesinde ise tapuda mesken olarak görülen yerlerin eğlence, toplantı, gıda, beslenme, galeri, çarşı vb. gibi amaçlarla kullanılabilmesinin kat maliklerinin oybirliğiyle vereceği karara bağlı olduğu kurala bağlanmış, tapuda işyeri olarak görünen bölümlerin belirtilen amaçlarla kullanılabilmesi için açık bir hükme yer verilmemiştir. Danıştay’a göre, “634 sayılı Kanunun 28, 29, 30, 31, 32. maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden, bu kanuna tabi binaların kullanma amaç ve şeklinin yönetim planında gösterileceği ve binanın yönetiminin kat malikleri kurulunca alınan kararlara göre yürütüleceği ve kararların oyçokluğuyla alınacağı anlaşılmaktadır. Durum böyle olunca, tapuda işyeri olarak gözüke bile bu işyerlerinde dava konusu Yönetmeliğe tabi istirahat ve eğlence yeri faaliyetlerinin yapılabilmesinin kat maliklerinin oyçokluğuyla vereceği karara bağlı kılınmasında kamu yararı bulunmaktadır.”⁴⁴⁰

Danıştay başka bir kararında Anayasa’nın 56. maddesinde düzenlenen, devletin insanın dengeli ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının korunması ve çevre kirliliğinin önlenmesi görevini ve Çevre Kanununun 1., 2. ve 8. maddelerini birlikte değerlendirerek, “sadece çevre ve insan sağlığına zarar verecek maddelerin çevreye atılması sonucu oluşan kirliliğin değil, insanın her türlü faaliyeti sonucu, insan yaşamının sürdürüldüğü doğal çevrenin dengesini bozan, insanlar tarafından istenmeyen sonuç doğuran kirliliğin de önlenmesinin amaçlandığı sonucuna” varmıştır⁴⁴¹. Danıştay bu amaçsal yorum çerçevesinde, davacı şirket ve Türk Hava Kurumu işbirliği ile kurbanlık alım ve satımıyla ilgili olarak reklam ve duyuru amaçlı

⁴⁴⁰ D. İDDK, K. 2004/1902, E. 2002/1260, T. 25.11.2004.

⁴⁴¹ D.6.D., K. 1999/2055, E. 1998/1948, T. 20.04.1999.

astırılan küçük el ilanlarının, Adana'daki bulvar ve ana caddelere gelişigüzel ve çok fazla miktarda atılmak suretiyle çevre kirliliğine neden olduğu gerekçesiyle Çevre Kanununun 81. maddesi uyarınca kesilen para cezasını hukuka uygun bulmuştur.

Danıştay bazı kararlarında ise kamu düzenini korumaya yönelik düzenlemelerin amacını yasakoyucunun iradesini temel alarak yorumlamayı tercih etmektedir. Örneğin, Danıştay bir eserin küçüklerin üzerinde muzır tesir yaratıp yaratmadığının, 3266 sayılı Kanunun görüşülmesi sırasındaki Meclis tutanaklarında gösterilmiş olan amaçlar açısından değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir.

“3266 sayılı Yasanın kabulü sırasındaki görüşmelerle ilgili tutanaklarda da belirtildiği üzere, yasa dışı kazanç yollarına sapma eğilimleri uyandıracak, ruh ve beden sağlığı üzerinde zararlı etkiler yaparak dengesiz kişiliklere sebep olacak, milli duyguları, örf, adet ve inançları zayıflatıcı, ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eden nitelikler taşıyan muzır neşriyattan çocukların korunması amaçlanmış olup, bu amaçla da belli sınırlama ve kısıtlamalara yer verilmiştir. (...) Uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için yasada öngörülen amaç ve esaslar yönünden yeniden bir bilirkişi incelemesi yaptırılması zorunlu bulunmaktadır.”⁴⁴²

Benzer bir biçimde başka bir kararında, kamu yayın araçlarında, alkollü içkilerin reklamının yapılmasını yasaklayan 4250 sayılı Yasada “kamu yayın araçları” ibaresinin yorumunda ise şu ifadelere yer vermiştir:

“(...) 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İnhisarı Kanununun 19 uncu maddesinin 4 üncü fıkrasında yapılan 11.1.2001 tarihli değişikliğin Türkiye Büyük Millet Meclisinde kamunlaşması sürecinde geçirdiği aşamalarda alkollü içki reklamının tümüyle yasaklanması yönünde bir yol izlenmediği, alkollü içki reklam yasağına ilişkin sınırlamalara esneklik kazandırılması amacıyla ve alt komisyonda kabul edilen görsel ve yazılı yayın araçları ibaresinin açıklığa kavuşturulmasını teminen televizyon, kablolu yayın, radyo ve kamu yayın araçları ile alkollü içki reklamının yapılmasının yasaklandığı, kamu yayın araçları ile alkollü içki reklamının yasaklanmasında maddenin değişiklikten önceki şeklinde yer alan "Devlete ait her türlü kurum ve

⁴⁴² D.10. D, K. 1995/4261, E. 1994/1342, T. 09.10.1995.

kuruluşlar aracılığı ile" ibaresine benzer bir düzenleme getirilerek kamu yayın araçları kullanılmak suretiyle alkollü içki reklamının yapılmasının yasaklanmasının yeterli olacağı sonucuna ulaşıldığı görülmektedir."⁴⁴³

Danıştay amaçsal yorum metodunu uyguladığı yukarıdaki kararların aksine, bazı durumlarda, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen yasa metnini amaçsal yorum metodu ile değil, katı bir şekilde lafzi yorum metodu ile yorumlamaktadır. Örneğin Pasaport Kanununun 8. maddesinin 6. fıkrasındaki her nevi kaçakçıların Türkiye'ye girmeleri memnu kimseler olduğuna ilişkin düzenlemeyi Danıştay bir kararında katı bir biçimde lafzi olarak yorumlamış ve uygulamıştır⁴⁴⁴. Söz konusu dava, Türkiye'de bir üniversite öğrencisi olan bir İran vatandaşının çantasında bulunan iki karton gümrüksüz sigara nedeniyle 1988 yılında sınır dışı edilerek, Pasaport Kanununun 8. maddesinin 6. fıkrası uyarınca yurda girmesi memnu kimseler arasında sayılmasına ilişkin İçişleri Bakanlığı işleminin üzerinden 9 yıl geçmesine ve cezanın adli kayıtlardan silinmesine rağmen Türkiye'ye giriş yasağı getirilmesine ilişkin işlemin kaldırılması talebini reddeden işlemin iptali istemiyle açılmıştır. Dava konusu işlem, Ankara 3. İdare Mahkemesi tarafından iptal edilmiş, fakat Danıştay tarafından Pasaport Kanununun 8. maddesinin 6. fıkrası yönünden hukuka uygun bulunmuştur.

⁴⁴³ D.1.D, K. 2003/148, E. 2003/129, T. 04.11.2003.

⁴⁴⁴ D.10.D, K.1997/3074, E. 1996/7506, T. 24.09.1997.

2. İDARİ İŞLEMLERİN HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİNİN ÖZELLİKLERİ BAKIMINDAN HÂKİMİN KAMU DÜZENİNİ SOMUTLAŞTIRMASI

2.1. Kamu Düzeni ve Yasallık İlkesi

2.1.1. Gereklilik Normu Olarak Kamu Düzeni

Kamu düzeninin bir gereklilik normu olarak var olduğu bir hukuk devletinde onu uygulayarak somutlaştırma işlevi, sırasıyla önce idare, sonra da idare hâkimi tarafından gerçekleştirilmektedir. İdare bu işlevi, kamu düzeni tedbirlerinin uygulanması sırasında yerine getirirken⁴⁴⁵, hâkim de bu tedbirlerin hukuka uygunluk denetimi vasıtasıyla yerine getirmektedir.

Kamu düzenini, bir gereklilik normu olarak kabul etmek, onun hukuka aykırı herhangi bir önlemi hukuka uygun hale getirecek bir dayanak olması anlamına gelmez. Kamu düzeni kavramı, hukuku uygulayan bütün makamlar açısından sadece kamu düzeninin korunması için vazgeçilmez nitelikte kabul edilen, başka bir deyişle zorunlu nitelikteki önlemlerin hukuki dayanağını oluşturabilir. Bu anlamda gereklilik olduğunda, yasallık ilkesi gerçekleşmiş olur⁴⁴⁶.

Kolluk tedbirleri olan kamu düzeni işlemlerinde yasallık ilkesinin ne anlama geldiği, özgürlüklerin sınırlanması açısından özel bir önem arz etmektedir. Öğretide bir görüşe göre, düzen ve özgürlük ilkeleri, hukuk nosyonunun kendisinde, bir arada ve birbirini tamamlayan bir biçimde var olduğu için özgürlük ilkesi kadar kamu düzeni de yasallık ilkesinin kaynaklarından biridir. Başka bir ifade ile kamu düzeni ve yasallık ilkeleri birbiriyle çatışan ilkeler değildirler. Nasıl özgürlük ilkesinin var olması için özel

⁴⁴⁵ Fransa'da idare, kamu düzeni normunu hangi sebebe dayanarak uyguladığını açıklamak zorundadır. 11.07.1979 tarihli bir Kanun ile idareye belirli türdeki idari işlemler için gerekçe zorunluluğu getirilmiştir. Bu işlem türlerinden biri de özgürlükleri sınırlayan ve kolluk tedbiri niteliğinde olan işlemlerdir. T. AKILLIOĞLU, "İdari İşlemlerde Gerekçe İlkesi", AİD, C. 15, S. 2, 1982, s. 18.

⁴⁴⁶ E. PICARD, La notion de police administrative, LGDJ, Tome 2, Paris 1984, s. 545.

bir yasa hükmüne dayanmak gerekmiyorsa kamu düzeni de hukuka içkin bir ilkedir. Fakat bu ilkenin somutlaştırılması gerekmektedir⁴⁴⁷.

Bu görüş, Conseil d'Etat'nın 8 Ağustos 1919 tarihinde verdiği *Labonne* isimli kararla hayata geçmiştir. Karara göre, “*Belediye ve vilayet makamları, kamu yollarının korunması ve trafiğin güvenliğini sağlamakla yükümlüdürler; bununla beraber her türlü yasal yetkilendirme dışında ve kendi özel yetkilerine dayanarak, bütün ülkede uygulanacak kolluk önlemleri alma yetkisi de Devlet Başkanına aittir.*” Bu kararla Fransız Yüksek İdare Mahkemesi, kamu düzeni alanında kanunun düzenlemediği konularda, idarenin özerk düzenleme yetkisinin bulunduğunu kabul etmiştir⁴⁴⁸.

Conseil d'Etat'nın 1950 yılında verdiği ünlü *Dehaene* kararıyla da genel idari kolluk faaliyetleri çerçevesinde, kamu düzeni alanında Başbakanın özerk düzenleyici işlem yapma yetkisinin bulunduğu kabul edilmiştir. Karara göre, grev hakkının tanınmış olması, bunu düzenleyen kanunların yokluğu nedeniyle, bu hakkın kamu düzeninin gereklerine aykırı kullanılmasını önlemek amacıyla sınırlar getirilmesine engel değildir. Yasakoyucunun konuyu düzenlememiş olması nedeniyle, bu sınırlamaların kapsam ve niteliğini belirlemek yetkisi, kamu hizmetlerinin düzenli işleyişinden sorumlu olan hükümete aittir⁴⁴⁹.

Ayrıca ilerde tartışacağımız konulardan biri olan olağanüstü hallerde, kamu düzeni gerekleri karşısında idarenin bazı koşulların gerçekleşmesi şartıyla yasal düzenlemelere aykırı tedbirler alması Fransız idare hâkimi tarafından hukuka uygun kabul edilmiştir. Örneğin ünlü “*Dame Dol et Laurent*”⁴⁵⁰ kararında Conseil d'Etat, 1916 yılında bir askeri karargâhın bulunduğu Toulon'da, denizcilik valisinin (*préfet maritime*), içkili yerlerde kızlara içki satışını ve her ne amaçla olursa olsun kızların bu yerlerde durmalarını veya çalışmalarını; bu yerlere, yanında kavalierleri olsa bile girmelerini; ayrıca her türlü kadının ya da kızın, özel olarak gösterilen mahalleler dışında askerlerle fuhuş yapmak amacıyla tanışmasını yasaklayan kararını, Belediye

⁴⁴⁷ PICARD, s. 546.

⁴⁴⁸ CE, 8 août 1919, *Labonne*, GAJA, n° 38, s. 219; Kararda hiç atıf yapılmamasına karşın, dayanak hüküm 1875 Fransız Anayasası'nın 3. maddesidir. K. B. ÖZTÜRK, Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 46, 101.

⁴⁴⁹ CE, 7 juillet 1950, GAJA, n° 72, s. 436; ÖZTÜRK, s. 47.

⁴⁵⁰ CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, Rec. s. 208.

Kanununu geniş yorumlayarak hukuka uygun bulmuştur. Karara göre, “Belediye Kanununda valiye verilen düzeni ve güvenliğı koruma yetkisinin kapsamı, barış zamanı ile milli savunma gereklerinin kamu düzeni ilkesini genişlettiğı ve güvenlik için daha sıkı tedbirler alınmasının gerektiğı savaş zamanında aynı olamaz. Somut durumda, söz konusu olan tehlikenin niteliğine, kolluk tedbirinin kimlere yönelik olduğuna, zamana ve yere bağılı olarak, savaş durumundan kaynaklanan gerekliliklerin neler olduğuna, yaptığı değerlendirme sonucunda karar vermek, kolluk yetkilerinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığının denetimini yapan hâkimin görevidir.”

Türk hukukunda ise 1982 Anayasası’nın öngördüğü sistemde, kamu düzeni alanında, idarenin özerk bir düzenleme yetkisi bulunmamaktadır. 1982 Anayasası’na göre idarenin düzenleme yetkisinin kural olarak türev nitelik taşıdığı, dolayısıyla ancak bir kanunun varlığı koşuluna bağılı ve kanunlara uygun olarak kullanılması gerektiğı Danıştay kararlarında da ifade edilmektedir⁴⁵¹.

Kurumsal düzeni korumak şeklinde ifade edilen ve dolayısıyla da kurumsal bir fonksiyonu olan kamu düzeni normu ve bu normun uygulanması, bir hukuk devletinde doğal olarak hukuki bir rejime tâbidir⁴⁵². Dolayısıyla gereklilik normu, bir hukuk devletinde, pozitif hukuk alanında doğrudan, yani yetkinin kim tarafından, nasıl ve hangi sebeplerle kullanılacağını gösteren bir statü hukuku olmadan uygulanamayacaktır. Bu durumda, kolluk yetki ve usullerinin varlık nedeni kamu düzeni olmaktadır. Diğer taraftan bakıldığında ise, kamu düzenini somutlaştırma işlevi bakımından yasallık ilkesi genel olarak, kolluk hukukunun yasal çerçevesinden başka bir şey değildir. Fakat Picard’a göre kamu düzeni, tek başına hukuk düzeninde, şekli anlamda hukuk kurallarıyla eş değerde ya da onların üstündedir; çünkü kamu düzenini korumak aslında hukukun kendisini korumaktır. Picard, somut bir durum bakımından, yasadaki düzenleme ihtiyaca cevap vermediğinde ya da eksik olduğunda, somut durumda uygulanacak hukuk normlarının, bizzat hukuk kavramının yorumundan çıkarılması

⁴⁵¹ ÖZTÜRK, s. 122; H. E. ÖZDEMİR, Düzenleyici İşlemlerin Yürürlüğe Girişi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2000, s. 16.

⁴⁵² Kamu düzeni normunu uygulayan kolluk faaliyeti, kendine özgü ve çok özel yöntemlerle gerçekleştirilen bir tür kamu hizmetidir.

gerektiğini söylemektedir. Bu görüşe göre, hukuk nosyonunun bir parçası olarak kamu düzeni ilkesi, tüm hukuk düzenini belirleyen ve ona hakim olan bir ilkedir⁴⁵³.

Ünlü idare hukukçusu Vedel, düzenin sağlanmasından anayasal misyon olarak söz eder⁴⁵⁴. Haouriou ise onun bir adım daha önüne geçerek idari makamların yetkilerini doğrudan anayasadan aldıklarını belirttikten sonra anayasanın gücünün ise şeylerin doğasından kaynaklandığını söylemektedir. Malaurie de benzer bir yaklaşımı dile getirmektedir: “Kamu düzeni doğrudan bir yasa hükmüne dayanmaksızın bağımsız bir şekilde uygulandığında, bunun felsefi ve hukuki dayanağı, hukukun kaynaklarını oluşturan ve mutlak biçimde kabul edilen değerlerde aranmalıdır”⁴⁵⁵. Bu görüşe göre yasallık ilkesi, şekli bakımından yasa ile sınırlı olarak değil; fakat kamusal makamın işlemlerinin hukuka uygun olması için gereken şartların tümü olarak anlaşılmalıdır. Picard’a göre kamu düzeni ilkesini bir gereklilik normu, yani yasanın ve kamusal makamların yetkisinin kaynağı olarak kabul etmekten çekinmemek; kamu düzeni ve kolluk için söz konusu olan gereklilik koşulundan çıkan sonuçlardan endişe duymamak gerekir. Liberal demokrasinin sağladığı güvencelerin, kökleşmiş bir yargısal denetimin varlığının, yasallık ilkesinin Fransa’da 1789’dan beri geçirdiği evrim sonucu, sadece bir yasakoyucuya değil bağımsız bir hâkimin varlığına da dayanmasının, yasallık konusundaki klasik endişeleri geçersiz kıldığını savunmaktadır⁴⁵⁶.

Bir hukuk devletinde, kurumsal düzeni korumak için müdahale eden kolluk makamları, kurumsal düzeni bu amaçla ihlal edemez. Kolluk, ancak yasayla yetkilendirildiği takdirde ve yasada gösterilen sınırlar içinde faaliyette bulunabilir. Fakat bir gereklilik normu olarak kamu düzeninin, onun korunması ve gerçekleştirilmesi bakımından kolluk makamına özel bir biçimde yetki veren, yani bu

⁴⁵³ PICARD, s. 545-549.

⁴⁵⁴ “(...) kanunların yürütülmesinden, her metnin paragraf paragraf sadakatle uygulanması değil, her türlü yasal yetkilendirme dışında, anayasadan kaynaklanan genel bir yetki anlaşılmalıdır. (...) Anayasa, yürütme organına kanunların yürütülmesi görevini vermekle, ulusal yaşamın sürekliliğinin sağlanmasının, bir başka anlatımla, kamu hizmetlerinin işlemesi ve düzenin temininin gerektirdiği her türlü önlemi almak konusunda genel bir yetki tanımış olmaktadır. (...) Olağanüstü durumlar ya da kanun boşlukları nedeniyle, kanunların, yani devletin ve hukuk düzeninin korunması, bir kanunun feda edilmesini gerektirebilir. (...) Kanunların yürütülmesi, analitik bir bakış açısıyla, her kanunun uygulanmasının sağlanmasıdır; sentetik yönden ise yasal bir hukuk düzeninin şartlarının teminini ifade eder. Bunun da anlamı, düzene ve kamu hizmetlerinin işleyişine riayeti temin etmek suretiyle, devletin ve ulusal yaşamın devamlılığının sağlanmasıdır.” G. VEDEL, “*Les bases constitutionnelles du droit administratif*”, EDCE, 1954, s. 38-41’den aktaran: ÖZTÜRK, s. 101-102.

⁴⁵⁵ Yazarlardan aktaran: PICARD, s. 546-547.

⁴⁵⁶ PICARD, s. 551.

yetkinin usul, konu, sebep ve amaç yönlerinden kapsamını belirleyen ve bireylerin buna karşı başvuru yollarını düzenleyen yasal bir rejim olmaksızın pozitif hukukta doğrudan ve tek başına devletin kolluk fonksiyonunu harekete geçirememesi gerekir. Aksini kabul ettiğimiz takdirde rejim, liberal ve demokratik bir hukuk devleti olmaktan çıkacaktır⁴⁵⁷.

Türk hukuku öğretisinde, yasakoyucunun bir temel hakkı sınırlarken kamu düzeni gibi belirsiz kavramları, düzenlediği konuya göre somutlaştırmasının zorunlu olduğu kabul edilmektedir. Aksi takdirde hukuk devletinin gerektirdiği belirginlik sağlanmamış olur ve amaç-araç ilişkisini denetlemek güçleşir⁴⁵⁸. Danıştay içtihatlarında da bu gereklilik vurgulanmaktadır. Danıştay bir kararında, *“ilin güvenlik ve düzenini sağlamakla yükümlü olan mahalli mülki amire yasalar belirli koşulların varlığı halinde önlemler alma yetkisi tanımaktadır. Kişinin mülkiyet ve diğer aynı haklarının hangi hallerde mülki amirlerce sınırlandırılabilceği yine yasalarla düzenlenip belli koşullara bağlanmıştır. Bu tür kararların yargı denetimi de, kararın yasa ile saptanan koşullara uygun olup olmadığı şeklinde yapılabilir.”*⁴⁵⁹ demektedir. Danıştay yakın tarihli bir kararında, bir turistik beldede turistleri rahatsız eden hanutçuluk faaliyetini önlemek üzere Kaymakamlık tarafından çıkarılan bir yönergeyi yasal dayanağı bulunmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir. Danıştay bu kararında genel kolluk makamlarına soyut ve genel olarak düzeni sağlama yetkisi veren yasal düzenlemelere dayanılarak somut bir biçimde yasada düzenlenmemiş bir yetkinin kullanılamayacağı sonucuna ulaşmıştır⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ PICARD, s. 545.

⁴⁵⁸ SAĞLAM, s. 113-114.

⁴⁵⁹ D.12.D, K.1977/2296, E.1976/2149, T. 07.11.1977, DD, S.30-31, s. 465.

⁴⁶⁰ D.10.D, K. 2005/7806, E. 2002/5890, T. 16.12.2005.

“5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 31. maddesinde; Kaymakamın, ilçenin her yönden genel idare ve gidişini düzenlemek ve denetlemekle sorumlu olduğu belirtilmiştir.

1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu'nun 27. maddesinde ise; Kanun ve nizamnamelerde sarahat olmayan ve hakkında hususi emir bulunmayan mesailde mafevken istizan imkanı olmadığı takdirde vali, kaymakam ve nahiye müdürlerinin kendi içtihatlarıyla hareket edeceği ve tedbir alacağı hüküm altına alınmıştır. Öte yandan, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun olay tarihinde yürürlükte bulunan 8. maddesinde açılması izne bağlı yerler hakkında kapatmayı veya faaliyetten men'i gerektiren sebepler sayma yoluyla belirtilmiş; (f) bendinde de; yürürlükte bulunan hükümlere aykırı olarak işletilen veya konulan yasaklara uymayan açılması izne bağlı yerler ile bu Kanunun 12 nci maddesi hükümlerine uymadığı tespit edilen yerlerin polisçe kati delil elde edilmesi halinde mahallin en büyük mülki amirinin emriyle kapatılacağı veya faaliyetten men edileceği hükmüne yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; Muğla ili Marmaris ilçesinde her türlü ticari işletmece istihdam edilen ve bu işletmeler lehine çalışan kişilerin turistleri rahatsız eden davranışlarının önlenmesi ve bu amaçla uygulamaya konulan kurallara uyulmasını sağlamak amacıyla çalışanlara ve bunların lehine çalıştığı işyerleri hakkında uygulanacak cezai yaptırımların belirlenmesi amacıyla Marmaris Kaymakamlığına Hanutçuluk İle Mücadele Yönergesi çıkarıldığı; söz konusu Yönergede hanutçu, bir ticari işletmenin ürün veya hizmetini turisti sözlü veya fiili davranışları ile rahatsız ederek satmak, tanıtmak ve kabullendirmek olarak tanımlandığı; aynı Yönergede,

2.1.2. Kamu Düzeni Normunun Uygulanmasında Yetki Türleri

Kamu düzenini korumak ve sağlamakla görevli olan kolluk makamlarının yetkilerinin kapsamı bakımından kamu düzeni normu üç farklı şekilde uygulanmaktadır.

2.1.2.1. Genel Yetki Kuralına Dayanarak Uygulanma

Kamu düzeninin genel yetki kuralı ile düzenlendiği bu durum, üstün ve tartışmasız bir toplumsal yararın korunması için somut olayın şartları bir özgürlüğün sınırlandırılmasını açık bir biçimde gerektirdiğinde, sınırlamanın somut koşullar bakımından orantılı bir şekilde yapılabilmesi amacıyla yasakoyucunun minimum düzeyde bir düzenlemeye gittiği durumdur. Yasakoyucu bu durumda genellikle belirli bir yerde, hangi makamın kamu düzenini somutlaştırmakla yetkili olduğunu gösterir. Söz konusu işlemin yetkili makamının yetkisini konu, sebep ve amaç bakımından sınırlayan diğer unsurlar ise işlemin yargısal denetimi sırasında hâkim tarafından ve somut olay bakımından belirlenecektir⁴⁶¹.

Bu çerçevede Hauriou kolluk yasalarını yetki yasaları olarak nitelendirmektedir. Bu açıdan kolluğun takdir yetkisi olduğu söylenebilir. Fakat buradaki takdir yetkisi şekli bir takdir yetkisi olmaktadır. Çünkü bu yetki, orantılılık, elverişlilik ve gereklilik ilkeleriyle bağlı bir yetkidir. Başka bir deyişle bu yetki, işlemin

işletmelerin hanutçu çalıştırması veya çalışanların hanutçuluk yapması yasaklanarak hanutçu çalıştırdığı tespit edilen veya çalışanların lehine hanutçuluk yaptığı tespit edilen işletmeye 5 günlük kapatma cezası, tekerrüründe 10 gün kapatma, daha sonraki tekrarında ise ruhsat iptali cezasının verileceği kuralının getirildiği, davacıya ait "???" isimli teknede yapılan denetimde, işyerinde çalışanlardan birisinin hanutçuluk yaptığının 18.6.2001 tarihli tutanak ile tespit edilmesi nedeniyle Yönerge doğrultusunda dava konusu işlemle işyerinin 5 gün süre ile kapatılması üzerine bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davalı idare, hanutçuluk yaptıran işyerlerinin cezalandırılmasına ilişkin caydırıcı, önleyici ve men edici hiçbir yasal düzenlemenin bulunmadığını, İlçenin mülki amiri olan Kaymakamın da 5442 sayılı Yasanın kendisine verdiği görev dolayısıyla hanutçuluğun önlenmesi için 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu'nun 27. maddesinde belirlenen yetkisini kullanarak içtihadî karar hazırladığını ve bu kararı İl Valisinin onayından geçirerek uygulamaya geçirdiğini belirtmektedir.

Halbuki, kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi hiçbir kimse veya organ tarafından kullanılamayacağından, idarenin, yasal boşluk bulunduğunu öne sürerek kişilerin temel hak ve özgürlüklerini sınırlayıcı nitelikte idari düzenleme yapamayacağı açıktır. Dolayısıyla, Marmaris Kaymakamlığınca çıkarılan Hanutçuluk İle Mücadele Yönergesi açıkça hukuka aykırı bulunmaktadır.

Olayda , davacıya ait "???" isimli teknede yapılan denetimde, işyerinde çalışanlardan birisinin hanutçuluk yaptığının 18.6.2001 tarihli tutanak ile tespit edilmesi üzerine dava konusu işlem tesis edilmiş ise de; yukarıda açıklandığı üzere hukuka aykırı şekilde çıkarılan Yönergeye dayanılarak tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Diğer taraftan, yerel yönetimlerce ilgili mevzuat uygulanmak suretiyle, hanutçuluğun önlenmesi için yasal sınırlar çerçevesinde tedbir alınabileceği açıktır."

⁴⁶¹ PICARD, s. 553.

yerindeliği⁴⁶² hâkim tarafından denetlendiğinde, yargı kararı ile tamamen bağlı bir yetkiye dönüşmektedir. İşlemin hukuka uygunluğu şekli anlamda yasaya uygunluğuna değil, fakat kamu düzeni standardına uygun olup olmadığına bağlıdır. Bunun sonucunda, söz konusu kolluk tedbirinin hukuka uygunluk denetimi, somut olayın şartları bakımından elverişli ve gerekli olup olmadığının; yani yerinde bir işlem olup olmadığının denetimidir. İşte yasal unsurları bu şekilde oluşan ve kolluk fonksiyonunun en yaygın yerine getirilme biçimi olan bir kolluk tedbiri söz konusu olduğunda, öğretide bir görüş, kamu düzenini genel kamu düzeni olarak adlandırmıştır. Bu durumda, kolluk tedbirinin tüm unsurları şekli bir yasa ile düzenlenmemiştir; işlemin konu, sebep ve amaç unsurları, doğrudan kamu düzeni kavramının içeriğinde bulunacaktır. Bu nedenle kamu düzeni aynı zamanda bir genel yetki normudur; kolluk yetkisinin kapsamını belirler. Böylece kamu düzeninin somutlaşması *praeter legem* gerçekleşmektedir. Kamu düzenini bu tür kolluk tedbirleriyle somutlaştıran kolluğun adı da genel idari kolluk adını almaktadır⁴⁶³.

Kolluk yetkisinin bu şekilde bir genel yetki normuyla belirlenmesinin, Akıllıoğlu'nun "saklı yetki" olarak adlandırdığı yetki türüne girdiği söylenebilir. Akıllıoğlu'na göre idareye tanınan yetkilerin hangi konularda kullanılacağı açıkça belirtilmemişse, kuralın hangi yetkileri içerdiği araştırılır; buna saklı yetki durumu denebilir. Bu durumlarda yetki kuralının kaynağının yorumlanması gerekir. Öğretide saklı yetkiden söz edebilmek için bunun yeterli derecede belli olması koşulu aranmaktadır. Bu derece, kavramların amaca uygun biçimde yorumlanmasıyla bulunmaktadır⁴⁶⁴.

Güneş de bir kanunun idari faaliyet için kesin yetkiler tanınması lüzumunu savunmadığını belirttikten sonra, idareye verilen ve açık bir şekilde belirlenmemiş olan yetkilerin kanunun mahiyetinde mevcut olabileceğini ifade etmiştir. Güneş'e göre bunun en bariz örneği kolluk kanunlarıdır. "Kamu güvenliğini, kamu sağlığını koruma

⁴⁶² İdari işlemlerin yargısal denetiminde yerindelik denetimi yasağı, ileride çalışma konumuz açısından değerlendirilecektir.

⁴⁶³ PICARD, s. 554.

⁴⁶⁴ T. AKILLIOĞLU, "Saklı Yetki Kavramı", AİD, C. 11, S. 3, 1978, s. 73-74.

görevini vermekle kanun, maksatla beraber bu kavramlarda mündemiç, ona sıkı surette bağlı işlemlerinin muhtevalarını da tespit etmiş olarak kabul edilmelidir.”⁴⁶⁵

2.1.2.2. Özel Yetki Kuralına Dayanarak Uygulanma

Bir özel yetki kuralının bulunduğu durum, gereklilik ilkesinin işlevinin daha zayıf olduğu durumdur. Bu zayıflık iki nedenden kaynaklanabilir. Ya korunmak istenen yarar kurumsal düzen bakımından hayati önemde değildir; ya da gereklilik ortaya çıktığında korunmak istenen yarar toplum hayatı için vazgeçilmezdir, fakat bu gerekliliğin kapsamı ve ne olduğu, daha düzeni bozan somut durumlar gerçekleşmeden önce soyut olarak bilinmektedir. Birinci nedene örnek olarak radyo dalgalarının parazit yapmasını önlemek için bunu engelleyen araçları kullanma zorunluluğu getiren bir yasal düzenleme verilebilir. İkinci neden için ise yıkılma tehlikesi olan binalar için yürürlükte olan yasal düzenlemeler örnek olarak verilebilir. İşte gereklilik ilkesinin işlevinin daha zayıf olduğu bu gibi durumlarda idare, kamu düzeninin ne olduğu konusunda doğrudan yorum yapmamakta, dolayısıyla ya idarenin bağlı yetkisi söz konusu olmakta ya da takdir yetkisi daha sınırlı olmaktadır. Burada, yasakoyucu idareye verdiği yetkinin hangi şartlarda kullanılacağını kendisi belirlemektedir. Yani artık idari kolluğu yetkilendiren böyle bir yasal düzenlemenin konusu, genel bir yetki olmamakta, kamu düzenini somutlaştıracak olan kolluk işleminin şekil, sebep, konu ve amaç unsurlarını belirlediği için özel bir yetki olmaktadır. Bu özel yetki kuralını uygulayarak kamu düzenini *secundum legem* somutlaştıran kolluk da özel idari kolluk adını almaktadır⁴⁶⁶.

2.1.2.3. Olağanüstü Durumlarda Yetki

Olağanüstü durumlarda, kolluk yetkisinin kapsamı açısından somut durumun gereklerinin yerine getirilmesi, düzenin korunması açısından fevkalade ölçüde hayati ve acildir. Somut durumda ortaya çıkan koşullar, normal zamanlarda uygulanan yetki

⁴⁶⁵ T. GÜNEŞ, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara 1965, s. 139-140'den aktaran: AKILLIOĞLU, “Saklı Yetki Kavramı”, s. 74 (dn. n° 12).

⁴⁶⁶ PICARD, s. 555.

kurallarını yetersiz ve elverişsiz kılacak ölçüde toplumsal ve kurumsal düzen açısından olağanüstü niteliktedir. Bu nedenle öğretide olağanüstü hallerde kamu düzeninin *contra legem* somutlaştığı belirtilmektedir⁴⁶⁷. Duran'a göre de olağanüstü durumlarda, yasalarda öngörülmemiş olsa bile Yürütme ve idareye durumun niteliğinden çıkan bazı yetkiler tanınabilir⁴⁶⁸.

Fakat liberal hukuk devleti rejiminde kamu düzenini somutlaştıran kolluk işleminin hukuka uygunluk koşulları açısından normal zamanlarla olağanüstü haller arasında bir fark bulunmamaktadır. Hatta öğretide olağanüstü hallerde kolluk işlemlerinin yargısal denetiminin daha geniş bir şekilde yapılması gerektiği öne sürülmektedir⁴⁶⁹.

2.2. Kamu Düzeni İşlemlerinin Hukuka Uygunluk Denetiminde Ölçülülük İlkesi

2.2.1. İdare Hâkiminin Kamu Düzeni Alanında Ölçülülük İlkesini Uygulama Tekniği

Kamu düzeninin korunması devletin en başta gelen görevidir. İdarenin kolluk faaliyetinin varlık nedeni de bu görevin yerine getirilmesidir. Bu amaçla kolluk, özgürlüklerin kullanılma biçimini düzenleyebilir; ya da birel işlemlerle kamu düzenini bozan ve tehdit eden bir faaliyeti önleyebilir ya da durdurabilir. Kural olarak kamu düzeni nedeniyle yapılacak bir müdahalenin yerinde olup olmadığını sadece kolluk makamı değerlendirebilir. Fakat kolluğun müdahalesi belirli ilkelere uymak zorundadır. Bu ilkelerin tümü, hak ve özgürlüklerin düzen kaygısıyla kullanılamaz duruma getirilmesini önleme fikrine dayanır.

⁴⁶⁷ PICARD, s. 556.

⁴⁶⁸ DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, s. 297.

⁴⁶⁹ PICARD, s. 557.

Gerek Danıştay gerek Conseil d'Etat, kamu düzeni gerekçesiyle özgürlükleri sınırlayan işlemlerin hukuka uygun olup olmadığını diğer idari işlemlerde olduğu gibi usul ve esastan inceler. Yani idari yargı, işlemin yetkili makam tarafından yasada gösterilen şekil ve usulde yapılıp yapılmadığını denetledikten sonra işlemin sebep ve konusunda bir hukuk hatası olup olmadığını ve amaç yönünden de yetki saptırması olup olmadığını kontrol etmektedir. İdarenin kamu düzeni amacına yönelik işlemleri açısından işlemin sebep, konu ve amaç unsurlarından oluşan esasının hukuka uygunluk denetimi, diğer işlemlere nazaran özel bir önemdedir ve belirli özellikler gösterir.

Bu alandaki yargı içtihatlarının gözettiği husus özgürlükler ile düzeni, biri için diğeri feda edilmeyecek şekilde dengelemek olmaktadır⁴⁷⁰. Kolluk tedbirleri gerektiğinde özgürlükleri sınırlayabilir ise de demokratik ve liberal bir hukuk devletinde “özgürlük kural, sınırlama istisna” ilkesi geçerlidir. Bu ilkenin doğal sonucu olarak kolluk tedbirinin hukuka uygunluğunun ilk şartı onun gerekli ve zorunlu olmasıdır. İdare, düzeni bozacak nitelikte gerçekleşmiş veya gerçekleşmesi çok muhtemel bir tehdit var ise müdahale edebilecektir. Kamu düzenini bozacak böyle bir tehdidin ya da tehlikenin ne kadar gerçek olduğu, hâkimin yapacağı sıkı bir değerlendirmenin konusunu oluşturur. Hâkim, burada sadece maddi olguların gerçek olup olmadığını değil, fakat bunların arz ettiği tehlikenin derecesini de değerlendirecektir⁴⁷¹.

İdare tarafından alınan bir kolluk tedbirinin, hukuka uygunluğu öncelikle düzenin sağlanması ya da korunması için zorunlu nitelikte olmasına bağlıdır. Bir düzensizlik tehdidinin gerçekleşme ihtimalinin derecesine ve söz konusu düzensizliğin ağırlığına bağlı olarak hâkim, bir kolluk tedbirinin hukuka aykırı olduğuna karar verirken, özgürlükleri daha az sınırlayan bir diğerinin hukuka uygun olduğuna hükmedebilecektir. Kolluk tedbirleri bakımından, yargı içtihatları tarafından geliştirilen ikinci hukuka uygunluk şartı ise orantılılık ilkesi olmaktadır. Bir özgürlüğe getirilen sınırlama, bu sınırlama ile önlenmek istenilen düzensizliğin derecesi ile ölçülü olmalıdır. Kısaca, idari yargı içtihatları bir taraftan özgürlükleri kolluk makamlarının haksız müdahalelerinden koruma kaygısı taşıırken diğer taraftan özgürlüklerin aşırı veya

⁴⁷⁰ OĞURLU, s. 71.

⁴⁷¹ DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, s. 262.

kötüye kullanılmaları sonucunda kamu düzeninin bozulmasını önleme kaygısını da yansıtır⁴⁷².

Özetle, idare hâkiminin, bir kamu düzeni tedbirinin hukuka uygun olup olmadığını tespit etmek üzere gerçekleştirdiği denetimin esas unsurunu ölçülülük ilkesi oluşturmaktadır. Hâkim, kamu düzeni tedbirlerinin gerekli/zorunlu ve ölçülü olup olmadığını söylemekle aslında önüne gelen uyuşmazlık aracılığıyla kamu düzeninden ne anlaşılması gerektiğini de belirlemiş olmaktadır. Yargı kararlarını incelediğimizde bu denetimin her olayda aynı yoğunluk ve etkinlikte yapılmadığını görüyoruz. Özellikle maddi olayların hukuki nitelemesi ile ilgili olarak hâkimin gerçekleştirdiği kontrolün yoğunluğu her olayda aynı olmamaktadır. İdare hukuku öğretisinde ölçülülük denetiminin yoğunluk derecesi, hâkimin kullandığı yöntemler açısından üçlü bir ayrıma tabi tutulmuştur: Maksimum denetim, normal denetim, minimum denetim⁴⁷³.

2.2.1.1. Maksimum Denetim

İdare hâkimi, kural olarak temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kolluk tedbirlerini çok yoğun bir şekilde denetlemekte, takdir yetkisini bu alanda geniş bir kapsamda kullanmaktadır.

2.2.1.1.1. Tam Ölçülülük Kontrolü

Fransız öğretisinde, kolluk işlemleri üzerindeki yargısal denetim biçimine “maksimum kontrol” ya da “uygunluk kontrolü” (“*contrôle d’adéquation*”) gibi isimler verilmektedir. Çünkü hâkim bu denetimde idari işlemin sebep, konu ve amaç unsurları arasında mükemmel bir uygunluk aramaktadır. Tüm idari kolluk tedbirleri kural olarak bu tür bir kontrole tâbi olmaktadır. Önemli olsun ya da olmasın idari işlemin unsurları arasındaki her türlü ölçsüzlük bir sakatlık sebebi olacaktır. Ayrıca Profesör Bon’un

⁴⁷² LOSCHAK, s. 190-192.

⁴⁷³ OYTAN, “Yargılamanın Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması”, s. 149.

“araçlar ekonomisi” olarak adlandırdığı gerekçe ile idare, kamu düzenini korumak için alacağı önlemlerin seçimi konusunda serbest değildir⁴⁷⁴.

Kolluk makamının kamu düzenini sağlamak için alabileceği birden fazla önlem varsa, bunların arasından özgürlükleri en az sınırlayanını seçmek zorundadır. Bu zorunluluk, Conseil d’Etat’nın 1963 yılında verdiği “*Commune de Gavarnie*”⁴⁷⁵ kararında açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bu kararın konusu olan işlem belediye başkanının Gavarnie adında sirk gitmek için komşu belde ile bağlantı yollarında, yayaların ve binicileri ile birlikte binek hayvanlarının gidiş-geliş özgürlüğünü düzenlediği işlemdir. Turistik sezonda sirk için gelen ziyaretçilerin yoğunluğu nedeniyle geçmiş yıllarda yaşanan kazaların tekrarlanmaması için Gavarni Belediyesi belli bir tarihte, söz konusu yollarda gidiş-geliş kurala bağlamıştır. Bu düzenleme ile yaya geçişine kapatılan bir yolun kenarında hediyelik eşya dükkânı bulunan bir belde sakini ise ticaret özgürlüğünün kısıtlandığı gerekçesiyle dava açmıştır. Hâkim, dava dosyasındaki bilgi ve belgelerden, belediye başkanının aynı ölçüde etkili, fakat daha az katı bir tedbirle, maddi olayların kamu düzeni ve güvenliği açısından yarattığı tehlikeyi önleyebileceğine dair bulgular çıkmadığına karar vermiştir. Uygunluk kontrolü adı verilen denetim, alınan kolluk önlemi ile bu önlemin sebep unsurunu oluşturan maddi olaylar arasında katı bir ölçünün olup olmadığını araştırmak biçiminde gerçekleşir; fakat bundan önce önlemin gerekli yani zorunlu olup olmadığına bakılacaktır.

Yargı içtihatları ile gelişen bu ilke, kararında açık bir şekilde “ölçülülük” kavramına yer vermese de hâkimin, gerek genel kolluk gerekse özel kolluk tedbirleri üzerinde, yoğun bir hukuka uygunluk denetimi yapmasını sağlamaktadır. Yargı kararlarında kullanılan ifadeler, kontrolün bu şekilde gerçekleştiğini bize göstermektedir. Hâkim, “önlemin düzeni sağlamanın gerekleri ile ölçülü olup olmadığını”, “kamu düzeninin korunması için gerekli olanı aşır aştığını”, “yerine daha az sınırlayıcı bir önlemin alınıp alınamayacağını” kontrol etmektedir.

⁴⁷⁴ JACQUINOT, s. 248; “Araçlar ekonomisi” ile ilgili olarak Oğurlu da şunları söylemektedir: “İdare, kolluk faaliyetinde bulunurken personeli tehlikeler karşısında güvence altında tutmak, vatandaşları her türlü hukuk dışı eylemden korumak, hukuk dışı eylemleri de ‘etkili araç-gereçlere’ başvurarak ‘hukuksal sınırlar’ içerisinde kalması zorunlu olan usullerle önlemek durumundadır.” OĞURLU, s. 75.

⁴⁷⁵ CE, Sect., 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, Rec. s. 113, Aktaran: JACQUINOT, s. 248.

Duran'a göre, bireylerin kamu düzenini bozacak nitelikte girişim ve eylemlerini önlemek için alınacak zabıta tedbirlerinin, böyle bir tehdit ve tehlikenin ağırlığı ile orantılı ve etkili olup olmadığı, hak ve hürriyetlerin yersiz olarak ve gereksiz ölçüde sınırlanıp sınırlanmadığı gibi sorular aydınlatılmadıkça kolluk yetkisinin hukuka uygun yolda kullanılıp kullanılmadığı anlaşılamaz ve saptanamaz⁴⁷⁶.

Temel hakların sınırlanmasında göz önünde tutulan ilkelerin en önemlilerinden biri olarak ölçülülük ilkesi, Federal Alman Anayasa Mahkemesi içtihatlarında geliştirilmiş ve yaygın biçimde kullanılmıştır. Alman öğretisinde ilkenin hukuki temeli olarak, eşitlik, keyfilik yasağı ve adalet düşüncesi gibi kavramlar ileri sürülmüştür. Federal Anayasa Mahkemesi ise ölçülülük ilkesinin pozitif hukuki temelini hukuk devleti ilkesi olarak göstermektedir; ona göre ölçülülük ilkesi hukuk devleti ilkesini somutlaştırmaya yarayan araçlardan biridir. Hatta Yüksek Mahkeme ölçülük ilkesinin doğrudan doğruya temel hakların varlığında mündemiç olduğunu belirtmektedir⁴⁷⁷.

Anayasa'nın 03.10.2001 tarih ve 4079 sayılı Kanunla değiştirilen 13. maddesine göre "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." Bu düzenleme ile ölçülülük ilkesi temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında temel bir ilke olarak kabul edilmiştir. Bu ilke sadece temel hak ve özgürlüklerin yasa ile sınırlandırılmasının değil idare tarafından kolluk tedbirleriyle sınırlandırılmasının da sınırını oluşturmaktadır. 2001 değişikliğinden önce de ölçülülük ilkesi, Anayasa Mahkemesi içtihatlarında doğrudan ölçü norm olarak kullanılmıştır⁴⁷⁸.

Ölçülülük ilkesi, amaç-araç ilişkisinde birleşen üç alt kavramı kapsamaktadır. Bunlar, "elverişlilik", "gereklilik" veya "zorunluluk" ve "oranlılık" kavramlarıdır⁴⁷⁹. Fransız öğretisinde de ölçülülük ilkesinin üç unsurunu oluşturan bu kavramlar kabul

⁴⁷⁶ DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, s. 262.

⁴⁷⁷ SAĞLAM, s. 117-118; Ayrıca, Alman idari yargı kararlarında ölçülülük ilkesinin nasıl uygulandığına ilişkin olarak bkz. A. ATAKAN, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Sınırlamanın Sınırını Oluşturan Ölçütler, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 113-127.

⁴⁷⁸ AYM, K. 1989/27, E. 1988/50, T. 23.06.1989.

⁴⁷⁹ OĞURLU, s. 36.

edilmekle birlikte kolluk tedbirleri bakımından “gereklilik” veya “zorunluluk” anlamındaki “*nécessité*” kavramı daha fazla vurgulanmaktadır⁴⁸⁰.

Burada “amaç”, yasada öngörülen sınırlama sebebi, araç ise idarenin yasada somutlaşmış olan amacı gerçekleştirmek üzere başvurduğu yine yasada gösterilmiş olan araçtır. Fransız hukuku öğretisinde ölçülülük ilkesi sadece amaç ve araç arasındaki orantıyı değil aynı zamanda maddi olgu ile araç ve amaç arasında orantılı bir ilişki olmasını ifade etmektedir⁴⁸¹.

Fransa’da, kolluk önleminin ölçülü olması zorunluluğunun kabul edildiği ilk kararlardan biri, 19 Mayıs 1933 tarihli ünlü “*Benjamin*” kararıdır⁴⁸². Dava konusu olan işlem, René Benjamin adında bir yazarın vereceği bir dizi konferansın, kamu düzenini bozma tehlikesinin bulunması sebebiyle Nevers Belediye Başkanı tarafından yasaklanmasıdır. Bu yasaklama işleminin gerekçesi, konferansların öncesinde bir eğitim derneğinin, Benjamin’in anti-laik bir eğitim düşüncesini benimsediği ve bu görüşün savunulacağı bir konferansa karşı protesto gösterileri düzenleyeceğini bildirmesidir. Conseil d’Etat’ya göre, “Gerçekleşmesi muhtemel bir düzensizlik yaratması bakımından Nevers Belediye Başkanı tarafından ileri sürülen gerekçeler, söz konusu konferans yasaklanmaksızın, belediye başkanının yetkisi çerçevesinde alınabilecek başka önlemler ile düzenin sağlanmasının mümkün olmayacağı derecede ağır bir tehlike oluşturmamaktadır”. Bu karara göre bir yasaklama kararı kamu düzeninin korunması amacını gerçekleştirse bile, kolluk makamı tehlikenin ağırlığı ile sıkı bir biçimde ölçülü bir karar almak zorundadır⁴⁸³.

Ayrıca idare hâkimi, alınan bir kolluk tedbirinin, zaman ve yer bakımından aşırı geniş kapsamlı olup olmadığını ölçülülük ilkesi kapsamında denetlemektedir.

⁴⁸⁰ CHAPUS, s. 727-729.

⁴⁸¹ G. BRAIBANT, “*Le principe de proportionnalité*”, in Mélanges offerts à M. WALINE, Tome 2, LGDJ, Paris 1974, s. 298.

⁴⁸² CE 19 mai 1933, *Benjamin*, Rec. s. 541, Bknz. C. ERKUT, Hukuka Uygunluk Bloğu, Kavram Yayınları, İstanbul 1996, s. 106.

⁴⁸³ Fransa’da 1930’ların başında verilen ve kamu düzeni tedbirleri bakımından ölçülülük ilkesini kurallaştıran bu kararın konusu, ülkemizde 2005 yılında bir üniversitede düzenlenen bir konferansın, toplantıya katılacak olan konuşmacıların görüşlerine karşı çıkan “Hukukçular Birliği” adlı bir dernek tarafından, idari yargıda açılan bir dava ile engellenmek istenmesini hatırlatıyor. Üniversitenin “konferansı düzenleme kararı”na karşı açılan davada İdare Mahkemesi yürütmeyi durdurma kararı vererek konferansın yapılmasına engel olmuştur. Neyse ki Mahkeme, davayı reddederek Türk idari yargısını ciddi bir ayıptan korumuştur. Bknz. “Ermeni Konferansı’nın İptal İstemine Red”, Sabah Gazetesi, 14.03.2006.

Başka bir deyişle hâkim, kolluk işleminin dayanağını oluşturan maddi olayların ağırlığının araç ve amaçla ölçülü olup olmadığını araştırırken özgürlüğün sınırlandığı yeri ve zamanı da göz önüne alacaktır. Kamu düzenine yönelen bir tehlike, umuma açık bir yerde özel bir yere göre daha kuvvetlidir. Zaman bakımından ise gece ve gündüz, tatil günleri ve iş günleri arasında kamu düzeninin gerekleri bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Hâkim, bu unsurları göz önüne alarak, kolluk tedbirinin her somut durumda elverişli olup olmadığını, yani düzen ve özgürlük dengesinin en iyi şekilde sağlanıp sağlanmadığını değerlendirecektir⁴⁸⁴. Hâkimin bu değerlendirmesi sonucunda bir kolluk tedbirinin iptal edilmesi olasılığı karşısında, kolluk makamı aldığı kolluk tedbirini yeterince belirlemek ve uygulama sınırını çizmek zorunda kalacaktır⁴⁸⁵.

2.2.1.1.2. Genel ve Mutlak Yasakların Denetimi

Bir özgürlüğün kullanımını tamamen imkansız kılacak nitelikte genel ve mutlak yasakları, Fransız idare hâkimi genellikle hukuka aykırı bulmaktadır⁴⁸⁶. Fransız öğretisinde yargı içtihatları ile gelişen olağanüstü şartlar teorisine göre, sadece olağanüstü şartlar, böyle bir tedbiri meşru kılabilir. Bu teoriye göre olağanüstü şartlar öyle ağırdır ki, kamu düzeninin gerekleri, özgürlükleri koruma gereğinin önüne geçmiştir. Kamu düzenini çok ağır bir şekilde tehdit eden bu şartlar altında eğer idare düzensizliği önlemek için başka araçlara sahip değilse, ancak o zaman yasaklama tedbiri hukuka uygun olacaktır. Aksi takdirde, alınan tedbirin hukuka uygunluğu, zaman, yer ve somut durumun koşulları ile uyumlu olup olmadığına bağlıdır. Yani diyebiliriz ki, kolluk makamı kural olarak bir özgürlüğü yasaklama değil fakat bunu düzenleme yetkisine sahiptir⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ K. GÖZLER, *İdare Hukuku*, C. 2, s. 514.

⁴⁸⁵ CE, 22 juin 1984, *Préfet de police de Paris c. Sté le Monde du tennis*, Rec. s. 245: Roland Garros Stadının yakınlarında seyyar satıcılığı yasaklayan kararın, yasağın uygulanacağı mesafe belirtilmediği için hukuka aykırı olması; CE, 19 juillet 1933, *Sieur Le Pelletier*, Rec. s. 799 : Bir sürenin üstünde park yerinde kalan araçların sadece özel olarak ayrılmış yerlere park edebileceği konusundaki kararın, sürenin belirtilmemiş olması nedeniyle hukuka aykırı olması. Kararları aktaran JACQUINOT, s. 250.

⁴⁸⁶ CE, Sect., 5 février 1960, *Commune de Mougins*, Rec. s. 83: Bir beldede köpek havlamasını tamamen ve genel olarak yasaklayan bir kararın hukuka aykırı olması; CE, 16 janvier 1987, *Auclair*, Rec. s. 603: Bir bölgedeki tüm plajlarda ve kamusal alanlarda seyyar dondurma satılmasını genel biçimde yasaklayan kararın hukuka aykırı olması. Kararları aktaran CHAPUS, s. 730.

⁴⁸⁷ LOSCHAK, s. 191.

Conseil d'Etat, temel hak ve özgürlüklere ilişkin mutlak ve genel nitelikte sınırlama getiren kurum içi kamu düzeni tedbirlerini⁴⁸⁸ iptal ettiği gibi, ölçülülük kontrolü yaparak bu nitelikte işlemler üzerinde maksimum bir denetim uygulamıştır. Örneğin, ilk ve orta dereceli eğitim kurumlarında, idarenin laiklik ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçesi ile başörtülü kız öğrencileri genel bir biçimde derslere kabul etmemesine ve kurum içinde başörtü takılmasını yasaklamasına ilişkin kararlarını iptal etmiştir⁴⁸⁹. Buna karşılık bazı derslere dini inançları nedeniyle katılmayan başörtülü kız öğrencilere kamu düzenini bozmaları sebebiyle uygulanan disiplin cezalarının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir⁴⁹⁰. Conseil d'Etat'nın 1990'lı yıllarda ortaya çıkan bu içtihatları, kamusal eğitim kurumlarında öğrencilerin üzerinde dini simgeler taşımasını, din özgürlüğü ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirerek, bunun tek başına laiklik ilkesine aykırı olmadığını ve bu nedenle genel ve mutlak bir yasaklama konusu olamayacağını söylediği 1989 tarihli bir görüş kararı doğrultusunda şekillenmiştir⁴⁹¹. Bu görüş kararına göre kamusal eğitim kurumlarında öğrencilerin dini simgeler taşıma serbestisi, ancak bu simgeler abartılı ve kışkırtıcı nitelikleri dolayısıyla bir baskı, ikna ve provokasyon aracı oluşturması, öğrencilerin ve diğer eğitim elemanlarının özgürlüğünü ve onurunu zedelemesi, eğitim faaliyetlerini ve eğitim kamu hizmetinin yerine getirilmesini engellemesi ve kurum düzenini bozması durumunda sınırlanabilir⁴⁹².

Fakat Fransa'da, ilk ve orta dereceli eğitim kurumlarında öğrencilerin kılık kıyafet serbestisi, 2004 yılında çıkan bir Kanun ile genel ve mutlak bir yasağın konusu

⁴⁸⁸ Temel hak ve hürriyetlere sınırlama getiren ya da bir disiplin cezasının konusu olan idarenin iç işleyişine ilişkin işlemlerin amacı organizasyonel bir düzen anlamında kurum düzeninin korunması ve sağlanması olduğu gibi kurum içinde güvenlik, huzur ve sağlığın korunması anlamında kamu düzeninin korunması da olabilir. Başka bir deyişle kurum düzeni, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin organizasyonel bir düzeni ifade etmekle birlikte kurum içinde kamu düzenini de kapsamaktadır. Conseil d'Etat, bazı kararlarında kurumun iç düzenine ilişkin bir düzenleme ya da kararın, temel hak ve hürriyetlerle çatışması durumunda, söz konusu idari işlemi bir kamu düzeni tedbiri olarak denetlemiştir.

⁴⁸⁹ CE, 20 mai 1996, *Min. Educ. Nat. c./Ali*, aktaran: H. N. YAŞAR, İnsan Hakları Avrupa Sisteminde ve Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000, s. 201; CE, 2 novembre 1992, *Mme. Kheoura et autres*; CE, 20 novembre 1996, *M. Et Mme. Jeouit*, Kararları aktaran: Interview de Monsieur Jean-Paul COSTA, «Le Conseil d'Etat, le droit public français et le «foulard»», in Cemoti, n° 19 - Laïcité(s) en France et en Turquie, [En ligne], mis en ligne le 14 mai 2006. <http://cemoti.revues.org/document1688.html>. Consulté le 26 mai 2009.

⁴⁹⁰ CE, 20 novembre 1996, *Ligue Islamique du Nord et ép. Chabou et autres*, Rec. s. 461

⁴⁹¹ J.-P. COSTA, "Note sur arrêt du CE, 27 novembre 1989, Avis 'Port du foulard islamique'", AJDA 1990, s. 39.

⁴⁹² Bu görüş kararında Conseil d'Etat, öğrencilerle öğretmenlere düşen yükümlülüklerin farklı olduğunu hatırlatmıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre, kamu hizmetlerinde eşitlik ve tarafsızlığı sağlayan unsurlardan biri olan laiklik ilkesi, eğitim programlarının ve öğretmenlerin tarafsızlığını ve öğrencilerin din ve inanç özgürlüğüne saygıyı gerektirir.

olmuştur. 15 Mart 2004 tarihinde yürürlüğe giren bu Kanun ile ilk ve orta dereceli eğitim kurumlarında öğrencilerin bir dine aidyetlerini açık bir şekilde (*ostensiblement*) gösteren kıyafet giymeleri ya da singe taşımaları yasaklanmıştır. Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra Conseil d'Etat, Kanun ile getirilen yasağa uymadıkları gerekçesi ile öğrencilere disiplin cezası verilmesine ilişkin kararlara karşı açılan davaları neredeyse sistematik bir şekilde reddetmektedir⁴⁹³.

Danıştay'ın bu konudaki kararlarına baktığımızda ise üniversite öğrencilerinin başörtüsü takma yasağına ilişkin gerek birel gerek düzenleyici işlemlerin hukuka uygunluğunu kamu düzeni gerekçesine değil, fakat başörtüsünün laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olması gerekçesine dayandığını görüyoruz⁴⁹⁴.

Genel ve mutlak yasaklamalar açısından, 1995 yılında verilen iki kararda hâkimin, kafe, restoran ve piknik alanları dışındaki her türlü açık alanda alkollü içki içilmesini ve genel olarak dilencilik yapılmasını yasaklayan kolluk işlemlerinin hukuka aykırılık sebebi olarak, yasaklamanın sürekli ve genel karakterli olmasına dayandığını görüyoruz⁴⁹⁵. Bu kararlarda hâkim, genel ve mutlak bir yasaklama olup olmadığını değerlendirirken, “genel” ve “mutlak” kavramlarını geniş yorumlamaktadır. Bir yasaklamanın genel ve mutlak nitelikte bir yasaklama sayılabilmesi için, yasaklama kararını alan kolluk makamının yetkili olduğu coğrafi alanın tümünde uygulanıyor olması gerekmektedir. Conseil d'Etat fotoğrafçı ve filmcilerin faaliyetini, söz konusu faaliyet açısından, beldenin en “avantajlı” yollarında yasaklayan bir belediye kararının, yasağın genel bir yasak olması gerekçesiyle hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir⁴⁹⁶. Bununla birlikte, yer ve zamanın koşulları bakımından ve kamu düzeni üzerindeki tehlikenin ağırlık derecesi karşısında, genel yasaklamadan başka bir tedbir ile kamu düzeni sağlanamayacaksa hâkim yasaklama tedbirini iptal etmemektedir. Sonuç olarak, genel ve mutlak bir yasaklama kararının hukuka uygunluğu ya buna izin veren yasal bir düzenlemenin varlığına ya da her somut olayın özel koşullarına bağlıdır.

⁴⁹³ Örneklemler için bkz. F. DIEU, « *Le Conseil d'Etat et la laïcité négative* », J.-Cl. Adm., 24 Mars 2008, n° 13.

⁴⁹⁴ D.8.D, K. 1987/63, E. 1986/105, T. 12.02.1987; D.8.D, K. 1987/486, E. 1987/128, T. 16.11.1987; DİDD, K. 1994/327, E. 1993/61, T. 17.06.1994; D.8.D, K. 2003/3161, E. 2002/17, T. 26.06.2003,

⁴⁹⁵ J.-Y. MADEC, “Conclusions sur la décision du TA Pau, 22 novembre 1995, *M. Couveinhes Jacques et Associations*, RFDA 1996, s. 373; TA Poitiers, 19 octobre 1995, *Massaud Abderrezak c. Commune de la Rochelle*”, RFDA 1996, s. 377.

⁴⁹⁶ CE, 26 février 1960, *Ville de Rouen c. Laboratoire photographique Lucas frères*, Rec. s. 154.

2.2.1.1.3. Danıştay Kararlarında Maksimum Denetim

Türk idare hâkimi de kolluk işlemlerinin denetiminde, tam bir “ölçülülük” kontrolü uygulamaktadır. Danıştay 1990 yılında verdiği bir mütalaada kolluk tedbirinin ölçülü olması gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir:

“2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 4.madde (d) bendinde sözü edilen görüşmelerde, öngörülen yasaklara uymama, kamu düzenini bozma, güvenlik gereklerini ihlal etme gibi durumların ortaya çıkması veya ihtimalinin belirmesi hallerinde mahallin en büyük mülki idare amirinin, durumun gerektirdiği önlemleri alabileceği, ancak bu önlemlerin söz konusu sohbet toplantılarının yapılmasına imkan vermeyecek boyutlarda olmaması gerektiği mütalaa kılındı.”⁴⁹⁷

Danıştay 1985 yılında verdiği iki kararda doğrudan “ölçülülük” ilkesini anmamakla birlikte bu ilkenin uygulandığı, kullanılan ifadelerden açıkça anlaşılmaktadır. İlk karar bir işletme izninin iptal edilmesine ilişkindir:

“Dava konusu olayda belediyeden alınan kafeterya işletme izni ile işletilen işyerinde çevrede oturanların yakınması üzerine belediye zabıtası ve polis memurlarından oluşan bir ekip tarafından değişik günlerde yapılan denetimlerde anılan yerde müzik çalındığı ve içki içildiğinin saptanmasından sonra, belediye işyerinin işletme izninde belirtilen konunun dışında çalışma yaptığı gerekçesiyle işletme iznini iptal yoluna gitmiştir. İşyerindeki çalışma şeklinin değiştiğinin saptanmasından sonra polis tarafından 2559 sayılı Yasanın 7.maddesine dayanılarak geçici veya sürekli olarak işyeri kapatılabileceği gibi, 1608 sayılı Yasanın, 1.maddesinde belediye meclis ve encümenlerinin kendilerine yasaların verdiği görev ve yetki sınırları içinde aldıkları kararlara aykırı davrananlara belediye yasa ve düzen kurallarının yasakladığı eylemlerde bulunanlara uygulanacak yaptırımlar belirlendiğinden, belediyenin bu yasa maddesini uygulayarak davacı işletme sahibine belli bir süre tanıyarak, değişiklikleri düzeltmesini veya değişikliklerin uygulanması için gerekli yasal izinleri almasını istemesi gerekirken, doğrudan işletme iznini iptal etmekle işletme sahibinin yasal

⁴⁹⁷ D.1.D, K. 1990/95, E. 1990/61, T. 14.06.1990.

işletme izni sınırları içinde de çalışmasına olanak bırakmadığından belediye encümeni kararında anılan yasa kurallarına uyarlık bulunmamaktadır. İş sahibine belirli bir süre vermeden çalışma iznini iptal eden belediye encümeni kararında yasal isabet bulunmadığı gerekçesiyle iptal kararı veren İdare Mahkemesi kararında sonuç olarak yasal isabetsizlik bulunmamıştır.”⁴⁹⁸

İkinci kararın konusu ise iki köyün sınırları içindeki otlaklarda yayla kurulması ve hayvan otlatmanın yasaklanmasına ilişkin bir kaymakamlık kararıdır. Karara göre:

“Dava ve temyiz dosyasının incelenmesinden, iki köy ile davacı köyler arasındaki otlakiyede çeşitli huzur bozucu olayların çıktığının bildirilmesi üzerine Kaymakamlıkça bu arazinin bir kısmının orman alanı içinde kaldığı buraların orman alanı olarak yararlanılması gerektiği görüşüyle ve asayişide korumak amacıyla dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmaktadır.

(...)

5442 sayılı İl İdaresi kanununun 32 nci maddesi (Ç) bendi “İlçe sınırları içinde huzur ve güvenliğin kişi dokunulmazlığının tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi kaymakamın ödev ve görevlerindendir.” hükmünü taşımaktadır.

Bu madde hükmünden anlaşılacağı gibi mülki idare amirlerine ilçe sınırları içinde esenliğin sağlanması için gerekli güvenlik önlemleri almak ve bazı yasaklamalar koymak yetkisi verilmiştir. Ancak bu yetki sınırsız ve süresiz değildir. Eğer ilçe sınırları içinde herhangi bir yasaklamayı gerektiren durum varsa, bu durumun giderilmesi için gerekli önlemler ve süre belirtilerek işlem tesis edilmesi gerekmektedir. Aksi bir davranış yasanın düzenleniş amacına ters düşer.”⁴⁹⁹

Danıştay’ın, bilgisayar oyunu salonlarına 18 yaşından küçüklerin, ancak velileriyle birlikte girebileceği yolundaki mülki idare amiri sınırlamasına ilişkin olarak 1994 yılında verdiği bir kararda ise sebep-amaç-araç orantısını araştırdığını açık bir şekilde belirten ifadeler kullanılmıştır.

⁴⁹⁸ D.8.D, K.1985/175, E. 1984/787, T. 20.02.1985.

⁴⁹⁹ D.10.D, K. 1985/1643, E. 1984/2319, T. 16.10.1985.

“(...) Davalı idarenin ise, oyunların kumar ve kazanç kasdı ile oynandığı, bilgisayar oyun programlarının genel ahlaka ve kamu düzenine aykırı olduğu, suça ve kötü alışkanlıklara teşvik ettiği gibi herhangi bir tesbit ve iddiası bulunmamaktadır.

Bu durumda, davalı idarece işlemin neden unsuru olarak gösterilen; bilgisayar oyunu oynanan salonlara devam eden ve özellikle ilköğretim çağındaki çocukların eğitim ve öğretimlerini aksattığı, bu yerlerde harcayacak parası bulunmayan çocukların hırsızlık gibi kötü yollara başvurdukları, ayrıca bu yerlerde kumar, sigara içme gibi kötü alışkanlıklar edindikleri yolundaki saptamalar, 18 yaşından küçüklerin bu oyun salonlarına ancak velilerinin kontrolü ve gözetiminde ve velileriyle beraber alınabilmesine ilişkin sınırlamalara hukuki dayanak teşkil edebilir. Velileriyle birlikte dahi olsalar 18 yaşından küçüklerin bilgisayar oyunu salonlarına girmelerinin yasaklanabilmesi, ancak; bu işyerlerinin yasada belirlenen niteliklerin dışındaki işlevlerinin tesbiti ve bu tesbitin yasaklamayı haklı kılacak hukuki normlara uygunluğu halinde, mümkündür.”⁵⁰⁰

2.2.1.1.4. Maksimum Denetim ve Yerindelik Denetimi İlişkisi

Bir görüşe göre, işlemin sebep, konu ve amaç unsurları arasında yapılan bu ölçülülük kontrolü ne kadar sıkı bir şekilde yapılırsa yapılsın bir yerindelik denetimi değildir. Yerindelik denetimi, yetkili bir makamı şu ya da bu kararı almaya ya da çözümü benimseye götüren ve çıkarlar, yararlık ve adalet açısından yapılan değerlendirmeler bütününe incelemekten ibarettir. Bu görüşe göre yerindelik denetimi farklı şekillerde tanımlanmakta ise de, somut bir durumun, bir kararın ya da bir davranışın bir norma uygunluğunu ölçmek anlamındaki hukuka uygunluk denetiminin kapsamına girmemektedir. Kolluk işlemleri alanındaki idari yargı denetiminin yerindelik denetimine çok yaklaştığını söylemek gerekirse de, bu alanda yerindelik denetimi ve hukuka uygunluk denetimi yine de birbirinden farklıdır⁵⁰¹. Castagne, öğretide kolluk tedbirlerinin sebep unsurunda söz konusu olan hukuka uygunluk denetiminin aslında onların yerindelik denetimi olduğunu savunan görüşe karşı çıkmak

⁵⁰⁰ D.10.D, K. 1994/4838, E. 1993/278, T. 13.10.1994.

⁵⁰¹ JACQUINOT, s. 251.

üzere, kolluk tedbirıyla sınırlanan faaliyetin yasal olarak düzenlenmemiş bir serbesti olması ile anayasal ve yasal bir düzenlemeyle güvence altına alınmış olan bir özgürlük olması arasındaki ayrımı öne sürmektedir⁵⁰². Hukukçu, sadece ikinci durumda kolluk tedbirinin yargısal denetiminin yerindelik denetimini de içereceğini savunmaktadır. Dolayısıyla burada artık yerindelik olarak ifade edilen unsurlar, hukukilik denetiminin bir parçasına dönüşmektedir. Çünkü bu durumda kolluk tedbirinin hukuka uygunluğunun ancak çok ciddi ölçüde sebeplerin varlığına bağlı olması, anayasa yapıcının veya yasakoyucunun zımni iradesinden çıkarılmaktadır. Bu nitelikte sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediği meselesi işlemin hukuka uygunluğunun koşuludur; bu nedenle hâkim tarafından araştırılması gerekecektir.

Bu görüşe göre, anayasa ve yasalar ile bir düzenleme konusu olmamış özgürlüklerin kolluk tedbirleriyle sınırlanmasında ise hâkim kolluk makamı tarafından işlemin dayanağı olduğu ileri sürülen olguların niteliğini değerlendirmemelidir. Çünkü bu tür kolluk tedbirlerinin yerinde olması, bir hukuka uygunluk koşulu oluşturmaz. Fakat bu ayrım bize, sorunu gideren bir çözüm olarak görünmemektedir. Öncelikle idare hâkimi, tüm özgürlükler bakımından yerindelik kavramının çifti olan idarenin takdir yetkisini sınırlama ve tüm özgürlükler için kamu özgürlüklerinin rejimini uygulama eğilimindedir. Laubadère'in haklı bir şekilde ifade ettiği gibi "Conseil d'Etat, sebep unsuru yasada gösterilmeyen bir kolluk işleminin dayandığı sebepleri denetlerken aslında yeni bağlı yetki durumları yaratmaktadır"⁵⁰³. Bu ünlü idare hukukçusuna göre bu tür bir denetimde bir çeşit yerindelik denetiminden bahsetmek yanlış olmayacaktır. Burada hâkim ya yeni denetim normları yaratmış olacak, ya da var olan normları yeni bir konuda uygulamış olacaktır. Fakat hâkim kararını bir kere verdikten sonra, idarenin takdir yetkisi ortadan kalkmış olmaktadır.

Mestre, idare hâkiminin kolluk tedbirleri üzerinde gerçekleştirdiği yargısal denetimin gerçek bir yerindelik denetimi olduğunu ifade etmektedir. Yerindelik, harekete geçme ve geçmeme arasında yapılan seçim, harekete geçme zamanı konusunda yapılan seçim ve kullanılacak aracın seçimi olarak tanımlanabilir. Fakat hâkimin tam bir

⁵⁰² J. CASTAGNE, Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative, LGDJ, Paris 1964, s. 186-187.

⁵⁰³ A. DE LAUBADERE / J.-C. VENEZIA / Y. GAUDEMET, Traité de droit administratif, Tome 1, 13. éd., LGDJ, Paris 1994, s. 605.

ölçülülük denetimi yaptığı durumlarda bu seçimlerin tümü idarenin ardından hâkim tarafından yapılmaktadır. Bu nedenle maksimum kontrol uygulanan kolluk tedbirleri bakımından takdir yetkisi ile yerindelik arasındaki bağlantı kopmakta, idare kolluk işleminin yerindeliği bakımından bağlı yetki altında bulunmaktadır⁵⁰⁴.

Duran'a göre "zabıta tedbir ve kararlarının hukuka uygunluğu, onların yerindeliğine sıkı sıkıya bağlıdır"⁵⁰⁵. Özay da idari yargı yerlerinin yerindelik denetimi yapamayacağı İdari Yargılama Usulü Kanununda amir hüküm olarak bulunsa bile bu yasağın kolluk tedbirleri bakımından geçerli olmadığını ifade etmiştir⁵⁰⁶.

Jacquinet'ya göre ise bu durum bir yerindelik denetimi anlamına gelmemektedir; çünkü kolluk makamı, unsurları arasında kusursuz bir ölçülülüğün sağlandığı tedbirlerden birini almakta serbest olacaktır⁵⁰⁷. Başka bir açıdan ise yine yerindelik denetiminin söz konusu olmadığı söylenebilecektir. Çünkü kolluk makamı bir kolluk tedbirini öncelikle gerekli ve zorunlu olması koşuluyla alabilecek ve somut durumda etkili olan tedbirlerden, özgürlükleri en az kısıtlayıcıyı uygulamak zorunda olduğundan bir seçme yetkisinden bahsedilemeyecektir. İdarenin seçim yapma olanağının yani takdir yetkisinin bulunmadığı bir durumda da yerindelik denetimi zaten söz konusu olamayacaktır.

Chapus'ye göre de idare hâkimi kolluk tedbirlerinin yerinde olup olmadığını değil, gerekli olup olmadığını denetlemektedir. "Gereklilik" ve "yerindelik" kavramları da hiçbir durumda eş anlamlı değildir⁵⁰⁸. Giritli/Bilgen/Akgüner de bu görüştedir. "Kolluk yetkileri her olayda zorunluluklarla sınırlıdır. Bu nedenle, eğer önüne bir uyumsuzluk gelirse, idare yargıcı, kolluğun el attığı olayın, belli bir ölçüde, alınan önlemleri haklı gösterip göstermediğine bakar. Başka bir deyişle idare yargıcı kolluk gücünün aldığı önlemlerin, bozulan kamu düzenini yeniden sağlamak açısından yararlı

⁵⁰⁴ A. MESTRE, Le Conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'administration, LGDJ, Paris 1974, s. 276.

⁵⁰⁵ DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, s. 263.

⁵⁰⁶ İ. H. ÖZAY, "Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri", Anayasa Yargısı, Cilt:19, 2002, s. 276, "Yerindelik, ...kamu düzenini bozma tehlikesinin söz konusu olduğu durumlarda o an için yapılması en uygun olan davranış biçimidir. Yasal düzenlemeler, çeşitli varsayımlar ve buna bağlı olarak görevlilerin takınabilecekleri tavırla tutum ve davranışlarını öngörebilirlerse de her bir somut durum, olayın geçtiği yer, saat hatta iklim koşullarına göre alınması en uygun karar işte bu "yerindelik" ilkesine göre belirlenebileceğinden, yetkililerin bu konudaki seçeneklerden birini yeğleme bakımından karar verme olanaklarının bulunması kaçınılmazdır." ÖZAY, Günlüğünde Yönetim, s. 743.

⁵⁰⁷ JACQUINET, s. 252.

⁵⁰⁸ CHAPUS, s. 730.

olup olmadığını ve sonuçta hukuka uygunluğunu denetler. Burada ilk bakışta, yapılan denetimin bir yerindelik denetimi olduğu ileri sürülebilirse de aslında yapılan denetim bir hukuka uygunluk denetimidir ve çıkan olaylarla alınan önlemlerin birbirleriyle yakın ilişkisi vardır.”⁵⁰⁹

İdare hâkimi, “ölçülülük” ilkesini kullandığı ve kendine özgü yargılama kriterleri uygulayarak geliştirdiği yargısal denetimde tamamen hukuka uygunluk perspektifi içinde hareket etmekte, vereceği kararın adeta yeni bir idari karar gibi algılanmamasına büyük bir özen göstermektedir⁵¹⁰. Yıldırım’a göre, hukukilik ve yerindelik alanının sınırlarını çizen Danıştay’dır. Yerindelik, tanımını yapılabilen, sınırları gösterilebilen bir kavram olmadığı için, idari kararda denetim dışı kalacak alan, her olayın özelliğine göre değişmektedir⁵¹¹.

Kolluk işlemlerine genel olarak, yerindelik denetimine yaklaşan ölçüde sıkı bir denetim uygulanmakla birlikte, giderek daha seyrek biçimde de olsa bazı durumlarda hâkim daha gevşek bir denetim uygulamaktadır. Fransız idari yargı içtihatlarında denetimin daha zayıf olduğu iki yöntem geliştirilmiştir. Kolluk alanında çok nadir uygulanmakla birlikte birincisinde hâkim işlemin unsurları arasında sıkı bir ölçülülük bulunmasını aramamakta, sadece makul bir ölçü gözetmektedir. İkincisi ise son yıllarda kolluk işlemleri için giderek daha az kullanılan “açık değerlendirme hatası” denetimidir.

2.2.1.2. Normal Denetim: Makul Ölçülülük Denetimi

Bu yöntemde hâkim, kolluk tedbirinin somut duruma sıkı bir biçimde ve en uygun tedbir olup olmadığını denetlememekte, sadece aşırı bir nitelik taşıyıp taşımadığını kontrol etmektedir. Bu tip denetim aslında özellikle Fransız idari yargı kararlarında, kamulaştırma işlemlerinin denetiminde uygulanan bilanço yöntemine benzetilmektedir. Bilanço yönteminde hâkim, idari işlemin sağladığı yararlarla, yol açtığı zararları karşılaştırarak, bu yarar-zarar dengesinde aşırı bir ölçüsüzlük söz konusu olduğunda, idari işlemin maksat unsuru bakımından hukuka aykırı olduğunu tespit

⁵⁰⁹ GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, s. 833.

⁵¹⁰ ERKUT, Hukuka Uygunluk Bloğu, s. 110.

⁵¹¹ T. YILDIRIM, İdari Yargı, Beta, İstanbul 2008, s. 132.

etmektedir. Bu yargılama tekniği genellikle, kamulaştırma gibi işlemin sebep unsurunun açık bir şekilde gösterilmediği ve kamu yararı amacıyla alınan kararlarda kamu yararı amacının denetiminde kullanılmaktadır⁵¹².

Bilanço yöntemi öğretide farklı değerlendirmelere konu olmuştur. Bazılarına göre gerçek bir ölçülülük denetimi sayılmış, bazıları tarafından hâkimin azami denetim aracı olan ölçülülük ilkesinden farklı bir içeriğe sahip olduğu ileri sürülmüş; bazıları tarafından ise hâkim tarafından yapılan “normal” denetimden farklı bir denetim biçimi olarak kabul edilmiştir. Bilanço yönteminin en azından genel kolluk tedbirlerinin yargısal denetiminde kullanıldığını tespit etmek zordur. Buna karşılık bazı özel kolluk tedbirlerinin denetiminde tipik bir şekilde uygulanmaktadır. Örneğin bir sit alanının çevresindeki bir koruma alanına ilişkin olarak alınan kolluk tedbirlerinin yargısal denetiminde Conseil d’Etat, söz konusu sit alanının korunmasındaki kamu yararıyla o belde sakinlerinin bu sebeple uğrayacağı sıkıntı ve zararları karşılıklı tartma yoluna gitmiştir⁵¹³.

Danıştay da maden sahalarına ilişkin ruhsatlarla ilgili bir kararında, bu tür bir denetim uyguladığına ilişkin bir izlenim vermektedir:

“Ülke ekonomisi için artı değer yaratan, yapılan ihracatla döviz girdisi sağlayan ve pek çok kişiye iş olanağı açan bu tür işletmelerin kapatılması için çevre ve insan sağlığına zarar verdiğinin kesin olarak saptanmış olması gerekir.

*Oysa olayda, konunun uzmanlarınca hazırlanan raporda, çevre ve insan sağlığına olumsuz etkileri alınacak önlemlerle giderilebilecek düzeyde olduğu belirtildiğinden, uyuşmazlığa konu maden sahalarına ilişkin ruhsatların, kamu yararı dengesi gözetilmeksizin, idarenin denetim yetkisinin yok sayılarak, olabilecek risk varsayımından hareketle iptali yoluna gidilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.”*⁵¹⁴

⁵¹² Bknz. J. LEMASURIER, “Vers un nouveau principe général du droit? Le principe ‘Bilan-Cout-Anantages’ ”, in Mélanges offerts à M. WALINE, LGDJ, Paris 1974, s. 551-562.

⁵¹³ CE Sect., 8 juillet 1977, *Dame Rie et Associations pour la souvegarde et le développement de Talmont et autres*, AJDA 1977, s. 641.

⁵¹⁴ D.8.D, K. 2001/1289, E. 1999/1889, T. 28.03.2001.

Normal denetim, hâkimin sadece idari işlemin somut duruma nazaran aşırı olup olmadığını kontrol ettiği ve işlemde önemli bir ölçüsüzlük olması halinde hukuka aykırılığa karar verdiği bir denetim yöntemidir; bu özelliği ile tam bir ölçülülük denetimi yapılan yargılama tekniğinden farklı bir yöntem oluşturmaktadır⁵¹⁵.

Bir görüşe göre hâkim bu kontrol tekniğinde idarenin objektif hukuki kategorileri doğru uygulayıp uygulamadığını denetlemektedir, yani idarenin bir objektif değerlendirme hatası yapıp yapmadığını kontrol etmektedir. İdarenin gösterdiği sebeplerin dava konusu idari işlemin yapılmasını hukukten haklı kılıp kılmadığı, hâkimin sübjektif değerlendirmesine göre değil yasakoyucunun iradesine ve eğilimine göre belirlenir⁵¹⁶. Bir hukuki kategorinin objektif olması içeriğinin herkes tarafından kolaylıkla aynı şekilde belirlenebilmesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca idare bir olgunun nitelendirilmesinde, o olgunun yargı içtihatları ile belirlenmiş objektif nitelendirmesi ile de bağlıdır. İdarenin somut bir durumla ilgili karar vermeden önce başvuracağı hiçbir referans norma sahip olmaması ise sübjektif bir hukuki kategorinin varlığını göstermektedir. Bu tür olgularda idare hâkimi her somut olaya göre kendi hukuki nitelendirmesini idareye dayatmaktadır⁵¹⁷.

Bu yöntemin kolluk tedbirlerinde uygulanması, hâkimin dava konusu olan kolluk işleminin makul biçimde ölçülü olup olmadığını ya da yaklaşık bir biçimde ölçülü olup olmadığını denetlemesi anlamına gelecektir⁵¹⁸. Bu durumda korunacak olan kamu düzeni, özgürlükleri koruma kaygısının ön planda olduğu asgari bir düzen değil, kapsamı daha geniş bir kamu düzeni olacaktır. Öğretide bir görüşe göre bu kontrol sadece mülkiyet hakkının ve ticaret özgürlüğünün söz konusu olduğu durumlarda uygulanmaktadır⁵¹⁹. Özellikle seyyar satıcılık ve silah ticareti ile ilgili alınan kolluk tedbirleri hakkındaki kararlar örnek olarak verilmiştir⁵²⁰. Fakat kolluk alanında, bu yöntemin kullanıldığı yargı kararlarının konusu olan işlemlerin ortak özellikler taşıdığı görüşü çok ikna edici olamamaktadır. Bu denetim biçiminin formülünü kullanan, başka

⁵¹⁵ JACQUINOT, s. 253.

⁵¹⁶ OYTAN, "Yargılamanın Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması", s. 155.

⁵¹⁷ MESTRE, s. 274-275.

⁵¹⁸ VINCENT-LEGOUX, s. 305.

⁵¹⁹ VINCENT-LEGOUX, s. 308.

⁵²⁰ CE, 2 février 1986, *Commune de Fleury d'Aude*, Rec. s. 425, CE, 22 juin 1987, *Chambre syndicale nationale des armuriers détaillantes*, Rec. s. 853, Kararlara atıfta bulunan: VINCENT-LEGOUX, s. 306-307.

bir deyişle kolluk tedbirinin “aşırı” olduğunu ya da olmadığını ifade eden yargı kararları bazen sıkı bir ölçülülük denetiminin yapıldığı kararlar da olabilmektedir. Örneğin yabancılar kolluğu alanında, bazı sınır dışı etme kararları, Fransız idare hâkimi tarafından sıkı bir ölçülülük denetimine tabi kılınmakla beraber, “*kamu düzeninin korunmasının gerektirdiği ölçüyü aşmıştır*”⁵²¹ veya “*aile hayatına aşırı zarar verici nitelikte değildir*”⁵²² gibi ifadeler kullanılmaktadır.

2.2.1.3. Minumum Denetim

Fransız idare hukuku öğretisinde sınırlı ya da minumum kontrol olarak adlandırılan denetim biçimi, iptal davası hâkiminin yetkilerinin belirli ölçüde sınırlanması biçiminde kendini gösterir. “Asgari denetim, idareye en geniş takdir yetkisi tanınmasını gerekli gören hipoteze göre uygulanan bir denetimdir. Bu denetim yetkili makama ne kadar geniş yetki tanınmış olursa olsun, her idari işlemin, ancak dayanağını teşkil eden sebeplerin fiilen mevcut, hukuken gerçek olmaları halinde ve güdülen amacın da yasal olması şartıyla hukuka uygun sayılabileceği fikrinden doğmuştur.”⁵²³

Diğer denetim biçimlerinde olduğu gibi bu yöntemde de idari işlemin dış unsurları olarak kabul edilen yetki ve şekil unsurlarının denetimi tam olarak yapılır. Ayrıca hâkim, dava konusu olan işlemin bir hukuk hatası ya da yetki saptırması ile sakat olup olmadığını kontrol ettiği gibi, işlemin dayanağı olan maddi olguların gerçekleşip gerçekleşmediğini de araştıracaktır. Bu yöntemin diğer yargılama tekniklerinden farkı ise maddi olayların hukuki nitelendirmesi konusunda ortaya çıkmaktadır. Bu denetim usulünde hâkim, bu hususu denetlemeyi tamamen reddetmektedir. Günümüzde hâlâ ülke planlaması (*aménagement du territoire*) ya da kamu hizmetlerinin görülüş usulü hakkında idare tarafından yapılan tercihler gibi bazı alanlarda Fransız idare hâkiminin bu usulü uyguladığına rastlayabiliyoruz. Kolluk tedbirleri alanında ise minumum kontrol yöntemi, “yüksek polis” işlemleri olarak adlandırılan siyasi konular ile teknik bir uzmanlık gerektiren konularda uygulanmakta; denetim konusu idari işlem ile bu

⁵²¹ CE Ass., 19 avril 1991, *Belgacem*, Rec. s. 152.

⁵²² CE, 3 février 1995, *Kaouche*, Rec. s. 62.

⁵²³ G. VEDEL, *Droit administratif*, Paris 1923, s. 321’den aktaran: OYTAN, “*Yargılamanın Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması*”, s. 150.

işlemin sebep unsuru arasında asgari bir dengenin arandığı “açık değerlendirme hatası” kontrolü yapılmaktadır⁵²⁴.

2.2.1.3.1. Maddi Olayın Araştırılması

Kuşkusuz idari işlemin dayanağı olan maddi sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediği ile ilgili olarak yapılan kontrol, somut olaya göre yoğunluk derecesinin değişeceği bir kontrol değildir. Bununla birlikte maddi sebebin gerçekleşip gerçekleşmediği kontrolünde delillerin araştırılmasında ciddiyet derecesi bir davadan diğerine değişebilmektedir. Conseil d’Etat 1963 yılında devletin ekonomiye müdahalesi alanında verdiği bir kararda, işlemin sebep unsurunu oluşturan olgulara ilişkin belgelerin idareden istenebilmesi için, yapılan hukuka uygunluk denetiminde, bu belgelerin ilgilinin iddialarının aydınlatılması bakımından gerekli olmasını yeterli bulmuştur⁵²⁵.

Türk idare hâkimi de idareden, uyuşmazlık konusu idari işlemlerin dayanağı olan maddi olguların gerçekleştiğini kanıtlayacak somut ve kabul edilebilir bir kanıt sunmasını istemektedir.

“İdareye suç işlenmesini önlemek, kamu düzen ve güvenliğini korumak için gerekli önlemleri almak konusunda verilen yetkinin kullanılabilmesi için kamu düzenini ciddi şekilde bozacak olayların çıkması veya milli güvenlik gereklerinin ihlal edilmesi veya Cumhuriyetin ana niteliklerini yok etmek amacını güden fiillerin işlenmesinin kuvvetle muhtemel olduğunun somut ve kabul edilebilir kanıtlarla ortaya konulması gerekir.

Bu duruma göre, Anayasa’da güvence altına alınan bir temel hak olan toplantı hakkının somut ve kabul edilebilir, bir kanıt ortaya konulmadan, salt konser verecek sanatçılar hakkındaki bilgi fişi ve mahkumiyet kayıtları esas alınarak ve ilgililerin bu

⁵²⁴ JACQUINOT, s. 254-255; C. PASBECQ, “De la frontière entre la légalité et l’opportunité dans la jurisprudence du juge de l’excès du pouvoir”, RDP 1980, s. 813.

⁵²⁵ CE, 26 janvier 1968, Société Maison Genest, Rec. s. 62, aktaran C. PASBECQ, “De la frontière entre la légalité et l’opportunité dans la jurisprudence du juge de l’excès du pouvoir”, RDP 1980, s. 813.

*tür etkinliklerde bulunabilmelerini yasaklar nitelikte işlem tesisinde hukuka uyarlık görülmemektedir.*⁵²⁶

Bu kararda Yüksek Mahkeme'nin normal denetim yaptığını söylemek gerekir. Çünkü hâkim, işlemin dayanağını oluşturan maddi olguların hukuki nitelendirmesini yaparak bu olguların yasada gösterilen sebeplere girmediğini tespit etmiştir. Burada idare tarafından işlemin gerekçesi olarak gösterilen, sanatçılar hakkındaki bilgi fişi ve mahkumiyet kayıtları Danıştay tarafından 2911 sayılı Kanunun 17. maddesi kapsamında kabul edilebilir bir sebep olarak görülmemiştir⁵²⁷.

Danıştay başka bir kararında, nalbant işyerlerinin belde dışına taşınmasına ilişkin bir İlçe Sağlık Kurulu kararı gereğince yapılan duyurulara uymayan bir işyerinin açış izninin geri alınması işlemini, işlemin dayanağını oluşturan maddi olguların gerçek olmadığı gerekçesiyle iptal eden İdare Mahkemesi kararını onamıştır:

*“(...) Sulh Hukuk Hakimliğince yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen raporda, işyerinin ilçe merkezinden ve yerleşim birimlerinden uzak bir yerde olduğu, toplum ve halk sağlığına zarar verir durumda olmadığı, temiz olduğu, yapı ile dere arasında 1,5 metre yükseklikte duvar olduğu içinde derenin kirletilmesinin söz konusu olmadığı belirtildiğinden çevre ve toplum sağlığı yönünden sakıncası bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden İdare Mahkemesi kararının ... dayandığı gerekçe usul ve yasaya uygun olup, bozulmasını gerektiren başka bir neden de bulunmadığından, temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına karar verildi.”*⁵²⁸

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20. maddesinin 1. bendinde Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinin bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları kuralına yer verilmiştir. Uyuşmazlık konusu maddi olayın hukuki nitelendirmesine ilişkin iddia, savunma ve mütalaalar, idare

⁵²⁶ D.10.D., K. 2003/108, E. 2000/5570, T. 20.01.2003.

⁵²⁷ 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun, uyuşmazlık tarihinde yürürlükte olan 17 inci maddesinde, kamu düzenini ciddi şekilde bozacak olayların çıkması veya milli güvenlik gereklerinin ihlal edilmesi veya Cumhuriyetin ana niteliklerini yok etmek amacını güden fiillerin işlenmesinin kuvvetle muhtemel bulunması halinde veya Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile belirli bir toplantının yasaklanabileceği veya iki ayı aşmamak üzere ertelenebileceği hükmüne bağlanmıştır.

⁵²⁸ D.8.D., K. 1988/379, E. 1986/470, T. 11.05.1988.

hâkimini hiçbir şekilde bağlamadığı gibi, hâkimin tarafların hiç değinmedikleri unsurları da re'sen araştırması gerekecektir. Danıştay bir kararında “(...) İdari yargı yerlerinin iddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını kendiliklerinden araştırmakla görevli oldukları gibi tarafların hiç değinmedikleri ancak olayın çözümü için gerekli maddi unsurları da araştırmaya yetkili olduğunu”⁵²⁹ ifade etmiştir.

Danıştay, ilk derece idare mahkemelerinin kolluk işlemlerinin dayanağını oluşturan maddi olguların yeterince araştırılmadığı, eksik incelemeye dayanan kararlarını bozmaktadır⁵³⁰. İdare hâkiminin re'sen araştırma ilkesinin hukuka uygunluk denetiminin asli bir unsuru olduğu göz önüne alındığında, maddi olguların re'sen araştırılmasının hâkim için sadece bir yetki değil aynı zamanda bir görev olduğu söylenebilir. Danıştay yakın tarihli bir kararında, idari yargıda re'sen araştırma ilkesinin önemini şu şekilde ifade etmiştir:

*“İdari Yargılama Usulü Kanununun sözü edilen bu maddesi ile idari yargılama hukukunda re'sen araştırma ilkesinin benimsendiği, bu ilke ile mahkemelere uyumsuzluğun çözümünde her türlü evrak, bilgi ve belgeyi isteyebilme yetkisinin verildiği görülmektedir. Re'sen araştırma ilkesi, bir taraftan yargılamada, göz önüne alınması gereken kamu düzenine ilişkin hususlarda mahkemenin sağlıklı bir sonuca ulaşabilmesi, bir taraftan da idari yargı denetiminin bir hukuka uygunluk denetimi olması ve herhangi bir işlem veya eylemin hukuka uygun olup olmadığının bazen kapsamlı bir araştırma ve incelemeyi gerektirebilmesi nedeniyle önemli bir ilkedir.”*⁵³¹

2.2.1.3.2. Açık Değerlendirme Hatası Kontrolü

İlk defa Conseil d'Etat tarafından 1953 yılında verilen bir yargı kararında uygulanan “açık değerlendirme hatası” kontrolü, daha sonraki yıllarda özellikle kamu görevlilerinin atama işlemleri ile ilgili yargısal denetimlerde uygulanmıştır. Bu

⁵²⁹ D.VDDK, K. 1997/27, E. 1995/209, T. 21.02.1997, DD., S. 94, s. 247'den aktaran Z. ASLAN, “Türk İdari Yargı Sisteminde Re'sen Araştırma İlkesi”, İUSBF Dergisi, S. 23-24, Ekim 2000 - Mart 2001, s. 56.

⁵³⁰ D.6.D, K. 1991/2958, E. 1990/482, T. 09.12.1991; D.10.D, K. 1995/6649, E. 1994/2790, T. 21.12.1995; D.10.D, K. 1993/1262, E. 1991/2508, T. 31.03.1993; D. İDDK, K. 2008/966, E. 2005/3419, T. 03.04.2008.

⁵³¹ D.12.D, K. 2005/5195, E. 2006/1109, T. 27.03.2006.

yöntemde hâkim idarenin yaptığı hukuki nitelendirmenin çok açık, ağır ve aşırı dengesiz bir biçimde hatalı olması durumunda, dava konusu işlemi “açık değerlendirme hatası” olduğu gerekçesiyle iptal etmektedir. Hâkim maddi olguların hukuki nitelmesini doğrudan kendisi yapmamakta, yani idari işlemi bu açıdan denetlememektedir; hâkim yalnızca bu nitelendirme ile ilgili olarak ağır ve bariz bir hata tespit etmiş ise işlemin hukuka aykırılığına hükmetmektedir. Hangi konudaki işlemler için bu sınırlı kontrolün, hangileri için normal kontrolün uygulanacağı yargı içtihatlarında da belirlenmiş değildir. Fakat Fransız idari yargı içtihatları, idare hâkiminin gerçekleştirdiği kontrolün kapsamının giderek daha fazla genişlediğini göstermektedir. Eskiden geleneksel olarak sınırlı bir denetime konu olan alanlarda içtihat değişikliğine gidildiği ve bu alanlara sıkı ve etkili bir denetim uygulandığı görülmektedir. Son yıllarda kamu düzeni gerekçesiyle özgürlükleri sınırlayan işlemler, özellikle de yabancılar kolluğu alanında yapılan işlemler bu içtihat değişikliğinin konusunu oluşturan alanlardan biri olmuştur. Bu değişikliklerin gerçekleşmesinde daha çok AİHS’nin ve AİHM içtihatlarının etkisini görmek mümkündür. Ayrıca bu değişiklikler, hak ve özgürlüklere daha güçlü bir koruma sağladığı için anayasal düzenin daha etkin bir şekilde uygulanmasını da sağlamaktadır⁵³².

2.2.1.3.2.1. Sınır Dışı Etme Kararlarının Denetimi

Özellikle sınır dışı etme kararlarında görülen önemli içtihat değişikliği daha sonra yabancıların ülkeye giriş ve kalma izni konularına da yansımıştır. Fransız idare hukukunda yüksek polis işlemleri olarak adlandırılan bu işlemler Avrupa Birliği vatandaşları dışındakiler bakımından, söz konusu içtihat değişikliğinden önce idare hâkimi tarafından sınırlı bir yargısal denetime tâbi tutulmaktaydı. Sınır dışı etme ya da sınıra çağırma kararlarının hukuka uygunluk denetiminde idare hâkimi sadece açık değerlendirme hatası kontrolünü uygulamaktaydı. Ayrıca idare hâkimi bu kararları, AİHS’nin özel hayat ve aile hayatının korunmasına ilişkin 8. maddesi yönünden denetlemeyi reddetmekteydi. Conseil d’Etat’nın vermiş olduğu bir kararda, Hükümet Komiseri, Sözleşmenin 8. maddesinin bu konuda uygulanamayacağını, çünkü sınır dışı edilen kişinin ailesinin de onunla birlikte ülkeyi terk etmesi halinde aile hayatının zarar

⁵³² VINCENT-LEGOUX, s. 284.

görmüş olmayacağını belirtmektedir⁵³³. Fakat bu kararlar Strasbourg organlarının kararları ile uyuşmamakta idi. Önce Komisyon sonra da Mahkeme, sınır dışı etme kararlarıyla ilgili olarak özel hayat ve aile hayatının korunması hakkı çerçevesinde geniş kapsamlı bir denetim uygulamayı benimsemişlerdir⁵³⁴.

Conseil d'Etat bu alanda 1991 yılında verdiği iki kararla içtihadını değiştirmiştir. Bu kararlarla Conseil d'Etat kolluk işleminin AIHS'nin 8. maddesine uygun olup olmadığını da incelemiş ve dava konusu işlemin aile hayatına zarar vermesinin muhtemel olması durumunda, kamu düzeninin korunması için gerekli olan ölçüyü aşır aştığını denetleyerek normal bir kontrol gerçekleştirmiştir⁵³⁵.

Ulusal hâkim, bu kararlarda benzer meselelerle ilgili olarak Avrupa hâkiminden daha az kapsamlı bir denetim yapmadığını ve idarenin özgürlüklere getirdiği sınırlamaları sıkı bir biçimde kontrol ettiğini göstermek istemiştir. Conseil d'Etat bu tarihten sonra, gerek sınır dışı etme kararları, gerekse vize talebinin reddi, kalma izni verilmemesi gibi işlemler bakımından normal bir kontrol uygulamaktadır⁵³⁶. Buna karşılık Yüksek Mahkeme aynı yıl verdiği başka bir kararda yine bir sınır dışı etme kararını denetlerken, işlemin davacının sadece kişisel durumunu etkilediği, aile hayatının korunmasının söz konusu olmadığı ve AIHS'nin 8. maddesi kapsamına girmediği gerekçesiyle sınırlı bir denetim uygulamıştır⁵³⁷. Bu alandaki kolluk tedbirlerinin ilgilinin sadece kişisel durumunu etkilemesi halinde idare hâkimi, işlemin ilgilinin kişisel durumunda olağanüstü nitelikte ağır sonuçlar doğurup doğdurmadığını denetlemekte, bu bakımından sınırlı bir denetim biçimi olan "açık değerlendirme hatası" kontrolü yapmaktadır⁵³⁸.

⁵³³ CE Ass., 19 avril 1991, *Belgacem*, Rec. s. 156.

⁵³⁴ CEDH, 21 juin 1988, *Berrehab c. Pays-Bas*, requête n°. 10730/84, Série A n° 138; CEDH, 18 février 1991, *Moustaquim c. Belgique*, requête n° 12313/86, Série A n° 193.

⁵³⁵ CE, 18 janvier 1991, *Beldjoudi*, Rec. s. 18; CE Ass., 19 avril 1991, *Belgacem*, Rec. s. 152, Conclusions R. ABRAHAM.

⁵³⁶ CE, 19 mars 1997, *Soudani*, Rec. s. 858; CE, 11 juin 1997, *Ep Talipoglu*, Rec. s. 850; CE, 22 mai 1992, *Ministre de l'Intérieur c. Mme. Zine El Khalfa*, Conclusions R. ABRAHAM, RDP 1992, s. 1793.

⁵³⁷ F. JULIEN-LAFERRIER, "Note sur l'arrêt du CE Ass., 19 avril 1991, *Mme Babas*", AJDA 1991, s. 551.

⁵³⁸ M. DENIS-LINTON, "Conclusions sur l'arrêt du CE, 29 juillet 1994, *Préfet de la Saint Maritime*", AJDA 1994, s. 841.

2.2.1.3.2.2. Yabancı Yayınlarla İlişkin Kararların Denetimi

Sınır dışı etme kararlarına benzer bir biçimde Conseil d'Etat, anayasal güvence altına alınmış olan basın özgürlüğü ve düşünce özgürlüğünün sınırlandırılmasının söz konusu olduğu yabancı yayınlar alanında da sınırlı bir denetimden normal bir denetime geçmiştir. 29 Temmuz 1881 tarihli Basın Özgürlüğü Kanununun 14. maddesi, İçişleri Bakanına yabancı yayınların dağıtım, dolaşım ve satışını yasaklama yetkisi vermektedir. İdare hâkimi bu alandaki tedbirlerin maddi unsurlarını denetlemeyi 1973 yılına kadar reddetmiştir. 4 Haziran 1954 tarihli bir kararında İçişleri Bakanının yasakladığı bir yabancı yayınlara ilgili olarak, İçişleri Bakanının söz konusu yayının kamu düzeni için oluşturduğu tehlike açısından yaptığı değerlendirmenin iptal davasında tartışılmayacağını ve denetlenemeyeceğini belirtmiştir⁵³⁹. 1973 yılında verdiği bir karar ile ise yasaklama işleminin konusu olan yabancı yayının kamu düzeni için oluşturduğu tehlikenin ağırlığı konusunda İçişleri Bakanının yaptığı değerlendirmeyi, “açık değerlendirme hatası” olup olmadığı yönünden denetlemiştir⁵⁴⁰. 1997 yılında, başka bir kararda da ilgili yabancı yayının, kamu düzeni ve güvenliği bakımından, yasaklama kararının basın özgürlüğüne getirdiği sınırlamanın ağırlığını haklı kılacak nitelikte olmadığına karar vererek yasaklama işlemini iptal etmiştir⁵⁴¹. Conseil d'Etat gençliğe yönelik yayınlarla ilgili İçişleri Bakanının aldığı yasaklama tedbirlerine ise en başından beri normal denetim uygulamıştır⁵⁴². Fransız idare hâkiminin bu iki farklı yaklaşımı, yabancılar kolluğu alanında idarenin geniş bir takdir yetkisi olduğunu kabul etmesi ile açıklanabilir.

Fransız idari yargı kararlarında, “açık değerlendirme hatası” kontrolünün halen uygulanmakta olduğu bazı alanlar mevcuttur. Örneğin, bir taş ocağı işletmesinin çevre için oluşturduğu riskin değerlendirilmesinde ve reklam afişleri ile ilgili düzenleme ve yasaklarda Fransız idare hâkimi yargısal denetimde “açık değerlendirme hatası” ile yetinmektedir⁵⁴³. Ayrıca sürücü ehliyetinin iptali kararını, Conseil d'Etat bir kararında

⁵³⁹ CE, 4 juin 1954, *Sieurs Joudoux et Riaux*, Rec. s. 346.

⁵⁴⁰ CE Ass., 2 novembre 1973, *S.A. Librairie François Maspero*, GAJA, s. 652.

⁵⁴¹ CE Sect., 9 juillet 1997, *Association Ekin*, AJDA 1998, s. 374.

⁵⁴² CE, 3 janvier 1958, *Sté Les Editions du Fleuve noir*, Rec. s. 968.

⁵⁴³ CE, 11 juillet 1986, *Commune de Viviers*, Rec. s. 377; CE, 30 janvier 1991, *Chambre syndical française de l'affichage*, Rec. s. 33.

idari bir yaptırım olarak değil, kamu düzeninin bozulmasını önlemeye yönelik bir tedbir olarak nitelendirmiş ve bu işleme sınırlı bir denetim uygulamıştır⁵⁴⁴.

Bu örneklerin bize gösterdiği gibi özgürlükleri kamu düzeni gerekçesiyle sınırlayan kolluk işlemlerinin yargısal denetiminde Fransız idare hâkimi, sınırlı denetimi giderek daha az uygulamaktadır. Her ne kadar farklı yoğunlukta denetim yöntemleri hala uygulanmakta ise de, özellikle temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda etkin bir denetime yönelmekte ve özgürlüklere idare tarafından kamu düzenine dayanarak getirilen sınırlamaların çerçevesini katı bir şekilde çizmeye çalışmaktadır.

2.2.1.3.3. Danıştay Kararlarında Minimum Denetim

Danıştay da bazı kararlarında yoğun bir denetim yapmayıp “açık hata” kontrolü ile yetinmektedir. Alan, diğer yönden yaklaşarak, bu denetim tekniğinin Danıştay’ın, idarenin takdir yetkisi içinde olduğu gerekçesi ile önceden yargısal denetimden kaçındığı kararların denetimine olanak veren bir yöntem olduğunu belirtmektedir. Alan, açık hatanın tanımını şu şekilde yapmaktadır: “(...) açık hata, takdir yetkisi içinde alınan işlemlerde idarenin yaptığı açık, belirgin, hemen fark edilebilen, getirdiği çözüm adalet duygularına açıkça ters düşen bir değerlendirme veya tercih hatasıdır.”⁵⁴⁵ “Açık hata” kavramı Fransız idari yargı kararlarında olduğu gibi kavram olarak yerleşmemiş ise de bu yöntem uzun zamandan beri uygulanmaktadır. Örneğin Danıştay, Kemerköy Termik Santrali ile ilgili kararında “açık hata” kontrolü yapmıştır⁵⁴⁶. Kararda, “*Kemerköy Termik Santralinin kurulacağı yerin belirlenmesine ilişkin dava konusu işlemlerde, maddi olguların nitelendirilmesinde ve takdir yetkisinin kullanımında açık bir hata saptanamamış ol(duğu)*” ifade edilmektedir. Açık hata kontrolü, Danıştay’ın

⁵⁴⁴ CE, 3 novembre 1989, *Blanquie*, Rec. s. 817.

⁵⁴⁵ N. ALAN, “*Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi*”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu (10-12 Haziran 1982), Danıştay Yayınları No: 33, Ankara 1983, s. 54.

⁵⁴⁶ D. 10.D, K. 1986/1451, E. 1984/2739, T. 24.06.1986.

boş bir kadroya atama konusundaki işlemler yönünden sıklıkla kullandığı bir denetim biçimidir⁵⁴⁷.

Danıştay, kamu düzenini koruma amaçlı idari işlemlere ilişkin olarak sınırlı bir denetim uyguladığı her kararında “açık hata” deyimini kullanmamaktadır. Fakat bir davada sınırlı bir denetim uyguladığı, kararda yer verdiği başka bazı ifadelerden kolayca anlaşılabilir. Örneğin Danıştay’ın genel olarak yabancıların yurda giriş ve yurtda ikamet izni ile ilgili idari işlemlere sınırlı bir denetim uyguladığı görülmektedir⁵⁴⁸. Danıştay bu alandaki iki kararında, hiç değiştirmeden şu ifadeleri kullanmıştır:

*“Aktarılan yasa hükümlerinde yer alan, siyasi ve idari icaplara aykırı hareket örf ve adetle yahut siyasi icabatla telif edilemeyerek durum, kamu düzenini bozmak niyeti, kamu düzenini bozanlara katılmak ya da yardım etmek amacıyla geldiğinin sezilmesi gibi tanımlamalarla idareye yurda girişine izin verilecek veya yurtda kalmasına izin verilecek yabancılarla ilgili olarak karar almak konusunda geniş takdir yetkisi tanındığı açıktır. Kaldı ki temyize konu mahkeme kararında belirtilenin aksine, yabancı uyruklu şahsın ikamet tezkeresinin iptalini, sınır dışı edilmesini ve yurda girişinin yasaklanmasını gerektiren durumların mutlaka suç niteliği taşıması ve bunun yargı kararıyla belirlenmiş olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu haliyle, idareye tanınan takdir yetkisi, yabancılar hukuku açısından dikkate alındığında, devletin hükümlerlik haklarının doğal sonucu olup; kamu düzeninin korunması amaçlanmaktadır.”*⁵⁴⁹

Yine bu alanda başka bir kararında Danıştay, Amerikan vatandaşı olan davacının bazı faaliyetleri nazara alınmak suretiyle Türkiye’de ikamet izni verilmemesine yönelik işlemin dayanağı olan maddi olguların, 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanunun 7. maddesinin (b) bendi ve 5682 sayılı Pasaport Kanununun 8. maddesinin 5. bendindeki düzenlemeler kapsamına girip

⁵⁴⁷ Bu konudaki örnek kararlar için bkz. ALAN, s. 51-52, 54; Z. BEREKET, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 188-191.

⁵⁴⁸ Danıştay 1943 yılında verdiği bir kararda, sınır dışı etme işlemlerini hükümet tasarrufu olarak nitelendirmiştir; fakat daha sonra bu içtihadı uygulamamıştır. L. DURAN, “Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesi”, İnsan Hakları Yıllığı, Yıl:2, 1980, s. 17.

⁵⁴⁹ D.10.D, K. 1995/4616, E.1993/3535, T. 19.10.1995; D.10.D., E. 1997/6513, K. 2000/128, T. 20.01.2000.

girmediğ hakkında bir değerlendirme yapmaksızın şu gerekçelerle işlemi hukuka uygun bulunmuştur:

“(...) lkeler arası ilişkilerde resmi sıfatı bulunan görevlilerin dışında resmi sıfatı bulunmayan çeşitli meslek sahiplerinin etkinlikleri dikkate alınarak ve mütekabiliyet esası da gözetilerek ikamet izni konusunda işlem tesis edilebileceği, davacının bazı faaliyetleri de nazara alınmak suretiyle devletin iç ve dış güvenliği açısından gerek görülmesi üzerine davalı idarece bu konuda sahip bulunulan ve keyfi biçimde kullanıldığı yolunda bir kanıt bulunmayan takdir hakkının kullanılarak tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı (...)”⁵⁵⁰

Bu kararda “açık hata” deyimine yer vermeyen Yüksek Mahkeme, işlemin dayanağını oluşturan maddi olguların hukuki nitelendirmesini yapmamış olup idarenin bu konudaki değerlendirmesinde, sahip olduğu takdir hakkını keyfi biçimde kullandığı yolunda bir kanıt olmadığına hükmederek sınırlı bir denetim gerçekleştirmiştir. Danıştay bu kararlarda, idarenin yabancılardan yurda giriş ve yurtda ikametlerine izin verilmesine ilişkin takdir yetkisini, “i ve dış güvenlik” ve “devletin hükümranlık hakları” kavramlarına dayandırmakta ve bu alanlarda etkin bir denetim yapmayı reddetmektedir.

* * *

Öğretide, idari işlemler üzerinde gerçekleştirilen yargısal denetimin yoğunluğunu, bu şekilde üç derece olarak sınıflandırmayı Auby ve Drago şu şekilde açıklamaktadır: İdari işlemler üzerinde hâkimin gerçekleştirdiği en zayıf denetim, işlemin dayanağını oluşturan maddi olguların gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmaktan ibarettir. Normal denetimde bu kontrole ek olarak gösterilen sebebin hukuki bir sebep olup olmadığının, başka bir deyişle maddi sebeplerin hukuki nitelendirmesinin kontrolü yapılır⁵⁵¹. Maksimum denetimde ise kontrolün kapsamı, işlemin konu-sebepe-amaç unsurlarının birbirleriyle orantılı olup olmadığının araştırılması hususunu içermektedir. Gerçekte ise, denetimin yoğunluğu, iki u arasında,

⁵⁵⁰ D.10.D, K. 1995/4881, E. 1994/1573, T. 25.10.1995.

⁵⁵¹ J.-M. AUBY / R. DRAGO, Trait de contentieux administratif, Tome 3, LGDJ, Paris 1962, s. 66.

yani minumum kontrol ile maksimum kontrol arasında, hâkimin önüne gelen her uyumsuzluğa göre değişmektedir⁵⁵².

Bu konuda şu soru sorulabilir: Acaba idare hâkimi denetimin yoğunluğuna neye göre karar vermektedir? Hatta Fransız idari yargı kararlarında aynı tip kontrol biçiminde bile özellikle kolluk tedbiri ile onun dayanağı olan maddi olgular arasındaki uygunluğun kontrolü bakımından bir karardan diğerine denetimin etkinlik derecesinin değiştiği görülebilir.

2.3. İdarenin Takdir Yetkisinin Kamu Düzeni İşlemleri Bakımından Anlamı

İdare hâkiminin idari işlemlere uyguladığı yargısal denetimin yoğunluk derecesinde çeşitli faktörler etkili olsa da bunlardan en belirgin olanı idarenin takdir yetkisinin var olup olmadığına ilişkindir.

2.3.1. Kolluk Tedbirleri Açısından Takdir Yetkisinin Kaynağı

Picard, hukuk düzeninde, kamu düzeninin somutlaşma koşullarını düzenleyen şekli kuralların, ancak kolluk fonksiyonunun en iyi şekilde yerine getirilmesi için mümkün, olası ya da zorunlu olan durumlar için konulduğunu öne sürmektedir⁵⁵³. Kolluğun müdahalesi, somut durumda söz konusu olan şartlar bakımından sıkı bir biçimde orantılı olmak zorunda olduğundan kolluk makamına verilen yetkinin, gerçekleştirilecek bütün olasılıkları kapsayacak şekilde sınırlandırılması mümkün olmamaktadır. Kolluk makamının somut olayın koşullarını tam olarak öne sürebilmesi ve bunun için de, olaya zaman ve yer bakımından en yakın makam olması; bu makamın maddi olayın koşullarına göre önlem alabilmek için belirli bir değerlendirme ve takdir

⁵⁵² C. PASBECQ, "De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès du pouvoir", RDP 1980, s. 812.

⁵⁵³ PICARD, s. 551.

yetkisinin olmasını gerektirmektedir. Aksi takdirde kolluğun müdahalesi somut durumun koşulları bakımından etkili ve ölçülü olamayacaktır.

Picard'a göre, belirli bir alanda hiçbir yasal düzenleme bulunmasa bile kamu düzeni kavramının kendisi tek başına gerektiğinde ilgili kolluk makamını harekete geçmek üzere yetkilendirmeye yeterlidir. Fakat bu yetki sınırsız değildir. Kolluk makamının sahip olduğu bu yetki her şeyden önce belirli bir hukuk nosyonu konusunda geçerli olan konsensus ile sınırlanmıştır. Bu konsensusun taraflarıysa, yasakoyucu, idare, hâkim ve o yerde baskın olan hukuk anlayışdır. Başka bir deyişle takdir marjının kapsamı konusunda, bir somut olayla ilgili olarak kamu düzeninin somutlaşması sırasında geçerli olan toplumsal değerler bütünü de belirleyicidir. Kurumsal düzende korunması söz konusu olan bir unsurun değeri ne kadar büyük ve tartışmasız ise kolluk makamının yetkisi o kadar geniş olmaktadır. Tam tersine alınan önlemin gerekçesini oluşturan toplumsal yarar, söz konusu önlem ile sınırlanan özgürlüğe göre daha belirsiz ya da vazgeçilebilir ise, bu müdahalenin hukuki olarak gerekli olup olmadığı konusunda hukuku yorumlayacak olan makam hâkimdir⁵⁵⁴. Bernard'ın da dediği gibi kamu düzeni kavramı, toplumsal barışı tehdit edecek menfaatler çatışmasında bir hakem rolü oynamaktadır. Bu hakemlik, bir toplumda var olan çeşitli ihtiyaçlar arasında bir hiyerarşi kurar⁵⁵⁵.

Fransız öğretisinde genel olarak, idarenin takdir yetkisinin bulunması idare hâkiminin sınırlı bir kontrol uygulamasına yol açarken, aksine bağlı yetkinin normal bir kontrol uygulamasını gerektirdiği ileri sürülmektedir. Bağlı yetkinin varlığı idarenin nasıl davranması gerektiğinin bir hukuk kuralı ile belirlenmiş olduğu durumlarda kolayca ayırt edilebilmektedir. Bu durumda bir yasa hükmü ya da bir düzenleyici işlem idareye harekete geçme veya hareketsiz kalma zorunluluğu getirmekte ve bu zorunluluğun hangi şartlarda gerçekleştirileceğini belirlemektedir. İşte böyle bir yasal düzenlemenin varlığı hâkimin önüne gelen olaylarda sınırlı ve normal kontrol arasında yapacağı ayırmanın ilk kriterini oluşturacaktır. Örneğin Fransız idare hâkimi, bir yabancının hangi durumlarda sınır dışı edileceğini öngören 2 Kasım 1945 tarihli Kanun Gücünde Kararname (*ordonnance*) kapsamında alınan kolluk tedbirlerine normal bir

⁵⁵⁴ PICARD, s. 551-552.

⁵⁵⁵ BERNARD, s. 162.

denetim uygulamıştır⁵⁵⁶. Bu kriter, genel olarak etkili olmakla birlikte her zaman yeterli olmamaktadır. Örneğin İçişleri Bakanına yabancı bir yayını yasaklama yetkisi veren 1881 tarihli Kanun, bu yetkinin hangi şartlarda kullanılacağını düzenlememiştir. İdare hâkimi, bu düzenlemenin kolluk makamına bir şart öngörmeksizin özel yetkiler verdiği gerekçesiyle uzun bir süre bu alanda sınırlı bir denetim olan “açık değerlendirme hatası” kontrolünü uygulamıştır; fakat Avrupa hukukunun etkisiyle bu alanda günümüzde daha etkili bir kontrol uygulamaktadır⁵⁵⁷.

Pasbecq, bağlı yetki ile takdir yetkisinin arasında bir yetki türü olarak “düzenlenmiş yetki” kavramını önermektedir. Düzenlenmiş yetkide, bağlı yetkiden farklı olarak yasal bir düzenleme ile idari işlemin hangi koşulların varlığı halinde yapılabileceği belirlenmiş olup, idarenin söz konusu yasal koşulların gerçekleşmesi halinde harekete geçme zorunluluğu bulunmamaktadır⁵⁵⁸. Fakat bu ayırım pek işlevsel gözükmemektedir. Tamamen keyfi bir idari işlem olamayacağından, takdir yetkisi işlemin bir ya da birkaç unsurunda söz konusu olmaktadır. Başka bir deyişle idarenin takdir yetkisinin bulunduğu işlemlerde de işlemin bazı unsurları bağlı yetki kapsamında bulunmaktadır.

Vincent-Legoux, idare hâkiminin uyguladığı denetimin yoğunluk derecesini, dolayısıyla da idarenin takdir yetkisinin kapsamını etkileyen faktörleri beş kategori halinde sınıflandırmıştır⁵⁵⁹:

1. Yasa metninde işlemin sebep unsurunun gösterilmemiş olması ya da gösterilen yasal sebebin belirsiz kavramlardan oluşması.
2. Kolluk işlemi ile sınırlanan özgürlüğün kamusal hak ve özgürlüklerden olmaması; yani hukuk düzeni tarafından özel olarak korunmayan bir özgürlük olması.
3. Kolluk işleminin devletin egemenlik haklarına ilişkin olması.
4. Kolluk işleminin teknik bir konuda olması.
5. Kolluk yetkisinin olağanüstü hal kapsamında kullanılması.

⁵⁵⁶ VINCENT-LEGOUX, s. 285.

⁵⁵⁷ JACQUINOT, s. 265.

⁵⁵⁸ PASBECQ, s. 823.

⁵⁵⁹ VINCENT-LEGOUX, s. 288.

Bu faktörlerden bazıları idarenin takdir yetkisi kullanmasını gerektirmekte, bazıları ise var olan takdir yetkisinin genişlemesine neden olmaktadır.

İdarenin takdir yetkisinin, yasa metninin açık olmamasından kaynaklandığı durumlarda, Fransız idare hâkimi bu yetkiyi bağlı yetkiye dönüştürebilmektedir. Bu durumda hâkimden kaynaklanan bağlı yetkiden söz edilmektedir. Bir yasa metni, idarenin alacağı kararın sebep unsurunu göstermemesi nedeniyle idarenin takdir yetkisi olduğu izlenimi vermekte ise de hâkim tarafından bağlı yetki olarak değerlendirilmektedir; idare hâkimi burada alınan kararın meşru olarak dayanabileceği sebepleri kendi keşfetmektedir⁵⁶⁰. Bu konuda tipik bir örnek sinema kolluğu alanında bulunmaktadır. İdare hâkimi, yasa metninde açık bir hüküm olmadığı halde, bir sinema filmi için vize verilmemesi işlemine, bu işlemin enformasyondan sorumlu devlet bakanının sağlamakla yükümlü olduğu kamusal yararların zarar görmesi gerekçesiyle yapılmış olup olmadığını araştırarak tam bir denetim uygulamıştır. Burada kamu düzeni söz konusu kamusal yararlardan birini oluşturmaktadır⁵⁶¹.

Danıştay da yasanın sebep unsurunu göstermediği durumlarda idareye takdir yetkisi tanınmış olmakla birlikte, takdir yetkisinin mutlak ve keyfi olmayıp kamu yararı amacına ve hizmetin gereklerine uygun olarak kullanılmasının zorunlu bulunduğunu, bu hususun sağlanması için idarenin takdir yetkisi içinde aldığı karar ve işlemlerde objektif, gerçekçi ve hukuken geçerli sebeplerle somut delillere dayanması gerektiğini kararlarında vurgulamaktadır⁵⁶².

2.3.2. Özgürlükler Arasındaki Hiyerarşi Açısından Takdir Yetkisi

Fransız hukuku öğretisinde genel olarak sınırlanan özgürlüğün niteliği, hâkimin kolluk işlemlerinin hukuka uygunluk denetiminin yoğunluk derecesini etkileyen faktörler arasında kabul edilmektedir. İdareye bırakılan takdir yetkisinin

⁵⁶⁰ A. DE LAUBADERE, "Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français", in Mélanges offerts à M. WALINE, Tome 2, LGDJ, Paris 1974, s. 535, Ayrıca bkz. A. LAUBADERE, Traité de droit administratif, LGDJ, Tome 1, Paris 1976, s. 273.

⁵⁶¹ J. MOURGEON, "Autour d'un récent arrêt du Conseil d'Etat: vers une liberté publique de l'expression cinématographique?", GP 1975.1, s. 350-351.

⁵⁶² D.10.D, K. 1987/967, E. 1986/1870, T. 07.05.1987.

kapsamı, sınırlanan özgürlüğün yasa ile düzenlenmiş yani “adı olan” bir özgürlük olup olmadığına göre değişmektedir⁵⁶³. Başka bir deyişle, kolluk yetkisinin kapsamı, yasakoyucunun söz konusu özgürlüğü yasa ile ne kadar güvence altına aldığına bağlı olarak değişmektedir. Bu durum da hâkimi, özgürlükler arasında bir çeşit hiyerarşi kurmaya yöneltecektir; çünkü özgürlüklerin hepsi yasal düzenlemelerde aynı ölçüde korunmazlar. Başka bir deyişle bir özgürlüğün yasa ile güvence altına alınma derecesi yargı kararlarına da aynı ölçüde yansımaktadır. Anayasa’da güvence altına alınan ve bir yasayla düzenlenen özgürlükler söz konusu olduğunda, idare hâkimi bunlara getirilen sınırlamaları daha katı bir şekilde değerlendirecek ve diğer özgürlüklere göre kamu düzeni bakımından daha ağır bir tehdidin varlığını arayacaktır⁵⁶⁴.

Benzer bir biçimde Türk kamu hukuku öğretisinde de idare tarafından bir kolluk tedbiri ile kısıtlanan özgürlüğün önem ve değerinin, kolluk yetkisinin sınırlarında ve söz konusu kolluk tedbirinin sağladığı yarar ile kısıtlanan özgürlük arasında bir denge oluşturulması sürecinde rol oynayan unsurlardan biri olduğu kabul edilmektedir⁵⁶⁵. Anayasa ve yasalar ile güvence altına alınmış olan hak ve özgürlükler bakımından, kamu düzeni ve özgürlükler arasındaki denge noktasını özgürlükler tarafına kaydıran bu prensip, ünlü *Benjamin* kararında Hükümet Komiseri Michel tarafından şöyle ifade edilmiştir: “Kolluk alanında kabul edilir olan (ölçü), söz konusu özgürlüğün korunması konusunda yasakoyucunun kaygısının az ya da çok olmasına göre değişir.”⁵⁶⁶ Bir kolluk tedbiri, yasal düzenleme konusu olan bir özgürlüğü değil de basit bir serbestiyi sınırladığında, idare hâkimi idareyi haklı bulmaya daha yatkın olacaktır. Örneğin Fransız idare hâkimi yol kenarlarına park etme serbestiyle ilgili olarak yasaklama işlemlerini yoğun bir denetime girmeden hukuka uygun bulmaktadır⁵⁶⁷.

Fransız idare hâkiminin zaman içinde tüm özgürlükler için temel hak ve özgürlükler rejimini uygulama eğilimi içine girmiş olduğu ve özellikle genel idari

⁵⁶³ BERNARD, s. 113; J.-F. LACHAUME, *Droit administratif*, PUF, 11. éd., Paris 1997, s. 224; M. GUIBAL, “*De la proportionnalité*”, *AJDA* 1978, s. 485.

⁵⁶⁴ LOSCHAK, s. 192.

⁵⁶⁵ Ş. HAKYEMEZ, “*Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi*”, içinde Hayri DOMANİÇ’e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt:2, İstanbul 2001, s. 1291; GİRİTLİ / BİLGİN / AKGÜNER, s. 828.

⁵⁶⁶ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, D. 1933.3, s. 56.

⁵⁶⁷ CE, 14 mars 1973, *Sieur Almela*, Rec. s. 213.

kolluk tedbirleri alanında söz konusu faaliyet kamusal bir hak ve özgürlük olmasa da işlemin maddi unsurları arasında ölçülülük ilkesinin varlığını araştırdığı yoğun bir denetim tekniği olan uygunluk kontrolünü uyguladığını söylemek mümkündür. Bununla birlikte Conseil d'Etat'nın bir kamusal özgürlüğü sınırlayan kolluk tedbirlerine sınırlı bir denetim uyguladığı kararları da bulunmaktadır⁵⁶⁸.

Örneğin sokakta gösteri yapma özgürlüğünün, Fransız Anayasası ile güvence altına alınmış bir özgürlük olmayıp kamu düzenini az çok bozmaya elverişli nitelikte bir serbesti olması dolayısıyla idare hâkimi bu alandaki kolluk tedbirlerini kolaylıkla hukuka uygun bulmakta idi. 1995 tarihli güvenliğin programlanması ve yönlendirilmesine ilişkin ve genel olarak yasakçı ruha sahip bir Kanun ile değiştirilen 1935 tarihli bir Kanun-Kararname (*décret-loi*) ile geleneksel gösteriler dışında bütün sokak gösterileri için bildirim usulü getirilmiş ve bu düzenleme, idare tarafından da yasakçı bir zihniyetle uygulanmıştır. Buna rağmen Conseil d'Etat 1966 yılında verdiği bir kararla gösteri özgürlüğünü kamusal özgürlüklere benzeterek onlara uyguladığı yoğun denetim tekniği olan uygunluk kontrolünü uygulamıştır.⁵⁶⁹ Yine benzer bir biçimde 1975 yılında bir sinema filmini yasaklayan bir kolluk işlemi ile ilgili olarak verdiği bir kararla, sinema yapma faaliyetini bir kamusal özgürlük olarak kabul ederek daha önceden sınırlı bir denetim uyguladığı bu alanda normal denetim uygulamıştır⁵⁷⁰. Bazı Anayasa Konseyi içtihatları da Fransız idare hâkiminin bu tutumunu pekiştirmektedir. Örneğin Anayasa Konseyi 1995 yılında verdiği bir kararla gösteri yapma özgürlüğünü, düşünce ve ifade özgürlüğünün kapsamı içinde değerlendirerek Anayasal güvenceye kavuşturmuştur⁵⁷¹. Bu karardan itibaren gösteri yapma özgürlüğü bir temel hak haline gelmiştir ve dolayısıyla bu alandaki idari işlem ve eylemlere idare hâkiminin yoğun bir denetim uygulaması da meşrulaşmış olmaktadır.

Conseil d'Etat içtihatlarından, kamu düzeni gerekçesiyle sınırlanan bir özgürlüğün karakterinin denetimin yoğunluğu açısından bir farklılığa yol açtığı sonucuna ulaşılammamakla birlikte, öğretide kimi yazarlar anayasal bir normla güvence

⁵⁶⁸ VINCENT-LEGOUX, s. 287.

⁵⁶⁹ J. MOREAU, "Note sur l'arrêt du CE, 21 janvier 1966, *Legastelois*", AJDA 1966, s. 435.

⁵⁷⁰ M. ROUGEVIN-BAVILLE, "Conclusions sur arrêt du CE, 24 janvier 1975, *Sté Rome-Paris Films*", RDP 1975, s. 286.

⁵⁷¹ Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, Kararı aktaran: JACQUINOT, s. 263.

altına alınmış olan özgürlüklerden bazılarının diğerlerine nazaran daha sıkı bir biçimde korunduğunu ileri sürmektedirler⁵⁷².

Ayrıca özel kolluk-genel kolluk ayrımı da uygunluk kontrolünün derecesi açısından fark yaratan bir faktör oluşturmamaktadır. Yukarıda örnek verilen kararlardan da anlaşılacağı gibi özel kolluk işlemlerine de en az genel kolluk işlemleri kadar sıkı bir ölçülülük denetimi uygulanmaktadır.

2.3.3. Yargılama Politikası Açısından Takdir Yetkisi

İdare hâkiminin gerçekleştirdiği hukuka uygunluk denetiminin yoğunluk derecesini belirleyen tek ölçüt yasal düzenlemenin niteliği değildir. İdari işlemin maddi unsurlarının denetiminde uygulanan farklı yoğunluktaki kontrollerin sınırları yasal düzenlemenin öngördüğü şartlar kadar yargılama politikasına bağlı olarak da değişmektedir⁵⁷³. Yukarıdaki kararlarda örneklerine yer verildiği üzere, bir kolluk tedbirinin hâkim tarafından yüksek polis işlemi olarak nitelendirilmesi, ya da belirli bir kolluk yetkisinin kaynağı olarak devletin egemenlik haklarının gösterilmesi, uygulanan denetimin derecesini meşrulaştırmak için hâkimin yaptığı nitelendirmelerdir.

2.3.4. Teknik Konular Açısından Takdir Yetkisi

Yüksek bir teknik uzmanlık gerektiren konularda Conseil d'Etat sınırlı bir denetim uygulamaktadır⁵⁷⁴. Türk idare hâkimi de teknik alanlarda yoğun bir denetim uygulamamaktadır. Kemerköy Termik santraline ilişkin karar bu konuda örnek olarak verilebilir:

⁵⁷² Bknz. G. VEDEL, "La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité", in La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, PUF, Paris 1989, s. 35-64; L. FAVOREU, "Droit constitutionnel jurisprudentiel", RDP 1986, s. 491-495.

⁵⁷³ VINCENT-LEGOUX, s. 286; Buradaki politika kavramı ile alışılmış anlamda politikacıların uyguladığı politika terimi birbirinden farklıdır. Bu farklılık "politics" ve "policies" arasındaki ayrıma dayanmaktadır. "Politics" hukuk ve hukukun egemenliği dışında değerlendirilirken "policies" ise hukuk içinde ulaşılmaya çalışılan amaçlarla ilgilidir. Ancak dilimizde bu ayrıma yönelik tam bir karşılık mevcut değildir. ÖZKÖK, s. 9.

⁵⁷⁴ MESTRE, s. 99.

“(...) konuya ilişkin diğer yasal düzenlemelerde olduğu gibi çevre yasasında da, idarenin yürüttüğü kamu hizmetinin gereklerini saptama, tesis kurma konusundaki takdir yetkisi, çevre sağlığını koruyucu önlemler alma zorunluluğu dışında kısıtlanmamıştır.

Dava konusu olayda, ülkemizin elektrik enerjisi ihtiyacı nedeniyle Muğla-Hüsamlar yöresindeki kömür rezervinin elektrik üretiminde kullanılmasının gerekli bulunması üzerine, yetkili idari makamlarca, ekonomik ve teknik koşullar değerlendirilerek Gökova Körfezi kıyısında Kemerköy bölgesinde, Başbakanlık Çevre Müsteşarlığınca, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca önerilen çevre sağlığını korumaya yönelik tüm önlemler alınmak suretiyle termik santral kurulması yolunda dava konusu işlemler tesis edilmiştir. Davalı idarece, Muğla-Hüsamlar yöresindeki mevcut kömürlerin düşük kaliteli ve uzak mesafelere taşımaya elverişsiz, bulunduğu yerde değerlendirilmesi gerekli linyit cinsi olması, yüzeye yakın açık ocak şeklinde işletilebilmesi, üretim ve işletme maliyetlerinin çok düşük ve ekonomik bulunması nedeniyle kömür rezervi civarında yeni bir termik santral yapımında ve bölgede yeterli su kaynağı olmamasından dolayı da deniz suyu ile açık çevrimli soğutma sistemiyle çalıştırılabilmesi için santralin denize yakın bir yerde kurulmasında ekonomik ve teknik zorunluluk bulunduğu, yer seçim işlemlerinin de bu zorunluluklara dayalı olduğu belirtilmektedir.

Yukarıda nitelikleri açıklanan çevre sağlığını korumaya yönelik yasal düzenlemeler de, idarece saptandığı belirtilen kamu hizmeti gereklerinden, ekonomik ve teknik zorunluluklardan hareketle ve çevre sağlığını korumaya yönelik önlemler alınmak suretiyle Gökova Körfezi kıyısında Kemerköy bölgesinde termik santral kurulmasına engel bulunmamaktadır.

(...)

Yetkili idari makamlarca, kamu hizmeti gerekleri, teknik ve ekonomik koşullar değerlendirilerek Gökova Körfezi kıyısında termik santral kurulması konusu, sonuç olarak yer seçimi hususundaki takdir yetkisine müncer olmaktadır.”⁵⁷⁵

⁵⁷⁵ D. 10.D, K. 1986/1451, E. 1984/2739, T. 24.06.1986.

Teknik konularda maddi olgularla ilgili değerlendirme araçları bulunmayan Fransız idare hâkimi, bu güçlük karşısında bilirkişi incelemesini tercih etmediğinden, dava konusu hususun idarenin takdirine bırakıldığını kabul etmektedir. Fransa'da özellikle idari yargı mercilerinin teknik ve ekonomik yönü ağır basan bağımsız idari otoritelerin kararlarının yargısal denetiminde, açık değerlendirme hatası kontrolü ile yetinerek minimum bir denetim tercih ettikleri görülmektedir⁵⁷⁶.

Türk idare hâkiminin ise keşif ve bilirkişi incelemesine başvurarak bu konularda daha etkin bir denetim yaptığı söylenebilir; gerçekte ise bu konularda davanın sonucunu bilirkişi belirlemektedir. Ayrıca Türk hukukunda, birçok alanda söz konusu olan teknik kurallar, idarenin düzenleyici işlemleri ile belirlendiğinden idarenin bu alanlarda yetkisi bağlı yetki haline gelmektedir. Aslında, idareden teknik bir uzmanlık gerektiren bir değerlendirmenin istendiği durumlarda değerlendirmenin objektif genel anlayışa ya da yöneticinin sübjektif anlayışına bırakılmış olmasına göre idareye tanınan yetkinin türü değişmektedir. Bir binaya çürük ya da oturulabilir raporu verilmesi gibi işlemler genel değerlendirme niteliğinde görülmekte ve bu konularda idarenin takdir yetkisi kabul edilmemektedir. Bu tür kararlar, idare dışındaki bir kısım uzmanların raporlarına dayanılarak alınmaktadır⁵⁷⁷.

2.4. İdarenin Kamu Düzeni Alanındaki Olağanüstü Yetkilerinin Yargısal Denetimi

Olağanüstü halin ne olduğu konusunda herkesin üzerinde anlaştığı bir tanım mevcut değildir. Çok eski zamanlardan beri toplumlar varlıklarını tehdit eden ani tehlikeler ve kriz durumları karşısında normal tedbirleri aşan nitelikte birtakım çarelere başvurmak zorunda kalmışlardır. Bu gibi durumlarda olağan hukuk kuralları yetersiz

⁵⁷⁶ ULUSOY, Bağımsız İdari Otoriteler, s. 48.

⁵⁷⁷ Ş. KARATEPE, "İdarenin Takdir Yetkisi", TİD, S. 392, 1991, s. 75.

kalabilmekte, etkin bir hukuk düzenini olağan kurallarla sürdürmek olanaksız hale gelmektedir⁵⁷⁸.

Olağanüstü durumların bir hukuk düzenine en tipik etkisi temel hak ve özgürlüklere birtakım ek kısıtlamaların getirilmesi ve yürütmenin düzenleme alanının genişlemesi ile idarenin takdir yetkisinin artmasıdır. Fransız hukukunda olağanüstü durumlar ile ilgili olarak uygulanan teoriler yargı içtihatları ile geliştirilmiştir. Diğer ülkelerde de genel olarak mahkemelerin muhafazakâr geleneklere bağlı kalarak, olağanüstü hallerde yürütme organının ve idarenin sahip olduğu yetkileri her zamankinden daha geniş yorumladıkları söylenebilir⁵⁷⁹.

Olağanüstü yönetim usullerinin amacı, anayasal düzeni korumak ve savunmak olmalıdır. Bu nedenle olağanüstü yönetim usulleri, yürütme organına önemli yetkiler vermesine, hak ve özgürlükleri de önemli ölçüde sınırlandırmasına karşın, demokrasilerde bir hukuk rejimidir⁵⁸⁰.

Fransız hukukunda kamu düzeni alanında, “acil durum” (*l'état d'urgence*) ve “istisnai haller” (*les circonstances exceptionnelles*) olmak üzere iki istisnai hukuki rejim yargı içtihatları ile oluşturulmuştur.

2.4.1. Fransız Yargı İchtihatları İle Geliştirilen Teoriler

2.4.1.1. Aciliyet Teorisi

“Acil” kavramının hukuki kullanımı, Fransız kamu hukukunda bazı kurallara istisna getiren ve özgürlüklerin geniş bir şekilde kısıtlanmasına yol açan bir etkiye sahiptir. Hâkim bu kavramı soyut bir şekilde tanımlamamış, acil bir durumun söz konusu olup olmadığını her somut durumda ayrı ayrı değerlendirmiştir. Bu kavram, hem yakın bir tehlikeyi hem de ani ve ağır bir tehdit halini, hatta giderilmesi güç bir zarar doğuracak halleri kapsamaktadır. Söz konusu tehdit veya tehlike gerçek ve aktüel

⁵⁷⁸ R. AYBAY, *Olağanüstü Haller ve İnsan Hakları*, 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 2. Kitap, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, s. 461.

⁵⁷⁹ B. DAVER, *Fevkalade Hal Rejimleri*, AÜSBF Yayınları, Ankara 1961, s. 25.

⁵⁸⁰ T. YILDIRIM, “*Olağanüstü Yönetim Usulleri*”, *Argumentum*, S. 25, Y. 3, 1992, s. 395.

olmalıdır⁵⁸¹. Bernard, ayrıca bir çeşit “gizli acil durum” olan ve bu nedenle aciliyet karinesi teşkil eden bazı faaliyetler bulunduğunu söylemektedir; bunlar genelde bir kriz zamanında ortaya çıkan karışıklıkların çevresinde gelişen durumlardır⁵⁸². Acil kavramı da kamu düzeni kavramının kendisi gibi, zamana ve yere göre değişen bir kavramdır ve etkisi de söz konusu karışıklığın süresi ile sınırlı olup geçicidir. Acil durumun uygulanması aslında kamu düzeni kavramının uygulanması demektir, aciliyet onun bir unsuru haline gelmektedir. Bu kavram özelliği ve uygulanması itibarıyla kamu düzeni kavramından daha kolay belirlenebilen bir kavram olmakla birlikte kamu düzeninden daha sınırlı bir alanda uygulanmaktadır.

Bir olayda acil bir durumun varlığı istisnai bir hukuk yaratmaktadır. Acil durumlarda idarenin hızlı ve etkili bir şekilde müdahale edebilmesi amacıyla yetkilerinin genişlediği ve normal zamanlarda hukuka aykırı olacak, hatta fiili yol olarak nitelendirilebilecek istisnai usuller kullanabildiği, Fransız idare hâkimi tarafından kabul edilmiştir. Hâkim bu kavrama yasal bir düzenlemenin gücüne eş bir uygulama gücü atfetmiştir. Bundan başka acil durum idarenin adli makamlara başvurmada zor kullanma ve re’sen icra yetkisinin de bir şartı olmaktadır⁵⁸³.

2.4.1.2. İstisnai Haller Teorisi

Savaş zamanı yetkileri teorisinin geliştirilmesi ile ortaya çıkan “istisnai haller teorisi” (*la théorie des circonstances exceptionnelles*), 1918 tarihli *Heyriès*⁵⁸⁴ ve 1919 tarihli *Dames Dol et Laurent*⁵⁸⁵ kararları ile oluşmuştur. Savaş ve geniş çaplı grevler

⁵⁸¹ Bknz. G. PAMBOU TCHIVOUNDA, “Recherche sur l’urgence en droit administratif français”, RDP 1983, s. 81-133.

⁵⁸² BERNARD, s. 97.

⁵⁸³ TC, 22 avril 1910; CE 8 juillet 1910; TC, 2 décembre 1902, Société Sainte-Juste, Atıfta bulunan: BERNARD, s. 98.

⁵⁸⁴ CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec. s. 651, Bu kararda Conseil d’Etat, Cumhurbaşkanı’nın, haklarında disiplin önlemi alınmadan önce kamu görevlilerine işlem dosyasının iletilmesini öngören kanun hükmünün uygulanmasını askıya alan kararnamesinin iptal istemini reddetmiştir. Conseil d’Etat’ya göre, 1875 Anayasası’nın 3. maddesinde Cumhurbaşkanı’na verilen, kanunların yürütülmesini sağlama görevi, kanunlar ve diğer mevzuatla kurulan kamu hizmetlerinin, her dönemde yürütülmesinin sağlanması ve savaştan kaynaklanan güçlüklerin bunların işleyişini engellememesini de gözetlemeyi içerir; somut durumda, Kanunun kamu görevlilerine tanıdığı güvence, disiplin yetkisini güçleştirecek ve idarenin işleyişini kesintiye uğratacaktır; savaş döneminde kamu erklerinin işleyiş koşulları dikkate alındığında, Cumhurbaşkanı, kendi otoritesi altındaki kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi için gereken önlemleri bizzat almaya yetkilidir.

⁵⁸⁵ CE, 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, Rec. s. 208, Karara ilişkin bknz. yukarıda s. 188.

gibi bazı istisnai hallerde idarenin harekete geçme ve duruma müdahale etme zorunluluğu doğmaktadır. Bu tür durumlarda, idare hâkimi, idarenin bazı hukuk kurallarına uymamasını meşru kabul edebilir. Bu teoride, tamamen ortadan kalkmamakla birlikte yasallık ilkesinin zayıflaması söz konusudur⁵⁸⁶.

Bernard'a göre bu teorinin özünü kamu düzeni kavramının kendisinde aramak gerekir. İstisnai hallerde kamu düzeni normal zamanlara nazaran daha önemli gereklilikler olarak ortaya çıkmakta; sokaktaki düzenden daha geniş bir kapsamda olmak üzere kamu düzeninin sağlanması daha yoğun ve şiddetli bir zorunluluk olarak belirlemektedir⁵⁸⁷.

Bu teori, uygulamada idarenin eylem ve işlemlerini bazı şartlar altında hukuka uygun kabul etmektedir. Öncelikle idarenin hareketi istisnai bir durumdan kaynaklanmalı ve idarenin normal zamanlara göre genişleyen yetkileri sadece istisnai şartların devam ettiği süre ve yer ile sınırlı olmalıdır. İstisnai haller, acil durumdan farklı olarak çok ciddi ve öngörülemez karışıklıkların varlığı halinde söz konusu olmaktadır. Ayrıca idarenin böyle bir durumun varlığı halinde kamu düzenini yasal olarak sağlaması imkansız olmalı ve yasallık ilkesinin ihlali, o anın gerekliliklerinin ekstrem aciliyetinden kaynaklanmalıdır. Bu koşulların bir arada bulunması halinde idare, bazı hukuk kurallarına aykırı tedbirler alabilmekte ve özgürlükleri normal zamanlarda hukuka aykırı olacak şekilde kısıtlayabilmektedir⁵⁸⁸.

İstisnai haller de acil durumda olduğu gibi özellikle yetki ve şekil kurallarına aykırılığı meşrulaştırmaktadır. Örneğin yetki devrini öngören yasal bir hüküm olmamasına rağmen bir idari makam başka bir makama yetkisini devredebilmekte; hatta yargı içtihatları ile oluşturulan “fiili ajan” kavramına göre idarenin dışında bir kimse, idarenin yetkilerini kullanabilmektedir. Temel hak ve özgürlükleri güvenceye kavuşturmada araç olan şekil ve usul kuralları da daha esnek uygulanmakta hatta ihlal edilebilmektedir. Örneğin, kişi özgürlüğünün veya mülkiyet hakkının vahim biçimde ihlali normal zamanlarda fiili yol sayılarak adli mahkemelerin görev alanına girebilecek

⁵⁸⁶ CHAPUS, s. 1086-1089.

⁵⁸⁷ BERNARD, s. 99.

⁵⁸⁸ JACQUINOT, s. 239.

iken, istisnai hallerde idari yargı yerlerinin görev alanına girmekte hatta hukuka uygun bulunmaktadır⁵⁸⁹.

Bu teoriye göre, özellikle kolluk alanında, idari eylemin hukuka uygunluğu, somut şartlara göre belirlenmekte, başka bir ifade ile hukukun ne olması gerektiği, maddi olgular ile ortaya çıkmaktadır. İdarenin yargısal denetiminin yoğunluk derecesi de bu teoriye göre somut şartlara ve bir olaydaki maddi olguların değerlendirilmesine bağlı olarak değişecektir. Conseil d'Etat, normal zamanlarda uygulanan hukuki rejimi, kriz zamanlarının gerekliliklerine uyarlamıştır. Bu uyarlama, doğal olarak yasakoyucuyu rahatsız etmiş, ülkede ortaya çıkabilecek ciddi tehlikeler karşısında uygulanacak kuralları düzenlemesine sebep olmuştur. Bunun sonucunda Fransa'da sıkıyönetim (*état de siège*) ve acil durum (*état d'urgence*) rejimi ile savaş zamanlarında uygulanacak kurallar kabul edilmiştir. Bunların dışında, istisnai hallerde yetki yasası tekniği ile hükümetin yetkisi arttırılarak normal zamanlarda uygulanan kurallardaki sınırların ve engellerin aşılması yoluna gidilmiştir. Ancak yasakoyucunun normal zamanlarda çıkardığı yasalar, her durumu öngörüp, her ihtiyaca cevap verebilecek düzenlemeler içermez; yetki yasalarının da somut durumun ihtiyaçları doğrultusunda, yeterince çabuk bir biçimde ilgili yasalarda değişiklik yapabilmeleri mümkün olmamaktadır. Bu nedenle “istisnai haller teorisi” oluşturulmuştur⁵⁹⁰.

Normal zamanlarda, idarenin davranışı, somut olayın koşullarına göre yasakoyucunun belirlediği sınırlar çerçevesinde belirlenebilirken, istisnai hallerde ve savaş zamanlarında, normal zamanlarda geçerli olan bu çerçeve, somut durumun ihtiyaçları bakımından çok dar kalmaktadır; bu durumda pozitif hukuk kurallarının değiştirilmesi gerekir. Böyle kriz zamanlarında, dar anlamıyla kamu düzeninin mutlaka sağlanması ve kurtarılması gerekir. Kamu düzeninin sağlanamaması devletin devamının ve toplum hayatının tehlikeye girmesi demektir; bu durumda tüm kamusal özgürlüklerin er veya geç tehlikeye düşmesi kaçınılmaz olur. Bu nedenle kamu düzeninin bütün diğer kamusal özgürlüklerden önce gelmesi ve özgürlüklerin kamu düzenini sağlamak için feda edilmesinin kabul edilmesi zorunludur. Bu görüş çerçevesinde “istisnai haller”

⁵⁸⁹ M. OYTAN, “Fransa’da Olağanüstü Hal ve Koşullar Nazariyesi”, DD, S. 40-41, 1981, s. 11.

⁵⁹⁰ A. MATHIOT, “La théorie des circonstances exceptionnelles”, in Etudes offertes à A. MESTRE, Sirey, 1956 Paris, s. 414.

teorisi, kamu yararının üstünlüğü esasına ve devletin kurtarılması gerektiği fikri üzerine kurulmuş olan bir teoridir⁵⁹¹.

Fransa’da idari yargı içtihatları ile geliştirilen “istisnai haller” teorisi, Almanya’dakinden farklı olarak, ortaya çıkan somut şartların gereklilikleri karşısında hukukun zorunlu olma özelliğini yitirdiği ya da yürütmenin hukukla bağlı olmak zorunda olmadığı bir rejimi ortaya çıkarmamaktadır. Bu teorinin temelinde, hukukun kaynakları ve hâkimin hukuk yaratma teorisi yatmaktadır. Hâkimin görevi hem var olan hukuk kurallarını uygulamak hem de pozitif hukukun öngörmediği bir durum karşısında uygulanacak hukuk kuralını araştırmaktır. “İstisnai haller”de yargı kararlarının, idarenin var olan hukuk kurallarından bazılarına uygun davranmaktan muaf olduğuna hükmetmesi, aslında hâkimin hukuku *contra legem* değil, *praeter legem* uygulama yetkisinden kaynaklanmaktadır⁵⁹².

Yasakoyucu kriz zamanlarında uygulanacak yasal bir rejim öngörmüşse hâkim bu rejimi uygulayacaktır. Fakat böyle bir rejim öngörülmemiş ise, hâkim önüne gelen uyuşmazlık açısından bir kanun boşluğu olduğuna karar vererek, kendisi bir yasakoyucu imiş gibi uygulanacak kuralı kendi yaratacaktır. Waline’in deyişiyle istisnai hallerde, normal zamanda geçerli olan pozitif hukuk, hâkimin doğal hukuk ve hakkaniyet ile ilgili algısını o derece şok etmektedir ki, bilerek ve isteyerek sanki bir hukuk boşluğu varmış gibi davranmaktadır⁵⁹³. Sonuç olarak “istisnai haller” zamanında uygulanan hukuk, mevcut pozitif hukuka aykırı biçimde değil, fakat hukukun yanında ve normal zamanlarda yargı içtihatlarının yararlandığı usuller izlenmek suretiyle oluşturulmuş bulunan bir hukuktur.

İdare hâkiminin “istisnai haller”de üç aşamalı bir denetim gerçekleştirdiği söylenebilir. Öncelikle önüne gelen uyuşmazlıkta normal pozitif hukuk kurallarının uygulanamaz olduğuna karar verebilmek için ortada “istisnai haller” kapsamına giren bir durum olduğunu tespit edecektir. Conseil d’Etat, idari makamların ileri sürdüğü iddialarla yetinmemekte, önüne gelen uyuşmazlıkta istisnai haller kapsamına giren bir durum söz konusu olup olmadığını kendisi değerlendirmektedir. Koşullarda bir

⁵⁹¹ OYTAN, “Fransa’da Olağanüstü Hal ve Koşullar Nazariyesi”, s. 8.

⁵⁹² MATHIOT, s. 416.

⁵⁹³ OYTAN, “Fransa’da Olağanüstü Hal ve Koşullar Nazariyesi”, s. 10.

değişiklik uygulanacak hukuku değiştirecektir ve bazı idari faaliyetler açısından istisnai hal teşkil edecek bir durum, aynı yer ve zamanda başka faaliyetler açısından normal sayılabilmektedir. Bu konuda hâkimin geniş bir değerlendirme yetkisinin varlığını kabul etmek gerekir. Savaş hali, seferberlik, kamu hizmetlerinde uygulanacak genel bir grev tehdidi, toplum içinde oluşan yüksek gerilim ve hareketlilikten kaynaklanan durumlar, ciddi sosyal karışıklıkların çıkması ihtimali, salgın hastalıklar, Fransız yargı içtihatlarınca istisnai haller olarak kabul edilen durumlardandır.

İkinci olarak idare hâkimi, idarenin müdahalesini zorunlu kılan üstün bir çıkarın varlığını arayacaktır. İstisnai haller teorisinin acil hal teorisinden farkı çok önemli ve büyük bir kamusal yararın varlığı halinde uygulanabilir olmasıdır. Bu neden Hauriou'nun deyişiyle “Devletin meşru müdafaası” olabilir; milli savunma, kamu hizmetlerinin sürekliliğinin ve şartlara uyarlanmasının sağlanması, kamu düzeninin korunması, ekonomik alanda süratli biçimde müdahale etme zorunluluğu, idareye zorunlu olan maddi kaynağın sağlanması, daha hızlı ve etkin bir idari hareketin gerekliliği gibi nedenler de yargı içtihatları ile kabul edilmiş üstün yararlar arasında sayılabilir.

Sonuncu olarak hâkim idarenin müdahale etme ödevi ile pozitif hukuka uygun davranma ödevi arasındaki çatışmayı tartacaktır. Yani idarenin hareketi, söz konusu olan üstün yararı koruma amacına ulaşmak için zorunlu olan bir hareket olmalıdır. Bu kapsamda sebep-araç-amaç dengesi, yani ölçülülük ilkesi denetlenecektir⁵⁹⁴. 1954 yılında aynı gün verilen üç kararda Hükümet Komiseri olan Chardeau'ya göre, bu alanda hâkimin yetkisi çok geniş olup maddi olguların gerçekliğinin saptanmasının yanında, bunların hukuki nitelendirmesini ve alınan tedbirin etkililiğini ölçmeyi de kapsamaktadır⁵⁹⁵.

⁵⁹⁴ MATHIOT, s. 419-421, 427; OYTAN, “Fransa’da Olağanüstü Hal ve Koşullar Nazariyesi”, s. 10-11.

⁵⁹⁵ M. CHARDEAU, “Conclusions sur les arrêts du CE, 10 décembre 1954, *Haut-Commissaire de France en Indochine; Andreani, Desfontes*”, RPDA 1955, s. 31-33.

2.4.2. Fransa’da Yasal Rejim Kapsamındaki Olağanüstü Yönetim İşlemlerinde Yargısal Denetim

Fransız hukukunda, kamu düzenini korumak üzere bu alanda yargı içtihatlarından yola çıkarak ana hatlarını yasakoyucunun belirlediği olağanüstü yönetim usulü olan sıkıyönetim (*état de siège*) 1958 Anayasası’nda da düzenlenmiştir. Bununla birlikte Anayasa Konseyi, anayasal normların sıkıyönetimden başka, acil hal (*état d’urgence*) gibi olağanüstü yönetim usullerinin düzenlenmesine izin verdiğini kabul etmektedir. Türk hukukuna benzer bir biçimde Fransız pozitif hukukunda bu alanda iki yasal rejim bulunmaktadır: Sıkıyönetim ve acil hal⁵⁹⁶. Fransız idare hâkimi, bu yasal metinlerde düzenlenen kolluk yetkilerini geniş yorumlama eğilimindedir. Geçtiğimiz yüzyılın ortalarında Fransız idare hâkiminin tutumu, istisnai haller teorisi çerçevesinde, bir yasal metne dayanmaksızın alınan kolluk tedbirlerinin denetimi ile bu alanda Sıkıyönetim Kanunu ya da Acil Hal Kanunu gibi açık yasal bir düzenlemeye dayanılarak alınan kolluk tedbirlerinin denetiminde farklılaşmaktadır. Birinci durumda hâkim, normal zamanlarda idarenin bağlı olduğu kuralları esnek bir biçimde uygulamakta, fakat yoğun ve etkin bir denetim gerçekleştirmektedir. Genişleyen kolluk yetkilerinin bir yasaya dayandığı ikinci durumda ise hâkim daha gevşek bir denetim tercih etmekte idarenin müdahalesinin gereklerini özgürlüklere oranla birinci planda tutmaktadır. Hatta hâkim, Cumhurbaşkanının Fransız Anayasası’nın 16. maddesinde⁵⁹⁷ düzenlenen istisnai yetkilerine dayanarak aldığı kararları, bunların hükümet tasarrufu olmaları gerekçesiyle denetlemekten kaçınmaktadır⁵⁹⁸. Bununla birlikte hâkim, bu kararların uygulanması niteliğindeki idari işlemleri denetlemektedir. Fakat bu denetim, maddi olayların hukuki nitelendirilmesini kapsamamakta, hatta bazen maddi olayların gerçek olup olmadıklarını etkin bir şekilde araştırmayan bir denetim şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

⁵⁹⁶ JACQUINOT, s. 241.

⁵⁹⁷ 1958 Anayasası’nın 16. maddesinin 1. fıkrası: “Cumhuriyetin kurumlarının, ulusun bağımsızlığının, ülkenin bütünlüğünün ya da devletin uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmesinin ciddi ve ani bir biçimde tehlikeye düşmesi halinde; Cumhurbaşkanı, Başbakanın, Meclis Başkanlarının ve Anayasa Konseyinin resmi görüşünü alarak, durumun gerektirdiği tedbirleri alır.”

<http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/constitution2.htm#titre2> (26.06.2009).

⁵⁹⁸ CE Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, Rec. s. 143.

İdare hâkimi, acil hal rejimini düzenleyen yasal düzenlemelere dayanılarak alınan kolluk tedbirlerinde, normal zamanlarda alınan kolluk tedbirlerinin aksine idarenin takdir yetkisi olduğunu kabul etmektedir. Bunun sonucunda da maddi olayların hukuki niteliğinin idare tarafından doğru yapılıp yapılmadığını kontrol etmemekte ve alınan tedbirlerde ölçülülük ilkesinin varlığını aramamaktadır. Hâkim burada, dava konusu edilen işlemin sebep unsurunun yasa kapsamında yer alıp almadığını, yasanın lafzına göre, genel ve soyut bir biçimde incelemektedir⁵⁹⁹. Hâkimin, işlemin dayandığı maddi olguların gerçekleşip gerçekleşmediğini etkin bir şekilde araştırmaması, olağanüstü kolluk işlemlerinde normal zamanlardakinden farklı olarak gerekçe ve ilgiliye bildirim yapma zorunluluğunun bulunmaması ile açıklanmaktadır. Hâkim maddi olguların gerçekleşmediği dava dosyasından çıkarılamadığı durumlarda, kendiliğinden araştırma yetkisini kullanmamakta ve idarenin var olan bir şüpheden yararlanmasına izin vermektedir⁶⁰⁰.

2.4.3. Türk Hukukunda Olağanüstü Yönetim Usullerinde Yargısal Denetim

Türk hukukunda Fransız hukukundan farklı olarak, yasal bir rejim dışında olağanüstü durumlarda kolluk yetkilerinin genişlemesi kabul edilmemiştir. İdare hâkiminin olağanüstü dönemlerde kamu düzenini sağlamak amacıyla hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların hukuka uygunluk denetiminde uyguladığı hukuki rejim normal zamanlarda uyguladığı hukuki rejimden farklıdır. Hâkimin hukuka uygunluk denetimi vasıtasıyla olağanüstü dönemlerde kamu düzeni ilkesini nasıl somutlaştırdığını açıklığa kavuşturmak için uygulamakla yükümlü olduğu hukuki rejimi, ana hatlarıyla hatırlamak gerekmektedir.

⁵⁹⁹ CE, 16 décembre 1955, *Dame Bourokba*, D. 1956, s. 392; CE, 13 novembre 1964, *Ministre de l'Intérieur c/Livet*, D. 1965, s. 584; CE, 22 avril 1966, *Mony et Tochou*, RDP 1966, s. 584. Kararları aktaran: LOSCHAK, s. 195.

⁶⁰⁰ TA, Alger 8 juillet 1955, Fail; CE, 16 décembre 1955, *Dame Bourokba*, Kararları aktaran: LOSCHAK, s. 195.

2.4.3.1. Anayasal Dayanak

Türk hukukunda, olağanüstü dönemlerde kolluk tedbirleri ile getirilen kısıtlamaların normal dönemlere göre daha geniş olması Anayasa ve yasalarla tanınan bir yetkidir. 1982 Anayasası'nın benimsediği sisteme göre olağanüstü durumlarda bile para, mal ve çalışma yükümlülükleri getirilmesi, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması veya durdurulması ancak yasa ile olabilmektedir. Anayasa'da olağanüstü hal ve sıkıyönetim olmak üzere iki olağanüstü yönetim usulü düzenlenmiştir. Bu yönetim usullerinin nasıl uygulanacağı ve bu hallerde hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlanacağı veya durdurulacağı yasayla düzenlenir. Bu hususlar 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu ile düzenlenmiştir. Dolayısıyla Türk hukukunda olağanüstü hallerde bir hakkın kullanılmasının sınırlandırılması normal zamanlardan farklı bir yasal rejime dayanmaktadır. Öncelikle, Anayasa temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların sınırı bakımından olağanüstü dönemler için normal zamanlardan farklı bir düzenleme öngörmektedir. Anayasa'nın 15. maddesi gereğince: "Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."

Anayasa'nın bu hükmü, olağanüstü hallerde sadece yasama organının değil yürütme organı ve idarenin de temel hak ve özgürlüklere getireceği sınırlamaların sınırını belirlemektedir. Buna göre, 15. maddenin 1. fıkrası uyarınca olağanüstü hallerde idarenin kamu düzenini korumak amacıyla alacağı tedbirler,

1. Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal edemez.

2. Durumun gerektirdiği ölçüyü aşamaz.
3. Maddenin 2. fıkrasında sayılan hak ve ilkelerden oluşan “çekirdek alan”a dokunamaz.

Demek oluyor ki, temel hak ve özgürlüklere yapılan sınırlamaların hukuka uygunluk koşulu olan ölçülülük ilkesi olağanüstü yönetim usulleri kapsamında getirilecek sınırlamaların hukuka uygunluğu için de zorunlu bir ölçüttür.

Anayasa’nın 119. ve 122. maddelerine göre olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanı Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından yapılır. Bakanlar Kurulu’nun sıkıyönetim ve olağanüstü hal ilanına ilişkin işlemleri 1924 Anayasası döneminde “hükümet tasarrufu” olarak kabul edilmiş ve yargı denetimi dışında kalması gerektiği belirtilmiştir. Günümüzde, Anayasa’da bu işlemleri yargı denetimi dışında bırakan bir düzenleme olmamasına rağmen, “hükümet tasarrufu” olarak nitelendirilmemekle birlikte, aslında bir yasama tasarrufu niteliğinde olmaları gerekçesiyle bu işlemlerin yargısal denetimi idari yargı tarafından kabul edilmemektedir. Danıştay, sıkıyönetim ilanına karşı açılan bir davada, buradaki Bakanlar Kurulu kararının organik-şekli bakımdan bir idari tasarruf olarak gözükmese de rağmen nitelik bakımından bir yasama tasarrufu olduğu, TBMM’nce benimsenip onaylandıktan sonra bir yasama organı tasarrufu haline dönüştüğü ve dava konusu işlemin artık idari bir işlem olmadığı gerekçesi ile görevsizlik kararı vermiştir⁶⁰¹. Türk hukukunda TBMM’nin, olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanı kararını onaylayan veya reddeden kararı, bir meclis kararı olarak kabul edildiğinden Anayasa Mahkemesi’nin denetimi dışında kalmaktadır⁶⁰². Bu durumda Anayasa’nın 119, 120 ve 122. maddelerinde düzenlenen, olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanını gerektiren sebeplerin gerçekleşip gerçekleşmediği, yargısal bir denetime konu olamamaktadır. Konumuz açısından bunun en önemli sonucu şudur: Kamu düzeninin normal zamanlardan daha ciddi bir şekilde bozulup bozulmadığı ya da bozulma tehlikesinin olup olmadığı konusundaki değerlendirmeyi sadece Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu yapabilmekte; başka bir deyişle böyle zamanlarda kamu düzeninin ne olduğunu

⁶⁰¹ D.İDDK, K. 1970/442, E. 1970/389, T. 03.07.1970, DD, S.2, s.19.

⁶⁰² AYM, K. 1970/41, E. 1970/51, T. 17.11.1970, AMKD, S.8, s. 443.

belirleyecek ve dolayısıyla kamu düzeni kavramını somutlaştıracak tek makam hükümet olmaktadır.

2.4.3.2. Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Tedbirlerinin Yargısal Denetimi

Kuzu'ya göre, olağanüstü hal tedbirleri üzerinde yargı organlarının denetimi, gerek uygulamada gerekse öğretide rahat bir şekilde kabul edilememektedir; çünkü bu dönemlerde alınan tedbirlerin içeriği genellikle siyasi karakterlidir. Bu nedenle, bu işlemler üzerindeki yargısal denetim yerindelik denetimi yapılması anlamına gelecektir. Özellikle olağanüstü halin ilanına ve Anayasa'yı kısmen veya tamamen geçici bir süre askıya almaya ilişkin kararlara karşı yargı denetimi, bu işlemlerin önemli ölçüde siyasi içeriğe sahip kararlar olmaları nedeniyle yapılamaz. Gerek Bakanlar Kurulu gerekse TBMM, olağanüstü bir kamu düzeni bozukluğuna yol açan olayların, sadece bir kamu düzeni ihlali olmaktan çıkıp, milli güvenlik için bir tehlike arz ettiğine karar vermişlerdir. Milli güvenliği sağlamak ise siyasi olarak sorumlu bulunan organlar olan yasama ve yürütmenin görevidir. Aynı şekilde olağanüstü halin sona ermesine, süresinin uzatılmasına veya kısaltılmasına ilişkin işlemler de aynı nedenden ötürü yargı organı tarafından denetlenememelidir. Bu işlemlerin icrai niteliği olmayan, Hükümet-Parlamento ilişkileri içinde düşünülmesi gereken işlemler olduğu açıktır. Buna karşılık, yargı organı olağanüstü hale ilişkin uygulama tedbirlerini denetleyebilecektir. Zira bu işlemlerin idari yönü daha ağır basmaktadır. Olağanüstü tedbirlerin alınmasını haklı gösteren amaca yönelik olmayan ve olağanüstü halle ilgili bulunmadığı çok açık ve net olan işlem ve tedbirlerin mahkemelerce yokluklarının araştırılması her zaman mümkündür. Kuzu'ya göre yargı yerinin bu durumlarda idari işlemlerde yokluğu tespit etmesi "yerindelik" unsurunu içermez. Fakat olağanüstü dönemlerde alınan tedbirlerin amaç unsurunda hukuka aykırılığın tespit edilmesi son derecede güçtür. Ayrıca yargı yeri uygulama tedbirlerini yetki ve şekil açısından denetleyebilmelidir⁶⁰³.

Anayasa'nın 121 ve 122. maddeleri uyarınca, olağanüstü dönemlerde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun, yetki kanuna gerek

⁶⁰³ B. KUZU, Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1993, s. 371-376.

duyulmadan kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin bulunması, Fransa’da yönetimin yasal bir dayanak olmaksızın kendiliğinden bazı önlemleri almaya yetkili olmasına benzemektedir⁶⁰⁴. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri, olağan dönemlerdekinden farklı olarak temel hak ve özgürlükleri düzenleyebilir ve Anayasa’nın 128. maddesi uyarınca yargı denetimine tabi değildirler⁶⁰⁵. Soysal’ın da belirttiği gibi, yargı denetimine en çok gereksinim duyulan bir durumda yargı denetimi büsbütün kaldırılmış olmaktadır. Yönetime tanınan bu kolaylık, hak ve özgürlükler açısından en ciddi tehlikeyi oluşturmakta ve Anayasa’nın güvence sistemini bertaraf etmektedir⁶⁰⁶.

Olağanüstü Hal Kanunu ve Sıkıyönetim Kanunu, bu dönemlerde alınacak tedbirleri tek tek sayarak düzenlemişlerdir. Yani olağanüstü yönetim usullerinde, idari ve askeri makamların yetkisi, bu dönemlerde alacakları tedbirlerin konu unsuru bakımından bağlı yetki olmaktadır⁶⁰⁷.

1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun Ek 3. maddesine göre “Bu Kanunla sıkıyönetim komutanlarına tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz.”⁶⁰⁸ 285 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında KHK’nin 7. maddesi de bu KHK ile Olağanüstü Hal Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılmayacağını öngörmüştür. Bu iki yasal hüküm, Anayasa’nın 125. maddesinde yer alan ve idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu yolundaki düzenlemeye açıkça aykırıdır. Anayasa Mahkemesi 25404 sayılı ve 16.03.2004 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan kararında, 285 sayılı KHK’nin, Anayasa’nın 121. maddesi kapsamında bir olağanüstü hal Kanun Hükmünde Kararnamesi niteliğinde olmadığı ve

⁶⁰⁴ GÖZÜBÜYÜK / TAN, s. 645.

⁶⁰⁵ Olağanüstü hallerde çıkarılacak kanun hükmünde kararnamelere ilişkin olarak bkz. T. YILDIRIM, “*Olağanüstü Yönetim Usulleri*”, s. 397-404.

⁶⁰⁶ M. SOYSAL, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1987, s. 202.

⁶⁰⁷ Bknz. 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu, 3. ve 4. maddeler; 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11. maddeler.

⁶⁰⁸ 2001 yılında, 4709 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliğine kadar, “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” diyen Anayasa’nın 125. maddesine açıkça aykırı olan bu maddenin Anayasa’ya aykırılığı Anayasa’nın Geçici 15. maddesi uyarınca ileri sürüleliyordu. 2001 Anayasa değişikliği kapsamında bulunan belki de en önemli yenilik, Anayasanın Geçici 15. maddesinin üçüncü fıkrasındaki, “Bu dönem (12 Eylül 1980 – 7 Aralık 1983) içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez” hükmünün madde metninden çıkarılarak, 12 Eylül tasarruflarına karşı Anayasa yargısı yolunun açılmış olmasıdır. Fakat 1402 sayılı Yasanın Ek 3. maddesi henüz Anayasa Mahkemesi’nin denetimine konu olmamıştır ve halen yürürlüktedir.

bir yetki yasasına dayanmadığı gerekçesiyle, anılan KHK'nin 7. maddesini Anayasa'nın 91. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir⁶⁰⁹. Fakat söz konusu 7. maddenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptalinden önce, Danıştay tarafından nasıl uygulandığı konumuz açısından önemlidir.

İdare hâkimi önüne gelen bir idari işlemin yargı denetimi kapsamı dışında bulunan bir olağanüstü hal veya sıkıyönetim tedbiri niteliğinde olup olmadığını, idari işlemin yetki unsuru bakımından denetlemektedir.

Örneğin, bir ilçede nüfus müdürü olarak görev yapmakta olan bir kamu görevlisinin, başka bir ilde bulunan bir ilçede veri hazırlama kontrol işletmeni kadrosuna memur olarak atanmasına ilişkin işlemi Danıştay, yetki bakımından incelemiş ve unvan değişikliği kısmını iptal etmiştir. 285 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında KHK'nin 425 sayılı KHK ile değişik 4/g maddesinde, Olağanüstü Hal Bölge Valisinin görev alanı içindeki illerde genel güvenlik, asayiş ve kamu düzeni bakımından çalışmalarında sakınca görülen veya hizmetlerinden yararlanılmayan kamu personelinin yer değiştirmesini veya görev alanı dışında geçici veya sürekli görevlendirilmesini ilgili kurum ve kuruluşlardan isteyebileceğini, bu isteklerin derhal yerine getirileceğini, 7. maddesinde ise, bu KHK ile Olağanüstü Hal Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılmayacağı öngörülmüştür. Danıştay bu kararında, kamu personeline unvan değişikliği yapılmasının, anılan KHK'nin 4/g maddesi uyarınca Olağanüstü Hal Bölge Valisinin yetkisi kapsamına dahil olmadığını, tek başına nakil işleminin ise aynı KHK'nin 7. maddesi uyarınca yargı denetimi dışında olduğunu belirtmektedir⁶¹⁰.

Yine başka bir kararında, bir naklen atama işlemine ilişkin olarak benzer bir biçimde Danıştay, "(...) dava konusu işlemin tesis edildiği 25.2.1993 tarihinde Olağanüstü Hal ilan edilen iller arasında sayılmayan Bitlis İlinde Olağanüstü Hal uygulamasının geçerli olmayacağı ve Bitlis Sağlık Meslek Lisesinde görev yapan davacı

⁶⁰⁹ AYM, K. 2003/42, E. 2003/28, T. 22.05.2003.

⁶¹⁰ "Olayda, (...) İlçesi Nüfus Müdürü olan davacı Olağanüstü Hal Bölge Valisinin isteği üzerine davalı Bakanlığın dava konusu işlemi ile bir yandan bölge dışına çıkarılıp ... İlçesine naklen atanmışken diğer yandan bu atama kararında görevi Veri Hazırlama Kontrol İşletmenliği kadrosunda memur olarak belirlenmiş bulunmaktadır. Bu belirlemenin Olağanüstü Hal Bölge Valisiyle hiçbir ilişkisinin bulunmadığı, dolayısıyla işlemin bu kısmının 285 sayılı KHK'nin 4/g. maddesi kapsamında düşünülemeyeceği açıktır.", D.5.D, K. 1997/2542, E. 1995/4292, T. 11.11.1997.

hakkında Olağanüstü Hal Bölge Valisinin nakil teklif etme yetkisi bulunmadığı”nın açık olduğunu ifade etmektedir⁶¹¹. Ayrıca dava konusu işlemin yetki unsurunu yer bakımından hukuka aykırı bulan bu kararında, Yüksek Mahkeme, 285 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında KHK’nin 425 sayılı KHK ile değişik 4.maddesinin 2. fıkrasının (g) bendinde belirtilen hallerde yer değiştirme konusunda idareye tanınan yetkinin bağlı yetki niteliğinde olduğunu söylemektedir. Dava konusu işlemin gerekçeleri bakımından söz konusu bağlı yetkinin koşullarının oluşmadığını belirttikten sonra Yüksek Mahkeme, dava konusu naklen atama işleminin olağanüstü hal rejimi kapsamı dışında ve idarenin, memurların görev ve görev yerlerinin değiştirilmesi konusundaki olağan yetkisi kapsamında denetlenmesi gerektiğine karar vermiştir⁶¹².

Danıştay, olağanüstü yönetim usullerinde alınan tedbirlerin yetki unsurunu zaman bakımından da denetlemekte, süre bakımından geçici olan olağanüstü hal rejimlerinin ortadan kalkmasından sonra da etkili olan tedbirleri iptal etmektedir.

Yüksek Mahkeme’nin daha çok sıkıyönetim tedbirlerine ilişkin olan bu kararları⁶¹³ ünlü “1402’likler Kararı” olarak bilinen bir İçtihadı Bileştirme Kararının konusu olmuştur⁶¹⁴. Bu karar Türk hukukunda, olağanüstü hal uygulamalarında hukuka uygunluk denetimi açısından özellikle üç hususta önemli ve tarihi bir karardır.

Öncelikle Yüksek Mahkeme’nin dava konusu işlemleri, sebep-araç-amaç arasında bulunması gereken ölçülülük bakımından denetlediği, kararda geçen şu

⁶¹¹ D.5.D, K. 1996/2718, E. 1994/1425, T. 16.09.1996.

⁶¹² “285 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 425 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 4.maddesinin ikinci fıkrasının (g) bendinde belirtilen hallerde yer değiştirme konusunda idareye tanınan yetki bağlı yetki niteliğinde olup, olayda belirtilen gerekçelerle bağlı yetkinin koşulları mevcut değil ise de, bu durumun kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilerek memurların kurumlarınca görevlerinin ve görev yerlerinin değiştirilmesi konusundaki genel takdir yetkisini ortadan kaldırmasının düşünülmeyeceği de şüphesizdir.”

⁶¹³ “(...) Anayasanın 15 ve 122. maddelerinin açık metninden de anlaşılacağı üzere sıkıyönetim, dayanağını Anayasadan ve Anayasanın üstünlüğü ilkesinden alan hukuksal bir kurum olup sıkıyönetim ilanını gerektiren hallerde bağlı olarak yürürlüğe konulan ve bu hallerin ortadan kalkması durumunda sona eren geçici bir rejimdir. Sıkıyönetim rejiminin bu niteliği sıkıyönetim idaresince alınan önlemlerin sıkıyönetimin kalkmasıyla birlikte sona erdiğinin kabulünü de zorunlu kılar. Başka bir ifadeyle, sıkıyönetim dönemine özgü yetkilerin ve bu yetkilere dayanılarak alınan önlemlerden bir bölümünün bu dönemin bitmesinden sonra da uygulama alanında kalmasının kanunla sağlanmasına Anayasanın 122.maddesi ve aşağıda ayrıca değinilecek olan 13.2.maddesi hükümleri elvermez. Dolayısıyla 1402 sayılı Yasanın 2.maddesinin 2766 sayılı yasa ile değişik son fıkrasında yer alan “Bu şekilde işlerine son verilen memurlar, diğer kamu görevlileri ve kamu hizmetlerinde görevli işçiler bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar.” ibaresini bu espi içinde ve sıkıyönetim yöre ve süresiyle sınırlı bir hüküm olarak ele alıp değerlendirmek gerekir.” D.5.D. K. 1988/2966, E. 1987/1806, T. 12.12.1988; D.5.D, K. 1988/1470, E. 1986/1004, T. 04.05.1988.

⁶¹⁴ K. 1989/4, E. 1988/6, T. 07.12.1989, 20428 sayılı ve 09.02.1990 tarihli RG, s. 67.

ifadelerden çıkarılabilmektedir: “Sıkıyönetim ilanını gerektiren nedenlerle hiçbir ilgisi bulunmayan ve memur hukukuna ilişkin kurallar içinde çözümlenmesi mümkün olan bir konuda Sıkıyönetim Komutanına böyle bir yetki verilmesi amacı aşan bir yetkidir.” İkinci olarak, İçtihadı Birleştirme Kurulu “işe son verme” işlemlerine karşı idari yargı ve anayasa yargısı yollarının kapatılmış olduğunu tespit ederek, konuyu AİHM’ne başvuru için gerekli olan iç denetim yollarının bulunmaması şartı açısından da değerlendirmiştir. Son olarak söz konusu karar, dava konusu işlemlerin, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal ettiğini tespit etmiştir. 1966 yılında Resmi Gazete’de yayınlanan ve İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkındaki Uluslararası Sözleşme olan 111 sayılı ILO Sözleşmesi, iş ve mesleğe girmede ve çıkarılmada eşitliği yok edici veya bozucu uygulamaları yasaklamaktadır. Bu Sözleşmeye göre devlet güvenliğine ilişkin faaliyetler nedeniyle alınan tedbirlerin meşru olabilmesi için yetkili bir makama başvuru hakkının tanınması gerekmektedir⁶¹⁵.

Bunlardan başka Azrak’a göre “1402’likler Kararı”nın bir diğer önemli özelliği, Danıştay’ın, idarenin uyguladığı kanunu aşarak doğrudan doğruya Anayasa’nın kamu hizmetlerine giriş hakkını düzenleyen 70. maddesindeki hükmü uygulamasıdır⁶¹⁶.

Yargı denetimine kapalı olan olağanüstü yönetim işlemlerini yetki unsurunu yer, konu ve zaman bakımından denetleyen yukarıdaki kararlardan şu sonuç çıkmaktadır: Danıştay, olağanüstü hal rejimlerinde alınan tedbirleri yetki bakımından denetleyerek, aslında bu tedbirlerin birer olağanüstü hal ya da sıkıyönetim tedbiri niteliğinde olup olmadığını denetlemekte ve değerlendirmektedir. İlgili makamların bu tedbirleri olağanüstü hal ya da sıkıyönetim tedbiri olarak nitelendirmeleri, Yüksek Mahkeme’yi bağlamamaktadır. Bununla birlikte Danıştay bir kararında “285 sayılı KHK ile Olağanüstü Hal Bölge Valisine (yetki devri halinde yetkinin devredildiği il Valisine) tanınan yetkiler, istisnai yetkiler olup anılan KHK’nin 7.maddesindeki yasaklama da göz önüne alındığında, bu yetkilere dayanılarak tesis edilen idari işlemlerde bunların hukuki dayanağının açıkça belirtilmesi, diğer bir ifade ile işlemin 285 sayılı KHK. 4. maddesi uyarınca tesis edildiği hususunun açıkça belirtilmesi

⁶¹⁵ R. AYBAY, *Olağanüstü Haller ve İnsan Hakları*, 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 2. Kitap, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, s. 469.

⁶¹⁶ A. Ü. AZRAK, *İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu*, Anayasa Yargısı, 1992, S.9, s.329.

gerekmektedir.” diyerek, hukuki dayanağı açıkça belirtilmemiş bir işlemi olağanüstü hal tedbiri niteliğinde kabul etmemiş ve normal denetim uygulamıştır⁶¹⁷. Bu konuda Danıştay’ın, olağanüstü hal rejimlerinde alınan tedbirleri yargı denetimi dışında bırakan düzenlemeleri dar yorumlayarak, mümkün olduğunca yargı denetimini geçerli kılmaya çalıştığını söyleyebiliriz.

Olağanüstü hal tedbirlerinin esasa dair unsurlarının yargısal denetiminde Danıştay’ın zaman zaman sınırlı bir denetimi tercih ettiği görülmektedir. Danıştay bu alanda, dava konusu işlemin sebep unsurunu oluşturan maddi olayların hukuki nitelendirmesini yapmaktan kaçındığı gibi, bu olayların gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda bile etkin bir araştırma yapmadığı da bazı kararlarında tespit edilebilmektedir. Bu alanda örnek oluşturabilecek aşağıdaki kararda, ilk derece mahkemesi normal bir denetim yaparak bir olağanüstü hal tedbirini iptal ederken, Danıştay sınırlı bir denetim uygulayarak bu iptal kararını bozmuştur.

“İdare Mahkemesi; güvenlik bakımından hassasiyeti olan bölgede yapılacak toplantı ve yürüyüşlere izin verilmesinde idareye tanınan takdir yetkisinin mutlak ve sınırsız olmadığı, idarenin, bölgenin hassasiyeti ile birlikte hukukun üstünlüğü prensibini esas almak ve Anayasa ile tanınan hakları engellemek durumunda olduğu, takdir yetkisinin sınırsız tutulmasının, sadece bölgenin hassasiyeti ön planda tutularak Anayasa ile tanınan hakların kullanılmasının engellenmesi sonucunu doğurabileceği, toplantıya izin verilmemesinde 2911 sayılı Yasanın 17.maddesinde belirtilen amaçları güden fiillerin işlenmesinin kuvvetle muhtemel bulunduğu belirtilmekte ise de, söz konusu fiillerin işlenip işlenmeyeceğine ilişkin somut kanıtların bulunmadığı, toplantıyı düzenleyecek kişiler hakkında bilgi fişlerinin bulunmasının yasal olarak çıkartılan derginin yıldönümünün kutlanamayacağı sonucunu doğurmayacağı, idarece ileri sürülen ve kapalı toplantıyı yasaklamaya gerekçe gösterilen hususların yeterli olmayıp, soyut iddialar niteliğinde bulunduğu işlemin bu haliyle hukuka aykırı görüldüğü gerekçesiyle dava konusu işlemleri iptal etmiştir.

(...)

⁶¹⁷ D.5.D, K. 1995/2483, E. 1995/1349, T. 12.09.1995.

*Dava dosyasının incelenmesinden, davalı idarece, "Deng isimli derginin kuruluş yıldönümünü kutlamak amacıyla, bu derginin Van irtibat bürosu çalışanlarından oluşan düzenleme kurulu tarafından kapalı salonda gerçekleştirilmek istenilen toplantıya; bölgede aynı amaçla yapılan toplantılarda muhtelif olaylar olduğu, düzenleme kurulu üyelerinin hakkında, yasadışı örgütler adına faaliyette bulunmak yolunda bilgi fişleri bulunduğu, toplantıda gösterilecek slayt asıllarının verilmediği ve yapılacak konuşma metninin de incelenmesinden toplantının milli güvenlik gereklerini ihlal edici nitelik taşıdığı gerekçesiyle izin verilmediği anlaşılmaktadır. Olağanüstü halin uygulanmakta olduğu ilde şiddet hareketlerini önlemek ve ilgili tedbirleri almakla yükümlü idarenin bu amaçla 2935 sayılı Yasanın yukarıda açıklanan 11/m maddesinden doğan yetkisini kullanarak tesis ettiği işlemde hukuka aykırılık bulunmamakta olup aksi yolda verilen İdare Mahkemesi kararında yasal isabet görülmemiştir."*⁶¹⁸

3. ANAYASAL REJİM AÇISINDAN HÂKİMİN KAMU DÜZENİNİ SOMUTLAŞTIRMASI

3.1. Demokratik Bir Liberal Rejimde İdari Yargının Fonksiyonu

İdari yargının liberal bir kurum olması tarihi açıdan paradoksal bir olgudur. İdari yargının kökeni Fransız hukukunda Eski Rejim'in ve Krallığın en otoriter ve merkeziyetçi kurumlarına dayanmaktadır. İdari yargının temelinde yatan ilkeler, devlet-birey ilişkisindeki eşitsizlikten kaynaklanmıştır. Bunlar kamu kudretinin olağan hâkimler önündeki sorumsuzluğu, olağan hâkimlerin idari faaliyeti eleştirememesi, yargılanma ayrıcalığı gibi ilkelerdir. İdari yargı kurumu, 19. yüzyılın ilk yarısında liberaller tarafından vatandaşların özgürlüklerine yönelik ciddi bir tehdit olarak görülmüş ve siyasi rejimin liberalleşmesine paralel olarak liberal bir dönüşüme uğramıştır. Başlangıçta, otoriter bir rejimin güvenlik sübabı olarak ortaya çıkan kurum, hukuk devletinin güvencelerinden biri haline gelerek liberal bir rejimin ana

⁶¹⁸ D.10.D, K. 1994/450, E. 1992/2358, T. 03.02.1994.

unsurlarından biri olmuştur. Zaman içinde gelişen idarenin yargısal denetimi günümüzde, bireyin haklarının devlete karşı korunmasını ve güçlenmesini sağlayarak bireyi idarenin keyfiliğine karşı koruyan en etkili araçtır. Bu açıdan idari yargı, hem var oluş nedeni hem de fonksiyonunu yerine getirme biçimi itibariyle liberal bir kurumdur. İdare hâkiminin liberalliğinden söz edildiğinde de yürütmekte olduğu faaliyetin bu yönü akıllara gelmektedir. 20. yüzyıl başlarında verilen bir Conseil d'Etat kararında kanun sözcüsü Corneille liberal ve demokratik bir toplumun formülünü şu şekilde ifade etmiştir⁶¹⁹. “Özgürlük kural, özgürlüğü sınırlayan kolluk tedbiri istisnadır.”

Conseil d'Etat üyeleri de kendilerini liberal değerlerin sürekliliğinin ve Fransız Devrimi ilkelerinin koruyucusu olarak nitelendirmişlerdir⁶²⁰. Bununla birlikte idari yargı içtihatları, bu güvencenin sınırlarını ortaya koymaktadır. İdare hâkimi bireyin haklarını korumaya yönelik olarak Yürütme organını sıkı bir şekilde denetlemekle birlikte Yürütme organına düzenin sağlanması ve kamu yararının gerçekleştirilmesi fonksiyonunu yerine getirebilmesi için gerekli olan araçları bırakmakta da tereddüt etmemektedir. İdare hukukunun üzerine kurulduğu, gerek kamu hizmeti teorisi, gerekse kolluk yetkileri teorisi, kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve düzenin sağlanabilmesi için devletin üstün yetki ve ayrıcalıklara sahip olması gerektiği fikrine dayanmaktadır. Bu üstün yetki ve ayrıcalıklar zorunlu olarak bireyin haklarının aleyhinedir. İdari yargı içtihatları her ne kadar çelişkiler içerse de özgürlük ve otorite arasında ince bir denge kurmaya çalışmaktadır. Fakat liberal öğretiyeye göre bu çatışmada esas korunması gereken taraf özgürlüklerdir. İdari yargı içtihatlarının fonksiyonu da özgürlük güvencesinin, tek başına olmasa bile çok önemli bir yere sahip olduğu böyle bir liberal anlayışta aranmalıdır⁶²¹.

Bernard'a göre anayasal rejime, özellikle de Cumhuriyete yönelik tehlikeler, toplumsal barışın bozulmasına neden olacak düzensizlik ve anarşi kaynağıdır; bu nedenle anayasal rejimin korunması, kamu düzeninin korunmasının bir parçasıdır.

⁶¹⁹ P. CORNEILLE, “Conclusions sur l'arrêt du CE, 10 août 1907, *Baldy*”, Rec. s. 638.

⁶²⁰ “Yargıçların siyasal kurumların işleyişinde rolü ile bağlantılı olarak, ideolojik ve siyasal tercihleri, üzerinde en çok çalışılan konulardan biridir. Bugün denilebilir ki yargıcın yansızlığı tezi karşısında yargı kararlarının belli bir siyasal kredoya bağlılığı görüşü üstünlük kazanmıştır.” B. ÇAĞLAR, *Anayasal Değişme ve Demokratik Liberal Sistem*, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 1980, s. 172.

⁶²¹ YAŞAR, *İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı, İdari Yargıç ve Yargısal Emir*, s. 77; LOSCHAK, s. 157-158.

Bernard, Conseil d'Etat'nın; anayasal rejim ve özgürlük karşıtlarına liberal olmayan bir yaklaşım sergilemesini, rejimin kendini koruma zorunluluğuna bağlamaktadır. Bernard'ın bu görüşü, içinde bulunduğu dönemin koşullarını yansıtmaktadır. Bu dönem, Cezayir Savaşının damgasını vurduğu 1950'li yılların sonuna tekabül etmektedir. Fakat Bernard, idari yargının hukukun bekçisi olarak kalmaya devam edebilmek için siyasi alana girmek istememesini de doğru bulmaktadır. Anayasal kurumların korunması görevi esasen yasakoyucuya aittir⁶²².

Liberal öğreti ilk kez zafer kazandığı 1789'dan beri çeşitli aşamalardan geçerek evrilmiştir. Liberalizm özgürlüklerle ilgili belirli bir yaklaşımı ifade ettiği gibi belirli bir devlet tipini de kasteder. Liberal bir devlette temel hak ve özgürlükler anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Liberal bir rejimin devlet tipi olan demokratik hukuk devletinde, toplumsal düzeninin bireylerin özgür olduğu bir düzen olması gerektiği için, teorik olarak kamu düzeni de özgürlüğün var olmasının bir koşuludur. Çünkü özgürlük bir başkasının özgürlüğünün başladığı yerde biter, düzen yoksa özgürlüğün gerçekleştirilmesi ve güvence altında olması mümkün olmaz. Dolayısıyla, kamu düzeninin temel hak ve özgürlükleri sınırlama sebebi olması yine özgürlükleri güvence altına almak içindir. İşte bu nedenle temel hak ve özgürlükler ile kamu düzeni arasındaki denge siyasi rejimin karakterini gösteren en önemli ölçütlerden biridir. Hukukun terazisinde hangisi daha ağır basıyorsa bir devlet ya demokrasinin tarafındadır ya da otoriterizmin. Bu anlamda idari yargı yeri, bu dengenin kurulması ile ilgili olarak fonksiyonunu yerine getirirken sosyal ve siyasal sistemle alışveriş halindedir. Dolayısıyla idare hâkiminin kamu düzenini somutlaştırma fonksiyonu, Anayasa'nın belirlediği siyasi rejim ve özellikle temel hak ve özgürlüklerle ilgili yorumu çerçevesinde siyasal iktidarın kullanılmasına katılan anayasa yargıcının kararları çerçevesinde değerlendirilebilir.

⁶²² BERNARD, s. 73-74.

3.2. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Düzeni

1961 Anayasası'nın 11. maddesinde 1971 yılında yapılan değişiklik ile kamu düzeni genel sınırlama nedeni olarak düzenlenmiştir. 1982 Anayasası'nda da 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliklerine kadar kamu düzeni, 13. maddede düzenlenen temel hak ve hürriyetleri genel sınırlama nedenlerinden biridir. 2001 yılında Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan değişiklik ile kamu düzeni temel hak ve hürriyetler için genel bir sınırlama nedeni olmaktan çıkarılmıştır. Kamu düzeni bugün Anayasa'da, sadece belirli temel hak ve özgürlüklerin özel sınırlama nedeni olarak yer almaktadır⁶²³.

Anayasa Mahkemesi, anayasa yapıcının çok soyut biçimde koyduğu kuralların içeriğini belirlemek görevini etkin bir şekilde yerine getirmektedir. Kamu düzeni de bu soyut kavramlardan biridir⁶²⁴.

3.2.1. Kamu Düzeninin Kapsamı

Anayasa Mahkemesi kamu düzeni kavramına ilk kez 1964 yılında verdiği bir kararda değinmiştir. Türk Ceza Kanununun 143. maddesinin Anayasa'ya uygunluk denetimini yapan Yüksek Mahkeme, Anayasa'nın 29. maddesinde düzenlenen dernek özgürlüğünün sınırlama nedeni olarak yer alan kamu düzeni deyiminin niteliğinin demokratik hukuk devletine temel olan hukuk kuralları içinde kalınmak suretiyle belli edilmesi gerektiğini belirtmiş ve şu açıklamayı yapmıştır: “(...) (*Kamu düzeni*) deyiminin; toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilâtının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır.”⁶²⁵

⁶²³ Kamu düzeni, Anayasa'nın Temel Haklar ve Ödevler Kısmı'nın 20, 21, 22, 26, 28, 31, 33, 34 ve 51. maddelerde düzenlenen hak ve özgürlüklerin sınırlama nedeni olarak yer almaktadır.

⁶²⁴ KANETİ, s. 78.

⁶²⁵ AYM, K. 1964/8, E. 1963/128, 28.01.1964, AMKD, S.2, s. 43-56.

Bu kararda Anayasa Mahkemesi demokratik hukuk devleti kavramını kamu düzeninin hukuksal temeli olarak göstermekte; ayrıca 29. maddenin gerekçesi yanında 11. maddenin gerekçesine de başvurarak öze dokunmamak şartıyla kamu düzeninin tüm özgürlükler için genel sınırlama nedeni olduğu görüşünü benimsemiş olmaktadır⁶²⁶.

Anayasa Mahkemesi yedi yıl sonra verdiği bir kararda, kamu düzenini devletin anayasal rejimi açısından telaffuz etmiştir.

*“Adaylık, ilk bakışta sadece siyasî partilerin bir iç sorunu olarak görünmekte ise de, bu durum yalnız dışa karşı etkisi yönünden olup, adaylık seçimi yolları, dolayısıyla siyasî partilerin varlığı ve siyasî iktidarın oluşması yönlerinden kamu düzeni ile doğrudan doğruya ilişkisi bulunmaktadır. Çünkü, gözlemler göstermektedir ki, adaylık saptaması ve aday gösterilmesi işlemlerinde parti liderlerine veya lider kadrolarına veya parti genel merkezlerine egemenlik veya öncelik tanınması uygulamalarda siyasî hayatı ve dolayısıyla siyasî rejim zamanla oligarşik doğrultuyu yöneltmekte ve sonunda kaynağı haktan gelen demokratik yönetim yerine, gide gide başka esaslara dayanan rejimleri gerektirmektedir. Bu nedenle siyasî partilerin adaylarını demokratik yollarla saptanmaları işlemleri sırasında, aday adaylarınca yapılacak propagandanın kamu düzeni düşüncesiyle Yasakoyucu tarafından düzenlenmesinde ve ereğine uygun biçim ve ölçüde sınırlandırılıp kısıtlanmasında demokratik esaslara dayanmakta olan Anayasamıza aykırılık düşünülemez.”*⁶²⁷

Görüldüğü gibi bu kararda Yüksek Mahkeme hukuksal olmaktan çok siyasi gerekçeleri kullanarak kamu düzeni kavramına rejim sorunuyla özdeş, çok geniş bir anlam vermiştir⁶²⁸. Benzer bir biçimde Anayasa Mahkemesi daha eski bir kararında seçim güvenliğinin kamu düzenine ilişkin olduğunu belirtmiştir⁶²⁹.

Yüksek Mahkeme’nin 1989/12 sayılı kararında ise kamu düzeni, düşünce ve inanç alanlarını içine alacak bir kapsamda yorumlanmıştır. Mahkeme 3511 sayılı Kanuna dayanılarak, Yükseköğretim Kurumlarında öğrenim gören kız öğrencilerin, boyun ve saçlarını örtmelerini, ayrımcılık sebebi olarak görmüş ve bu durumun kamu

⁶²⁶ İ. Ö. KABOĞLU, “Anayasa Mahkemesinin Kamu Düzeni Anlayışı”, Günümüzde Yargı, 1979, S.41, s. 5.

⁶²⁷ AYM, K. 1971/20, E. 1970/22, T. 18.02.1971, AMKD, S.10, s. 3-27.

⁶²⁸ KABOĞLU, “Anayasa Mahkemesinin Kamu Düzeni Anlayışı”, s. 5.

⁶²⁹ AYM, K. 1964/61, E. 1963/339, T. 15.09.1964.

düzenini bozucu nitelik taşıdığını açıklamıştır. Mahkemeye göre bu tür kıyafetle derslere girme imkânı tanınması, “özellikle gençler arasında sosyal görüş, inanç, din ve mezhep ayrılığını kışkırtarak bölünmelerine yol açabilecek, sonuçta devlet ve ulus bütünlüğünü, kamu düzenini ve güvenliği bozabilecektir.”⁶³⁰ Yukarıdaki kararda olduğu gibi, bu kararda da, kamu düzeni kavramı, maddi düzenden daha geniş bir anlamda ele alınmıştır.

3.2.2. Kamu Düzeninin Niteliği

Kamu düzeni kavramının göreceli ve değişken olup olmadığına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi birbiriyle çelişik kararlar vermiştir. “Salahiyetli makamlar tarafından (...) amme emniyeti veya amme intizamı (...) mülahazasıyla, kanun ve nizamlara aykırı olmayarak verilen bir emre itaat etmeyen veya bu yolda alınmış bir tedbire riayet eylemeyen bir kimse, (...) cezalandırılır.” hükmünü içeren TCK. 526/1. maddesini Anayasa’ya uygun bulan kararında Anayasa Mahkemesi şu gerekçeyi kullanmıştır⁶³¹:

“(...) ‘amme emniyeti’ (kamu güvenliği) ‘amme intizamı’ (kamu düzeni) ve ‘mülahaza’ gibi deyimler ve sözcükler itiraz yoluna başvuran mahkemenin kararında ileri sürüldüğü gibi kesinlik taşımayan yoruma muhtaç, kişilerin bakış açısına göre değişiklik gösteren sözcüklerden ibaret olmayıp tersine anlamları uygulamalarla belirilmiş, hukuk ve Anayasa diline girmiş kavramlardır. (...) Hukuk diline ve kanunlara girmiş ve üstelik bir kısmı Anayasada yer almış bu terimlerin anlamının yoruma muhtaç olduğundan ve kişilere göre değişebileceğinden söz edilerek ve bu gibi nedenlere dayanılarak kanun hükmünün Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülemeyeceği şüphesiz bulunmaktadır.”

On ay sonra verdiği başka bir kararda ise Anayasa Mahkemesi, “ ‘millî güvenlik’ ve ‘kamu düzeni’ (kavramlarının) uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe

⁶³⁰ AYM, K. 1989/12, E. 1989/1, T. 07.03.1989.

⁶³¹ AYM, K. 1973/24, E. 1973/12, T. 07.06.1973, AMKD, S. 11, s. 265-283.

dek varabilir çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açacak genel kavramlar” olduğu gerekçesine yer vererek PVSK’da değişiklik yapan dava konusu yasal düzenlemenin hakkın özüne dokunduğuna ve bu nedenle de Anayasa’ya aykırı olduğuna karar vermiştir⁶³². Yüksek Mahkeme 1976 yılında verdiği başka bir kararda da bu görüşü tekrarlamıştır⁶³³. 171 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkında Kanuna 1932 sayılı Kanunla eklenen maddelerden bazılarının Anayasa’nın 11. ve 28. maddelerine aykırılığı nedeniyle açılan davada Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 11. maddesinde yer alan sınırlama nedenlerinin, herhangi bir açıklama getirilmeden, olduğu gibi toplantı ve gösteri yürüyüşünü erteleme nedeni olarak maddeye aktarılmasını, dolayısıyla bunu değerlendirme yetkisinin doğrudan mülki amire bırakılmasını Anayasa’ya aykırı bulmuştur. Karara göre, sınırlama nedenlerinin kişisel takdir ve anlayışa bırakılmayacak ölçüde açıklık ve kesinlikte somut olarak belirlenmesi zorunluluğu demokratik hukuk devleti ilkesinin sonucu olarak kabul edilmelidir; uygulayıcılara geniş, sınırları belirsiz yetkiler tanıyan düzenlemeler “yasal sınırlama” sayılamaz.

12 Eylül sonrasında, MGK yönetimi döneminde çıkarılan birçok yasada Anayasa Mahkemesi’nin benimsemiş olduğu ilkeye uyulmadığı, bu yasalarda sübjektif değerlendirmelere, keyfi uygulamalara yol açabilecek deyimler kullanıldığı görülmektedir. Hatta bu soyut kavramlar idarenin düzenleyici işlemlerine de aynen geçirilmiştir⁶³⁴. 1980 sonrası mevzuata egemen olan bu yaklaşım Anayasa Mahkemesi’nin kararlarına da yansımıştır. Örneğin PVSK’da yapılan değişikliklerle ilgili 26.11.1986 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi, keyfi uygulamalara yol açacak nitelikte soyut, kapsamı belirsiz kavramlar kullanıldığı iddiasını hiç tartışmamıştır⁶³⁵.

3.2.3. Kamu Düzeninin Özgürlükler Aleyhine Genişlemesi

Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında kamu düzeni-özgürlük dengesini özgürlük aleyhine bozmuştur. Örneğin, 1961 Anayasası döneminde, Dernekler

⁶³² AYM, K. 1973/13, E. 1973/41, T. 25.04.1974, AMKD, S. 12, s. 145-169.

⁶³³ AYM, K. 1976/51, E. 1976/27, T. 18 ve 22 Kasım 1976, AMKD, S. 14, s. 364-365.

⁶³⁴ Örneğin 06.10.1983 tarih ve 2111 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun “toplantının ertelenmesi ve yasaklanması” başlıklı 4. bölümünde Anayasa’nın 13. maddesinde kullanılan soyut kavramlar aynen tekrar edilmiş; hatta bu kavramlar yönetmelikte de aynen yer almıştır. UYGUN, s. 97.

⁶³⁵ AYM, K. 1986/27, E. 1985/8, AMKD S.22, s. 323-418.

Kanununun bazı hükümlerinin Anayasa'ya aykırılık iddialarını değerlendirdiği kararlarından birinde Yüksek Mahkeme şöyle demektedir:

“Derneklerin toplum yaşamındaki önemli yeri ve yaygın etki alanı sürekli denetim altında bulundurulmalarını gerekli kılar ve denetime bir kamu düzeni tedbiri niteliğini kazandırır. Bunların kendi organları eliyle yapacakları iç denetimle yetinilmesi düşünülemez. Üyelerin hak ve çıkarlarını korumak, yasa dışına sapmaları önlemek ve bu yararlı kuruluşların özellikle kamu düzenine, milli güvenliğe veya genel ahlâka zarar verecek bir niteliğe doğru yozlaşmalarını engellemek üzere Devletçe de sürekli gözetim ve denetim altında bulundurulmaları zorunludur. 1630 sayılı Kanunun 40. maddesiyle işte bu konunun düzenlenmesine gidilmiştir. Birinci fıkrada kullanılan ‘her zaman’ deyiminden denetlemenin belirli dönemlere özgü değil sürekli olduğu anlamını çıkarmak ve derneğin çalışma saatleri ile o yerin genel çalışma saatleri dışında yapılacak bir denetimin söz konusu olmadığı sonucuna varmak yerinde olur. Derneklerin genel denetimini düzenleyen böyle bir kuralı kişi dokunulmazlığını, özel hayatın gizliliğini ve konut dokunulmazlığını tehdide yönelmiş bir tedbir gibi yorumlamaya olanak bulunmadığı da ortadadır.”⁶³⁶

Aynı kararda hükümlülerin dernek kurmalarını yasaklayan yasal hükmün hakkın özüne dokunmadığını Anayasa Mahkemesi şu gerekçeye dayandırmıştır:

“Bilindiği gibi dernekler, insanların tek tek gerçekleştirmeyi başarmaya güçlerinin yetmeyeceği ereklere varabilmek için böyle ortaklaşa bir erek güden kimselerin bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmeleri ile oluşur. Onun içindir ki bireylerden çok daha güçlü ve etkili, toplum içindeki yerleri önemli ve geniş çevreli olan kuruluşlardır. Bu nitelikleriyle de kamu düzenini yakından ilgilendirirler ve kurucularında belirli bir saygınlık ve güvenilirlik seviyesinin aranmasını gerektirirler. Kurucularda bu yönden bir eksiklik bulunmasının derneklerin saygınlık ve güvenilirliğini de zedeleyici ve sakıncalarını yerine göre kamu düzenine ve genel ahlâka da yansıtacağı ortadadır.”

⁶³⁶ AYM, K. 1973/37, E. 1973/3, T. 18, 19, 20 Aralık 1973.

Yine aynı kararda her türlü eğitim ve öğretim kurumunda birden fazla dernek kurulmasını yasaklayan yasal hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığı şöyle ifade edilmektedir:

“(...) birden çok derneğin giderek birtakım zararlı, huzur bozucu kutuplaşmalara ve çekişmelere yuvalık ve odaklık edecek duruma geleceği, öğretim kurumlarına kendi alanlarında destek ve öğrencilere yardımcı olmaları öngörülen bu kuruluşların kaygı ve tedirginlik kaynağına dönüşecekleri; bütün bunlardan da kamu düzeninin olumsuz yönde etkileneceği ortadadır.”

Anayasa Mahkemesi'nin Dernekler Kanununa ilişkin bu kararı, kamu düzeninin zamana ve yere göre değişen bir kapsama büründüğünü açıkça göstermektedir. Anayasa Mahkemesi bu kararda 1968 sonrası ülkede yaşanan olaylara referans vermekte ve bu bağlamda dernek kurma özgürlüğüne ilişkin olarak kamu düzeninin bozulmasını bir olasılık olarak değil gerçekleşmesi muhtemel bir sonuç olarak görmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre özellikle öğretim kurumunda birden fazla dernek kurulmasını yasaklayan hükmün, *“pek yakın bir geçmişte öğrenci dernekleri arasında baş gösteren ve milli birliği tehdit edecek bir aşamayı bulan anlaşmazlık, hatta düşmanlıkların ve karşılıklı şiddet hareketlerinin acı izlenimlerinin etkisi altında ve bu türlü durum ve olayların yeniden ortaya çıkmasını engellemek kaygısı içinde düzenlendiğinde”* şüphe yoktur. Ayrıca bu kararda kamu düzeni, bozulduktan sonra müdahale edilmekten çok, bozulmasının önlenmesi gerekli bir durum olarak kabul edilmektedir. Bu anlayış çerçevesinde Anayasa Mahkemesi sinema filmlerinin gösterilmeden önce kontrol edilmesini düzenleyen yasal düzenlemeyi de Anayasa'ya aykırı bulmamıştır⁶³⁷. Yüksek Mahkeme'ye göre idare yasalara ve kamu düzenine uygun olmayan davranışları, işlenmesinden önce de önlemekle görevlidir.

Anayasa Mahkemesi, on yıl sonra verdiği başka bir kararında da, kamu düzeni ile kişi özgürlükleri arasında bulunması gerekli olan dengeyi kurmuş olduğu gerekçesi ile Anayasa'ya aykırılığı iddia edilen dava konusu yasal düzenlemeyi Anayasa'ya uygun bulmuştur⁶³⁸. Karar, kişi özgürlüğü ve güvenliği ilkesinin karşısına konulan

⁶³⁷ AYM, K. 1963/1, E. 1963/204, K. 1963/1, T. 04.01.1963, AMKD, S.1, s. 58-62.

⁶³⁸ AYM, K. 1975/87, E. 1973/19, T. 15.04.1975, AMKD, S. 13, s. 430.

kamu düzeni kavramı ile devletin varlığı ve nitelikleri ve Anayasa’da belirlenen Cumhuriyet rejiminin kastedilmiş olduğunu şu ifadelerle belirtmektedir:

“Maddede sayılan suçların kovuşturulmasında hâkim önüne çıkarma için kabul edilen 15 günlük süre, kişi güvenliği bakımından önemli bir sınırlama olmakla birlikte, bu sınırlama Cumhuriyetin niteliklerini zedeleyen veya onları ortadan kaldıran ölçüde görülememiştir. Bu hüküm kamu düzeni ile kişi özgürlüğü arasında bulunması gerekli dengenin zorunlu bir sonucu olarak kabul edilebilir nitelikte bir düzenlemeden ibarettir. Çünkü bu düzenleme ile güdülen amaçlar, bir yönden Devlet varlığının ve nitelikleri Anayasa’da belirlenen Cumhuriyetin, yani Cumhuriyet rejiminin ve diğer yönden de kişilerin özgürlüklerinin ve güvenliklerinin birlikte korunmasıdır. İnsan haklarına saygılı ve özgürlüklerinin demokrasi sistemi uygulayan böyle bir Cumhuriyette, kişi özgürlükleriyle güvenliğinin korunması hukuk devleti ilkesi gereği bulunduğundan, 30. maddede yapılan değişiklikle, kişi özgürlüklerinin veya güvenliğinin ortadan kaldırıldığı veya zedelendiği de öne sürülemez.”

3.2.4. Kamu Düzeni Amacı

Fransa’da Anayasa Konseyi 1981 yılında verdiği bir kararda, suçluların araştırılmasının ve kamu düzeninin bozulmasını önleyici tedbirler alınmasının, özellikle de kişi ve malların güvenliğinin sağlanmasının, anayasal değerde olan ilke ve hakların gerçekleştirilmesi için gerekli olduğunu belirtmiştir⁶³⁹. Bu kararda kimlik kontrolünü düzenleyen yasal normların, Anayasa ile güvence altına alınmış olan özgürlüklerle kamu düzeni arasında bulunması gereken uzlaşmaya aykırı olmadığı; gerek özgürlüklerin gerekse kamu düzeninin anayasal hakların korunması için gerekli olduğu ifade edilmiştir. Anayasa Konseyi, bu karardan bir yıl sonra verdiği başka bir kararla, kamu düzeninin korunmasını anayasal değerde bir amaç olarak kabul etmiştir⁶⁴⁰. Radyo

⁶³⁹ CC, 19 et 20 janvier 1981, n° 80-127 DC, Rec. s. 15.

⁶⁴⁰ CC, 27 juillet 1982, *Communication audiovisuelle*, n° 82-141 DC, Rec. s. 48; “Anayasal değerde amaç” kavramı Fransız anayasa yargıcı tarafından ilk defa bu kararda kullanılmıştır. Anayasa Konseyi daha sonra verdiği kararlarda da “anayasal değerde amaç”ları göstermeye devam etmiştir. Bunlardan bazıları şöyledir: Kamu sağlığının korunması, başkasının özgürlüğüne saygı, vergi kaçırılmasına karşı mücadele, kişi bütünlüğünün ihlal edilmesinin önlenmesi, kanunun ulaşılabilir ve anlaşılır olması, her bireye minimum koşullarda barınma imkânının sağlanması, sosyo-kültürel ifade akımlarında çoğulculuğun korunması. Anayasa Konseyi bir yasa kuralının, “anayasal değerde bir

Televizyon Kanununun Anayasa'ya uygunluğu konusunda Anayasa Konseyi söz konusu kararda, haber alma özgürlüğü ile bu özgürlüğün gerek radyo televizyon alanındaki teknik zorunluluklardan kaynaklanan sınırları, gerekse anayasal değerde amaçlar olan kamu düzeninin korunması, başkalarının özgürlüğüne saygı ve sosyokültürel düşünce açıklamalarının çoğulcu karakterinin korunması bakımından söz konusu olan sınırlar arasında bir uzlaşma sağlama konusunda yasakoyucunun yetkili olduğunu belirtmektedir.

1958 Fransız Anayasası'nda kamu düzenine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır; kamu düzenine ilişkin tek anayasal norm, düşünce özgürlüğünün sınırlama sebebi olarak 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 10. maddesinde yer almaktadır. Anayasa Konseyi 1982 yılında verdiği bu kararda kamu düzeninin korunmasını yasakoyucunun uymak zorunda olduğu, anayasal bir amaç olarak nitelendirirken hiçbir yazılı metne dayanmamıştır. Kamu düzeni kavramı bu kararda kendiliğinden geçerli olan, ya da varlığı açık bir kabule dayanan bir kavram olarak gözükmektedir. Anayasa yargıcının, bu kararda Anayasa'nın sözüne değil fakat ruhuna dayandığı şeklinde de yorumlar yapılmıştır. Anayasa yargıcı, yazılı olan anayasal normları birlikte değerlendirerek, özgürlüklerin mutlak nitelikte olamayacakları, aksi takdirde düzensizliklerin kaynağı olacakları fikrine ulaşmıştır. Bu yaklaşım çerçevesinde kamu düzeni kavramı, özgürlük kavramı gibi kaynağını belirli bir hukuk nosyonundan almaktadır. Fransız öğretisinde yazarların neredeyse tümü, bu görüş çevresinde kamu düzeninin kaynağı olarak "gereklilik" prensibini (*le principe de nécessité*) göstermektedirler⁶⁴¹.

amaca" aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılığına henüz karar vermemiştir. Tam tersine bu kavram, Yüksek Mahkeme'nin kararlarında, yasakoyucu tarafından anayasal ilkelere sınırlı bir biçimde getirilen istisnaları meşrulaştırıcı bir fonksiyon yerine getirmektedir. Başka bir deyişle, anayasal değerde amaçlar yasakoyucuya, anayasa yargıcının kontrolünde bazı anayasal ilkelere aykırı düzenlemeler yapma yetkisi vermektedir. Bir görüşe göre yeni bir hukuki kategori olan bu kavram, farklı anayasal ilkeler arasında uyumu sağlayan bir tekniktir. Benzer bir görüş de, anayasal değerde amaçların kişisel özgürlüklerin sınırlandırılmasının etik sınırını gösteren bir teknik olduğunu söylemektedir. Anayasal değerde amaçların anayasallık bloğu içinde yer alıp almadığı konusu öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre anayasal değerde amaçlar bir hukuk normu sayılamayacağı için normlar hiyerarşisi içinde bulunmamaktadırlar. Buna karşılık başka bir görüşe göre bunlar, yasakoyucunun gözetmek zorunda olduğu amaçları belirleyen uzlaştırma normlarıdır; fakat bireyler tarafından doğrudan ileri sürülemezler. Ayrıca, bu amaçların yasakoyucuyu bağladığı, fakat idare için bir yükümlülük doğurmadığı kabul edilmektedir. F. LUCHAIRE, "Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel: l'objectif de valeur constitutionnelle", RFDC 2005, s. 675-684.

⁶⁴¹ VIMBERT, s. 709-710.

Anayasa Mahkemesi bir kararında benzer bir biçimde bir yasa maddesinin anayasallığını saptamada kamu düzeni kavramını ölçü almış ve kamu düzenini yasakoyucu açısından meşru bir amaç olarak kabul etmiştir⁶⁴². Yüksek Mahkeme, 1973 yılında verdiği bu kararda Tapulama Kanununun 13. maddesinde yer alan “Bu sicillerde belirtilen haklara tescilleri tarihinden itibaren 10 sene geçtikten sonra, tapulamaya takaddüm eden sebeplere dayanılarak itiraz olunamaz.” kuralını kamu düzeninin kurulması ve korunması amacına yönelmiş olması gerekçesiyle Anayasa’ya uygun bulmuştur. Kararda, tapu ve kadastro çalışmalarının kamu düzeni düşüncesi ile birlikte mütalaasının gerekliliği belirtilerek kamu düzeni düşüncesinin, bunu sağlamaya yönelik önlemlerin sürekli ve kararlı olmasını zorunlu kıldığı belirtilmiş ve şu sonuca varılmıştır:

“(...) mülkiyet hakkı tespit ve tescil ile belirgin hale gelmiştir. Kanun koyucu beliren bu durumun belli bir süre geçtikten sonra eski olaylara dayanılarak tartışma konusu yapılmamasını istemiş ve bundan kamu düzeni bakımından yarar görmüştür. O halde sözü edilen bu kuralla sınırlandırılan, (...) mülkiyet hakkı değil, (...) hak arama hürriyetidir.”

Yasalar yönünden meşru bir amaç olan kamu düzeninin kurulması ve korunması amacı en belirgin biçimde ceza yasalarında somutlaşmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin yakın tarihli bir kararında belirttiği gibi, toplumsal ve siyasal yapıyı korumak amacıyla bazı temel hak ve özgürlükleri sınırlamak suretiyle suç yaratmak ve suçun kamu düzeni için yarattığı tehlikeyi gözeterek uygulanacak cezayı ve ceza miktarını saptamak Anayasa ile yasakoyucuya bırakılmıştır⁶⁴³. Fakat Anayasa Mahkemesi, yasakoyucunun korunacak kamu düzenini bu şekilde belirleme yetkisini hukuk devleti ilkesi temelinde hukuka ve cezalandırma ilkelerine uygunluğu açısından denetlemekte, dolayısıyla ceza hukuku alanında kamu düzeninin belirlenmesinde etkili olmaktadır⁶⁴⁴.

⁶⁴² AYM, K. 1973/5, E. 1972/52, T. 8.2.1973, AMKD S.11, s. 121.

⁶⁴³ AYM, K. 2006/94, E. 2004/63, T. 27.09.2006, RG S. 26531, 24.05.2007.

⁶⁴⁴ “İtiraz konusu kurala göre, reşit olan veya reşit kalınan kadını kaçıran ya da alıkoyan fail ile evli kadını kaçıran fail, onu iade ettiğinde, eylemlerin kamu düzenini bozucu etkisi farklı olmasına rağmen, aynı ceza ile cezalandırılmaktadır. Kamu düzenini ve aile düzenini ileri düzeyde bozması nedeniyle evli kadının kaçırılmasını daha ağır bir yaptırıma tabi tutan yasakoyucu, cezalandırmada güttüğü amaç ile ceza arasında gözettiği orantıyı, faal

Kamu düzeninin toplumsal yapıyı korumaya yönelik niteliği sadece ceza yasalarında ortaya çıkmaz. Anayasa Mahkemesi aile birliğini kamu düzeninin bir unsuru olarak görmektedir. Yüksek Mahkeme Medeni Kanunun 310. maddesinin 1. fıkrasında yer alan yeni doğan çocuğun nesebi ile ilgili düzenlemeyi Anayasa'ya uygunluk yönünden incelediği kararında şu sonuçlara varmıştır:

“İncelenen kurala göre, evlenme vaadi olmaksızın meydana gelen birleşmelerden doğan çocuklar için tüm sonuçlarıyla birlikte babalığa karar verilemeyecektir. Oysa ana, evlenme vaadiyle bu ilişkiye girmiş ise tüm kişisel sonuçlarıyla birlikte babalığa hükmedilecektir.

Bu kuralla toplumun temeli olarak anayasal koruma altına alınan ailenin serbest birleşmeler nedeniyle zarar görüp dağılmalarının önlenmesi, böylece kamu düzeni ve genel ahlâkın korunması amaçlanmıştır.

(...)

İtiraz konusu kural ile evlenme vaadi olmaksızın meydana gelen birleşmelerden doğan çocuk yönünden tüm sonuçlarıyla babalığa karar verilememesi nedeniyle kimi temel hakları, kamu yararı, kamu düzeni ve genel ahlâkın korunması amacı ile sınırlandırılmaktadır.

Ancak, toplumun temeli olan aileyi korumaya yönelik bu sınırlama, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğundan Anayasa'nın 12. ve 13. maddelerine aykırı değildir.”⁶⁴⁵

Ayrıca, Anayasa Mahkemesi kararlarından kamu düzeninin kamu yararının bir unsuru olduğu anlaşılmaktadır. Örneğin 4302 sayılı Kanunun talih oyunları oynanan yerleri yasaklayan Geçici 1. maddesi hükmünün Anayasa'ya aykırılık iddiasını inceleyen Yüksek Mahkeme, kamu düzeninin korunması ve sosyal yaşamı düzenlemek için yasakoyucu tarafından kamu yararı amacıyla kimi kurallar konulabileceğini; bu

nedamet durumunda ortadan kaldırarak orantısız bir sonuca yol açmaktadır. Bu durum hukuka ve cezalandırma ilkelerine aykırı düşmekte ve suç ile ceza arasında bulunması gereken adil dengeyi bozmaktadır. Bu dengeyi bozan düzenlemeler yasakoyucunun takdir yetkisi içinde görülemeyeceğinden hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur.”

⁶⁴⁵ AYM, K. 1993/56, E. 1993/37, T. 07.12.1993.

bağlamda, yasakoyucunun talih oyunları salonlarının açılması için verdiği izni, daha sonra kamu yararı ve toplumsal yararları gözeterek kaldırabileceğini belirtmiştir⁶⁴⁶.

3.3. Anayasal Kamu Düzeni

3.3.1. Anayasal Kamu Düzeni Kavramı

Fransız hukukunda 1970'li yıllardan sonra anayasallaşma adı verilen bir fenomen ortaya çıkmıştır. Öğreti bu fenomeni açıklamak için, anayasa hukukunun kazandığı yeni önemden ve çeşitli hukuk branşlarının anayasallaşmasından (*constitutionnalisation*) bahsetmektedir. Bu durum, kısmen temel haklara ilişkin bazı metinlerin 1971 yılında verilen *Dernek kurma özgürlüğü (Liberté d'association)* adlı kararla anayasal değerinin tanınmasından ve aynı zamanda Fransa'da 1970 yılında kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminin kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Farklı alanlarda kullanılan birçok kavram şu ya da bu şekilde anayasal normlardan ve içtihattan etkilenmiştir. Kamu düzeni kavramı da bu fenomenden etkilenen kavramlardan biri olmuştur. Bu durumda anayasa ve kamu düzeni arasında belli bazı ilişkiler kurulması gerektiği sonucunu çıkarabiliriz. Kamu düzeni, ne kadar eski bir kavram olsa ve anayasa kavramından bağımsız gelişse de bugün bu kavramı anayasal bir perspektife yerleştirmeden düşünemeyiz. Bu sonucu destekleyen başka bir husus da kamu düzeni kavramının anayasa hukukunda da uygulanan bir kavram olmasıdır. Fransa'da Anayasa Konseyi'nin kamu düzeninin korunmasının anayasal bir değerde olduğunu kabul ettiği, *Communication audiovisuelle* adlı kararına yukarıda değinmiştik. Ayrıca öğretilde anayasal hükümlerin kamu düzeninden olduğu belirtilmektedir. Bazen bu ifade sadece bu normların uygulanma zorunluluğunu işaret ediyor gibi görünse de kamu düzeninin içeriği ile anayasa arasında

⁶⁴⁶ AYM, K. 1998/3, E. 1997/79, T. 21.01.1998.

bir ilişki veya kamu düzenine aykırılık ile anayasaya aykırılık arasında bir paralellik kurulması ile ilgili birçok sorgulamaya kaynaklık edebilir⁶⁴⁷.

Son yıllarda, Fransız kamu hukuku öğretisinde, anayasal kamu düzeni kavramı ortaya çıkmıştır. Anayasal kamu düzeni ile kastedilenin ne olduğu konusunda görüş birliği bulunmadığı gibi anayasal normların tümünün kamu düzeninden olmadığı şeklinde yanlış bir kanı uyandırdığı gerekçesiyle kavramın kullanılması eleştiri konusu olmuştur⁶⁴⁸. Öğretide genellikle Anayasa ve anayasal hükümlerin kamu düzeninden olduğu kabul edilmektedir. Buna rağmen tamamen teknik nitelikteki bazı anayasal hükümlerin, önemli olmakla birlikte toplum düzeni açısından hayati bir önem taşımadıkları için kamu düzenine ilişkin olmadıkları söylenebilir mi? Bu tür anayasal hükümlerin değiştirilmesi, örneğin kanun gücünde kararname çıkarma yetkisinin kaldırılması ya da cumhurbaşkanının seçilme yönteminin değiştirilmesi toplum hayatında bir altüst oluşa neden olmayacaktır; bunlar şartlara bağlı olarak yapılan tercihlerdir. Buna karşılık, temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve kuvvetler ayrılığı gibi temel değerleri temsil eden bazı hükümlerin değiştirilmesi ya da kaldırılması toplumun üzerine kurulmuş olduğu temelleri ve bizzat toplum yapısını değiştirecektir. Bu tür hükümlerin değiştirilmesi günümüz toplumunu karakterize eden unsurların önemli bir kısmının değişmesi anlamına gelecektir. Jacquinet, anayasal kamu düzeninin, böyle bir ayırım üzerinden tanımlanmasının sübjektif olacağı gerekçesiyle, kavramı anayasa yargıcının kamu düzeni tanımı çerçevesinde açıklamak gerektiğini söylemektedir⁶⁴⁹. Bu yaklaşıma göre anayasaya uygunluk denetiminde anayasa yargıcı tarafından re'sen göz önünde bulundurulmak zorunda olan kurallar kamu düzenindendir.

G. Drago, Anayasa Konseyi kararlarının bağlayıcılığı ilkesinin bir gereği olarak, kendisi tam anlamıyla bir kamu düzeni kuralı niteliğinde olan Anayasa'ya dayanan gerekçelerin de dolaylı olarak kamu düzeninden olduğunu ifade etmektedir⁶⁵⁰. Bir görüşe göre, anayasa ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin korunması,

⁶⁴⁷ JACQUINET, s. 17.

⁶⁴⁸ VEDEL, "La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" ", s. 63.

⁶⁴⁹ JACQUINET, s. 71.

⁶⁵⁰ G. DRAGO, "Le contentieux constitutionnel des lois, contentieux d'ordre public par nature", in L'unité du droit, Mélanges en l'honneur de R. DRAGO, Economica, Paris 1996, s. 22'den aktaran: JACQUINET, s. 72.

anayasa yargıcı için bir kamu düzeni problemidir. Anayasal kamu düzeni bu açıdan anayasadan daha geniş bir normatif alanı temsil eden anayasal düzen kavramından farklıdır. Jacquinet'ya göre anayasal kamu düzeni, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen ya da dolaylı olarak koruyan ve hukuk devletine sıkı sıkıya bağlı anayasal ilke ve kuralların tümünden ibaret olan bir düzendir⁶⁵¹. Bu tanımda anayasallık bloğunun temel hak ve özgürlüklere ilişkin kısmına gönderme yapıldığı açıktır. Bu açıdan, Anayasa Konseyi'nin anayasal değerde bir amaç olarak nitelendirdiği kamu düzeninin korunmasının, toplumun üzerinde kurulduğu vazgeçilmez temellerden biri olması nedeniyle anayasal kamu düzeninin bir parçasını oluşturması bir çelişki doğurmamaktadır. Çünkü kamu düzeni özgürlüğü sınırlayıcı bir neden oluştursa da onun hayata geçirilmesinin bir güvencesi olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla Anayasa Konseyi'nin içtihatlarında kamu düzeni, tek başına bir hak ya da özgürlük sayılmamakla birlikte, özgürlük ve temel haklar ile aynı güçte bir anayasal ilke olarak belirmektedir. Açıkça dile getirilmiş olsun ya da olmasın kamu düzeni kavramı özgürlüğün bir gereği olarak kabul edilmektedir⁶⁵².

İtalyan hukuk öğretisinde bazı yazarlar, kamu düzeninin, anayasal sistemin üstün değerlerinin çekirdeğini taşıdığını ve bunun anayasal olarak nitelendirilen kamu düzenini ifade ettiğini belirtmişlerdir. Alman öğretisinde ise bazı yazarlar Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1958 tarihli bir kararından sonra temel hakları, insan onuruna ve kişinin bir toplumda serbestçe kendini geliştirmesine dayanan bir değerler sistemi, bir objektif değerler düzeni olarak kabul etmektedirler. Bu yaklaşıma getirilen eleştiri ise değer kavramının niteliğine ilişkin olmuştur. Değer kavramı, sübjektif bir yargı içerdiği ve felsefe ve ideoloji alanlarına göndermede bulunduğu için, anayasal kamu düzenini oluşturan hukuki ilkelerden bahsetmek daha yerinde olacaktır⁶⁵³.

Anayasal kamu düzenini yukarıda belirttiğimiz gibi temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak anayasa yargıcının uyguladığı ölçü normlar olarak kabul edecek olursak, bu ölçü normların hangi hukuki kategorilerde bulunduğunu belirlemek gerekecektir. Bu konuda Türkiye'deki uygulama özellikle Fransa ile benzerlik göstermektedir. Türk

⁶⁵¹ JACQUINET, s. 75.

⁶⁵² CC, 28 juillet 1989, n° 89-261 DC, *Loi Joxe*, Rec. s. 81; CC, 25 juillet 1991, n° 91-294 DC, Rec. s. 91.

⁶⁵³ Anayasal kamu düzeni kavramına ilişkin sözü edilen tanımlamalar için bkzn. JACQUINET, s. 76.

Anayasa Mahkemesi pozitif anayasa metni dışında, hukukun genel ilkelerini, insan haklarına ilişkin uluslararası bildiri ve sözleşmeleri, Fransız Anayasa Konseyi'nin 1958 ve 1946 Anayasalarının Başlangıç hükümlerine dayanarak kullandığı “Cumhuriyet kanunlarınca tanınan temel ilkeler”e benzer bir biçimde 1961 ve 1982 Anayasalarının Başlangıçları ve metinlerinden hareketle “Atatürk ilke ve inkılaplarını” anayasaya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullanmıştır⁶⁵⁴.

3.3.2. İdare Hâkiminin Anayasal Kamu Düzenini Uygulaması

Azrak'a göre idari yargı mercilerinin kararları günümüzde anayasa problemlerinin idare hukuku alanında daha önce rastlanmadık ölçüde önem kazandığını ortaya koymaktadır⁶⁵⁵. Burada konumuz açısından sorulması gereken soru şudur: İdare hâkimi anayasal kamu düzenini, idarenin kamu düzeni tedbirlerinin yargısal denetiminde göz önünde bulunduracak mıdır? İdare hâkiminin uyguladığı çeşitli yöntemlere bakarak bu sorunun cevabına olumlu yanıt vermek gerekir.

3.3.2.1. Yasa Ekranı Teorisinin Zayıflaması

Temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'ya uygun olarak yasalarla düzenlenmesi ve dolayısıyla sınırlarının yasalarla çizilmesi kuralı hukuk devletinin bir gereğidir ve idarenin kanuniliği ilkesinin de temelidir. Bu nedenle uzun süre Fransız hukuk sistemi gibi Türk hukuk sisteminde de idarenin yargısal denetiminde başvurulacak ölçü normun yasa olduğu ve yasa üstü normların yargısal uyumsuzluklarda uygulanamayacağı kabul edilmiştir. Bu teori “yasa ekranı teorisi” olarak anılmaktadır. Conseil d'Etat ilk olarak 1950 yılında verdiği bir kararda yasa ekranı hipotezini delmiştir; davada uygulanacak

⁶⁵⁴ B. TANÖR / N. YÜZBAŞIOĞLU, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, YKY, İstanbul 2001, s. 469. Ayrıca bu konuda bkz. N. YÜZBAŞIOĞLU, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu, İÜHF Yayınları, İstanbul 1993.

⁶⁵⁵ A. Ü. AZRAK, “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, Anayasa Yargısı, C.9, 1982, s. 324.

olan yasa hükmünü uygulamayı, tüm idari işlemlerin yargı denetimine tabi olduğu yönündeki hukukun genel ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle reddetmiştir⁶⁵⁶.

Nihai amacı kamu düzenini korumak ve sağlamak olan idari kolluk yetkileri, temel hak ve özgürlükleri az ya da çok kayıt altına almakta, düzenlenmemiş serbestliklere ise geniş ve takdiri olarak uygulanabilmektedir. Sorunun önemli bir boyutu idarenin kamu düzeni tedbirlerinin yargısal denetimi açısından söz konusu olmaktadır. Zira yürürlükteki İdari Yargılama Usulü Kanunu, eski Danıştay Kanunundan farklı olarak idari işlemlerin kanuna değil hukuka uygun olup olmadıklarından söz etmektedir. Hukuk, kanundan daha geniş bir kavram olup Anayasa'yı ve giderek genel ilkeleri de içermektedir. Özay'a göre, dolayısıyla idari yargı yerleri araya yasal bir düzenleme girmeden, Anayasa hükümlerini önlerindeki somut olaya doğrudan doğruya uygulayarak karar verebilirler⁶⁵⁷.

Ocakçıoğlu da benzer bir biçimde idari işlem ve eylemlerin iptali için Danıştay'a açılacak davalarda doğrudan Anayasa'ya aykırılık gerekçesine dayanılabileceği görüşündedir⁶⁵⁸. Nitekim Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca Anayasa hükümleri kişileri bağladığı gibi Yasama, Yürütme ve Yargı organlarını da bağlar.

Akıllıoğlu'na göre ise doğrudan uygulanabilme özelliği her hukuk kuralında bulunmaz. Anayasa kurallarının doğrudan uygulanması istisnai bir durumdur. Anayasa yasalarla uygulanır. Kuralların üstünlük sıralaması ile uygulama sıralaması ters orantılıdır⁶⁵⁹. Teziç de bu görüş çerçevesinde, ancak yasada eksik düzenlenmiş olan konular bakımından Anayasa'nın doğrudan uygulanabileceğini söylemektedir. Ayrıca Teziç'e göre Anayasa'nın 177. maddesinin (e) bendi, anayasa kurallarının doğrudan uygulanabilirliğine ilişkin açık bir kural öngörmektedir⁶⁶⁰.

Odent'a göre idare hâkiminin bir idari işlemin anayasaya aykırılık iddiası karşısında takınacağı tutum, dava konusu idari işlemle anayasa arasında bir yasa hükmü bulunup bulunmadığına bağlı olarak değişecektir. İdari işlemle anayasa arasında bir

⁶⁵⁶ CE, 17 février 1950, *Dame Lamotte*, Rec. s. 110; Kararın özeti için bkz. AZRAK, "İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu", s. 328.

⁶⁵⁷ ÖZAY, "Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri", s. 276.

⁶⁵⁸ İ. OCAKÇIOĞLU, "Kurallar Zinciri İle İlgili Bazı Sorunlar", ONAR'a Armağan, İstanbul 1977, s. 512.

⁶⁵⁹ AKILLIOĞLU, İnsan Hakları, s. 53.

⁶⁶⁰ TEZİÇ, s. 58-59, 198.

yasa bulunmakta ise idare hâkimi işlemin hukuka uygunluğunu sadece yasa açısından denetleyebilecektir; hâkim yasa ekranını aşarak doğrudan anayasaya dayanamaz. Buna karşılık önüne gelen mesele ile ilgili yasal bir hüküm mevcut değil ise idari işlemin hukuka uygunluk denetimini doğrudan anayasal hükmü uygulayarak gerçekleştirecektir⁶⁶¹.

Güneş'e göre, belirli konuların düzenlenmesinin yürütme organına bırakılması durumunda, yasal düzenleme, yapılacak düzenleyici işlemlerin yargısal denetimini olanaklı kılacak esasları açık ve net bir şekilde belirtmelidir. 1961 Anayasası'nın 114. maddesinde belirtilen "İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz." hükmünü anlamsız kılacak ölçüde geniş yetkiler verilemez⁶⁶².

Duran'a göre ise idare hâkimi mevzuatın boşluğu karşısında, kanun hükümlerini yetersiz sayıp, anayasanın çok genel, soyut, müphem ve kaypak kurallarını, kendi düşünce ve anlayışına göre somutlaştırarak olaya uygulamak suretiyle uyuşmazlıkları çözümleyebilecektir. Yazara göre idari işlemlerin, tüzük, yönetmelik, kararname gibi düzenleyici ve genel bir tasarrufa uygun bulunmaları, işlemlerin hukuka uygunlukları açısından yeterli sayılmaz; idare hâkimi işlemin dayandığı düzenleyici tasarrufun daha üstün hukuk kurallarına aykırı hükümler taşıyıp taşımadığını da incelemek zorundadır. Dolayısıyla hâkimi bağlayan asıl kurallar üstün hukuk kurallarıdır. Bu durum, Anayasanın temel ilkesi olan hukukun üstünlüğü ilkesinin bir sonucudur⁶⁶³.

Yasakoyucunun temel hak ve özgürlükleri sınırlama konusunda, idareye bu alandaki yetkisinin devri ölçüsünde geniş bir yetki vermesi durumunda yasa ekranı

⁶⁶¹ R. ODENT, *Contentieux administratif*, IEP, Paris 1977, s. 232-233'den aktaran: L. FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 4. éd., Paris 2007, s. 134-135.

⁶⁶² T. GÜNEŞ, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara 1965, s. 141-142.

⁶⁶³ L. DURAN, "*Anayasa, Kanun ve Hâkimler*", *Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Dergisi*, S.4, 1970, s. 271-277; Duran, böyle bir yargısal denetim neticesinde yargıçlar sultanı tehlikesine de dikkat çekmiştir. Hâkimlerin kanunu kapalı ve yetersiz bulmaları halinde anayasa hükümlerini kendi anlayış ve inanışlarına göre yorumlayıp somutlaştırmak suretiyle bir olaya uygulamaları, Anayasanın devlet organları arasında yaptığı yetki ve görev ayrımını hiçe saymaya ve bunların kullanılması veya yerine getirilmesi hususunda izlenmesi gereken sırayı bozmaya yol açar. Şöyle ki, mahkemeler bu yöntemle hüküm vermeğe mezun sayıldıkları takdirde, sanki önce kanun koyucunun yetkisini kullanmış, sonra da hükümet ve idarenin görevlerini yerine getirmiş, nihayet yargı yetkisini istimal etmiş olur.

teorisinin sistematik biçimde uygulanması, idare hâkiminin düzenleyici işlemlerin neden olduğu temel hak ve özgürlük ihlallerini denetleyememesi sonucunu doğuracaktır. Özellikle kamu düzeni gibi anayasadan yönetmeliğe kadar değiştirilmeden aktarılan soyut kavramlar, sınırlamanın kapsamını, derecesini belirleme yetkisini idari makamlara aktarmış olmaktadır. Bu durumda Fransız idare hâkimi bazı kararlarında düzenleyici işlemin anayasaya uygunluğunu incelemekte tereddüt etmemiştir⁶⁶⁴.

Danıştay da daha önce yasallık ilkesine ilişkin olarak değindiğimiz yakın tarihli bir kararında bu yaklaşım içinde kamu düzeni tedbiri niteliğindeki bir düzenleyici işlemi iptal etmiştir⁶⁶⁵. Dava konusu düzenleyici işlem, Muğla ili Marmaris ilçesinde her türlü ticari işletmece istihdam edilen ve bu işletmeler lehine çalışan kişilerin turistleri rahatsız eden davranışlarının önlenmesi ve bu amaçla uygulamaya konulan kurallara uyulmasını sağlamak amacıyla çalışanlara ve bunların lehine çalıştığı işyerleri hakkında uygulanacak cezai yaptırımların belirlenmesi amacıyla, Marmaris Kaymakamlığınca çıkarılan Hanutçuluk İle Mücadele Yönergesidir. Danıştay Yönergeyi Anayasa'nın 11. maddesindeki, Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu; 6. maddesinde yer alan, hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı; 38. maddesinde yer alan, kimsenin, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı hükümlerine aykırı bulmuştur⁶⁶⁶.

⁶⁶⁴ CE, 22 avril 1992, *Union nationale des fédérations d'organisme HLM*; CE, 29 juillet 1994, *Association défense des infirmiers libéraux des infirmiers libéraux*, Kararları aktaran: FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, s. 135.

⁶⁶⁵ D.10.D, K. 2005/7806, E. 2002/5890, T. 16.12.2005; Bknz. yukarıda, s. 191, dn. n° 460.

⁶⁶⁶ Dava konusu Yönerge'nin dayandığı yasal düzenlemeler: 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu m.31: "*Kaymakam, ilçenin her yönden genel idare ve gidişini düzenlemek ve denetlemekle sorumludur.*" 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu m.27: "*Kanun ve nizamnamelerde sarahat olmayan ve hakkında hususi emir bulunmayan mesailde mafevkten istizan imkanı olmadığı takdirde vali, kaymakam ve nahiye müdürleri kendi içtihatlarıyla hareket eder ve tedbir alırlar*". 2559 sayılı PVSK'nın m.8-f : "*Yürürlükte bulunan hükümlere aykırı olarak işletilen veya konulan yasalara uymayan açılması izne bağlı yerler ile bu Kanunun 12. maddesi hükümlerine uymadığı tespit edilen yerlerin, polisçe kati delil elde edilmesi halinde mahallin en büyük mülki amirinin emriyle kapatılacağı veya faaliyetten men edileceği hükmüne yer verilmiştir.*"

28.12.2006 tarih ve 5571 sayılı Kanunla PVSK'nın 8. maddesi 1. fıkrasına eklenen (F) bendi ile hanutçuluk faaliyeti ile çevreyi rahatsız edenler, mahallin en büyük mülki amiri kararıyla otuz günü geçmemek üzere faaliyetten men edilebilecektir. PVSK m.8/1-f: "*Her türlü denize elverişli araçlarla günübirlik tur düzenleyen veya her türlü mal ve*

Bunun gibi, 24.09.2002 tarih ve 24886 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Komşu Hak Sahipleri Meslek Birlikleri ve Federasyonları Hakkında Tüzükte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tüzüğün 17.maddesinin iptali istemiyle açılan davada Danıştay, dava konusu Tüzüğü Anayasa'nın ekonomik kamu düzenine ilişkin hükümlerine ve bu alandaki uluslararası andlaşmalara uygunluğu yönünden denetlemiştir⁶⁶⁷. Karara göre *“fikir ürünleri üzerindeki hakların kendine özgü niteliği göz önünde bulundurularak, eser sahiplerinin hakları ile toplumsal yarar arasındaki dengeyi sağlamak, etkin ve işleyen bir piyasa oluşturmak amacıyla, ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümlerine⁶⁶⁸ ve Anayasanın 167. maddesiyle, Devlete yüklenen pozitif yükümlülüğe ve yine Anayasanın 48. maddesinin 2. fıkrasındaki sınırlama sebeplerine uygun olarak tesis edilen dava konusu düzenleyici işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.”*

Yasa ekranı teorisi başlangıçta anayasal hükümler için olduğu kadar uluslararası andlaşma hükümleri için de geçerli olmakla birlikte 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesine eklenen fıkra ile birlikte, temel hak ve özgürlükler alanında bu ikinciler için geçerliliğini yitirmiştir⁶⁶⁹. Yasa ekranı teorisi pozitif hukukta kısmen hâlâ geçerliliğini korumakla birlikte günümüzde bir zayıflama trendi içerisinde. Bir görüşe göre yasa ekranı teorisi kural olmaktan çok bir istisnadır⁶⁷⁰.

3.3.2.2. Hukukun Genel İlkelerinin Yaratılması ve Uygulanması

Sınırlamanın yasa ile yapılmasını zorunlu kılan ilkenin pratiğe aktarılması her zaman kolay olmamaktadır. Yasakoyucu bazı durumlarda, temel haklar alanında, genel esaslar dışında kalan hususları ayrıntılı olarak düzenlemeyerek idareye bir serbest hareket alanı bırakmak zorunda kalabilmektedir. Örneğin Toplantı ve Gösteri

hizmet satanlardan, müşteriye faaliyetlerini duyururken veya müşteri kabul ederken çevreyi veya müşteriye rahatsız edecek yöntemler kullananlar, mahallin en büyük mülki amiri tarafından otuz günü geçmemek üzere, geçici süre faaliyetten men edilir.

⁶⁶⁷ D.10.D, K. 2005/2483, E. 2002/7366, T. 10.05.2005.

⁶⁶⁸ Kararda Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 27. maddesinin 1. fıkrası ile Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması Eki Ticaretle Bağlantılı Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Anlaşmasının (TRİPS) giriş cümlesinde yer alan hükümler uygulanmıştır.

⁶⁶⁹ Bu konu ileride Avrupa kamu düzeninin idare hâkiminin tarafından uygulanması bahsinde incelenecektir.

⁶⁷⁰ FAVOREU et autres, Droit des libertés fondamentales, s. 135.

Yürüyüşleri Kanununun 6. maddesi, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapılacağı güzergâhın vali ve kaymakamlarca belirleneceğini öngörmektedir. Yasa, tüm ülkede bu yerleri tek tek belirleyemeyeceğine göre belirli ölçütler getirerek bunu idari makamlara bırakması bir zorunluluktur. İşte idarenin somut durumun şartları ile ilgili bir değerlendirme serbestisine sahip olduğu durumlarda, yaptığı işlemin anayasal ilke ve kurallara uygunluğu da gündeme gelmektedir.

Takdir yetkisinin hukuka uygun olarak kullanılması zorunluluğunun bir gereği de onun anayasal sınırlara uygun olarak kullanılmasıdır. Fransa'da idarenin takdir yetkisinin anayasal sınırları Conseil d'Etat'nın uzun bir zaman içinde geliştirdiği hukukun genel ilkeleri kategorisiyle çizilmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin, idarenin takdir yetkisinin önemli bir sınırını oluşturduğu Conseil d'Etat kararlarında ortaya konmuştur⁶⁷¹. Erkut'un da belirttiği gibi gerek Anayasa Konseyi anayasal ilke ve normları belirlerken, gerekse Fransız idare hâkimi hukukun genel prensiplerini oluştururken temel kaynak olarak anayasallık bloku içinde yer alan hukuksal metinlere başvurmaktadırlar⁶⁷².

Fransız kamu hukukunda doğrudan doğruya özgürlük düşüncesinden kaynaklanan hukukun genel ilkeleri, ilk kez 1789 Bildirgesi ile pozitif hukuk düzenine girmiş; daha sonra Conseil d'Etat içtihatları ile geliştirilerek Cumhuriyet dönemi yasalarında somutlaşmıştır. Fransız idare hâkimi, düşünceleri açıklama özgürlüğü, basın özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü, mülkiyet hakkı, konut dokunulmazlığı, kişinin korunması, girişim ve ticaret özgürlüğü gibi çeşitli temel hak ve özgürlükleri hukukun genel ilkeleri teorisi çerçevesinde uygulamıştır⁶⁷³.

Türk hukukunda ise gerek 1961 gerekse 1982 Anayasaları, temel haklara ilişkin ilkeleri ayrıntılı bir biçimde düzenleyerek Fransız kamu hukukunda anayasal ilkeler olarak nitelendirilen ilkeleri pozitif hukuk kuralına dönüştürmüştür. Bu nedenle Türk idare hâkimi temel hak ve özgürlükler alanında çoğunlukla doğrudan anayasa normlarına referans vermekte ve anayasanın kendisini hukuka uygunluk denetiminin temel kaynağı olarak nitelendirmektedir. Bununla birlikte bazı kararlarında, anayasal

⁶⁷¹ AZRAK, "İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu", s. 331.

⁶⁷² ERKUT, Hukuka Uygunluk Bloku, s. 41.

⁶⁷³ ERKUT, Hukuka Uygunluk Bloku, s. 71.

pozitif normları doğrudan doğruya uygulamak yerine, bu normların yanında bazı hukukun genel ilkelerine dayanmaktadır. Danıştay, özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna olduğunu; hak ve özgürlüklerin ancak yasal düzenlemelerin açık hükmü ile sınırlandırılabilceği yolundaki görüşünü özellikle hukuk devleti ve kanunilik ilkeleri ile desteklemektedir⁶⁷⁴.

3.3.2.3. Anayasaya Uygun Yorum Tekniği

Türk hukukunda “bir yasa anayasaya uygun olarak yorumlanabildiği ve yorum seçildiğinde yasa hâlâ anlamını koruyabildiği takdirde anayasaya aykırı değildir” şeklinde tanımlanan uygun yorum tekniği, Anayasa Mahkemesi kararlarında birçok kez uygulanmıştır⁶⁷⁵. Bu teknikle idare hâkimi, anayasaya aykırı bir düzenleyici işlemi aslında yasaya aykırı olarak nitelendirmekte; böylelikle söz konusu işlem dolaylı bir biçimde anayasaya aykırı hale gelmektedir⁶⁷⁶.

Danıştay anayasaya uygun yorum tekniğini kullanarak önüne gelen uyuşmazlıkta uygulayacağı yasayı anayasaya ve hukukun genel ilkelerine uyarlamaktadır. Danıştay ilk kez, Conseil d’Etat ile aynı yıl, yani 1950’de uyguladığı anayasaya uygun yorum yöntemi ile yargı yolunu kapayan bir yasa hükmünü aşmıştır⁶⁷⁷. Bu yöntemi uygulayarak verdiği ikinci kararda Danıştay, bu yöntemle dayanarak bir yasama boşluğu doldurmuştur⁶⁷⁸. Yüksek Mahkeme, Anayasa’nın angaryayı yasaklayan hükmüne dayanarak yasada sözleşmeli personele fazla mesai

⁶⁷⁴ C. ERKUT, Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı, Yenilik Basımevi, İstanbul 2004, s. 173-176

⁶⁷⁵ T. YILDIRIM, “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı”, AİD, 1993, s. 74.

⁶⁷⁶ FAVOREU et autres, Droit des libertés fondamentales, s. 135.

⁶⁷⁷ D.İDDK, 06.06.1950, DD., S. 50, s. 50-53; 08.07.1948 tarihli ve 5250 sayılı Kanunun “yetersizlikleri nedeniyle emekliye ayrılacak memurların emekliye sevk kararları aleyhine idari ve adli yargı mercilerinde dava açamayacakları” yolundaki hükmü uygulayan idarenin işlemlerine karşı açılmış olan iptal davasında “idari tasarrufların kazai murakabeye tabi tutulması, hukuka bağlı devlet prensibinin en mütebariz ve karakteristik vasfı icabından olmasına ve bu ilmi esas hiyerarşi itibarıyla mevzu hukukun en üst kademesini teşkil eden Anayasanın 51. maddesi ile müeyyide altına alınmış bulunmasına ve 5250 sayılı Kanunun Danıştay’a müracaat edilemeyeceği hakkındaki hükmü idari tasarrufun takdir unsuruna taalluk eden kısmının kontrol dışında kalacağı şeklinde mânâlandırmak, gerek nazari ve gerek mevzu hukukun esaslarına daha uygun düşeceğine binaen, davanın iptidaen adem-i mesmûiyetine karar verilmesi yolundaki iddia kabule şayan olamaz” demek suretiye anayasaya uygun yorum tekniğini anayasa yargısının henüz bulunmadığı bir dönemde uygulamıştır. AZRAK, “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, s. 337.

⁶⁷⁸ D.5.D, K. 1970/219, T. 26.01.1970, DD., S. 1, s. 190, AZRAK, “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, s. 338.

ücreti ödenmesine ilişkin bir hüküm bulunmamasına rağmen, sözleşmeli personel statüsündeki davacıya fazla mesai ücreti ödenmemesine ilişkin işlemi iptal etmiştir.

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu 1970 yılında verdiği bir kararda anayasa öncesi bir yasa hükmünün Anayasa'ya aykırı olması durumunda uygulanmaması gerektiğine hükmetmiştir⁶⁷⁹. Fakat kararda Anayasa'ya aykırı yasa normunun uygulanmaması, Anayasa'nın temel hukuk kuralları dışında bir konuyu ayrıntılarıyla düzenlemesi ve bu hükmün daha önceki kanunlarda bulunup aynı konuyu düzenleyen hükümlere aykırı olması halinde söz konusu olacaktır. Dolayısıyla idare hâkimi Anayasa'nın ayrıntılı bir biçimde düzenlemediği bir konuda anayasadan önceki bir yasa hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve uygulanamayacağına karar veremeyecektir. Anayasa Mahkemesi de 1976 yılında verdiği bir kararda bir konuda ayrıntılı bir düzenleme getiren Anayasa hükmünün, bu hükme aykırı yasa hükümlerini zımni olarak kaldıracağını kabul etmiştir⁶⁸⁰.

Yüksek Mahkeme'nin ünlü 1402'likler kararı, *"...yasalardaki kuralların Anayasanın temel ilkelerine ve bu ilkelere egemen olan hukukun ana kurallarına olabildiğince uygun düşecek biçimde yorumlanmaları hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu nedenle yasadaki söz konusu hükmün anlamının, amaçsal bir yorumla ve... Anayasa ilkeleri göz önünde bulundurularak belirlenmesi gerekmektedir."* ifadesine yer vererek bu yorum tekniğinin tipik bir örneğini oluşturmaktadır. Danıştay bu kararda anayasaya uygun yorum tekniğini, anayasaya uygunluk denetimine kapalı bir yasa ile ilgili uygulayarak çok etkin bir yargısal denetim gerçekleştirmiş olmaktadır⁶⁸¹. Bu karara göre Sıkıyönetim Kanununun 2. maddesi gereğince sıkıyönetim komutanlarının isteği üzerine görevden uzaklaştırılan kamu personelinin bir daha kamu hizmetine alınmaması hakkındaki düzenleme ancak sıkıyönetim dönemi için geçerli olabilir. Sıkıyönetim rejimi için öngörülmüş usullerle alınan kamu hizmetinden uzaklaştırma kararının, sıkıyönetimin kalkmasından sonraki dönemi de kapsar nitelikte görülmesi, yurttaşların kamu hizmetinin gerektirdiği niteliklerden tamamen ayrı

⁶⁷⁹ DİBK, K. 1970/1, E. 1969/, T. 12.02.1970, DD., S. 1, s. 90.

⁶⁸⁰ AYM, K. 1976/31, E. 1976/13, T. 03.06.1976, Kararı aktaran: ÖZAY, *"Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri"*, s. 283.

⁶⁸¹ E. MEMİŞ, *Anayasaya Uygun Yorum*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2007, s. 182; ERKUT bu şekilde yasa kuralının sözünün ihmal edilmek suretiyle hukukun genel ilkeleri yararına yorumlanmasına "dönüştürme yöntemi" adını vermektedir. ERKUT, *Hukuka Uygunluk Bloku*, s. 36.

nedenlerle ömür boyu kamu hizmeti dışında bırakılması anlamına geleceğinden, böyle bir yorum Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı dışer.

Azrak'a göre “1402'likler Kararı”nın bir diğerk önemli  zelliğik, idare hâkiminin önüne getirilen uyuşmazlıkta, idarenin uyguladığık kanunu aşarak doğrudan doğruya bir Anayasa hükmünü uygulamasıdır. Kararda, görevden uzaklaştırılan kamu görevlilerinin bir daha hizmete kabul edilemeyeceklerine ilişkin Sıkıyönetim Kanununun 2. maddesinin 8. fıkrası hükmüne, Anayasa'nın kamu hizmetlerine giriş hakkını düzenleyen 70. maddesine aykırı bir anlam verilemeyeceğik gerekçesine yer verilerek, Anayasa'nın 70. maddesi doğrudan uygulanmış olmaktadır⁶⁸².

Danıştay, idarenin grev erteleme kararının hukuka uygunluğunu denetlediğik yakın tarihli bir kararında da, Anayasa'nın konuyla ilgili düzenlemesini Anayasa'nın bütünü itibariyle yorumlamış; işçi açısından bir temel güvence olan grev hakkının, yasada nesnel olarak belirlenmiş olan erteleme koşullarının amacı dışında değerkendirilerek işlem tesis edilemeyeceğikne karar vermiřtir⁶⁸³. Söz konusu amaç ise Anayasa'nın yorumundan çıkarılmaktadır.

Danıştay 1990 yılında verdiğik bir istişari kararda, benzer bir biçimde toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını Anayasa'nın 34. ve 13. maddeleri kapsamında değerkendirmiřtir⁶⁸⁴. 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 4.maddesinin (d) bendinde yer alan istisnalardan biri olan, Türkiye Büyük Millet Meclisi  yelerinin halk ile yapacakları sohbet niteliğindeki görüşmelerle ilgili olarak Danıştay şu karara varmıştır: “(...) sözü edilen toplantılarda kamu düzenini ciddi şekilde bozmaya yönelik girişimlerle, milli güvenlik gereklerini ihlal edecek girişimlerin ortaya çıkması veya böyle bir ihtimalin sezilmesi sırasında, mahallin en büyük mülki idare amirinin toplantıyı  nleyebileceğik tabiidir. Ne var ki bu önlemler yasayla tanınan bir hakkın kullanılmasını engelleyecek nitelikte olmayacaktır. Bu husus Anayasanın 13. maddesinin 2. fıkrasındaki, ‘Genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin

⁶⁸² AZRAK, *İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu*, s. 329.

⁶⁸³ D.10.D, K. 1997/3780, E. 1995/6508, T. 15.10.1997; Y. BAL / M. KARABULUT / Y. şAHİN, Danıştay 10. Dairesi Kararları, Turhan Kitabevi, C. II, Ankara 2003, s. 557-558'den aktaran: ERKUT, Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı, s. 175-176.

⁶⁸⁴ D.1.D, K. 1990/95, E. 1990/91, T. 14.06.1990.

gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz' hükmünün tabii sonucudur.”

Danıştay, daha eski tarihli bir istişari kararında da, vakıfların uluslararası kurumlarla ilişkisini Bakanlar Kurulu'nun iznine tabi tutan Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzüğü'nün Ek 2.maddesini, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan, temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamayacağı kuralına dayanarak yorumlamış; bunun neticesinde vakıfların yabancı ulusal kuruluşlarla Bakanlar Kurulu kararına gerek olmaksızın ilişki kurabileceğine karar vermiştir⁶⁸⁵.

Danıştay bazı kararlarında anayasal norm ve ilkeleri destek ölçü norm olarak uygulamaktadır. Örneğin Danıştay, kamu düzeni alanında Yusuf Bozkurt Özal'ın bir türbeye gömülmesine izin veren Bakanlar Kurulu Kararı hakkında verdiği kararda Anayasa'nın eşitlik ilkesine referansta bulunmuştur⁶⁸⁶. Yüksek Mahkeme'nin söz konusu kararına göre, “(...) bir kişinin ölümünde belediyece tesis olunan mezarlığa gömülmesi esas olduğu gibi, 211. maddeyle de Bakanlar Kuruluna bir kişinin belediyelerce tesis olunan mezarlıklar dışındaki yerlere gömülmesine izin verme konusunda mutlak bir takdir yetkisi ve serbesti tanınmamış, aksine bu yetkinin kullanılışı 'fevkalade hal' in mevcudiyeti ve 'sıhhi mahzur bulunmaması' gibi iki koşulun birlikte var olmasına bağlı tutulmuştur.

Olayda ise, Yusuf Bozkurt Özal'ın ölümünde Belediyelerce tesis edilmiş bulunan mezarlık dışındaki bir yere gömülmesini gerektirecek şekilde bir "fevkalade hal" in varlığından söz etmek olanağı yoktur. Bu nedenle, aksi yoldaki Bakanlar Kurulu kararı sebep ve maksat yönünden 1593 sayılı Yasaya da aykırı düşmektedir.

Öte yandan Anayasamızın 12. maddesi “Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.” hükmünü taşımaktadır. Ayrıcalık yapılmasını gerektirecek hiçbir olağanüstü hal bulunmadığı halde Yusuf

⁶⁸⁵ D.1.D, K. 1988/378, E. 1988/348, T. 29.12.1988.

⁶⁸⁶ D.10.D, K. 2004/5434, E. 2002/4723, 09.06.2004.

Bozkurt Özal'a, ölümünde belediye mezarlığı dışında ayrı bir yere gömülmesine izin veren ve bu suretle ona ayrıcalık tanıyan Bakanlar Kurulu kararının sözü geçen maddede ifadesini bulan "eşitlik" ilkesine uygunluğundan da söz edilemez."

3.4. Avrupa Kamu Düzeni Kavramı

3.4.1. Kavramın Doğuşu ve Anlamı

Uluslararası düzlemde AİHS, insan haklarını ve temel özgürlükleri korumanın en önemli hukuksal araçlarından biridir. AİHS, insan haklarını ulaşılması gereken idealler düzeyinden, uygulanması zorunlu hukuk kuralları düzeyine taşıyan en önemli uluslararası belge niteliğindedir. Bu Sözleşme'ye, Avrupa'nın ortak anayasası özelliği atfedilmektedir⁶⁸⁷. İnsan hakları alanında bu Sözleşme'nin kabulü ile ulusal özellikler ve farklılıklar meşru bir gerekçe olarak kabul edilmemektedir. Sözleşme, insan hakları konusunda bir standart teşkil etmektedir. Sözleşmeciler devletler bu standardı aşabilirler, fakat ihlal edemezler⁶⁸⁸.

AİHS, üye devletlerin bireylerin temel haklarını güvence altına almak amacıyla uymak zorunda oldukları ortak değerleri belirlemektedir. Sözleşme'nin Başlangıç kısmı üye devletlerin, insan haklarına ilişkin ortak bir anlayışa ve insan haklarına ortaklaşa bir saygıya bağlılığını; ortak bir kültürel ideal ve politik gelenekle hareket eden Avrupa hükümetleri olarak, hak ve özgürlükleri kolektif bir biçimde garanti altına almak için gerekli olan önlemleri alma yükümlülüklerini dile getirmektedir. Sözleşme'nin amacı, insan haklarını devletlerin tekelinden çıkarıp ulusal üstü organların yetkisi kapsamına geçirerek bir koruma sistemi organize etmektir. Bu özelliğiyle Sözleşme, diğer klasik uluslararası andlaşmalardan ayrılarak gelişkin bir kontrol aracılığı ile üye devletleri kolektif bir garanti sistemine bağlamaktadır. Böyle bir kontrolden doğan zengin bir içtihat temelinde AİHM, 23 Mart 1995 tarihli *Loizidou c/Türkiye* kararı ile Sözleşmeyi

⁶⁸⁷ ERKUT, Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı, s. 121.

⁶⁸⁸ G. COHEN-JONATHAN, Aspects européens des droits fondamentaux, Montchrestien, Paris 1996, s. 61.

iddialı bir ifade kullanarak “Avrupa kamu düzeninin anayasal aracı” olarak nitelendirmekte tereddüt etmemiştir. Mahkeme, “anayasal” terimi ile üye devletlerin uymakla yükümlü oldukları temel kurallar bütününe atıf yapmış; bunun dışında “Avrupa kamu düzenini” tanımlamamıştır. *Loizidou* kararından önce de öğretide bazı yazarlar tarafından, diğer uluslararası andlaşmalardan ve insan hakları metinlerinden farklı bir nitelikte olmasını vurgulamak üzere Sözleşme’nin “*liberal demokrasilerin kamu düzenini*” oluşturmaya yönelik hukuki bir metin olduğu belirtilmiştir⁶⁸⁹.

Avrupa kamu düzeni kavramına farklı açılardan farklı tanımlar getirilebilir⁶⁹⁰. AİHM’nin Sözleşme için “Avrupa kamu düzeninin anayasal aracı” demesi, Avrupa kamu düzeni kavramı ile kastettiği kamu düzeninin, kurumsal bir Avrupa’nın kamu düzeni olduğunu göstermektedir⁶⁹¹. Bu düzeninin, ortak bir demokratik toplum anlayışı ve insan hakları rejimine ilişkin kurallardan oluşan bir düzeni ifade ettiği açıktır. Sudre’e göre de Avrupa kamu düzeni kavramı AİHS’nin Başlangıç hükümlerine bir gönderme yapmaktadır. Bu hükümler, Sözleşme’yi imzalayan devletlerin, Sözleşme’nin kapsamında bulunan ortak değerleri tanıma ve korumanın vazgeçilmez olduğunu kabul ettiklerini öngörmektedir⁶⁹². 7 Aralık 1976 tarihli ünlü *Handyside* kararında Mahkeme’nin altını çizdiği gibi, söz konusu edilen ortak değerler, çoğulcu, hoşgörülü ve açık bir demokratik topluma özgü ilkeler bünyesinde bulunan değerlerdir. Buradan, tıpkı Avrupa anayasaları kapsamında karşılaştırmalı anayasa hukukundan “insan hakları merkezli anayasal kamu düzeni” kavramının ortaya çıkması gibi, hakların korunmasında gerçek bir Avrupa standardı ortaya çıkmaktadır. Her iki durum da

⁶⁸⁹ S. BATUM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Sistemine Etkileri, İÜHF Yayını, İstanbul 1993, s. 55.

⁶⁹⁰ Avrupa kamu düzeni, Avrupa devletlerinin ulusal kamu düzenlerinin ortak özelliklerini ifade edebileceği gibi kamu düzeninin Avrupa toplumunda geçerli olan anlayışı ve son olarak kurumsal bir Avrupa düzeni olarak kullanılabilir. İkinci anlamıyla kamu düzeni ulusal egemenliği dayatan bir direniş aracı iken üçüncü anlamıyla ulusal egemenliği aşmak için bir araçtır. Birbirine zıt bu iki perspektifi, benzer sorunsallar önererek birbirine uyumlu hale getiren ortak payda ise Avrupalılık’tır. Söz konusu sorunsallar hukuki olma niteliği ile ilgilidir. C. PICHERAL, *L’ordre public européen: Droit européen et droit communautaire des droits de l’homme*, La Documentation Française, Paris 2001, s. 14.

⁶⁹¹ F. SUDRE, “*L’ordre public européen*”, *L’ordre public: ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Acte du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Bruylant, Bruxelles 2001, s. 111.

⁶⁹² SUDRE, s. 113.

toplumsal değerler olarak insan haklarının devlete karşı üstünlüğünü ifade etmektedir⁶⁹³.

Her ne kadar 1965 tarihli “*Accierie San Michel*” adlı kararnamede Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) bir topluluk kamu düzeninden bahsetmiş olsa da Topluluk hukuku bakımından Avrupa kamu düzeni kavramı için AİHM ile aynı anlamda bir referans yapılmamıştır. Bununla birlikte Amsterdam Andlaşması’nın adalet ve içişleri konularında Roma Andlaşması’na getirdiği değişiklikler, Konsey’in kamu düzeni tanımı sorununu tekrar gündeme getirmiştir. Bu açıdan Picheral’a göre, Avrupa kamu düzeni kavramını düşünürken Topluluk hukukunu dışarıda bırakmamak gerekir⁶⁹⁴. Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) Andlaşması, ilk halinde, bağımsız bir temel haklar bölümü içermemekteydi. Bu Andlaşma’da bazı temel haklar zikredilmiş ve bunların varlığı Topluluk tarafından açıkça tanınmıştır. ATAD, temel haklar ile ilgili içtihatlarında Topluluk hukukunda geçerli olan temel ilkelere dayanmış ve üye devletlerin ortak anayasa geleneklerine, uluslararası Andlaşmalara, özellikle de AİHS’ne başvurmuştur⁶⁹⁵. ATAD, bu konudaki içtihadını, kendisine Andlaşma’yı yorumlama ve Topluluk hukukunu uygulama yetkisi veren 220. maddeye dayandırırken aynı zamanda Avrupa Topluluğu’nun politik boyutunu da vurgulamıştır⁶⁹⁶. Divan 1969 yılında aldığı *Stauder* kararıyla temel hakları Topluluk hukuk düzeninin genel ilkeleri arasına yerleştirmiş ve bu haklara saygıyı sağlama konusunda kendini yetkili kılmıştır. ATAD 1974 ve 1979 yıllarında aldığı iki kararda üye devletler anayasalarınca tanınan ve güvence altına alınan temel haklarla bağdaşmayan önlemleri kabul etmeyeceğini vurgulamış; böylece maksimum standart ölçüsünü benimsemiştir. Maksimum standart deyimi en üst ulusal güvencenin Topluluk düzenine uygulanmasını ifade eder. Ayrıca

⁶⁹³ FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, s. 369-370.

⁶⁹⁴ PICHERAL, s. 14.

⁶⁹⁵ V. BEHR / E. TEMEL, “*Avrupa Kamu Düzeni*”, içinde Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C.2, İstanbul 2001, s. 1175.

⁶⁹⁶ http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/rights/treaties/fsj_rights_treaties_fr.htm, 1 Mayıs 1999’da yürürlüğe giren Amsterdam Andlaşması ile AET Andlaşması ilk defa temel hakların korunmasına yönelik bir güvence sistemine kavuşturulmuştur. Bu konudaki ikinci önemli etap ise 2000 yılının Aralık ayında Temel Haklar Şartı’nın kabul edilmesi ve 2003 yılında yürürlüğe giren Nice Andlaşması’nın imzalanmasıdır. Nice Andlaşması 7. maddesi temel hakların ihlali riskine karşı önleyici bir mekanizmanın yanında ihlal durumu için bir yaptırım mekanizması öngörmektedir.

bu iki karar, AİHS'nin temel hakların güvence altına alınması ile ilgili rolünü gündeme getirerek Sözleşme'yi Avrupa minimum standardı olarak nitelemiştir⁶⁹⁷.

İç hukukta kamu düzeninin fonksiyonel bir kavram olması gibi, Avrupa kamu düzeni kavramı da esas olarak fonksiyonel bir kavramdır. İlk bakışta, Avrupa kamu düzeni kavramının rolü iç hukuktakinden farklı gözükmemektedir. Kamu düzeni, birincisinde devletin yaptığı sınırlamalara karşı insan haklarını koruma fonksiyonunu yerine getirirken, diğerinde hak ve özgürlükleri sınırlama fonksiyonu olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁹⁸. Diğer taraftan Avrupa insan hakları hukukunda kamu düzeni, AET Andlaşması ve AİHS ile güvence altına alınan özgürlüklere karşı ileri sürülen bir araçtır. Kamu düzeninin bu fonksiyonu, ortak bir Avrupa kamu düzeni anlayışının ortaya çıkmasında bir engel olarak belirlemektedir. Bu nedenle kamu düzeni için böyle bir ortak Avrupa anlayışının varlığının, topluluk çerçevesinde bugün henüz tamamlanamamış olan siyasi birliğe bağlı olduğu düşünülmektedir⁶⁹⁹.

Avrupa insan hakları hukukunda, Andlaşma'ya ya da Sözleşme'ye göre kamu düzeninden ne anlaşılması gerektiğini belirlemek konusunda yargıç yetkili olduğu halde, Lüksemburg ve Strazburg yargıçları ısrarla, bu alanda ortak bir anlayışın olmadığını ileri sürmüşler ve kamu düzeni kavramını açık bir şekilde sınırlandırmaktan kaçınmışlardır. Bu durum karşısında öğretide bazı yazarlar, kamu düzeni kavramında pratikte tanımlanamayan bir egemenlik kavramının saklı olduğunu ileri sürmüşlerdir⁷⁰⁰. Diğer taraftan, ortak bir kamu düzeni anlayışının varlığı da aynı anda savunulmuş ve özellikle topluluk hukukunda zaman içinde genel olarak kabul edilmiştir. Yargıç Pettiti, insan hakları Avrupa yargısının, ATAD'ın tanımına paralel olarak, belirli normların hazırlanmasında ve bir Avrupa kamu düzeninin kabul edilmesinde rol oynadığını ifade etmiştir. Bu yaklaşım yargıca göre AİHM'nin, Sözleşme'nin 8 ila 11. maddelerinin 2. paragrafları ile karşılaştığında, davalı devlet tarafından yapılan ulusal kamu düzeni

⁶⁹⁷ İ. Ö. KABOĞLU, "Avrupa Topluluğu ve İdari Yargı", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, s. 307-308; Ayrıca bkz. İ. Ö. KABOĞLU, "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı", Anayasa Yargısı, C. 8, 1991, s. 302.

⁶⁹⁸ SUDRE, s. 111.

⁶⁹⁹ SUDRE, s. 111.

⁷⁰⁰ G. LYON-CAEN, "La réserve de l'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation", RTDE, 1966, s. 693.

savunması ile ilgili değerlendirme yapmaya davet edilmesi ile ortaya çıkmıştır⁷⁰¹. Fakat şu açıktır ki, ne ilk görüşlerinde Komisyon, ne Mahkeme ne de öğreti, ulusal kamu düzeni ile ilgili Avrupa anlayışını Avrupa kamu düzeninin bir öncülü olarak görmüşlerdir. Picheral'a göre yine de iki tür kamu düzeninin yorumu arasında bir ilişki mevcuttur; birincinin yorumu ikincisi hakkında belirleyici olmaktadır⁷⁰².

3.4.2. Avrupa Kamu Düzeninin Unsurları

Ulusal yararlar kapsamında, Avrupa hukuk sistemlerinin ilik yerlerinden biri olan kamu düzeni, sadece özgürlük ve düzen arasında değil, birbirleriyle ilişki halindeki hukuk düzenlerinde bulunan emredici hükümler arasında da bir sentez gerçekleştirmektedir. Kamu düzeni kavramının ulusal bir boyuta sahip olması, açık bir gerçeklik olduğu kadar özel olarak korunan bir özelliktir. Kamu düzeninin Avrupa boyutu ise hukukun üstünlüğü, Sözleşme ile güvence altına alınan özgürlüklere saygı ve Avrupa bölgesine aidiyet fikri olmak üzere üç temel değer in etkisiyle zamanla gelişmiştir. Hukukun üstünlüğü ilkesi, hukuk devleti kavramı aracılığıyla öncelikle iç hukuk düzenlerinde benimsenmiştir. Bundan başka, Avrupa ve Topluluk insan hakları hukukları bu değere yeni bir içerik kazandırmıştır. Kısıtlandıkları durumlarda bile özgürlüklere saygı gösterme zorunluluğu, Fransız idare hâkiminin koyduğu klasik bir ilkeden kaynaklanmaktadır. Fakat bu zorunluluk, uluslararası sistemin etkililiği söz konusu olduğunda başka bir açılımı barındırmaktadır. Üçüncü eleman ise iç hukukta *a priori* yer almamaktadır ve bu nedenle göreceli olarak özgün bir karaktere sahiptir.

Farklı derecelerde de olsa bu değerler emredici niteliktedirler ve Avrupa kamu düzeninin unsurlarını oluştururlar. Gerek AİHM, gerekse ATAD tarafından hatırlatılan bu değerler, ulusal çıkarları ekarte etmeksizin, fakat bunların tanımlarına az çok yeni unsurlar ekleyerek ulusal makamları bağlamaktadırlar⁷⁰³.

⁷⁰¹ L.E. PETTITI, “*Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention – De l’idéal de 1950 à l’humble réalité d’aujourd’hui*”, in sous la dir. L.E. PETTITI / E. DECAUX / P.H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l’homme – commentaire article par article*, Economica, Paris 1995, s. 31.

⁷⁰² PICHÉRAL, s. 20.

⁷⁰³ PICHÉRAL, s. 87.

3.4.2.1. Hukukun Üstünlüğü İlkesi

Hukukun üstünlüğü öncelikle yasanın üstünlüğü anlamına gelmektedir. Bu ilke, Avrupa hukukunda, bir devletin koyduğu sınırlamaları ve istisnaları belirlemesi ölçüsünde hukuka uygunluk şartlarının bir unsurudur. Fakat ilkenin bu ilk anlamı, ölçülülük ve ayrımcılık yasağı gibi şartları kapsamadığından, onun anlamını, açık ve yargı denetimine tâbi bir hukuk kuralı ekseninde belirlemek daha uygun olacaktır.

Topluluk kendisine ait bir hukuku olduğunu iddia etse ve bu hukuk ile hukuki güvenlik ve etkili bir yargısal başvuru yolu garanti altına alınmış olsa bile AET Andlaşması AİHS'nin tersine, kamu düzeni tedbirlerinin, iç hukukta belirlenmiş niteliklere sahip bir temeli olmasını aramamaktadır. AET Andlaşmasında hukukun üstünlüğü ilkesine yapılan doğrudan atıflar çok nadir olmasına karşılık AİHS'de özgürlüklere yapılan tüm kamusal müdahalelerin yasayla öngörülmesi zorunluluğu getirilmiştir⁷⁰⁴.

3.4.2.1.1. Yasanın Anlamı

AİHS, kamusal makamların özgürlüklere müdahale etmesinin dayanağı olan “yasa”nın şekli ile ilgili bir kayıt içermemektedir. Bu anlamda Sözleşme kapsamında, yargı içtihadı kadar idari işlemlerin de “yasa” şartını yerine getirdiği kabul edilmektedir. Sözleşmede yer alan kurallarda “yasa” olarak adlandırılrsa bile Sözleşme, insan haklarına getirilen sınırlamaların sadece yasakoyucu tarafından öngörülebileceğini savunan eski liberal anlayışı yansıtmamaktadır. Totaliter deneyimler göstermiştir ki, araçsal bir sebebin hizmetinde, yasa toplumun ideallerine ihanet edebilir ve bireyleri baskı altına alabilir. Sözleşmenin hazırlanması sırasında Danışma Meclisinde yapılan tartışmalarda ileri sürülen görüşler, Sözleşmeyi hazırlayanların bu gerçeği dikkate aldığını ortaya çıkarmaktadır⁷⁰⁵. Bu nedenle, sınırlamaların yasa ile öngörülme zorunluluğunun, demokratik toplum standardı açısından değil, hukuk devleti modeli

⁷⁰⁴ PICAL, s. 89.

⁷⁰⁵ “Öncelikle söz konusu olan, yasama organı tarafından yapılan ihlalleri ve kısıtlamaları önlemektir. Totalitarizmle mücadele değişmeli ve yürütme organından çok yasama organının aşırılıklarına karşı mücadele haline gelmelidir.”, 8 Eylül 1949 günü yapılan oturumda M. BENVENUTTI'nin konuşmasından aktaran: PICAL, s. 96.

bakımından anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür. Parlamento kontrolünün sağladığı korumanın yok sayılmaması için, seçilmiş bir yasama organı ile temel hakların sınırlanması arasındaki ilişkiye öncelik tanınmamıştır; asıl mesele vatandaşların kimi yetkilendirdiği değil, yasal normun açık, anlaşılır ve Sözleşmede öngörüldüğü biçimde insan haklarına uygun olmasıdır. Hukukun üstünlüğü ilkesinin gerektirdiği asgari bir korumayı gerçekleştirmek için, organik ve şekli kriterler yerine maddi kriterler belirleyici olmaktadır.

3.4.2.1.2. Yasanın Özellikleri

Sözleşme, yargı kararlarına göre, öncelikle yasanın ilgililer tarafından ulaşılabilir olmasını, ikinci olarak ilgilinin yasanın kendine uygulanması ile ortaya çıkacak sonuçları bilebilmesi anlamında anlaşılır olmasını ve hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmasını aramaktadır⁷⁰⁶. Burada, yasanın uygulanması niteliğindeki kararların içeriğinin önceden belirli olmaması ölçüsünde, normun öngörülebilirliğini etkilediği için takdir yetkisi sorunu gündeme gelmektedir. Maddiolguyu izlediği varsayılan hukukun değişik durumlara olduğu kadar hayatın değişen şartlarına da uyarlanabilmesinin zorunlu olduğu AİHM içtihatları ile kabul edilmiştir. Bireylerin korunması ve idari faaliyetlerin etkili olması gerekliliğinden kaynaklanan sebeplerle, genel terim ve kavramların kullanılması kaçınılmaz ve bazı durumlarda özellikle tercih edilir olmaktadır. Örneğin daha az belirsiz olduğu gerekçesiyle; çocuğun bakımını anne-babadan alma yetkisini, idarenin somut durumun koşulları içinde yaptığı değerlendirme ile belirlediği sebepler yerine, gerçekleşmiş olan belirli bir zararın varlığı şartına bağlayan bir düzenlemenin tercih edilmesi uygun değildir. Bununla birlikte, öngörülebilirlik şartı, takdir yetkisini inkâr etmeden yasanın belirli sınırlar çizmesini gerektirmektedir⁷⁰⁷.

AİHM bu konuda, söz konusu hukuk kuralında alınacak önlemin süresi, sebebi, amacı ve kapsamı gibi unsurlarının belirlenmesinin gerektiğini kabul etmektedir. Belirlilik derecesi ise müdahalenin ağırlığı ve sınırlanacak özgürlüğün önemine göre

⁷⁰⁶FABRE-ALIBERT, s. 485.

⁷⁰⁷PICHERAL, s. 90.

değişecektir. Mahkeme bir kararında, öngörülebilirlik kavramının kapsamının, söz konusu yasal hükmün düzenlediği alana, içeriğine, ilgililerin sayısı ve niteliğine bağlı olduğunu söylemektedir⁷⁰⁸. Mahkemeye göre, örneğin organize suçlarla etkili bir mücadele veya milli güvenlikle ilgili gereklilikler daha esnek düzenlemeleri meşrulaştıran nedenlerdir⁷⁰⁹. Bununla birlikte yasa, keyfiliğe karşı bireye uygun bir koruma sağlamak için Yürütmeye tanınan takdir yetkisinin kapsamını ve kullanılma biçimini, izlenmesi gereken meşru amaç bakımından yeterince net bir şekilde belirlemek zorundadır⁷¹⁰. Mahkemenin, yasakoyucunun idareyi gerektiği kadar sınırlayıp sınırlamadığı konusundaki denetimi iç hukuk sisteminin bu alandaki bazı eksikliklerini telafi etmektedir. Sözleşme kapsamında öngörülebilir olma şartı, yasal düzenlemeden maddi anlamda yasa kastedildiği için daha genel bir içeriğe sahiptir. Yeterli ve etkili garantiler içermeyen yasal hükümlerin konusunu incelerken Mahkeme, yasanın kaleme alınışından kaynaklanan sorunları da değerlendirmektedir.

3.4.2.2. Özgürlüklere Saygı

Kamu düzeni, ne AET Andlaşması'nda ne de AİHS'de, kendisi ile ilgili yasal düzenlemelerin çerçevesini aşan, genel nitelikte bir istisna olarak kabul edilmediği gibi, bu düzenlemelerde öngörülen hak ve özgürlüklerin aksini öngöremeyeceği bir ilke de değildir. Tam tersine istisna niteliğinde olduğu için dar yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir. Gerek ATAD gerekse AİHM içtihatları, kamu düzeninin, korumayı amaçladığı yarar bakımından gerekli olacak ölçüyü aşmayacak şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmişlerdir⁷¹¹. Fakat iki uluslararası yargı yerinin Avrupa hukukunun gerekleriyle ulusal çıkarlar arasındaki çatışmayı tartışma biçimleri farklıdır. ATAD'da ikisini birbirine yaklaştırma çabası hakim iken, AİHM hakların üstünlüğünü dayatmaktadır. Bununla birlikte iki sistem için de geçerli olan ortak kural, karar verme sürecinin hiçbir aşamasında ulusal makamların AET Andlaşması ve AİHS ile güvence altına alınmış olan özgürlükleri dikkate almama serbestinin bulunmamasıdır. Söz

⁷⁰⁸ CEDH, 28/03/1990, *Groppera Radio AG*, A/173, § 68, PICHERAL, s. 104.

⁷⁰⁹ CEDH, 02/08/1984, *Malone*, A/82, § 67; CEDH, 26/03/1987, *Leander*, A/116, § 51, PICHERAL, s. 98.

⁷¹⁰ CEDH, 02/08/1984, *Malone*, A/82, § 68.

⁷¹¹ CJCE, 12/10/1978, 13/78, *Eggers*, Rec. s. 1935; CEDH, 26/04/1979, *Sunday Times I*, A/30, § 65, PICHERAL, s.

konusu özgürlükler, kamu düzeni önleminin temelindeki gerekçeyi ve kullanılacak aracı belirlemektedirler⁷¹².

3.4.2.2.1. Sınırlama Sebebinin Uygunluğu

AİHM'nin istikrar kazanmış olan bir içtihadına göre, bir üye devletin müdahalesinin meşruiyeti, uygun ve yeterli sebeplere dayanmasına bağlıdır. Topluluk hukuku, buna ek olarak bu müdahalenin dayandığı sebeplerin diğer üye devletlerin vatandaşları ve malları bakımından bir ayrımcılık içermemesi şartını getirmektedir.

İlk bakışta yeterli sebep bulunması şartının Sözleşme ve Andlaşma tarafından öngörülmemiş olduğu söylenebilirse de bu izlenim yanıltıcıdır. Belirli bir amaç doğrultusunda alınan bir önlem, bu amaç ile bir ilgisi olmayan sebeplere dayanamaz. Meşru gerekçe ile sebep unsurunun bağlantısı, *Sunday Times* kararından beri AİHM'nin yaptığı denetimde kullanılan bir araç olarak uygunluk kriterlerinden birini oluşturmaktadır⁷¹³. ATAD da aynı terminolojiyi kullanmamakla birlikte benzer bir biçimde amaç ve sebep arasındaki bağı denetlemektedir.

Amaç ve sebep arasında bulunması gereken uygunluk, devlet müdahalesinin uygun sebebe dayanıp dayanmadığını belirlemede kullanılan tek kriter değildir. Devletlerin yapacakları müdahale öncesinde maddi olguların nitelendirilmesi, kamu düzeni istisnalarının uygulanmasını sağlayan en önemli faktör olarak karşımıza çıkmaktadır. AİHM maddi olguların doğru biçimde değerlendirilip değerlendirilmediğini incelemektedir. Mahkeme, özellikle Sözleşme'nin 8. ve 10. maddesinde düzenlenen özgürlükler bakımından, ulusal makamların maddi olguları, önüne gelen uyuşmazlıkta söz konusu olan özgürlüğün niteliğine uygun bir biçimde nitelendirmesini aramaktadır. Örneğin Mahkeme, Alman yargı makamlarının, serbest mesleklerin reklamının yapılması konusunda, ifade özgürlüğü ile bağdaşmayan, çok katı bir ilke kullanmasının Sözleşme'yi ihlal ettiğine karar vermiştir⁷¹⁴. Başka bir kararda da

⁷¹² PICHERAL, s. 107.

⁷¹³ CEDH, 26/04/1979, *Sunday Times I*, A/24, § 63; CEDH, 24/03/1988, *Olsson*, A/130; CEDH, 27/03/1996, *Goodwin*, 1996-II, n°7, § 44, PICHERAL, s. 108.

⁷¹⁴ CEDH, 25/03/1985, *Barthold*, A/90, § 58, PICHERAL, s. 109.

AIHM, Avusturya mahkemelerinin, doğruluğu ispatlanamayacak nitelikteki bir değer yargısını iftira olarak değerlendirerek, bu değer yargısını açıklayan kişinin cezai sorumluluğuna hükmetmesinin, fikir özgürlüğü ile bağdaşmadığını söylemektedir⁷¹⁵.

3.4.2.2.2. Ölçülülük İlkesi

Gerek AIHM gerekse ATAD, bir kamu düzeni tedbirinin bu tedbirin amacı bakımından ölçülü olmasını aramaktadır. Mahkemelerin içtihatlarına göre ölçülülük ilkesi, üç unsurdan oluşmaktadır. Öncelikle söz konusu tedbir, ulaşılmak istenen amaç bakımından uygun ve etkili olması anlamında elverişli olmalıdır. İkinci olarak, sıkı bir biçimde gerekli olmalıdır; yani Devletin söz konusu özgürlüğü daha az sınırlandıran bir araç kullanması mümkün olmamalıdır. Son olarak da söz konusu tedbirin yol açacağı zararlar, ondan beklenen faydaları aşmamalıdır. Demek ki, ölçülülük kavramı sadece ulaşılmak istenen amaç bakımından değerlendirilmemektedir; ATAD ve AIHM’de uygulanan yöntemler farklı olmakla birlikte her ikisi de özgürlüklerin niteliğini denetime dahil etmektedir.

Yargıçlar, kamu düzenine yönelen tehlikenin yoğunluğu ile Andlaşma ve Sözleşme ile garanti altına alınan ilke ve hakları birlikte değerlendirmektedirler. AIHM, kamu yararının gereği ile özgürlüğün gereği arasında bir tartma işlemi yapmaktadır. Devlet, bir kamu düzeni tedbiri alırken kamu düzeninin gerekleriyle Sözleşme ile korunan yararlar arasında, AIHM’nin ifadesiyle “*adil bir denge*” (“*juste équilibre*”, “*faire balance*”) kurmak zorundadır. Adil denge kavramının zihinde yarattığı izlenimin tersine, AIHM’nin kurduğu kamu düzeni-özgürlük terazisinde özgürlükler daha ağır çekmektedir⁷¹⁶.

AIHM, hak ve özgürlüklerin kendi bünyelerinde mevcut olan zımni sınırların varlığını kabul etmektedir. Fakat Mahkeme, özgürlüklerin kullanımını tamamen imkânsız hale getiren müdahaleleri Sözleşme’nin ihlali olarak görmektedir⁷¹⁷. Bununla

⁷¹⁵ CEDH, 8/7/1986, *Lingens*, A/103, § 46; CEDH, 23/05/1991, *Oberschlick*, A/204, § 63.

⁷¹⁶ PICAL, s. 125.

⁷¹⁷ AIHM, *Winterwerp/Hollanda*, 24/10/1979, A/33, § 60 ve 75, Ş. GÖZÜBÜYÜK / F. GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 145.

birlikte, idare hukukuna paralel olarak, olağanüstü hallerde ortaya çıkan istisnai nitelikte ciddi ve yaygın olaylar karşısında, özgürlüklerin radikal biçimde kısıtlanması durumu, 2, 3, 4 ve 7. maddelerde düzenlenmiş olan dokunulmaz haklar dışında Sözleşme kapsamında da meşrudur⁷¹⁸.

ATAD içtihatlarında ise çatışma halindeki yararların tartılmasından çok alınan kamu düzeni tedbirinin amaca ulaşmak açısından zorunlu bir tedbir olması ve ayrımcılık yasağına uygun olması aranmaktadır⁷¹⁹.

3.4.2.2.3. Ayrımcılık Yasağı

Kamu düzeni gerekliliklerinin belirlenmesinde ayrımcılık yapılmaması ilkesi, Topluluk hukukunda başvurulacak bir kriterdir. Kolluk alanında bu ilke, üye devlet vatandaşı olmayan bireylere uygulanan tedbirler bakımından söz konusu olmakta ve benzer olayların değerlendirilmesinde kişi ve vatandaşı olduğu devlet yönünden ayrımcılık yapılmamasını ifade etmektedir. Fakat Andlaşma'nın 48 ve 56. maddeleri uyarınca üye devlet vatandaşlarına uygulanmayan bir tedbir üye olmayan devlet vatandaşlarına uygulanabilmektedir. AİHM de üye devlet vatandaşlarının diğer vatandaşlara nazaran ayrı bir statüsü olduğunu ve üye devlet vatandaşı olan göçmenler lehine yapılan ayrımcılığı meşru olarak kabul etmektedir. Bunun anlamı ise şudur: Avrupa Birliği üyesi ülkelerin vatandaşlarının, kişisel, politik ve kolektif ifade özgürlüğü alanında yararlandığı bir koşuldaki üye devlet vatandaşı olan bir yabancının da yararlanması esastır⁷²⁰.

⁷¹⁸ Sözleşmede öngörülen dokunulmaz haklar: 2. madde: Yaşama hakkı; 3. madde: İşkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve ceza yasağı; 4. madde: Kölelik ve zorla çalıştırılma yasağı; 7. madde: Suç ve cezaların kanuniliği prensibi.

⁷¹⁹ Fakat ATAD eski sayılabilecek bir kararında AİHM'nin ölçülülük ilkesinin kontrolünde uyguladığı tartma işlemine benzer bir yöntem kullanmıştır. Olayda İngiltere, pastörize süt ve krema ürünlerinin ithalatını istisnasız bir şekilde, hiçbir devlette, İngiltere'nin sağlık kolluğu alanında geçerli olan normlarına uygun bir üretim sisteminin var olmadığını varsayarak yasaklamıştır. Divan, bu tedbirin topluluk yararları yönünden yol açtığı zararın, sağlık alanında sağladığı yararı aştığını belirterek İngiltere'nin Andlaşma'yı ihlal ettiğine karar vermiştir. CJCE, 04/02/1988, 261/85, Rec. s. 573; aktaran: PICHERAL, s. 125.

⁷²⁰ CEDH, 18/02/1991, *Moustaquim*, A/193, § 49; CEDH, 27/04/1995, *Piermont*, A/314, § 64, aktaran: PICHERAL, s. 117.

3.4.2.3. Avrupa Bölgesine Aidiyet Ölçütü: Demokratik Toplum Standardı

Sözleşme ve Andlaşma'yı onaylayarak, devletler belirli bir toplum modeline ve belirli ortak değerlere bağlılıklarını ifade etmiş; kendilerini, ortak bir kültürel miras ve insan hakları alanında ortak bir anlayış bünyesinde birleşen bir grubun üyesi olarak kabul etmiş olmaktadır. Her bir üye devletin kendine özgü gereksinimlerini saklı tutan ulusal kamu düzeni kavramı, bu aidiyete aykırı bir durum yaratmamakta, aksine ulusal kamu düzeninin anlamı da bu çerçeve içinde tanımlanmaktadır. Gerek Sözleşme'nin getirdiği koruma sistemi, gerekse Topluluk hukuku, hukuki bir normatiflik anlamında bir olması gereken dayatmayan, fakat belirli bir toplum bünyesinde kavramların karşılaştırmalı yorumları ve “demokratik toplum” standardı aracılığıyla, ortalama olarak kabul edilmiş bir “normal” anlayışına göre davranışları biçimlendirmeyi amaçlayan bir süreç yaratmışlardır.

Avrupa mekânının göreceli homojenliği, AİHS’de düzenlenen tüm kamu düzeni istisnaları için öngörülen bir koşul olan “demokratik bir toplumda” hükmüne fiilen etkili bir içerik sağlamaktadır. Topluluk üyesi tüm devletlerin, 1975 yılında Sözleşme’yi onaylaması, ATAD’ı da aynı standardı gözetmeye yöneltmiştir. Demokratik toplum standardı, bu iki Yüksek Mahkeme’nin uyguladığı ölçülülük denetiminde giderek artan bir öneme sahip olmuştur. Ölçülülüğün hesaplanmasında, temel özgürlüklerin değerinin artması, demokratik bir toplumda bunlara verilen önemin artmasına bağlıdır.

AET Andlaşması’nda yer alan hiçbir kamu düzeni hükmü böyle bir demokratik zorunluluğa gönderme yapmasa da, “demokratiklik” koşulu, devlete düşen yükümlülükleri öngören hükümlerde öngörülmüştür. Divan, bu referansı geniş bir şekilde yorumlamış ve vurgusunu güçlendirmiştir. Aynı şekilde AİHM içtihatlarında, “demokratik bir toplumda” ifadesinin özerkleştiği bir sürece tanık olmaktayız. Sözleşme organları, demokratik toplum kavramını, 1970’li yıllarda özellikle *Golder ve Handyside* kararları ile etkili bir yargılama kriteri olarak kullanmaya başlamışlardır. *Handyside* kararı, demokratik bir toplumun unsurlarını, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik olarak sıralamıştır. Mahkeme’ye göre, çoğulcu, hoşgörülü ve açık fikirli olmayan bir kurumsal rejime sahip bir toplum, bu rejim, hukukun üstünlüğüne dayanmış,

yürütmenin etkin bir biçimde denetlendiği ve insana saygı gösteren bir rejim olsa bile, demokratik bir toplum değildir⁷²¹.

3.4.2.3.1. Çoğulculuk İlkesi

Çoğulculuk ilkesini geniş bir şekilde yorumlayan Mahkeme, bu konudaki tutumunu özellikle ifade özgürlüğü(m.10) alanında ortaya koymuştur. Mahkemenin bu konudaki içtihadına göre, ifade özgürlüğü, sadece lehte olduğu kabul edilen, zararsız veya ilgilenmeye değmez görünen haber ve düşünceler için değil, fakat halkın bir kısmı ya da devlet açısından şok edici nitelikte çarpıcı ve rahatsız edici haber ve düşüncelere de uygulanır⁷²². 10. maddenin sözünde bulunan ‘haber’ ve ‘düşünce’ kavramları Mahkeme tarafından geniş yorumlanarak sanat eserleri de bu kapsamda değerlendirilmiştir.

Avrupa yargıcı kararlarında din ve inanç özgürlüğü alanında da çoğulculuk ilkesinin varlığını aramıştır. Bu konuda *Kokkinakis* kararı bir prensip karar niteliğindedir. Bu karara göre, “9. maddenin koruduğu anlamda inanç, kanaat ve din özgürlüğü Sözleşme bakımından demokratik toplumun temellerinden biridir. Din özgürlüğü boyutunda, inanların kimliğini ve hayat anlayışlarını oluşturan temel unsurlardan birini oluşturduğu gibi ateistler, agnostikler ve kuşkucular için de temel bir değer teşkil etmektedir ve çoğulculuğun ayrılmaz bir parçasıdır.”⁷²³ Mahkeme, *Manoussakis* kararında ise demokratik toplum kavramının bir unsuru olan dini çoğulculuğun sağlanması gerekliliğini hatırlatarak Yunanistan’ın Ortodoks olmayan ibadetleri, özellikle de Yahova Şahitleri’ninkileri aşırı sınırlayıcı hatta yasaklayıcı koşullara bağlayamayacağını belirtmiştir⁷²⁴.

⁷²¹ CEDH, 26.04.1979, *Sunday Times I*, A/30, § 66.

⁷²² CEDH, 26.11.1991, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, aktaran: V. FAIBRE-ALIBERT, “La Notion de la société démocratique dans la jurisprudence de la CEDH”, RTDH 1998, s. 470; AİHM, 30.01.1998, *TBKP c. Türkiye*; AİHM, 25.05.1998, *Sosyalist Parti c. Türkiye*, aktaran: A. EREN, Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Beta, İstanbul 2004, s. 179.

⁷²³ CEDH, 25.05.1993, JCP, éd. G., 1994, s. 3472, n° 32.

⁷²⁴ F. SUDRE, “Droit de la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, JCP, éd. G., 1997, n° 6-7, Chr., s. 71-78’den aktaran: FAIBRE-ALIBERT, s. 471.

AİHM kararlarına göre çoğulculuk ilkesinin hayata geçirilmesi gereken bir diğer alan eğitim alanıdır. Mahkeme *Kjildsen, Busk Madsen, ve Pedersen* adlı kararında bu alanda devletin biri pozitif, diğeri negatif olmak üzere iki yükümlülüğü olduğunu ortaya koymuştur. Birincisi devlete, eğitim ve öğretim alanında üstlendiği görevleri yerine getirirken, eğitim programlarındaki bilgilerin objektif, eleştirel ve çoğulcu bir tarzda nakledilmesini gözetme görevi yüklemekte; ikincisi ise devletin eğitim hizmetini verirken anne-babaların inanç ve felsefi kanaatlerine saygı göstermeyip fikir aşılama amacını izlemesini yasaklamaktadır⁷²⁵.

Kamu düzeni tedbirlerinin meşru amaçlarını demokratik toplum kavramı altında birleştirerek Sözleşme, Mahkeme'ye devletlerin keyfi uygulamalarını disiplin altına almak için bir araç sağlamış olmaktadır. Bu anlamda kamu düzeni kavramı bir taraftan bütünleştirici bir etki yaratırken diğer taraftan sınırlayıcı bir unsur olmaktadır.

Kolektif özgürlükler alanında da Mahkeme, Sözleşme'nin 11. maddesi ile ilgili içtihatları ile çoğulculuk ilkesini uygulamıştır. Mahkemeye göre, Sözleşme'nin 11. maddesi sadece pozitif bir dernek kurma özgürlüğünü değil, aynı zamanda haksız yaptırımlara uğramaksızın bir derneğe ya da sendikaya üye olmama ya da üyelikten çıkma özgürlüğü şeklindeki bir negatif özgürlüğü de güvence altına almaktadır⁷²⁶.

Bunlardan başka Mahkeme, serbest seçimlerin önemini vurgulamaktadır. Mahkemeye göre serbest seçimler gerçek anlamda demokratik siyasi bir rejimin karakteristik prensiplerinden biridir. Bu açıdan Mahkeme siyasi çoğulculuğu güvence altına almakta ve üye devletlere belirli bir siyasi rejimi dayatmaktadır. Buna ek olarak Mahkeme 1 numaralı Protokolün 3. maddesini geniş şekilde yorumlamaktadır. Bu madde, özgür seçimlerle birlikte seçme ve seçilme özgürlüğünü de garanti altına almaktadır⁷²⁷.

⁷²⁵ AİHM, 07.12.1976, aktaran: EREN, s. 180.

⁷²⁶ FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, s. 439.

⁷²⁷ Bu konudaki kararlar için bkz. V. BERGER, *La jurisprudence de la CEDH*, 7. éd., Sirey, Paris 2000.

3.4.2.3.2. Hoşgörü ve Açık Fikirlilik

Demokratik bir toplumun çoğulculuk dışındaki diğer unsurları olarak gösterilen hoşgörü ve açık fikirlilik kavramları daha çok Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında özel hayata ve aile hayatına saygı konularında gündeme gelmektedir. Ahlaki bir ilke olarak hoşgörü, Mahkeme'nin içtihatlarında demokratik toplumun bir unsuru olarak benimsenmiştir. Özel hayata saygı öncelikle özel hayatın gizliliğine saygılı olunmasını gerektirir. Avrupa yargıcı özel hayatın gizliliğine saygı hakkını her şeyden önce başkalarının bakışlarından uzakta yaşayabilme hakkı olarak kabul etmektedir. Özel ve mahrem hayatın korunması kaygısıyla kişinin konutu da korunmaktadır. Mahkeme konut kavramını geniş yorumlayarak, bazı iş yerlerini de bu kapsamda değerlendirmiştir. Kişiler arasındaki yazışmalar da bu korumadan yararlanmaktadır.

Mahkemeye göre özel hayata saygı hakkı özellikle, cinsel yaşamın özgürlüğü hakkını içermektedir. Bu hakkın temelinde kişinin özel hayatı kapsamındaki davranışlarına hoşgörü gösterilmesi ilkesi bulunmaktadır. Kişinin bu hakkı, başkaları için şok edici veya tedirgin edici nitelikte olsa bile kendi kimliğine ve seçimine uygun bir cinsel yaşam sürme özgürlüğü olarak tanımlanabilir. 26 Ekim 1988 tarihli *Norris c. İrlande* kararında Mahkeme, yetişkin bireylerin özel hayatlarında, rızaları dahilinde girdikleri homoseksüel ilişkilerin bir suçun konusunu oluşturamayacağını belirtmektedir. Aslında Mahkeme'nin bu konuyla ilgili tavrı, bu karardan 7 yıl önce alınan, ünlü *Dudgeon* kararında oluşmuştur⁷²⁸. Ünlü *Dudgeon* kararına göre, kişinin varoluş biçimini serbestçe belirlemesi hakkı, devletin onun cinsel davranışlarına karışmasını yasaklamaktadır⁷²⁹.

Devlet iktidarının, Sözleşme tarafından garanti altına alınmış olan haklar karşısındaki tutumuna yön verici bir unsur olarak demokratik toplum kavramı, yapılan sınırlamaların tamamını ortak bir düzen ve disiplin boyutuna taşımak amacıyla uzun süre bir birlik faktörü olarak işlev görmüştür. Kavramın bu etkisi, bugün “belirli

⁷²⁸ AİHM, 22.10.1981, A/45, § 41, “Üye ülkelerin büyük çoğunluğunda söz konusu ilişkiler ceza yasalarına konu olmaktan çıkarılmıştır. Tüm bu gerçekler göz önüne alınca İrlanda mevzuatı Sözleşme’ye aykırılık arz etmektedir.”, S. BATUM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Sistemine Etkileri, s. 233.

⁷²⁹ FAIBRE-ALIBERT, s. 475.

demokratik toplumlar” şeklinde yapılan referansla zayıflatılmış; *Rekveyni*⁷³⁰ kararında, doğu ülkelerinin özel tarihi koşullarının göz önüne alınmasıyla da Sözleşme’nin geçerli olduğu alan bölünmüş olmaktadır. Oysa içtihatlar ışığında demokratik toplum, sözleşmeci bir devletin özel durumu açısından tanımlanamaz. Komisyon ve Mahkeme, demokratik toplum kavramından idealizm ve tecrübenin sentezi olan bir model biçimlendirmişlerdir. Bu modelde Avrupa yargıcı, demokrasinin, çoğulculuğun kabulü anlamındaki etik boyutuna, çoğunluğun yasasını ifade eden teknik boyutundan üstün bir değer atfetmiştir.

* * *

Sonuç olarak Avrupa kamu düzeni kavramı, kişiler, üye devletler ve hukuk sistemleri bakımından önemli sonuçlar doğuracak bir kavramdır. Bireyler açısından, Topluluk kamu düzeni, üye devletlerin yetkilerinin azaldığı alanlarda, hak ve özgürlüklere getirilecek yeni sınırlamaların kaynağı olabileceği gibi irade özgürlüğünün alanını daha fazla genişletebilecektir. AIHS bakımından ise hak ve özgürlükler lehine daha etkin bir korumayı ifade etmektedir. Devletler yönünden Avrupa kamu düzeni kavramı, egemenliğin sınırlanması sonucunu doğurmakta ve bu anlamda ulus-devlet modelinin sorgulanmasını gündeme getirmektedir. Avrupa hukuk sistemleri bakımından ise üçlü bir etki yaratmaktadır. Bu açıdan hem bir istikrar unsuru, hem bir yetki aracı, hem de Avrupa hukuk düzenleri arasındaki farklılık ve çatışmaları uzlaştırmada kullanılan bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır⁷³¹.

3.4.3. Avrupa Kamu Düzeninin İdare Hâkimi Tarafından Uygulanması

3.4.3.1. Türk İdare Hâkiminin Avrupa Kamu Düzenine Yaklaşımı

Türkiye, AIHS’ni 18 Mayıs 1954 tarihinde onaylayarak ve zaman içinde Sözleşme’ye ekli protokolleri de imzalayıp yürürlüğe sokarak, Sözleşme’de yer alan tüm hak ve özgürlüklere, hem kendi vatandaşları, hem de ülkesinde bulunan tüm

⁷³⁰ CEDH, 20/05/1999, PICHÉRAL, s. 140.

⁷³¹ PICHÉRAL, s. 21.

yabancılar için uyma yükümlülüğü altına girmiştir. Bu yükümlülüğün gereği olarak da uluslararası güvence mekanizmasını işletmek, Sözleşme ile düzenlenen organların verecekleri kararlara uymak ve bunların iç hukukta hayata geçirilmesi için gerekli tedbirleri almak mecburiyetindedir.

Türkiye, Anayasa ile uluslararası andlaşmaların iç hukuk düzeninde doğrudan etki yaratacağını kabul etmiştir. Anayasa'nın 90. maddesine göre “usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.” Öğretide ve kimi yargı kararlarında uluslararası andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerinin yasalarla eşdeğer veya üstünde olup olmadığı, usulüne uygun bir şekilde onaylanarak yürürlüğe konulmuş bir andlaşmanın, Anayasa'ya veya yasalara aykırı olması halinde uygulamasının ihmal edilip edilemeyeceği meselesi hep tartışılmalıdır. 2004 yılında 5170 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliği ile 90. maddenin son fıkrasına eklenen cümleye göre “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” Bu düzenleme, uluslararası andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri ile ilgili tartışmaya temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar bakımından son vermekte, bunların normlar hiyerarşisinde, yasaların üstünde olduğunu öngörmektedir.

Türk hukuk sistemi, uluslararası andlaşmaların iç hukukta uygulanması bakımından tekçi bir hukuk düzeni olduğundan AİHS devletin bütün organları açısından olduğu gibi mahkemeler önünde de doğrudan uygulanabilirlik özelliğine sahiptir. Böylece AİHS ve ekli protokoller, idari yargı yerleri tarafından da doğrudan uygulanması gereken hukuk kaynakları arasında yer alır⁷³².

Danıştay, 1978 yılında verdiği *İsveç Radyo Televizyon Kurumu* kararında, idari işlemlerin hukuka uygunluk denetiminde iç hukuk kuralları yanında uluslararası sözleşmelerin de göz önünde tutulması gerektiğini belirterek uluslararası andlaşmaları hukuka uygunluk bloku kapsamına dahil etmiştir. Bu kararda Yüksek Mahkeme, hukuk

⁷³² Ayrıca Sözleşme, tarafların amaçları, kurallarının konusu ve şekli itibarıyla da doğrudan uygulanabilme özelliğine sahiptir. BATUM, s. 43.

devletinin insan haklarına saygı boyutunu vurgulayarak Avrupa Güvenliği ve İşbirliği Andlaşması Nihai Belgesi'ne referansta bulunmuştur⁷³³. Danıştay daha eski bir kararında da "Andlaşmaların iç hukuk kurallarına takdimen uygulanacağı yolundaki genel prensibin" varlığına işaret etmiştir⁷³⁴.

Danıştay'ın 1991 yılında verdiği bir danışma kararında ise iç hukukla uluslararası bir andlaşmanın çatışması halinde uluslararası andlaşmanın uygulanması gerektiği belirtilmiştir⁷³⁵. Fakat Türk idare hâkimi ulusal egemenlik kaygısı ile iç hukuk düzeninde anayasal temeli bulunsa dahi, uluslararası sözleşmelerde belirlenen ilke ve kurallara tek başına en üstün norm payesi atfetmemiş; bu kural ve ilkeleri gerektiğinde destek ölçü-norm olarak kullanmakla yetinmiştir⁷³⁶. Genel durum bu olmakla birlikte AİHS'nin "ulusal sistemi dönüştürme etkisi"⁷³⁷ Türk hukukunda, kamu düzeni tedbirlerinin konusunu oluşturan alanlardan biri olan ifade özgürlüğü alanında Danıştay'ın 1991 yılında vermiş olduğu *Asım Aslan* kararında ortaya çıkmıştır⁷³⁸. Türk idare hâkimi ilk defa bu kararda AİHS'ni doğrudan yasal bir kaynak olarak uygulamıştır. Dava konusu işlem, bir kamu görevlisi olan Asım Aslan'ın yakınlarına gönderdiği yılbaşı tebrik kartlarında siyasi ve ideolojik içerikli ifadeler kullandığı, amirlerini alenen ve basındaki ifadeleriyle eleştirdiği gerekçesiyle görevden alma işlemidir⁷³⁹. Danıştay Aslan'ın tebrik kartında kullandığı ifadelerin 657 sayılı Kanunun

⁷³³ D.12.D, K. 1978/955, E. 1977/1349, T. 24.04.1978; "(...) İRTK kararında, genellikle yorumlandığı gibi, Yüksek Mahkeme bu anayasal ilkeler ile milletlerarası anlaşma kurallarını iptal hükmüne dayanak yapmış olmayıp, uyumsuzluğu bu yasal ve uluslararası düzenlemelerin ve genel hukuk kurallarının ışığında, ilgili kanun hükümlerine göre çözümlenmiştir." DURAN, "Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesi", s. 28.

⁷³⁴ D.12.D, K. 1970/1310, E. 1968/1117, T. 15.06.1970, N. YÜZBAŞIOĞLU, "Mayıs 2004'te Anayasa'nın 90. Maddesine Eklenecek Hükümün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme", içinde B. TANÖR Arnağanı, Legal, 2004 İstanbul, s. 795.

⁷³⁵ D.1.D, K. 1991/100, E. 1991/92, T. 14.06.1991, "İzmir Andlaşmasının gerek Anayasanın 90.maddesi gerekse 244 sayılı Yasa hükümlerine göre usulüne uygun biçimde yürürlüğe konulan milletlerarası bir andlaşma olduğu kuşkusuzdur. Bu niteliğiyle de uluslararası hukukun iç hukukla çatışma halinde dış hukukun önceliği kuralına göre sorunun çözümünde 5590 sayılı Kanun hükümlerinin değil, İzmir Andlaşmasının XXX.maddesi hükmü uyarınca üç Devletin aralarında "ECO Sanayi ve Ticaret Odası" kurulmasına olanak sağlayan hükmünün öncelikle uygulanması gerekmektedir".

⁷³⁶ ERKUT, Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı, s. 123.

⁷³⁷ S. GEMALMAZ, Demokrasi Raporu, Doğan Ofset Yayınevi, İstanbul 1991, s. 28.

⁷³⁸ D.5.D, K. 1991/933, E. 1986/1723, T. 22.05.1991, Kararın ismi ERKUT'un, Hukuka Uygunluk Bloku adlı kitabından alınmıştır.

⁷³⁹ Davacının disiplin cezasına konu olan ve tebrik kartında kullandığı ifadeler şunlardır: "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 gelirine adli 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, tam bağımsızlığın, özgürlüğün, barışın, kardeşliğin, dostluğun, sevginin egemen olduğu yepyeni bir türkiye'nin özlemiyle kutlar(ım) ..." (Karar metninden alınmıştır.)

7/1. maddesinde düzenlenen, siyasi ve ideolojik beyanda bulunmak yasağı kapsamına girebilecek nitelikte olmadığını belirttikten sonra, bu nitelendirmesinin temeli olarak doğrudan AİHS'nin 10/2. maddesi ve Anayasa'nın 26. maddesini göstermiş; bu kapsamda AİHS'nin iç hukukta doğrudan uygulanabilir olma özelliğini vurgulamıştır⁷⁴⁰.

⁷⁴⁰ "(...) söz konusu tebrik kartıyla davacının 657 sayılı Yasanın değişik 7/1.maddesinde öngörülen "siyasi ve ideolojik amaçla beyanda bulunmamak" yasağına aykırı hareket ettiğinden sözedilemeyeceğinden davacının eyleminin bu madde kapsamında değerlendirilmesinde hukuka aykırılık görülmemiştir.

Öte yandan dava konusu işlem, davacının yeni yıl tebrik kartı aracılığıyla yukarıda belirtilen kimi konular hakkındaki düşüncelerini açıklaması nedeniyle tesis edilmiş olduğuna göre, konunun düşünce açıklama özgürlüğünü ilgilendiren boyutu göz önünde tutularak, uyumsuzluğu insan hakları ile ilgili uluslararası hukuk kuralları ve Anayasa açısından da incelemek gerekli görülmüştür.

İnsan haklarına ilişkin uluslararası belgelerde yer alan hükümlerle bireyin uluslararası hukukun bir süjesi konumuna getirildiği tartışmasızdır. Bu belgelerde devlet, başka devletlere karşı, kendi vatandaşlarının bu haklardan yararlanılacağına dair yükümlülük altına girmektedir.

1982 Anayasası, 1961 Anayasasından hemen hemen aynen alınan, 90.maddesinin son fıkrasında konuya ilişkin şu düzenlemeyi getirmektedir. 'Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.'

Uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyeceğine ve bu sözleşmelerle bir devlet diğer devletlere karşı sözleşmede yer alan hak ve hürriyetlerden kendi vatandaşlarını da yararlandırmak konusunda diğer devletlere karşı uluslararası yükümlülük altına girmiş olduğuna göre, usulüne uygun şekilde onaylanarak yürürlüğe konulmuş bu nitelikte bir sözleşmenin Anayasaya aykırı hüküm taşısa bile uygulanmaktan alıkonulmayacağı, kendisinden önce veya sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı, ya da sonradan çıkan yasanın sözleşme kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek uygulanmasının sarsılamayacağı Türk Hukukunda genellikle kabul edilmektedir. Anayasa, andlaşmaların Anayasa aykırılığının ileri sürülemeyeceğini açıklamak suretiyle, iç hukuk yönünden andlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsediğini belirtmiş olmaktadır. Nitekim uygulamada Devletin bir andlaşma yaparken, eğer andlaşma ile Anayasa çatışmıyorsa, bunu önlemek için çekince koyduğu, iç hukuk ile dış hukuk arasındaki çelişkiyi bu şekilde önlediği bilinmektedir. Örneğin Türkiye, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin Birinci Protokolünü onaylarken, çekince koyarak 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanununun uygulanmasını sağlamıştır.

Anayasanın 90.maddesinin son fıkrasında yer alan "kanun hükmünde" sözcüklerinin, usulüne göre onaylanarak yürürlüğe konulan sözleşmelerin hukuksal değerinin ve bağlayıcılığının gösterilmesi yönelik olduğunda belirtmek gerekir. Söz konusu hükme göre iç hukukta doğrudan hukuksal sonuçlar yaratan uluslararası sözleşmelerin yukarıda belirtilen niteliği ve bunlara karşı Anayasa Mahkemesine başvurulamaması ve böylece bu sözleşmelerin sonradan yapılacak ulusal yasal düzenlemelerle etkisiz kılınması yolunun kapatılmış olması bu sözleşmelerin iç hukukta yasalar üstü bir konumda olduğunu ve yürütme ve yargı organları için bağlayıcı nitelik taşıdığını apaçık ortaya koymaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi pek çok kararında, örneğin 274 sayılı Sendikalar Yasası ile ilgili 1967/29 sayılı kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11.maddesini bir Anayasa kuralı olarak değerlendirmiş ve böylece sözleşmenin Anayasal değer taşıdığını kabul etmiştir.

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri yukarıda belirtilen çerçevede ele almak ve bakılan davayla yakın ilgisi nedeniyle 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanarak, 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren ve 18.5.1954 tarihinde Türkiye tarafından onaylanan "İnsan Haklarını ve Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme" bir başka adıyla "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" üzerinde durmak gerekli görülmüştür. Adı geçen sözleşmenin 10.maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci tümceleri "Her fert ifade ve ızhâr hakkına maliktir. Bu hak içtihat hürriyetini ve resmi makamların müdahalesi ve memleket sınırları mevzuubahis olmaksızın, haber veya fikir almak veya vermek serbestisini ihtiva eder ..." hükmünü taşımakta, ikinci fıkrasında da bu hak ve özgürlüklerin "... demokratik bir toplulukta, zaruri tedbirler mahiyetinde olarak, milli güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya amme emniyetinin, nizamı muhafazanın, suçun önlenmesinin, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret veya haklarının korunması, gizli haberlerin ifşasına mani olunması veya adalet kuvvetinin üstünlüğünün ve tarafsızlığının sağlanması için" ancak ve kanunla belirli merasime, koşullara, sınırlamalara veya yaptırımlara tabi tutulabileceğine işaret edilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini onaylamakla Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, bu sözleşmede yazılı hak ve özgürlükleri kendi vatandaşlarına da tanımak ve iç hukukunda sözleşme hükümleri doğrultusunda gerekli düzenlemeleri yapmak konusunda sözleşmeye taraf diğer devletlere karşı uluslararası bir yükümlülük altına girdiğinde kuşku yoktur. Nitekim Sözleşmenin 1.maddesinde "Yüksek Akid taraflar kendi kaza haklarına tabi her ferde işbu sözleşmenin birinci bölümünde tarif edilen hak ve hürriyetleri tanırlar." şeklinde kesin ve bağlayıcı bir kurala yer verilmekte; 57.maddesinde de "Her Yüksek Akid Taraf kendi dahili mevzuatının, işbu sözleşmenin bütün hükümlerinin fiilen tatbikini ne surette temin ettiği hususunda Avrupa Konseyi Genel Sekreterinin talebi üzerine izahat verecektir." denilmek suretiyle taraf devletlerin iç hukuklarında gerekli düzenlemeleri yapmak

Erkut bu kararda, Anayasa'nın 26. maddesinin pozitif norm olarak uygulanabilirlik niteliği bulunmaktayken, doğrudan Sözleşme hükmünün uygulanmasını yargılama yöntemi açısından yerinde görmemektedir. Erkut, "AİHS'nin bir bütün olarak yasal düzenlemeler ile yaşama geçirilmeden doğrudan doğruya uygulanamayacağını; bireylerin doğrudan doğruya Sözleşme'den yararlandırılmasının ise ancak Sözleşme ile aynı doğrultuda hüküm içeren herhangi bir pozitif normun var olmaması halinde mümkün olacağını" savunmaktadır⁷⁴¹. Anayasa'nın usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların yasa gücünde olduğu yönündeki açık hükmü karşısında bunların yasal düzenlemeler ile yaşama geçirilmesi gerektiği görüşüne katılmamaktayız.

Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişiklikten sonra bir yasa hükmünün Sözleşme ile çatışması halinde de söz konusu yasal normun ekarte edilerek Sözleşme'nin doğrudan uygulanması gerekmektedir. Hatta söz konusu kuralın Anayasa'ya eklenmesinden önce de Danıştay'ın uygulaması bu yönde olmuştur. 1402'likler kararında Yüksek Mahkeme, dava konusu işlemi AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu başka bir uluslararası sözleşme olan İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında 111 Sayılı Sözleşme bakımından da değerlendirmiş; dava konusu işlemin dayanağı olan

yükümlülüğü altında bulunduklarına işaret edilmektedir. 15 Ocak 1989 tarihli Viyana Belgesiyle de, Viyana toplantısına katılan Devletler, iç hukuklarını, eylemlerini ve politikalarını taraf oldukları uluslararası anlaşmalar ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı belgelerindeki kararlarla uyumlu hale sokma taahhüdünde bulunmuşlardır. Doktrinde de belirtildiği üzere "bunun anlamı, bundan böyle, insan hakları ve temel hürriyetleri ile ilgili hiçbir şeyin sadece bir iç hukuk sorunu olarak görülemeyeceğidir" Olayda davacının Hukuk İşleri Müdürlüğü görevinden alınmasına neden olarak gösterilen yılbaşı tebrik kartında yer alan görüşler, yukarıda da değinildiği gibi, davacının kimi konularda, dilek ve temenni niteliğinde düşüncelerini belirtmekten ibarettir. Açık ve somut bir "kaşkırtma" yada "suça iteleme" niteliğinde olmadıkça herkesin düşüncelerini serbestçe açıklaması, demokratik toplum olmanın başta gelen temel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmektedir. Davacının yukarıda özetlenen görüş ve düşüncelerinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10/2.maddesinde yer verilen sınırlamaları aşan, başka bir anlatımla, ülkenin milli güvenliğini, toprak bütünlüğünü, kamu düzenini, genel sağlığı veya genel ahlakı, başkalarının şöhret veya haklarını ihlal eden yada gizli bilgileri açığa vuran bir yönü bulunmadığı cihetle, adı geçen bahsi geçen tebrik kartıyla demokratik bir toplumun bireyi olarak uluslararası sözleşmelerle kendisine tanınan hakkı kullandığı, dolayısıyla bu eyleminin dava konusu işleme hukuki sebep oluşturamayacağı açıktır.

İşlemin, Anayasa açısından da hukuki temelden yoksun olduğunu vurgulamak gerekir. Anayasanın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlığını taşıyan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10/1.maddesine koşut düzenleme getiren 26.maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci tümceleri "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar." hükmünü taşımakta; ikinci fıkrasında da sözü geçen özgürlüklerin sınırlanabilme nedenleri tek tek sayılmak suretiyle gösterilmiş bulunmaktadır. Fıkraya göre, "Bu hürriyetlerin kullanılması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü hallerde meslek sırlarının korunması, veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amacıyla sınırlanabilir." Dava konusu işleme neden yapılan ve içeriği yukarıda belirtilen yılbaşı tebrik kartında yer alan ifadeler davacının kimi konulardaki düşünce ve kanaatlerini dilek ve özlem biçiminde açıklamaktan ibaret olup; bu haliyle sözü geçen eylemin Anayasanın 26/1.maddesi kapsamında düşünülməsi gerektiğinden tesis edilen işlemden bu yönden de hukuka uyarlık görülmemiştir."

⁷⁴¹ ERKUT, Hukuka Uygunluk Bloku, s. 94.

Sıkıyönetim Kanunu'nun 2. maddesinin söz konusu ILO Sözleşmesi'nin 4. maddesine ve AİHS'nin 2. maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir. Danıştay bu kararında sonraki bir kanun hükmüyle çelişen uluslararası sözleşmeleri doğrudan uygulayarak uluslararası andlaşmaların yasalardan üstün olduğu tezini benimsemiştir⁷⁴². Bu kararla birlikte yukarıda anılan 1991/100 sayılı danışma kararı göz önüne alındığında 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesine eklenen "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." hükmünün zaten Danıştay içtihatları ile Türk hukuk düzenine girmiş ve uygulanmakta olduğu söylenebilir.

Yüzbaşıoğlu'na göre "bu hüküm, Türk hukuk düzeni bakımından bir yenilik olmayıp; içtihadi hukukun pozitifleştirilmesinden ibaret ve dolayısıyla, sadece uygulamada bazı olası tereddütleri gidermek gibi sınırlı katkı sağlayacak bir hüküm olabilecektir."⁷⁴³ Gönenç'e göre de bu hüküm, uluslararası insan hakları normlarını doğrudan uygulamakta çekingen davranan Türk yargıçlarını bu konuda teşvik edici hatta zorlayıcı niteliktedir. Ayrıca bu değişiklik, 1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kapalı sistemini, sürekli değişip gelişen uluslararası insan hakları normlarının dinamik yapısına açmak konusunda da önemli bir işlev görebilir⁷⁴⁴.

⁷⁴² D. İBK, K. 1989/4, E. 1988/6, T. 07.12.1989, DD 1990, s. 50; Bknz. T. TARHANLI, "Avrupa Düzeni ve Anayasal Düzen İlişkisinde Hukukun ve Yargıcın İşlevi", içinde B. TANÖR Armağanı, Legal, İstanbul 2004, s. 676; N. YÜZBAŞIOĞLU, "Mayıs 2004'te Anayasa'nın 90. Maddesine Eklenen Hükümün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme", s. 795; E. MEMİŞ, "Kanun Hükümünde" Andlaşma ve Danıştay Uygulaması, Alfa Yayınları, İstanbul 2004, s. 143.

⁷⁴³ YÜZBAŞIOĞLU, "Mayıs 2004'te Anayasa'nın 90. Maddesine Eklenen Hükümün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme", s. 797.

⁷⁴⁴ L. GÖNENÇ, "1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar", http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/docs/analizler/90_madde.pdf, (14.03.2009), Gönenç bu değişikliğin yol açabileceği bazı sorunlara da değinmiştir. Yazara göre, 90. maddenin 2. ve 3. fıkraları uyarınca, TBMM'nin onayı olmaksızın yürürlüğe giren bazı uluslararası andlaşmaların, maddeye eklenen söz konusu düzenleme ile TBMM'nin iradesinin bir ürünü olan yasalar karşısında üstünlük kazanması, Anayasa'nın 7. maddesinde düzenlenen yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi ile çeliştiği söylenebilir. Öte yandan yürütme organının yasama organından geçiremeyeceğini düşündüğü düzenlemeleri bu yolla yasama organının denetiminden kaçırmaya çalışması da mümkündür. Ayrıca yapılan değişiklikte, hangi andlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşma sayılacağı konusunda bir açıklık yoktur. Bu belirsizlik uygulamada önemli sorunların ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Son olarak uluslararası andlaşmalarla yasalar arasında bir uyuşmazlık olup olmadığını kimin tespit edeceği sorunu söz konusu olmaktadır. Bu konuda alt derece mahkemelerle üst derece mahkemeler ve üst derece mahkemelerin farklı dairelerinin farklı değerlendirmeler yapması durumunda sorunun nasıl çözüleceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Gönenç bu sorunla ilgili olarak Türk hukuk sistemine yasalar açısından bir ön denetim kurumunun getirilmesini önermektedir.

Asım Aslan kararı, Danıştay'ın AİHS'ni doğrudan uyguladığı tek karar olma özelliğini korumaktadır. Yüksek Mahkeme diğer alanlarda olduğu gibi kamu düzeni tedbirlerinin yargısal denetiminde de Sözleşme'yi doğrudan ölçü norm olarak değil, fakat destek ölçü norm olarak uygulamaktadır. Örneğin Danıştay bir pasaport başvurusunun reddi işlemine karşı açılan bir davada Sözleşme'ye Ek IV sayılı Protokol'de herkesin kendi ülkesi de dahil olmak üzere her ülkeyi terk etmekte serbest olduğu düzenlemesine referans yaparak davacının yurtdışına çıkmasının genel güvenlik açısından sakıncalı olabileceğine, ülkemiz aleyhine faaliyetlerde bulunabileceğine ilişkin somut bir tespitin bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir⁷⁴⁵. Danıştay yakın tarihli başka bir kararında, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun yayın ilkelerinin ihlali gerekçesiyle bir yayın kuruluşunun uyarılması işlemi hakkında yaptığı denetimde Sözleşme'nin 10. maddesini ve Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi'nin 7. maddesini, 3984 sayılı Yasa'nın 4.maddesinin (k) bendi ile birlikte destek ölçü norm olarak uygulamıştır⁷⁴⁶.

AİHM kararlarının idari yargı denetimindeki rolü bakımından ise 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunun 53. maddesinin 1. fıkrasına, 4928 sayılı Kanunla eklenen (ı) bendinde yer alan düzenleme yol göstericidir. Bu düzenlemeye göre idari yargı yerlerinden birinde verilen bir kararın, “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin, AİHM'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması” halinde yargılamanın yenilenmesi istenebilir. Danıştay çok yakın tarihli bir kararında bu kuralı uygulayarak, AİHM'nin kesinleşen bir kararı nedeniyle yapılan yargılamanın yenilenmesi talebini kabul etmiş ve dava konusu işlemi iptal etmiştir⁷⁴⁷.

Yargılamanın yenilenmesi, idari yargı yerinden kaynaklanan bir ihlalin tespitinin gereklerini yerine getirmek amacıyla iç hukuk düzenine etki eden genel bir tedbir niteliğindedir⁷⁴⁸. Bu yöntem Sözleşme'ye aykırı olan idari yargı kararlarının gözden geçirilerek düzeltilmesini sağlar ve devleti tazminat ödeme yükümlülüğünden

⁷⁴⁵ D.10.D, K. 1998/4442, E. 1998/4832, T. 14.10.1998.

⁷⁴⁶ D.13.D, K. 2005/556, E. 2005/947, T. 22.02.2005.

⁷⁴⁷ D.8.D, K. 2006/4857, E. 2007/69, T. 19.01.2007.

⁷⁴⁸ O. DOĞRU, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkileri”, Anayasa Yargısı 2000, C.17, s. 198.

kurtarabilir. Ayrıca AİHM'nin uyguladığı insan haklarına ilişkin Avrupa standartlarının idari yargı tarafından yeknesak bir biçimde uygulanmasına ortam hazırlayarak iç hukukta insan hakları hukukunun uyumlu bir şekilde gelişmesini sağlar⁷⁴⁹.

3.4.3.2. Fransız İdare Hâkiminin Avrupa Kamu Düzenine Yaklaşımı

Conseil d'Etat, ilk defa 1989 yılında verdiği ünlü *Nicolo* kararı ile bir uluslararası andlaşma hükmü ile çatışan bir yasa hükmünü ihmal ederek doğrudan andlaşma hükmünü uygulamıştır⁷⁵⁰. 1958 Fransız Anayasası'nın 55. maddesinde açık bir biçimde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların yasaların üstünde bir değerde olduğu öngörülmüş olmasına rağmen Conseil d'Etat *Nicolo* kararından önce, sonraki bir yasa söz konusu olsa bile yasaların uluslararası andlaşmalara uygun olup olmadığını denetlemekten ve bunları kararlarında doğrudan ölçü norm olarak uygulamaktan kaçınmıştır⁷⁵¹. *Nicolo* kararının diğer bir önemli özelliği de Conseil d'Etat'nın “yasa ekranı teorisi”ni (*théorie de loi-écran*) uygulamamasıdır. “Yasa ekranı teorisi”, bu karara kadar idare hâkimine idari işlemlerin uluslararası andlaşmalara uygunluğu konusunda bir yargısal denetim gerçekleştirmekten kaçınma imkânı vermektedir⁷⁵².

AİHS, idarenin kamu düzeni tedbirlerinin yargısal denetimi alanında ilk defa Conseil d'Etat tarafından 1987 yılında verilen *Peltier* kararında ölçü norm olarak uygulanmıştır. *Peltier* adlı vatandaşın pasaport başvurusunun, bu kişinin uyuşturucu trafiğine karıştığı şüphesine istinaden kamu güvenliği ve dirliğinin bozulma tehdidinin bulunması gerekçesiyle reddeden işlemi Yüksek Mahkeme, seyahat özgürlüğü konusundaki genel düzenlemeler açısından değerlendirmiş; davada, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ile AİHS'ne ekli 4 no'lu Protokolü uygulamıştır⁷⁵³. Yerleşme ve seyahat özgürlüğünü kamu düzeni gerekçesiyle kısıtlayan iki idari tedbir hakkında,

⁷⁴⁹ Ş. ÜNAL, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri”, Anayasa Yargısı 2000, C.17, s. 64.

⁷⁵⁰ CE, 20 octobre 1989, Rec. s. 190, Kararın özeti için bkz. ERKUT, Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı, s. 149.

⁷⁵¹ ERKUT, Hukuka Uygunluk Bloku, s. 87.

⁷⁵² ERKUT, Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı, s. 148.

⁷⁵³ CE Ass., 8 avril 1987, *Ministre de l'Intérieur c./Peltier*, Rec. s. 128; Karar özeti için bkz. ERKUT, Hukuka Uygunluk Bloku, s. 87.

Peltier kararından dört yıl sonra, aynı gün verilen *M. Begacem* ve *Mme. Naima Babas* adlarında iki önemli kararda da Conseil d'Etat, Sözleşme'nin 8. maddesini doğrudan uygulamıştır⁷⁵⁴.

Yüksek Mahkeme bir adım daha ileri giderek daha sonraki yıllarda verdiği kararlarda uluslararası yükümlülüklerle aykırı yasalara dayanan idari işlemlerden doğan zararların idare tarafından tazmin edilmesine hükmetmiştir⁷⁵⁵. Bu kararlarda Conseil d'Etat, idarenin uluslararası andlaşmalara aykırı yasaları uygulamasının bir hizmet kusuru oluşturduğunu kabul etmektedir. Özellikle 2007 yılında verdiği *Gardedieu* adlı kararda Yüksek Mahkeme, bir yasanın AİHS'nin 6. maddesine aykırı olması nedeniyle davacının doğrudan doğruya uğradığı zararından, arada bu yasaya dayanan bir idari işlem bulunmadığı halde devletin sorumlu olduğuna hükmetmiştir⁷⁵⁶. Olayda bir dış hekimi tarafından, önceki bir tarihte idari yargı kararıyla iptal edilmiş olan bir Kararname uyarınca ödemiş olduğu primlerin geri ödenmesi istemiyle iş ve sosyal güvenlik mahkemesinde açılan bir dava söz konusudur. Bu dava sürerken yürürlüğe giren "yasama onaması" (*validation législative*) niteliğinde bir yasa, söz konusu kararnameyi geçerli kılarak, bu kararname uyarınca ödenmiş olan primlerin geri ödenmesi istemiyle dava açmış olup da davaları halen devam etmekte olan yükümlülerin ödedikleri primlerin geri ödenmeyeceğini düzenlenmiştir. Conseil d'Etat Bay Gardedieu'nün, ödemiş olduğu primlerden kaynaklanan zararın tazmin edilmesi istemiyle açtığı davayı kabul ederek, söz konusu yasanın AİHS'nin 6. maddesine aykırı olması sebebiyle davacının zararından devletin sorumlu olduğuna karar vermiştir.

Conseil d'Etat idari işlemlerin hukuka uygunluk denetimi kapsamında, iç hukuk kurallarının uluslararası andlaşmalara uygulugunu denetleme konusunda *Nicolo* kararında aldığı tutumu aynen devam ettirmemiştir. Yüksek Mahkeme uluslararası sözleşmeleri doğrudan uygulamak yerine, iç hukuk kurallarını uluslararası sözleşmelerde belirlenen ilkeler çerçevesinde yorumlayarak ulusal egemenlikçi bir yaklaşımı genel olarak tercih etmiştir. Ayrıca Conseil d'Etat, yasa ekranı teorisini

⁷⁵⁴ CE Ass, 19 avril 1991, *M. Belgacem*, CE, 19 avril 1991, *Mme. Naima Babas*, RFDA 1991, s. 500, Karar özetleri için bkz. ERKUT, Hukuka Uygunluk Bloku, s. 88.

⁷⁵⁵ CE Ass, 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products*, RFDA 1992, s. 431-433; CE Ass, 30 octobre 1999, *SA Jacques Dangeville*, RFDA 1997, s. 1066-1067.

⁷⁵⁶ L. DEREPAŞ, Conclusions sur l'arrêt du CE Ass., 8 février 2007, *Gardedieu*, RFDA 2007, s. 361.

uluslararası normlarla anayasal ilkeler arasında uygulayarak, bir idari işlemin bu kurallardan herhangi birine uygunluğunu tespit ettikten sonra diğerine aykırılığı sorununu incelememektedir⁷⁵⁷. Seiller'nin de belirttiği gibi idare hâkiminin gözüyle, ulusal hukuk düzeninde anayasa ile uluslararası anlaşma arasında bir hiyerarşi yoktur ve Conseil d'Etat da kararlarında bu temel yaklaşım içinde hareket etmektedir⁷⁵⁸.

Fakat Conseil d'Etat, AİHM'nin Sözleşme'nin ihlal edildiğinin tespiti ile Fransa'yı mahkum ettiği kararların, ne iç hukukta ne de Sözleşme'de bu yönde bir kural bulunmadığı gerekçesi ile yargılamanın yenilenmesini zorunlu kılmadığına karar vermiştir⁷⁵⁹. Bu karar öğretide eleştiri konusu olmuştur. Bu karar bir görüşe göre, bir taraftan AİHM'nin mahkumiyet kararından sonra idari yargıda yargılamanın yenilenmesi imkânının anlamını ve kapsamını fazla abartmakta, diğer taraftan Conseil d'Etat'nın insan haklarını korumaya ilişkin Avrupa sistemi içerisindeki gittikçe artan rolünü fazla küçümsemektedir. AİHM'nin mahkumiyet kararı neticesinde olası bir yargılamanın yenilenmesi, ulusal yargıç için AİHM'ne tabi olma durumu yaratmadığı gibi ulusal egemenlikten kaynaklanan yetkilerin yitimi anlamına da gelmeyecektir. Bu durumda yargılamanın yenilenmesi, Avrupa kamu düzeninin bir parçası olmanın gereğidir; bu düzenin amacı da ulusal kamu düzenini ortadan kaldırmak değildir. Bu iki kamu düzeninin birbirine nüfuz etmesi, ulusal yargı ve Avrupa insan hakları yargılaması arasındaki ilişkilere farklı bir açıdan yaklaşmayı gerektirmektedir. Bu ilişki bir hiyerarşi ya da tabiyet ilişkisi değildir; fakat insan haklarını koruma fonksiyonunu yerine getirmede, birbirinin tamamlayıcısı olma ve etkinlik unsurları ile tarif edilmelidir. Bu alanda birincil koruma görevi ulusal yargıya düşerken, Avrupa yargıcı bakımından bu görev, ikincil niteliktedir. Sadece ulusal sistemin eksikliklerini tamamlamak için müdahale eden Avrupa yargıcı, yol gösterici ve harekete geçirici bir rol oynamaktadır. Ulusal yargıcın görevi öncelikle insan haklarına getirilen güvenceleri somutlaştırmak ve koruma sistemini hayata geçirmektir. Bu korumanın teoride ve görünüşte kalmaması için, AİHM kararlarının etkili bir şekilde uygulanması bir prensip olarak benimsenmelidir. Bu prensibin ise yargılamanın yenilenmesi gereğini doğurması

⁷⁵⁷ Y. YAYLA, “*İdari Yargılamada Veriler*”, Danıştay 134. Yıl Sempozyumu (10-11 Mayıs 2002), Ankara 2002, s. 52.

⁷⁵⁸ B. SEILLER, *Droit Administratif- 1. Les Sources et le Juge*, Flammarion, Paris 2001, s. 58-59'den aktaran: ERKUT, *Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı*, s. 153.

⁷⁵⁹ CE, 11 février 2004, *Mme. Chevrol*, RFDA 2005, s. 172.

yadırganacak bir durum değildir. Sonuç olarak AİHM tarafından verilen bir mahkumiyet kararının ulusal yargıda yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden biri olması bir taraftan insan haklarına ilişkin ulusal koruma sistemi ile Avrupa sisteminin ortak bir yapıda birlikte bulunmasının bir gereği olduğu kadar, AİHM kararlarının etkili bir şekilde uygulanmasının da bir gereğidir⁷⁶⁰.

Conseil d'Etat, Avrupa Topluluğu direktiflerinin uygulanması alanında ise ilk olarak *Cohn-Bendit*⁷⁶¹ kararı ile iki aşamalı bir pozisyon benimsemiştir. Bu karara göre öncelikle Topluluk direktifleri, iç hukuk normu haline getirilmemiş veya iç hukuka aktarılmaları için öngörülen süre geçmiş bile olsa iç hukukta doğrudan etki yaratma gücüne sahip olmadıklarından birel idari işlemlere karşı açılan iptal davalarında doğrudan ileri sürülemezler. İkinci olarak davacı idari işlemin dayanağı olan iç hukuk kuralının, yine iç hukuka aktarılmamış bile olsa bir Topluluk direktifinde öngörülmüş bulunan amaçlara aykırılığını iddia edebilecektir. Bu çözüm biçimini Conseil d'Etat Roma Andlaşması'nın 189. maddesine dayandırmıştır. Bu maddeye göre direktifler, ulaşılması hedeflenen sonuçlar bakımından üye devletleri bağlar; fakat bu sonuçlara ulaşma şeklini belirleme yetkisi üye devletlere bırakılmıştır. Conseil d'Etat'nın *Cohn-Bendit* kararı ile benimsediği yaklaşım, ATAD'inki ile farklıdır. ATAD 1974 yılında verdiği bir kararda, iç hukuka aktarılmamış olan direktiflerin bireysel kararlara karşı açılan davalarda ilgililer tarafından doğrudan ileri sürülebileceğini kabul etmiştir⁷⁶². Sonraki gelişmeler, iki Yüksek Mahkeme arasında teorik yaklaşım farklılığını tamamen ortadan kaldırmaya bile pratikte bir yakınlaşmaya yol açmıştır. Conseil d'Etat 1984 yılında verdiği iki kararda, bir direktifin uygulanmasını sağlama amacıyla kabul edilmiş olsun ya da olmasın bir düzenleyici işleme karşı açılan iptal davasında, düzenleyici işlemin doğrudan direktife aykırılığının ileri sürülebileceğini kabul etmiştir⁷⁶³. Başka bir

⁷⁶⁰ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, "La réouverture d'une instance juridictionnelle administrative après condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme", RFDA 2005, s. 168. Yargılamanın AİHM'nin bir mahkumiyet kararından sonra yenilenmesi imkânı 1992 yılında Avrupa Komisyonu İnsan Hakları Seksiyonunun Uzmanlar Komitesi tarafından hazırlanan bir raporda tartışılmıştır. Bu rapora göre, bu yöntemi eleştirenler, bu yöntemin mahkeme kararlarının kesin hüküm niteliğini ortadan kaldırarak hukuk güvenliğini sarsacağı; milli mahkemelerde davayı kaybeden tarafları AİHM'ne şikayet konusunda cesaretlendireceği ve dolayısıyla bu organların iş yükünün artacağı; kaldı ki bağımsız mahkemelerin yargılamanın yenilenmesi halinde dahi ilk kararlarındaki sonuca varabilecekleri gibi gerekçeler öne sürmüşlerdir. ÜNAL, s. 64.

⁷⁶¹ CE, 22 décembre 1978 - *Ministre de l'intérieur c/ Cohn-Bendit*, Rec. s. 524.

⁷⁶² CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, Rec. s. 1337.

⁷⁶³ CE, 28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France*, Rec. s. 512; CE, 7 décembre 1984, *Fédération française des sociétés de protection de la nature*, Rec. s. 410.

kararında, 1958 Anayasası'nın 55. maddesinde yer alan, usulüne göre yürürlüğe konulmuş olan uluslararası sözleşme ve andlaşmaların yasaların üstünde olduğu kuralının Topluluk direktifleri için de geçerli olduğunu belirtmiştir⁷⁶⁴. Diğer taraftan ATAD ise 1979 yılında verdiği bir kararda bir direktifin kişiler tarafından doğrudan ileri sürülebilmesi imkânını, üye devletin direktifi iç hukuka aktarma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması şartına bağlamıştır⁷⁶⁵.

Sonuç olarak AİHS'ni "hukuka uygunluk bloku"nın en temel kaynakları arasına yerleştirmek bakımından Fransız idare hâkimi ile Türk idare hâkiminin paralel bir çizgide bulunduğunu söyleyebiliriz. AİHM kararlarının etkinliğini sağlama bakımından ise Türk hukukunun Fransız hukukundan bir adım önde olduğu görülmektedir.

⁷⁶⁴ CE, Ass. 28 février 1992, *S.A. Rothmans International France et S.A. Philip Morris France*, Rec. s. 81.

⁷⁶⁵ CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, Rec. s. 1629.

SONUÇ

Toplumun maddi ve hukuki düzeninin korunması için sosyal, ekonomik ve siyasi koşullara ve neyin gerekli olduğu düşüncesine bağlı olarak içeriği değişen bir düzeni ifade eden kamu düzeni kavramı, yasakoyucuya, idareye ve hâkime özgürlükleri sınırlandırmak ve yürürlükteki kurallara istisna getirmek için yetki veren bir kavramdır. İdare hukukundaki klasik anlamıyla kamu düzeni, idarenin korumak ve sağlamakla görevli olduğu maddi düzendir ve idarenin kolluk faaliyetinin nihai amacını oluşturur.

Kamu düzeni, bir taraftan kendiliğinden var olan bir düzeni ifade etmektedir. Var olan düzen, karışıklığın ve düzensizliğin olmayışı şeklinde belirir. Vurgunun bu şekilde kamu düzeninin negatif görünümüne yapılması, kamu düzeninin kendini, bozulduğu anlarda dayatmasından kaynaklanır. Fakat ilk bakışta beliren bu asgari yaklaşım, kavramın anlaşılması bakımından eksik kalmakta hatta yanıltıcı olmaktadır. Maddi düzenin korunması ve sağlanması için devletin bazı durumlarda pozitif bir edimde bulunması ve bir düzenleme yapması gerekmektedir. Bu nedenle kamu düzeni, var olan düzenin korunmasının yanında bir organizasyonun ürünüdür ve dinamik, pozitif ve canlı bir düzen kurmak için harcanan çabaların bir sonucudur.

Özellikle ortak ihtiyaçların karşılanması ve özgürlüklerin korunmasının kamu düzeninin gerekleri haline geldiğini, bu amaçlarla yürütülen kolluk faaliyetleri bize göstermektedir. Artık idare, ortak ihtiyaçları karşılayan faaliyetleri doğrudan yürütmemekte ve özel kişilere devretmektedir. Fakat aynı zamanda, kamu hizmetlerinin aksamaması nedeniyle kamu düzeninin bozulmasını, bir takım önleyici, düzenleyici ve cezai tedbirlerle engelleme yükümlülüğü altına girmektedir. Çeşitli ihtiyaçları karşılayan faaliyetler artık kamu eliyle yürütülme de devlet, ortak ihtiyaçların karşılanmasında, meydana gelecek aksaklıklardan kendini tamamen sorumsuz göremez.

Günümüzde özgürlük-düzen arasındaki ilişki bir çatışmayı ifade etmekten ziyade bir uyum ilişkisi olarak algılanmaktadır. Demokratik ve liberal bir rejimde, kamu düzeni özgürlüklerin koruyucusu ve garantisidir. Özgürlükleri kamu düzeninin kurucu unsurları olarak kabul etmek gerekir. İdari kolluk makamlarının gerçekleştirmekle

yükümlü olduğu, düzeninin korunması ve özgürlüklere saygı arasında kurulması gereken uzlaşma, aslında kamu düzeninin kendisi olmaktadır.

Maddi düzenin gerekleri, idare hukukunda güvenlik, dirlik ve esenlik ve sağlık olmak üzere klasikleşmiş üç unsurla ifade edilmektedir. Günümüzde toplumsal alanda çeşitli faktörlere bağlı olarak ortaya çıkan ve toplum hayatını etkileyen gelişmeler ve bu gelişmelerden kaynaklanan sorunlarla ilgili toplumda oluşan düşünceler, kamu düzeninin içeriğinin genişlemesi sonucunu doğurmuştur. Fakat kamu düzenini bu değişken içeriğe indirgememek gerekir. Genel ahlak, estetik, ekonomik kamu düzeni ve ekolojik kamu düzeni olarak sayılan alanlar geçen yüzyılın başından itibaren toplumsal düzen bakımından giderek artan önemleri sonucu, kapsamlı biçimde hukuki düzenlemelere konu olmuşlar ve kolluk faaliyetinin uygulandığı alanlar haline gelmişlerdir. Bununla birlikte bu alanlar kamu düzeninin klasik üç unsurundan biri kapsamında değerlendirilebilecek niteliktedir; yeni birer unsur değildir. Başka bir deyişle bunlar kamu düzeninin yeni unsurları olarak değil, kamu düzeninin klasik unsurlarının genişleyen kapsamı olarak değerlendirilmelidir.

İçeriğinin çeşitliliği ve değişkenliği, kamu düzeninin tekil bir kategori olmadığını göstermez; bu durum yakından bakıldığında tam tersine tekil bir kategorinin varlığını haber vermektedir. Yakından bakıldığında, kamu düzeninin içeriğini oluşturan unsurların, aralarında belirli bir ilişki ve benzerlik olduğu; bunların ortak bir kimlik taşıdıkları gözlemlenmektedir.

Güvenlik, dirlik ve esenlik ve sağlık, kamu düzeninin gereklerinin sınıflandırılması niteliğinde bir belirleme teşkil etmektedir. Fakat pozitif hukukun analizi göstermektedir ki, idare hukuku kapsamında kamu düzeni bakımından, soyut ve mutlak bir şekilde tanımlanan gereklilikler mevcut değildir. Başka bir deyişle, bir kere kamu düzeninin bir gereği olarak belirlendikten sonra, bir daha zamana, yere ve koşullara göre değişmeyen kurallar mevcut değildir. Tam tersine bu gereklilikler, içinde bulunulan duruma göre değişmektedir. Yani kamu düzeninin tam olarak neyi içerdiği, her olayın özelliklerine göre belirlenir. Ayrıca her olayın özellikleri, kamu düzeninin ileri sürüldüğü coğrafyaya göre değerlendirilmektedir. İşte somut şartların özellikleri alınan kolluk tedbirinin hukuka uygunluğu için belirleyicidir.

Kamu düzeninin bu değişken içeriğinin nasıl belirlendiği konusu, idare hâkiminin yargılama faaliyeti dolayısıyla açıklığa kavuşmaktadır. İdare hâkiminin kamu düzeninin her somut olayda içeriğini, başka bir deyişle ne olduğunu belirleme yöntemine farklı yönlerden yaklaştığımızda kamu düzeni ile ilgili şöyle bir sonuçla karşılaşmaktayız: Kamu düzeninin içeriğinin ne olduğu somut olayın koşullarına bağlı olmakla birlikte, somut olayın koşulları bu içeriğin belirlenmesinde tek ölçüt değildir. Bu şu anlama gelmektedir, kavramın değişkenliği belirli bir çerçeve içinde söz konusu olmaktadır. Bir kere somut bir durumu düzensizlik olarak nitelendirsek bile bu düzensizliğe son vermek amacıyla alınacak her türlü önlem hukuken meşru kabul edilmemektedir. Ayrıca bir somut durumu düzensizlik olarak nitelerken hangi norma dayanıldığı ve bu nitelendirmenin dayandığı gerekçeler önemlidir.

Somut durumda kamu düzeninin içeriğini belirleyecek olan kolluk makamı, bu içeriği sadece zamana ve yere ilişkin koşullara göre belirleyemez. Türk hukukunda, kolluk makamı yazılı bir hukuk kuralına dayanmak zorundadır. Dayandığı bu kuralın, kamu düzeninin içeriğini ayrıntılı bir şekilde düzenlememiş olsa bile belirlenme biçimini göstermiş olması gerekir. Kolluk makamı, somut olaydaki olguların, kolluk işleminin hukuki sebebini oluşturan bu kuralın kapsamına girdiğini söyleyerek, kolluk işleminin sebep unsurunu belirlemiş olur. Burada Türk ve Fransız idare hukukları arasında en önemli fark, Fransa’da kamu düzeni kavramının uygulanması için bir yasal düzenlemeye dayanma zorunluluğu bulunmaması ve idarenin kamu düzeni alanında özerk düzenleme yetkisinin bulunmasıdır. Türk hukukunda ise idarenin bu konuda özerk bir düzenleme yetkisi bulunmamaktadır. İşte idare hâkimi kolluk işleminin sebep unsurunun hukuka uygunluğunu denetlerken kamu düzeninin içeriğini, başka bir deyişle somut olayda kamu düzeninin ne olduğunu belirleme işlevine kolluk makamı ile birlikte katılmış olmaktadır. Bir hukuk devletinde hâkim de bu işlevi yerine getirirken yürürlükteki hukuk kurallarına dayanmak zorundadır.

Hâkimin fonksiyonu hukukun ne olduğunu söylemek olmakla birlikte, bu fonksiyonu önüne gelen uyuşmazlıkta uyguladığı hukuk kuralının anlamını belirlemekle yerine getirebilir; yoksa hukuk kuralı yaratamaz. Hâkimin uyguladığı hukuk kuralı, kolluk işleminin unsurlarını açık bir şekilde düzenlemişse, bu durumda kamu düzeninin

içeriği yasakoyucu tarafından belirlenmiş demektir. Fakat uygulanacak hukuk kuralı kolluk işleminin tüm unsurlarını belirlememiş olabilir; ya da Fransız hukuku için söyleyecek olursak, olağanüstü bir durumda düzeni sağlamak için yürürlükteki pozitif hukuk kuralları yetersiz kaldığında veya özerk düzenleme yetkisi kapsamında kolluk tedbiri, yalnızca “gereklilik normu” olarak kabul edilen kamu düzeni kavramının kendisine dayanarak alınmış olabilir.

İşte hukuk kuralının, kamu düzeninin içeriğini kolluk işleminin tüm unsurları yönünden belirlemediği durumda, kamu düzeni kavramının içeriği, idare hâkimi tarafından belirlenmekte, dolayısıyla kavram somutlaşmış olmaktadır.

Öncelikle yargılama fonksiyonunun özellikleri bakımından hâkimin uygulanacak hukuku belirleme konusunda yararlandığı iki teknik olan takdir yetkisi ve yorum faaliyeti, kamu düzeni kavramının anlamını belirleme konusunda kullanılan tekniklerdir. Hâkimin, soyut ve belirsiz bir kavram olan kamu düzenini, gerek bir kural içi boşluk olarak değerlendirmesi neticesinde takdir yetkisi kapsamında belirlemesi, gerekse kamu düzenini öngören hukuk kuralının anlamını açıklama yetkisi kapsamında yorum faaliyeti sonucunda belirlemesi söz konusudur. Yorum faaliyeti ise hem hukuk kuralının yorumunu hem de uyumsuzluk konusu işleme ilişkin maddi olayın yorumunu kapsar.

İdare hâkimi, kolluk işlemlerinin hukuka uygunluk denetiminin özellikleri bakımından ise kamu düzeninin içeriğini esas olarak “ölçülülük ilkesi” aracılığıyla belirlemektedir. Ölçülülük ilkesinin temelinde, hukukun uygulandığı rejimin demokratik ve liberal bir rejim olması yatmaktadır. Çünkü demokratik ve liberal bir rejimde “özgürlük kural, sınırlama istisna” olduğuna göre, bir kolluk tedbiri ancak somut durumda düzeni korumak ya da sağlamak için zorunlu ya da başka bir deyişle gerekli, bu amaca ulaşmak için elverişli ve orantılı olmak zorundadır. Yargı kararlarını incelediğimizde bu denetimin her olayda aynı yoğunluk ve etkinlikte yapılmadığını görüyoruz. Özellikle maddi olayların hukuki nitelemesi ile ilgili olarak hâkimin gerçekleştirdiği kontrolün yoğunluğu her olayda aynı olmamaktadır. Kolluk tedbirleri üzerindeki yargısal denetimin yoğunluğunu belirleyen faktör idarenin takdir yetkisi olmaktadır.

İdare hâkiminin yargılama politikasında önemli değişimlerin meydana geldiğinde tüm öğreti görüş birliği içindedir. İdare hâkimi günümüzde, kamu hukuku normlarının yorumunda birey hak ve özgürlükleri ile idarenin tek yanlı karar alma ve bu kararları tek yanlı uygulama gücü arasında denge kurucu ve uzlaştırıcı bir rol üstlenmiştir. Fransız hukukunda son yıllarda, bu terazide birey hak ve özgürlüklerinin kamu gücü ayrıcalıklarına göre daha ağır bastığı gözlemlenmektedir. Türk hukuku için aynı şeyi söylemek aşırı bir iyimserlik olacaksa da Türk idare hâkiminin tutumunun da AİHS ve diğer uluslararası andlaşmaların içerdiği normlara bir üstünlük tanıma yönünde geliştiği söylenebilir.

Modern kamu düzeni anlayışı, bireylerin sahip olduğu hakları korumaya yönelik bir anlam ve içerik taşımaktadır. Demokratik ve liberal bir hukuk devletinde idare hâkiminin görevi, kamu düzeni-özgürlük dengesini böyle bir anlayış içinde kurmak olmalıdır. İdare hâkimi bu görevi, yasa metni buna izin vermediği takdirde anayasal değer taşıyan ya da uluslararası belgelerdeki ilkelere referans vermek suretiyle ve bunlara uygun yorum tekniklerini uyguladığı hukuka uygunluk denetimi ile gerçekleştirmektedir. Son yıllarda Fransız kamu hukuku öğretisinde anayasal kamu düzeni kavramı ortaya çıkmıştır. Anayasal kamu düzeni, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak anayasa yargıcının uyguladığı ölçü normlar olarak kabul edilmektedir. Türk idare hâkimi de Fransız meslektaşları gibi, kamu düzeni-özgürlük dengesini kurmada anayasal kamu düzeninden yararlanmaktadır.

Ayrıca yine son yıllarda ortaya çıkan Avrupa kamu düzeni kavramı da idare hâkimine kamu düzenini somutlaştırma işlevinde uygulayacağı kriterleri göstermesi açısından önemli bir kavramdır. Özellikle Anayasa'nın 90. maddesine 2004 yılında eklenen son fıkra ile idare hâkiminin, Avrupa kamu düzenini uygulaması konusunda normlar hiyerarşisi çerçevesinde yapılan tartışma bitmiştir; idare hâkimi bundan böyle usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde milletlerarası andlaşma hükümlerini uygulayacaktır.

Sonuç olarak idare hâkimi, kamu düzeninin ne olduğunu önüne gelen her olayın özelliklerine göre belirlerken ölçülülük ilkesi başta olmak üzere demokratik ve liberal bir hukuk devletinde geçerli olan ilkeleri uygulamaktadır.

ÖZET

Toplumun maddi ve hukuki düzeninin korunması için sosyal, ekonomik ve siyasi koşullara ve neyin gerekli olduğu düşüncesine bağlı olarak içeriği değişen bir düzeni ifade eden kamu düzeni kavramı, yasakoyucuya, idareye ve hâkime özgürlükleri sınırlandırmak ve yürürlükteki kurallara istisna getirmek için yetki veren bir kavramdır. İdare hukukundaki klasik anlamıyla kamu düzeni, idarenin korumak ve sağlamakla görevli olduğu maddi düzendir ve idarenin kolluk faaliyetinin nihai amacını oluşturur.

Tezimizin ilk bölümünün birinci kısmında kamu düzeni kavramının anlamına ve tanımlanmasına ilişkin öğretide mevcut bulunan yaklaşımları ortaya koyduktan sonra, ikinci kısmında idare hukukunda kamu düzeninin içeriğini, pozitif hukuk temelinde başlıca uygulama alanları yönünden belirlemeye çalıştık. Bu kısımda kamu düzeni, idare hukukunda söz konusu olan unsurlarının yasakoyucu tarafından somutlaştırılmış biçimi ile ele alınmıştır. Burada amaç, kamu düzenini somutlaştıran mevcut yasal düzenlemelerin tüketici bir biçimde belirlenmesi değildir; fakat kamu düzeninin unsurlarının niteliğini ve kapsamını göstermektir.

Tezimizin ikinci bölümünde ise idare hâkiminin yargılama faaliyetinde somutlaşan haliyle, idare hukukunda kamu düzeninin ne olduğu, yani nasıl uygulandığı analiz edilmiştir. Bu bölümde idare hâkiminin kamu düzenini uygulaması, hem genel olarak yargılama faaliyeti açısından, hem de özel olarak idari yargıda hukuka uygunluk denetiminin özellikleri açısından değerlendirilmiştir. Ayrıca demokratik ve liberal bir hukuk devletinde kamu düzeninin rolü, idare hâkiminin fonksiyonu aracılığıyla belirlenmiştir.

ABSTRACT

La notion d'ordre public signifie un ordre dont le contenu est variable en fonction des conditions économiques, sociales, politiques et des idées reçues dans une société, dans une époque déterminée. C'est une notion qui habilite à la fois le législateur, l'administration et le juge pour limiter la liberté et écarter des règles applicables. En droit administratif au sens classique, l'ordre public est l'ordre matériel et extérieur que l'administration doit maintenir et protéger. Elle est le but des actes de la police administrative.

Dans la première partie, d'abord, on a révélé des approches existantes dans la doctrine pour définir l'ordre public. La deuxième section de la première partie a été consacrée au contenu de l'ordre public en termes de domaines d'application sur la base du droit positif en droit administratif. Dans cette section on a essayé de voir la notion telle qu'elle est concrétisée par le législateur. Alors qu'il est impossible d'épuiser les règles juridiques applicables concernant l'ordre public, cela est intéressant pour montrer la nature et la portée de cette notion.

Dans la seconde partie, on a étudié la concrétisation de la notion de l'ordre public par le juge administratif. L'application de la notion par le juge administratif a été analysée au point de vue de la théorie du droit ainsi que du caractère spécifique du contrôle de la légalité des actes administratifs. D'autre part, on a déterminé le rôle de l'ordre public dans un Etat libéral et démocratique, à travers de la fonction du juge administratif.

KAYNAKÇA

Kitaplar

AKGÜNER, Tayfun. 1961 Anayasası'na Göre Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu, İÜSBF Yayını, İstanbul 1983.

AKILLIOĞLU, Tekin. İnsan Hakları I, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995.

AKIN, F. İlhan. Kamu Hukuku, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 1993.

Andréa De LAUBADERE / Jean-Claude VENEZIA. Traité de droit administratif, Tome 3, LGDJ, Paris 1990.

ARAL, Vecdi. Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001.

Zehreddin ASLAN / Kahraman BERK. Rekabet Kurumunun Oluşumu, Görev ve Yetkileri ile Yargısal Denetimi, Alfa Yayınları, İstanbul 2000.

ATAKAN, Arda. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Sınırlamanın Sınırını Oluşturan Ölçütler, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006.

ATAMER, M. Yeşim. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2001.

Jean-Marie AUBY / Roland DRAGO. Traité de contentieux administratif, Tome 2, 3. éd., LGDJ, Paris 1984.

Jean-Marie AUBY / Roland DRAGO. Traité de contentieux administratif, Tome 3, LGDJ, Paris 1962.

Yakup BAL / Mustafa KARABULUT / Yahya ŞAHİN, Danıştay 10. Dairesi Kararları, Turhan Kitabevi, C. 2, Ankara 2003.

BATUM, Süheyl. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İÜHF Yayını, İstanbul 1993.

BAYRAKTAR, Köksal. Suç İşlemeye Tahrik Cürmü, İstanbul 1977.

BAYTEMİR, Erdal. Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

BEREKET, Zuhâl. Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

BERGER, Vincent. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 7. éd., Sirey, Paris 2000.

BERNARD, Paul. La notion d'ordre public en droit administratif, LGDJ, Paris 1962.

BON, Pierre. La police municipale, thèse, Bordeaux, 1975.

Marguerite BOUTELET-BLOCAILLE / Jean Claude FRITZ. L'ordre public écologique: Towards an Ecological public order, Bruylant, Bruxelles 2005.

CASTAGNE, Jean. Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative, LGDJ, Paris 1964.

CASTET-RENARD, Céline. Notion à Contenu Variable et Droit d'Auteur, l'Harmattan, Paris 2003.

CEYLAN, Şule Şahin. Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2007.

CHAPUS, René. Droit administratif général, Montchrestien, Tome 1, 15.éd., Paris 2001.

COHEN-JONATHAN, Gérard. Aspects européens des droits fondamentaux, Montchrestien, Paris 1996.

Jean-Claude COLLIARD / Roseline LETTERON. Libertés Publiques, 8. éd., Dalloz, Paris 2005.

ÇAĞLAR, Bakır. Anayasal Değişme ve Demokratik Liberal Sistem, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 1980.

ÇELİKEL, Aysel. Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2004.

ÇETİNDAG, A. Funda. Türk Anayasal Sisteminde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Bağlamında Kamu Düzeni, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2004.

DAVER, Bülent. Fevkalade Hal Rejimleri, AÜSBF Yayınları, Ankara 1961.

DAYINLARLI, Kemal. Milli Milletlerarası Hukukta Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Dayınlarlı Yayıncılık, Ankara 1994.

André De LAUBADERE / Jean-Claude VENEZIA / Yves GAUDEMET. Traité de droit administratif, Tome 1, 13. éd., LGDJ, Paris 1994.

DİNÇKOL, Abdullah. Hukuka Giriş, Der Yayınları, İstanbul 2001.

DONNELLY, Jack. Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Çev. M. Erdoğan/L. Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara 1995.

DURAN, Lütfi. İdare Hukuku Ders Notları, İÜHF Yayınları, İstanbul 1982.

EDİS, Seyfullah. Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1993.

EREM, Faruk. Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, Seçkin Kitabevi, Ankara 1985.

EREN, Abdullah. Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklileri, Beta Yayınevi, İstanbul 2004.

ERGUT, Ferdan. Modern Devlet ve Polis, İletişim Yayınevi, İstanbul 2004.

ERKUT, Celal. Hukuka Uygunluk Bloğu, Kavram Yayınları, İstanbul 1996.

ERKUT, Celal. Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı, Yenilik Basımevi, İstanbul 2004.

FARJAT, Gérard. L'ordre public économique, LGDJ, Paris 1963.

Louis FAVOREU / autres (Ouvrage collectif). Droit des libertés fondamentales, 4. éd., Dalloz, Paris 2007.

GEMALMAZ, Semih. Demokrasi Raporu, Doğan Ofset Yayınevi, İstanbul 1991.

İsmet GİRİTLİ / Pertev BİLGİN / Tayfun AKGÜNER. İdare Hukuku, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2006.

GOGNETTI, Johann. La Notion d'ordre public, Thèse, Reims 1998.

GÖZLER, Kemal. İdare Hukuku, C. 1-2, Ekin Kitabevi, Bursa 2003.

Şeref GÖZÜBÜYÜK / Turgut TAN. İdare Hukuku, C. 1, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.

Şeref GÖZÜBÜYÜK / Feyyaz GÖLCÜKLÜ. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.

GÜLAN, Aydın. Maden İdare Hukukumuzun Ana İlkeleri ve Temel Müesseseleri, Lamure Yayınevi, İstanbul 2008.

- GÜNDAY, Metin. İdare Hukuku, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara 2004.
- GÜNEŞ, Turan. Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara 1965.
- HATEMİ, Hüseyin. Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976.
- HAURIU, Maurice. Précis de droit administratif et de droit public, 12. éd., Sirey, Paris 1993.
- JACQUINOT, Nathalie. Ordre public et constitution, Thèse, Aix-Marseille, 2000.
- KABOĞLU, İbrahim Ö. Anayasa Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2009.
- KABOĞLU, İbrahim Ö. Özgürlükler Hukuku, 6. Baskı, İmge Kitabevi, İstanbul 2002.
- KABOĞLU, İbrahim Ö. Çevre Hakkı, İmge Kitabevi, Ankara 1996.
- KABOĞLU, İbrahim Ö. Kolektif Özgürlükler, DÜHF Yayınları, Diyarbakır 1989.
- KANADOĞLU, Sabih. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.
- KIRATLI, Metin. Koruyucu İdari Hizmetler, TODAİE Yayınları, Ankara 1973.
- Mine KIŞLALIOĞLU / Fikret BERKES. Ekoloji ve Çevre Bilimleri, 2. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul 1994.
- KUÇURADI, İona. İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara 1982.
- KUZU, Burhan. Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1997.
- KUZU, Burhan. Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999.
- KUZU, Burhan. Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1993.
- LACHAUME, Jean-François. Droit administratif, 11. éd, PUF, Paris 1997.
- LATOURNERIE, Roger. Conseil d'Etat'nın Yargılama Yöntemleri Üzerine Bir Deneme, Çev. Y. YAYLA, İÜSBF Yayını, İstanbul 1982.

ÖZDEMİR, H. Eyüp. Düzenleyici İşlemlerin Yürürlüğe Girişi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2000.

ÖZEK, Çetin. Türkiye’de Laiklik, Baha Matbaası, İstanbul 1962.

ÖZTAN, Bilge. Medeni Hukukun Temel Kavramları, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.

ÖZTÜRK, K. Burak. Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

Ali PARLAR / Muzaffer HATİPOĞLU. Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: 4 (madde 223-345), 2. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara 2008.

PICARD, Etienne. La notion de police administrative, LGDJ, Tome 1-2, Paris 1984.

PICHERAL, Caroline. L’ordre public européen: Droit européen et droit communautaire des droits de l’homme, La Documentation Française, Paris 2001.

Prosper WEIL / Guy BRAIBANT / Pierre DELVOLVE / Bruno GENEVOIS. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA), 14. éd, Dalloz, Paris 2003.

REDOR, Marie-Joëlle (sous la dir.) “Ordre public ou ordres publics? Ordre Public et droits fondamentaux.”, Actes du Colloque de Caen des 11 et 12 mai 1995, Bruylant, Bruxelles 2001.

REİSOĞLU, Safa. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2006.

RIVERO, Jean. Libertés publiques, Tome 1, PUF, Paris 1995.

Jean RIVERO / Jean WALINE. Droit administratif, 17. éd, Dalloz, Paris 1998.

SAĞLAM, Fazıl. Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBF Yayınları, Ankara 1982.

SERVOIN, François. Droit administratif de l’économie, PUG, 2. éd., Grenoble 2001.

SOYSAL, Mümtaz. 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1987.

ŞEN, Ersan. Çevre Ceza Hukuku, Kazancı Yayınevi, İstanbul 1994.

TAN, Turgut. Ekonomik Kamu Hukuku, TODAİE Yayınları, Ankara 1984.

TANÖR, Bülent. Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası, Öncü Kitabevi, İstanbul 1969.

Bülent TANÖR / Necmi YÜZBAŞIOĞLU. 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, YKY, İstanbul 2001.

TEZİÇ, Erdoğan. Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2007.

TUHR, A. Von. Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C. 1-2, Çeviren: Cevat Edege, Yargıtay Yayınları, Ankara 1983.

TUNÇOMAĞ, Kenan. Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, Sermet Matbaası, İstanbul 1976.

ULUSOY, Ali. Bağımsız İdari Otoriteler, Turhan Kitabevi, Ankara 2003.

UYGUN, Oktay. 1982 Anayasasında Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1992.

ÜSTÜN, Gül. Kentsel Dönüşümün Hukuki Boyutu, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009.

VINCENT-LEGOUX, Marie-Caroline. L'Ordre public: Etude de droit comparé intern, PUF, Paris 2001.

YASİN, Melikşah. İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanım Usul ve Esasları, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009.

YAŞAR, H. Nuri. İmar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008.

YAŞAR, H. Nuri. İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı, İdari Yargıç ve Yargısal Emir, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002.

YAŞAR, H. Nuri. İnsan Hakları Avrupa Sisteminde ve Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000.

YAYLA, Yıldızhan. İdare Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999.

YILDIRIM, Turan. Türk İhracat Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1991.

YILDIRIM, Turan. İdari Yargı, Beta Yayınevi, İstanbul 2008.

YILMAZ, Mehmet. Mahkemelerin Kamu Düzenine İlişkin Etkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi. Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu, İÜHF Yayınları, İstanbul 1993.

Makaleler

“Ekonomik Kamu Düzeni”, TBB.Yönetim Kurulu Raporu, DD, C. 12-13, S. 4, 1974.

AKILLIOĞLU, Tekin. “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, İHİD, S.1-3, Y. 9, 1988.

AKILLIOĞLU, Tekin. “Saklı Yetki Kavramı”, AİD, C. 11, S. 3, 1978.

AKINCI, Müslim. “Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu”, Rekabet Dergisi, S. 5, 2001.

ALAN, Nuri. “Türk İdari Yargısında Yerindelik ve Takdir Yetkisinin Değerlendirilmesi”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu (10-12 Haziran 1982), Danıştay Yayınları No: 33, Ankara 1983.

ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël. “La réouverture d’une instance juridictionnelle administrative après condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l’homme”, RFDA, 2005.

ARMAND, Gilles. “L’ordre public de protection individuelle”, RRJ, 2004.

ARSAVA, Füsün. “Avrupa Temel Haklar Şartı ve Avrupa Birliği Siyasi Kriterlerine Etkisi”, Stratejik Araştırmalar Dergisi, S.2, Eylül 2003.

ASLAN, Zehreddin. “Türk İdari Yargı Sisteminde Re’sen Araştırma İlkesi”, İÜSBF Dergisi, S. 23-24, Ekim 2000-Mart 2001.

ATAKAN, Arda. “Kamu Düzeni Kavramı”, MÜHF – HAD, C. 13, S. 1-2, 2007.

AYBAY, Rona. “Olağanüstü Haller ve İnsan Hakları”, 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 2. Kitap, 1-4 Mayıs 1990, Danıştay Yayınları, Ankara 1990.

AZRAK, A. Ülkü. “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu”, Anayasa Yargısı, C.9, 1982.

BALZACQ, Thierry. “Qu’est-ce que la sécurité nationale?”, La Revue internationale et stratégique, n° 52, hiver 2003-2004.

Volker BEHR / Erhan TEMEL, “Avrupa Kamu Düzeni”, içinde Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C.2, İstanbul 2001.

BERKARDA, Kemal. “Regülasyon nasıl kurtulur?”, KHUKA, Eylül 2004.

BLET-PFISTER, Véronique. “L’ordre public (Fragments pour une étude sur l’appareil d’Etat)”, in Mélanges dédiés à la mémoire de J. TENEUR, Tome 1, 1977, Collection

des Travaux de la Faculté des Sciences Juridiques, Politique et Sociales de Lille, Université de Droit et de la Santé de Lille.

BRAIBANT, Guy. “*Le principe de proportionnalité*”, in Mélanges offerts à M. WALINE, Tome 2, LGDJ, Paris 1974.

BULUT, Nihat. “*Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak*”, AÜEHFD, C. IV, S. 1-2, 2000.

BULUT, Nihat. “*Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu Mu?*”, AÜHFD, C. 52, S. 2, 2003.

CAYLA, Olivier. “*Le coup d’État de droit ?*”, Le Débat, n°100, 1998.

CHARDEAU, Marie-Claude. “*Conclusions sur les arrêts du CE, 10 décembre 1954, Haut-Commissaire de France en Indochine; Andreani; Desfont*”, RPDA, 1955.

CHEROT, Jean-Yves. “*La Notion d’ordre public de l’action administrative*”, in “*La Police administrative existe-t-elle?*”, sous la dir. de D. LINOTTE, Economica, Paris 1985.

CORNEILLE, Pierre. “*Conclusions sur l’arrêt du CE, 10 août 1907, Baldy*”, Recueil Lebon 1907.

COSTA, Jean-Paul. “*Note sur arrêt du CE, 27 novembre 1989, Avis “Port du foulard islamique”*”, AJDA, 1990.

DADA, Ouadiah. “*La dignité humaine dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l’homme*”, Cahiers de l’IDEDH, n° 10, 2004-2005.

DAYINLARLI, Kemal. “*Milletlerarası Hukukta Kamu Düzeni*”, içinde Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN’a 65. Yaş Armağanı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1988.

DEMİREL, Demokaan. “*Küreselleşme, Etkin Devlet ve Türkiye*”, TİD, S. 456, 2007.

DENIS-LINTON, Martine. “*Conclusions sur l’arrêt du CE, 29 juillet 1994, Préfet de la Saint Maritime*”, AJDA, 1994.

DEREPAS, Luc. “*Conclusions sur arrêt du CE, 19 mars 2007, Madame Le Gac et autres*”, RFDA, 2007.

DEREPAS, Luc. “*Conclusions sur CE Ass., 8 février 2007, Gardedieu*”, RFDA, 2007.

DIEU, Frédéric. “*Le Conseil d’Etat et la laïcité négative*”, J.-Cl. Adm., n° 13, 24 Mars 2008.

DİNÇKOL, Abdullah. “*Hakimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler*”, HFSA, S. 2, Afa Yayınları, İstanbul 1995.

DOĞRU, Osman. “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında Toplantı ve Gösteri Özgürlüğü*”, TBB Dergisi, S. 64, 2006.

DOĞRU, Osman. “*İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkileri*”, Anayasa Yargısı, C.17, 2000.

DUEZ, Paul. “*Police et esthétique de la rue*”, D, 1927.

DURAN, Lütfi. “*Yabancıların Türkiye’den Sınırdışı Edilmesi*”, İnsan Hakları Yıllığı, Yıl 2, 1980.

DURAN, Lütfi. “*Sosyal Hareketler ve Milli Güvenlik*”, İktisat ve Maliye Dergisi, C. XVII, S.4, Temmuz 1970.

DURAN, Lütfi. “*Anayasa, Kanun ve Hâkimler*”, Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Dergisi, S.4, 1970.

EDELMAN, Bernard. “*La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*”, D, chronique, 1997.

ERDEM, Fazıl Hüsnü. “*TCK’nun Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi: Türk Devlet Düzeni v. Demokratik Kamu Düzeni*”, AÜHFD, C. 52, S. 1, 2003.

FAIBRE-ALIBERT, Véronique. “*La Notion de la société démocratique dans la jurisprudence de la CEDH*”, RTDH 1998.

FAVOREU, Louis. “*Bioéthique: un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science*”, RFDA, 1994.

FAVOREU, Louis. “*Droit constitutionnel jurisprudentiel*”, RDP 1986.

FRYDMAN, Patrick. “*L’Atteinte à la dignité de la personne humaine et les pouvoirs de police municipale*”, RFDA 1995.

GÜRAN, Sait. “*ABD’de Ekonomik Hayatın Düzenlenmesi*”, İHİD, S.1-3, 1985.

HAFIZOĞULLARI, Zeki. “*İnsan Hakları, Polis Görevi ve Yetkisi*”, AÜHFD, C. 44, 1995.

HAKYEMEZ, Y. Şevki. “*Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi*”, Hayri DOMANIÇ’e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt:2, İstanbul 2001.

HAMON, Francis. “*Note sur l’arrêt du CE, 27 oct. 1995, Cne de Morsang-sur-Orge*”, JCP, n° 17-18, 1996.

HATEMİ, Hüseyin. Sinema Filmlerinin Sansürü Kollojumu (25 Mayıs 1978), Tartışmalar Bölümü Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.

JULIEN-LAFERRIER, François. "Note sur l'arrêt du CE Ass., 19 avril 1991, *Mme Babas*", AJDA, 1991.

KABOĞLU, İbrahim Ö. "Avrupa Topluluğu ve İdari Yargı", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap: İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Danıştay Yayınları, Ankara.

KABOĞLU, İbrahim Ö. "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı", Anayasa Yargısı, C. 8, 1991.

KABOĞLU, İbrahim Ö. "Anayasa Mahkemesinin Kamu Düzeni Anlayışı", Günümüzde Yargı, S. 41, 1979.

KANETİ, Selim. "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasındaki Boşlukların Anayasa Mahkemesi Tarafından Doldurulması", Anayasa Yargısı, C. 8, 1991.

KARAN, Nur. "İlaçta Rekabete Eczacı Odalarının Müdahalesi", MÜHF Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2 Mayıs 2008, İstanbul.

KARATEPE, Şükrü. "İdarenin Takdir Yetkisi", TİD, S. 392, 1991.

KILIÇ, Selim, "Uluslararası Çevre Hukukunun Gelişimi Üzerine Bir İnceleme", CÜ İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, S. 2, C.2, 2001

KUÇURADI, İonna. "İnsan Haklarına Dayalı Anayasa ve Devlet Kavramı", Anayasa Yargısı, C. 8, 1991.

LABETOULLE, Daniel. "La qualification et le juge administratif: Quelques remarques", Droits, n° 18, 1993.

LAUBADERE, André De. "Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français", in Mélanges offerts à M. WALINE, Tome 2, LGDJ, Paris 1974.

LEBRETON, Gilles. "Ordre public et dignité de la personne humaine: Un problème de frontière", in M.-J. REDOR, Ordre public ou ordres publics? Ordre Public et droits fondamentaux, Bruylant, Bruxelles 2001.

LEBRETON, Gilles. "Le juge administratif face à l'ordre morale", in Mélanges offertes à G. PEISER, PUG, Grenoble 1995.

LEMASURIER, Jeanne. "Vers un nouveau principe général du droit? Le principe 'Bilan-Cout-Anantages' ", in Mélanges offerts à M. WALINE, LGDJ, Paris 1974.

LEVENEUR, Laurent. *“La liberté contractuelle en droit privé: Les notions de base (autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité..)”*, AJDA, 1998.

LEVINET, Michel. *“Note sur l’arrêt de CEDH, 19 février 1997, Laskey, Jaggard & Brown c. Royaume-Uni”*, RTDH, n° 19, 1997.

LUCHAIRE, François. *“Brèves remarques sur une création du Conseil constitutionnel: l’objectif de valeur constitutionnelle”*, RFDC, 2005.

LYON-CAEN, Gérard. *“La réserve de l’ordre public en matière de liberté d’établissement et de libre circulation”*, RTDE, 1966.

MADEC, Jean-Yves. *“Conclusions sur la décision du TA Pau, 22 novembre 1995, M. Couveinhes Jacques et Associations”*, RFDA, 1996.

MATHIOT, André. *“La théorie des circonstances exceptionnelles”*, in Etudes offertes à A. MESTRE, Sirey, 1956 Paris.

MOQUET-ANGER, Marie-Laure. *“Ordre public et santé publique”*, in *“L’Ordre public: ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux”*, Dir. M.-J. REDOR, Bruylant, Bruxelles 2001.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *“Esthétique et patrimoine”*, AJDA, 1993.

MORANGE, Jean. *“Reflexions sur la notion de sécurité publique”*, D, chronique VII, 1977.

MOREAU, Jeanne. *“Note sur l’arrêt du CE, 21 janvier 1966, Legastelois”*, AJDA, 1966.

MOURGEON, Jacques. *“Autour d’un récent arrêt du Conseil d’Etat: vers une liberté publique de l’expression cinématographique?”*, GP, 1975.

MOURGEON, Jacques. *“De l’immoralité dans ses rapports avec les libertés publiques”*, D, chronique, 1974.

MÜDERRİSOĞLU, Feridun. *“Anayasal Hak ve Özgürlüklerin Özellikle de Basın Özgürlüğünün Kamu Düzeni Gereğiyle Sınırlanması ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Düzeni”*, Onar Armağanı, İstanbul 1977.

OCAKÇIOĞLU, İsmail. *“Kurallar Zinciri İle İlgili Bazı Sorunlar”*, ONAR’a Armağan, İstanbul 1977.

OYTAN, Muammer. *“Fransa’da Olağanüstü Hal ve Koşullar Nazariyesi”*, DD, S. 40-41, 1981.

OYTAN, Muammer. “Yargılamanın Yargılama Teknikleri ile Sınırlandırılması”, 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1-4 Mayıs 1990, 1. Kitap: İdari Yargı, Danıştay Yayınları, Ankara 1990.

ÖZAY, İl Han. “Hukuk-Ekonomi İlişisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı” başlıklı oturumda sunulan tebliğ, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı (8 Ocak-11 Ocak 2008), C. 4, Ekonomi ve Hukuk, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009.

ÖZAY, İl Han. “Anayasa: Özgürlükler ve İdari Kolluk Etkinlikleri”, Anayasa Yargısı, C. 19, 2002.

ÖZCAN, Gencer. “Türkiye’de Siyasi Rejim ve Güvenlikleştirme Sorunsalı”, içinde Prof. Dr. K. SAYIBAŞILI’ya Armağan, İktisat, Devlet ve Siyaset Üzerine Yazılar, Bağlam Yayıncılık, İstanbul 2006.

ÖZDEMİR, Erdem. “İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri”, AÜHFD, C. 54, S. 3, 2005.

ÖZGÜLDÜR, Serdar. “Yorum-Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğunu Doldurma ve AYİM Uygulaması”, S. 7, Kitap 1, AYİM Dergisi 1993.

ÖZKÖK, Gülriz. “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, AÜHFD, C. 51, S. 2, 2002.

PAMBOU TCHIVOUNDA, Gillaume. “Recherche sur l’urgence en droit administratif français”, RDP 1983.

PASBECQ, Chantal. “De la frontière entre la légalité et l’opportunité dans la jurisprudence du juge de l’excès du pouvoir”, RDP, 1980.

PAUVERT, Bertrand. “A propos de l’interdiction de distribution d’une soupe populaire contenant du porc”, AJDA, 2007.

PETTITI, Louis Edmond. “Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention – De l’idéal de 1950 à l’humble réalité d’aujourd’hui”, in sous la dir. L.E. PETTITI / E. DECAUX / P.H. IMBERT, “La Convention européenne des droits de l’homme – commentaire article par article, Economica”, Paris 1995.

PLANTEY, Alain. “Définition et principes de l’ordre public”, in “L’ordre public”, sous la dir. R. POLIN, PUF, Paris 1995.

ROUGEVIN-BAVILLE, Michel. “Conclusions sur l’arrêt du CE, 24 janvier 1975, Sté Rome-Paris Films”, RDP, 1975.

SANCAR, Mithat. “Devlet Akli Kavramına Bir Giriş”, içinde “Devlet Akli” Kıskaçında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, İstanbul 2000.

SANDRAS, Catherine. “*Les lois de validation, le procès en cours et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme*”, RTDH 2002.

STAMATIS, M. Constantin. “*La concrétisation pragmatique des norms juridiques*”, RRJ, 1993.

SUDRE, Frédéric. “*L'ordre public européen*”, L'ordre public: ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux, Acte du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Bruylant, Bruxelles 2001.

ŞENOL, Talay. “*Hukuk-Ekonomi İlişisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı*” başlıklı oturumda açılış konuşması, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı (8 Ocak-11 Ocak 2008), Ekonomi ve Hukuk, C. 4, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009.

TAN, Turgut. “*Anayasal Ekonomik Düzen*”, Anayasa Yargısı, C. 7, 1990.

TEKİNSOY, M. Ayhan. “*Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı – Tartışmalar, Sorunlar*”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, Bahar 2007.

TİMUR, Hıfzı. “*Devletler Hususi Hukukunda Amme İntizamı*”, İÜHFD, C. VII, 1941.

TROPER, Michel. “*Une théorie réalist de l'interprétation*”, in “*La théorie du droit, le droit et l'Etat*”, PUF, Paris 2001.

TRUCHET, Didier. “*L'obligation d'agir pour la protection de l'ordre public: La question d'un droit à la sécurité*”, in “*L'Ordre public: ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*”, Dir. M.-J. REDOR, Bruylant, Bruxelles 2001.

ULUSOY, Ali. “*Hukuk-Ekonomi İlişisine İdeolojik Yaklaşımlar ve Ekonomik Kamu Düzeni Kavramı*” başlıklı oturumda sunulan tebliğ, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı (8 Ocak-11 Ocak 2008), C. 4, Ekonomi ve Hukuk, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009.

VEDEL, George. “*La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité*”, in “*La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*”, PUF, Paris 1989.

VIMBERT, Christophe. “*L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*”, RDP 1994.

WALINE, Marcel. “*Note sur l'arrêt du CE, 14 octobre 1960, Sté. Les films Marceau*”, RDP 1961.

WROBLEWSKI, Jerzy. “*Les langages juridique: une typologie*”, Droit et Société, n° 8, 1988.

YAYLA, Yıldızhan. “İdari Yargılamada Veriler”, Danıştay 134. Yıl Sempozyumu (10-11 Mayıs 2002), Ankara 2002.

YILDIRIM, Turan. “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı”, AİD, 1993.

YILDIRIM, Turan. “Olağanüstü Yönetim Usulleri”, Argumentum, S. 25, 1992.

YILDIRIM, Turan. “Kamu Hizmeti ve Kâr Amacı”, içinde Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ed. A. ULUSOY, Liberte Yayınları, Ankara 2001.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi. “Mayıs 2004’te Anayasa’nın 90. Maddesine Eklenen Hükümün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, B. TANÖR Armağanı, Legal, 2004 İstanbul.

ZEYBEK, Ali Cavit. “Yargı İçtihatlarının Hukuk Kaynağı Olarak Değeri ve Yeri”, DD. S. 68-69, 1988.

İnternet Kaynakları

Interview de Monsieur Jean-Paul COSTA, «Le Conseil d’Etat, le droit public français et le «foulard»», in Cemoti, n° 19 - Laïcité(s) en France et en Turquie, [En ligne], mis en ligne le 14 mai 2006. <http://cemoti.revues.org/document1688.html>. (26.05.2009).

Coşkun Can AKTAN /Özlem ÖZKIVRAK, “Sosyal Refah Devleti”, 2003. <http://www.canaktan.org/politika/refah-devleti/kavram.htm>. (30.06.2009).

ASLAN, Dilek. “Halk Sağlığı Açısından Gıda Güvenliği Yaklaşımları”, <http://www.hasuder.org/doc/GidaGuvenligi-Agustos2008.pdf>. (12.04.2009).

AZRAK, A. Ülkü. “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu Açısından Kolektif Özgürlükler”, <http://www.barobirlik.org.tr/yayinlar/makaleler/ulkuazrak.doc>. (30.06.2009).

BAŞKAYA, Fikret. “Kapitalizmin Krizi veya Otuz Yıllık Yalanın Sonu”, http://www.pressmedya.com/haber_detay.asp?haberID=1077. (25.06.2009).

Mustafa BULUN/Fatih DEMİRBAŞ/İ. Safa KAPICIOĞLU, “Koruyucu Sağlık Hizmetlerinde Bilişim Teknolojileri Kullanımının Önemi”, <http://ab.org.tr/ab02/tammetin/57.doc> (03.05.2009).

ÇELİK, Abdülhalim. “Refah Devletinde Kriz ve Yeniden Yapılanma”, Sosyal Siyaset Konferansları, Kitap 50, <http://iibf.kocaeli.edu.tr/ceko/ssk.asp>. (16.04.2009).

DELAFFOND, Frédéric. “*L'ordre Public Social Et Le Principe De Faveur En Droit Du Travail*”, <http://www.melchior.fr/L-ordre-public-social-et-le-pr.5107.0.html>. (23.05.2009).

GÖNENÇ, Levent. “*1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar*”, http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/docs/analizler/90_madde.pdf. (14.03.2009)

KUTLU, Kutay. “*Küresel Ekonomik Kriz, Liberalizm, Türkiye -2*”, Koç Üniversitesi Digital Platformu, http://kocpost.ku.edu.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=155&Itemid=29. (25.01.2009)