

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (GENEL KAMU HUKUKU)
ANABİLİM DALI

GENEL KAMU HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMI OLARAK
KAMU DÜZENİ

Yüksek Lisans Tezi

Altın Aslı ŞİMŞEK

Ankara-2010

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (GENEL KAMU HUKUKU)
ANABİLİM DALI

GENEL KAMU HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMI OLARAK
KAMU DÜZENİ

Yüksek Lisans Tezi

Altın Aslı ŞİMŞEK

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN

Ankara -2010

TEZ ONAY SAYFASI

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
GENEL KAMU HUKUKU BİLİM DALI

GENEL KAMU HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMI OLARAK KAMU DÜZENİ

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

Prof. Dr. ANIL ÇEÇEN

Prof. Dr. Tamer Karaman

Yrd. Doç. Dr. Bülent ALGAN

İmzası

Karaman

B. Akgün

Tez Sınavı Tarihi

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	V
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	6
GENEL OLARAK KAMU DÜZENİ KAVRAMI.....	6
1.1. Kamu Düzeni Kavramının Ortaya Çıkışı.....	6
1.2. Kamu Düzeni Kavramının Gelişim Süreci	9
1.2.1. Batı’da Gelişim Süreci	9
1.2.2. Türkiye’de Gelişim Süreci.....	20
1.3. Kamu Düzeni Kavramının Farklı Görünümleri	24
1.3.1. Ekonomik Kamu Düzeni	24
1.3.2. Sosyal Kamu Düzeni	26
1.3.3. Çevresel Kamu Düzeni	29
1.3.4. Kamu Düzeni Kavramında Açık Ve Mevcut Tehlike Ölçütü	32
1.4. Siyasal Sistemlerde Kamu Düzeni Kavramına Yüklenen Anlam	36
1.4.1. Totaliter Sistemlerde Kamu Düzeni	36
1.4.2. Otoriter Sistemlerde Kamu Düzeni	39
1.4.3. Azgelişmiş Toplamların Siyasal Sistemlerinde Kamu Düzeni	41
1.4.4. Demokratik Sistemlerde Kamu Düzeni	43
1.5. Tanım	48

İKİNCİ BÖLÜM.....	59
KAMU DÜZENİ KAVRAMININ FARKLI HUKUK DALLARI İÇİNDEKİ YERİ	59
2.1. Anayasa Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı	59
2.2. İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı.....	67
2.2.1. Klasik Anlayış	68
2.2.1.1. Kamu Güvenliği.....	68
2.2.1.2. Kamu Sağlığı	69
2.2.1.3. Kamu Huzuru.....	70
2.2.2. Modern Anlayış	71
2.2.2.1. Kamusal Estetik	71
2.2.2.2. Genel Ahlak	73
2.2.2.3. İnsan Onuru.....	75
2.2.2.4. Bireylerin Kendilerine Karşı Korunması	78
2.2.3. Kolluk Yetkisinin Kullanılmasında Kamu Düzeni.....	79
2.2.3.1. Kolluk Yetkisinin Kapsamı.....	79
2.2.3.2. Kolluk Yetkisinin Kullanıldığı Yerler	81
2.2.3.3. Kolluk İşlemleri	82
2.2.3.3.1. Düzenleyici İşlemler	82
2.2.3.3.2. Bireysel İşlemler	83
2.3. Ceza Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı	84
2.4. Devletler Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı	88
2.5. Borçlar Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı	93
2.6. Uluslararası Özel Hukukta Kamu Düzeni Kavramı	95

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	101
TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER AÇISINDAN KAMU DÜZENİ.....	101
3.1. Olağan Düzen Olarak Kamu Düzeni.....	101
3.1.1. Konuya Genel Bakış	101
3.1.1.1. Hukuk Devleti İlkesi Ve Kamu Düzeni	103
3.1.1.2. Kamu Düzeni Nedeni İle Sınırlamanın Sınırı.....	107
3.1.2. Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması Ve Kamu Düzeni	113
3.1.2.1. Özel Hayatın Gizliliği Ve Kamu Düzeni	119
3.1.2.2. Konut Dokunulmazlığı Ve Kamu Düzeni.....	121
3.1.2.3. Haberleşme Serbestliği Ve Gizliliği Ve Kamu Düzeni	122
3.1.3. Dernek Özgürlüğü Ve Kamu Düzeni	124
3.1.4. Toplantı Ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü Ve Kamu Düzeni	126
3.1.5. Sendika Hakkı Ve Kamu Düzeni.....	132
3.1.6. Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü Ve Kamu Düzeni	134
3.1.7. Basın Ve Yayın Özgürlüğü Ve Kamu Düzeni.....	146
3.1.7.1. Kamu Tüzel Kişilerinin Elindeki Basın Dışı Kitle Haberleşme Araçlarından Yararlanma Hakkı.....	150
3.2. Olağanüstü Yönetim Usullerinin Nedeni Olarak Kamu Düzeni İhlali	150
3.2.1. Konuya Genel Bakış	150
3.2.2. Olağanüstü Hal	154
3.2.2.1. 1961 Anayasası'nda Olağanüstü Hal	155
3.2.2.2. 1982 Anayasası'nda Olağanüstü Hal	157
3.2.3. Sıkıyönetim.....	159
3.2.3.1. 1961 Anayasası'nda Sıkıyönetim	160

3.2.3.2. 1982 Anayasası'nda Sıkıyönetim	162
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM.....	164
ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA KAMU DÜZENİ.....	164
4.1. Temel Hak Ve Özgürlükler Ve Kamu Düzeni	166
4.2. Cumhuriyetin Temel Nitelikleri Ve Kamu Düzeni Bağlantısı.....	164
4.3. Bir Sınırlama Nedeni Olarak Kamu Düzeninin Sınırı	177
4.4. Devletin Cezalandırma Yetkisi Ve Kamu Düzeni	180
SONUÇ	183
KAYNAKÇA.....	186
ÖZET	203
SUMMARY	204

KISALTMALAR

AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜEHFD	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYMKD	Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
BK	Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
DTÖ	Dünya Ticaret Örgütü
E.	Esas
E.T.	Erişim Tarihi
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
İÜHF	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
K.	Karar
K.T.	Karar Tarihi
OHAL	Olağanüstü Hal

PVSK

Polis Vazife Ve Selahiyet Kanunu

s.

Sayfa

SÜHFD

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GİRİŞ

Bodenheimer, nasıl bireysel yaşamda faaliyetlerimizi tasarlıyor, özel hayatımızı, hatta bir günümüzü belli bir düzen içinde yaşıyorsak, gelişmiş ve karmaşık bir yapı olan toplumun da aynı şekilde düzenlenmeye ve belirli bir düzen içinde sürdürülmeye gereksinim duyduğunu ifade eder.¹

İnsan doğasında hayatın olağan akışını takip etmeye ve geçmişte belirli bir düzen içinde akan eylemleri sürdürmeye yatkınlık vardır.² İnsan doğasında yer alan bu alışkanlık devamlılığı, bir araya gelerek topluluklar halinde yaşayan insanlar için bir gereksinimdir. En eski topluluklardan modern devletlere kadar bu gereksinim süregelmıştır. Modern devletlerde hukuk sistemi düzenin ve adaletin sağlanmasının bir birleşimidir.³

Kamu düzeni kavramı kamu hukuku içinde hem çok kullanılan hem de çok tartışılan kavramlardan biridir. Başta idare hukuku, ceza hukuku, devletler hukuku, genel kamu hukuku olmak üzere pek çok hukuk alanında teorik tartışmalara konu olan söz konusu kavramın mahkeme kararlarında da sıkça kullanıldığı görülmektedir. Kamu düzeni, sadece genel kamu hukuku bakımından değil; diğer hukuk dalları bakımından da temel bir kavramdır. Bu çalışmanın amacı, kavramın Türk hukuk birikimi bakımından ne anlama geldiğini ortaya koymaktır. Diğer bir deyişle Türk hukuk öğretisi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda kavrama açıklık getirmektir.

¹ Edgar BODENHEIMER, Jurisprudence (The Philosophy and Method of the Law), Harvard University Press, Second Printing, USA, 1976, s. 176.

² ibid, s. 180.

³ ibid, s. 246-247.

Medeni Bilgiler adlı eserde Afetinan, bireysel özgürlüğün ne ölçüde sağlanacağını belirlerken, “*devlet faaliyetini zayıflatmama*” ölçütünden bahsetmektedir. Devletsiz bir topluluğun ya da zayıf bir devlet yapısının olduğu yerde zaten özgürlükten söz edilemeyeceğini ifade etmektedir. Özgürlüğün sınırını belirleme, gerektiği zaman ve gerektiği yerde özgürlük-sınırlama dengesini kurma bir devlet sanatıdır.⁴

“*Genel Kamu Hukuku*”nın temel kavramlarından biri olan kamu düzeni, yukarıda sözü geçen devlet sanatının özümsemesi gereken unsurlarındandır. Bugün nasıl ki özgür insanın var olmadığı bir toplum düşünülemezse, devletsiz bir toplum ve toplumsuz bir birey de düşünülemez. İç içe geçmiş olan birey-toplum-devlet kavramlarının birlikteliği en çok kamu düzeni kavramı ile somutlaşmaktadır. Bu noktada vurgulanması gereken önemli bir husus kamu düzenini sağlama ve koruma işlevi devletin en temel varlık nedeni olduğudur.

Bu çalışmanın diğer bir amacı da soyut ve belirsiz bir kavram olduğu ileri sürülen kamu düzeni kavramının aslında hem birey, hem toplum ve hem de devlet için mutlaka ayakları yere basan bir kavram olması gerekliliğini ortaya koymaktır.

Bu amaç doğrultusunda çalışmanın birinci bölümünde tarihi süreçte kamu düzeni kavramının nasıl ortaya çıktığı, hem Batı’da hem de Türkiye’de ne şekilde gelişim gösterdiği ele alınacaktır. Bu gelişmelerin ışığında günümüzde kamu düzeninin genişleyen kapsamı üzerinde durulacak ve bu bağlamda *ekonomik kamu düzeni*, *sosyal kamu düzeni*, *çevresel kamu düzeni* kavramları incelenecektir. Kamu

⁴ Ayşe AFETİNAN, Medeni Bilgiler ve M. Kemal Atatürk’ün El Yazıları, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu- Atatürk Araştırma Merkezi Yayını, Ankara, 2000, s. 68-69.

düzeni ihlalinin tespitinde bir ölçüt olarak kullanılan “*açık ve mevcut tehlike*” ölçütü değerlendirilecektir.

Her siyasal sistem içinde devlet, kendi kamu düzeni anlayışını yaratmaya çalışmaktadır. Modern demokrasilerde kamu düzeni kavramının ne anlama geldiğinin net olarak ortaya konulabilmesi için totaliter ve otoriter sistemlerde kavrama yüklenen anlamların karşılaştırmalı incelemesi önem kazanmaktadır. Türkiye’nin “*gelişmekte olan bir ülke*” olduğu göz önüne alındığında, az gelişmiş ülkelerde kamu düzeninin neden istenildiği ölçüde sağlanamadığı irdelenecektir.

Birinci bölümde son olarak yukarıdaki değerlendirmeler, öğreti ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında kamu düzeni kavramının tanımı yapılmaya çalışılacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümünde Türk hukukunda, hukuk dalları içinde kamu düzeninin korunması ve sağlanması amacıyla öngörülen düzenlemeler ve görüşler incelenecektir. Burada Anayasa Hukukunda, İdare Hukukunda, Ceza Hukukunda, Devletler Hukukunda, Borçlar Hukukunda, Uluslararası Özel Hukukta genel olarak kamu düzeni kavramına hangi amaçlarla başvurulduğu ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Bu durumda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusu hem anayasa hukuku hem de insan hakları hukukunun kesişme noktasını oluşturmaktadır. Çalışmanın üçüncü bölümünde ele alınacak olan temel hak ve özgürlükler ve kamu düzeni ilişkisinin bir ön incelemesi bu başlık altında yapılacak ve işin anayasal boyutuna dikkat çekilecektir. İnsan haklarının anayasa hukuku açısından değerlendirilmesi yapıldıktan sonra genel kamu hukuku açısından ele alınması bu

Çalışma bakımından bir gerekliliktir. Anayasa hukuku bakımından kamu düzeni kavramının yeri anayasa metinleri ile sınırlı olarak değerlendirilecektir.

Devletin kamu düzenini koruma görevi, kendini en çok idare hukuku ve ceza hukuku dallarında göstermektedir. Çünkü devlet, siyasi iktidar aracılığıyla toplumu yönetme yetkisini toplum hayatının düzenini sağlama yükümlülüğü karşılığında elinde tutmaktadır. Devletin temel yetkilerinden cezalandırma ise toplum düzenini bozanlara karşı yaptırım uygulanmasına ilişkindir. Bundan başka devletin diğer devletlerle ilişkilerinde egemenlik hakkına bağlı olarak kendi kamu düzenini koruma ihtiyaı gündeme gelmektedir. Kamu hukuku dışında özel hukukta da kamu düzeni temel kavram niteliğindedir. Özellikle borçlar hukukunun ana konusu olan sözleşmelerin sınırlandırılma nedenlerinden birisi kamu düzenidir. Uluslararası zel hukukta ise dava konusu olaya yabancı hukukun uygulanması kural, kamu düzeni müdahalesi sonucu yargıcın hukukunun uygulanması istisnadır.

Çalışmanın nc bölümünde temel hak ve özgürlükler ile kamu düzeni bağlantısı üzerinde durulacaktır. Bu bağlantı kurulurken bir hak ve özgürlüğün korunmasının öncelik taşıdığı durumlarda başka bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasının, kamu düzeninin bir gereği olduğundan hareketle kamu düzeninin modern demokrasilerde koruyucu bir işleve de sahip olduğu söylenebilir. Çalışmada Anayasa'da kamu düzeni amacıyla sınırlandırılması öngörülen hak ve özgürlükler esas alınacaktır. Toplumun olağan yapısı ve günlük yaşantısını sürdürme düzeni, kamu düzenini meydana getirmektedir. Fakat olağanüstü dönemlerde normalleşmenin sağlanması için, hak ve özgürlükler karşısında kamu düzenini tekrar sağlama amacının kapsamı genişlemektedir. Son olarak olağanüstü dönemler ve kamu düzeni ilişkisi ele alınacaktır.

Çalışmanın son bölümünde Anayasa Mahkemesi'nin kamu düzeni kavramına ışık tuttuğu düşünülen kararları devlet-toplum-birey ilişkileri dikkate alınarak incelenecektir.

Günümüzde bölgesel ve küresel alanda meydana gelen siyasal, ekonomik ve sosyal gelişmeler hukuk dünyasını da derinden etkilemektedir. Gelişmiş hukuksal kavramlar, günü kurtarmak adına ya içi boşaltılmaya ya da dönüştürülmeye çalışılmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk düzeni içinde yerleşmiş kamu düzeni anlayışı da henüz siyasal bir birlik olmamış bölgesel oluşumların ya da sadece küreselleşmenin etkisiyle oluşturulmaya çalışılan uluslararası düzenlemelerin inisiyatifine bırakılmamalıdır. Türkiye kendi hukuk birikiminden de en üst düzeyde faydalanmak zorundadır. Kamu düzeni kavramının Türk hukuk birikimi esas alınarak incelenmesi ihtiyacı bu durumdan kaynaklanmaktadır.

Sonuçta bu çalışmayla güdülen amaç, öncelikle bu konudaki Türk hukuk birikimini ortaya koymak ve hukukun temel kavramlarından olan kamu düzeni kavramına açıklık getirerek bu birikime katkıda bulunmaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK KAMU DÜZENİ KAVRAMI

1.1. Kamu Düzeni Kavramının Ortaya Çıkışı

Toplumun nasıl ve neden ortaya çıktığı sorusu Eski Yunan'dan bu yana tartışılmakta ve hemen ardından toplumda nasıl bir düzen olması gerektiği ve bu düzenin nasıl sağlanacağı soruları akla gelmektedir.

“Site” ya da “şehir devleti” olarak da adlandırılan “polis”, M.Ö. VIII.-VII. yüzyıllarda ortaya çıkmıştır. Eski Yunan siyasal yaşamında günümüz devletinin karşılığı olarak kabul edilebilir. Bunun yanında modern devletten farklıdır. Polis, “sınırları belirli bir toprak üzerinde kurulmuş siyasal, sosyal, askeri ve ekonomik bir bütün” olarak tanımlanabilir. Eski Yunanlılar için tanrıların onlara bağışladığı dini bir birimdir ve polis düzenine yabancı kalmış diğer kavimler ve uygarlıklar barbardır.⁵

Eski Yunan düşünürlerinden Platon, insanın kendi kendine yetmemesi nedeniyle diğer insanlara ihtiyaç duyması sonucu bir araya toplanan insanların yardımlaşarak birlikte yaşamalarını “toplum düzeni” olarak nitelendirir.⁶ Platon, *Devlet*'te olması gereken toplum düzenini ele alır. Devlette bulunması gereken özelliklerden, kadının toplumdaki yerine, yönetim biçimlerinden, eğitim sistemine

⁵ Ayferi GÖZE, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2009, s. 1. Maksut MUMCUOĞLU, *Kendine Özgü Bir Siyasal Topluluk-Antik Çağ Polisi*, AÜHF Yayınları, Ankara, 2001, s. 31.

⁶ PLATON, *Devlet*, Çeviren Sabahattin Eyüboğlu, M. Ali Cimcoz, 17. Baskı, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009, s. 54-55, 369 b-c.

kadar her alandaki toplum yaşayışını tasarlar. Olması gereken toplum düzenini açıklar.

Eski Yunan demokrasisinde özgürlük, poliste yurttaş sayılan kimselerin siyasal özgürlüğü anlamına gelmektedir. Nüfusun küçük bir kısmını yurttaşlar oluştururken; nüfusun kalanı yabancılar ve o dönemde meşru bir kurum olan kölelerden oluşmaktadır. Bunun yanında siyasal özgürlük alanı içinde yurttaşın; yasaların yapılmasına, yönetici seçilmesine, yargılamaya doğrudan katılmaya, savaş ve barışa karar vermeye, antlaşmaları onaylamaya hakkı vardır. Ancak bunun dışındaki diğer yaşam alanlarında polis, tüm ayrıntısına kadar düzenlemeler yapmakta ve denetlemektedir. Bu nedenle yurttaşın düşünce, inanç özgürlüğü bakımından, özel hayatında ya da sosyal ve ekonomik alanda özgürlüklerinden söz edilemez.⁷ Dolayısıyla poliste birey kavramından söz edilemez. Kişiyi değerli kılan birey olması değil, polis yaşantısına katkısıdır.

Aristokrasinin egemen olduğu bu sınırlı demokrasi anlayışına M.Ö. V. yüzyılda ortaya çıkan Sofizm akımı tarafından karşı çıkılmıştır. Sofistlere göre sosyal, siyasal hayatı düzenleyen gelenekler, örf ve adet kuralları değişmez ve kutsal değerler değildir. Devlet de insan yapısıdır. İnsanların güven içinde yaşayabilmeleri ve az zahmetle çok iş başarabilmeleri için aralarında anlaşarak kurdukları bir kurumdur. Sofizm, bu düşünce yapısı ile kendinden önceki toplum düzenini her yönden eleştirir.⁸

⁷ GÖZE, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, s. 6. MUMCUOĞLU, s. 38-39.

⁸ GÖZE, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, s. 10-12.

Bir topluluk halinde yaşama ihtiyacı, devletli yaşamdan daha eskilere dayanmaktadır. Toplum halinde yaşamanın sonucu, toplumda bir düzenin egemen olması isteğidir. Çünkü insan, her günü bir önceki günün devamı niteliğinde görür ve aynı yeknesaklık içinde yaşamını devam ettirmek ister. Eski Yunan’da modern anlamda bir kamu düzeninden söz edilemese de dönemin düşünürlerinin görüşlerinden hareketle poliste nasıl bir toplum düzeninin olduğu ya da bu düzenin nasıl olması gerektiği üzerinde tartışılmıştır. Polisin, toplum düzeni korunurken yurttaşlar üzeninde ne gibi yetkileri olduğu ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Eski Roma’da, Cumhuriyet döneminde (M.Ö. 509-M.Ö. 27) toplumun düzeninin sağlanması görevi ve bugünkü idari yetkilere benzer yetkilerin kullanılması yetkisi “*aedile*” olarak adlandırılan memurlara verilmiştir. Gerçekten bu memurlar tahıl tedariki, pazarların, hamamların, yemekhanelerin ve eğlence yerlerinin denetimi görevlerini üstlenmekte ve halka açık alanların ve tapınakların hem bakımını hem de buralarda düzenlenen toplantı, kutlama gibi olaylarda dinginliği sağlamaktadır.⁹

Eski Roma’nın cumhuriyet rejimi, büyük ölçüde soylular arasındaki iktidar kavgası nedeniyle çöküş dönemine girmiştir. Özellikle Sezar’ın önerdiği toprak yasasına, kendisiyle birlikte konsül seçilen Bibulus’un karşı olması, siyasal mücadele kavgalarına örnek verilebilir.¹⁰ Roma bir imparatorluğa dönüşürken artık hukuku ve düzeni sürdürme görevi “*praetorian muhafızları*”na aitti.

⁹ Wilfried NIPPEL, Public Order In Ancient Rome, Cambridge University Press, 1995, s. 16-17. Ziya UMUR, Roma Hukuku (Tarihi Giriş-Kaynaklar, Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 42.

¹⁰ NIPPEL, s. 85.

Cumhuriyet ve İmparatorluk döneminde büyük bir medeniyet kuran Roma Devleti, yurttaşlık-kölelik ayırımına dayanan kamu düzeninin çökmeye başlaması ve Hristiyanlığın ortaya çıkması Roma toplumunun yürürlükteki düzeninin artık işlemez hale gelmesi sonucunu doğurmuştur. Roma Devleti'nin varlığını, bireylerin varlıklarından önce tutan, köleliği reddeden ve bu dünyayı sevmeyip sadece manevi hayata önem veren Hristiyanlık anlayışı, devlet otoritesini ortadan kaldırmıştır.¹¹

1.2. Kamu Düzeni Kavramının Gelişim Süreci

1.2.1. Batı'da Gelişim Süreci

Batı dünyasında temel haklar ve özgürlüklerin gelişimi özgürlük-iktidar diyalogu çerçevesinde birbirini tamamlayan olayların sonucudur.¹² Amaç her bireyin özgürlük alanının yan yana yaşatılması ve toplumun düzeni ile bireyin özgürlük alanının bağdaştırılmasıdır.¹³

Ortaçağ Avrupası'nda hükümdarlar, bugünkü anlayışın aksine toplumun sadece dış ve maddi düzenini sağlamayı amaçlamamakta, aynı zamanda tebaalarının manevi ve vicdani dünyalarına da müdahale etmekteydiler. Bu nedenle emirlerindeki kolluk güçlerini bireylerin vicdani işlerine karışmak için de kullanırlardı. Kilisenin

¹¹ UMUR, s. 120-125.

¹² Tarık Zafer TUNAYA, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 189.

¹³ ibid, s. 203.

de etkili olduğu bu yapı içinde engizisyon mahkemelerinin dini korumak adına işkence ve ölümlere neden olduğu bilinmektedir.¹⁴

Diğer taraftan 8. yüzyılda ortaya çıkan feodal yönetim biçimi kendisini güçsüzleştiren, geniş alanlarda merkezi yönetimi zorlaştıran bir yapıya sahipti.¹⁵ Yetersiz ulaşım ve iletişim ağı, ekonominin kırsal ekonomik faaliyetlerle sınırlı kalması, okuryazar oranının son derece düşük olması, Latince olan okuma ve yazma imkanının din adamlarının tekelinde olması; rahat bir hayat için gerekli beslenme, sağlık, güvenlik koşullarının yokluğu gibi etkenlerin bir araya gelmesi Ortaçağ Avrupası'nda feodalizmin ortaya çıkmasına neden olmuştur.¹⁶ Bu güvensiz yaşam koşulları içinde serfleri koruyan ve çalıştıran şövalye, bir lordun vasalı olarak bu görevi yerine getiriyor; bağılı olduğu lord daha üst bir lordun vasallığını yapıyor olabiliyordu.¹⁷ Her lord ya da vasal yetkileri altındakiler arasında düzeni sağlamak ve onları yabancılara karşı korumakla görevliydi. Bazen de bir lord ya da vasal; güvenliği ve düzeni sağlamak için başka bir lord ya da vasala karşı savaşmak zorunda kalıyordu. Lord ya da vasalın kendi köylüsü üzerinde de, artı ürün elde etmek için şiddet ve baskı kullanması söz konusu olabilirdi. İşte bu çift yönlü savaşım ve çatışma ortamı “*feodal düzenin*” korunmasının yolu olarak görülmekteydi.¹⁸

¹⁴ Sıddık Sami ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, III. Cilt, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1952, s. 1480.

¹⁵ Gianfranco POGGI, Modern Devletin Gelişimi (Sosyolojik Bir Yaklaşım), Çeviren Şule Kut, Binnaz Toprak, 5. Baskı, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s. 41.

¹⁶ ibid, s. 33-34.

¹⁷ ibid, s. 40.

¹⁸ ibid, s. 46-47.

Feodal dönemde devlet algısı, günümüzden çok farklıdır. İlk olarak, bugün anladığımızdan çok daha dar bir içeriğe sahiptir. Bugün devletin etkin olduğu eğitim, sağlık gibi kamu hizmetleri ve kamusal yatırımlar söz konusu değildi. Ekonomik ve sosyal alanın devletçe düzenlenmesi ya da denetlenmesi ya çok sınırlıydı ya da hiç yoktu.¹⁹ Kralın ya da yüksek baronun üç temel görevi olduğu kabul edilmekteydi. İlki, gerçek imana olan bağlılığını göstermek için dinsel vakıflar kurmak ve halkın dinsel esenliğini sağlamak için kiliseyi korumaktı. İkincisi halkını dış düşmanlara karşı korumak ve bazen de güç kazanmak için fetih yapmaktı. Sonuncu görevi ise iç barışı ve adaletin egemenliğini sağlamaktı.²⁰ Dolayısıyla kamu hukuku ve özel hukuk ilişkileri tam anlamıyla birbirine karışmıştır denilebilir. Çünkü toprağın sahibi ya da zilyedi olan kişi, o toprakta yaşayan insanlar üzerinde hem egemenlik hakkına hem de malvarlığı hakkına sahiptir. İktidar anlayışı bir kişinin veya ailenin özel malvarlığı içinde değerlendirilmektedir.²¹

Feodal dönemdeki toplumsal düzensizlik ve güvensizlik ortamı; ne bugün bütün dünyanın sürekli olarak silahlanmasından doğan güvensizlik ortamına ne de ekonomik güçler karşısında zayıfların içinde bulunduğu belirsiz endişeye benzemektedir. Bu ortam Bloch'un ifadesi ile “...esas korku uyandıran olay, tehditlerin her gün her bireysel kaderin üzerine çökmesiydi. Bu tehdit, mallar gibi canlara da yönelikti”²² şeklinde betimlenebilir. Kısacası her yeni güne uyanan kişi,

¹⁹ Marc BLOCH, Feodal Toplum, Çeviren Mehmet Ali Kılıçbay, Gece Yayınları, Ankara, 1995, s. 339.

²⁰ ibid, s. 340.

²¹ GÖZE, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, s. 74.

²² BLOCH, s. 341.

ne yönden nasıl bir tehlike ya da tehdit ile karşılaşacağından habersizdi. Herkes birbirinin düşmanı ve kendisinin bekçisiydi.

Feodal çağın bir betimlemesi yapılacak olursa; kral veya prens yönetmekten çok savaşmakta, cezalandırmakta, isyanları bastırmakta ve sindirmekte; devletin sürekliliği sağlanamamakta, otorite boşluğu her an ortaya çıkmakta ve bu nedenle her yerde cinayetler, yağmalar, istilalar olmaktaydı. Böyle bir ortamda şiddet, toplumun hem bilinçaltında yer almakta hem de toplumsal zihniyetin derinliklerinde bulunmaktaydı.²³

Bu durumda kişilere kendi adaletini kendisinin yerine getirmesi hakkını tanıyan kan davaları kamu düzeninin sağlanmasında başlıca engellerden biriydi. Dünya hayatını geçici bir serüven olarak gören bu zihniyet yapısına göre düzenli bir toplum yaşamına gerek yoktu, bu nedenle “*yaşama*”nın bir hak olarak görülmesi bir yana, yaşamaya bir değer dahi verilmemekteydi. Bu zihniyet yapısı Kilisenin halkı manevi dünyada özgürleştireceğini öne süren öğretisinden kaynaklamaktaydı.²⁴

Feodal dönemde en büyük beklenti iç barışın sağlanmasıdır.²⁵ Kilisenin “*Tanrı barışı*” adını verdiği girişimlerde şiddet hareketlerini ortadan kaldırmak için bazı eşyaların Tanrının koruması altında olduğu ilan edilmekteydi. Bu eşyaların başında kiliseler, köylülerin hayvan sürüleri, tacirlerin malları gelmekteydi.²⁶ Burada toplumsal düzeni sağlamak adına önce daha ilkel ve gitgide daha ayrıntılı birtakım kurallar konulduğu görülmektedir.

²³ BLOCH, s. 340-341.

²⁴ Mehmet Semih GEMALMAZ, Devlet, Birey ve Özgürlük, Legal Yayınları, İstanbul, 2010, s. 45.

²⁵ BLOCH, s. 342.

²⁶ ibid, s. 343.

Bu gelişmelere karşın kan davası hakkı devam etmekteydi. Bir süre sonra Pazar günlerinin Tanrıya ait olduğu savından hareketle kan davasının Pazar günleri devam ettirilmesi yasaklanmıştır. Buna da “*Tanrı ateşkesi*” denmiştir. Kan davasının yasaklandığı günlerin kapsamı zamanla genişletilerek haftanın diğer günlerine de yayılmıştır.²⁷ Önce dinsel kurulların, sonra çeşitli grupların iç düzeni sağlamak için giriştikleri bu çabaları daha sonra krallıklar ve yerel prenslikler iç barışı sağlamak adına devralmıştır.²⁸

Ortaçağda devletle ilgili görüşleri açısından dikkat çeken düşünürlerden Aquinolu Thomas’a göre insanların toplu yaşamaları zorunluluktur. Topluluk olarak bir yaşam düzeni kurmak ve bunu sürdürmek, örgütlü bir toplum ile gerçekleşebilir. Bu noktada Aquinolu Thomas toplumun en küçük sosyal birimi olan aileye ve kurumlaşmış devlete işaret eder.²⁹ Devletin amacı birlikte yaşayan insanların oluşturduğu toplum içinde barışın ve huzurun sağlanmasıdır.³⁰

Aquinolu Thomas, devlet iktidarının kaynağının Tanrı olduğunu, fakat iktidarın kullanılmasının yeryüzündeki insanlarda, yani toplumda bulunduğunu belirtir. İşte toplumda bulunan iktidarın görevi yeryüzünde düzeni ve güvenliği sağlamaktır.³¹

²⁷ BLOCH, s. 344.

²⁸ ibid, s. 346-348.

²⁹ Mehmet AKAD, Bihterin VURAL DİNÇKOL, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s. 41.

³⁰ Recai G. OKANDAN, Umumi Amme Hukuku (Devletin Doğuşu, Pozitif ve Teorik Gelişmesi, Unsurları), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 211.

³¹ AKAD - VURAL DİNÇKOL, Genel Kamu Hukuku, s. 43.

Ticaretin gelişmesi ile karayolu sistemlerinin geliştirilmesi sonucu ulaşım ve iletişimin kolaylaşması, okuryazarlığın artması, para temelli ekonominin kasabalarda giderek öneminin artması feodal sistemin dönüşümünü zorunlu kılmıştır.³² Avrupa'da 13. yüzyıla gelindiğinde tek tek güçsüz bireylerin bir araya gelmesiyle ortak hareket edebildikleri merkezler haline gelmeye başlayan kentlerin beklentilerini eski yasal düzenlemeler karşılamamaya başlamıştı. Çünkü daha karmaşık işbölümü, yeni araçlar ve beceriler isteyen üretimi ve ticari faaliyetleri ile yeni kentler farklı yasal düzenlemelere ihtiyaç duyuyordu.³³

16. yüzyılda ekonomik ve sosyal şartların da zorlamasıyla ortaya çıkan Rönesans ve Reform hareketleri sonucu Ortaçağ zihniyeti bertaraf edilmeye ve laik düşünce sistemi oluşturulmaya başlanmıştır.³⁴ 17. yüzyıl ile birlikte devlet ve devleti yöneten hükümdarın fiziksel varlığının ayrılması düşüncesi ortaya çıkmıştır. Bunun sonucu olarak devletin, teokratik yapı yerine hukuka dayalı bir teşkilatlanma olması gerektiği tartışılmaya başlanmıştır.³⁵

Aydınlanma ile gündeme gelen toplum sözleşmeleri ile devletin ortaya çıkışı konusunda ileri sürülen teorilerde toplum düzeni kavramına değinilmektedir. Rousseau (1712-1778), toplum düzeninin diğer bütün hakların temeli olduğunu ve toplum düzeninin toplum sözleşmesine dayandığını belirtmektedir.³⁶

³² Gianfranco POGGİ, Devlet (Doğası, Gelişimi ve Geleceği), Çeviren Aysun Babacan, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2008, s. 55.

³³ POGGİ, Modern Devletin Gelişimi (Sosyolojik Bir Yaklaşım), s. 53-57.

³⁴ OKANDAN, Umumi Amme Hukuku, s. 507-508.

³⁵ ibid, s. 538-539.

³⁶ Jean Jacques ROUSSEAU, Toplum Sözleşmesi, Çeviren Vedat Günyol, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2006, s. 4.

Hobbes (1588-1679), *Leviathan*'da devletin işlevinin yeryüzünde barışın ve maddi rahatlığın sağlanması için bireyler arasında düzenin ve barışın gerçekleştirilmesi olduğunu ifade eder.³⁷ Çünkü Hobbes'un doğa durumunda özgürlük, karşı koymanın yokluğuna işaret eder.³⁸ Bu nedenle doğa durumundaki özgür insan hiçbir engelle karşılaşmaz. Dolayısıyla herkes her şey üzerinde hak iddia edebilir, herkes mutlak özgürlüğünü kullandığı için hiç kimse özünde yaşam hakkına dahi sahip olamaz. Hobbes, bu durumu "*insan insanın kurdudur*" şeklinde ifade eder. Özgürsüzlük anlamına gelen mutlak özgürlüğün sonucu olan bu ortamdan kurtulmak amacıyla bireyler Leviathan'ı yaratırlar.³⁹

Hobbes'un devleti, bireylerin onayı ile kurulmasına karşın halen bir kral-devlettir. Çünkü kral siyasal bedeniyle halkı içerse de somut bedeniyle halktan ayrılmakta ve egemenliğin tek sahibi olmaktadır. Bireyler ona itaat etmektedir. Her ne kadar egemenin siyasal erki sınırsız gibi görünse de, aslında bireylerin barış ve güvenlik içinde bir yaşam sürme amaçları ile sınırlıdır. Bireylerin Leviathan'ı yaratmalarının amacı, egemene yükümlülük getirerek onu bu şekilde sınırlamaktır.

26.8.1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 4. ve 5. maddelerine göre özgürlük başkalarına zarar vermeyen her şeyi yapabilme serbestisi olarak tanımlanmıştır. Bu serbesti ancak yasayla sınırlanabilir ve yasa sadece toplum için zararlı olan eylemleri yasaklayabilir. Yine Bildirinin 10. maddesinde dinsel

³⁷ Thomas HOBBS, *Leviathan*, Çeviren Semih Lim, 7. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 127. John KEANE, *Demokrasi ve Sivil Toplum*, Çeviren Necmi Erdoğan, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1994, s. 63.

³⁸ HOBBS, s. 154-155.

³⁹ Mehmet Ali AĞAOĞULLARI, Levent KÖKER, *Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı*, 3. Baskı, İmge Yayınları, Ankara, 2004, s. 260-262.

görüşler dahil bireyin görüş ve kanaatlerinin kamu düzenini bozamayacağı ifade edilmektedir.⁴⁰ Dolayısıyla düşüncüyü açıklama özgürlüğünden kaynaklanan özgürlüklerini kullanırken kamu düzenini bozmadığı sürece serbesttir.

1848 Fransız Devrimine bakılacak olursa 4 Kasım 1848 tarihli Fransız Anayasası'nda Cumhuriyetin temel nitelikleri “*aile, çalışma, mülkiyet ve kamu düzeni*” olarak belirlenmiştir.⁴¹ Dolayısıyla modern devletin temel amaçlarından birisinin de kamu düzeninin sağlanması ve korunması olduğu ortaya konulmaktadır.

Birinci Dünya Savaşı'nın başladığı yıllarda İngiltere'de kamu düzenini inceleyen Engländer, bu dönemde düzensizliğin savaş kaynaklı olarak arttığına dikkat çekmekte ve savaşın işyerlerinde çatışmaya, yerli ve göçmen topluluklar arasında düşmanlığın tırmanmasına, asker ve halk arasındaki ilişkinin zedelenmesine ve halkın gıda teminin zorlaşmasına neden olduğunu belirtmektedir.⁴² Savaş yıllarında artan işsizliğin ve geçim sıkıntısının da etkisiyle halk, İngiltere'de yaşayan ve düşman olarak görülmeye başlanan Alman azınlığa karşı ayaklanmış, bunun sonucunda dükkanların ve evlerin yağmalanmasına ve tahrip edilmesine varan sokak çatışmaları yaşanmıştır.⁴³

⁴⁰ Milton VIORST, *The Great Documents of Western Civilization*, Barnes & Noble Books, New York, USA, 1994, s. 190-192, Çeviren ve Aktaran Mehmet Semih GEMALMAZ, *Devlet, Birey ve Özgürlük*, s. 170-172.

⁴¹ Alain FENET, *Les Libertés Publiques En France, Documents Pour Une Théorie Générale*, P.U.F., Paris, 1976, Aktaran Mehmet AKAD, *Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasası'nın 10. Maddesi*, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1984, s. 17.

⁴² David ENGLANDER, “*Police And Public Order in Britain 1914 – 1918*”, *Policing Western Europe (Politics, Professionalism and Public Order, 1850 – 1940)*, Edited by Clive Emsley and Barbara Weinberger, Greenwood Press, USA, 1991, s. 100.

⁴³ *ibid*, s. 106.

Kamu düzenini bozan bu ayaklanmaların nedeni olarak, farklı gruplar farklı nedenler öne sürmüşlerdir. Bir görüşe göre Alman azınlığın kışkırtması olayların baş göstermesine neden olmuştur. Sosyalistlere göre ayaklanmanın sorumlusu siyasal iktidardır. Polis, kalabalık grup tarafından çıkarılan olaylara göz yummuştur. Siyasiler ise halkı ayaklanmaya kışkırtan yazılar yayımlayan basını sorumsuz davranmakla suçlamışlardır.⁴⁴ Sonuç olarak 1914 tarihli *Ülkenin Müdafası Kanunu*'na (Defence of the Realm Act) dayanılarak düşünceyi açıklama ve toplanma özgürlüğü gibi birtakım hak ve özgürlüklerin kısıtlanması yoluna gidilmiştir.⁴⁵

Townshend, kamu düzeni kavramının İngiliz hukuksal ve siyasal kültürü içinde 1920'lere kadar yer almadığını ve Public Order Act ile önem kazanan bir kavram olduğunu belirtmektedir. Bunun temelinde ise Anglo-Sakson Hukuk Sistemi (Common Law) ve Kıta Avrupası Hukuk Sistemi ayırımının yattığını ifade etmektedir.⁴⁶

İngiltere'de 1936 yılında çıkarılan *Kamu Düzeni Kanunu*'nun (Public Order Act) beşinci bölümünde bir kimsenin herhangi bir toplantıda ya da açık alanda toplumsal barışı yok etmek amacıyla tehdit edici veya suçlayıcı söz ve hareketlerde bulunması suç sayılmıştır. Bu kanunun amacı faşistler ve komünistler arasında çıkan sokak çatışmalarını önlemektir. Dolayısıyla bu kanuna göre bir ifade şiddet tehlikesi oluşturuyorsa kamu düzenini ihlal etmiş olur.⁴⁷ İngiltere'de şu anda kamu düzeni ile ilgili düzenlemeler, 1936 tarihli Kamu Düzeni Kanunu'na dayanmaktadır. Kolluğa

⁴⁴ ENGLANDER, s. 108-110.

⁴⁵ ibid, s. 120-121.

⁴⁶ Charles TOWNSHEND, *Making the Peace*, Oxford University Press, 1993, s. 2-3.

⁴⁷ Yusuf Şevki HAKYEMEZ, *Militer Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000, s. 113. John F. McELDOWNEY, *Public Law*, Sweet & Maxwell, London, 1994, s. 524.

verilen yetkiler ise detaylı bir şekilde 1986 tarihli Kamu Düzeni Kanunu (Public Orders Act) içinde düzenlenmiştir.⁴⁸ Bu kanun, ayaklanmalar, çatışmalar, yasadışı toplantılar ve provokasyonlar ve asayiş bozan davranışlarda bulunanlara karşı kolluk güçlerinin yetki alanını düzenlemektedir.⁴⁹

Poggi, modern devlete ilişkin tartışmaları ele alırken modern devletin, doğası gereği, işleyişinde birtakım ikilemleri barındırdığını tespit eder. Tespitlerinden birisi de modern devlette organize “*zora dayalı iktidarın*”⁵⁰ güçlendirilmesi ve dizginlenmesi ikilemidir. Bu ikilemde modern devlet, bir yandan zor kullanımını sınırlama amaçlı kurallar koyarken, diğer yandan kamu düzenini korumak amacıyla bazı özgürlükleri sınırlayabilmektedir.⁵¹ İşte bireyin özgürlük alanının korunması ile kamu düzeninin sağlanması amacı modern devletin uzlaştırması gereken önemli bir kesişme noktasıdır.

Başta düşünce özgürlüğü olmak üzere, düşünce özgürlüğünden kaynağını alan haberleşme özgürlüğü, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü, basın özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklerin

⁴⁸ McELDOWNNEY, s. 525.

⁴⁹ P.A.J. WADDINGTON, Liberty and Order (Public Order Policing In A Capital City), University College London Press, 1994, s. 28-29.

⁵⁰ Poggi, doğrudan ya da dolaylı olarak devletin varlığında zor kullanmanın rolüne işaret eder. Poggi’ye göre vergi tebligatları, trafik cezaları, politikacıların televizyonda ya da seçim öncesi miting meydanlarında ipe sapa gelmez konuşmalar yapmaları durumlarında zor kullanımı ve şiddeti pek görmesek bile siyasal iktidarın zor kullanımı olmadan ortaya çıkabileceğini söylemek zordur. POGGI, Devlet (Doğası, Gelişimi ve Geleceği), s. 6-7.

⁵¹ ibid, s. 99-102.

sınırlandırılması düşüncesi ilk kez İkinci Dünya Savaşı sonrası genel bir eğilim olarak ortaya çıkmıştır.⁵²

Bugün kamu düzeni kavramı, AİHM'nin "*Avrupa Kamu Düzeni*" nitelemesi ile hem hak ve özgürlükleri sınırlayan bir ölçütü hem de bu sınırlamalar ile hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı bir sistemi ifade etmektedir.⁵³ Dolayısıyla Avrupa kamu düzeni, taraf devletlere objektif yükümlülükler getiren ve uyulması gereken ortak standardı belirleyen bir kavram olmaktadır.⁵⁴ Bu noktada AİHM, içtihatları aracılığıyla ortak kamu düzeninin kapsamının çizilmesinde de belirleyici bir işlev üstlenmektedir.⁵⁵ Günümüzde Avrupa kamu düzeni idare hukuku, ceza hukuku ve temel hakların korunması alanlarında önem kazanmaktadır.⁵⁶ Temel haklar bakımından Avrupa Adalet Divanı'nın belirttiği gibi "*Topluluğun hedeflerine ulaşması açısından kamu esenliğinin temin edilmesi amacıyla*" belirli sınırlamalar getirilebilmektedir.⁵⁷ "*Bu sınırlamaların orantısız olmaması ve ilgili temel hakkın özüne dokunacak derecede tahammül edilemeyecek bir müdahale teşkil etmemesi gerekmektedir.*"⁵⁸

⁵² Ömer KORKMAZ, "*Düşünce Özgürlüğü ve Sınırları*", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yay., İzmir, 2000, s. 134.

⁵³ İbrahim Ö. KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2002s. 96. Bakır ÇAĞLAR, "*Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi*", Anayasa Yargısı, Cilt 7, 1990, s. 98.

⁵⁴ Reyhan SUNAY, "*Avrupa Sözleşmesi Çerçevesinde Oluşan Avrupa Kamu Düzeni Kavramının Kapsamı ve Fonksiyonel Değeri*", SÜHFD, Cilt 7, Sayı 1-2, Konya, 1999, s. 311.

⁵⁵ *Ibid*, s. 315.

⁵⁶ Volker BEHR, Erhan TEMEL, "*Avrupa Kamu Düzeni (European Public Order)*", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt II, 2001, s. 1159-1161. Reyhan SUNAY, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları*, Ankara, Nisan 2003, s. 11-12.

⁵⁷ BEHR, TEMEL, s. 1176.

⁵⁸ BEHR, TEMEL, s. 1176-1177.

1.2.2. Türkiye Tarihinde Gelişim Süreci

Günümüzde devlet-birey ilişkileri, otorite-özgürlük çatışması ve bunlar arasındaki denge kurma sorunu ekseninde ilerlemektedir. Fakat Osmanlı mutlak monarşisi bakımından modernleşme sürecinin başlangıcına kadar böyle bir düşünce yapısından söz edilemez. Böyle bir sorun Osmanlı Devleti'ne yabancısıdır. Dolayısıyla Osmanlı Devleti'nde temelde otorite-özgürlük dengesini sağlayan modern bir kamu düzeninden söz etmek mümkün değildir.⁵⁹ Osmanlı Devleti'nde kamu düzenini bozucu olayların Sünnilik-Sünnilik dışı ekoller, şeriat-tasavvuf, cami-tekke gerilimden kaynaklandığı görülmektedir.⁶⁰ Osmanlı Devleti, klasik İslam hukuku⁶¹ ile yönetilen siyasi bir varlıktır. Yönetimde yer alan Türkler, İslam

⁵⁹ Bülent TANÖR, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 18. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2009, s. 25.

⁶⁰ Sami ZUBAİDA, İslam Dünyasında Hukuk ve İktidar, Çeviren Burcu Koçoğlu Birinci, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Şubat 2008, s. 166.

⁶¹ Genel olarak İslam hukukunun uygulandığı devletlerde isyan, bozgunculuk ve otoriteye karşı düzenlenen ayaklanmalar gibi konuların yargılanması için hükümdar ya da valilerin mahkeme kurup ceza verdikleri görülürken; hırsızlık, cinayet, kavga, içki içme, zina gibi günlük hayatın düzenini bozan suçların cezalandırılması görevi “Şurtaya” aitti. Şurta, polis karşılığı kullanılan bir kurumdu ve kamu düzenini tehdit eden faaliyetleri bastırmakla görevliydi. Şurta, hem kendisine gelen şikayetler üzerine düzeni sağlama görevini hem de cezalandırma yetkisini bünyesinde barındırdığından keyfi uygulamalara neden olabiliyordu. Sami ZUBAİDA, İslam Dünyasında Hukuk ve İktidar, Çeviren Burcu Koçoğlu Birinci, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Şubat 2008, s. 91-92. İslam hukukunda gündelik hayatta kamu düzenini korumakla görevli bir diğer kurum “hisbe”dir. Hisbe, belediye idaresi ve polis teşkilatına karşılık gelmektedir. Bu işle görevli olan memure “muhtesib” denir. Muhtesib, ticari ve mesleki faaliyetleri denetlemek, şehirde binaların durumunu, sokakların temizliğini denetlemekle görevliydi. Bugünkü kamu düzeni kapsamında değerlendirilebilecek bu faaliyetler yanında, modern düşüncede yer almayan ve modern anlamda genel ahlakı aşan kamu ahlakını denetleme yetkisi de vardı. Bu yetkinin kapsamında sokak, pazar, hamam gibi alanları şeriata göre haram olan davranışlardan arındırma vardır. Bu noktada Şurta ile birtakım yetkiler örtüşmektedir. Kamu ahlakını koruma amacıyla sokakta bir erkekle konuşan kadın tutuklanabilirdi. Zımmi, Hristiyan ve Yahudilerin kanunlara göre belirlenmiş kıyafetleri, taşımak zorunda oldukları nesneleri denetleme yetkisi de muhtesibe aitti. Bu gurupların ibadetlerini göze çarpmayacak şekilde yapmaları, Müslümanlara hürmet göstermeleri kamu düzenindendi. Sayılan kurallara uymayanlara muhtesib tarafından azarlanma, kırbaça dövme, insan onurunu zedeleyici şekilde teşhir edilme ve şehirden sürgün edilme yaptırımları uygulanabiliyordu. ZUBAİDA, s. 94-97.

hukukunun boşluklarını İslam öncesi devlet geleneklerinden gelen anlayış ile doldurmuşlardır. Tarihte bir noktaya kadar iyi işleyen bu devlet mekanizması; Fransız Devrimi sonucu ulusçuluk akımının yayılması, Osmanlı Devleti'nin ekonomik, kültürel ve siyasal hareketlerin dışında kalması gibi nedenlerle işlemez duruma gelmeye başlamıştır. Devleti gerilemekten kurtarmak isteyen Osmanlı devlet adamlarının modernleşme çabaları gündeme gelmiştir.⁶²

Siyasal ve ekonomik alandaki reform hareketlerinin yanında hukuki belgeler ile hukuk alanında da çeşitli reform hareketlerine girilmiştir. Hukuk reformu yapılmak istenmesinin temelinde Osmanlı devlet düzeninde halkın iki ana gruba ayrılması yatmaktadır: Müslüman olanlar ve gayrimüslimler. Müslümanlık dışındaki dinlere hoşgörülü olması ile bilinen Osmanlı yönetimi, Batıdaki gelişmelere ayak uyduramamış ve gayrimüslim toplulukların ulusçuluk akımının etkisi ile imparatorluktan ayrılıp bağımsızlaşma tehdidi ile karşı karşıya kalmıştır.⁶³

Sonuçta Osmanlı devlet adamları devleti gerilemekten ve dağılmaktan kurtarmak amaçlı birtakım hukuk reformlarını uygulamaya koymuşlardır. Bunlardan biri de 3 Kasım 1839'da ilan edilen Tanzimat Fermanı'dır. Türk toplum bilimlerinde çeşitli açılardan tartışmalı olan ferman, esas olarak bozulan toplum düzeninin yeniden sağlanması için çeşitli hükümler getirmektedir. Konumuz bakımından önem taşıyan hükümlerden biri *“herkesin, canı, malı, namusu, ırzı güvence altına alınacaktır”* hükmüdür. Bir diğeri ise sayılan hususlara aykırı davrananlara verilecek cezanın belirlenmesi için bir ceza yasası yapılmasının öngörülmesidir. Toplum

⁶² Ahmet MUMCU, Elif KÜZECİ, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 151.

⁶³ ibid, s. 154-155.

hayatının asgari koşullarından can güvenliğinin sağlanması için fermanla hüküm yer alması kamu düzeninin temelinde yer alan can güvenliğinin ciddi şekilde zedelendiğinin kanıtıdır.⁶⁴

Modern anlamda ilk anayasamız olarak kabul edilen⁶⁵ *Kanun-ı Esasi*'de temel hak ve özgürlüklerin düzenlenişinde kamu düzeni kavramı açık bir şekilde geçmese dahi bu kavrama işaret eden noktalar mevcuttur. Bunlardan biri din, vicdan ve ibadet özgürlüğünü düzenleyen 11. maddedir.⁶⁶ 11. maddeye göre *asayiş-i halkı* ve *adab-ı umumiyye*yi ihlal etmemek şartıyla her türlü ibadet serbesttir.⁶⁷ Burada halkın güvenliği (*asayiş-i halk*) ve genel adap (*adab-ı umumiye*) kamu düzenine işaret eden kavramlardır.⁶⁸

Tanzimat Fermanı'nın ilanına kadar ağırlıklı olarak İslam hukuku uygulanan Osmanlı toplumunda önceleri Batı'nın hukuk sisteminden alıntılar yapılırken, daha

⁶⁴ MUMCU, KÜZECİ, s. 158-159.

⁶⁵ Zafer GÖREN, *Anayasa Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 37.

⁶⁶ MUMCU, KÜZECİ, s. 167, Kemal GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınları, 6. Baskı, Bursa, Eylül 2008, s. 18.

⁶⁷ 11. maddenin tam metni şu şekildedir: “*Devleti Osmaniyenin dini İslâmdır. Bu esası vikaye ile beraber asayiş-i halkı ve adabı umumiyye*yi ihlâl etmemek şartile memaliki Osmaniyede maruf olan bilcümle edyanın serbestii icrası ve cemaatı muhtelifiye verilmiş olan imtiyazatı mezhebiyenin kemakân cereyanı Devletin tahdi himayesindedir.” Kanun-ı Esasi'nin tam metni için bkz. Suna KİLİ, Şeref GÖZÜBÜYÜK, *Sened-i İttifak'tan Günümüze Türk Anayasa Metinleri*, 3. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2006, s. 36-51.

⁶⁸ Kanun-u Esasi'nin 12. ve 13. maddelerinde düzenlenen basın özgürlüğü ve ticaret, sanat ve tarım için ortaklıklar kurma özgürlüğü “*kanun dairesinde*” serbest sayılmıştır. Benzer şekilde 22. maddede konut dokunulmazlığı, kanunda belirlenmiş bir durum söz konusu olmadıkça hükümet tarafından ihlal edilemez denmektedir. Bu maddelerde düzenlenen hak ve özgürlüklerin de sınırlanabileceği açıkça öngörülmeyle beraber herhangi bir sınırlama nedeni belirtilmemiştir. Bkz. Recai G. OKANDAN, *Amme Hukukumuzun Anahatları* (Birinci Kitap), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 166-167; MUMCU, KÜZECİ, s. 169.

sonra sebep olunan bu ikili sisteme Cumhuriyet yönetimi döneminde bir son verilmiş ve laik Batılı hukuk sistemine geçilmiştir.⁶⁹

Cumhuriyet dönemi modernleşmesi ile Osmanlı modernleşmesi arasındaki belirgin fark Osmanlı'da sadece üst yapı kurumlarının ıslahı ile istenen sonuca ulaşılması beklenirken, Cumhuriyet döneminde hem kurumlar yenilenmiş hem de “çağdaşlaşmanın” gerçekleştirilmesi için bütün bir toplumsal yapının dönüşümü için bir modernleşme projesi yaşama geçirilmiştir.⁷⁰

Batı tarzı bir toplumsal yapının gerçekleştirilmesi için Cumhuriyet'in kurucu kadroları, başta aile ve miras gibi hem bireyin hem toplumun yaşam düzenini etkileyen hukuk alanlarında Batı toplumunun hukuk kurallarını benimseme yolunu seçmişlerdir.⁷¹ Cumhuriyet dönemi modernleşmesi eski toplum düzeni yerine, modern, laik bir toplum düzenini hedeflemektedir. Bu hedefi gerçekleştirmek için öncelikle eski toplumsal düzeni koruyan tüm hukuk kuralları, Batılı hukuk kurallarının resepsiyon yoluyla Türk hukukuna aktarılması ile değiştirilmiştir. Bunun sonucu olarak Türkiye Cumhuriyeti hukuk sistemi Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil edilmiştir.⁷² Bunun sonucunda Kıta Avrupası hukukundaki kamu düzeni anlayışının benimsendiği görülmektedir.

⁶⁹ Artun ÜNSAL, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi (Siyasal Sistem Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi), AÜSBF Yayınları, Ankara, 1980, s. 37.

⁷⁰ İhtar B. GÖZAYDIN, “Türkiye Hukukunun Batılılaşması”, Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce, Cilt 3, Modernleşme ve Batıcılık, Editörler Tanıl Bora, Murat Gültekingil, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002, s. 290.

⁷¹ ibid, s. 291.

⁷² ibid, s. 292.

1.3. Kamu Düzeni Kavramının Farklı Görünümleri

1.3.1. Ekonomik Kamu Düzeni

Günümüzde kamu düzeni kavramının sadece sokak dinginliğini ifade etmediği ve daha geniş bir alanı kapsadığı söylenebilir. Bu alanlardan biri de ekonomik alandaki kamu düzenidir.⁷³ Küreselleşmenin hem nedeni hem de sonucu olarak serbest piyasa ekonomisinin liberal demokratik devletlerde uygulanıyor olması devletin ekonomik alana müdahalelerini ve düzenleyici işlevini reddetme sonucunu doğurmamaktadır.

Devletin ekonomik alanda düzenleme yetkisinin olması nedeniyle ekonomik kolluk ortaya çıkmıştır. Özel bir kolluk türü olarak ekonomik kolluğun amacı ekonomik kamu düzenini oluşturmaktır. Ekonomik kamu düzeni, ulusal ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlar göz önünde bulundurularak sağlanacaktır.⁷⁴

1961 Anayasası'nın "*iktisadi ve sosyal hayatın düzeni*" başlıklı 41. maddesinde herkes için insan onuruna ve adalete uygun bir yaşam seviyesine göre iktisadi ve sosyal hayatın düzenleneceği öngörülmüştür. Maddenin 2. fıkrasında iktisadi, sosyal ve kültürel kalkınma birlikte ele alınmış ve bunların gerçekleştirilmesi için milli tasarrufu arttırmak, yatırımları toplum yararının

⁷³ İbrahim Ö. KABOĞLU, "*Hak ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasaya Yansıtılması Sorunu*", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 11, 1994, s. 250. Kamu düzeninin sadece sokak dinginliği anlamına gelmediği, Yunanistan'da ortaya çıkan mali kriz nedeniyle halkın sokaklara dökülerek isyan çıkarma girişimi ile bir kez daha ortaya çıkmıştır. Basında çıkan haberlere göre göstericiler, parlamento binasına girmeye çalışmış, binaları ve araçları ateşe vermiş, olaylarda ölenler olmuştur. Yunanistan'da İsyan: Üç Ölü, Hürriyet, <http://arama.hurriyet.com.tr/arsivnews.aspx?id=14627054> (E.T. 6.5.2010)

⁷⁴ Turgut TAN, "*Anayasal Ekonomik Düzen*", Anayasa Yargısı, Cilt 7, 1990, s. 178. Ekonomik Kamu Düzeni, TBB Raporu, Halkevleri Dergisi, Yıl 9, Sayı 99, Ocak 1975, s. 24.

gerektirdiği öncelikleri yöneltmek ve kalkınma plânlarını yapmak Devletin ödevi olarak belirlenmiştir. Bu hükmün 1982 Anayasası'nda yer almadığı görülmektedir. Bunda refah devleti anlayışının yerini neoliberal politikaların alması etkili olmuştur. 1982 Anayasası'nın 47. maddesinde devletleştirme yanında özelleştirme de anayasada düzenlenmiştir.

İktisadi yaşamın düzenlenmesine yönelik kuralların temel hedefi ekonomik kamu düzeninin sağlanmasıdır.⁷⁵ Anayasa'nın 167. maddesindeki *“Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilli veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler”* hükmü, ekonomik kamu düzenini sağlamak için getirilmiş bir düzenlemedir. Bir başka deyişle bu hüküm ekonomik kamu düzeninin ana unsurlarını oluşturmaktadır. Bu noktada idari kolluk müdahalelerinin ekonomik alana girmesiyle klasik kamu düzeni anlayışı, ekonomik boyut kazanmış ve ekonomik kamu düzeni kavramı ortaya çıkmıştır.⁷⁶ Bunun sonucu olarak kamu düzeni kavramının kapsadığı alan genişlemiştir.

Anayasa Mahkemesi, bir kararında⁷⁷ 167. maddenin kapsamını şu şekilde açıklamaktadır: 167. madde ile, yalnız fiilen oluşacak tekelleşme ve kartelleşmenin değil, anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmenin de önlenmesi görevi devlete verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre *“tekelleşme”* kavramı, sadece

⁷⁵ Tercan TİRYAKİ, Türker GÜRSOY, *“Ekonomik Suç Kavramı ve Sigortacılık Suçlarının Bu Açıdan Değerlendirilmesi”*, Sayıştay Dergisi, Sayı: 55, Ekim-Aralık 2004, s. 53.

⁷⁶ ibid, s. 57.

⁷⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 7.5.2002 tarihli ve E.2000/17, K.2002/46 sayılı kararı, kararın tam metni için bkz.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1777&content= (E.T. 4.3.2010)

tekelleri değil, tek el benzeri gruplaşmaları da kapsar. Ayrıca, tekelleşmenin önlenmesi, hem tüketim sektörü hem de hizmet sektörü için gereklidir. Bu görev demokrasinin sağlıklı işleminin vazgeçilmez bir koşuludur. Buna göre, tek elciliğin her türlüünün zararından bireyleri ve toplumu korumak “*kişinin ve toplumun huzuru ve refahı*” ile de ilgilidir. 167. maddede yalnız tekelleşme değil, tek el oluşturmaya üretim ve hizmet kuruluşlarının “*fiyat anlaşmaları*”, “*coğrafi bölge paylaşma*” ve “*benzeri suretle*” gerçekleştirilecek kartelleşme de yasaklanmış; devlet, bunu engelleyici önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Böylece rekabetin ortadan kaldırılması, tekellerin ve kartellerin fiyatları oluşturma ve etkilemesi önlenmek istenmiştir. Devletin tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemek görevi, temelde tüketiciyi koruma amacı gütmektedir. Dolayısıyla ekonomik kamu düzeninin korunması için serbest piyasa ekonomisine birtakım kısıtlamalar getirilerek tüketicinin korunması amaçlanmaktadır.

1.3.2. Sosyal Kamu Düzeni

1980’lerden günümüze genel olarak devlet yönetiminde sosyal devlet ilkesi geri plana atılarak neoliberal politikalar uygulanmaya başlanmıştır. Bu durumdan küresel sermaye karlı çıkarken, bireylerin temel hak ve özgürlükleri kişisel ve siyasal haklara indirgenmektedir. Dolayısıyla devlet, pozitif yükümlülük getiren sosyal haklar alanından çekilmektedir. Özellikle küreselleşme sürecinin uluslararası düzeyde yarattığı rekabet ortamı işçilerin korunmasının yanında işletmelerin de korunması yönünde bir eğilim ortaya çıkarmıştır.⁷⁸ Devletlerin giderek küçülmesi

⁷⁸ Sarper SÜZEK, İş Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ağustos 2009, s. 19.

sonucu işçi statüsünde olan ve her gün sayısı artan her bir bireyin temel haklarının korunması gerekmektedir. Ekonomide salt liberal politikaların uygulanması, liberalizmin tanıdığı temel özgürlüklerden sözleşme özgürlüğünün zayıf tarafı olan işçiyi korumasız bırakmaktadır. Bu nedenle sosyal hakların bir bölümünü oluşturan iş yaşamına ilişkin hakların uygulamaya konulması gerekmektedir.⁷⁹

İş ilişkisi sadece maddi ve ekonomik bir ilişki değildir. Aynı zamanda işçinin kişiliğinin, onurunun, sağlığının ve beden bütünlüğünün korunmasını gerektiren bir alandır.⁸⁰ Bu noktada işveren ve işçi ilişkisine, üçüncü bir taraf olarak devletin müdahale etmesi söz konusudur. Her ne kadar kuramsal olarak işçi ile işveren sözleşmenin eşit tarafları olarak kabul edilse de, gerçek anlamda toplum düzeninin ve sosyal barışın sağlanması ilişkinin güçsüz tarafı olan işçinin korunması ile mümkün olabilir.⁸¹

Gerçekten 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Devletin temel görevlerinden kamu düzeninin sağlanması ve sürekli kılınması; ekonomik ve sosyal yaşamda toplumsal uyum ve düzenin sağlanması, sosyal dengenin kurulması ile mümkündür. Bu da işçi-işveren ilişkilerini düzenleyen mevzuatta, işveren karşısında güçsüz durumda olan işçinin, sınırsız sözleşme özgürlüğünün yaratabileceği olumsuz çalışma koşullarına karşı devletin emredici hükümler getirmek yoluyla korunması ile mümkün olabilir.

⁷⁹ Bülent ALGAN, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 27.

⁸⁰ Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 11.

⁸¹ SÜZEK, İş Hukuku, s. 16. İş hukukunun öncelikle işçiyi koruma hukuku olduğu belirtilmektedir. Kenan TUNÇOMAĞ, Tankut CENTEL, İş Hukukunun Esasları, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ocak 2008, s.10.

İş hukukunda kamu düzenine verilen anlam, iş hukukunun özelliğinden dolayı değişime uğramıştır. Buna göre iş mevzuatında yer alan emredici hükümlerden temelde işçiyi korumaya yönelik olanlar sadece işçi aleyhine değiştirilemez; bu tür emredici hükümlerin aksi işçi lehine olmak koşuluyla kararlaştırılabilir. İşte bu hükümler, *sosyal kamu düzeni hükümleri*ni oluşturur.⁸² Sosyal kamu düzeni hükümleri, diğer deyişle nispi emredici hükümler işçi hakları açısından asgari sınırı belirlemektedir. Dolayısıyla burada kamu düzeninin sınırlayıcı etkisi sadece işveren için söz konusu olmaktadır. İş mevzuatındaki nispi emredici hükümlerin doğrudan işlevi işçilerin korunması, dolaylı işlevi ise kamu düzeninin sağlanmasıdır. Bunun yanında *mutlak emredici hükümlerin* doğrudan amacı çalışma yaşamının ve çalışma barışının, kamu güvenliğinin ve genel ahlakın korunması yoluyla toplum için kamu düzeninin sağlanmasıdır. Bu nedenle mutlak emredici hükümler işçi lehine de olsa aksi kararlaştırılamayan kurallardır.⁸³

Bu nedenlerle sosyal devlet ilkesi doğrultusunda kamu düzeninin koruma alanlarından birisini de çalışma yaşamı oluşturmaktadır. Daha özelde ise iş hukuku kurallarının bir bölümünde kamu düzenini korumak için sözleşme özgürlüğüne işçi lehine birtakım sınırlamalar getirildiği görülmektedir.

⁸² SÜZEK, s. 29. MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 13.

⁸³ Nuri ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Ağustos 2008, s.18-19. SÜZEK, s. 31.

1.3.3. Çevresel Kamu Düzeni

İkinci Dünya Savaşı'ndan bu yana ekonomideki ve teknolojideki gelişmeler ve bunların gündelik yaşamda etkileri ciddi çevre sorunlarını ortaya çıkarmıştır. Günümüzde ekonomik ve teknolojik gelişmeler ile ekolojik sistem arasında potansiyel bir zıtlık olduğu kabul edilmektedir.⁸⁴ Dolayısıyla bu gibi gelişmelerin çevreye olan olumsuz etkilerinin giderilmesi için hem ulusal hem de uluslararası önlemlerin alınması ve uygulanması gerekmektedir.

Bu nedenle klasik anlamı “*sokak dinginliği*” olan kamu düzeninin kapsadığı alan genişlemekte ve bugün kamu düzeni ihlallerinin giderilmesi sadece asayişin sağlanması anlamını içermemektedir. İşte ekolojik sistemin korunması ve çevreyi olumsuz etkileyen ve kalıcı etkiler oluşturan ihlallerin giderilmesi için alınan sıkı tedbirler ve uygulamalar bütünü çevresel kamu düzenini ortaya çıkarmaktadır.⁸⁵ Kamu düzeni kavramının içeriği sorgulanmakta, değişime uğramakta ve tipik özelliklerinin dışında bir içeriği de kapsar hale gelmektedir.⁸⁶

Gürültü kirliliğinin önlenmesi, elektrikli ve güneş enerjili araçların kullanılması ve kullanımının teşvik edilmesi, çevre kirliliğinin önlenmesi konularında halkı bilgilendirmek çevresel kamu düzeninin sağlanmasına yöneliktir

⁸⁴ Kemal BAŞLAR, “*Uluslararası Çevre Hukuku ve Dünya Çevre Zirvesi*”, Ekoloji Çevre Dergisi, s. 8, <http://www.ekoloji.com.tr> (E.T. 17.4.2010)

⁸⁵ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 95.

⁸⁶ Nükhet YILMAZ TURGUT, Çevre Politikası ve Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2009, s. 67.

ve her geçen gün alınması gereken tedbirler listesi gelişen ekonomi, sanayi ve teknoloji ile birlikte kabarmaktadır.⁸⁷

Bugün çevre ile ilgili sorunlar ulusal ya da bölgesel olmaktan çıkıp evrensel hale gelmiştir. Bütün insanlığı ilgilendiren insan yaşamı ve sağlığı ile birlikte bütün canlı yaşamını olumsuz etkileyen çevre sorunlarında uluslararası birtakım standartlar getirilmeye ve bu standartların tüm ülkelerde uygulanması sağlanmaya çalışılmaktadır. Özellikle 21 Mart 1994 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi ve bu sözleşmenin amacına ulaşması için somut bir adım niteliği taşıyan 16 Şubat 2005 tarihinde yürürlüğe giren Kyoto Protokolü evrensel düzeydeki girişimlerdir. Türkiye, 2009 yılında Kyoto Protokolü'ne katılmıştır. Bu en çok bilinen uluslararası sözleşmenin yanında çevresel kamu düzenini korumaya yönelik 1994 tarihli Çölleşme ile Mücadele Sözleşmesi, 1992 tarihli Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi, 1989 tarihli Tehlikeli Atıkların Sınırlarötesi Taşınımının ve İmhasının Kontrolü Sözleşmesi gibi sözleşmeler uluslararası alandaki önemli düzenlemelerdir.

Esasen çevresel kamu düzeni çevre hakkının korunması için bazı hak ve özgürlüklere kısıtlamalar getirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Çevre hakkının üçüncü kuşak haklardan olduğu kabul edilmektedir.⁸⁸ 1982 Anayasası'nın 56. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre *“herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir.”* 56. maddenin 1. fıkrasında çevrenin

⁸⁷ Mehmet ÇİFTLİKLİ, “Çevre Temizliği Vergisi”, Ekoloji Çevre Dergisi, Temmuz-Ağustos-Eylül, Yıl 1993, sayı 8, s. 51.

⁸⁸ YILMAZ TURGUT, s. 88-89. Bülent ALGAN, “Rethinking Third Generation Human Rights”, Ankara Law Review, Vol:1, No:1, (Summer:2004), s. 124.

hak boyutuna vurgu yapılırken, maddenin 2. fıkrasında çevrenin korunması bakımından ödev boyutuna işaret edilmektedir.⁸⁹

Çevresel kamu düzeninin korunması ve sağlanması için Çevre Kanunu'nun 8. maddesinde kirletme yasağı, 9. maddesinde biyolojik çeşitliliği barındıran ekosistemin devamlılığı için çevrenin korunması gibi yükümlülükler getirilmiştir. Bunun yanında çevreyi kirletme potansiyeli olan kuruluş ya da işletmelerin faaliyetleri için çevresel etki değerlendirilmesi raporu almaları ve çevreye zararlı olmayan bir faaliyet yürüteceklerini bu rapor doğrultusunda belgelemeleri gerekmektedir. Bu noktada çevrenin korunması ve bir zararın doğmaması için gerekli görüldüğünde işletmelere, inşaatlara ruhsat verilmeyebilir. Çevre Kanunu'nun 13. maddesinde tehlikeli kimyasallar ve atıkların belirlenmesi, elde edilmesi ve her türlü kontrolü mümkün hale getirilmiştir. Yine kanunun 14. maddesine göre kişilerin beden ve ruh sağlığını olumsuz yönde etkileyecek gürültü oluşturulması yasaklanmış ve gürültü oluşturma potansiyeli olan mekanlar bakımından gerekli tedbirlerin alınması öngörülmüştür. Çevresel kamu düzeninin ihlali durumunda ihlale yol açan faaliyet durdurulabilir, ihlale neden olanlara idari ve adli cezalar verilebilir.

Türkiye'de kamu düzeni çoğunlukla dar anlamda ele alınmakta ve bugün insan yaşamı üzerinde doğrudan etkili olan çevresel kamu düzenine ilişkin yeterli ve etkili düzenlemeler bulunmamaktadır. Bu konuda Kaboğlu, demokratik toplumun yapıtaşı niteliğindeki özgürlükleri düzenleyen Dernekler Kanunu ve Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu gibi kanunlarda katı sınırlamalar getirilirken; Çevre Kanunu, İmar Kanunu gibi insan-çevre ilişkisini birebir düzenleyen kanunlarda

⁸⁹ YILMAZ TURGUT, s. 78-79.

düzenleme, denetleme ve yaptırımların eksik bırakılmasını eleştirmektedir.⁹⁰ Dolayısıyla Türkiye’de yeni hak ve özgürlük alanlarının korunması bakımından kamu düzeninin koruyucu işlevine gereken önem verilmemektedir.

1.3.4. Kamu Düzeni Kavramında Açık Ve Mevcut Tehlike Ölçütü

Açık ve mevcut tehlike ölçütü, özellikle düşünciyi açıklama özgürlüğü ve bu özgürlüğün görünüm biçimleri olan toplantı özgürlüğü, gösteri yürüyüşü özgürlüğü gibi özgürlüklerin kullanılmasında dikkate alınan ve kamu düzeni ihlali olup olmadığının tespit edilmesinde kullanılan bir ölçüttür.⁹¹

Açık ve mevcut tehlike ölçütü ilk kez ABD’de, 1919 tarihli *Schenck v. US* davasında Yargıç Holmes tarafından uygulanan bir ölçüttür.⁹² Bu tarihten itibaren objektif bir ölçüt haline getirilmeye çalışılan açık ve mevcut tehlike ölçütü, birtakım unsurlar aracılığıyla kullanılmaktadır. İlk unsur, herhangi bir düşüncenin ya da kanaatin bireyin iç dünyasında kalmayıp sözlü, yazılı ya da bir başka şekilde dış dünyaya yansıtılmış olmasıdır. Düşünce ve kanaatler dış dünyaya çeşitli şekillerde yansıtılabilir. Örneğin gösteri yürüyüşü yapmak, dernek kurup faaliyet göstermek gibi. Diğer bir unsur dış dünyaya yansıtılan düşüncenin bir tehlike yaratmış olmasıdır. Burada tehlikenin gerçekleşmesi için düşüncenin ifade edilişinin içeriğinden ya da şeklinden doğan bir tehlike var olmalıdır. Dolayısıyla hem ifadenin

⁹⁰ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 96.

⁹¹ Yaşar SALİHPAŞAOĞLU, “Açık ve Mevcut Tehlike Kriteri ve Türk Hukuk Sistemine Yansımaları”, Liberal Düşünce, Yıl: 2008, sayı 51, s. 231-232.

⁹² Sait GÜRAN, İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1969, s. 140-141.

içeriği hem de kullanıldığı sıradaki durum ve şartlar önem taşır. Örneğin ıssız bir tepede yalan yere “*yangın var!*” diye bağırmak ile aynı hareketi kalabalık bir tiyatrodan yapmak bakımından oluşan tehlike farklıdır.⁹³

Bunun yanında istisnai de olsa sadece şekil ya da sadece içerik de tehlike oluşturabilir. Örneğin, şehrin iş merkezinde, ana trafik kanalı sayılan caddelerde araç akışının yoğun olduğu saatlerde gösteri yürüyüşü yapılması, bir açık hava toplantısının trafiği ciddi surette aksatacak, tıkanmadan akmasını engelleyecek tarzda yola taşması veya toplantıda kullanılan ses sisteminin çok gürültülü ve rahatsız edici olması, kullanılan afişlerin, pankartların sürüş güvenliğini bozacak, dikkati dağıtacak şekilde olması, huzuru, güvenliği, düzeni kısaca kamu düzenini ihlal edici bir tehlike oluşturur. Bu gibi durumlarda ifadenin içeriğinde hukuka aykırılık olmasa dahi kamu düzenini bozucu tehlike, ifade hareketi o yerde, o zamanda, o tarzda yapılmasa doğmayacak, yapıldığı için de doğmuş olacaktır.⁹⁴ Burada ifadenin içeriği değil, sadece ortaya konuluş şekli toplumun maddi düzeninin bozulması tehlikesini içerir.

İfadenin içeriği bakımından açık ve mevcut tehlike; istenilen, savunulan ve inandırılmaya çalışılan hususun gerçekleşmesi için halkı şiddete, düşmanca tutum sergilemeye, suç işlemeye teşvik edici ve iteleyici yönde tehlikenin varlığı demektir. Aynı zamanda bu tehlikenin önlenmesinde yeterli zamanın ve başka çarenin bulunmaması hususları dikkate alınabilir.⁹⁵ Bu noktada kamu düzenini ihlal eden, şiddeti öngören, suç sayılan eyleme teşvik eden düşüncenin ne olduğu sorusu akla gelmektedir. Schenck kararında Yargıç Holmes, dağıtılan broşürlerde “*vatandaşların*

⁹³ GÜRAN, İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri, s. 148-150.

⁹⁴ ibid, s. 153-154.

⁹⁵ SUNAY, Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti, s. 29-30.

askere yazılmasını engellemeye ve silahlı kuvvetlerde itaatsizliğe” yol açan içeriğin bulunması nedeniyle düşüncenin içeriğini, ABD’nin I. Dünya Savaşı içindeyken “devletin önlemekte haklı ve yetkili olduğu önemli ve ciddi zarar” saymıştır.⁹⁶

Tehlikenin “*mevcut*” veya “*pek yakın*” olması gerekmektedir. Ancak tehlikenin mevcut ya da pek yakında meydana gelecek olmasını tespit etmek güçtür. Bu nedenle belirli ve belli bir zamanda meydana gelecek tehlike için pek yakın denilebilir. Gerçekten barışçıl yollarla bertaraf edilemeyecek bir aşamaya gelmiş, acil müdahale gerektiren bir tehlike olmalıdır.⁹⁷

Açık ve mevcut tehlike ölçütü her olayın meydana geldiği durum ve şartlar içinde değerlendirilmelidir. Savaş ve çatışma ortamından uzak, barışın hakim olduğu olağan hallerde herhangi bir müdahale gerektirmeyen ifadeler, savaş halinde tehlike yaratabilmektedir.⁹⁸

Başvurulan özgürlüğü kısıtlayıcı tedbir, kaçınılmaz ve başvurulabilecek yegane tedbir niteliğinde olmalıdır. Örneğin meydan ve sokaklarda el ilanı, broşür gibi kitapçıkların dağıtılmasının, bunların yere atılmasının çevreyi kirleteceği gerekçesiyle yasaklanması en son çare değildir. Burada özgürlüğü engellemek yerine ilanı ya da broşürü yere atıp çevre kirliliğine neden olanlara para cezası uygulanabilir.⁹⁹ Bu konuda verilebilecek diğer bir örnek şudur: Açık hava toplantısında konuşmacının söylediklerine bir kısım dinleyen tarafından tepki

⁹⁶ GÜBAN, İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri, s. 160.

⁹⁷ ibid, s. 174.

⁹⁸ ibid, s. 176.

⁹⁹ ABD Yüksek Mahkemesi’nin Schneider v. State, 308 US 147 (1939) kararı, Aktaran Sait GÜBAN, İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri, s. 178.

gösterilmesi, konuşmacıyı susturmak için huzursuzluk, düzensizlik çıkarılması söz konusu olabilir. Bu durumda yapılması gereken konuşmacının susturulması değil; onun serbestçe kendisini ifade edebilmesini sağlamak için, bozgunluk çıkaran dinleyicilere karşı gerekli tedbirlerin alınmasıdır.¹⁰⁰

Türk hukukunda ise *açık ve yakın tehlike ölçütü* siyasal parti kapatma davalarında Anayasa Mahkemesi'nin denetim sürecinde benimsediği ölçütlerden birisidir. Gerçekten Sosyalist Birlik Partisi'nin kapatılması davasında¹⁰¹ Türkiye Cumhuriyeti için yakın ve öngörülebilir bir tehlike nedeni olarak parti programında yer alan hususları gösteren Yüksek Mahkeme, bunların partinin kapatılmasının nedenlerini oluşturduğunu belirtmiştir. Benzer şekilde Demokrasi ve Değişim Partisi'nin kapatılması davasında¹⁰² da Türkiye Cumhuriyeti'nin koşulları gereği partinin tehlikeyi arttırdığı belirtilmektedir. Her iki kararda da parti programlarında geçen ifadelerin Anayasa'ya aykırılığından dolayı kapatma kararı verilmiştir.

Çağdaş bir yorumla, kamu düzeni kavramının kapsamında demokratik toplum düzeninin de yer aldığı düşünüldüğünde siyasal parti kapatma davalarında açık ve yakın tehlikenin oluşu, kamu düzeni ihlalinin tespitinde kullanılabilecek bir ölçüttür. Bu ölçüte göre açık ve yakın tehlikenin ciddiyeti, tehlikenin kapsamının daralması ya

¹⁰⁰ *Feiner v. Newyork* , 340 US 315 (1951), Aktaran GÜRAN, *İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri*, s. 178.

¹⁰¹ 19.7.1995 tarihli, E.1993/4,K.1995/1 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı metni için bkz. www.hukukturk.com, Anayasa Mahkemesi kararları başlığı (E.T. 25.01.2010).

¹⁰² 19.3.1996 tarihli, E.1995/1, K.1996/1 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı metni için bkz. www.hukukturk.com, Anayasa Mahkemesi kararları başlığı (E.T. 25.01.2010).

da genişlemesi her ülkenin içinde bulunduğu şartlara göre değişkenlik gösterecektir.¹⁰³

1.4. Siyasal Sistemlerde Kamu Düzeni Kavramına Yüklenen Anlam

1.4.1. Totaliter Sistemlerde Kamu Düzeni

Her bireyin istediğini yapabileceği, istediği gibi düşünüp hareket edebileceği bir “*küçük dünyası*” vardır. Kimsenin, özellikle devletin karışamayacağı bu alanda, siyasal sistem hareket serbestisi tanımaz ve bireyin tüm kişiliğini kontrol altına alırsa totaliter olur.¹⁰⁴ Otoriter sistemlerdeki sınırlı müdahaleye karşılık, totaliter sistemlerde toplumsal yaşantının her boyutuna müdahale söz konusudur.¹⁰⁵ Hatta bu müdahale sadece toplumsal yaşantı ile sınırlı kalmaz, iktidar kendisinde, bireylerin konutlarında, iç yaşantılarında ve kendi ahlak anlayışlarında oluşturdukları düzene veya onların iç dünyalarının yansıması olan eylem ve davranışlara müdahale hakkı görür. Bu müdahaleyi kamu düzeni amacı ile yaptığını iddia eder.¹⁰⁶ Sağ totalitarizm faşizm ve nasyonal sosyalizm, sol totalitarizm ise komünizmdir.

Komünizmin düşünsel altyapısını oluşturan Marksizme göre toplum sınıflara bölünmüştür ve devlet ekonomik bakımdan hakim sınıfın siyasal gücüdür. Hukukun

¹⁰³ Reyhan SUNAY, Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti, s. 28-29.

¹⁰⁴ TUNAYA, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, s. 188. Faşizm ve komünizm totaliter yönetimlerdi. Aynı eser içinde bkz. s. 198- 202.

¹⁰⁵ İlter TURAN, Siyasal Sistem ve Siyasal Davranış, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayını, Güryay Matbaacılık, İstanbul, 1977, s. 195.

¹⁰⁶ Metin GÜNDAY, İdare Hukuku, 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 260-261.

görevi ise hakim sınıfın çıkarlarını korumaktır.¹⁰⁷ Yine Marksizme göre sınıf mücadelesi sonucu işçi sınıfının yapacağı devrim ile proletarya diktatörlüğü kurulacak ve kapitalist toplum ile komünist toplum arasında köprü görevi görecektir. Bu noktada proletarya diktatörlüğünde kamu düzeninin sağlanması; sömüren sınıfların direnişlerinin kırılması, üretim araçlarının mülkiyetinin bu sınıfların elinden alınması, dolayısıyla özel mülkiyetin ortadan kaldırılması ile mümkün olacaktır.¹⁰⁸ Çünkü toplumun esenliğinin gerçekleştirilmesi özel mülkiyetten kaynaklanan eşitsizliklerin ortadan kaldırılmasına bağlıdır.

Komünizmin alt safhası olan sosyalizm aşamasında özgürlükler sınırsız olmayacak, sosyalizm ilkelerine aykırı olarak kullanılamayacaktır. Amaç sınıfsız bir topluma ulaşmak olduğundan proletarya diktatörlüğü döneminde, sömüren burjuva sınıfı için özgürlük olmayacaktır. İşçi sınıfının ise basın özgürlüğü, toplanma özgürlüğü gibi özgürlükleri olacaktır.¹⁰⁹ Bu noktada Sovyetler Birliği'ne bakılacak olursa bireye tanınan hak ve özgürlüklere karşı bireyin devlete ve topluma karşı ödev ve sorumlulukları vardır.¹¹⁰

Faşist devlet ise ilk olarak İtalya'da I. ve II. Dünya Savaşları arasında Mussolini tarafından kurulmuştur.¹¹¹ 1917 Devrimi sonrasında İtalya'da köylülerin ve işçilerin ayaklanmaları ile güvensiz ve düzensiz bir ortam oluşmuştur. Bu

¹⁰⁷ Ayferi GÖZE, Liberal, Marxiste, Faşist, Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Eylül 2009, s. 72.

¹⁰⁸ ibid, s. 73.

¹⁰⁹ ibid, s. 78-79.

¹¹⁰ Şeref GÖZÜBÜYÜK, Anayasa Hukuku, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ağustos 2008, s. 56.

¹¹¹ GÖZE, Liberal, Marxiste, Faşist, Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet, s. 121. GÖZÜBÜYÜK, Anayasa Hukuku, s. 67.

noktada komünizm bir tehlike olarak görülerek, sermaye çevrelerince faşist hareket desteklenmiştir. Burjuvazinin desteğini alan faşist hareket sosyalistleri şiddet ve terör ile sindirmiş ve iktidara gelmiştir.¹¹² Faşist devlette birey, sırf insan olması nedeniyle herhangi bir değere sahip değildir. Birey, toplumda yerine getirdiği fonksiyonlar ile varlık kazanabilir.¹¹³ Bu yapı içinde önemli olan bireysel özgürlük değildir; bireyin özgür olması demek, sosyal kuruluşlar içinde örgütlenmesi demektir. O sosyal kuruluş ne kadar özerkse birey de o kadar özgür olur. Birey önce sosyal kuruluşun otorite ve disiplinine ve üst derecede de devletin otoritesine tabidir.¹¹⁴ Mussolini bu konuyu şu şekilde açıklamaktadır: “... *faşist için her şey devlet içindedir ve devlet dışında beşeri, ruhi hiçbir şey varolamaz, bir değere sahip değildir. Bu anlamda, faşizm totaliterdir*”.¹¹⁵ Faşist devlette, devlet kamu düzenini sağlamak adına bireylerin her türlü faaliyetine müdahale etme hakkına sahiptir.¹¹⁶

Nasyonal-sosyalist devlet ise yine I. ve II. Dünya Savaşları arasında Almanya’da ortaya çıkmıştır. Almanya’da, Weimar Anayasası ile ilk demokrasi denemesi yapılırken; baş gösteren ekonomik kriz, meclisin sürekli feshedilmesi ve bunun sonucu olarak partiler arası mücadelenin silahlı çatışmalara varmasının da etkisiyle 1933 yılında Alman Nasyonal Sosyalist İşçi Partisi lideri Hitler başbakanlığa gelmiştir.¹¹⁷ Nazi rejiminde meclis vardır, ama tüm yetkileri elinden

¹¹² GÖZE, Liberal, Marxiste, Faşist, Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet, s. 122-123.

¹¹³ Münici KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 150, GÖZE, s. 133.

¹¹⁴ GÖZE, Liberal, Marxiste, Faşist, Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet, s. 134.

¹¹⁵ Benito MUSSOLİNİ, “*Faşizm*”, Çeviren Pars Esin, Batı’da Siyasal Düşünceler Tarihi-3, Derleyen Mete Tunçay, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1969, s. 252.

¹¹⁶ GÖZE, Liberal, Marxiste, Faşist, Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet, s. 135.

¹¹⁷ ibid, s. 175-176.

alınmış ve Hitler'in istekleri doğrultusunda hareket eden bir organ haline gelmiştir. Seçimler halkoylamasına dönüşmüş, muhalefet yasaklanmış, Nazi Partisi tüm sosyal ve siyasal yaşamı denetim ve gözetim altına almıştır.¹¹⁸ Böyle bir rejimde kamu düzeni, Nazi Partisi tarafından tanımlanmakta ve Nazi Partisi'ne göre düzenin sağlanması için halkın ırk birliğinin sağlanması, sürekli bir savaş halinde olunması gerekmektedir.¹¹⁹ Devletin hukuka bağlılığı söz konusu değildir. Bireylerin hak ve özgürlüklerinden ya da bunların korunmasından söz edilemez. Bireylerin özel yaşamları dahil, gündelik yaşama ilişkin herşey devlete bağlı ve onun denetimi altındadır.¹²⁰

1.4.2. Otoriter Sistemlerde Kamu Düzeni

Otorite sözcüğünden türemiş olan otoriterizmi, gerçek ve iyi bir otoriteden ince bir çizgi ayırmaktadır. Bu nedenle otoriterizmin otoritesi ile demokrasiyi ayakta tutan otoritenin sınırı belirsizleşmektedir. Özgürlük ile karşı karşıya olan otorite olmaksızın, özgürlük keyfi bir özgürlük iken; tersine özgürlük tanımayan bir otorite ise otoriter bir siyasal sisteme vücut verir.¹²¹

Sömürgecilikle savaş ve bağımsızlığı kazanma, toplumu derinden etkileyen sürekli bunalımlar ve yapı değişimleri gibi hızlı ve şiddetli gelişmeler otoriter

¹¹⁸ GÖZÜBÜYÜK, Anayasa Hukuku, s. 69.

¹¹⁹ ibid, s. 70-71.

¹²⁰ OKANDAN, Umumi Amme Hukuku, s. 330.

¹²¹ Giovanni SARTORI, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Çevirenler Tunçer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 206-207.

rejimleri doğurur. Otoriter rejimler tek parti sistemlerinde görülebilir.¹²² Tunaya'ya göre *“eğer, iktidar, tek ve resmi bir ideolojinin uygulayıcısı ise ve herhangi bir rekabete izin vermiyorsa, o zaman monist, kapalı bir siyasal hayat vardır ve otoriter bir siyasal rejim vardır.”*¹²³

Otoriter sistemler farklı siyasal gelişme düzeyinde ve değişik yapıda siyasal sistemleri kapsamaktadır. Bu sistemlerin ortak yönü yürütmenin başındaki kişi ya da heyetin, siyasal gücün kullanımında, diğer siyasal kurumlar tarafından denetlenme ve sınırlanmaya tabi olmayışlarıdır. Bu sistemlerde yasama ve yargı kurumları bulunsa da işlevleri yürütmeyi desteklemek ve meşrulaştırmak, yasaların uygulanmasını sağlamaktır.¹²⁴ Turan, otoriter sistemleri üç gruba ayırmaktadır: Geleneksel monarşiler, modern diktatörlükler, askeri cuntalar.¹²⁵ Otoriter sistemlerde iktidarın belli bir kişiye ya da gruba ait olması; hak ve özgürlükleri ihlal eden keyfi yasaların çıkmasına elverişli bir zemin oluşturur. Bunun yanında toplumsal düzenin nasıl olması gerektiği, iktidar tarafından belirlenir. Bu durumda kamu düzeninin ihlal edildiği savı, olağanüstü tedbirlere başvurmayı kolaylaştırır.

¹²² TUNAYA, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, 1980, s. 311. Bu noktada her tek parti rejimi otoriter değildir; tek parti otoriterlikle totaliterlik sarkacındadır. Aynı eser, s. 313.

¹²³ ibid, s. 413.

¹²⁴ TURAN, s. 194.

¹²⁵ The Economist Dergisi'nin 2007 yılında yayımlanan bir araştırmasında 167 ülkede demokrasinin durumu araştırılmış, devletler tam demokrasiler(full democracies), yarı demokrasiler(flawed democracies), karma rejimler(hybrid regimes) ve otoriter rejimler(authoritarian regimes) olarak sınıflandırılmıştır. Bu sınıflandırma özgür ve adil seçim, vatandaş özgürlükleri, devlet fonksiyonları, politik katılım ve politik kültür olmak üzere beş kategoride değerlendirilmiştir. İran, Suudi Arabistan, Afganistan, Libya, Mısır otoriter rejimler arasında yer alan devletlerdendir. Bu listede Türkiye karma rejimler arasındadır. Araştırmanın metni için bkz.

http://www.economist.com/media/pdf/DEMOCRACY_INDEX_2007_v3.pdf (E.T. 22.2.2010)

1.4.3. Azgelişmiş Toplamların Siyasal Sistemlerinde Kamu Düzeni

Azgelişmişlik kavramı, “geri kalmış”, “gelişme halinde”, “sanayileşmemiş” deyimleri ile eş anlamlıdır.¹²⁶ Azgelişmişlik “üçüncü dünya” terimi ile de ifade edilmektedir.¹²⁷ Azgelişmişlik kavramının göreceliliğinden dolayı bir tanımlama sorunu söz konusudur. Bunun başlıca nedeni ise siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel açıdan birbirinden farklı ülkelerin azgelişmişlik kategorisi altında değerlendirilmesidir.¹²⁸

Tek parti sistemleri ya da diktatörlüklerin görülebildiği azgelişmiş ülkelerde küçük elit gruplar siyasal yaşama katılırken, çoğunluğu oluşturan yoksul ve cahillerin bu tip hak ve özgürlüklerden mahrum olduğu görülür. Azgelişmiş ülkelerin tam anlamıyla ekonomik bağımsızlıklarını kazandıkları da söylenemez.

Avrupa dışında insan hakları ile ilgili bölgesel çalışmalar yürüten üçüncü dünya ülkeleri en büyük sorunu az gelişmişliktir. Bu ülkelerde farklı tarihsel ve kültürel altyapıya sahip olmak gibi etkenler nedeniyle çözülmesi imkansız gibi görünen ağır sorunlar mevcut olsa da, bu sorunlara en azından teşhis konulması önem taşımaktadır.¹²⁹

Azgelişmişliğin anatomisi incelenirken belli başlı ortak özellikler göze çarpar. Başlıca özellikler arasında ülke ekonomisinin büyük ölçüde tarıma dayanması,

¹²⁶ TUNAYA, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, s. 7. Bu noktada Kapani, azgelişmişlik kavramı yerine *gelişmekte olan* kavramının kullanılmasını eleştirmekte, kavramın belirsiz olduğunu ve az veya çok her ülkenin gelişme halinde olduğunu belirtmektedir. Münici KAPANİ, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, 3. Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1996, s. 101.

¹²⁷ KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s. 177.

¹²⁸ KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s. 176.

¹²⁹ MUMCU - KÜZECİ, s. 111.

sanayileşmenin yok denecek kadar az olması, ekonomik olarak gelişmiş ülkelere bağımlılık, feodal ya da yarı feodal düzenin varlığını devam ettirmesi, gelir dağılımında adaletsizlikler nedeniyle orta sınıfın oluşmaması, düşük okuma-yazma oranı, bozuk eğitim sistemi ve yetişmiş donanımlı insan kadrolarının yetersizliği sayılabilir.¹³⁰ Tüm bu etkenler az gelişmiş ülkelerin siyasal rejimlerine de yansımakta ve hukuk düzenlerini de etkilemektedir. Yaygın olan yoksulluk ve eğitimsizlik yüzünden siyasal kültür düşüklüğü, ülke ve toplum sorunlarına duyarsız kalma gibi nedenlerden dolayı bir toplumda demokrasi kültürünün yerleşmesi neredeyse imkansız görülmektedir.¹³¹

Bu noktada demokratik bir hukuk düzeninden bahsedilemez. Hukuk düzeni içinde pek çok kavram temel hak ve özgürlüklerin aleyhine olarak yorumlanır. Kamu düzeni de az gelişmiş ülkelerde temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında aracı bir kavram olarak kullanılmaktadır.

Siyasal hayatta partiler arasında kutuplaşma görülür. Örneğin dindar-dinsiz olarak ortaya çıkan kutuplaşma sonucu çoğunluğu oluşturan muhafazakar halk kitlelerinin dinsel duygularına, geleneklerine dayanarak halkın çoğunluğunun güvenini kazanan siyasal parti iktidarını bu eğilim üzerine kurar.¹³² Bu durumda iktidardaki siyasal parti bir üst kavram olan kamu düzenini, kendi toplum düzeni

¹³⁰ TUNAYA, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, s. 8, 627-628. KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s. 178-180. Ahmet Taner KİŞLALI, Siyasal Sistemler, 7. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2006, s. 300-301. Kapani, geri kalmışlığın temelinde yatan tarihsel nedenin sömürgecilik ve emperyalizm olduğunu belirtmektedir. Gerçekten *“sömürgeci devletlerin egemenlikleri altında bulundurdıkları ülkelere uygarlık adına pek az şey götördükleri, buna karşılık hammadde deposu ve açık pazar olarak kullandıkları bu ülkeleri ekonomik bakımdan tam anlamıyla sömürdükleri”* tartışma götürmemektedir. KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s. 182.

¹³¹ KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s. 186-187.

¹³² TUNAYA, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, s. 418.

anlayışına göre yönlendirme yolunu seçecektir. Bu da kamu düzeninin alt kavramı olan genel ahlak kavramının, toplumun belli bir kesimine ait ahlak anlayışına indirgemek sonucunu doğurabilir.

Az gelişmiş ülkelerde askeri diktatörlüklerin yanında tek parti rejimleri de görülmektedir. Başta yaşama hakkı olmak üzere, işkence yasağı, kişi dokunulmazlığı, insanlık dışı ceza yasağı, keyfi tutuklama yasağı, savunma hakkı gibi temel insan hakları kamu düzenini korumak adına ihlal edilmektedir.¹³³

Kamu düzeni, demokratik düzenin karşıtı olarak algılanmaktadır. Oysa toplumun asayiş, huzur ve sükununun sağlanması hususlarını içeren kamu düzeni, gelişmiş toplumlarda demokratik düzenin sağlanmasında bir araçtır. Az gelişmiş ülkelerde ise “*topluma rağmen toplum için*” anlayışı ile temel hak ve özgürlükler çiğnenebilmektedir. Dolayısıyla bozulan kamu düzenini sağlamak adına sınırsız, sorumsuz ve denetimsiz bir olağanüstü hal yönetiminin iş başında olduğu söylenebilir.¹³⁴

1.4.4. Demokratik Sistemlerde Kamu Düzeni

Özgürlüklerin gerçekleşmesini sağlayacak rejim olarak görülen demokrasi ile özgürlüklerin, birbirinden ayrılmaz ikiz kavramlar olduğuna ilişkin yaygın bir kanaat mevcuttur.¹³⁵ Bu yaygın kanıya karşılık Kapani, demokratik olmadan önce

¹³³ KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s. 193.

¹³⁴ KAPANİ, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, s. 119.

¹³⁵ KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s. 167. Anıl ÇEÇEN, İnsan Hakları, 3. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, Ekim 2000, s. 53.

özgürlükçü olan İngiltere örneğini vermekte ve İngiltere’de parlamentonun kuruluşunun demokratik bir temele dayanmamasına rağmen vatandaşların kişi güvenliği, konut dokunulmazlığı, dernek kurma, toplanma, düşünceyi açıklama özgürlüğü gibi özgürlüklere sahip olduklarını belirtmektedir.¹³⁶

Tunaya’ya göre siyasal muhalefet bir anayasa kurumu olarak varsa, çoğulcu siyasal hayat söz konusu ise demokratik bir yönetimden bahsedilebilecektir.¹³⁷ “*Burjuvazinin öncülüğünde ortaya çıkmış olan*” demokratik sistemlerdeki ortak özellikler arasında kapitalist ekonomik sistem ve çoğulculuk ilkesi sayılabilir.¹³⁸

Demokrasinin yapıtaşlarından biri olan liberal düşüncede özgürlük şu şekilde tanımlanır: “...*özgürlük karşısındakinin -ya da başkalarının- özgürlüklerine zarar vermeyecek biçimde davranışlarını kendine göre düzenleme yeteneği olup uğradığı tek baskı da gene başkalarının özgürlüğünün başlangıcıdır.*”¹³⁹

Liberal düşüncenin temelinde yer alan bireyin, kendi yetenekleri doğrultusunda tespit edilecek özgürlük alanının sınırları yasayla çizilecektir. Bu sınırların amacı ise karşısındakinin alanına sataşmayı ve toplumda çatışmayı

¹³⁶ KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s. 168-169.

¹³⁷ TUNAYA, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, 1980, s. 413.

¹³⁸ AKAD - VURAL DİNÇKOL, s. 384.

¹³⁹ G. BURDEAU, Le Libéralisme, Paris, Seuil, 1979, s. 40, Aktaran Mehmet AKAD, Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasası’nın 10. Maddesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1984, s. 11.

önlemektir.¹⁴⁰ İşte bu sınırlardan birini de kamu düzeni oluşturmaktadır. “*Liberalizm, hiç kuşkusuz bir özgürlük öğretisidir, ama düzen içinde bir özgürlüğün...*”¹⁴¹

Bu bakımdan Dönmezer, kullanılması sorumluluk doğurmayan hak ve özgürlük olmadığını ifade etmektedir. Dolayısıyla her bir hak ve özgürlük belirli bir sorumluluk alanı oluşturur. Hiçbir sorumluluk getirmeyen bir özgürlük, hukuken varlık bulamaz ve toplumsal açıdan böyle bir özgürlük aslında zamanla aşırı bir sınırlamayı getirecektir.¹⁴² Bu nedenle hak ve özgürlüklerin hukuken sınırları belirlenmiş bir toplum düzeni içinde kullanılması mümkündür.

Çağdaş demokrasilerde temel ilkeler siyasal çoğulculuk, temsil, seçim, çoğunluğun yönetme hakkı, muhalefet etme özgürlüğü, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve yasa önünde eşitliktir.¹⁴³ Bir hoşgörü rejimi olan demokratik sistemlerde birbirini dinleme, karşıt görüşlere saygı gösterme esastır.¹⁴⁴ Bu esastan hareketle toplanma, dernek kurma, basın ve haberleşme gibi özgürlükler, herhangi bir mahkumiyet tehdidi olmadan kullanılır. Bu özgürlükler, iktidara karşı olsa da, farklı akımların kamuoyuna ulaşmalarının güvencesini oluşturur.¹⁴⁵

¹⁴⁰ AKAD, Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasası’nın 10. Maddesi, s. 12.

¹⁴¹ G. BURDEAU, Le Libéralisme, Paris, Seuil, 1979, s. 48, Jean RIVERO, Les Libertés Publiques, P.U.F., Paris, 1978, s. 57-65, Aktaran Mehmet AKAD, Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasası’nın 10. Maddesi, s. 12.

¹⁴² Sulhi DÖNMEZER, Basın Hukuku, Cilt I, 2. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1964, s. 75.

¹⁴³ GÖZÜBÜYÜK, Anayasa Hukuku, s. 25-28.

¹⁴⁴ ÇEÇEN, İnsan Hakları, s. 81.

¹⁴⁵ TUNAYA, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, s. 415.

Gerçekten sadece seçim sisteminin olduğu bir yönetimde, özgürlük ve yargı güvencesi yoksa orada demokrasi var olamaz, çoğunluğun yönetimi söz konusu olur.¹⁴⁶

Modern demokratik devletler bakımından özgürlükler sınırlanabilir. Ancak sınırlama yapılırken uyulması gereken belli başlı kurallar bulunmaktadır. Bunlar sınırlamanın kural değil, istisna olması, kamu iradesinin ifadesi olan yasa ile sınırlama yapılması, sınırlamanın sadece belli sınırlama nedenleriyle yapılabilmesi, sınırlamanın özgürlüğün özüne dokunmaması, yani ölçülü olması, sınırlama yapılmasında mutlaka kamunun çıkarı bulunması ve sınırlamanın geçici olmasıdır.¹⁴⁷

Bir sınırlama nedeni olarak kamu düzeni de bu kurallar çerçevesinde özgürlüğün sınırlanmasında kullanılacak bir ölçüttür. Demokratik toplum hayatının iki temel unsuru kamu düzeni ve kişi özgürlükleridir. Her ne kadar liberal felsefede bu iki kavramın karşıt olduğu tezi kabul edilse de demokratik toplum hayatının korunması için ikisi arasında bir denge kurulması gerekmektedir.¹⁴⁸

Demokratik bir rejimde kamu düzeni ile özgürlükler arasında çok daha sıkı bir bağ söz konusu olmalıdır. Çünkü hem devlet hem de toplum düzeni demokratik temeller üzerine oturtulmuştur. Bu durumda kamu düzeninin korunması ve sağlanması demek, demokratik düzenin güvence altında olması demektir.¹⁴⁹

Günümüzde demokratik hukuk devleti kavramı, hukuk düzeninin meşruluğunun ölçütünün özgürlük olduğuna, özgürlüğün koruyucusunun hukuk

¹⁴⁶ KIŞLALI, s. 244.

¹⁴⁷ MUMCU - KÜZECİ, s. 139.

¹⁴⁸ KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s. 228-229.

¹⁴⁹ ibid, s. 229.

olduğuna işaret ederken aslında demokratik bir toplumun yeterli bilgi birikimine ve düşünce üretme ve ifade etme yetisine sahip bireylere ihtiyaç duyduğunu göstermektedir.¹⁵⁰

Yukarıda¹⁵¹ açıklandığı üzere demokrasinin nimetlerinden faydalananak iktidara gelen ve totaliter bir rejime geçen Hitler karşısında ne yapılabiliirdi? Özgürlük rejimi olan demokraside düşünce, basın, toplanma, propaganda özgürlüğü vardır; demokrasi karşıtları da bu araçları kullanarak iktidara gelmiştir. Bu durumda demokrasilerde var olan düzeni korumak için özgürlüklere birtakım fren mekanizmalarının getirilmesi şart görünmektedir.

“Özgürlük düşmanlarına özgürlük yoktur” anlayışı çerçevesinde özgürlüklere, var olan düzeni korumak için sınırlamalar getirilebileceğı kabul edilmektedir. Özellikle totaliter rejimler ve köktendinci akımlara karşı, demokratik kamu düzeninin korunması için özgürlük alanının sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir.¹⁵² İşte mücadelecı demokrasi anlayışı; faşizm, nasyonal sosyalizm, komünizm gibi totaliter rejimler veya demokratik düzeni sarsmaya ya da yıkmaya yönelmiş akımlar karşısında bu rejim ya da akımları savunan birey ya da grupların düşüncayı açıklama veya örgütlenme özgürlüklerini kısıtlayan aktif demokrasi anlayışıdır.¹⁵³ Devletin demokratik düzeni korumak için sınırlamalar getirmesi meşru

¹⁵⁰ İbrahim ŞAHBAZ, Karşılaştırmalı Düşüncayı Açıklama Özgürlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara,2007, s. 25.

¹⁵¹Bkz. bu tez içinde Birinci Bölüm, 1.4. Siyasal Sistemlerde Kamu Düzeni Kavramına Yüklenen Anlam, 1.4.1. Totaliter Sistemlerde Kamu Düzeni, s. 35-38.

¹⁵² Abdurrahman EREN, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Avrupa Kamu Düzeninde Politik Alanın Sınırları ve Yeni Kapalı Politik Alan”, AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, Aralık 2003, s. 209.

¹⁵³ HAKYEMEZ, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, s. 33-34.

bir davranıştır; fakat siyasal iktidarın kendi dünya görüşünü dayatmak için mücadeleci demokrasiyi araç olarak kullanması demokratik düzeni zedeleyecektir.¹⁵⁴ Bu noktada siyasal iktidar; tüm özgürlükleri korumak adına tüm özgürlükleri kendi menfaatine uygun bir özgürlüğe, örneğin din ve vicdan özgürlüğüne, indirgeyerek mücadeleci demokrasi anlayışına sığınabilir. Burada artık mücadeleci demokrasi anlayışının varlığından söz edilemez. Özellikle Türkiye gibi demokrasi kültürünün tam olarak yerleşmediği ülkelerde, mücadeleci demokrasi anayasa ile güvence altına alınan temel ilkeleri korumaya yönelik olmalı; siyasal iktidarın kendi dünya görüşünü toplumsal düzen olarak dayatması mekanizmasına dönüşmemelidir.

1.5. Tanım

Kamu düzeni kavramı çok sık kullanılmasına karşın kavramın tanımını yapmak oldukça güçtür. Kavramın açıklık kazanması için öğreti ve mahkeme kararları ölçüt alınarak tanımı yapılmaya çalışılacaktır.

Öncelikle “*kamu*” sözcüğünün birden fazla sözlük anlamı bulunmaktadır. İlk anlamı “*halk hizmeti gören devlet organlarının tümü*”dür. İkinci anlamı ise “*bir ülkedeki halkın bütünü*”dür.¹⁵⁵

Hukuki açıdan ele alınacak olursa ortadaki soruna göre kamu kavramının kapsamı değişebilmektedir. Örneğin bir olay karşısında kendisini kamunun

¹⁵⁴ HAKYEMEZ, Militer Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, s. 34.

¹⁵⁵ Türk Dil Kurumu çevrimiçi sözlüğü, bkz. <http://www.tdk.gov.tr/TR/sozbul>. (E.T. 1.10.2009).

karşısında gören birey başka bir olayda kamunun kapsamı içinde yer aldığını düşünebilir.¹⁵⁶

Habermas, gündelik dilde herkese açık toplantıların *kamusal* olarak adlandırıldığına, devletin kurumlarını barındıran binalara da *kamusal binalar* dendiğine işaret eder ve “*kamu*”nun kendisini “*özel alan*”dan ayrı bir alan olarak ortaya koyduğunu belirtir. Bunun yanında kamu kavramının, Alman dilinde 18. yüzyılda kullanılmaya başlandığını ve kavramlaştırılmayı talep ettiğini belirten Habermas, kavramın “*burjuva toplumuna*” ait olduğunu ifade eder.¹⁵⁷

Düzen sözcüğünün sözlük anlamı ise “*belli yöntem, ilke veya yasalara göre kurulmuş olan durum, uyum, nizam, sistem*”dir.¹⁵⁸

Kamu düzeninin sözlük anlamı “*bütün toplumu ilgilendiren düzen*” demektir.¹⁵⁹

Sosyolojik ve siyasal anlamdaki her insan topluluğu asgari olarak bir düzene ve disipline bağlanmak zorundadır. Bu zorunluluktan dolayı kamu gücünün¹⁶⁰ en eski görevlerinden biri düzeni sağlamak ve korumaktır.¹⁶¹ Devlet, ortaya çıkışından

¹⁵⁶ Mustafa ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, 7. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, Mart 2005, s. 263.

¹⁵⁷ Jürgen HABERMAS, Kamusallığın Yapısal Dönüşümü, Çevirenler Tanıl Bora, Mithat Sancar, 4. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002, s. 58-59.

¹⁵⁸ Türk Dil Kurumu çevrimiçi sözlüğü, bkz. <http://www.tdkterim.gov.tr/bts/> (E.T. 1.10.2009).

¹⁵⁹ Türk Dil Kurumu çevrimiçi sözlüğü, bkz <http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul>. (E.T. 01.10.2009).

¹⁶⁰ Devlet, kamu gücüne sahip hukuksal bir kişiliktir. Bunun dışında farklı devlet tanımları da vardır. Bir tanıma göre devlet, bir ulusun belli bir ülke üzerinde, siyasal açıdan örgütlenmesi sonucu ortaya çıkan tüzel kişiliktir. Diğer bir tanıma göre devlet, örgütlenmiş bir ulustur. Başka bir tanıma göre devlet iktidardır, bunu kısıtlayan başka bir iktidar yoktur. Bu tanımların ortak noktaları ele alınacak olursa bunlar topluluk, ülke ve egemenliktir. GÖZÜBÜYÜK, Anayasa Hukuku, s. 12-13.

¹⁶¹ Lütfi DURAN, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 248.

itibaren, bireylerin düzen ve güvenliğini sağlayıcı araç olması bakımından önem taşımaktadır.¹⁶²

Duguit'ye göre *“sokağa çıkıyoruz, bir kargaşalık itişip kakışma görüyoruz; silahlı polisler geliyor, kargaşalık çıkaranları yakalıyor ve düzenliği sağlıyor; gene devlet mukavemet edilmez bir maddi kuvvete sahip olarak memleket içinde barışı ve dinginliği sağlıyor.”*¹⁶³ Dolayısıyla kamu düzenini sağlama amacı, aynı zamanda modern devletin meşruiyetini açıklamaktadır. Çünkü toplumsal düzenin ve barışın sağlanması için ülkede bir “kuvvet tekeli”nin varlığı zorunludur.¹⁶⁴

Kamu düzeninin önemi, olağan durumlarda değil, toplumda uyumsuzluk ve karışıklık olduğunda anlaşılmaktadır. Hem bireyler hem de devletin kendisi toplum içinde düzenin sağlanması için devletin öngördüğü birtakım emir ve yasaklara uymakla yükümlüdür.¹⁶⁵

İster ulusal ister uluslararası alanda olsun kamu düzeninin genel yararlarla ilgili olduğu kabul edilir. Dolayısıyla temel haklar ve anayasal ilkelerin güvencesi olan kamu düzeni, karışık gibi görünen özgürlük ve güvenlik kavramları ile yakından ilgilidir.¹⁶⁶

¹⁶² Emine CİN, *“Kamu Düzeni, Kolluk Faaliyeti ve Arama Yetkisi”*, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 1109. Günümüzde özel güvenlikli sitelerde yaşama, hatta bireylerin can güvenliklerini özel korumalar ve güvenlik görevlileri ile sağlamaya çalışmaları devletin bu temel işlevini sorgulanmasına neden olmuştur.

¹⁶³ Leon DUGUİT, *Kamu Hukuku Dersleri*, Çeviren Süheyp Derbil, AİHF Yayınları, İstiklal Matbaacılık, Ankara, 1954, s. 54.

¹⁶⁴ DUGUİT, s. 55.

¹⁶⁵ DURAN, *İdare Hukuku Ders Notları*, s. 249.

¹⁶⁶ ŞAHBAZ, s. 296-297.

İlke olarak bireyler davranışlarında serbest olduklarından dolayı günlük hayatta herhangi bir kısıtlamaya maruz kalmazlar. Ancak kamu düzeninin sağlanması ve korunması söz konusu olduğunda bireyler temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması konusunda devlet ile karşı karşıya gelmektedir.

Devletin, kamu düzeninin koruyucusu olması, kamu düzeni ve bireysel özgürlükler arasında tam anlamıyla bir karşılık olduğunu göstermez. Çünkü kamu düzeninin sağlanması için bir özgürlükten vazgeçme, başka bir özgürlüğün sağlanması ile ödüllendirilmektedir. Örneğin öldürme özgürlüğünden vazgeçildiğinde beden bütünlüğü ve yaşam hakkı güvence altına alınmakta; saldırmaktan vazgeçildiğinde insan onuru korunmuş olmaktadır. Dolayısıyla özgürlükten vazgeçme ve özgürlüklerin güvence altına alınması kamu düzeninin iki yüzünü oluşturmaktadır.¹⁶⁷

Bu durumda kamu düzeni kavramının Türk hukuku bakımından açıklığa kavuşturulması birey ve devlet arasındaki dengenin sağlanması için önem taşımaktadır.

Haklar ve özgürlüklerin düzenlenmesi ve korunması açısından anayasalarda ve yasalarda kamu düzeni ile ilgili hukuki düzenlemeler yapma yoluna gidilmektedir. Dolayısıyla siyasal iktidar ile bireylerin, anayasal ve yasal düzenlemelerin nasıl bir kamu düzeni öngöreceği noktasında uzlaşa içinde olmaları esastır.¹⁶⁸ Bu noktada *“iktidarla özgürlüğün birlikte fonksiyonu,..., toplumsal realite ile hukukun normatif*

¹⁶⁷ Otfried HÖFFE, *“Bir Şeytan Halkının Bile Devlete İhtiyacı Vardır-Tabii Adaletin İkilemi”*, Çeviren Özgür Türesay, Devlet Kuramı, Derleyen Cemal Bali Akal, Dost Kitabevi, Ankara, 2000, s. 329.

¹⁶⁸ AKAD – VURAL DİNÇKOL, s. 329-330.

yapısının bağdaştırılmasıyla geçerlik kazanabilecektir.”¹⁶⁹ Burada unutulmaması gereken nokta toplum hayatında düzen olmadan özgürlüklerin bir anlam ifade etmediğidir.

Bugün kamu düzeni demokratik sistem içinde özgürlükler bakımından kabul edilebilir bir sınırlama nedeni olarak görülmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin kullanılması kamu düzenini bozucu nitelikte olmamalıdır.¹⁷⁰ Temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi, korunması ve sınırlarının belirlenmesi sürecinde, bu hak ve özgürlüklerin nasıl ve hangi koşullar içinde kullanılacağını yasa koyucu belirler. Yasa, pozitif hukukun bir parçası haline getirildikten sonra hem yürütme hem de yargı devreye girer. Burada yargı, hem kamu düzeninin korunup korunmadığını hem de yurttaşların hak ve özgürlüklerini serbestçe kullanmaları için yasalara uygun gerekli ortamın sağlanıp sağlanmadığını denetleyecektir.¹⁷¹

Kamu düzeni kavramının hukuki açıdan objektif bir tanımını yapmak zor olmakla birlikte, Tunaya’ya göre kamu düzeni, “...toplum hayatı için en azından gerekli (asgari) koşulları yerine getirmekle ilgilidir. Bir toplum hayatının en azından gerekli koşulları, insanların güvenli, huzurlu ve sağlık içinde yaşamalarının sağlanmasıdır.”¹⁷² Dolayısıyla kavram özünde toplumda iç barışın sağlanmasını ifade eder.¹⁷³

¹⁶⁹ AKAD – VURAL DİNÇKOL, s. 331.

¹⁷⁰ KORKMAZ, s. 131.

¹⁷¹ AKAD – VURAL DİNÇKOL, s. 334-335.

¹⁷² TUNAYA, s. 221.

¹⁷³ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 93.

Gözübüyük'e göre “...kamu düzeni, toplumun barış ve güven içinde gelişmesini ve yaşamını sürdürmesini sağlayacak bir ortamdır.”¹⁷⁴

Birbirinden farklı ve çeşitli kamu düzeni tanımlarının olmasının nedenlerinden biri, toplumun her alandaki düzeninden devletin sorumlu olması ve siyasal iktidarı elinde bulunduranların öznel düzen anlayışlarıdır. Çünkü her somut olayda açık ve kesin olarak kamu düzeni ihlali olup olmadığını tespit etmek güçtür. Bu durum örneklendirilecek olursa “eğer idari makamlar karaborsayla başa çıkmak için, bazı malların fazla alınmasını ve satılmasını önlerlerse, bu, ekonomik bir zorunluluktur ve sosyal hayatın huzuru ile kişilerin sağlığı ve güvenliğiyle ilgilidir. Ne var ki, her tedbir bu oranda somut olamaz. Bir tiyatro piyesini yasaklamak da, hiç gerekmediği halde, bu kapsama sokulabilir.”¹⁷⁵

Bu noktada Tunaya'nın Fransız Danıştay kararından verdiği örnek çarpıcıdır. Olayda kitabındaki sert ifadelerle öğretmenleri eleştiren Fransız yazar Rene Benjamin'in Nevers şehrinde düzenleyeceği edebiyat konferansının gerçekleştirilmemesi için öğretmenler yetkili idari makama başvururlar. Yetkili idari makam, öğretmenlerin baskısı karşısında yapılacak tüm konferansları yasaklar. Bunun üzerine konferansçı Danıştay'a başvurur. Danıştay kararının gerekçesinde toplanma özgürlüğünün yerine getirilmesi için idarenin hiç çaba göstermediğini, her tehdit karşısında bir toplantının önlenmesinin toplantı özgürlüğünün özüne dokunacağını belirtmiş, aynı zamanda kolluk güçlerinin gerekli tedbirleri almasına

¹⁷⁴ Şeref GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 303.

¹⁷⁵ TUNAYA, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, s. 222.

karşın toplantının yapılamaması durumunda kamu düzeninin bozulacağını vurgulamıştır.¹⁷⁶

Kamu düzeni kavramı; kişisel, grupsal, toplumsal ve siyasal iktidar ilişkilerinin güdümü altına sokularak, gerçek amacından ve içeriğinden uzaklaştırılmaya çalışılmaktadır. Genel yarar yok edilerek kavram, çeşitli biçimlerde gerçekleşen kişisel ya da grupsal çıkarlara hizmet eder hale getirilmeye çalışılmaktadır. Bu nedenle demokratik laik sosyal hukuk devletinin kamu düzeni ile toplumda süregelen düzen arasında yabancılaşma olmaktadır. Bu da kamu düzeninin “konforme” olması demektir.¹⁷⁷ Dolayısıyla zaman, mekan ve konu bakımından değişkenlik gösteren¹⁷⁸ kamu düzeninin siyasal iktidarın keyfi uygulamaları sonucu içi boş bir kavram haline getirilmesi ve siyasal iktidarın kendi düzenini toplumun düzeni olarak dayatması keyfi uygulamaları beraberinde getirecektir. Bu nedenle kamu düzeni kavramının Türkiye Cumhuriyeti Devleti için ne anlama geldiğini açıklamak ve kavrama istikrar kazandırmak zorunluluğu doğmaktadır.

Anayasal bir kavram olan kamu düzeni, özgürlükleri sınırlama nedeni olarak öngörülmüştür. Yokuş, kamu düzeninin, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımını ilgilendiren bir sınırlama nedeni olduğunu belirtmektedir. Özgürlüğün kötüye

¹⁷⁶ Bu karar için bkz. *Les Grands Arrêts de la Juriprudence Administrative*, s. 212, Aktaran Tarık Zafer TUNAYA, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, s. 222-223.

¹⁷⁷ Bu noktada Kutlu, yürürlükteki kurum, ölçüt veya şartlara, kesin olmayan katı kalıplara, eleştirici bir değerlendirme yapmaksızın uyma, çevrenin egemen ve yaygın kanı ya da değerleriyle uzlaşma eğilimi demek olan konformizmin, kamu düzeninde de etkili olduğunu ifade etmekte ve siyasal iktidarın, bireyleri yaratmış olduğu kamu düzeni yapısı ile uyum içinde olmaya zorladığına dikkat çekmektedir. Mustafa KUTLU, “*Yargıç, Kamu Düzeni ve Konformizm*”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, Sosyolojik Bakışlar-II, Sempozyum*, 4-11 Eylül 2004, İstanbul, s. 93-97.

¹⁷⁸ Özgecan ORDU, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanma Nedeni Olarak Avrupa Kamu Düzeni*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 11-12.

kullanılması karşısında, bireysel çıkar-toplum çıkarı dengesi kurulmaya çalışılırken uygulanacak yaptırımında ölçüt kamu düzeni olabilir.¹⁷⁹

Kavramın pozitif hukuktaki işlevini belirlemek ve anlamak, hukuki anlamı ortaya koymak için Anayasa Mahkemesi'nin görüşü önem taşımaktadır.¹⁸⁰ Anayasa Mahkemesi 28.1.1964 tarihli ve E: 1963/128, K: 1964/8 sayılı, kamu düzeni kavramını ilk kez ele aldığı kararında kamu düzeni kavramının belli edilmesi güç bir anlamı kapsadığını, nitekim yerli ve yabancı bir çok hukuk eserlerinde, çeşitli alanlardaki kişi haklarını sınırlayan bu terimin sık sık görüldüğünü, fakat tarifine çok az rastlandığını belirttikten sonra yapılmış olan tariflerin incelenmesi sonucunda kamu düzeni deyiminin; *“toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı”* sonucuna varmıştır.¹⁸¹ Bu noktada Anayasa Mahkemesi, kamu düzeni kavramının tanımını yaparken ikili bir ayrım gözetmiştir. Bir taraftan kamu düzeninin toplumun huzur ve sükununu ifade ettiğini belirtirken, diğer taraftan devletin ve devlet teşkilatının korunmasını amaçlayan bütün kuralları kamu düzeni kavramının kapsamında görmektedir.¹⁸²

Anayasa Mahkemesi, bir başka kararında siyasal partilerin adaylarını belirlemesinin siyasal partilerin varlığı ve oluşması yönleriyle kamu düzeni ile

¹⁷⁹ Sevtap YOKUŞ, AİHS’de ve 1982 Anayasası’nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 70-71.

¹⁸⁰ İbrahim Kaboğlu, *“Anayasa Mahkemesi’nin Kamu Düzeni Anlayışı”*, Günümüzde Yargı, sayı 41, Eylül 1979, s. 5.

¹⁸¹ Anayasa Mahkemesi’nin 28.1.1964 tarihli ve E: 1963/128, K: 1964/8 sayılı kararı, www.hukukturk.com sitesinin Anayasa Mahkemesi Kararları bölümünden alınmıştır. (E.T. 4.1.2010)

¹⁸² Reyhan SUNAY, Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti, s. 9.

doğrudan bağlantılı olduğunu belirterek, kamu düzeni kavramının içeriğini genişletmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre “...adaylık saptanması ve aday gösterilmesi işlemlerinde parti liderlerine veya lider kadrolarına veya parti genel merkezlerine egemenlik veya öncelik tanınması, uygulamada siyasal hayatı ve dolayısıyla siyasal rejimi zamanla oligarşik doğrultuya yöneltmekte ve sonunda kaynağı halktan gelen demokratik yönetim yerine, git gide başka esaslara dayanan rejimleri gerektirmektedir.” Anayasa Mahkemesi, genişletici yorum yaparak kamu düzeninin demokratik rejimi de kapsadığı saptamasında bulunmaktadır.¹⁸³

Anayasa Mahkemesi, 22.11.1976 tarihli ve E. 1976/27, K. 1976/51 sayılı kararında¹⁸⁴ 171 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hürriyeti Hakkında Kanun'da¹⁸⁵ yer alan ve toplantı yöneticilerinin isteği olmadan bir toplantının devamını imkansız kılacak ve genel sükun ve düzeni bozacak sözle veya fiille saldırlı bir şekil alması halinde, hükümet komiserine o toplantıyı dağıtma yetkisi tanıyan hükümdeki “sözle veya” deyiminin özgürlüğün özünü zedeler nitelikte olduğuna ve Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ilke ile toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına aykırı olan deyim iptalinin gerektiğine hükmetmiştir. Bu noktada Yüksek Mahkeme, yukarıdaki kararında yapmış olduğu kamu düzeni tanımına atıfta bulunarak “genel sükun ve düzen” deyiminin kamu

¹⁸³ Geniş anlamda kamu düzeni, demokratik düzeni kapsamaktadır ve bugün evrensel anlayışa göre de bu böyledir. Ancak Kaboğlu, Anayasa Mahkemesi'nin kamu düzeni kavramına rejim sorunu ile eşdeğerde bir anlam vererek kavramı çok genişlettiği şeklinde eleştirmektedir. KABOĞLU, “Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Düzeni Anlayışı”, s. 5.

¹⁸⁴ Anayasa Mahkemesinin 22.11.1976 tarihli ve E. 1976/27, K. 1976/51 sayılı kararı, www.hukukturk.com sitesinin Anayasa Mahkemesi Kararları bölümünden alınmıştır. (E.T. 5.1.2010)

¹⁸⁵ 11337 sayılı ve 18.2.1963 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hürriyeti Hakkında Kanun'un 9. maddesinin 2. fıkrasına göre “... tedbirlerin kifayet etmemesi dolayısıyla, hadiselerin toplantının devamını imkansız kılacak ve genel sükun ve düzeni bozacak fiille veya sözle saldırlı bir şekil alması halinde hükümet komiseri toplantıyı dağıtmaya yetkilidir.”

düzeni kavramı ile eş anlamda olduğunu belirtmiştir. Bir sınırlama nedeni olarak kamu düzeninin kanunla düzenlenmesi hususunda ise Anayasa'nın temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında kanun koyucuya tanıdığı ölçünün sınırını belirleyen 11. maddesindeki¹⁸⁶ “*kamu düzeni... gibi*” deyimlerin, uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişletilebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilen çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açabilecek kapalı, genel kavramlar olduğunu belirten Anayasa Mahkemesi bu nitelikteki kavramların olduğu gibi yasaya geçirilmesinin, Anayasa koyucunun ereğine ve izlediği yola uygun düşeceğinin ve bir yasal düzenleme işini göreceğinin düşünülmemeyeceği, başka bir anlatımla bunun, Anayasa koyucunun amacı doğrultusunda kanunla yapılmış bir sınırlama niteliğinde kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır.

Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, 171 sayılı Kanun'un 3., 4., 7., 12. maddelerinde toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğüne getirilen sınırlamaların somut durumların kesin biçimde ortaya konulması ile belirlenmesi, örneğin toplantı ve yürüyüş sürelerinin, bunların yapılacağı ve yapılamayacağı yerlerin açık şekilde kanunda belirtilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Oysa 171 sayılı Kanun'a 3. çerçeve maddeyle eklenen 9. madde ile “*hükümet komiseri, önce “sözle saldırılı” bir halin oluşup oluşmadığını, sonra da oluşan bu halin “genel sükun ve düzeni” bozacak ve toplantının devamını da imkansız kılacak bir düzeye varıp varmadığını takdir edecek ve değerlendirecektir. Diğer bir deyişle “sözle saldırı” ve “genel sükun ve düzen” bozucu hallerin varlığına komiser karar verecektir. Bu sınırlama nedenlerinin oluştuğunun ve varlığının takdiri, değerlendirilmesi, o toplantıyı*

¹⁸⁶ 1961 Anayasası'nın 11. maddesi şu şekildedir: Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlandırılabilir. Kanun kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.

düzenleyenlere yabancı olan bir kimsenin, hükümet komiserinin kişisel görüş ve anlayışına bırakılmış bulunmaktadır. Bunun ise, keyfi duygusal müdahalelere çok elverişli, giderek bir toplantının yapılmasını hükümet komiserinin insaf ve anlayışına bırakacak uygulamalara yol açabilecek nitelik taşıdığı ortadadır. Sonuç olarak “sözle saldırılı” bir biçime dönüşmesi nedeniyle hükümet komiserine verilen dağıtma yetkisi, Anayasa kurallarının öngördüğü sınırlama ölçüsünü aşan, bu hak ve özgürlüğün amacına ulaşmasını engelleyen, etkisini ortadan kaldıran ve böylece hakkın özüne dokunan bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle, Anayasanın 11. ve 28.¹⁸⁷ maddelerinin özüne aykırı düşen fıkra metnindeki “sözle veya” deyiminin iptal edilmesi gerekmektedir.”¹⁸⁸

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, herhangi bir temel hak ve özgürlükte yapılabilecek sınırlama için kamu düzeni deyiminin kanun metninde aynen yer almasını ölçülülük ilkesine aykırı bulmakta ve kamu düzeni nedeni ile yapılacak bir sınırlama için kanunda “*kişisel anlayış ve takdire olanak vermeyecek açıklık ve kesinlikte somut olarak*” sınırlama nedeninin gösterilmesini aramaktadır.

Sonuç olarak bugün kamu düzeni kavramı, klasik anlamının yanında kapsamı genişleyen bir kavram niteliğindedir. O halde toplumun her alandaki düzeninin temelini oluşturan, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında meşru amaç niteliğinde ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasına karşı ölçüt olan demokratik toplum düzeninin temel unsurlarından birisi kamu düzenidir.

¹⁸⁷ 1961 Anayasası’nın 28. maddesi şu şekildedir: Herkes, önceden izin almaksızın, silahsız ve saldırısız toplanma veya gösteri yürüyüşü yapma hakkına sahiptir. Bu hak, ancak kamu düzenini korumak için kanunla sınırlanabilir.

¹⁸⁸ Anayasa Mahkemesinin 22.11.1976 tarihli ve E. 1976/27, K. 1976/51 sayılı kararı, www.hukukturk.com sitesinin Anayasa Mahkemesi Kararları bölümünden alınmıştır. (E.T. 05.01.2010)

İKİNCİ BÖLÜM

KAMU DÜZENİ KAVRAMININ FARKLI HUKUK DALLARI İÇİNDEKİ YERİ

2.1. Anayasa Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı

Kamu düzeni kavramı, Anayasa Hukuku'nda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında meşru bir amaç ve Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları karşısında doğacak hukuki boşluğun önlenmesi nedeni olarak kullanılmaktadır.

Hem devleti hem de insan haklarını incelemesi bakımından anayasa hukuku ve genel kamu hukuku alanları kesişmektedir. Fakat dar bir disiplin olan anayasa hukukunun temel uğraş alanı, pozitif anayasa metni çerçevesinde devlet örgütünü ve anayasal hakları açıklamaktır. Bu durumda genel kamu hukukundan farklılaşmakla birlikte; önce konunun anayasal boyutunun incelenmesi, genel kamu hukuku açısından gereklidir.¹⁸⁹

Kamu düzeni, 1961 Anayasası'nın temel haklar ve ödevler kısmında temel hakların sınırlanması nedeni olarak düzenlenmiştir. 1961 Anayasası'nın, 1971 değişikliğinden önce 11. maddesinin¹⁹⁰ 2. fıkrasında kanunun, kamu düzeni nedeni ile de olsa bir hakkın ve özgürlüğün özüne dokunamayacağı düzenlenmekteydi. Aynı zamanda 1961 Anayasası'nda temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümlerde özel

¹⁸⁹ Karl DOEHRING, Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), Çeviren Ahmet Mumcu, 2. Baskı, İnkılap Yayınları, Ankara, 2002, s. 8.

¹⁹⁰ 1961 Anayasası'nın 1971 Anayasa değişikliği öncesi 11. maddesi şu şekildedir: Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir. (f.1) Kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz. (f.2)

sınırlama nedenleri de öngörölmüştü. Öğretide 11. maddenin genel bir sınırlama nedeni olup olmadığı tartışılmıştır.¹⁹¹ 1971 yılında 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile madde¹⁹², temel hak ve özgürlüklerin kamu düzeninin korunması amacı ve maddede belirtilen diğer sınırlama nedenleri ile veya diğer maddelerdeki özel sınırlama nedenleri ile sınırlanabileceği şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklik sonrasında da öğretide 11. maddenin genel sınırlama nedeni olamayacağı yönünde görüşler öne sürölmüştür.¹⁹³

1982 Anayasası'na bakılacak olursa; Anayasa'da 13. maddenin ilk halinde¹⁹⁴ maddede sayılan nedenlerin genel sınırlama amacına yönelik olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu nedenlerden biri de kamu düzenidir.¹⁹⁵

1982 Anayasası'nda 2001 yılında yapılan anayasa değişikliği ile 13. maddede belirtilen genel sınırlama nedenleri kaldırılmıştır. Bunun yerine sınırlama nedenleri

¹⁹¹ Fazıl SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Özö, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982, s. 71-83.

¹⁹² 1961 Anayasası'nın 1971 yılında 1488 sayılı Kanun ile değişik 11. maddesi: Temel hak ve hürriyetler, Devletin ölkesi ve milletiyle bütönlüğünün, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir. (f.1) Kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz.(f.2) Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devletinin ölkesi ve milletiyle bölünmez bütönlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz. (f.3) Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunda gösterilir. (f.4)

¹⁹³ SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Özö, s. 86-91.

¹⁹⁴ 1982 Anayasası'nın 13. maddesinin ilk hali şu şekildedir: Temel hak ve hürriyetler, Devletin ölkesi ve milletiyle bölünmez bütönlüğünün, milli egemenliğini Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörölen özel sebeplerle, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir. (f.1) Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngöröldükleri amaç dışında kullanılamaz. (f.2)Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir. (f.3)

¹⁹⁵ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 97.

temel hak ve özgürlükleri düzenleyen ve sınırlanması gerekli görülen maddelerde ayrı ayrı gösterilmiştir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında öngörülen özel nedenlerden biri de kamu düzenidir.

1982 Anayasası yürürlüğe girdiği tarihten bugüne pek çok kez değişikliğe uğramıştır. Bu durumun çeşitli nedenleri vardır. Özellikle 1961 Anayasası ile karşılaştırıldığında, 1982 Anayasası'nın "*siyasal felsefesi*"¹⁹⁶, pek çok kez yapılan anayasa değişikliklerinin nedenini anlamada yardımcı olmaktadır. Yapılan anayasa değişiklikleri göstermektedir ki 1982 yılında kabul edilen ilk anayasa metninin ruhunda yer alan siyasal felsefe zamanla değişmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın değiştirilen hükümleri kamu düzeni kavramına yüklenen anlamı da değiştirmiştir.

1982 Anayasası'nda 2001 yılında yapılan değişiklik¹⁹⁷ incelenecek olursa; Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen temel hak ve özgürlüklerin genel sınırlama nedenleri kaldırılmıştır.¹⁹⁸ Bu değişikliğin anlamı Türk anayasal sisteminde "*genel sınırlama nedenlerinin reddi*"dir.¹⁹⁹ 2001 yılında yapılan değişiklik ile özel sınırlama nedenlerinin sınırlarında da değişiklik yapılmıştır. Anayasa'nın 13. maddesine göre sınırlama nedenleri bakımından öze dokunma yasağı, sadece kanunla sınırlanabilirlik

¹⁹⁶ Bir anayasanın siyasal felsefesi dendiğinde; o metnin varoluş nedeni, hedefleri, o metne hakim olan ruh, o metinde devlet-ulus-yurttaş ilişkilerinin düzenlenişi anlaşılmaktadır. Bülent TANÖR, Necmi YÜZBAŞIOĞLU, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 9. Bası, İstanbul, Eylül 2009, s. 29.

¹⁹⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, Kanun no. 4709, Kabul Tarihi:3.10.2001, R.G. 17.10.2001, Mükerrer.

¹⁹⁸ 1982 Anayasası'nın 13. maddesinin son hali şu şekildedir: 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 laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

¹⁹⁹ Yusuf Şevki HAKYEMEZ, "*İnsan Hakları Standartlarının Yükseltilmesi ve Demokratikleşme Açısından 03.10.2001 Tarihli Anayasa Değişiklikleri*", Prof. Dr. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 169.

ilkesi, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk ilkesi, demokratik toplum düzeninin, laik Cumhuriyetin gerekleri ve ölçülülük ilkesine uygunluk aranmaktadır. 2001 değişikliğinden önce 13. maddede temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanabileceği öngörülürken, 2001 yılındaki değişiklikle “*ancak*” ibaresi eklenerek temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği belirtilmektedir. Bu durumda olağan ve olağanüstü hal KHK’ları temel hak ve özgürlüklerde kanunla sınırlama ilkesinin istisnası haline gelmiştir ve “*ancak*” ibaresinin anlamı yasallık ilkesinin pekiştirilmesidir.²⁰⁰

Anayasa’nın 26. maddesinde düzenlenen düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılmasının kamu düzeni amacıyla sınırlanabileceği düzenlemesi getirilmiştir (md.26/2). 26. maddedeki söz konusu bu değişiklik sonucu “*kamu düzeni, milli güvenlik, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması*” sebepleri ile birlikte düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini sınırlandıran ek nedenler olarak maddeye konulmuştur.²⁰¹ Bu Anayasa değişikliği sanıldığı gibi aksine düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü sınırlandıran nedenleri hafifletmemiş, arttırmıştır.²⁰²

²⁰⁰ Sultan ÜZELTÜRK, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, Mayıs 2004, s. 21.

²⁰¹ Yusuf Şevki HAKYEMEZ, “İnsan Hakları Standartlarının Yükseltilmesi ve Demokratikleşme Açısından 03.10.2001 Tarihli Anayasa Değişiklikleri”, Prof. Dr. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 176.

²⁰² Kemal GÖZLER, “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 19, Yıl: 2002, s. 340. Osman CAN, “Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 19, Yıl: 2002, s. 517. Benzer şekilde Kaboğlu, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri, ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması gibi özgürlüğün niteliğiyle bağdaşmayan nedenlerle kısıtlanabilmesini eleştirmektedir. KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 99.

Anayasa değişikliği ile özel sınırlama yönteminin getirilmesine karşın, kişisel ve kültürel hakların kullanılmasının yolunu açan düşünceyi açıklama özgürlüğüne siyasal alanın sınırlarını çizen kamu düzeninin de sınırlama nedeni olarak getirilmesinden dolayı temelini düşünceyi açıklama özgürlüğünden alan hak ve özgürlükler açısından 26. maddenin genel sınırlama nedeni olarak görülebileceği savunulmaktadır.²⁰³

Ayrıca kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkının kamu düzeni nedeni ile kısıtlanabileceği hükmü getirilmiştir (md. 31). Dernek kurma özgürlüğü kamu düzeni nedeniyle sınırlanabilecektir (md. 33/3). Bunun yanında dernek kurma özgürlüğü, maddede güvence altına alınırken kamu düzeninin gerektirdiği hallerde gecikmesinde sakınca varsa kanunla bir merciin derneği faaliyetten men ile yetkilendirilebileceği düzenlenmiştir (md. 33/5). Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kamu düzeni nedeni ile sınırlanabileceğine ilişkin anayasa değişikliği söz konusudur (md. 34). Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenmiş olan özel hayatın gizliliği, 21. maddesinde düzenlenmiş olan konut dokunulmazlığı, 22. maddesinde düzenlenmiş olan haberleşme özgürlüğü de kamu düzeni nedeni ile sınırlandırılabilir. Sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerle ilgili olarak Anayasanın 49. maddesinde düzenlenen sendika kurma hakkının da kamu düzeni sebebiyle sınırlanabileceği düzenlenmektedir.

Anayasa'nın 19. maddesine göre toplu suçlarda gözaltı süresi 15 günden 4 güne indirilerek gözaltı süresi kısaltılmıştır. Öğretide bu değişiklik bazı yazarlar

²⁰³ SUNAY, Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti, s. 15.

tarafından insan haklarının korunması bakımından olumlu bulunmuştur.²⁰⁴ Fakat Gözler, yukarıda değinilen Anayasa değişiklikleri sonucu kamu düzeni bakımından ortaya çıkabilecek çeşitli sakıncalar üzerinde durmaktadır. Bunlardan ilki toplu suçlarda gözaltı süresinin 15 günden 4 güne indirilmesi ile ilgilidir. Anayasa'nın 19. maddesinin 6. fıkrasında yapılan değişiklik uyarınca indirilen gözaltı süresi terörle mücadele kapsamında gerekli soruşturmaların tamamlanabilmesi için yeterli süreyi öngörmemektedir. Gözler'e göre terör örgütü üyesi olduğu şüphesi ile gözaltına alınan yüzlerce kişinin 4 gün gibi kısa bir süre içinde nasıl soruşturmasının tamamlanıp yargıç önüne çıkarılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.²⁰⁵

Kamu düzeni bakımından Gözler'in diğer tespiti üst aramada ve el koymada yazılı emir alınmasının, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi zorunlu olmasıdır. Bu durumda da kamu düzeninin sağlanmasında aksamalar ve gecikmeler söz konusu olabilecektir.²⁰⁶ Son olarak Gözler konuta girme bakımından da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bile yazılı emir şartının aranmasını kamu düzeninin sağlanması bakımından sakıncalı görmektedir.²⁰⁷ Bu konuda öğretide diğer bir görüşe göre yargıç kararıyla sınırlama ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yazılı emir şartı yürütmenin yetkilerini kullanmasında hukuka uygunluğun

²⁰⁴ İsmet GİRİTLİ, "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması", Anayasa Yargısı Dergisi, No:19, Yıl: 2002, s. 94.

²⁰⁵ GÖZLER, "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği", s. 347-348.

²⁰⁶ ibid, s. 348.

²⁰⁷ ibid, s. 349.

sağlanması açısından yerinde değişikliklerdir. Burada amaç hukuk devleti ilkesinin uygulanabilmesini sağlamaktır.²⁰⁸

Anayasamızın 13. maddesinin eski şeklinde hukuk literatürümüzde “*genel sınırlama nedenleri*” olarak bilinen dokuz adet temel hak ve özgürlükleri sınırlama nedeni bulunmaktaydı. Kamu düzeni de bu sınırlama nedenleri arasında yer almaktaydı. Ancak 2001 değişikliği ile genel sınırlama sebepleri kaldırılmış, sadece bazı maddelerde, o maddede düzenlenen temel hak ve özgürlük bakımından sınırlama sebepleri tek tek sayılmıştır. Ancak Gözler’e göre bu son durumda bazı temel hak ve özgürlükler sınırsız hale gelmiştir. Bu noktada örneğin Anayasa’nın 48. maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme özgürlüğü hiçbir şekilde sınırlandırılmayacaktır. Dolayısıyla uyuşturucu ticareti de maddenin koruduğu alan içerisinde kalmakta ve kamu düzenini bozduğu gerekçesi ile sınırlandırılmaz hale gelmektedir. Hatta belli bir mesleğin icrası için ya da işyeri açmak için ruhsat alınması zorunluluğunu düzenleyen bütün mevzuat Anayasaya aykırı hale gelmektedir.²⁰⁹ Bu noktada Sağlam da Anayasa’nın 48. maddesinde belirtilen “*milli ekonominin gerekleri*” ve “*sosyal amaçlar*” ifadelerinin teknik anlamda sınırlama nedeni olmadıklarını, devlete yüklenen ödevin unsurlarını oluşturduklarını belirtmektedir.²¹⁰ Seyahat özgürlüğü, ancak maddede belirtilen suç işlenmesini önlemek maksadıyla sınırlandırılabilir. Bu halde Anayasanın 23. maddesinde

²⁰⁸ Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut”, Anayasa Yargısı Dergisi, No: 19, Yıl: 2002, s. 151-152.

²⁰⁹ GÖZLER, “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, s. 350.

²¹⁰ Fazıl SAĞLAM, “2001 Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, Anayasa Yargısı Dergisi, No: 19, Yıl: 2002, s. 292.

düzenlenen seyahat özgürlüğünün, genel sağlık nedeniyle sınırlandırılması söz konusu olamayacağına göre karantina ilan edilemeyecektir.²¹¹

Aynı şekilde özünde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını barındıran kolluk yetkilerinin hemen hepsi kullanılamaz hale gelmiştir. Bu açıdan Gözler'e göre hem kamu düzeninin unsurları olan genel asayiş, genel sağlık ve genel ahlak kavramları hem de kamu düzeni kavramının kendisi anayasal sistem dışında bırakılmaya çalışılmıştır.

Anayasa hukuku bakımından kamu düzeniyle ilgili bir diğer düzenleme Anayasanın 153. maddesiyle ilgilidir. 1982 Anayasası'nın 153. maddesine göre *“kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.”* Bu hükme uygun olarak 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin 5. fıkrasında benzer bir kural yer almaktadır. Yine aynı maddede kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli hükümlerinin iptali halinde meydana gelecek olan hukuki boşluğun kamu düzenini tehdit edici yönde bir etkisi olduğu takdir edilirse boşluğun doldurulması için Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesine karar vereceği ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı ile Başbakanlığa bilgi vereceği düzenlenmiştir.

²¹¹ Anayasa içinde maddelere dağıtılan *“sınırlandırma nedenlerinin ilgili hak ve özgürlüğün niteliğine uygunluğu dağıtım için ölçüt oluşturabilirdi.”* KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 99.

Özbudun, iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesi konusunda Anayasa Mahkemesi'nin ertelemeye karar verip vermeme noktasında takdir yetkisi olduğunu belirtmektedir. İstisnai olarak iptal kararının yürürlüğe girmesi ile kamu düzeni bakımından gerçekten tehlikeli bir boşluğun doğabileceği durumlarda mahkemenin takdir yetkisini kullanabileceğini ifade etmektedir.²¹²

2.2. İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı

İdare hukuku bakımından kamu düzeni, bir kamu hizmeti faaliyeti olan kolluğun sağlamaya ve korumaya çalıştığı düzendir. Diğer bir deyişle yürütmenin idare işlevi içinde yer alan kolluk etkinliklerinden biri kamu düzeninin sağlanmasıdır.²¹³ Bu nedenle kolluğun eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olmasını sağlayan, kamu düzenini sağlama ve koruma amacı gütmesidir.²¹⁴ Dolayısıyla idari kolluk kamu düzeninin bozulmasını önler.²¹⁵

İdari kolluk hukukunda kamu düzeni kavramı birtakım unsurlara ayrılarak değerlendirilir; bu unsurlar kolluk makamlarının kamu düzenini sağlamak için gerçekleştirecekleri müdahalenin sınırlarını belirler.²¹⁶ İdare hukuku doktrininde kamu düzeni kavramının tanımlanması ve unsurlarının belirlenmesi bakımından ikili bir ayrım söz konusudur.

²¹² Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 429.

²¹³ İsmet GİRİTLİ, Pertev BİLGİN, Tayfun AKGÜNER, İdare Hukuku, Der Yayınları, 3. Bası, İstanbul, 2008, s. 10.

²¹⁴ Kemal GÖZLER, İdare Hukuku, Cilt II, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Ekim 2009, s. 471-472.

²¹⁵ ibid, s. 472.

²¹⁶ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 93.

2.2.1. Klasik Anlayış

Bu anlayışa göre toplumun “*maddi ve dış düzeni*” kamu düzenini oluşturur. Eğer ahlaki bir düzensizlik, maddi bir düzensizlik olarak dış dünyaya yansırsa ancak bu durumda kolluğun müdahale yetkisi doğacaktır. İdari kolluğun uğraş alanı olan kamu düzeni klasik anlayış çerçevesinde kamu güvenliği, kamu sağlığı ve kamu huzuru unsurlarından oluşmaktadır.²¹⁷

2.2.1.1. Kamu Güvenliği

Kişiye ve eşyaya zarar verecek kazaların ve tehlikelerin yokluğuna kamu güvenliği (amme emniyeti, amme asayışı) denir.²¹⁸ Geniş kapsamlı bir deyim olan kamu güvenliği devletin korunmasından, kazaların önlenmesine, kişilerin durdurulmaya, bekletilmeye, alıkonmaya, engellenmeye uğramadan kamuya açık yerlerde bulunmaları ve dolaşmalarına kadar pek çok konuyu içine almaktadır.²¹⁹ Örneğin bireylerin can ve mallarına zarar gelmesinden endişe duymalarının önlenmesi, saldırıya uğramamalarının sağlanması, kamu güvenliği ile ilgili konulardır.²²⁰ Bunun gibi seyrüsefer tedbirleri, maden ve iş denetimi, yıkılma, yangın

²¹⁷ GÖZLER, İdare Hukuku, Cilt II, s. 472. GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 303. Pound, Amerikan hukuk sisteminde 19. yüzyıldan itibaren genel güvenlik, genel sağlık ve genel ahlakın; temel hakları kısıtlayan birer neden olarak, kolluk gücünün yetki alanına dahil edildiğini belirtmektedir. Roscoe POUND, “*A Survey Of Social Interest*”, Harvard Law Review, Volulme LVII, No. 1, October 1943, s. 18.

²¹⁸ ONAR, s. 1482. GÜNDAY, s. 262.

²¹⁹ DURAN, s. 254.

²²⁰ GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 303.

gibi tehlike arzeden binalar hakkında alınan tedbirler yine kamu güvenliğinin sağlanmasına yöneliktir.²²¹

Bir görüşe göre personel, kurum ve olanaklarıyla bilgi tekeline sahip bir örgüt olan idare tarafından tutulan güvenlik kayıtlarının çok azının kamunun erişimine açık olması bakımından idare, kamu güvenliği şemsiyesinin altına sığınmaktadır.²²² Bu durumda idarenin hatalı bilgilendirilmiş olması ihtimaline karşılık kırılğan bir zeminde yer alan kişi hak ve özgürlükleri ile genelin yararına olan kamu güvenliği arasında hassas bir denge kurulmasının gerekliliği savunulmaktadır.²²³

2.2.1.2. Kamu Sağlığı

Sosyal hayatın sağlık koşulları içinde sürdürülmesi ve bu doğrultuda bireylerin bulaşıcı ve salgın hastalıklardan korunmasına kamu sağlığı (umumi hıfzıssıhha, genel sağlık) denir.²²⁴ Sıhhat olarak da anılan sağlık, her bireyin teker teker hastalıklardan arındırılması ya da kurtarılması anlamına gelmemektedir.²²⁵

İdare hukuku bakımından kolluk faaliyetinin amacı olan kamu düzeninin bir unsuru olan kamu sağlığı, toplumun bir bütün olarak bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan uzak tutulması ve bu gibi hastalık tehlikelerinin olmaması demektir. Dolayısıyla kamu düzeni amacına yönelen sağlık genel sağlıktır. Suların, yiyecek ve

²²¹ ONAR, s. 1483.

²²² Müslüm AKINCI, “Güvenlik Kayıtları ya da Bilgi Fişlerinin İdare Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Bülent Tanör Armağanı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 31.

²²³ AKINCI, s. 32.

²²⁴ ONAR, s. 1483. GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 303.

²²⁵ DURAN, s. 255.

içecek maddelerinin denetimi, salgın hastalıkların önlenmesi için getirilen önlemler genel sağlığı korumayı amaçlar. Hem insanlar ve hayvanlar hem de taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde alınan tedbirler uygulanabilir.²²⁶ Mevzuatta 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ile kamu sağlığının koruma altına alındığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 13.4.1999 tarihli, E. 1998/24 ve K. 1999/9 sayılı kararında²²⁷ tütün ve tütün mamüllerinin reklamının, bunların kullanılmasını teşvik ve özendirerek toplum sağlığını olumsuz yönde etkilediğini belirtmekte, çalışma ve sözleşme özgürlüğünün genel sağlığın korunması amacıyla kısıtlanabileceğine hükmetmiştir.

2.2.1.3. Kamu Huzuru

Toplum içinde düzensizliğin, karışıklığın yokluğu ve hayatın olağan akışını takip etmesine kamu huzuru (amme selameti, amme skunu, public peace) denir.²²⁸ Diğer bir deyişle insanların normal yaşamlarının seyrini olumsuz yönde etkileyen her türlü düzensizlik ve karışıklığın olmamasıdır.²²⁹ Yaşamın normal akışını olumsuz yönde etkileyen düzensizlik ve karışıkları önlemek amacıyla temel hak ve

²²⁶ GÜNDAY, s. 262.

²²⁷ Anayasa Mahkemesi kararının tam metni için bkz.
http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1466&content=

²²⁸ ONAR, s. 1479.

²²⁹ GÜNDAY, s. 262.

özgürlükler sınırlandırılabilir.²³⁰ Kamu esenliğı olarak da adlandırılan kamu huzuru *“toplum gereklerini aşan maddi düzensizlik ve rahatsızlıkların bulunmayışıdır.”*²³¹

Günlük hayat içinde bireyleri olumsuz yönde etkileyen etkenlerin alışılan ve dayanılabilen dereceyi aşmasının önüne geçilmesi kamu huzurunu ilgilendirir. Gürültü kirliliğı, toz, duman, koku gibi etkenlerin olağan sınırlar içinde tutulması örnek olarak verilebilir.²³² Sanayi alanları ile yerleşim alanlarının birbirine bitişmesi sonucu sanayi alanından kaynaklanan olumsuz etkiler olabilir. Bu nedenle idari kolluğun yeterli önlemleri alması ve denetimleri yapması gerekmektedir.

2.2.2. Modern Anlayış

Klasik anlayıştaki yukarıda sayılan üç unsur yanında idare hukukunda modern anlayış birtakım yeni unsurları, kamu düzeni kavramının tanımlanmasında kullanmaktadır. Bu yeni unsurlar kamusal estetik, genel ahlak, insan onuru, bireylerin kendilerine karşı korunmasıdır.

2.2.2.1. Kamusal Estetik

Gelişen ve değişen şehircilik ve çevre anlayışı sonucu kamu düzeninin bir unsuru olarak kamusal estetik kavramı ortaya çıkmıştır. Kamusal estetiğin ihlalinin

²³⁰ ŞAHBAZ, s. 295.

²³¹ GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 303.

²³² A. Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN, İdare Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 753, GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 303. DURAN, s. 255.

kalıcı kamu düzeni ihlallerine neden olduğu savunulmaktadır.²³³ Kolluk makamları bazı durumlarda kamusal estetiği korumak amacıyla yetkilerini kullanabilirler.²³⁴

Kamusal estetik kavramı “*insanın yeni hakları*” olarak adlandırılabilir. resmi kurumlar eliyle düzenli kent yaşamının sağlanmasının bir parçası sayılabilir.²³⁵ Gerçekten idari kolluk kamu düzeninin bir parçası olan kent düzeninin sağlanması bakımından birtakım yetkilerle donatılmıştır.

Hem kullanışlılık hem de estetik duygusunu bir araya getiren kamusal estetik, parklar ve rekreasyon alanları gibi kamusal alanların doğal güzelliklerini, sokakları, meydanları çarpık kentleşme anlayışından korumayı amaçlar.²³⁶

Konuyla ilgili Türkiye’deki hukuki düzenlemeler bakımından Gözler, 3 Mayıs 1985 tarih ve 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 40. maddesine dikkat çekmektedir.²³⁷ İmar Kanunu’nun 40. maddesi’nin başlığı “*kamunun selameti için alınması gereken tedbirler*”dir. Günümüzde kamusal estetik, kamu huzurundan ayrı bir unsur olarak ele alınmaktadır.

Gerçekten adı geçen kanunun 40. maddesine göre “*arsalarda, evlerde ve sair yerlerde estetik bakımından mahzurlu görülen enkaz veya birikintilerin, gürültü ve dumana neden olan tesislerin hususi mecra, lağım, çukur, kuyu; mağara ve*

²³³Klasik kamu düzeni anlayışını, “*sokak dinginliğinin*” bir başka deyişle asayişin sağlanması olarak tanımlayan ve bunun “*geçici kamu düzeni ihlallerine*” neden olduğunu belirten Kaboğlu, iktisadi yatırım faaliyetinin kentsel ortama verdiği zarar ve yasadışı uygulamaları modern kamu düzeni anlayışı ile bağdaştırmakta ve bunun ihlalinin “*kalıcı kamu düzeni ihlallerine*” neden olduğunu vurgulamaktadır. KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 95.

²³⁴ GÖZLER, İdare Hukuku, Cilt II, s. 474.

²³⁵ AKAD, Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasası’nın 10. Maddesi, s. 64.

²³⁶ Wilbur LARREMORE, Public Aesthetics, Harvard Law Review, Vol. XX, 1906-1907, s. 35.

²³⁷ GÖZLER, İdare Hukuku, Cilt II, s. 475.

benzerlerinin mahzurlarının giderilmesi ve bunların ortaya çıkmasına meydan verilmemesi ilgililere tebliğ edilir. Tebliğde belirtilen müddet içinde tebliğe riayet edilmediği takdirde belediye veya valilikçe mahzur giderilir; masrafı yüzde yirmi fazlasıyla arsa sahibinden alınır veya mahzur tevlit edenlerin faaliyeti durdurulur.”

2.2.2.2. Genel Ahlak

Genel ahlakı kamu düzeninin bir unsuru olarak kabul etmeyen klasik anlayışın aksine modern anlayış bazı durumlarda genel ahlakı bir unsur olarak görmektedir.²³⁸ Bireylerin düşünce, inanç ve kanaatleri kamu düzenini bozacak düzeyde maddi ve dış dünyaya yansır, bu durumda açığa vurulmuş ve kamu düzenini bozucu etkisi olan ahlaki tutumlar idari kolluğun yetki alanına girmektedir.²³⁹

Mevzuata bakılacak olursa; PYSK'nın 8. maddesine göre polisçe kesin delil elde edilen durumlarda genel ahlâka zararı dokunacak oyun oynatılan, temsil verilen, film veya video bant gösterilen yerler ile internet üzerinden yapılan yayınlara izin verilen yerler faaliyetten men edilebilmekte ve gerekli koşullar ortaya çıktığında işyeri açma ve çalışma ruhsatları iptal edilebilmektedir. Bu noktada ahlak ve manevi düzene ilişkin bu durumlarda henüz maddi düzen bozulmamıştır, fakat maddi düzene doğrudan doğruya ve başka türlü önlenemeyecek şekilde etkisi nedeniyle faaliyetin

²³⁸ GÖZLER, İdare Hukuku, Cilt II, s. 473. Nihat BULUT, “*Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak*”, AÜEHFD, c. IV, s. 1-2 (2000), s. 33-34.

²³⁹ ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, III. Cilt, s. 1482. DURAN, s. 255. GÖZÜBÜYÜK - TAN, İdare Hukuku, s. 753.

önlenmesi öngörülmektedir.²⁴⁰ Burada amaçlanan bireylerin özel hayatlarına, vicdan ve kanaatlerine müdahale etmek değil; güvenliğin, huzurun ve sağlığın dışı yansıyan etki nedeniyle olumsuz yönde etkilenmesini önlemektir.²⁴¹ Bunun dışında ne siyasal iktidarın ne de idari kolluk görevlilerinin kişisel ahlak anlayışlarının keyfi bir şekilde bireylere dayatılması söz konusu olamaz.²⁴²

Genel ahlak kavramının soyutluğu ve genel ahlak kavramıyla bağlantılı müstehcenlik ya da muzırlık kavramlarının anlamlarının muğlaklığı; hangi durumlarda kamu düzenini bozucu etki doğduğunun tespitini güçleştirmektedir.²⁴³

Anayasa Mahkemesi, Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu’nu ele aldığı kararında²⁴⁴, saldırganlığı, alkol ve sigara içmeyi, kumar oynamayı, uyuşturucu madde alışkanlığını, fuhuş ve pornografiyi yayınlarının çekici özü haline getiren, böylece güçlü adam imajına yönelik özendirici ve yanıltıcı mesajlar taşıyan yayınların; çocukları ve gençleri iyi insan ve iyi yurttaş olma idealinden uzaklaştırdığını ve sayılan durumlarda genel ahlaka aykırılıkların ortaya çıktığını belirtmektedir. Yüksek Mahkeme’ye göre bu durumda, hukuk devleti ilkesine uygun olarak, demokratik hak ve özgürlükler içinde önemli bir yer işgal eden basın özgürlüğü ile sağlıklı bir toplumda insan ögesinin başlıca kaynağı olan çocukların ve

²⁴⁰ ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, III. Cilt, s. 1482.

²⁴¹ DURAN, s. 256.

²⁴² Kadınların sokakta başlarını örtmek zorunda oldukları İran’da ahlak polisi uygulaması için bkz. İsmet Berkan’ın Radikal’de yayımlanan 6.4.2004 tarihli yazısı, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=112244> (E.T. 24.4.2010)

²⁴³ BULUT, s. 36-37.

²⁴⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 11.2.1987 tarih ve E. 1986/12, K. 1987/4 sayılı kararı, kararın tam metni için bkz. www.anayasa.gov.tr (E.T. 20.4.2010)

gençlerin bedensel, ruhsal ve ahlaki gelişmelerine zarar verecek ya da onları suça itecek yayınlardan korumak zorunluluğu arasında denge kurulması gerekmektedir.

2.2.2.3. İnsan Onuru

İnsan onuru; kişiliksizliği ortadan kaldıran, insana bilinçli olma yeteneği ve kendisini gerçekleştirerek kendi kaderini tayin hakkı veren manevi güç olarak tanımlanabilir.²⁴⁵

Anayasamızın Başlangıç kısmında da *“her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu”* ifade edilmiştir. Benzer şekilde Anayasamızın 5. maddesinde devletin temel amaçları ve görevleri içinde *“insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak”* sayılmaktadır.

Anayasamızın 17. maddesinde de insan onuru *“kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz”* hükmü ile güvence altına alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi’ne göre *“insan onuru kavramı insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır. İnsan onuru*

²⁴⁵ GÖREN, Anayasa Hukuku, s. 414.

kavramını, toplumların kendi görenek ve geleneklerine ve topluluk kurallarına göre saygıya değer olabilmesi için bir insanda bulunmasını zorunlu gördükleri niteliklerle karıştırmamak gereklidir. Bu kavramın gelişmesi ve yerleşmesi çok uzun bir zaman almış; prangabentlik, teşhir, boyunduruk, dayak gibi cezaların kaldırılması bu sayede mümkün olabilmıştır.”²⁴⁶

Günlük yaşantı içerisinde birey, kişiliğini zedeleyici bir muameleye maruz kalmayacağını düşünerek hareket eder, başka bir deyişle devlet bu noktada hukuki güvenceyi bireylere sunmaktadır. Ancak ne zaman birey devletin cezalandırma mekanizması ile karşılaşır o zaman kişiliğini zedeleyici bir muamele ile karşılaşma riski artmaktadır. Örneğin ABD’de, kredi kartı dolandırıcılığı gibi görece küçük suçlara hapis cezası verilmesi nedeniyle cezaevlerindeki kadın mahkum sayısının artmasıyla birlikte, hapisteki hamile kadın sayısı da yükselmekte ve güvenlik nedeniyle (kişinin hastaneden firar etmesini önleme amacıyla) hamile kadınlar, yatağa zincirlenmiş halde doğum yapmak zorunda bırakılmaktadır.²⁴⁷ Bu uygulamanın “insanlık dışı” olduğu şüphe götürmemektedir. Bireyin işlediği suça karşılık, kamu düzeninin yeniden sağlanması için özgürlüğünden yoksun bırakılarak cezaevinde tutulması doğaldır, fakat cezaevlerinde insan onuru ile bağdaşmayan muamelelerin engellenmesi de kamu düzeninin korunması bakımından bir o kadar önem taşımaktadır.

²⁴⁶ Anayasa Mahkemesi’nin E.1963/132, K.1966/29, K.T. 28.6.1966 sayılı kararının tam metni için bkz. http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=182&content= (E.T. 24.2.2010).

²⁴⁷ Bu haber BBC Türkçe haber sitesinin Dünya Gündemi Bölümünden alınmıştır. http://www.bbc.co.uk/turkce/multimedya/2010/01/100108_vid_prison_birth.shtml (E.T. 09.1.2010)

İnsan onuru kavramı sosyal devlet ilkesi ile de beraber düşünölmelidir. Çünkü insan onurunun gereklerine uygun asgari bir hayat seviyesi ancak sosyal devlet anlayışını benimseyen bir devlet düzeninde mümkün olabilir.²⁴⁸

Uluslararası düzenlemelerde de insan onurunu koruyucu hukuk kuralları yer almaktadır. Gerçekten 1948 tarihli Birleşmiş Milletlerce kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde *“insanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan onurun ve bunların eşit ve devir kabul etmez haklarının tanınması hususunun, hürriyetin, adaletin ve dünya barışının temeli olmasına”* ve *“Birleşmiş Milletler halklarının, Antlaşmada, insanın ana haklarına, insan şahsının onur ve değerine”* vurgu yapılarak insan onurunun önemi belirtilmektedir.²⁴⁹

Yine İHEB'in 22. maddesine göre *“her devletin örgütlenme ve kaynaklarına göre herkes insan onuru ve kişiliğın özgür gelişmesi bakımından vazgeçilmez olan ekonomik, toplumsal ve kültürel haklarının gerçekleştirilmesi hakkına sahiptir.”*

Bunun yanında hem Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarih ve 2200 A(XXI) sayılı Kararıyla kabul edilen Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin hem de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarih ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilen Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin Başlangıç bölümlerinde *“bu Sözleşmeye taraf Devletlerin, Birleşmiş Milletler Şartı'nda ilan edilen prensiplere göre insanlık ailesinin bütün üyelerinin doğuştan sahip oldukları insanlık onurunu ve eşit ve*

²⁴⁸ ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, s. 139. 1961 Anayasasının 10. maddesine göre *“Devlet... insanın maddi ve mânevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar.”* Yine 1961 Anayasasının 41. maddesine göre *“iktisadi ve sosyal hayat, adalete, tam çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması amacıyla düzenlenir.”*

²⁴⁹ Bu metin İHEB'nin Önsözünün 1. ve 4. paragraflarında yer almaktadır.

vazgeçilmez haklarını tanımanın yeryüzündeki özgürlük, adalet ve barışın temeli olduğunu dikkate alarak, Bu hakların insanın doğuştan sahip olduğu insanlık onurundan türediğini kabul ettikleri” belirtilmektedir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 10 Aralık 1984 tarihli ve 39/46 kararıyla kabul edilen ve 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe giren İşkence ve Başkaca Zalimce İnsanlık Dışı ve Onur Kırıcı Davranış ya da Cezaya Karşı Sözleşme’nin başlangıç bölümünde insan haklarının kaynağını aldığı insan onuruna vurgu yapmış ve işkenceyi yasaklamıştır.

Görüldüğü gibi hem ulusal hem uluslararası metinlerde düzenlenen insan onurunun korunması için siyasal iktidarın maddi ve manevi şartları sağlaması kamu düzenini ilgilendirmektedir. Bir başka deyişle bütün toplumun düzeni olan kamu düzeninin korunması; toplumun çekirdeği olan insanın onurunun korunması unsurunu da kapsamaktadır.

2.2.2.4. Bireylerin Kendilerine Karşı Korunması

Modern anlayışa göre bazı durumlarda kamu düzeninin korunması için bireylerin kendi kendilerine karşı da korunması gerekmektedir. Örneğin kolluk güçleri tarafından motosiklet sürücülerine kask, otomobil sürücülerine emniyet kemeri takma zorunluluğu getirilebilir.²⁵⁰

²⁵⁰ Cour de cassation, Chambre criminelle, 20 Mart 1980, D, 1980, IR, s. 521, Aktaran Kemal GÖZLER, İdare Hukuku, Cilt II, s. 476.

2.2.3. Kolluk Yetkisinin Kullanılmasında Kamu Düzeni

2.2.3.1. Kolluk Yetkisinin Kapsamı

Toplum içerisindeki bireylerin canlarının, mallarının, ırz ve namuslarının her türlü tehdit, saldırı ve hatta kazalara karşı korunması anlamına gelen kamu düzenini sağlama amacıyla olan kolluk hizmeti, toplumda devletin öncelikli görevi olan düzeni sağlamak ve korumak amacıyla yönelmiştir.²⁵¹ Kolluk yetkileri esasen ikiye ayrılır. Bunlar adli kolluk ve idari kolluktur. İdari kolluğun görevi kamu düzenini sağlamaktır.²⁵² Adli kolluğun görevi ise kamu düzenini bozanları kovuşturmak ve yargı yerlerine teslim etmektir.²⁵³ Bu noktada Gözler, önleme-bastırma ölçütünün yetersiz olduğunu belirtmekte ve Fransa’da 1951 tarihli Baud ve Dame Noulek kararlarında geliştirilen “*belirli bir suçla ilgili olma ölçütüne*” işaret etmektedir. Bu ölçüt ile adli kolluğun henüz işlenmemiş ve teşebbüs aşamasındaki suçlara müdahalesinin mümkün olduğunu; belirli bir suç nedeniyle başlayan kolluk faaliyetinin adli kolluk, belirli bir suç nedeniyle başlamamış kolluk faaliyetinin idari kolluk olduğunu belirtmektedir.²⁵⁴

Esasen devletin kolluk yetkisi, kamu düzeni kavramından hareketle tanımlanır. “*Kolluk, idarenin kamu düzenini sağlamak ve korumak adına toplumdaki bireylerin temel hak ve özgürlüklerini etkileyecek şekilde girdiği faaliyetidir.*”²⁵⁵

²⁵¹ GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 302. Emine CİN, “*Kamu Düzeni, Kolluk Faaliyeti ve Arama Yetkisi*”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 1109.

²⁵² GÜNDAY, s. 263.

²⁵³ GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 303.

²⁵⁴ GÖZLER, İdare Hukuku, Cilt II, s. 479-480.

²⁵⁵ CİN, “*Kamu Düzeni, Kolluk Faaliyeti ve Arama Yetkisi*”, s. 1110.

Diğer bir deyişle “toplumsal yaşamın gerektirdiği düzenin sağlanması için, yönetimin bireylerin özgürlüklerine karışmasına, sınırlarını belirlemesine idari (yönetmel) kolluk denir.”²⁵⁶ Ancak bireyi ve idareyi karşı karşıya getiren kolluk yetkileri²⁵⁷ kullanılırken anayasal ve yasal sınırların aşılmalı, ölçülülük ilkesine, kademelilik ilkesine, orantılılık ilkesine aykırı hareket edilmemelidir.²⁵⁸ Bunlar kolluk yetkisinin anayasal sınırlarını oluşturmaktadır.²⁵⁹ Böylece bireylerin kısıtlanan hak ve özgürlükleri ile kamu düzeninin sağlanması adına kullanılan kolluk yetkisi arasında bir denge sağlanmış olacaktır.

Düzen, hem güvenliğin hem de özgürlüğün sağlanmasında korunması gereken asgari gerekliliktir. Kolluk güçleri tarafından alınan önlemler bu düzenin sağlanmasına yöneliktir. Bireyin insan onuruna yaraşır bir yaşam sürmesi için elverişli ortam ve düzen kolluk güçleri tarafından gerçekleştirilecektir.²⁶⁰ Ancak dikkat edilmesi gereken nokta kolluğun görevinin maddi düzeni korumak ile sınırlı olduğudur.

Düşünce ve ahlak gibi bireyin iç dünyasına yönelik bir düzenin korunması kolluğun görevi dışında kalmaktadır. Bu noktada ahlaki bir düzensizlik, dış dünyaya

²⁵⁶ GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 302.

²⁵⁷ Başlıca kolluk yetkileri şunlardır: Arama yetkisi, el koyma yetkisi, parmak izi ve fotoğraf alma yetkisi, durdurma ve kimlik sorma yetkisi, yakalama yetkisi, zor ve silah kullanma yetkisi, karakola davet etme yetkisi, men (yasaklama) yetkisi, idari para cezası verme yetkisi.

²⁵⁸ CİN, s. 1112.

²⁵⁹ GÜNDAY, s. 276-277.

²⁶⁰ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 94-95.

dönük olarak kamu düzenini bozucu bir nitelik kazanırsa, kolluk devreye girerek bu bozulmayı önleyebilir.²⁶¹

Kanun koyucu, Anayasa'nın ilgili hükümlerinde kamu düzeni nedeni ile sınırlanması öngörülmüş olan temel hak ve özgürlükleri, bu nedenle sınırlayarak idareye müdahale etme yetkisi vermektedir.²⁶² Örneğin idari kolluk yetkilerinden olan önleme araması kamu düzenini korumak amacıyla özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı özgürlüklerinde sınırlama yapılmasını gerektirir.²⁶³

2.2.3.2. Kolluk Yetkisinin Kullanıldığı Yerler

Toplumun maddi ve dış düzeni ile ilgilenen idari kolluk, güvenlik, esenlik ve sağlığın korunması için kamuya ayrılan yerlerde (yollar, parklar gibi), kamuya açık yerlerde (kahveler, sinemalar, tiyatrolar, oteller, hamamlar gibi), özel iş yerlerinde, bireylerin toplu bulunduğu yerlerde (okullar, hastaneler gibi), konutlarda kamu düzenini sağlamak ve korumakla görevlidir.²⁶⁴ Kamusal alandan özel alana gidildikçe kolluğun yetkileri sınırlı kullanılmaktadır. Örneğin kamuya ayrılan yerlerde kolluğun yetkisi en geniş iken, konutlarda en sınırlı şekilde kullanılmaktadır.²⁶⁵

²⁶¹ GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 303.

²⁶² GÜNDAY, s. 276.

²⁶³ Şemsettin AKSOY, Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 15. CİN, s. 1115.

²⁶⁴ DURAN, s. 254.

²⁶⁵ GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 306. GÜNDAY, s. 282.

2.2.3.3. Kolluk İşlemleri

İdari kolluk, kamu düzeninin sağlanmasında iki türlü işlem tesis edebilir. Bunlar; düzenleyici işlemler ve bireysel işlemlerdir.

2.2.3.3.1. Düzenleyici İşlemler

Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlanabilir. Fakat kanun koyucu bireylerin kamu düzenini tehlikeye düşürecek ya da tehdit edecek nitelikteki tüm davranışlarını ayrıntıları ile önceden düzenleyemeyeceğinden bu tür tutum ve davranışların ayrıntıları idarenin düzenleyici işlemleri ile belirlenir. Kanun koyucu genel ilke ve esasları koymakla yetinir.²⁶⁶

Düzenleyici işlemler bireyin idareden önceden izin alması, haber vermesi ya da idarenin yasak koyması şeklinde olabilir. Kolluk yetkilileri tüzük, yönetmelik ya da genel emir çıkarmak yoluyla düzenleyici işlem tesis edebilirler. Bunun için yasal bir dayanak olması gerekmektedir. Düzenleyici işlemler buyurucu, önleyici ya da koruyucu nitelikte olabilir.²⁶⁷

²⁶⁶ GÜNDAY, s. 271.

²⁶⁷ GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 306.

2.2.3.3.2. Bireysel İşlemler

Düzenleyici kolluk işlemlerinin bireylere uygulanması sonucu bireysel kolluk işlemleri ortaya çıkar. İzin verme, yasaklama ya da yasaklara uyulup uyulmadığını denetleme şeklinde olabilecek düzenleyici işlemlere uyulmadığı takdirde kolluk yetkilileri çeşitli yaptırımlar uygulayabilirler. Örneğin kamu sağlığının korunması için getirilen kurallara uymayan lokanta kapatılabilir.²⁶⁸ Petrol İşleri Genel Müdürü, petrol sahalarında çevre kirlenmesine ilişkin önlemleri yeterli görmediği takdirde yeni önlemler alınmasını ya da önlemlerin artırılmasını petrol hakkı sahiplerinden isteyebilir.²⁶⁹ 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na göre terör kapsamında cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle,... kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemler de yer almaktadır. Bu noktada kolluk güçlerinin kamu düzeninin sağlanması için “zorlama”²⁷⁰ya başvurma yetkileri mevcuttur. Bu zorlama yetkisi yine Terörle Mücadele Kanunu'nun ek 2. maddesine göre terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda “teslim ol” emrine itaat edilmemesi veya silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde tehlikeyi etkisiz kılabilen ölçü ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya kadar gidebilir.²⁷¹

²⁶⁸ ibid, s. 306.

²⁶⁹ Bu duruma ilişkin hüküm, 11.05.1989 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile 17.07.1989 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Petrol Tüzüğü'nün 6. maddesinde yer almaktadır.

²⁷⁰ Zorlama, düzeni sağlayabilmek için maddi güç kullanılmasıdır. GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 307.

²⁷¹ GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 307.

2.3. Ceza Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı

Devlet gücünün en belirgin unsuru olan cezalandırma hakkı ve toplumsal iradeye karşı işlenmiş suçlar nedeniyle ortaya çıkan cezai sorumluluk; toplumsal düzene ilişkin sorunların odak noktasında yer alır.²⁷²

Toplum, bireylerden oluşmaktadır ve her birey kendi istek ve haklarına toplumun uymasını ister. Ancak toplumu, sadece bireysel özgürlüğün hizmetine ve buyruğuna teslim etmek toplumsal yaşam açısından sorunlar yaratabilir.²⁷³ Bu nedenle devlet, toplum düzenini bozucu eylemleri yasaklar, yasakları çiğneyen bireyleri cezalandırır.

Pozitif hukuka ve uygulamaya bakılacak olursa; 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 312. maddesi²⁷⁴, 2002 değişikliği öncesindeki halinde halkı; sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrikin umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde yapılmasını cezayı artırıcı neden olarak düzenlenmişti. TCK'nın 312. maddesinde²⁷⁵ 2002 yılında yapılan değişiklik ile

²⁷² Filippo GRAMATICA, Toplumsal Savunma İlkeleri, Çeviren Sami Selçuk, 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2005, s. 34.

²⁷³ GRAMATICA, s. 54.

²⁷⁴ 2002 değişikliği öncesi 312. madde: Kanunun cürüm saydığı bir fiili açıkça öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna itaatsizliğe tahrik eden kimse altı aydan iki yıla kadar hapis ve ikibin liradan onbin liraya kadar ağır para cezasına mahkum olur.(f. 1) Halkı; sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis ve üçbin liradan onikibin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır.(f. 2) Bu tahrik umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde yapıldığı takdirde faile verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.(f. 3) Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçları 311. maddenin ikinci fıkrasında sayılan vasıtalarla işleyenlere verilecek cezalar bir misli artırılır.(f. 4)

²⁷⁵ 2002 değişikliği sonrası 312. madde: Bir cürmü alenen öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna uymamaya tahrik eden kimseye altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.(f. 1) Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farkına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.(f. 2) Halkın bir kısmını aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde

“umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir şekilde” deyimi yerine *“kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde”* deyimi getirilmişti. Bu değişiklik, sözcüklerin daha güncel bir Türkçe ile ifade edilmesi olarak düşünülebilir. *“Umumun emniyeti”* terimi, kamu düzeninin bir alt unsuru olan *“kamu güvenliği”* şeklinde güncel Türkçeye çevrilebilir. Ceza hukuku bakımından asıl tartışmalı olan konu maddedeki düzenlemenin bir tehlike suçu mu yoksa bir zarar suçu mu olduğu yönündedir. Bu noktada zararın somut olarak doğması ya da tehlike yeterli görülecektir.²⁷⁶

Mülga Ceza Kanununda kamu düzeniyle getirilecek sınırlama için tehlike mi yoksa zarar mı doğurması gerektiği açık değildi. Maddede açıkça kamu düzeni için *“tehlike”* oluşturan bir durum arandığı ifade edilmektedir. Dolayısıyla zarar yerine tehlikenin yeterli olduğu söylenebilir. Ancak tehlikenin soyut mu somut mu olacağı sorusu akla gelmektedir.²⁷⁷

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu’nun²⁷⁸ beşinci bölümü, *“kamu barışına karşı suçlar”* başlığını taşımaktadır. Kanununun 213. ve 222. maddeleri arasında düzenlenmiş olan bu suçlar halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit, suç işlemeye tahrik, suçu ve suçluyu övme, halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama, kanunlara uymamaya tahrik, görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçlarıdır. Sayılan suçlardan 213. ve

tahkir eden kimseye de birinci fıkradaki ceza verilir.(f. 3) Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar 311. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen araçlar veya şekillerde işlendiğinde verilecek cezalar bir kat oranında artırılır.(f. 4)

²⁷⁶ ŞAHBAZ, s. 265-266.

²⁷⁷ ŞAHBAZ, s. 269-270.

²⁷⁸ 12.10.2004 tarih ve 25611 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu.

217. maddeler arasında düzenlenenlerin basın ve yayın yoluyla işlenmesi cezayı arttırıcı neden olarak düzenlenmiştir.

5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu’nun 216. maddesinde²⁷⁹, mülga Ceza Kanununun 312. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında öngörülen suçların düzenlendiği görülecektir. Yeni Ceza Kanunu’nun 216. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında geçen “*kamu güvenliği*” ve “*kamu barışı*” şeklinde iki ayrı kavram kullanılmıştır. Esas olarak kamu düzeni kavramı kamu güvenliği, kamu huzuru, kamu sağlığı kavramlarını da kapsayan geniş bir kavramdır. Maddede geçen kamu barışı, kamu huzuru ya da kamu esenliğinin bir başka ifadesi olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla kamu düzeni kavramı, kamu güvenliği ve kamu barışını da kapsamaktadır. Tüm suçların konuluş amacında, geniş anlamda, kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi ve bozulan kamu düzeninin yeniden sağlanması amacı vardır. Fakat dikkat edilmesi gereken nokta, 216. madde bakımından kamu düzeninin doğrudan etkilenmesinin gerekliliğidir. Bu ise tehlikenin somutlaşması, yani tehlikenin ihlal sonucunu doğurmaya elverişli olması ile mümkündür.

Bu noktada düşünceyi açıklama özgürlüğünün sınırlanmasında kullanılan “*açık ve mevcut tehlike*” ölçütünü akla getirmektedir. Hareketin yapıldığı sırada zarar tehlikesi potansiyeli varsa suç oluşmuş demektir. Hareket suça elverişlidir. 216.

²⁷⁹ 5237 sayılı Ceza Kanunu’nun 216. maddesi: Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.(f. 1) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.(f. 2) Halkın bir kesiminin benimsediği dinî değerleri alenen aşağılayan kişi, filin kamu barışını bozmaya elverişli olması hâlinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.(f. 3)

maddede “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde*” demek suretiyle somut tehlikenin varlığı aranmaktadır.²⁸⁰

Maddenin üçüncü fıkrasında “*kamu barışını bozmaya elverişlilik*”ten bahsetmektedir. Buna göre halkın bir kesiminin benimsediği dinî değerleri alenen aşığılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması hâlinde cezalandırılacaktır. Burada dinsel içerikli açıklamaların, kamu barışını bozmaya elverişli olması aranmaktadır. Kamu barışı bakımından “*elverişlilik*” yeterli görülürken, kamu güvenliği bakımından “*açık ve yakın bir tehlike*” aranmaktadır. Bu durumda halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik ile halkın bir kesiminin benimsediği dinî değerleri alenen aşığılamak arasında bir fark yaratıldığı iddia edilebilir.²⁸¹

3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası’nın terör tanımı başlıklı 1. maddesine göre kamu düzenini bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemler terör eylemi olarak tanımlanmıştır. Maddede terör tanımı, terör suçu sayılacak eylemler sayılarak netleştirilmeye çalışılmıştır. Bu durumda cebir, şiddet veya tehdit içeren bir fiille kamu düzeni bozulacak şekilde suç işlenmesi ve bunun toplumda korku, endişe ve paniğe neden olması yanında terör suçu olabilmesi için örgüt faaliyeti çerçevesinde sistemli olarak işlenmesi gerekmektedir.²⁸² Terör suçu bakımından kamu düzeni, suçun manevi

²⁸⁰ ŞAHBAZ, s. 300-301.

²⁸¹ ŞAHBAZ, s. 302.

²⁸² Vahit BALTAÇI, Yeni TCK ve CMK’da Terör Suçları ve Yargılaması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 320.

unsuru olup terör örgütünün amaçlarını gerçekleştirmek için bozmaya yöneldiği amaçlardan birisidir.²⁸³

Ceza hukuku bakımından, cezaların asıl amacı kamu düzeninin sağlanmasıdır. Bu amaç, ceza hukukunun konusu olan yasa metinlerinde ifade edilmiş ve kamu düzeninin sağlanması ve korunması için gerekli görülen suç tipleri oluşturulmuştur.

2.4. Devletler Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı

Devletin uluslararası alanda egemenlik yetkisine müdahale oluşturan durumlarda; kara, deniz, hava sahasının kullanımında, ekonomik ilişkilerde ve savaş durumlarında kamu düzenin korunması ve sağlanması gündeme gelmektedir. Yapılan düzenlemelerle devletlerin asgari bir kamu düzeni alanı gözetilmeye çalışılmaktadır.

Devletler hukukunda²⁸⁴ bazı uluslararası anlaşmaların tarafları dışında da, üçüncü kişilerce herhangi bir özel kabul işlemine gerek kalmadan hukuki etki doğuracağı kabul edilen anlaşmalar vardır. Öğretide bu anlaşmaların hukuki dayanağı, bir bölgesel ya da evrensel kamu düzeni anlayışına bağlanmaktadır. Bu anlaşmalar; bir devletin siyasal statüsü, bir devletin ülkesinin tümünün ya da bir bölümünün silahsızlandırılması, uluslararası önemde deniz ya da akarsu yollarının

²⁸³ BALTACI, s. 321.

²⁸⁴ Doğan'a göre başlangıçta devletler hukuku alanında sadece devletler bulunmaktayken, bugün uluslararası örgütler başta olmak üzere devletler hukukunda farklı aktörler de vardır. Fakat burada unutulmaması gereken devletlerin destek olmadığı hiçbir karar veya kural etkin ve uzun ömürlü olmamaktadır. Dolayısıyla biz de bu görüşe katılarak; bu tezde uluslararası hukuk terimi yerine, devletler hukuku terimini kullanmayı uygun buluyoruz. İlyas DOĞAN, Devletler Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 29.

statüsü veya kimi uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliği konuları hakkında olabilir.²⁸⁵

Devletler hukuku bakımından Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin 32. maddesine göre antlaşmanın tarafı olan devletlerin ülkelerinde yasal olarak bulunan bir mülteciyi kamu düzeni ile ilgili nedenlerle sınır dışı etme yetkisi vardır.

Devletlerin ülkesinin bir parçasını oluşturan deniz alanları açısından ilke olarak devletler hukukunda ticaret gemilerinin limanlara giriş-çıkışı serbest olmakla birlikte; uluslararası uygulamada kıyı devleti, kamu düzenine aykırı davranışlar ya da tehditler olması durumunda bu gemilere limanlarını kapatabilmektedir. Eğer savaş gemileri bir devletin iç sularında ve limanlarında bulunuyorsa, bu gemilerin de kıyı devletinin egemenliğine saygı göstermesi ve kamu düzenine, ulaşım düzenine ve sağlık kurallarına uyması gerekmektedir.²⁸⁶

Ülkesel egemenlik hava sahasını da kapsamaktadır. Ancak devlet, bu egemenlik sahasından çeşitli haberleşme frekanslarının geçmesini teknik olarak engelleyemez.²⁸⁷ Bunun yanında hava sahasının kullanım alanlarından biri olan iletişim ve haberleşme toplum için bir hak olarak görülmektedir. Herhangi bir ayırım gözetmeden, herkese haberleşme serbestliği sağlanması gerekmektedir. İstisnaen

²⁸⁵ Örneğin Türk Boğazlarına İlişkin 1936 Montreux Sözleşmesi, 20.11.1815 tarihli Paris Bildirisi ile kabul edilen ve 28.6.1919 tarihli Versailles Antlaşması ile teyit edilen İsviçre'nin sürekli tarafsızlığı gibi. Hüseyin PAZARCI, Uluslararası Hukuk, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 90.

²⁸⁶ PAZARCI, s. 257-258.

²⁸⁷ DOĞAN, s. 240.

devletlerin, özel telgraf ve telefon haberleşmelerini kamu düzenine aykırı düşmeleri halinde yasaklama yetkisi vardır.²⁸⁸

İkinci Dünya Savaşı'na kadar olan süreçte devletlerin ekonomik ilişkileri, egemenlik yetkileri çerçevesinde düzenlenmiştir. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ise liberal ekonomi anlayışına dayalı birtakım uluslararası örgütlerin kurulduğu görülmektedir. Bu örgütlerin amacı çokuluslu ya da sınır aşan ticari ortaklıkların ekonomik ilişki ve işlemlerin serbestleştirilmesidir.²⁸⁹ Ancak gelişmekte olan devletler aleyhine aşırı serbestleşmenin önüne geçilmesi ve uluslararası standartların getirilmesi amacıyla Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) kurulmuştur.²⁹⁰ Malların ve hizmetlerin serbest dolaşımına yönelik kuralların uluslararası alanda uygulanmasını amaçlayan DTÖ Anlaşması'nın eki olduğu kabul edilen Düşünsel Mülkiyet Hakları Anlaşması'nın 27. maddesine göre üye devletler kamu düzenini korumak için gerekli olan durumlarda bazı buluşları patent verilebilir buluşlar dışında bırakabilirler.²⁹¹

Devletler hukukunda silahlı çatışmaların başlaması ve bu hallerde uygulanacak hukuk bakımından hem savaş durumunda hem de savaşa varmayan uluslararası çatışmalarda bir devlet ülkesini işgal eden işgalci devlet, 1907 La Haye IV. Kara Savaşı Kuralları Sözleşmesinin eki Yönetmeliğin 43. maddesine göre hukuki iktidar yetkisini fiilen ele geçiren işgalci devlet, ülkede geçerli yasalara saygı

²⁸⁸ PAZARCI, s. 299-300.

²⁸⁹ Şeref ÜNAL, Uluslararası Hukuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 364; PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 319.

²⁹⁰ Az gelişmiş ülkeler, uluslararası ticaret için bir hukuk düzeni getirilmesi amacıyla tarım, sinema, basın-yayın ve düşünsel mülkiyet hakları gibi alanları da kapsayan uluslararası düzenlemelerin ve bunları uygulayan kuruluşların, kendileri için daha vahim sonuçlar doğurduğunu belirtmekte ve bunu eleştirmektedirler. PAZARCI, s. 321.

²⁹¹ PAZARCI, s. 327.

göstermek, kamu düzenini ve yaşamını sağlamak ve sürdürmek için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.²⁹²

Devletin egemenlik alanına müdahale oluşturan diğer uluslararası düzenlemeler insan haklarına ilişkin uluslararası düzenlemelerde karşımıza çıkmaktadır. Bu düzenlemelerde de kamu düzeni amacıyla hak ve özgürlüklerin sınırlanabileceği kabul edilmektedir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A(III) sayılı kararı ile ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 29. maddesinde hakların ve özgürlüklerin kullanılması kamu düzeninin haklı gereklerini yerine getirmek maksadıyla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre *“herkesin, kişiliğinin serbestçe ve tam gelişmesine olanak veren topluma karşı ödevleri vardır.”* Maddenin ikinci fıkrasına göre *“herkes haklarını kullanırken ve özgürlüklerinden yararlanırken, başkalarının hak ve özgürlüklerinin tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması ve demokratik bir toplumda genel ahlak ve kamu düzeniyle genel refahın gereklerinin karşılanması amacıyla yalnız yasayla belirlenmiş sınırlamalara bağlı olur.”* Dolayısıyla İHEB’de bireyin toplum içinde var olduğu kabul edilerek toplum hayatındaki birtakım kurallara ve sınırlamalara uygun hareket etmenin zorunluluğuna vurgu yapılmış ve demokratik toplum hayatının gerekleri doğrultusunda kamu düzeni nedeni ile getirilecek bir sınırlamanın ancak yasa ile yapılabileceği belirtilmiştir. Kapani, İHEB’in hazırlanmasında önemli katkıları olan Fransız hukukçu René Cassin’in, İHEB’in Birleşmiş Milletler

²⁹² PAZARCI, s. 558-559.

Anlaşması'nı tamamlayan ve yorumlayan bir belge olarak nitelendirdiğini ifade etmektedir.²⁹³

BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin²⁹⁴ 19. maddesinde düşünceyi açıklama özgürlüğünün, 12. maddesinde seyahat etme ve yerleşme özgürlüğünün, 21. ve 22. maddelerinde düzenlenen toplanma özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğünün kamu düzeni nedeni ile sınırlanabileceği öngörülmüştür. Sözleşmenin adil yargılanma hakkını düzenleyen 14. maddesinde davayı izleyenler ve basın mensuplarının kamu düzeni nedeniyle duruşmalardan tamamen ya da kısmen çıkarılabileceği düzenlenmiştir. Sözleşmenin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 18. maddesine göre bir kimsenin dinini ve inancını açığa vurma özgürlüğü kamu düzeni amacıyla, hukuken öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlamalara tabi tutulabilmektedir.

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin²⁹⁵ 8. maddesine göre sendika kurma hakkının kullanılması kamu düzeninin korunması amacı ile sınırlandırılabilir.

BM Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunmasına Dair Sözleşme'nin²⁹⁶ 8. maddesine göre göçmen işçileri ve aile fertlerinin orijin devletleri dahil her devleti terk etmekte özgürlükleri kamu düzenini korumak için

²⁹³ KAPANİ, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, s. 28.

²⁹⁴ BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı Kararıyla kabul edilmiş ve imzaya, onaya ve katılmaya açılmıştır, yürürlüğü giriş tarihi 23 Mart 1976, Türkiye 15 Ağustos 2000 tarihinde sözleşmeyi imzalamıştır.

²⁹⁵ 16 Aralık 1966 tarihli, 2200A (XXI) sayılı Genel Kurul kararıyla kabul edilmiş ve imza, onay ve katılmaya açılmıştır. 27. Madde uyarınca, 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁹⁶ Sözleşme, 18 Aralık 1990 tarihinde kabul edilmiş, 25 Şubat 1991 tarihinde imzaya açılmış ve 13 Ocak 1999 tarihinde Türkiye tarafından imzalanmıştır.

sınırlandırılabilir. Sözleşmenin 13. maddesinde göçmen işçilerin ve aile fertlerinin düşünceyi açıklama, yayma ve araştırma özgürlükleri kamu düzeninin, kamu sağlığının ve ahlakının korunması amacıyla kısıtlanabileceği düzenlenmiştir. Yine Sözleşmenin 39. maddesine göre göçmen işçiler ve aile fertlerinin istihdam devleti sınırları dahilinde yer değiştirme ve ikamet yerlerini serbestçe seçme özgürlüğü, kamu düzeninin, kamu sağlığının ve ahlakının korunması amacıyla sınırlanabilecektir. Ancak bu sınırlamalar demokratik bir toplumda gerekli olmalı ve yasayla yapılmalıdır.

Sonuç olarak devletler hukukunda kamu düzeni, devletin egemenlik yetkisini ilgilendiren konularda gündeme gelmektedir. Uluslararası hukuki düzenlemeler ile egemenlik yetkisine getirilen kısıtlamaların, devletin kamu düzenini zedelememesi gerekmektedir.

2.5. Borçlar Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı

Sözleşme özgürlüğü Anayasa'nın 48. maddesi ile güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümleri kişiler ve devlet arasındaki dikey ilişkiyi düzenlediğinden özel hukuk alanında kişiler arasındaki yatay ilişkilerde doğrudan doğruya uygulama alanı bulmazlar. Bu nedenle Anayasa hükümlerinin özel hukuk alanındaki ilişkilere dolaylı bir etkisinden söz edilebilir. İşte genel hüküm olarak adlandırılan ve kanunda sadece genel çerçevesi ile çizilen,

fakat içeriğinin somutlaştırılması gereken hükümlerden birisi de Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinde²⁹⁷ düzenlenen kamu düzenine aykırılıktır.²⁹⁸

BK'nın 19. maddesinin 2. fıkrasına göre kamu düzenine aykırı bulunmadıkça tarafların yaptıkları sözleşmeler geçerlidir. Burada sözleşme özgürlüğünün sınırları belirlenirken kamu düzeninin ne anlama geldiği konusunda farklı görüşler vardır. Birinci görüşe göre, 19. maddenin 2. fıkrasında sözü edilen kamu düzeni, sözleşme özgürlüğüne sınır koyan bağımsız bir kavram değil, sadece kanun hükmünün ne zaman emredici sayılacağını göstermek için öngörölmüş bir kavramdır. Dolayısıyla bir kanun hükmünün sözünden emredici nitelikte olduğu anlaşılamıyorsa, bakılması gereken hususlardan biri de kamu düzeni ile ters düşüp düşmediğidir. Bu konudaki ikinci görüşe göre 19. maddenin 2. fıkrasında belirtilen kamu düzeni sözleşme serbestisine sınır çizmek için kanuna konulmuştur.²⁹⁹

Anlaşılabacağı üzere kamu düzeni, öğretide tartışmalı bir kavramdır.³⁰⁰ İsviçre'de ileri sürölen bir görüşe göre kamu düzenini korumak amacı ile getirilen hükümler kamu hukuku hükümleridir. Türk hukukunda hakim görüşe göre kamu düzenine ilişkin hükümler, toplumun temel yapısını ve temel çıkarlarını koruyan hükümlerdir. Kamu düzeni kavramı zaman içinde değişkenlik gösteren bir kavramdır. Kamu düzenini korumak üzere getirilen hükümler kamu hukuku ya da

²⁹⁷ BK'nın 19. maddesi: Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tayin olunabilir.(f.1) Kanunun kat'i surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir.(f.2)

²⁹⁸ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU - Hüseyin HATEMİ- Rona SEROZAN - Abdölkadir ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 501-502.

²⁹⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, ..., s. 528-530.

³⁰⁰ Kemal OĞUZMAN - Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 73.

özel hukuktan kaynağını alabilir. Örneğin imar mevzuatı, kamu hukukuna dahilken, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun, özel hukuk içindedir; her iki kanunda da kamu düzeni hükümleri bulunmaktadır.³⁰¹

Borçlar hukukundaki diğer tartışmalı konu ise herhangi bir kanun hükmüne dayanmadan, yazılı hukuk kuralları dışında bir kamu düzeni kavramından söz edilip edilemeyeceğidir. Birinci görüşe göre soyut bir kamu düzenine aykırılıktan söz ederek hukuki işlemi geçersiz saymak mümkün değildir. İkinci görüşe göre BK'daki düzenleniş şekli de düşünüldüğünde bağımsız bir sözleşme özgürlüğünü sınırlama nedeni olarak görülmektedir.³⁰² Toplumun temel yapısını ve temel çıkarlarını koruyan kamu düzeni kurallarının, yazılı kurallardan bağımsız olarak değerlendirilmesi hukuk güvenliğini sarsmaz. Çünkü Anayasa hükümlerinin özel hukukta uygulama alanı bulmasını sağlayan temel kavram kamu düzenidir.³⁰³

2.6. Uluslararası Özel Hukukta Kamu Düzeni Kavramı

Uluslararası özel hukuk bakımından kamu düzeninin içeriği ve kapsamı her ülkede farklılık gösterir. Diğer hukuk disiplinlerinde olduğu gibi uluslararası özel hukuk açısından da önem taşıyan kamu düzeni kavramının tanımı, içeriği ve unsurlarına ilişkin bir görüş birliği söz konusu değildir.³⁰⁴ Aynı zamanda bütün

³⁰¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, ..., s. 544-547.

³⁰² OĞUZMAN - ÖZ, s. 73.

³⁰³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, ..., s. 547-550.

³⁰⁴ Yılmaz ALTUĞ - Mustafa YASAN, “*Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni*” , Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, Alkım Yayınları, İstanbul, 2003, s. 139.

devletler kendi kamu düzenlerinin, başka devletlerin kamu düzeni kuralları tarafından ihlal edilmesini istemezler.³⁰⁵

Hem öğreti hem de yargı içtihatları bakımından uluslararası özel hukukta kamu düzeni kavramı için ortak bir tanıma ulaşılamamıştır. Hatta kamu düzeni kapsamında değerlendirilen kurumlar aynı ülkede zaman içinde dahi değişiklik gösterebilmektedir. Örneğin Fransız hukukunda boşanma 1884'ten, babalığın araştırılması 1912'den itibaren kamu düzenine aykırı sayılmamıştır.³⁰⁶ Kamu düzeninin her somut olayda içini doldurma yetkisi yargıcın takdirindedir.³⁰⁷

Bunun dışında kamu düzeni kavramına iç hukukta ve dış hukukta farklı anlamlar yüklenmektedir. Örneğin ehliyet, iç hukukta tarafların iradesi ile değiştirilemez ve kamu düzenini ilgilendirir. Ancak uluslararası özel hukukta ehliyet, kişinin milli hukukuna tabidir.³⁰⁸ Uluslararası özel hukuk bakımından kamu düzeni, uyuşmazlığa doğrudan uygulanan kurallardan farklı olarak, yabancı hukukun kamu düzenini ihlali sonucu istisnaen uygulama alanı bulur. Dolayısıyla yargıcın hukukunun her emredici hükmüne aykırılık, kamu düzeni müdahalesini gerektirmemektedir. Bu noktada yargıç, uyuşmazlığın çözümünde önce yabancı hukuka gidecek, sonra kamu düzeni ihlali tespit ederse yabancı hukukun kamu düzenini ihlal eden hükümlerini olaya uygulamaktan vazgeçecektir.

³⁰⁵ Kemal DAYINLARLI, Milli ve Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1994, s. 2.

³⁰⁶ Henri BATIFFOL, Paul LAGARDE, Droit International Prive, Septieme Edition, Tome I, Paris, Aktaran Kemal DAYINLARLI, Milli ve Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri.

³⁰⁷ Erdoğan GÖĞER, Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilafı), AÜHF Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 1975, s. 96-97.

³⁰⁸ A. Gündüz ÖKÇÜN, Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, SPK, 2. Baskı, Ankara, Aralık 1997, s. 10.

Tarihsel gelişim süreci içinde uluslararası özel hukuk bakımından kamu düzeni, bazı yazarlarca doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilirken bazı yazarlar tarafından istisnai nitelikte olduğu ileri sürülmüştür.³⁰⁹

İlk görüşü savunan Mancini'ye göre kamu düzeni bağımsız bir bağlama kuralıdır, yabancı unsur taşıyan olaya kural olarak doğrudan uygulanır ve bu konuda yargıca takdir yetkisi tanınmamalıdır. Pillet' e göre de kamu düzeni kuralları yabancı hukukun istisnası niteliğinde değildir. 1865 tarihli İtalyan Yasası'nın giriş hükümleri ve 1888 tarihli İspanya Yasası bu görüşün örneklerindendir.

İkinci görüşün temsilcisi olan Savigny'ye göre yargıç takdir yetkisini kullanarak yabancı hukukun uygulanmasını kamu düzeninin etkileyip etkilemeyeceğine karar verir. Bu görüşe göre kamu düzeni istisnai nitelik taşımaktadır. Bir kamu düzeni engeli görerek yargıcın kendi hukukunu uygulaması şu hallerde söz konusu olabilir: Toplumun genel çıkarlarını ilgilendiren bağlayıcı nitelikteki kurallar, örneğin çok eşle evliliği önleyen kurallar gibi, söz konusu olduğunda ya da yabancı ülke hukukunda yargıcın ülkesi hukukunca tanımlanmamış kurumlar söz konusu olduğunda. Story de kendi ülkesinde egemen olan devletin, devletlerarası nezaket kuralları gereğince bir başka ülkede kazanılmış olan hakları tanıyabileceğini belirtmiştir. İsviçre, Polonya, Avusturya, Macaristan, İsveç, Türkiye kamu düzeninin istisnai nitelikte olduğu görüşüne kanunlarında yer vermişlerdir.

Öğretide ikinci görüş daha çok benimsenmiştir. Ayrıca çağdaş görüşlere göre asıl olan, olaya yabancı hukukun uygulanmasıdır, kamu düzeni yabancı hukukun uygulanmasının bir istisnasıdır. Kamu düzenini bir bağlama kuralı olarak kabul eden

³⁰⁹ Ergin NOMER, Devletler Hususi Hukuku, 16. Baskı: *Nomer/Şanlı*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 163.

Göğ r’e göre kamu düzeni bağlama kuralı, kamu hukukunun özel hukuktaki düzenleyici özelliğinden kaynaklanmaktadır. Bu duruma örnek olarak G ğ r, EHVK’nın (23 Şubat Tarihli Memaliki Osmaniyede Bulunan Tebaayi Ecnebiyenin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanunu Muvakkat) kamu düzeni bağlama kuralından yararlanarak bağlama sebebi olarak ülkede bulunmayı esas almasını vermektedir. Dolayısıyla Türkiye’de bulunan herkes hakkında Türkiye’nin emniyet ve asayişe ilişkin kanunların uygulanacağı sonucuna ulaşmaktadır.³¹⁰ Buna karşın kamu düzeninin istisnai bir nitelik taşıdığını kabul eden Nomer, bu görüşü eleştirmekte ve emniyet ve asayişe ilişkin hükümlerin ülkede bulunan herkese uygulanması durumu ile bir kanunlar ihtilafı kuralı gereği uygulanan yabancı hukuk kuralının uygulanmasını önleyen kamu düzeni müdahalesi arasında bir bağ olmadığını ileri sürmektedir.³¹¹

Bu noktada Anayasa Mahkemesi’nin 27.2.1997 tarihli ve E. 1996/55, K. 1997/33 sayılı kararı dikkat çekicidir. Kararda 3.8.1996 günlü, 4163 sayılı İşlam  lkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun’un, Anayasa’ya aykırılığı incelenirken, adı geçen anlaşmanın çekince konulan hükümleri ( rneğin Anlaşmanın 57. maddesinin 4. fıkrasına göre Kurumun şer’i hükümlerine göre faaliyet göstermesini engelleyecek hiç bir değişiklik yapılamaz) bakımından 2675 sayılı Milletlerarası  zel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 5. maddesinde, *“yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine*

³¹⁰ G   R, s. 94-95.

³¹¹ NOMER, s. 164.

açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır” hükmüne dayanılmıştır.

Devletler hususi hukukunda kamu düzeninin olumlu ve olumsuz olmak üzere iki türlü etkisinden söz edilir. Kamu düzeninin olumsuz etkisinde yabancı kanun hükmünün uyuşmazlık konusu olaya uygulanması durumunda somut sonuçlarının hoş görülüp görülemeyeceği üzerinde durulur. Kamu düzeninin olumlu etkisinde ise uyuşmazlığın çözümünde gerekli görülen durumlarda Türk hukukunun uygulanması gündeme gelir. Burada Türk hukukunun dayandığı temel ilkelere ve hakkaniyet anlayışına aykırı olan yabancı hukuk, kamu düzeni müdahalesine uğrar.³¹² Bu noktada yabancı hukuk kuralı somut olaya uygulandığında kamu düzenini ihlal ediyorsa kamu düzeni müdahalesi söz konusu olacaktır. Uygulanacak yabancı hukuk kuralının, mahalli hukuk kuralına uygun olmaması kamu düzeni müdahalesini gerektirmez. Yabancı hukuk kuralının toplumun ahlak ve dürüstlük anlayışını temelden sarsıcı şekilde aykırı olması durumunda kamu düzeni müdahalesi söz konusu olur. Anayasada yer alan temel haklara aykırı yabancı hukuk kuralı da kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşacaktır.³¹³

Kamu düzeninin uyuşmazlığın çözümü sürecinde hangi koşullar altında devreye gireceği konusu da öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre davaya konu olan olay ile yargıcın mahkemesi arasında mutlaka bir bağ kurulması gerektiği ileri sürülürken, diğer görüşe göre arada hiçbir bağ olmaması halinde dahi kamu düzeni müdahalesi yabancı hukukun uygulanmasını engelleyebilir.

³¹² NOMER, s. 169-171. GÖĞER, s. 98-99.

³¹³ NOMER, s. 173-175.

Yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tenfizi bakımından da tenfiz hakimi mensubu bulunduğu ülkenin kamu düzenini göz önünde bulundurur. Eğer tenfizi istenen yabancı ülke mahkeme kararında Anayasa’da öngörülen temel hak ve özgürlüklere, uluslararası hukukta kabul edilen temel ilkelere, iyi niyet kurallarına, adil yargılanma ve savunma hakkına, genel ahlak ve adap anlayışına, toplumun sosyal, siyasal ve ekonomik düzenine aykırılık mevcut ise o ülkenin kamu düzeni engeli ile karşılaşır. Tenfiz bakımından da kamu düzeni kavramının içeriği zamana ve mekana göre değişebilmektedir. Bu nedenle tenfiz hakimi karar anında mensubu bulunduğu ülkede mevcut olan kamu düzeni anlayışını dikkate alacaktır.³¹⁴

³¹⁴ Ahmet Cemal RUHİ - Yavuz KAPLAN, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan), Yıl: 22/ sayı 2/ 2002, s. 644.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER AÇISINDAN KAMU DÜZENİ

3.1. Olağan Düzen Olarak Kamu Düzeni

3.1.1. Konuya Genel Bakış

Hak ve özgürlükler³¹⁵ ancak bir düzen içinde varlıklarını sürdürebilirler. Sınırsız bir “*mutlak özgürlük*” alanı toplum ve devlet hayatı içinde var olamaz. Bu nedenle toplumun ve devletin sürekliliği için özgürlüklerin sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir.³¹⁶ Kamu düzeni ile özgürlükler alanı arasında sürekli bir zıtlaşmanın

³¹⁵ Özgürlük sözcüğünün sözlük anlamı; “*herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya bağlı olmaksızın düşünme veya davranma, herhangi bir şarta bağlı olmama durumu, serbesti*”dir. Bu tanım Türk Dil Kurumu resmi internet sitesinin Büyük Türkçe Sözlük Bölümü’nden alınmıştır. www.tdk.gov.tr (07.01.2010).

Genel Kamu Hukuku bakımından temel metinlerden sayılan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi’nin 4. maddesine göre de “*özgürlük, başkasına zarar vermeyen herşeyi yapabilmektir: Böylece, her insanın doğal haklarını kullanması, toplumun diğer üyelerinin de aynı haklardan yararlanmasını sağlayan sınırlarla sınırlanmıştır. Bu sınırları, ancak kanun belirleyebilir.*” Mehmet AKAD - Bihterin VURAL DİNÇKOL, Genel Kamu Hukuku, s. 435.

Bir görüşe göre özgürlük ve hak kavramlarının tanımlarında iç içe geçmişlik söz konusudur. Şu şekilde bir ayırım yapmak mümkün olabilir: Kısaca hak “*hukuk düzeninin kişilere tanıdığı yetkidir.*” Doğal olarak her yetki “*özgür davranmayı*” da içerir. Aralarındaki fark ise şudur; modern hukuk sistemlerinde bir yasal yetki olarak hak, sınırlanabilir ya da ortadan kaldırılabilirken, hak kavramı içinde yer alan özgürlük sınırlanabilir, fakat ortadan kaldırılamaz, yani yok edilemez. Ahmet MUMCU - Elif KÜZECİ, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, s. 16-17.

Diğer bir görüşe göre, özgürlükler kaynağını insanın doğumundan alır, haklar ise yazılı hukuk belgeleri ile özgürlüklerin kullanılmasını sağlama amacıyla yöneticiler tarafından getirilmiş bazı olanaklardır. İlhan AKIN, Kamu Hukuku, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, 1980, s. 264.

Bir başka görüşe göre hak ve özgürlük kavramları anlam yönünden bir gerçeğin iki yüzüdür. Dolayısıyla anlam yönünden aralarında bir fark gözetilmemelidir. Oktay UYGUN, 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s. 6.

³¹⁶ KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s. 228. Server TANİLLİ, Devlet ve Demokrasi, 4. Baskı, Alkım Yayınları, İstanbul, 2007, s. 175.

olduğunu savunan görüşler de vardır.³¹⁷ Bu görüşler liberal felsefenin bir ürünü olan devlet ile bireyin çıkarlarının sürekli bir çatışma halinde olduğu varsayımından temelini almaktadır. Toplumdaki düzenin sağlayıcısı da devlet olduğundan kamu düzeninin sağlanması ile temel hak ve özgürlüklerin korunması arasında bir zıtlık olduğu düşünülebilir. Gerçekten modern devlet temel hak ve özgürlükleri sağladığı ve koruduğu oranda meşruluğunu korur.³¹⁸ Fakat hem toplumdaki düzenin hem de özgürlüklerin temel sağlayıcısı devlet olduğundan, kamu düzeni ve kişi özgürlükleri arasında bir zıtlık kurmaktansa bir bağ oluşturmak gerekmektedir. Bu bağ kamu düzeni ile kişi özgürlükleri arasında bir denge kurulması ile mümkün olacaktır.³¹⁹

Uygulamada “*hak ve özgürlüklerin*”³²⁰ kullanılmasında izlenecek yol, hak ve özgürlüklerin kategorilerine göre değişiklik gösterir. Her hak ve özgürlük kendi kategorisi içinde, kamu düzenini ihlal etmeyecek şekilde, kullanılabilir bir özgürlük alanına sahip olmalıdır. Örneğin dernek kurmak için bildirim yeterli olup herhangi bir ön izin gerekmezken; seyahat özgürlüğünün özel araçla kullanımı bakımından bir

³¹⁷ M. WALİNE, *L’Individualisme et le droit*, Paris, 1949, s. 283, Aktaran Münci KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 228.

³¹⁸ Bülent ALGAN, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 77.

³¹⁹ KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 229. Bugün özgürlük-güvenlik dengesinin yanlışlığını savunan görüşler de mevcuttur. Bkz. Ayhan BİLGEN, “*Güvenlik-Özgürlük: Yanlış Bir Denklem*”, *İfade Özgürlüğü* (İlkeler ve Türkiye), Editör Tanıl Bora, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 173-181.

³²⁰ Hak ve özgürlük kavramları açısından hem 1961 hem de 1982 Anayasasında bir “*ibare karışıklığı*” söz konusudur. 1961 Anayasası’nda “*Temel Haklar ve Ödevler*” başlığı altında düzenlenen “*Düşünce ve İnanç Hak ve Hürriyetleri*”, IV. alt bölümde 19. madde başlığı “*Vicdan ve Din Hürriyeti*” ve 20. madde başlığı “*Düşünce Hürriyeti*”ydi. Yine 1982 Anayasası’nın 33. maddesinin başlığı “*Dernek Kurma Hürriyeti*” iken, maddenin ilk cümlesinde “*dernek kurma hakkına*” dönüşmekteydi. Bu durum 2001 yılında 4709 sayılı yasa ile düzeltilmiş ve “*herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir*” şeklinde ifade edilmiştir. MUMCU - KÜZECİ, s. 15.

ön izin mekanizması olarak sürücü belgesi alınması şarttır.³²¹ Dolayısıyla kamu düzeninin hayatın tüm alanlarına yayılan etki alanı içinde, temel hak ve özgürlüklerin her birinin bağlı olacağı hukuki rejimin farklılaşması doğaldır. Bu noktada kullanılacak ölçüt “*toplum düzeni üzerinde kalıcı etki yaratan ihlal olasılıklarının bulunması*”³²² olabilir. Kamu düzenini ihlal olasılığına karşı hak ve özgürlüklerin kullanımı önceden (*a priori*) sınırlama ya da sonradan (*a posteriori*) müdahale ile sınırlandırılabilir. Bunlardan ilkinde özgürlüklerin kullanılması kural olarak önceden izin almaya ya da en azından bildirimle bağlıdır. İkincisinde ise düzeltici işlevi gereği, hak ve özgürlüğü kullanan kişi kanunla çizilen sınırı aştığında bir yaptırımla karşılaşır.³²³

Tanilli, özgürlüklerin ancak *toplum yaşamının bozulmamasını sağlamak ve kendisinden herkesin yararlanabilmesini mümkün kılmak amacıyla* sınırlanabileceğini ifade etmektedir.³²⁴

3.1.1.1. Hukuk Devleti İlkesi Ve Kamu Düzeni

Hukuk kuralları toplumu düzenleyen kuralların en etkilisidir. Dolayısıyla hukuk kuralları ile oluşturulan düzen, bir yandan uygar yaşamın dayanağı, diğer yandan toplum içerisinde yaşamının güvencesidir.³²⁵

³²¹ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 84.

³²² ibid, s. 85.

³²³ TANİLLİ, s. 187-188.

³²⁴ ibid, s. 177.

³²⁵ Anıl ÇEÇEN, Ulus Devlet (Türkiye Cumhuriyeti), 2. Baskı, Kilit Yayınları, Ankara, Ekim 2009, s. 62.

Özgürlüklerin sınırı keyfi uygulamalarla değil, hukuki güvenliğin ve öngörülebilirliğin olduğu demokratik hukuk devleti ilkesi doğrultusunda belirlenmelidir. Bir “*hukuk devletinde*”³²⁶ kural, hak öznesi olan bireyin herhangi bir kişi ya da makamın müdahalesi olmadan özgürlük alanı içinde hareket edebilmesidir. Fakat bu özgürlük alanı bireyin dilediği gibi hareket edebileceği bir alan değildir; “*önceden belirlenmiş olan ve bilinen*” ilkeler çerçevesinde sınırlandırılmıştır. Bu şekilde bir sınırlandırmanın amaçlarından birini de kamu düzenini sağlamak ve korumak oluşturur.³²⁷

Demokratik bir düzende temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması; özünde hukuk kuralı ile gerçek dünya, yani siyasal gerçek arasındaki çatışmayı barındırmaktadır. Daha özelde anayasa ile anayasal gerçek arasındaki diyalektik çatışmadan dolayı temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi ve sınırlanması ile ilgili Anayasa hükümlerinin demokratik toplum düzenine uygun olarak yorumlanması gerekmektedir.³²⁸ İşte temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi ve sınırlanmasında kullanılan anahtar kavramlardan biri olan kamu düzeni de hem Anayasa metni hem de sosyal gerçeklik dikkate alınarak yorumlanmalıdır. Friedrich’e göre her türlü hak, özellikle bir başkasına zarar veriyorsa sınırlanmak durumundadır. Bu noktada İHEB’in 29. maddesine değinen Friedrich, özgürlüğün geleneksel olarak başkalarının

³²⁶ “*Kamu yönetiminin hukuka bağlılığına, Kara Avrupası ülkelerinde “hukuk devleti”, Anglo-Amerikan ülkelerinde “hukukun egemenliği” yahut “hukukun üstünlüğü” denilir. Hukuk devleti deyimi, yönetilenlere hukuk güvenliği sağlayan devlet düzenini anlatır... Hukuk devleti anlayışı, bir ülkede yerleşmiş hukuk düzenine, yalnız bireylerin değil yönetimin de uymasını gerektiren bir ilkedir.*” GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 24. Bu noktada Çeçen, ulus devletlerin varlıklarını sürdürebilmek için birer hukuk devleti olmaları gerektiğini belirtmektedir. ÇEÇEN, Ulus Devlet (Türkiye Cumhuriyeti), s. 85.

³²⁷ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 82.

³²⁸ Gerhard LEİBHOLZ, “*Anayasa Hukuku ve Anayasal Gerçek*”, Çeviren Tunçer Karamustafaoğlu, AÜHFD, Cumhuriyetin Ellinci Yılına Armağan, cilt 30, sayı 1-4, Ankara, 1973, s. 4-5.

hakları ile sınırlandırılabilir olduğunu belirtmekte ve İHEB’de belirtilen bir sınırlama nedeni olan kamu düzeninin farklı demokrasi anlayışlarında yöneticilerin kendilerine uygun gelen her türlü sınırlamayı haklı kılacak biçimde kullanabilecekleri belirsiz kavramlar olduklarını ifade etmektedir.³²⁹

Kural ve gerçek arasındaki dengeyi sağlayacak unsur Anayasa Mahkemesi olduğundan, Anayasa Mahkemesi kararlarında kamu düzeni kavramının nasıl anlamlandırıldığı önem kazanmaktadır. Demokratik toplum düzenini öngören bir anayasa metninin aynı zamanda demokratik toplumun gerekleri göz önünde bulundurularak yorumlanması gerekmektedir. Bunun için öncelikle siyasal iktidarın keyfi sınırlamalarına yol açabilecek ipuçları, anayasa metnindeki haklar sisteminde yer almamalıdır.³³⁰ Ancak kamu düzeni gibi kavramların açıklığa kavuşturulmasında siyasal iktidar tarafından haklar kataloğunun keyfi biçimde sınırlandırılmasının önüne geçmek amacıyla Anayasa Mahkemesi kararlarından yararlanılması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 1.2.1996 tarihli ve E.1995/20, K.1996/4 sayılı kararında³³¹ hukuk devletinin tanımını “*tüm işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine açık, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı ve sürdürmeyi amaç edinmiş, Anayasa ve hukukun üstün kurallarına bağlılığa özen gösteren devlet*” olarak yapmıştır. Yüksek Mahkeme’ye göre hukuk devleti ilkesinin unsurlarından

³²⁹ Carl J. FRIEDRICH, Sınırlı Devlet, Çeviren Mehmet Turhan, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1999, s. 119-120. Friedrich, bu tür belirsiz sınırlamaların hakları değersizleştirme eğiliminde olduklarından eleştirmektedir.

³³⁰ AKAD, Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasası’nın 10. maddesi, s. 91.

³³¹ Kararın tam metni için bkz.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1251&content=
(E.T. 4.4.2010)

biri de kamu düzeninin sağlanması ve korunması amacına yönelik kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçütlerinin dikkate alınmasının gerekliliğidir. Yine aynı kararında Yüksek Mahkeme, hukuk devletinde, Anayasa'nın açık kurallarıyla birlikte, hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerde benimsenen ilkelerine de uygun davranılması gerekliliğine vurgu yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararında³³² hukuk devleti ilkesinin Cumhuriyetin temel niteliklerinden olduğunu belirtmiş ve hukuk devletini insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet olarak tanımlamıştır.

Kamu düzeni nedeni ile bir hak ve özgürlüğe getirilecek sınırlama, hukuk düzeni içinde yargı denetimine açık olmalı ve adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzenini benimsemiş toplum yaşantısı ile uyumlu olmalıdır.

³³² Anayasa Mahkemesi'nin K.T. 13.2.2002 tarihli ve E. 2001/389, K. 2002/29 sayılı kararı, kararın tam metni için bkz. http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1760&content= (E.T. 5.4.2010)

Benzer şekilde Yüksek Mahkeme 19.7.2001 tarihli ve E.2001/303, K.2001/333 sayılı kararında hukuk devletini “*insan haklarına saygılı, bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında Anayasa'ya ve hukuk kurallarına uyan işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet*” şeklinde tanımlamıştır.

3.1.1.2. Kamu Düzeni Nedeni İle Sınırlamanın Sınırı

2001 Anayasa değişikliği öncesinde “*temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*” başlığını taşıyan 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin Anayasa’nın sözüne ve ruhuna uygun olarak, kanunla, Anayasa’da düzenlenen genel ve özel sınırlama nedenleri ile sınırlanabileceği öngörülmüştür. Yine 13. maddede bu sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılmayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla 13. maddeye göre genel sınırlama nedeni olan kamu düzeni ile sınırlama getirilirken bu kıstaslara uygun olması aranacaktır. Burada “*ancak kanunla*” sınırlama yapılabileceği ilkesinin “*kanunla*” yapılabileceği şeklindeki değişiklik, temel hak ve özgürlüklerin kanun dışındaki düzenlemelerle sınırlanıp sınırlanamayacağı tartışma konusu olmuş, 2001 Anayasa değişikliği ile maddeye tekrar “*ancak kanunla*” ibaresi getirilmiştir.

1982 Anayasası’nda 2001 anayasa değişikliği ile 13. maddede öngörülen genel sınırlama nedenleri yürürlükten kaldırılmış, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının özlerine dokunulmaksızın, ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle ve ancak kanunla mümkün olacağı düzenlenmiştir. Kamu düzeni, nedene bağlılık ilkesinin bir görünümüdür. Aynı zamanda bu sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. 2001 Anayasa değişikliği sonrasında Anayasa’da hem demokratik toplum düzeni ilkesi hem de öze dokunma yasağı, başka bir ifadeyle öz güvencesi yer almaktadır.

1961 Anayasası'nın 11. maddesinde de öngörülen öze dokunma yasağı, 1982 Anayasası'nda sınırlamanın çerçevesi olmaktan çıkarılmıştır. Bu noktada öze dokunma yasağının bireyler açısından dokunulmaz "*asgari bir alan*" güvencesi olduğu, demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesinin ise her hak ve özgürlük için somutlaştırılması gereken daha belirsiz bir ölçüt olduğu ifade edilmiştir.³³³

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında³³⁴ vurgulandığı üzere "*bir hak ve özgürlüğün gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derecede zorlaştıran veya onu kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması*" durumunda o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olması söz konusu olur. Anayasa Mahkemesi yine bir kararında³³⁵, 1982 Anayasası'nın ilk halinde öze dokunma yasağı düzenlenmemiş olmasına karşın, demokratik toplum düzeni kavramının öze dokunma yasağını da kapsadığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre "*... kişinin sahip olduğu dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklerinin özüne dokunan kısıtlamalar, nedeni ne olursa olsun, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamaz... Özgürlükler, ancak, demokratik toplum düzeninin gerektirdiği ölçüde istisnâî olarak, sınırlanabilir. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, sınırlamalar, belli bir özgürlüğün kullanılmasını tümüyle ortadan kaldıracak düzeyde olmamalıdır.*"

³³³ SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, s. III-IV (Önsöz), Bülent TANÖR, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 3. Baskı, BDS Yayınları, İstanbul, 1994, s. 208, Oktay UYGUN, 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s. 174.

³³⁴E. 1963/25, K.1963/87, K.T. 8.4.1963, kararın tam metni için bkz.
<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1963/K1963-087.htm> (E.T. 3.2.2010)

³³⁵E.1987/16, K.1988/8, K.T. 19.4.1988, kararın tam metni için bkz.
<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1988/K1988-08.htm> (E.T. 3.2.2010)

Demokratik toplum düzeninin gereklerinin neler olduğu tespit edilmeye çalışılırken hangi demokrasi anlayışının esas alınacağı tartışılmaktadır. Gözler, 1982 Anayasası'nın öngördüğü demokrasi ile çağdaş Batılı demokrasi ayırımını kabul etmemektedir.³³⁶ Gözler'e göre halkın tümünün isteklerine tam olarak uyan ideal bir demokrasinin gerçek hayatta varlığından söz edilemez. Bu nedenle *“olması gereken”*e değil *“olan”*a bakılarak değerlendirme yapılmalıdır.³³⁷ Burada Gözler, Robert Dahl'ın demokrasinin bir türü olarak kabul ettiği *“poliarşi”*nin ölçüt olarak alınabileceğini söylemektedir. Dahl'a göre bir siyasal sistemde seçimle iş başına gelen etkin siyasal makamlar varsa, düzenli aralıklarla seçimler tekrarlanıyorsa, serbest seçimler varsa, birden çok siyasal parti varsa, muhalefetin iktidar olma şansı mevcutsa, temel kamu hakları tanınmış ve güvence altına alınmışsa o sistem demokratik olarak kabul edilebilecektir.³³⁸ Bu noktada Gözler 1982 Anayasası'nın bu altı şartı sağladığını belirtmektedir. Eren'e göre ise AIHS esas alındığında, 1982 Anayasası'nın öngördüğü demokrasi ile çağdaş Batılı demokrasi bağdaşmamaktadır.³³⁹

Anayasa Mahkemesi, bir kararında³⁴⁰ *“çağdaş demokrasilerin, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimler olduğunu, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya*

³³⁶ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 144.

³³⁷ ibid, s. 70-71.

³³⁸ Robert A. DAHL, Polyarchy: Participation and Opposition, New Heaven, Yale University Press, 1971, Aktaran Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 71-72.

³³⁹ Abdurrahman EREN, Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Beta Yayınları, İstanbul, Şubat 2004, s. 150.

³⁴⁰ E.2001/303, K.2001/333, K.T. 19.7.2001, kararın tam metni için bkz.

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2001/K2001-333.htm> (E.T. 4.2.2010)

kullanılamaz hale getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığını, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yollarının hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiğini, özgürlüklerin, ancak ayırık durumlarda ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilceğini, demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın bununla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olamayacağını” ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında³⁴¹ çağdaş demokrasileri temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimler olarak tanımlamış ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ile temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ya da kullanılamaz hale getiren sınırlamaların bağdaşmadığını belirtmiştir. Yüksek Mahkemeye göre “*demokratik hukuk devletinin amacı kişilerin hak ve özgürlüklerden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan yasal düzenlemelerde insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gerekir. Bu nedenle getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak ayırık durumlarda ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilmelidir.*”

³⁴¹ Anayasa Mahkemesi’nin 29.12.1999 tarihli ve E.1999/33, K.1999/51 sayılı kararı, kararın tam metni için bkz.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1508&content=
(E.T. 4.4.2010)

Kamu düzenini korumaya yönelik demokrasi anlayışı olan “*mücadeleci demokrasi*”³⁴², İkinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan Federal Alman Cumhuriyeti’nin temel hak ve özgürlükler konusunda demokratik bir anayasa olan Bonn Temel Yasası’nda mücadeleci demokrasi anlayışını benimsemesi ile kavram önem kazanmıştır. Çelebi’ye göre mücadeleci demokrasi kavramı, Schmitt etkisi taşımaktadır.³⁴³ Mücadeleci demokrasi; faşizm, nasyonal sosyalizm, komünizm gibi demokratik düzeni açıkça tehdit eden ve ortadan kaldırmayı hedefleyen totaliter akımlara karşı 1930’lardan sonra ortaya çıkan, demokratik değerlerini korumak amacıyla bu gibi yıkıcı akımları savunan bireylerin ve grupların birtakım özgürlüklerine sınırlamalar getiren, hukuksal, toplumsal ve siyasal alanda aktif bir tutumu benimseyen demokrasi yorumudur.³⁴⁴ Sayılan totaliter akımlar Batı demokrasileri için birer tehlike oluşturduğundan mücadeleci demokrasi bu akımlara karşı yürütülmüştür. Ülkemiz açısından laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler de mücadeleci demokrasi anlayışının ürünü olarak hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması şekli olarak öngörülmektedir. Hatta Anayasa’nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren düzenlemelerin laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla kamu düzeni nedeniyle getirilen bir sınırlama laik Cumhuriyetin gereklerine uygun olmak zorundadır.

³⁴² Mücadeleci demokrasi kavramı yerine militan demokrasi kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Yusuf Şevki HAKYEMEZ, *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2000.

³⁴³ Aykut ÇELEBİ, *Devlet Toprak Egemenlik(Carl Schmitt’in Düşüncesinde Siyasal Kavramı ve Kurucu İktidar Sorunu)*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2008, s. 6.

³⁴⁴ HAKYEMEZ, *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, s. 33-34.

Sınırlamanın sınırı olan ölçülülük ilkesi üç alt ilkeden oluşur. Bunlar elverişlilik, gereklilik ve oranlılıktır.³⁴⁵ Bu ilkeler, kamu düzeni açısından değerlendirilecek olursa; temel hak ve özgürlüğü sınırlandırmada araç olan yasal önlem, sınırlama amacı olan kamu düzenini gerçekleştirmek bakımından elverişli olmalıdır. Bu noktada kamu düzeni nedeni ile sınırlamada yasa koyucu düzenlediği konuya göre sınırlama amacını somutlaştırmak zorundadır.³⁴⁶ Gereklilik ilkesi, güdülen amaca ulaşmada aynı yoğunlukta etkiye sahip araçlardan “*en yumuşak olanının*” seçilmesini ifade eder. Sağlam’ın, Alman Anayasa Mahkemesi’nden verdiği örneğe göre kamu sağlığının korunması amacıyla hayvan hastalıklarına ilişkin ilaçların gezici tacirlerce sipariş yoluyla satılmasını yasaklayan yasa hükmünü Yüksek Mahkeme, gereklilik ilkesine aykırı bulmuş ve yasağın yöneldiği insan sağlığını koruma amacının reçeteye tabi ilaçlarda satışın yasaklanması ile gerçekleşeceğini, bu yasağın meslek özgürlüğünü daha az kısıtlayacağını belirtmiştir.³⁴⁷ Oranlılık ilkesi ise yasa hükmü ile bireylere ölçüsüz ve beklenmedik nitelikte bir kısıtlamanın getirilmemesidir.³⁴⁸ 1982 Anayasası’nın ilk halinde 13.

³⁴⁵ Anayasa Mahkemesi’nin K.T.23.6.1989, E.1988/50, K.1989/27 sayılı kararına göre de “*amaç ve sınırlama orantısının korunmasıyla ilgili “ölçülülük” temel ilkesinin alt ilkeleri; yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik “elverişlilik”, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığını arayan “zorunluluk-gereklilik”, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen “oranlılık” ilkeleridir.*”

Anayasa Mahkemesi’nin, tam metni için bkz.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=870&content=
(E.T. 4.5.2010)

³⁴⁶ SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Özüt, s. 114.

³⁴⁷ BVerfGE 17, s. 279, Aktaran Fazıl SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Özüt, s. 115.

³⁴⁸ SAĞLAM, Temel Hakların Sınırlanması ve Özüt, s. 116.

maddenin 2. fıkrasında belirtilen “*sınırlamaların öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaması*” ifadesinin ölçülülük ilkesine işaret ettiği belirtilmiştir.³⁴⁹

Kamu düzeni nedeni ile yapılacak bir sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması aranmaktadır. Anayasanın sözünden anlaşılması gereken, anayasa metninde açıkça düzenlenmiş kurallardır. Anayasanın ruhu ise ilgili maddenin konuluş amacını ve diğer maddelerle olan ilişkisini ifade etmektedir.³⁵⁰ 1982 Anayasası’nın 176. maddesine göre Anayasanın başlangıç kısmı da Anayasa metnine dahil olduğundan Anayasanın sözü ve ruhuna uygunluk ilkesi, başlangıç kısmını da içermektedir.

3.1.2. Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması Ve Kamu Düzeni

Özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı, bireyin kişiliğini geliştirmek ve manevi değerlerini güvence altına almak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususlardan oluşan, korunması hukuken gerekli görülen hayat üzerindeki hakkını ifade eder.³⁵¹

Kural olarak özel hayatın korunması karşısında devletin bir edimi yerine getirmesi beklenmemektedir. Çünkü devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak bir alan söz konusudur.³⁵² Özel hayatın gizliliği ve korunması ile kamu düzeni arasındaki ilişki çift taraflı olarak düşünülebilir. Devlet bir taraftan

³⁴⁹ UYGUN, 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, s. 163.

³⁵⁰ UYGUN, 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, s. 142-143.

³⁵¹ Ersan ŞEN, (Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında) Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996, s. 8.

³⁵² KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, s. 6.

bireylerin özel hayatına tecavüz niteliği taşıyan müdahaleleri önlemek ile yükümlüyken, diğer taraftan kamu düzeninin korunması ya da sağlanması amacıyla ihlale neden olan özgürlüğü sınırlandırılabilir.³⁵³ Örneğin, davranışları kamuyu rahatsız etmediği ve ilgilendirmedeği sürece, birey evi içinde dilediği gibi hareket edebilir. Fakat bir basın mensubu tarafından mahremiyet alanı içinde kalan faaliyetler ortaya konulduğu takdirde özel hayatın gizliliği hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Bu durumda basın özgürlüğü kullanılırken, özel hayatın gizliliği hakkına müdahale sonucu kamu düzeni ihlal edilmiş olacaktır.³⁵⁴

*Özel yaşam özgürlüğü*³⁵⁵ olarak da adlandırılan özel hayatın gizliliği, insan hakları teorisi bakımından kişisel haklar kategorisinde yer alır. Teknolojideki, hukuktaki ve bireyin duygusal alanındaki gelişmeler özel hayat kavramına yeni anlamlar yüklemektedir.³⁵⁶ Dolayısıyla hemen her kategorideki hak ve özgürlük ile bir bağlantısı kurulabilir.³⁵⁷

Özel hayatın gizliliği hakkı İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 12. maddesinde, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 17. maddesinde düzenlenmiştir. AİHS'de özel hayatın korunması 8. maddede³⁵⁸ öngörülmüştür.

³⁵³ ŞEN, s. 15-16.

³⁵⁴ ibid, s. 28-29.

³⁵⁵ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 291.

³⁵⁶ Sultan ÜZELTÜRK, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, Mayıs 2004, s. 3.

³⁵⁷ ÜZELTÜRK, s. 66.

³⁵⁸ AİHS'nin 8. maddesi şöyledir: Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.(f.1) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.(f.2)

AIHS'nin 8. maddesinin 1. fıkrasına göre özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkı düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında sınırlama sebepleri öngörülmektedir. AIHS'de olup 1982 Anayasası'nın son şeklinde olmayan sınırlama sebepleri “*kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması*”dır. AIHS'de bir sınırlama nedeni olarak açıkça kamu düzeni öngörülme dahi kamunun emniyeti, dirlik ve düzeni, sağlık ve ahlaki kavramları kamu düzeninin birer alt unsurudur.³⁵⁹

Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme³⁶⁰, 28.1.1981 tarihinde Türkiye tarafından imzalanmıştır. Avrupa Konseyi üyesi devletlerin imzasına açılan sözleşmenin amacı kişisel bilgilerin sınır ötesi bilgi akışı karşısında temel hak ve özgürlüklerin, özellikle özel yaşama saygının ve haber alma özgürlüğünün korunmasını sağlamaktır. Sözleşmenin 9. maddesinde³⁶¹, devletlerin öngörülen güvencelere hangi hallerde istisna getirebilecekleri düzenlenmektedir. Bu istisnalardan biri de “*kamu güvenliği*”dir. Burada kamu düzenine işaret edilmektedir. AIHM, Murray

³⁵⁹ ÜZELTÜRK, s. 69-70.

³⁶⁰ Sözleşmenin resmi metnine <http://www.uhdig.m.adalet.gov.tr/kisiverkorun.htm> adresinden ulaşılabilir.

³⁶¹ Sözleşmenin 9. maddesi: Bu maddede belirtilen sınırlar dışında, Sözleşmenin 5, 6 ve 8 inci maddeleri hükümlerine hiçbir istisna getirilemez.(f.1) Aşağıdaki hallerde, bu Sözleşmenin 5, 6 ve 8 inci maddelerine istisna getirilebilir.(f.2)Eğer Akit Taraf Kanununda öngörülen istisna, demokratik bir toplumda: Devlet güvenliğinin korunması, kamu güvenliği, Devletin mali menfaatleri veya suçların önlenmesi için zorunlu bir önlem teşkil ediyorsa(a) İlgili şahsın korunması ve başkasının hak ve özgürlükleri için zorunlu bir önlem teşkil ediyorsa.(b) 8 inci maddenin b, c ve d fıkralarında yer alan hakların kullanılmasına ilişkin takyitler, ilgili şahısların özel yaşamlarına açık bir tecavüz tehlikesi teşkil etmedikçe, istatistiği veya bilimsel amaçlar için kullanılan kişisel nitelikteki verilerin otomatik bilgi işleme tâbi tutulması halinde, Kanunda öngörülemez.(f.3)

davasında³⁶² askeri karakolda kendisi ve ailesi hakkında kişisel bilgilerin kaydedilmesi ile kendi bilgisi ve rızası dışında fotoğrafının çekilmiş olmasının; suçun veya düzensizliğin önlenmesi için terör suçlarının soruşturulması gibi meşru bir nedene dayandığından AİHS'nin 8. maddesine aykırılık olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme kararının gerekçesinde belirli bir olayda hangi tedbirlerin alınması gerektiği konusunda ulusal makamlara belirli bir takdir alanı bırakılması gerektiğini belirtmiştir. Demokratik yollardan seçilmiş bir hükümetin vatandaşlarını ve kurumlarını örgütlü terör suçlarının yarattığı tehlikeye karşı koruma sorumluluğu ile terörle bağlantılı suçlardan kuşkulanan kişilerin gözaltına alınma ve tutulması; 8. maddenin birinci fıkrasında güvence altına alınan hakların bireyler tarafından kullanılması ile ikinci fıkradaki Devletin terör suçlarını önlemek için etkili tedbirler alması arasında adil bir denge kurulmasının önemini vurgulamıştır.

1982 Anayasası'nın ikinci bölümünde IV. alt başlık olarak özel hayatın gizliliği ve korunması; özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü olarak 20., 21., ve 22. maddelerde düzenlenmiştir. 1982 Anayasası'nda kişinin hak ve ödevleri kısmında yer alan bir haktır. Kural olarak yargıç kararı olmadan özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşmenin gizliliğine müdahale edilemez. Bu özgürlüklerin ancak ilgili Anayasa hükmündeki sınırlama nedenleri ile kısıtlanması mümkün olabilir. Bu sınırlama nedenlerinden biri de kamu düzenidir.

³⁶² Murray v. U.K., 14310/88, 28.10.1994, kararın tam metni için bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695772&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>

Özel hayatın korunması kapsamında özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşmenin gizliliğini düzenleyen ilgili Anayasa hükümlerinde aynı özel sınırlama nedenleri sıralanmıştır. Yine 1982 Anayasası'nda sınırlama sebepleri içinde kamu düzeninin yanında genel sağlık ve genel ahlak da sayılmıştır. Fakat genel sağlık ya da kamu sağlığı ve genel ahlak, kamu düzeni kavramının içinde yer almaktadır. Bu durumda ayrıca genel sağlık ve genel ahlakın sınırlama nedeni olarak sayılması bu kavramlara vurgu yapılmak istendiği şeklinde yorumlanabilir.

Özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşmenin gizliliğine kamu düzeni nedeniyle sınırlama getirilirken öze dokunma yasağına, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine, ölçülülük ilkesine, yasallık ilkesine uygun olması gerekmektedir. Bunun yanında kural olarak sınırlama hakim kararı ile yapılmalıdır. Anayasanın 20.,21. ve 22. maddelerinde hakim kararı ile mümkün olacak kısıtlama halleri belirtilmiştir. Bunlar; kişinin üstünün, özel kağıtlarının, eşyasının aranması ve bunlara el konulması, konuta girilmesi, konutta arama yapılması ve oradaki eşyaya el konulması, haberleşmenin engellenmesi veya gizliliğinin ortadan kaldırılmasıdır.

Bu doğrultuda 2559 sayılı PYSK'nın³⁶³ önleme araması başlıklı 9. maddesinde polisin; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arayabileceği ve gereken tedbirleri alabileceği düzenlenmiştir. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun³⁶⁴ 9. maddesinin 2. fıkrasına göre *“gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşkuyla karşılaşılan kişilerin*

³⁶³ 14.7.1934 tarihli ve 2751 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2559 sayılı PYSK.

³⁶⁴ 31.3.2007 tarihli ve 26479 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu.

üzeri, eşyası, yükleri ve araçları gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranabilir. Yapılan arama sonucunda tespit edilen kaçak eşyaya derhal el konulur.”

Yine 5442 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nun³⁶⁵ Ek 1. maddesinde kamu düzeni bakımından gerekli görüldüğü durumlarda mülki idare amirine sivil hava meydanlarında, limanlarda ve sınır kapılarında, binaları, uçakları, gemileri ve her türlü deniz ve kara taşıtlarını, giren çıkan yolcular ile buralarda görevli kamu kuruluşları ve özel kuruluşlar personelinin üstlerini, araçlarını ve eşyalarını aratma yetkisi tanınmıştır.

Danıştay 10. Dairesi, 1.6.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin “*karar alınmadan yapılacak arama*” başlığını taşıyan 8. maddesinin f bendindeki “*ilgilinin rızası*” ile yetkili merciin kararı alınmadan arama yapılmasına dair hükmü iptal etmiştir.³⁶⁶

Benzer şekilde, Danıştay 10. Dairesi’nin 2003/3396 esas numaralı yürütmenin durdurulması kararına göre “*Anayasanın Temel Haklar ve Ödevleri kısmında yer verilen özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez kişiliğe bağlı temel haklardandır. Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde bu hakkın hangi hallerde ve nasıl sınırlanabileceği belirtilirken, anılan hakların “vazgeçilmez” niteliği nedeniyle sınırlama usulleri içinde “kişinin rızası”na yer verilmemiştir.*” Bu nedenle Danıştay, 24.05.2003 tarih ve 25117 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Adli ve Önleme

³⁶⁵ 18.6.1949 tarihli ve 7236 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan İl Özel İdaresi Kanunu.

³⁶⁶ Danıştay 10.Dairesinin 13.3.2007 tarihli ve 2005/6392 E.,2007/948 K. sayılı kararı.

Aramaları Yönetmeliği'nin 9. maddesinin³⁶⁷ yürütülmesinin durdurulması kararı vermiştir.

3.1.2.1. Özel Hayatın Gizliliği Ve Kamu Düzeni

1961 Anayasası'nın 15. maddesinde³⁶⁸ düzenlenen özel hayatın gizliliği bakımından kamu düzeni bir sınırlama nedeni olarak öngörülmüştür. 1982 Anayasası'nın 20. maddesinde³⁶⁹, 1961 Anayasası'ndan farklı olarak, hem özel hayatın hem de aile hayatının gizliliği düzenlenmiştir. 1982 Anayasası'nın ilk halinde kamu düzeni, özel hayatın gizliliği açısından bir genel sınırlama nedeni olarak 13. maddede düzenlenmiştir. Yine Anayasa'nın ilk metnine göre özel hayatın gizliliğine sınırlama getirirken “*kanunun açıkça gösterdiği hallerde*” yargıç kararı

³⁶⁷ Rıza ile Arama- madde 9: Rıza ile arama, hakim kararı veya kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmaksızın, kişinin rızasına dayanılarak yapılan aramadır. Rızasını almak için, kolluk memuru, ilgili kişiye, bağlı bulunduğu birimi bildirir ve kimliğini gösterir; yapılan aramanın konusunu ve aramanın yapılmasına temel oluşturan sebebi açıklar; aramayı kabul etmeme hakkı olduğunu hatırlatır; kişinin rızası alındıktan sonra imzası alınır ve arama işlemine başlanır. Kişinin aramaya rızası bulunmadığı bildirdiği hallerde kolluk gücü takdirine göre aranacak yerin etrafında gerekli tedbirleri alır ve arama kararı almak üzere gerekli tedbirleri alır ve arama kararı almak üzere gerekli başvuruyu yapar.

³⁶⁸ 1961 Anayasası'nın 15. maddesi şu şekildedir: Özel hayatın gizliliğine dokunulamaz. Adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır. Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; millî güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de, kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz.

³⁶⁹ 1982 Anayasası'nın 20. maddesinin ilk hali şu şekildedir: Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır. (f.1) Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.(f.2)

aranmaktadır. 2001 deęişikliklerinden³⁷⁰ sonra ise kamu düzeni özel bir sınırlama nedeni haline gelmiş, yargıç kararı ile sınırlama ilke olarak benimsenmiş, bunu pekiştirmek amacıyla da yazılı emir şartı getirilmiştir.³⁷¹ Güvenceyi arttırmak adına yetkili merciin kararının yirmidört saat içinde görevli yargıcın onayına sunulması ve yargıcın, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklaması; aksi halde, el koymanın kendiliğinden kalkacağı düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi K.T.26-27.9.1967 tarihli ve E.1963/336, K.1967/29 sayılı kararında³⁷² özel hayatın dokunulmazlığı ilkesini, bir kişinin bedeninin tamlığına dokunmama, var olan özgürlüğünü engellememe kuralı yanında, o kişinin maddece ve madde dışı alanda sürüp gitmesi demek olan özel hayat ile aile hayatının dokunulmazlığı olarak ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre özel hayatın gizliliği özüne dokunmamak şartıyla kamu düzeni nedeniyle sınırlandırılabilir. Bu kararda Şen, kamu düzeninin gerektirdiği hallerde özel hayatın gizliliğinin sınırlandırabileceğini, ancak bu sınırlamanın kanunla yapılması ve yetkili makamların kanunla gösterilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bu nedenle Yüksek Mahkeme'nin tüzükle de bir makamın yetkili kılınabileceğine ilişkin görüşünü eleştirmektedir.

³⁷⁰ 2001 Anayasa değişikliği ile 20. maddenin son hali şöyledir: Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.(f.1) Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.(f.2)

³⁷¹ ÜZELTÜRK, s. 61.

³⁷² Kararın tam metni için bkz.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=210&content=
(E.T. 5.4.2010)

Özel hayatın gizliliğine ilişkin sınırlama nedeni olarak genel sağlığın vurgulanması bireyin sağlığına ilişkin bilgilerin açıklanması konusu nedeniyle gündemdedir.³⁷³ 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na dayanılarak çıkarılan Hasta Hakları Yönetmeliği'nin³⁷⁴ ilkeler başlığını taşıyan 5. maddesine göre kanun ile müsaade edilen hallerde ve tıbbi zorunluluk hallerinde hastanın özel hayatı ve aile hayatının dokunulmazlığı kaldırılabilir. Yine Yönetmeliğin 23. maddesine göre kanunen müsaade edilen haller dışında sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgilerin açıklanması sonucu, kişinin rızası olsa bile hukuki sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün³⁷⁵ 4. maddesine göre de hastanın sırlarını ifşa yasağı söz konusudur. Özel hayatın korunması hususunda bir sınırlama nedeni olarak genel ahlak, kamu düzenini ciddi derecede bozan hallerde gündeme gelmelidir.³⁷⁶ Çünkü bireyin yaşam biçimi ve kişisel tercihleri gibi hassas bir konuda sadece dış dünyaya yansıyan ve kamu düzenini bozucu etkisi olan tutumların genel ahlakı ihlal ettiği kabul edilmelidir.

3.1.2.2. Konut Dokunulmazlığı Ve Kamu Düzeni

İnsan hakları teorisi açısından konut dokunulmazlığı kişisel haklar kategorisinde yer alır. 1982 Anayasası'nın 21. maddesinde³⁷⁷ düzenlenmiştir. 1982

³⁷³ ÜZELTÜRK, s. 75.

³⁷⁴ Hasta Hakları Yönetmeliği, R.G.01.08.1998, S. 23420.

³⁷⁵ Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, No.4/12578, Kabul Tarihi 13.01.1960, Yayın Tarihi 19.2.1960.

³⁷⁶ ÜZELTÜRK, s. 76.

³⁷⁷ 1982 Anayasası'nın 21. maddesi şu şekildedir: Kimsenin konutuna dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş

Anayasası'nın ilk halinde kamu düzeni, konut dokunulmazlığı bakımından bir genel sınırlama nedeni olarak öngörülmüştür. 2001 Anayasa değişikliği ile kamu düzeni özel sınırlama nedeni haline gelmiştir. Özel yaşamın gizliliğinde olduğu gibi, konut dokunulmazlığında da yetkili merciin kararını yirmidört saat içinde sunması ve hakimın kırksekiz saat içinde karar vermesi şartı getirilmiştir.

PVSK'nın 9. maddesine göre *“konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz.”*

5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 20. maddesine bakacak olursak; kamu düzeninin korunması amacıyla usulüne göre verilmiş yargıç kararı ile ya da bu amaçla gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda mülki idare amirinin yazılı emri ile, kolluk kuvvetleri, dernek ve eklentilerine girebilir, arama yapabilir ve buradaki eşyaya el koyabilir. Mülki idare amirinin kararı yirmidört saat içinde görevli yargıcın onayına sunulur. Yargıç, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar. Yargıç kararı, mülki idare amiri tarafından dernek yöneticilerine yazıyla duyurulur.

3.1.2.3. Haberleşme Serbestliği Ve Gizliliği Ve Kamu Düzeni

Haberleşme serbestliği ve gizliliği insan hakları teorisi bakımından kişisel haklar kategorisinde yer almaktadır.

hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

AIHM; Klass ve diğerkleri davasında³⁷⁸, AIHS'nde düzenlenen haberleşmeye saygı hakkının ihlal edilip edilmediğini incelemiş, ulusal güvenliği koruma amacı ve suçun veya düzensizliğin önlenmesi amacı olduğunu tespit ederek, terörle mücadele etmek üzere telefonların dinlenmesine ve postaların izlenmesine yetki veren yasada yetkiyi kötüye kullanmaya karşı güvenceler sağlanmış olduğundan AIHS'nin 8. maddesine aykırılık olmadığını tespit etmiştir. Bu noktada AIHM, devletlerin kendi kamu düzenlerini sağlamak amacıyla bireylerin telefonlarının dinlenmesi ve postalarının izlenmesini; bu kısıtlamalar yasayla düzenlendiği ve yasanın ihlali durumunda idareye karşı hukuki başvuru yolları açıkça öngörüldüğünden AIHS'ne aykırılık tespit etmemiştir. Dolayısıyla bir temel hak ve özgürlüğe yapılan müdahalede hukuki yolları ve hukuk dışı yolları birbirinden ayırmıştır. Benzer şekilde Mahkeme, Lüdi davasında³⁷⁹ suçun ve düzensizliğin önlenmesi meşru amacının varlığını tespit etmiş ve telefon dinlenmesini AIHS'nin 8. maddesine aykırı bulmamıştır. Buna karşın Mahkeme, Halford davasında³⁸⁰ terfi talep eden kadın polis şefinin iş yeri telefonlarının dinlenmesini, iç hukukta telefon dinlenmesine ilişkin açık bir hüküm bulunmaması nedeniyle AIHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AIHM, bir başka kararında³⁸¹ eve yerleştirilen dinleme cihazıyla

³⁷⁸ Klass and Others v. Germany, 5029/71,6.9.1978, kararın tam metni için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695387&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> (E.T. 31.01.2010)

³⁷⁹ Lüdi v. Switzerland, 12433/86, 15.6.1992, kararın tam metni için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695661&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> (E.T. 31.01.2010)

³⁸⁰ Halford v. The United Kingdom, 20605/92, 25.6.1997, kararın tam metni için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695916&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> (E.T. 31.01.2010)

³⁸¹ P.G. and J.H. v. The United Kingdom, 44787/98, 25.9.2001, kararın tam metni için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=697542&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> (E.T. 31.1.2010)

soygun suçuna teşebbüs eden sanıklar hakkında dinleme yapılmasını, eve gizli dinleme cihazı yerleştirilmesini hukuken öngörülmüş bir müdahale olmaması nedeniyle AİHS'nin 8. maddesine aykırı bulurken; aynı kararında suçun ve düzensizliğin önlenmesi amacıyla sanıkların evden aradıkları telefon numaralarının tespit edilmesini 8. maddeye aykırı görmemiştir.

Bu hak, 1982 Anayasası'nın 22. maddesinde³⁸² düzenlenmiştir. 2001 Anayasa değişikliğinden önce haberleşme özgürlüğü için kamu düzeni, genel sınırlama sebebi iken, değişiklik ile özel sınırlama sebebi haline gelmiştir.

Elektronik Haberleşme Kanunu'nun³⁸³ ilkeler başlıklı 4. maddesinin (h) bendine göre ilgili merciler tarafından elektronik haberleşme hizmetinin sunulmasında ve bu hususta yapılacak düzenlemelerde kamu düzeni gereklerine öncelik verilecektir.

3.1.3. Dernek Özgürlüğü Ve Kamu Düzeni

Dernek özgürlüğü, insan hakları kategorisi açısından *toplu eylem özgürlükleri*³⁸⁴ içerisinde değerlendirilmektedir. Günümüzün sanayileşmiş toplumları

³⁸² 1982 Anayasası'nın 22. Maddesi şöyledir: Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.(f.1) Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.(f.2)

³⁸³ 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, R.G. 5.11.2008.

³⁸⁴ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 386.

içinde bireyler bir grup içinde yer alarak kamusal yaşamda var olmaktadır. Grup çıkarlarının daha iyi savunulması, demokratik sistemin zenginleşmesi ve birey için yurttaşlık ve uygarlık okulu olması açısından dernek özgürlüğü modern demokrasilerde olmazsa olmaz bir özgürlüktür. Dernek özgürlüğü, kamu düzeni, genel ahlak gibi, belli sınırlara uymak koşuluyla oldukça geniş bir özgürlük alanını kapsamaktadır. Dernek özgürlüğü “*dernekleşme hakkı*” ve “*faaliyet özgürlüğü*” şeklinde ikili bir ayırım çerçevesinde değerlendirilir.³⁸⁵

Dernekleşme hakkı, 1982 Anayasası’nın 33. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında dernek kurma ve derneğe üye olma hakkı şeklinde düzenlenmiştir. Maddenin 3. fıkrasında ise dernek kurma hakkının kamu düzeninin korunması amacıyla kanunla sınırlanabileceği öngörülmüştür. Yine aynı maddenin son fıkrasında faaliyet özgürlüğünün kamu düzeni nedeninin gerektirdiği durumlarda gecikmede sakınca varsa, kanunla öngörülen merci tarafından sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Bu merciin kararı, yirmidört saat içinde görevli yargıcın onayına sunulur. Yargıcın kararını kırksekiz saat içinde açıklamaması durumunda bu idari karar kendiliğinden yürürlükten kalkmaktadır. Yine 33. maddenin 4. fıkrasına göre dernek kurma özgürlüğünün kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.

2908 sayılı mülga Dernekler Kanunu’nun 2.1.2003 tarih ve 4778 sayılı Yasa ile değişik 5. maddesine göre kamu düzenine aykırı olarak Türkiye Cumhuriyetinde ırk, din, mezhep ve bölge farklılığı veya bunlara dayanarak azınlık yaratmak ve Türkiye Cumhuriyetinin üniter devlet yapısını bozmak; Atatürk’ün kişiliğini, ilkelerini, çalışmalarını veya anılarını kötülemek veya küçük düşürmek ya da

³⁸⁵ TANÖR, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, s. 99.

başkalarının hürriyetlerini kısıtlamak amacıyla dernek kurulması yasaklanmıştır. Bugün yürürlükte olan 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 30. maddesinde kurulması yasak olan dernekler bakımından açıkça kamu düzenini koruma amacı belirtilmemiş *“Anayasa ve kanunlarla açıkça yasaklanan amaçları veya konusu suç teşkil eden fiilleri gerçekleştirmek amacıyla kurulamayacağı”* şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. Bunun dışında Kanunun 20. maddesinde gerekli usul takip edilerek kamu düzeninin korunması nedeniyle kolluk kuvvetlerinin dernek ve eklentilerine girebileceği, arama yapabileceği ve buradaki eşyaya el koyabileceği öngörülmüştür.

3.1.4. Toplantı Ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü Ve Kamu Düzeni

İnsan hakları teorisi açısından toplu eylem özgürlükleri kapsamında değerlendirilen toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı; bir başka açıdan ayrı ayrı toplanma, yürüyüş yapma ve gösteri yapma özgürlüğü olarak da değerlendirilmektedir.³⁸⁶

Toplanma özgürlüğü için önceden organize olmuş bir topluluk olması gerekir. Rastgele bir araya gelmiş bir insan kitlesi tasarlanmış bir toplanma eylemi anlamına gelmemektedir. Aynı zamanda teşkilatlı topluluğun belirli bir zaman dilimi için bir araya gelmiş olması gerekmektedir. Bu, geçici bir birlikteliktir ve katılanlar arasında derneklerde olduğu gibi bir bağ aranmaz. Bunun dışında toplantının ortak bir amacı olmalıdır. Bu ortak amacın ise bir düşünce alışverişine yönelmesi aranmaktadır.³⁸⁷

³⁸⁶ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 405.

³⁸⁷ Ömer ANAYURT, Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1998, s. 10-15.

Gösteriler durağan bir nitelik taşır. Genellikle bayram kutlaması, anma töreni, protesto ya da bir isteğin dile getirilmesi için gösteri yapılmaktadır. Amaç kamuoyuna seslenmektir. Uygulamada gösterilerin ve yürüyüşlerin bir arada yapıldığı görülür. Bir yürüyüş öncesinde ya da sonrasında gösteri yapılabilmektedir.³⁸⁸ Bu iç içe geçmişlik hukuk kurallarına da yansımıştır. Anayasamızda “*gösteri yürüyüşü düzenleme özgürlüğü*” şeklinde bir arada düzenlenmiştir.

Bugün anayasalarda ya da yasalarda tanınan bir özgürlük olan toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün kamu düzenini sarsacak gelişmelere neden olmasından dolayı dağıtılması ya da yasaklanması söz konusu olabilmektedir. Önceki konularda belirtildiği gibi³⁸⁹ Fransız Danıştay’ının kararına göre kamu düzenin korunması bakımından idare ve kolluk güçleri önce toplantının yapılması ve özgürlüğün korunması için gerekli tedbirleri alacak, yeterli olmadığı takdirde dağıtma ya da yasaklama tedbirlerine başvurabilecektir.³⁹⁰

1982 Anayasası’nın 34. maddesinin 2. fıkrasında toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kamu düzeninin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin ilk fıkrasına göre kamu düzeninin korunmasına yönelik toplantı ya da yürüyüş düzenlemek için önceden bir izin alınması söz konusu değildir. Fakat izinsiz yapılan toplantı ve gösterilerin silahsız ve saldırısız olmasının gerekliliği vurgulanmıştır. Bunun nedeni de yine kamu düzenini bozucu olayların engellenmesidir.

³⁸⁸ ANAYURT, s. 18-19.

³⁸⁹ Bkz. Birinci Bölüm içinde “1.5.1. Tanım” başlığı.

³⁹⁰ TANÖR, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, s. 107.

2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun³⁹¹ 14., 15., 16. ve 17. maddelerinde toplantının ertelenmesi ve yasaklanması düzenlenmiştir. Kanunun 14. maddesine göre toplantı kırk sekiz saati geçmemek üzere geri bırakılabilecek, 15. ve 16. maddelere göre ise eğer aynı ilde ya da farklı illerde birden fazla toplantı olacaksa, toplantının güvenliğini sağlamak amacıyla toplantılardan bir kısmı on günü aşmamak şartıyla ertelenebilecektir. Kanunun 26.3.2002 tarihli ve 4748 sayılı Kanun ile değişik 17. maddesinde ise yetkili mercilere kamu düzeninin korunması amacıyla belirli bir toplantıyı bir ayı aşmamak üzere erteleme veya suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike mevcut olması halinde yasaklama yetkisi tanınmıştır.

Aynı kanunun 12. ve 13. maddelerine göre toplantının düzenleme kurulu, toplantının sürmesini olanaksız kılacak derecede genel sükun ve düzeni bozacak ve suç teşkil edecek nitelikte sözle veya eylemle saldırlı bir biçim alması halinde kolluk güçlerinden yardım ister ve bu durumda hükümet komiseri toplantıyı sona erdirmeye yetkilidir. Kanunun 26.3.2002 tarihli ve 4748 sayılı Kanun ile değişik 19. maddesinde bölge valilerine ve valilere kamu düzeninin korunması amacıyla kendi bölgelerinde ya da ilçelerinde bütün toplantıları bir ayı geçmemek üzere erteleme yetkisi verilmiştir.

Tanör, erteleme ve yasaklama sürelerini ölçüsüz olarak nitelemekte ve özgürlüğün özüne dokunucu ve keyfiliğe açık bulmaktadır.³⁹² Tanör bu eleştirisinde haksız değildir. Çünkü uygulamada çocuklar için düzenlenen satranç turnuvasının asayiş bozacağı, voleybol turnuvası ve bisiklet yarışı gibi sportif faaliyetlerin kamu

³⁹¹ Kanun No: 2911, K.T. 6.10.1983 (R.G. 8.10.1983- 18185)

³⁹² TANÖR, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 108.

düzenini ve güvenliğini ihlal edeceği gerekçesiyle, hatta açılma istenen bir heykel sergisine hiçbir neden gösterilmeden izin verilmediği görülmektedir.³⁹³

Diğer yandan yasaklama, kamu düzeninin kalkanı olduğundan özgürlüklerin koruyucusudur. Toplantıların yasaklanması ya da ertelenmesi kamu düzeninin bozulması tehlikesi karşısında başvurulacak tedbirlerdir.³⁹⁴

Özgürlükler ve kamu düzeni arasında uzlaşmanın sağlanması meselesinde cadde, sokak, meydan, park gibi kamu mallarının kullanılması bakımından seyahat, çalışma özgürlükleri ile toplantı ve gösteri özgürlükleri bakımından denge kurulmalıdır.³⁹⁵

Kamu düzeninin sağlanması için toplanma, gösteri ve yürüyüş özgürlüğünün nasıl kullanılacağına ilişkin çeşitli yöntemler geliştirilmiştir. Bunlar bastırıcı rejim, önleyici rejim ve önceden bildirim rejimidir. Bastırıcı rejimde idari otoriteden izin alma ya da bildirme zorunluluğu söz konusu değildir. Tanınan bu serbestlikte bireyin eylemlerinin sınırı önceden kurallarla çizilmiştir. Birey bu sınırları aştığı durumda, yaptırımını adli makamlarca belirlenir.

Önleyici rejimde özgürlükler, idarenin önceden izin vermesi ile kullanılabilir. Önceden bildirim rejiminde herhangi bir izin alınmasına gerek yoktur. Burada sadece idari makamlara gerekli bilgilerin verilmesi gerekmektedir. Bildirmenin amacı, özgürlüğün güven içinde kullanılabilmesi için idarenin gerekli önlemleri anlamasını

³⁹³ TANÖR, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 110.

³⁹⁴ ANAYURT, s. 173.

³⁹⁵ Sait GÜRAN, "Düşünceleri Açıklama ve Yayma Aracı Olarak Kamu Malları", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt No: 8, Yıl: 1991, s. 190.

sağlamaktır.³⁹⁶ Örneğin yürüyüş için meydanın trafiğe kapatılması, gösterinin olaysız şekilde yapılması gibi.

Görüldüğü üzere kamu düzeninin korunması ve özgürlüklerin kullanılmasının sağlanmasında idari otoritelere önemli görevler düşmektedir. Uygulamada aynı amaç ve içerikte toplantı, gösteri ya da yürüyüşün herhangi bir kamu düzeni tehlikesi yokken dağıtıldığı, fakat kamu düzenini ciddi şekilde bozan şiddet olaylarına kolluk güçlerinin müdahale etmediği görülebilmektedir.³⁹⁷ Bu durumda kamu düzeninin sağlanması için takip edilecek usulün, kolluk güçlerinin inisiyatifinden çıkarılarak belirli bir sisteme bağlanması ihtiyacı doğmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 9 Nisan 2002 tarihinde verdiği Cisse kararında³⁹⁸ oturma izni bulunmayan ve Fransa'dan sınır dışı edilme durumunda bulunan başvuruyla birlikte iki yüz kadar göçmenin yasadışı göçmenlerin sorunlarına ve göçmenlik statüsü incelenmesindeki güçlüğü dikkat çekmek için Paris'teki St. Bernard Kilisesi'ni işgal etmeleri ve on kişinin açlık grevine gitmesi üzerine bu işgalin kamu sağlığı, kamu güvenliği ve kamu düzeni gerekçesiyle yaklaşık iki ay kadar sonra polis tarafından sona erdirilmesi ve kilisenin tahliye edilmesi durumunun AİHS'nin dernek kurma ve toplantı özgürlüğünü düzenleyen 11. maddesini³⁹⁹ ihlal etmediğine hükmetmiştir. Bu kararda davalı Fransa, kilisede

³⁹⁶ ANAYURT, s. 88-93.

³⁹⁷ ibid, s. 198.

³⁹⁸ Kararın İngilizce metni için bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=cisse&sessionid=42887703&skin=hudoc-en> (E.T. 15.1.2010).

³⁹⁹ AİHS'nin 11. maddesi şu şekildedir: Herkes asayışı bozmayan toplantılar yapmak, demek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak haklarına sahiptir.(f.1) Bu hakların kullanılması, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler

iki ay boyunca açlık grevi yapan ve kiliseyi işgal eden grubun barışçıl şekilde toplanma özgürlüğüne müdahale etmemiş ve fakat sağlık koşullarının kamu sağlığını tehdit eder düzeye gelmesinden kaynaklı meşru bir amaç ile kiliseyi boşalttığından AİHM, herhangi bir ihlal söz konusu olmadığına karar vermiştir. AİHM, ibadethaneyi kullanmak isteyenlerin işgal yüzünden kiliseyi kullanamamalarının söz konusu olmadığından bir kamu düzeni ihlali olmadığını, ancak kamu sağlığı ihlali olduğunu belirtmiştir.

AİHM, bir başka kararında⁴⁰⁰ Fransa'da bir davanın sonucunu protesto etmek için yapılan gösteride hukuka aykırı olarak baş gösteren olaylarla ilgili herhangi bir cezai sorumluluğu tespit edilemeyen avukata, daha sonra kamu düzenini korumak amacıyla disiplin cezası verilmesini Sözleşmeye aykırı bulmuştur.

Görüldüğü üzere, bir toplantının, gösterinin ya da yürüyüşün olağan bir şekilde ve amacına uygun olarak yürütülmesi ve sonlandırılması esastır. Bu doğrultuda toplantının, gösterinin ya da yürüyüşün yapılmasını sağlamak kamu düzenindendir. Kamu düzeni ihlali, ancak gerekli önlemler alınmasına karşın ortaya çıkan hukuka aykırılıklarda ortaya çıkacaktır ve bu durumda müdahale söz konusu olacaktır.

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 sınırlanabilir. Bu madde, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, kolluk mensupları veya devletin idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında meşru sınırlamalar konmasına engel değildir.(f.2)

⁴⁰⁰ Ezelin v. Fransa, Başvuru No. 11800/85, 26.4.1991. Kararın tam metni için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=ezelin%20|%20france&sessionId=57305875&skin=hudoc-en> (E.T. 2.5.2010)

3.1.5. Sendika Hakkı Ve Kamu Düzeni

Sendika hakkı insan hakları teorisi açısından, sosyal haklar içinde toplu olarak kullanılan sosyal hak ya da kolektif sosyal hak olarak değerlendirilebilir.⁴⁰¹

Sendika hakkı, çağımızın ekonomi politikaları sonucunda her bireyi birer işçiye dönüştüren sistemi içinde, bilinçli olarak örgütlenmenin bir gereğidir. Hatta sendika hakkının, yukarıda incelenen sosyal kamu düzeninin bir uzantısı olduğu söylenebilir. Çünkü sendika hakkının hedefi çalışanların yaşam düzeylerini iyileştirmelerini, ekonomik bakımdan zayıf taraf olan çalışan kesimin, işverene karşı haklarını elde etmesini sağlamaktır.

1961 Anayasası'nın ilk halinde 46. maddede⁴⁰² düzenlenen sendika kurma hakkı hem çalışanlara hem de işçilere tanınmış olup, herhangi özel bir sınırlama nedeni öngörülmemiştir. 1961 Anayasası'nda 20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile 46. maddede⁴⁰³ çalışanlar ibaresi kaldırılmış, sadece işçiler için sendika kurma hakkı tanınmıştır. Bunun yanında maddedeki sendika kurma hakkına getirilen özel sınırlama nedenlerinden biri de kamu düzenidir. Kanun ile kamu düzeninin korunması amacıyla sınırlamalar getirilebileceği belirtilmektedir.

⁴⁰¹ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 474. TANÖR, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 113.

⁴⁰² 1961 Anayasası'nın 46. maddesinin ilk hali şöyledir: Çalışanlar ve işçiler izin almaksızın, sendikalar ve sendika birlikleri kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten ayrılma hakkına sahiptirler.(f.1) İşçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlilerinin bu alandaki hakları kanunla düzenlenir.(f.2) Sendika ve sendika birliklerinin tüzükleri; yönetim ve işleyişleri demokratik esaslara aykırı olamaz.(f.3)

⁴⁰³ 20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile 46. madde şöyledir: İşçiler ve işverenler, önceden izin almaksızın, sendikalar ve sendika birlikleri kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten ayrılma hakkına sahiptirler. Bu hakların kullanılmasında uygulanacak şekil ve usuller kanunla gösterilir. Kanun, devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, millî güvenliğinin, kamu düzeninin ve genel ahlâkın korunması maksadıyla sınırlar koyabilir.(f.1) Sendikalar ve sendika birliklerinin tüzükleri; yönetim ve işleyişleri demokratik esaslara aykırı olamaz. (f.2)

Bu anayasa değişikliği sonrasındaki dönemde memurların sendika kurabilmesini yasaklayan herhangi bir hüküm olmamasından dolayı hem emekçilerin hem de uygulayıcıların gayretleri ile çeşitli memur sendikaları kurulabilmiştir.⁴⁰⁴

1982 Anayasası’nın sendika kurma hakkını düzenleyen 51. maddesinde, memurların sendikal hakları bakımından 1971 Anayasa değişikliği ile başlayan olumsuz tutumun devam ettiği görülmektedir. Sendikasızlaştırma yöntemi olarak ANAP iktidarı döneminde K T’lerde “sözleşmeli personel” adında bir statü oluşturularak hizmet sözleşmesi ile çalışan bu kesimin de sendikal haklardan yoksun bırakılması yoluna gidilmiştir.⁴⁰⁵ Bu durumun ortaya çıkmasında sosyal kamu düzeninin ihmal edilerek ekonomide sermayeden yana neoliberal politikaların uygulanmaya başlaması etkili olmuştur.

2001 yılında yapılan son anayasa değişikliği ile 51. maddede sendika kurma hakkının öznesi olan “işçiler” ifadesi “ alışanlar” olarak değiştirilmiş ve hakkın kapsamı genişletilmiştir.⁴⁰⁶

1982 Anayasası’nda 3.10.2001 ve 4709 sayılı Kanun ile 51. maddede yapılan değişiklik ile sendika kurma hakkına özel sınırlama nedenleri getirilmiştir. Dolayısıyla sendika kurma hakkı kamu düzenini koruma amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilir.

⁴⁰⁴ Danıştay, 10 Aralık 1992 tarihli kararıyla İçişleri Bakanlığı’nın memur sendikaları kurulmasını engelleyen 28 şubat 1991 tarihli bir kararını iptal etmiş, Başbakan vekili ve Devlet Bakanı E. İnönü imzalı bir genelge ile bu hakkın kullanılmasına engel olunmaması istenmiştir. Bu gelişmelere paralel olarak Maliye Bakanlığı,  ye ödentisi kesintilerini yasaklayan kararını kaldırmıştır. Bülent TANÖR, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, s. 114.

⁴⁰⁵ TANÖR, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, s. 114-115.

⁴⁰⁶ ALGAN, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, s. 258.

3.1.6. Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü Ve Kamu Düzeni

İnsan hakları teorisi içerisinde birden fazla kategoride yer alabilen düşünceyi açıklama özgürlüğü, düşüncenin çeşitli yollarla açıklanması mümkün olduğundan hem kişisel haklar hem de kültürel haklar kategorisinde değerlendirilebilmektedir.⁴⁰⁷ Bundan başka siyasal katılmayı sağlayan iktidarın gücünü sınırlayıcı bir etkiye sahip olan⁴⁰⁸ başlıca özgürlükler arasında düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü yer almaktadır.⁴⁰⁹ Öğretide düşünceyi açıklama özgürlüğü yerine ifade özgürlüğü kavramının da kullanıldığı görülmektedir.⁴¹⁰

Bir özgürlüğün varlığını anlamlı kılan, onun kullanılabilir hale getirilmesi olduğuna göre, düşünce özgürlüğü de dışa vurulduğunda bir hak olacak ve anlamlı hale gelecektir.⁴¹¹ Bu noktada düşünce özgürlüğü, düşüncenin dışa vurum biçimine göre çeşitli özgürlük alanları ile etkileşim halindedir. Bunlar arasında gazete, kitap, dergi vb. araçlarla düşüncenin yayılmasını sağlayan basın özgürlüğü, düşünce ve kanaatlerin topluluk halinde ifade edilmesini sağlayan toplantı, gösteri gibi kolektif özgürlükler, bireyin kendi ahlak ve dünya görüşünü ifade etmesini sağlayan din,

⁴⁰⁷ AKAD, Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasası'nın 10. Maddesi, s. 65-67.

⁴⁰⁸ SUNAY, Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti, s. 1.

⁴⁰⁹ İnsan zihninin ürünü olan ve sınırsızlığı kabul edilen düşünce özgürlüğü ancak onu sözle, yazıyla ya da diğer şekillerde serbestçe dışa vurmak mümkün olduğunda anlam kazanmaktadır. Bu da düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüdür. MUMCU - KÜZECİ, s. 134; KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 334.

⁴¹⁰ “İfade özgürlüğü” teriminin kullanıldığı eserlere örnekler için bkz. İfade Özgürlüğü (İlkeler ve Türkiye), Editör Tanıl Bora, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007. Erdoğan, düşünce özgürlüğünün esas olarak düşünce sahibi kişiyi korumaya yönelik olduğunu, ifade özgürlüğünün ise düşüncelerin serbestçe yayılmasını da kapsayan bir özgürlük olduğunu belirtmektedir. Mustafa ERDOĞAN, “İfade Özgürlüğü ve Sınırları”, İfade Özgürlüğü (İlkeler ve Türkiye), Editör Tanıl Bora, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 21. Ancak biz Anayasa’da kullanıldığı gibi “düşünceyi açıklama özgürlüğü” terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

⁴¹¹ ŞAHBAZ, s. 14.

vicdan ve ibadet özgürlüğü, özgün düşüncelerin dışa yansması olarak bilim ve sanat özgürlüğü yer alır.⁴¹² Diğer özgürlükler, düşünceyi açıklama özgürlüğünden bağımsız olarak hem uluslararası hem de ulusal hukuki metinlerde güvence altına alınmıştır. Fakat pek çok özgürlüğe kaynaklık eden düşünceyi açıklama özgürlüğünün ayrıca korunması gerekli görülmüştür.⁴¹³

Geniş anlamda düşünceyi açıklama özgürlüğü “*bilgi edinme hakkı*”nı da içine alan bir kavramdır. Dolayısıyla düşünce yetisini geliştiren düşünce ve kanaatlere serbestçe erişebilme, bilgilenme enformasyon özgürlüğü olarak nitelenebilir.⁴¹⁴ Bunun yanında mevcut düzene uygun olanı ifade etmek dışında hoşagitmeyen, düzeni eleştiren, iktidar sahiplerinin hoşuna gitmeyecek düşünceleri ifade etmek, muhalefet özgürlüğü de düşünceyi açıklama özgürlüğü kapsamındadır⁴¹⁵. Düşünce doğası gereği geçişli olduğundan düşüncenin her türlü dışa yansıyan hali hukukun ilgi alanına girer.⁴¹⁶

1982 Anayasası’nda düşünce ve kanaat özgürlüğü ile düşünceyi açıklama özgürlüğü ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Anayasa’nın 25. maddesinde düzenlenen düşünce ve kanaat özgürlüğü açısından herhangi bir sınırlama nedeni

⁴¹² KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 335. ERDOĞAN, “*İfade Özgürlüğü ve Sınırları*”, s. 19.

⁴¹³ ERDOĞAN, “*İfade Özgürlüğü ve Sınırları*”, s. 20.

⁴¹⁴ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 336. ŞAHBAZ, s. 17.

⁴¹⁵ SUNAY, Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti, s. 6. ŞAHBAZ, s. 19.

⁴¹⁶ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 334. Bu konuda Şahbaz, düşüncenin oluşumu öncesi aşamanın yani düşünme aşamasının hukuku ilgilendirmediğinin söylenebileceğini, ancak düşünceyi açıklama özgürlüğünün korunabilmesinin, düşüncenin oluşumu evresinin hukuk tarafından koruma altına alınması ile mümkün olacağını vurgulamaktadır. 1982 Anayasası’nın 25. maddesinin 2. fıkrasına göre “*her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.*” Bu ifade ile oluşum aşamasındaki düşünce korunmaktadır. ŞAHBAZ, s. 16-17.

öngörülmemiştir. Hükümde bireyin kendi iç dünyasında kalan düşünce ve kanaatleri korunma altına alınmıştır. Ancak bir düşüncenin açıklanıp yayılmasının bir sınırı söz konusu olabilir. Dolayısıyla düşünce özgürlüğünün bir sınırı olmasından bahsetmek mümkün değilken; Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü bakımından birtakım sınırlar getirilmiştir.

Tanör, kamu düzeni kavramının içeriğinin; sosyal etkenlerin değişkenliğine bağlı olarak değişiklik göstermesi nedeniyle düşünce özgürlüğünün sınırlanmasında “düzenliliği korumak” deyimini kullanmayı tercih etmektedir. Bunun nedenini ise kamu düzeni kavramının; belli bir siyasal görüşün düzeni anlamına gelmediği, toplum yaşamının asgari ve maddi temelleriyle ilgili apolitik bir kavram olması şeklinde açıklar.⁴¹⁷ Bu noktada Tanör, bir düşüncenin, yayma, aşılama, telkin, tavsiye, propaganda yolu ile açıklanmasının her defasında bir kamu düzeni ihlali oluşturacağından bahsedilemeyeceğini belirtmektedir. Her somut olayda hukuka aykırı kışkırtma ve eyleme çağrının, doğrudan doğruya kasıtlı bir tahrik ile açıklanması gerekmektedir. Örneğin anarşizm teorisini savunan bir yazarın kitabını okuyan kişi saldırılarda bulunursa; kitapta o kişiyi doğrudan doğruya saldırıya tahrik eden bir kışkırtmanın bulunmaması durumunda, kitap yasaklanmamalı, yazarı ceza almamalıdır.⁴¹⁸ Bir diğer görüşe göre sınırlama nedeninin “sınırlayıcılık” niteliğinin incelenmesi gerekmektedir. Kamu düzeninin, düşüncelerin ifadesini sınırlama niteliğine sahip olmadığını savunan bu görüşe göre kamu düzeni ifadenin açıklanması ile tehlikeye düşecek bir değer değildir. Ancak ifadelerin şiddet çağrısı,

⁴¹⁷ Bülent TANÖR, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969, s. 139-140.

⁴¹⁸ ibid, s. 140-141.

ırkçılık ya da hoşgörüsüzlük gibi etkileri ve içerikleri nedeniyle eyleme geçmeyle ilişkili olarak kamu düzeni nedeniyle sınırlandırılabilir. Dolayısıyla devletin kamu düzenini korumak amacıyla düşünceyi açıklama özgürlüğünü sınırlandırması şiddet içerikli, şiddete çağrı niteliğinde, toplumsal düzenin bozulmasını amaçlayan kışkırtıcı ifadelerin varlığı durumunda söz konusu olacaktır.⁴¹⁹

Düşünceyi açıklama özgürlüğü bakımından öğretide tartışmalar, düşünce açıklamaları üzerinde devletin cezalandırma yetkisi konusunda düşünülmektedir. Bir görüşe göre eğer toplumun bir bölümü açıklanan düşünceden rahatsız oluyorsa, bu düşünce açıklamasını, çaba harcamaksızın, dinlemekten kaçınma yolunu seçmelidir. Böylece kamu düzeninin bozulduğu iddiası, düşünce açıklamasını duymama ve dinlememe yolu seçilerek yersiz hale gelmiş olacaktır.⁴²⁰ “*Devlet birey içindir*” ön kabulünden hareketle kamu düzeninin kapsamında devlet aleyhine suçların olabileceği reddedilmektedir. Dolayısıyla kamu düzeni sadece toplumun düzeni olarak algılanmakta ve “*devletin maddi düzeni*” bu kavram dışına itilmektedir. Hafizoğulları, totaliter sistemlerde ortaya çıkan devletin maddi düzenini korumaya yönelik kuralların, her ne kadar liberal devletlerce reddedilse de aslında açık veya örtülü olarak faşizm, nazizm, komünizm düşüncesinin örgütlenmesi ve propagandasının yasaklandığını ifade etmektedir.⁴²¹

⁴¹⁹ Osman CAN, “*Hukuk-Özgürlük-301*”, İfade Özgürlüğü (İlkeler ve Türkiye), Editör Tanıl Bora, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 65.

⁴²⁰ Kerem ALTIPARMAK, “*Kutsal Değerler Üzerine Tezler v. İfade Özgürlüğü: Toplu Bir Cevap*”, İfade Özgürlüğü (İlkeler ve Türkiye), Editör Tanıl Bora, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 108-111.

⁴²¹ Zeki HAFIZOĞULLARI, Laiklik İnanç Düşünce ve İfade Hürriyeti, US-A Yayınları, Ankara, 1997, s. 90-93.

Bu eleştiriler 5237 sayılı Ceza Kanunu'nun *devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar* başlıklı üçüncü bölümünde yer alan Türklüğü, Cumhuriyeti, devletin kurum ve organlarını aşağılama başlığını taşıyan 301. maddesindeki düzenlemeden⁴²² kaynağını almaktadır. Türk hukuk düzeni, düzenin meşruluğunu sağlayan Anayasa'nın 1., 2., 3. maddelerindeki ilke ve esaslara dayanır. Bu nedenle kurucu iktidarın iradesini yansıtan bu hükümlerin getirdiği etki-siyasi düzene aykırı bir kamu düzeni söz konusu olamaz.⁴²³ Ceza hukuku bakımından da toplumda çatışan çıkarları ve uyuşmaz iradeleri düzenleme ve değerlendirmede temelini 1924 Anayasası'ndan alan hukuk düzeninin öngördüğü kamu düzeni anlayışı esas alınacaktır. Bu noktada açıklanan düşüncenin, açıklanış şeklinin kamu düzenini ihlal edip etmediğinden ziyade, ifadenin içeriğinin bir ihlal oluşturup oluşturmadığı sorunun temelini oluşturmaktadır.

Düşünceyi açıklama özgürlüğü bakımından Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde 6.02.2002 tarihli ve 4744 sayılı kanunla Mülga Türk Ceza Kanununun 312. maddesinde yapılan değişiklik ile "*kamu düzeni için tehlike olma*" bir suçu alenen övmek veya iyi gördüğünü söylemek veya halkı kanuna uymamaya tahrik etmek suçu bakımından objektif bir ölçüt olarak hükme eklenmişti. Bu değişiklik öncesinde Hafizoğulları, Mülga Türk Ceza Kanununun 311., 312., 313. maddelerinde öngörülen suçların kamu düzenine karşı suçlar olduğunu tespit etmiştir. Bunun yanında Terörle Mücadele Kanunu ve Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nu

⁴²² Benzer bir hüküm 765 sayılı mülga Ceza Kanunu'nun 159. Maddesinde yer almaktadır. 159. maddenin 1. fıkrası şu şekildedir: "*Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevi şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askeri veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya Adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.*"

⁴²³ Zeki HAFIZOĞULLARI - Muharrem ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, US-A Yayınları, Ankara, 2010, s. 7.

kamu düzeninin korunması bakımından incelemiştir.⁴²⁴ Hafizoğulları'na göre terör saikiyle işlenen suçların kapsamı devlete karşı işlenen suçlardan daha geniştir.⁴²⁵

Özgürlük-otorite dengesinde, düşünce özgürlüğünün sınırsız olup olmadığı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Olağanüstü yönetimlerde dahi düşünce özgürlüğü sınırsız iken, düşünceyi açıklama özgürlüğü hem olağan hem olağanüstü yönetimlerde sınırlandırılabilir. ⁴²⁶ Devlet tarafından belirlenen kurallar çerçevesinde kamu düzeni ihlaline neden olan düşünce açıklamalarının korunması mümkün olmamakla beraber asıl mesele düşünce olarak ortaya konan kanaatin düşünceyi açıklama özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığıdır. Bu noktada sorulması gereken çok açık olarak şiddeti içermeyen, başkalarının hak alanlarına saldırı niteliği taşımayan düşünce açıklamalarının sınırlandırılmasının ölçütleri neler olmalıdır.⁴²⁷ Finkelburg, Alman Anayasası'nın düşünceyi açıklama özgürlüğünü sınırsız bir biçimde kabul etmediğini belirttikten sonra Anayasaya göre ifade özgürlüğünün insan öldürmeye çağrıda bulunmak, şiddetin propagandasını yapmak, çocuk ve gençleri tehlikeye maruz bırakmak için kullanılamayacağını vurgulamaktadır.⁴²⁸

⁴²⁴ HAFIZOĞULLARI, Laiklik İnanç Düşünce ve İfade Hürriyeti, s. 175-180.

⁴²⁵ ibid, s. 177.

⁴²⁶ ŞAHBAZ, s. 15.

⁴²⁷ ibid, s. 16.

⁴²⁸ Klaus FINKELNBURG, “*Demokraside İfade Özgürlüğü*”, Düşünce Özgürlüğü, Hazırlayan Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları:3, AFA Yayınları, İstanbul, 1998, s. 199.

İHEB'in 18. ve 19. maddelerinde⁴²⁹ düşünce, vicdan, din, düşünceyi açıklama özgürlükleri düzenlenmiştir. Bu özgürlükler İHEB'in 29. maddesine⁴³⁰ göre kamu düzeni nedeni ile sınırlandırılabilir.

Benzer şekilde AİHS'nin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin 2. fıkrasına göre ifade özgürlüğü, demokratik toplum için zorunlu olduğunda yasayla, kamu düzeninin sağlanması için sınırlandırılabilir.⁴³¹ AİHM, Arslan davasında⁴³² başvurucunun yayımlanan kitabının kamu düzenini bozması nedeniyle 1 yıl 8 ay hapis cezası ile cezalandırılmasını, Türk halkı hakkında aşırı ölçüde yapılan negatif değerlendirmelere karşın kitaptaki anlatımın şiddete, silahlı direnmeye veya ayaklanmaya tahrik oluşturmadığına, bunun kamu düzeni üzerinde sınırlı bir etkisi olduğuna ve davalı devlet olan Türkiye'nin demokratik toplumda gerekli olmayan müdahalede bulunduğu hükmetmiştir.

⁴²⁹ İHEB 18. madde: Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak, din veya topluca, açık olarak ya da özel biçimde öğrenim, uygulama, ibadet ve dinsel törenlerle açığa vurma özgürlüğünü içerir". İHEB 19. madde: "Herkesin düşünce ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak düşüncelerinden dolayı rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın, bilgi ve düşünceleri her yoldan araştırmak, elde etmek ve yaymak hakkını gerekli kılar.

⁴³⁰ İHEB 29. madde: Herkesin, kişiliğinin serbestçe ve tam gelişmesine olanak veren topluma karşı ödevleri vardır.(f.1)Herkes haklarını kullanırken ve özgürlüklerinden yararlanırken, başkalarının hak ve özgürlüklerinin tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması ve demokratik bir toplumda genel ahlak ve kamu düzeniyle genel refahın gereklerinin karşılanması amacıyla yalnız yasayla belirlenmiş sınırlamalara bağlı olur.(f.2)Bu hak ve özgürlükler hiçbir koşulda Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı olarak kullanılamaz.(f.3)

⁴³¹ AİHS'nin 10. Maddesinin 2. Fıkrasında sayılan diğer sınırlandırma sebepleri şunlardır: "*Ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması.*" Aslında kamu emniyeti ve dolayısıyla suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın korunması zaten kamu düzeninin birer unsurunu oluşturmaktadır. Bunların ayrı ayrı sayılmasının bu durumlara vurgu yapmak amacını taşıdığı söylenebilir.

⁴³² Arslan v. Türkiye, 23462/94, 8.7.1999, kararın tam metni için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=696148&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> (K.T.2.2.2010), kararın bir özeti için bkz. <http://ihami.anadolu.edu.tr/> (E.T. 2.2.2010)

Bir başka kararında⁴³³ AİHM, Türkiye'nin Güneydoğu bölgesindeki güvenlik durumunun hassasiyetini ve yetkililerin gereksiz şiddeti destekleyecek hareketlere karşı tetikte olma gereğini de dikkate alarak, başvuru sahibi aleyhinde alınan önlemlerin, başta ulusal güvenliğin ve ülke bütünlüğünün korunması ve asayişsizlik ve suçun önlenmesi olmak üzere, Hükümet tarafından belirlenen belli amaçların uzantısı olduğu kanaatine varmış, bu durum özellikle bölücü faaliyetlerin şiddet kullanımına dayalı yöntemlere bağlı olduğu, sadece muhalif olan, çarpıcı gelen veya rahatsız eden “haber” ve “düşünceler”in müdahaleyi haklı kılmadığı; bu olayda ise kin ve düşmanlık ifadeleriyle şiddetin övülmesi söz konusu olduğunu belirtmiştir. AİHM’ne göre *“Mahkeme ilk olarak, “katliam”, “zulüm” ve “cinayet” gibi göndermelerin yanı sıra, “Faşist Türk ordusu”, “TC cinayet çetesi” ve “emperyalizmin kiralık katilleri” gibi etiketlerin kullanılması ile diğer tarafa kara bir leke vurulmasına ilişkin açık bir kasıt olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme kanaatine göre söz konusu mektuplar, temel duyguların çalkalandırılması ve halen ölümcül şiddet şeklinde kendini göstermiş olan bileşik önyargıların katılaştırılması ile kanlı bir intikama çağrı şeklinde değerlendirilebilecektir...Bu bağlamda, mektupların içeriğinin iddia edilen zulümlerin sorumlusu olarak gösterilenlere karşı köklü ve mantık dışı bir nefret uyandırarak bölgede daha fazla şiddete sebebiyet verebilecek şekilde değerlendirilmelidir. Gerçekten de, okuyucuya iletilen mesaj, saldırgan ülke karşısında şiddete başvurmanın gerekli ve haklı bir önlem olduğudur.”*

⁴³³ Sürük v. Türkiye (No. 1), 26682/95, 8.7.1999, kararın tam metni için bkz. <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/aihmtklite.asp?start=826> (K.T. 2.2.1010)

1961 Anayasası'nda kişilerin hakları ve ödevleri bölümünde yer alan, düşünce ve inanç hak ve özgürlükleri başlığını taşıyan dördüncü kısmında, 19. maddede din ve vicdan özgürlüğü düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasına göre kamu düzenine veya genel ahlâka veya bu amaçlarla çıkarılan kanunlara aykırı olmayan ibadetler, dini ayin ve törenler serbesttir. Din ve vicdan özgürlüğünün kamu düzeni ve genel ahlak nedeniyle sınırlanabileceği şeklindeki düzenleme 1982 Anayasası'nda 2001 Anayasa değişikliği sonrasında özel sınırlama nedeni olarak yer almamıştır.

2001 Anayasa değişikliğinden önce 1982 Anayasası'nın 25. maddesinde düzenlenen düşünce özgürlüğü bakımından herhangi özel bir sınırlama nedeni öngörülmemiştir. 26. maddede düzenlenen düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü bakımından ise maddede öngörülen özel sınırlama sebepleri söz konusudur. Değişiklikten önce Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen genel sınırlama nedenleri ile hem düşünce özgürlüğüne hem de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne sınırlama getirilmesi mümkündür. 13. maddede düzenlenen genel sınırlama nedenlerinden biri de kamu düzenidir.⁴³⁴ 26. maddede geçen *düşüncenin yayılması*, propagandayı da kapsayacak şekilde anlaşılmaya elverişlidir. Her ne kadar düşünceyi yayma propagandayı da kapsasa da, şiddet propagandasının koruma göreceği söylenemez.⁴³⁵

1982 Anayasası'nın 24. maddesinde din ve vicdan özgürlüğü "*herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir... dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya*

⁴³⁴ 13. maddede öngörülen diğer genel sınırlama nedenleri; Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, milli egemenliği, Cumhuriyet, milli güvenlik, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlak ve genel sağlıktır.

⁴³⁵ ERDOĞAN, "*İfade Özgürlüğü ve Sınırları*", s. 32.

zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz” şeklinde düzenlenmiştir. AİHS’nin 9. maddesinde bu düzenlemeden farklı olarak din özgürlüğünün kapsamında dinini ve inancını açıklama özgürlüğünün de bulunduğu belirtilmektedir. Yine Sözleşme’nin 9. maddesine göre din ve inancını açıklama özgürlüğü, kamu düzeninin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlandırılabilir.⁴³⁶

Türk kamu düzeninin korunması bakımından Anayasa’nın 24. maddesinde, AİHS’de olduğu gibi din ve inancı açıklama özgürlüğüne sınırlamalar getirilmemiştir. 24. maddede sadece devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar etme ve kötüye kullanma yasağı söz konusudur. Erdoğan, bu hükmün laik devlet düzenini korumaktan çok din özgürlüğünün ve kullanımının *dar bir kişisel alana sıkıştırılması* amacını güttüğü şeklinde yorumlamakta ve bu durumu eleştirmektedir.⁴³⁷

Demokrasi, farklı düşünce ve kanaatlere hoşgörü kültürünün olduğu bir ortam yaratmayı amaçlar. Ancak Türkiye Cumhuriyeti’nin temelinde laiklik ilkesi yer almasa ve şeriat düzeni devam etseydi, bugün demokrasinin temelinde yer alan düşünce özgürlüğünü içselleştirebilir miydik?⁴³⁸ Bu noktada Anayasa’da laiklik

⁴³⁶ AİHS’nin 9. maddesinde öngörülen diğer sınırlama nedenleri kamu güvenliğinin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır.

⁴³⁷ ERDOĞAN, “İfade Özgürlüğü ve Sınırları”, s. 37.

⁴³⁸ Gerçekten 1994 yılında düşünce özgürlüğü ve laiklik üstüne yapılan bir araştırmaya göre “Türkiye’de laiklik, toplumsal barışa ne denli hizmet etmektedir?” sorusuna deneklerin %72’si “çok” ve “pek çok” yanıtını vermişlerdir. Bekir ÖZGEN, Düşünce Özgürlüğü ve Laiklik, Çınar Yayınları,

ilkesini korumak amacıyla getirilen dini istismar etme ve kötüye kullanma yasağı yerindedir.

Günümüzde yukarıda sayılan özgürlüklere kaynaklık eden düşünce özgürlüğünün yeni bir ifade alanı bulduğu söylenebilir. Bu yeni alan gerçek dünyanın bir yansıması sayılabilecek yeni bir düşünceyi açıklama özgürlüğü alanı olan “*internet*”tir.

İnternet şu ana kadar var olan kitle iletişim araçlarının hepsinden daha çok bilgi ve düşünce sunmakta ve bunu daha ucuz ve basit bir şekilde gerçekleştirmektedir. Bireyler internet üzerinden sadece düşünce ve sanat eserlerine değil, aynı zamanda sosyal paylaşım yoluyla başkalarının da bir konu hakkındaki görüşlerine rahatlıkla ulaşabilmektedirler.⁴³⁹

İnternet ortamındaki düşünce özgürlüğü de Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen sınırlamanın sınırına uygun olarak düşünceyi açıklama özgürlüğü için öngörülen meşru amaçlar doğrultusunda sınırlanabilecektir. Ancak internetin kendine özgü özelliklerinden kaynaklanan birtakım sorunlar mevcuttur. İlk olarak internet hayatın her alanına yayılmış öyle bir ağıdır ki başta düşünceyi açıklama özgürlüğü olmak üzere, örgütlenme özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü, özel hayat özgürlüğü ve iletişim özgürlüğü gibi pek çok alanı kapsamaktadır. Aslında gerçek hayatın bir yansıması olarak sanal bir dünya sunar. İnternetin; anonim olması, anında ve serbestçe ulaşılan bir kaynak olması ve yazılanların tam olarak denetlenmesinin çok

İstanbul, 1994, s. 184. Aradan geçen süre zarfında bu sorunun yanıtının tersine çevrilmeye çalışıldığı gözlemlenmektedir.

⁴³⁹ Yaman AKDENİZ, Kerem ALTIPARMAK, İnternet: Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır, İmaj Yayınevi, Ankara, Kasım 2008, s. 51.

güç olması gibi unsurlardan dolayı kontrol altında tutmak olanaksız gibi görünmektedir.

Bir gazetenin internet sayfasına yapılan isimsiz bir yorumun kişiye hakaret içermesi durumunda bundan kim sorumlu tutulacaktır? Ya da internette paylaştığımız bir fotoğrafın hukuka aykırı amaçlarla kullanılmasını engellemek mümkün müdür? Bunların dışında daha büyük bir sorun çocukların cinsel yolla istismarı, çocuk pornografisi sorunudur.

4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan intihara yönlendirme (madde 84), çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190), sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194), müstehcenlik (madde 226), fuhuş (madde 227), kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228), suçları ve 25.7.1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar bakımından yeterli şüphe bulunması durumunda erişimin engellenmesi kararı verilebilmektedir.

Öğretide bu tedbirlerin, gelişen teknolojinin takip edilememesi nedeniyle yetersiz kaldığı savunulmaktadır.⁴⁴⁰

⁴⁴⁰ AKDENİZ - ALTIPARMAK, s. 94-95.

3.1.7. Basın Ve Yayın Özgürlüğü Ve Kamu Düzeni

Basın özgürlüğü; gazete, dergi, kitap ve broşür çıkarma hakkı, basın araçlarının korunması, basın dışı haberleşme araçlarından faydalanma hakkı, düzeltme ve cevap hakkı gibi pek çok hakkı içerisinde barındıran *toplumsal iletişim özgürlüğü*⁴⁴¹ kategorisi içinde değerlendirilebilir. Aynı zamanda düşünceyi açıklama özgürlüğünün bir uzantısı görünümündedir.⁴⁴²

Gelişen teknoloji ile birlikte öğretide, basın sözcüğü sadece kitap, gazete ve dergi gibi basılan ve basılarak çoğaltılan kitle iletişim araçları için kullanılmaya başlanmış; televizyon, sinema ve internet gibi diğer kitle iletişim araçları için görsel işitsel iletişim özgürlüğü şeklinde ayrı bir başlık tercih edilmiştir.⁴⁴³

Basın özgürlüğü hem düşüncelerin serbestçe açıklanması hakkını hem de basın kuruluşlarının serbestçe kurulup işletilmesi hakkını içermektedir.⁴⁴⁴ Bu nedenle basın özgürlüğünün varlığından söz edebilmek için haber, düşünce ve bilgilere ulaşma hakkının; haber, düşünce ve bilgileri yorumlama ve eleştirme hakkının; haber, düşünce ve bilgileri yayımlama ve yeni bir düşünce ortaya koyma hakkının varlığı ve güvence altına alınmış olması gerekmektedir.⁴⁴⁵

⁴⁴¹ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 502.

⁴⁴² Feridun MÜDERRİSOĞLU, “Anayasal Hak ve Özgürlüklerin ve Özellikle Basın Özgürlüğünün Kamu Düzeni ile Sınırlanması ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Düzeni”, Onar Armağanı, İÜHF Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 486.

⁴⁴³ TANÖR, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, 3. Baskı, BDS Yayınları, İstanbul, 1994, s. 77, Yaşar SALİHPAŞAOĞLU, Türkiye’de Basın Özgürlüğü, Seçkin Yayınları, 2007, s. 24.

⁴⁴⁴ SALİHPAŞAOĞLU, s. 26.

⁴⁴⁵ SALİHPAŞAOĞLU, s. 27.

Dönmezer'e göre basın özgürlüğünün hukuken varlığından söz edebilmek için geleneksel olarak üç hakkın varlığı zorunlu görülmektedir. Bunlardan birincisi; haberleri bilme, haberlere ulaşma ve haberleri toplama hakkıdır. İkincisi; haber, düşünce ve kanaatleri yorumlama, çözümleme, eleştirme hakkıdır. Üçüncüsü ise haber, düşünce ve kanaatleri basma ve yayımlama hakkıdır.⁴⁴⁶

Tanör, basın-yayın ve görsel-işitsel iletişim özgürlüklerinden yararlananları üç gruba ayırmaktadır: İletişim araçlarının sahipleri, bu araçlar yoluyla haber verenler ya da düşünceleri yayanlar ve bu araçların okur, dinleyici ve izleyicileri.⁴⁴⁷

Çağdaş demokrasilerde, güvence altına alınmış olan basın özgürlüğü ile kamu düzeni arasında bir çatışma olursa bu durumda iki değerin birbirleriyle uzlaştırılması yoluna gidildiği belirtilmektedir. Değerlerden birinin feda edilmesi yerine uzlaştırılması görüşü yerindedir. Ancak bu durumda uzlaşmanın sağlanmasında belirleyici olacak siyasal tutum ve tercihlerin ne olacağı noktasında düğümlenmektedir.⁴⁴⁸

Dönmezer'e göre basın özgürlüğünün düzenlenmesinde esas nokta, basın özgürlüğünün kötüye kullanılmasının önlenmesidir. Bunun için kabul edilen ilkelerden birisi de devletin iç karışıklıklara karşı korunmasıdır. Bu bakımdan kamu düzenini ihlale elverişli olan yalan haberlerin kasten yayımlanması suç olarak tespit edilmiştir.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ Sulhi DÖNMEZER, Basın Hukuku, Cilt I, 2. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1964, s. 69.

⁴⁴⁷ TANÖR, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, s. 78.

⁴⁴⁸ SALİHPAŞAOĞLU, s. 65.

⁴⁴⁹ DÖNMEZER, s. 73-74.

Değerler arasında bir denge kurulurken yürürlükteki hukuk kuralları çerçevesinde somut olaya göre bir çözüm bulunması yerinde olacaktır.

İHEB'in 19. maddesine göre *“her ferdin fikir ve fikirlerini açıklamak özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak düşüncelerinden ötürü rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın bilgi ve fikirleri her vasıta ile aramak, elde etmek veya yaymak hakkını içerir.”*

AİHS'nin ifade özgürlüğü başlığını taşıyan 10. maddesinde düşünceyi açıklama özgürlüğü düzenlenmiştir. AİHM, basın özgürlüğünü düşünceyi açıklama özgürlüğü kapsamında değerlendirmektedir. Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında sınırlama nedenleri öngörülmektedir. Bu sınırlama nedenlerinden biri de kamu düzenidir. Sayılan sınırlama nedenleri soyut niteliktedir ve her somut olayda mahkeme taraf devletin sınırlama nedenini uygularken hukuka uygun davranıp davranmadığını değerlendirecektir. Dolayısıyla devletlere kamu düzeninin korunmasında belirli bir takdir yetkisi tanındığı söylenebilir.⁴⁵⁰

1961 Anayasası'nın 22. maddesinin ilk halinde kamu düzeni bir sınırlama nedeni olarak öngörülmezken, 1971 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile sınırlama nedenlerine kamu düzeni de eklenmiştir.

1982 Anayasası'nın basın ve yayımla ilgili hükümler bölümünde düzenlenen basın özgürlüğü, düşünceyi açıklama özgürlüğü ile iç içe geçmiştir. Ancak basın özgürlüğü için, düşünceyi açıklama özgürlüğüne oranla daha ağır sınırlama nedenleri öngörülmüştür.⁴⁵¹ 1982 Anayasası'nın 28. maddesinin ilk fıkrasına göre basın

⁴⁵⁰ Bkz. Thorgeir Thorgeirson v. İzlanda, Başvuru no. 13778/88, K.T.25.6.1992.

⁴⁵¹ ŞAHBAZ, s. 225.

hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz. İdari makamların ön denetimine tabi tutulma anlamına gelen sansür, Anayasa’da yasaklanmıştır.

1982 Anayasası’nın 28. maddesinde düzenlenen basın özgürlüğü, süreli veya süresiz yayınlar, yasanın gösterdiği suçların soruşturma veya kovuşturmasına geçilmiş olması hallerinde yargıç kararıyla, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de yasanın açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle kamu düzeninin korunması amacı ile toplatılabilir. Süreli ve süresiz yayınların toplanmasında alınacak önlemler yine 28. maddede düzenlenmiştir. Buna göre toplatma kararı veren yetkili merci, bu kararını en geç yirmidört saat içinde yetkili yargıca bildirir; yargıç bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, toplatma kararı hükümsüz sayılır. Yargıç kendisine verilen takdir yetkisini kullanırken, Anayasa’nın 138. maddesine göre Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatine göre hüküm verecektir.⁴⁵² Görüldüğü gibi basına sansür uygulanması yasaklanmış, ancak basın özgürlüğüne “*tedbir yoluyla önleme*” şeklinde sınırlamaların getirilebileceği öngörülmüştür.⁴⁵³

5187 sayılı Basın Kanunu’nun 3. maddesine göre “*basın özgürdür ve bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir. Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlakının, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün*

⁴⁵² ibid, s. 228-229.

⁴⁵³ ERDOĞAN, “İfade Özgürlüğü ve Sınırları”, s. 35.

otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir.” Basın Kanunu’nda da Anayasaya uygun olarak kamu düzeni nedeniyle sınırlama yapılabileceği, burada sınırlamanın sınırı olarak demokratik toplum düzeninin gerekleri belirtilmiş, sınırlamanın çerçevesi olan diğer ölçütlere değinilmemiştir.

3.1.7.1. Kamu Tüzel Kişilerinin Elindeki Basın Dışı Kitle Haberleşme

Araçlarından Yararlanma Hakkı

1982 Anayasası’nın 31. maddesine göre kişiler ve siyasal partiler, kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme ve yayım araçlarından yararlanma hakkına sahiptir. Halkın bu araçlarla haber alması, düşünce ve kanaatlere ulaşması ve kamuoyunun serbestçe oluşması; kamu düzeni nedeni ile sınırlandırılabilir. 1982 Anayasası’nda 2001 yılında yapılan değişiklikten önce 31. maddenin 2. fıkrasında 13. maddeye atıf yapılarak kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkına sınırlama getirilebileceği belirtilmişti.

3.2. Olağanüstü Yönetim Usullerinin Nedeni Olarak Kamu Düzeni İhlali

3.2.1. Konuya Genel Bakış

Olağan halin dışında kalan, sıradan olmayan, öncesinde ve sonrasında olağan düzenin süregeldiği istisnai ve geçici hal olağanüstü haldir. Olağanüstü yönetim usulünün uygulanmasının nedeni deprem, sel, fırtına, volkanik patlama gibi insan iradesi dışında gerçekleşen doğa olayları olabileceği gibi; silahlı çatışma, ayaklanma,

hukuk dışı şiddet kullanımı, ekonomik bunalım gibi insan faaliyetinden kaynaklı olaylar da olabilir.⁴⁵⁴ Sayılan olayların bir krize ve olağan sistemin kilitlenmesine neden olup olmadığı her ülkenin şartlarına göre belirlenecektir. Aynı zamanda olağanüstü hale neden olan olayların sınırlı sayıda olduğu söylenemez.⁴⁵⁵

Ortaya çıkan kriz durumu tüm ülkeyi ya da belirli bir bölgede o bölgedeki tüm nüfusu ve devlet cihazını etkileyecek düzeyde olmalıdır. Bunun yanında kriz durumunun, sistemin olağan işleyişini ve istikrarını olağan önlemlerle engellenemeyecek düzeyde etkilemesi sonucu örgütlü toplum yaşamının temeline yönelmiş olması gerekir.⁴⁵⁶

Olağan dönemde korunmaya çalışılan kamu düzeni; savaş hali, savaş tehlikesinin ortaya çıkması, ayaklanma, iç kargaşa gibi toplumsal bunalım dönemlerinde sarsılır. Bu durumda kamu düzenini yeniden sağlamak için olağan hukuk düzeni yeterli olmayabilir. Olağanüstü rejimler, keyfi bir rejim olmayıp güvenlik, düzen ve dinginliğin sağlanması, korunması için oluşturulan meşru rejimlerdir.⁴⁵⁷

Olağanüstü yönetim özgürlükleri bağdaştırma işlevi üstlenir. Başka bir ifadeyle özgürlükleri ortadan kaldırmadan toplumun varlığını kurtaracaktır.⁴⁵⁸ Nasıl hasta ya da yaralı bir insanın istediği gibi gezip hareket etmesine izin verilmiyor ve

⁴⁵⁴ Mehmet Semih GEMALMAZ, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları*, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1994, s. 14-15.

⁴⁵⁵ *ibid*, s. 18.

⁴⁵⁶ *ibid*, s. 224-225.

⁴⁵⁷ GÖREN, *Anayasa Hukuku*, s. 329.

⁴⁵⁸ Bülent DAVER, *"Fevkalade Haller ve Ferdi Hürriyetler"*, AÜSBFD, 1961, Cilt 7, sayı 1-4, s. 168-169.

istirahat etme zorunluluğu getiriliyorsa, toplumun da olağan düzenine kavuşması için temel hak ve özgürlükleri sınırlayan tedbirler almak gerekmektedir.⁴⁵⁹

Bu noktada ortaya çıkan olağanüstü hukuk rejimlerinin en belirgin özelliği yasallık ilkesinin yumuşatılması ya da daraltılması gerekliliğidir. Özgürlük ve otorite arasında kurulan denge ile korunan kamu düzeni, olağanüstü dönemlerde otorite lehine bozulmaktadır. Fakat bu denli önemli bir sosyal ihtiyaç ve toplumsal gereklilik karşısında hak ve özgürlüklerden ödün vermek zorunludur.⁴⁶⁰

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında olağan dönemlerde 13. madde hükmü ile maddelerde öngörülen özel sınırlama nedenleri dikkate alınırken, olağanüstü hallerde Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin durdurulması başlığını taşıyan 15. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından Anayasa'nın 15. maddesinde uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi kaydı, ölçülülük ilkesi ve çekirdek alana dokunma yasağı şeklinde üç güvence getirilmiştir.⁴⁶¹ 1982 Anayasası'nın 15. maddesinin 1. fıkrasına göre uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve özgürlüklerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada sayılan olağanüstü hallerde dahi dokunulamayacak

⁴⁵⁹ Hasan Refik ERTUĞ, “Memleketimizde Fevkalade Hal Rejimleri”, AÜSBFD, Cilt 3, Sayı 12, 1948, s. 67.

⁴⁶⁰ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 110.

⁴⁶¹ Kemal GÖZLER, “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 47, Sayı 4, Ağustos 1990, s. 564.

haklar sayılmıştır. Buna göre; savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında; kimsenin 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.

15. maddede belirtilen “*savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü haller*”in neler olduğu Anayasa’nın 119-122. maddelerinde düzenlenen yönetim usulleridir.⁴⁶² Anayasamıza göre olağanüstü rejimler istisnai niteliktedir ve iki türlü olabilir: Olağanüstü hal ve sıkıyönetim. İkisi arasındaki temel fark; olağanüstü halde siyasal otorite kısmen askeri yetkiler kullanırken, sıkıyönetimde düzenin yeniden tesisine ilişkin icrai yetkiler askeri otoritede toplanır, bu süreçte siyasal otoritenin sorumluluğu ve yargısal denetim devam eder.⁴⁶³ Uluslararası alanda olağanüstü hallerin düzenlenmesi açısından gözetilen ilkeler gereklilik, ölçülülük ve geçicilik olarak özetlenebilir.⁴⁶⁴

Kural olarak idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Ancak Anayasa’nın 125. maddesinin 6. fıkrasına göre olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesi kanunla sınırlanabilecektir.

⁴⁶² ŞAHBAZ, s. 241.

⁴⁶³ GEMALMAZ, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları, s. 223.

⁴⁶⁴ KAPANİ, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, s. 117.

3.2.2. Olağanüstü Hal

Toplumsal bunalımların aşılmasında sivil bir olağanüstü rejim olarak olağanüstü hal ilanı gerekebilir. Olağanüstü halde toplumsal, siyasal ya da iktisadi açıdan kamu düzenini ciddi olarak tehdit eden bir durumun ya da durumların ortaya çıkması söz konusudur.⁴⁶⁵

“*Yurtta barış dünyada barış*” ilkesini benimsemiş demokratik bir ülkede iç ve dış kriz tehlikesi daha fazladır. Çünkü demokrasiler, doğaları gereği kendisine karşı da olsa bütün düşüncelere saygılı bir toplum yapısı ve bu yapıdan kaynaklı çok partili bir siyasal yaşam düzenine sahiptirler.⁴⁶⁶

Etkin ve acil müdahale gerektiren durumlarda devlet otoritesini güçlendirmek ve gerekli önlemleri almak için yürütmeye istisnai yetkiler tanınması tartışması sadece demokratik ülkelerde kendini gösterir.⁴⁶⁷

Olağan düzenin tekrar sağlanması için olağanüstü hal ilanı ile yetkileri artırılan yönetim makamları “*dolaşım yasaklamaları, ikamet kısıtlamaları ve belli yerlerde yerleşime mecbur kılma, güvenlik bölgeleri kurma, eğlence ve seyir salonlarını ya da toplantı yerlerini kapatma, basın yayımın denetimi, kitle iletişim*

⁴⁶⁵ KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 111.

⁴⁶⁶ Burhan KUZU, Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1993, s. 13 ve 21.

⁴⁶⁷ Yürütmeye olağanüstü yetkiler verme tartışması, kamu yetkilerinin zaten yürütmeye toplandığı totaliter rejimlerde söz konusu olmamaktadır. KUZU, Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi, s. 2.

araçlarının gözetimi, sinema ve tiyatro gösterilerinin sansürü için özgöl önlemlere ve yetkilere yasal olarak sahip olurlar.”⁴⁶⁸

Belirtmek gerekir ki hukuken meşru olan olağanüstü hal rejiminin, polis devleti, otoriter ve totaliter nitelikli modern diktatörlükler ya da askeri hükümetler ile benzerliği söz konusu değildir. Olağanüstü hal rejimi, hukuki bir rejimdir.⁴⁶⁹

Olağanüstü halde yürütmenin düzenleme alanı genişler ve idarenin takdir yetkisi artar.⁴⁷⁰ Bu durumda tehlikenin ağırlığı ile orantılı, etkili ve acil tedbir alma olanağına sahip olan idare, istisnai ama hukuki olarak genişleyen takdir yetkisini keyfi olarak kullanamaz. Olağan düzenin tekrar sağlanmasına çalışılırken özgölüklerin kısıtlanmasında takdir yetkisinin aşılp aşılmadığını anlamak kolay değildir. Takdir yetkisi siyasal otoriteye sınırlı karar verme gücünde tanınan esneklik payını ifade eder.⁴⁷¹

3.2.2.1. 1961 Anayasası’nda Olağanüstü Hal

1961 Anayasası’nın olağanüstü haller başlığını taşıyan 123. maddesine göre *“olağanüstü hallerde vatandaşlar için konulabilecek para, mal ve çalışma yükümleri ile bu hallerin ilânı, yürütülmesi ve kaldırılması ile ilgili usuller kanunla düzenlenir.”* Bu hükümde olağanüstü hal ilanı düzenlenmiş, ancak hangi durumlarda

⁴⁶⁸ KABOĞLU, Özgölükler Hukuku, s. 111-112.

⁴⁶⁹ KUZU, s. 41.

⁴⁷⁰ ibid, s. 54.

⁴⁷¹ GEMALMAZ, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları, s. 30.

olağanüstü hal ilan edileceği açıkça belirtilmemiştir.⁴⁷² Maddede öngörülen olağanüstü hallerde vatandaşlar için konulabilecek para, mal ve çalışma yükümleri; bir hizmetin yerine getirilmesi, taşınmaz bir malın kullanılması ya da taşınır bir malın kullanılması ya da mülkiyetinin devri şeklinde bireylere yükümlülük getiren idari işlemler şeklinde olabilir. Kamu düzeninin yeniden sağlanması için mülkiyet hakkı, çalışma özgürlüğü ve angarya yasağına bu şekilde istisnalar getirilebilecektir.⁴⁷³

1961 Anayasası döneminde öğretide Anayasası'nın olağanüstü hal kavramını sadece doğal afetler ve ekonomik krizler olarak ele aldığına ve bu hükmün yetersiz olduğuna ilişkin görüşler mevcuttu.⁴⁷⁴ 123. maddede olağanüstü halin kanunla ilan edilip düzenleneceği öngörülmesine karşın olağanüstü hal kanunu çıkarılmadığı için siyasal otorite sıkıyönetime başvurmak durumunda kalmıştır.⁴⁷⁵

Anayasa'nın sıkıyönetim konusunda daha ayrıntılı düzenlemelere giderken, askeri bir müdahaleye gerek kalmadan olağanüstü halin uygulanması ile olağan düzenin sağlanması yolunu açamaması eleştirilere uğramıştır. Kamu düzeninin bozan kitlesel hareketlerin zamanında önlenmesi için siyasal otoritenin gerekli tedbirleri alabilme kabiliyetinin olması, böylece olaylar can ve mal kayıplarına neden olacak derecede büyümeden ve sıkıyönetim ilanına gerek kalmadan durdurulabilmesi sağlanmalıdır.⁴⁷⁶

⁴⁷² GÖREN, Anayasa Hukuku, s. 330.

⁴⁷³ KUZU, s. 183-184.

⁴⁷⁴ ibid, s. 178.

⁴⁷⁵ KUZU, s. 180.

⁴⁷⁶ ibid, s. 185-186.

3.2.2.2. 1982 Anayasası’nda Olağanüstü Hal

1982 Anayasası’nda olağanüstü yönetim usulleri başlığı altında düzenlenen olağanüstü hal rejimi ile ilgili hükümler 119., 120. ve 121. maddelerde yer almaktadır. Olağanüstü haller, Anayasada iki kategoride düzenlenmiştir. Birincisi “*tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım halleri*” (119. madde), ikincisi ise “*anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması halleri*” (120. madde) dir.⁴⁷⁷ Anayasa’nın 120. maddesinde olağanüstü hal ilanı için kamu düzeninin ihlali bakımından “*ciddi şekilde bozulma*” ölçütü getirilmiştir. Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar⁴⁷⁸ veya ağır ekonomik bunalım hallerinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu kendi değerlendirilmesi ile doğrudan yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir. Anayasa’nın 120. maddesindeki hallerde ise Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Kurulu⁴⁷⁹,’nun görüşünü aldıktan sonra olağanüstü hal ilan edebilir. Anayasa’nın 121. Maddesine

⁴⁷⁷ Kaboğlu, bunlardan ilkinin “*ekonomik olağanüstü hal*”, ikincisini “*asayiş olağanüstü hali*” olarak ifade etmektedir. KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s. 114.

⁴⁷⁸ Örneğin geçtiğimiz sene ortaya çıkan ve tehlikeli bir salgın hastalık olan domuz gribine karşı ABD’de sağlık alanında olağanüstü hal ilan edilmiştir. 27.4.2009 tarihli Hürriyet’ten <http://www.hurriyet.com.tr/dunya/11515668.asp> (3.4.2010)

⁴⁷⁹ Anayasa’nın 118. maddesine göre Milli Güvenlik Kurulu “*Devletin milli güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili alınan tavsiye kararları ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini Bakanlar Kuruluna bildirir*”, bunun dışında “*Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar*” alır. Yine 118. maddeye göre “*Milli Güvenlik Kurulu; Cumhurbaşkanının başkanlığında, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Başbakan yardımcıları, Adalet, Milli Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ve Jandarma Genel Komutanından kurulur.*”

göre olağanüstü hal Resmi Gazete’de yayımlanır ve TBMM’nin onayına sunulur. Bu durumda derhal toplanacak olan TBMM olağanüstü halin süresini değiştirme yetkisine sahiptir. Meclis, Bakanlar Kurulu’nun istemi üzerine, her defasında dört ayı geçmemek üzere süreyi uzatabilir ya da olağanüstü hali kaldırabilir. Olağanüstü hal ilanına karar verilmesi durumunda temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usullerinin Olağanüstü Hal Kanunu’nda düzenleneceği Anayasa’nın 121. maddesinde öngörülmüştür. Olağanüstü hal süresince Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu’nun, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vardır.

Anayasa’nın 121. maddesinin 2. fıkrasında 119. madde uyarınca ilan edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülüklerinden söz edilmektedir.

1982 Anayasası’nın 91. maddesine göre olağanüstü hallerde kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevlere ilişkin kanun hükmünde kararname çıkarılabilecektir. Olağan dönemde bu hak ve özgürlüklere ilişkin kanun hükmünde kararname çıkarılması yasaklanmıştır.

2935 sayılı ve 25.10.1983 tarihli Olağanüstü Hal Kanunu’nun ikinci kısmında olağanüstü halde getirilecek yükümlülükler ve alınacak tedbirler düzenlenmiştir. 119. madde ile uyumlu olarak 2935 sayılı Kanun’da para, mal ve çalışma yükümlülüklerinin neler olduğu öngörülmüştür. Bunun yanında alınacak tedbirler de

belirtilmiştir. Gerekli tedbirlerin alınması sonucu yerleşim özgürlüğüne, seyahat özgürlüğüne, haberleşme özgürlüğüne, mülkiyet hakkına, çalışma özgürlüğüne, basın özgürlüğüne, toplanma özgürlüğüne, dernek kurma özgürlüğüne sınırlamalar getirilebileceği düzenlenmektedir. Burada olağanüstü hal rejiminin bir sonucu olarak, normal zamanlarda temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamalardan daha ileri derecede sınırlamalar söz konusu olacaktır.⁴⁸⁰ 2935 sayılı 25.10.1983 tarihli OHAL Kanunu'nun⁴⁸¹ 9., 10. ve 11. maddelerinde olağanüstü hal ilanında alınacak tedbirler ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

3.2.3. Sıkıyönetim

Olağan koşullarda geçerli olan özgürlükler rejiminin olağanüstü durumlarda sürdürülmesinin imkansız hale gelmesi nedeniyle, anayasalar olağanüstü halin zorunlu durumlarda varlığını kabul etmişlerdir. Bu nedenle idari ve sivil otoritelerin başa çıkamayacakları ve yatıştıramayacakları isyan ve ayaklanma gibi hareketleri bastırmak ve gerekli diğer önlemleri almak üzere askeri güçlerin kullanılabileceği öngörülmüştür.⁴⁸² Sıkıyönetim ilan edilmesi, demokratik hukuk devleti için söz konusu olabilir.

Osmanlı Devleti'nde 1876'ya, yani Kanun-u Esasi'nin ilanına kadar sıkıyönetim kurumundan söz edilemez. Çünkü tebaanın sahip olduğu hak ve özgürlüklerin sınırlanması kurumu yoktur. Zaten sınırlama içkin olarak padişahın

⁴⁸⁰ GÖREN, Anayasa Hukuku, s. 332.

⁴⁸¹ Kanun, 27.10.1983 tarihli ve 18204 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁴⁸² GÖREN, Anayasa Hukuku, s. 329.

hakkıdır. Bu nedenle örfi idare, diğer adıyla sıkıyönetim demokratik bir yönetimde uygulanan ve hak ve özgürlüklerin kısıtlanması ya da durdurulması yetkisini yönetime veren olağanüstü bir rejimdir.⁴⁸³

Sivil yönetim makamlarının yetkilerinin askeri otoritelere geçmesi sonucunu doğuran savaş veya savaş tehlikesi gibi çok ciddi kamu düzeni ihlalleri nedeniyle sıkıyönetim ilan edilebilir. Olağanüstü hallerde sivil makamların yetki genişlemesi ile sahip olduğu konutlarda gündüz ve gece aramalar yapmak, düzensizliğe neden olacak tahrik edici olarak değerlendirilen toplantıları askıya almak ya da yasaklamak gibi yetkiler sıkıyönetimde askeri otoritelere geçer. Sıkıyönetim ilanı için sokak dinginliğinin ihlali yeterli olmamakta, savaş tehlikesine varan olağanüstü hal ilanını gerektiren hallerden daha vahim şiddet olaylarının baş göstermesi gerekmektedir.

3.2.3.1. 1961 Anayasası’nda Sıkıyönetim

1961 Anayasası’nın ilk halinde sıkıyönetim başlığını taşıyan 124. madde şu şekildedir: “*Savaş hali, savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi, ayaklanma olması veya vatan ve Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma olduğunu gösterir kesin belirtilerin meydana çıkması sebebiyle, Bakanlar Kurulu, süresi bir ayı aşmamak üzere, yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya her yerinde sıkıyönetim ilân edebilir ve bunu hemen, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onamasına sunar. Meclis, gerekli gördüğü zaman sıkıyönetim süresini kısaltabileceği gibi, tamamiyle de kaldırabilir. Meclisler toplanık değilse, hemen toplantıya çağırılır.*

⁴⁸³ ERTUĞ, “Memleketimizde Fevkalade Hal Rejimleri”, s. 71.

Sıkıyönetimin her defasında iki ayı aşmamak üzere uzatılması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin kararına bağlıdır. Bu kararlar, Meclislerin birleşik toplantısında alınır. Sıkıyönetim veya genel olarak savaş halinde, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği, hürriyetlerin nasıl kayıtlanacağı veya durdurulacağı kanunla gösterilir.”

124. madde 20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı yasa ile değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile madde başlığı sıkıyönetim ve savaş hali olmuştur. Maddenin son haline göre “savaş hali, savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi, ayaklanma olması veya vatan ve Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışmanın veya ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren veya Anayasanın tanıdığı hür demokratik düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketleri hakkında kesin belirtilerin ortaya çıkması sebebiyle Bakanlar Kurulu, süresi iki ayı aşmamak üzere, yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya her yerinde sıkıyönetim ilân edebilir ve bunu hemen, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onamasına sunar. Meclis gerekli gördüğü zaman, sıkıyönetim süresini kısaltabileceği gibi, tamamiyle de kaldırabilir. Meclisler toplanık değilse, hemen toplantıya çağırılır. Sıkıyönetimin her defasında iki ayı aşmamak üzere uzatılması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin kararına bağlıdır. Bu kararlar Meclislerin Birleşik toplantısında alınır. Sıkıyönetim veya genel olarak savaş halinde, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği, hürriyetlerin nasıl kayıtlanacağı veya durdurulacağı ve savaş veya savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi halinde vatandaşlar için konulabilecek yükümler kanunla gösterilir.”

Görüldüğü üzere değişiklik ile sıkıyönetim ilan edilebilmesi için gerekli koşulların sayısı arttırılmıştır. Maddeye ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren veya Anayasanın tanıdığı hür demokratik düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketleri hakkında kesin belirtilerin ortaya çıkması nedenleri eklenmiştir. Bu durumda şiddet hareketlerinin olağanüstü hal ilanını gerektirmesini hangi hallerde aştığını tespit etmek güçleşmekte ve sıkıyönetim ilanının kapsamı genişletilmiş olmaktadır.

3.2.3.2. 1982 Anayasası'nda Sıkıyönetim

Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması bakımından 1982 Anayasası'nın 15. maddesinde savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerinde dahi kimsenin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı ve bunlardan dolayı suçlanamayacağı düzenlenmektedir.

1982 Anayasası'nın 122. maddesine göre *“Anayasanın tanıdığı hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik ve olağanüstü hal ilanını gerektiren hallerden daha vahim şiddet hareketlerinin yaygınlaşması veya savaş hali, savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi, ayaklanma olması veya vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışmanın veya ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması sebepleri”*nin varlığı halinde sıkıyönetim ilan edileceği düzenlenmiştir. Olağanüstü hal ilanını gerektiren şiddet olaylarından daha vahim şiddet hareketlerinin anayasal düzene yönelmesi halinde ya da savaş veya savaş tehlikesinde sıkıyönetim, savaş ve seferberlik hali söz konusu

olacaktır. 122. maddesinin 2. fıkrasına göre “*sıkıyönetim süresinde, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname çıkarabilir.*”

1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu’nun 19.9.1980 tarihinde 2301 sayılı kanunla değiştirilen 3. maddesinin 1. fıkrasına göre sıkıyönetim komutanının; sıkıyönetim bölgesinde üstlendiği görevlerden birisi de kamu düzenini korumak ve sağlamaktır. Sıkıyönetim Kanunu’nun 3. maddesinde bölgede bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmek amacıyla hak ve özgürlüklere ne gibi kısıtlamalar getirilebileceği öngörülmüştür. Bu maddeye göre özel hayatın gizliliğine, konut dokunulmazlığına, haberleşme özgürlüğüne, basın özgürlüğüne, düşünceyi açıklama özgürlüğüne, yerleşme özgürlüğüne, örgütlenme özgürlüğüne, toplanma özgürlüğüne, gösteri yürüyüşü hakkına, dernek kurma özgürlüğüne, seyahat özgürlüğüne sınırlamalar getirilebilecektir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA KAMU DÜZENİ

4.1. Cumhuriyetin Temel Nitelikleri Ve Kamu Düzeni Bağlantısı

Anayasa Mahkemesi, 22.6.2001 tarihli ve E.1999/2, K.2001/2 sayılı kararında⁴⁸⁴ laiklik ilkesini Türkiye Cumhuriyeti açısından kamu düzenini oluşturan unsurlardan biri olarak kabul etmiştir. Kararında *“yükseköğretim kurumlarında, bilimsel yöntemlerle yetişerek, birlikte çalışmalar yapan gençlerin kimin hangi inançtan olduğunu gösterecek biçimde güçlü bir dini simge olan başörtüsü takmalarına izin verilerek onları dinsel inanç ve görüşleri nedeniyle çatışmalara sevkedebilecek ortamın yaratılması, başkalarının inanç özgürlüğünü ihlâl edeceği gibi kuşkusuz, kamu düzenini de tehlikeye sokar”* tespitinde bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi 21.11.2000 tarihli ve E.2000/77, K.2000/49 sayılı kararında⁴⁸⁵ sosyal devlet ilkesi ile kamu düzeni arasında bağlantı kurmakta ve sosyal hayatta zayıf tarafın, kararda kiralayana karşı kiracının, hukuk kuralları ile korunmasının kamu düzeninin sağlanması için gerekli olduğuna hükmetmektedir. Yüksek Mahkeme’ye göre *“konut ve işyeri darlığı bulunan ülkelerde devletçe önlem alınmadığı takdirde talebin fazlalığı nedeniyle kiraların aşırı şekilde yükseleceği, bu yükselişin tüketim maddelerinin fiyatları üzerinde etkili olarak hayat pahalılığına sebep olacağı açıktır. Türkiye’de kiraların tüketici fiyat endeksi içindeki oranının*

⁴⁸⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 22.6.2001 tarihli ve E.1999/2, K.2001/2 sayılı kararının tam metni için bkz. www.kazanci.com, İçtihat Bilgi Bankası, Anayasa Mahkemesi Kararları (E.T. 25.01.2010)

⁴⁸⁵ Kararın tam metni için bkz. http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1557&content= (E.T. 2.4.2010) . Anayasa Mahkemesi, 16.11.2000 tarihli ve E. 2000/26, K. 2000/48 sayılı kararında da aynı gerekçeyle dayanmıştır.

yüksek olduğu, bunun hak ve adaletin gerçekleşmesini engelleyen önemli faktörlerin başında geldiği bilinmektedir. Bu nedenlerle, taşınmaz mal kiralalarının sürekli yükselişi ve içinde kira paralarının önemli etkisi olan fiyat artışlarının ekonomik ve dolayısıyla sosyal yaşamı olumsuz yönde etkilemesi karşısında devletin, sosyal huzurun sağlanması, toplumsal barış ve kamu düzeninin korunması amacıyla kiracı-kiralayan ilişkilerini düzenlemesi, böylece insanımızı hak ettiği yaşam düzeyine kavuşturması, gelir dağılımını düzeltmesi ve yoksullukla mücadele etmesi Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti olmanın gereğidir.” Bu kararda sosyal kamu düzeninin korunması ve sağlanması için sosyal devlet ve hukuk devleti ilkelerinin gerekliliği vurgulanmaktadır.

Dolayısıyla Yüksek Mahkeme, kamu düzeninin klasik anlamının yanında, bir hukuk devletinde korunması gereken temel haklardan olan sosyal haklar açısından genişleyen anlamını da kabul etmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 17.4.2008 tarihli ve E.2005/5, K.2008/93 sayılı kararında⁴⁸⁶ idarenin kamu düzeni nedeni ile yapacağı kolluk denetimi sonucu uygulayacağı idari yaptırımlarda hukuk devleti ilkesi gereğince keyfiliğin önlenmesi amacıyla yasa ile kamu düzenini korumak amacıyla yapılacak denetime ilişkin ölçütlerin açık şekilde belirtilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre “...düzenlenen idari para cezaları, imar ve kamu düzenine aykırı davranışların önlenmesi amacıyla, araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan işlemiyle idare hukukuna özgü usullerle kesilen ve uygulanan

⁴⁸⁶ Kararın tam metni için bkz.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2612&content=
(E.T. 2.4.2010)

yaptırımlardır ve yasada gösterilen alt ve üst sınırlar arasında cezanın tutarını belirlemek tamamıyla idari makamların, belediyeler veya en büyük mülki amirlerin kararlarıyla oluşmaktadır fakat yasayla imar para cezasının alt ve üst sınırları gösterilmiş, bu alan içinde cezayı uygulama yetkisi idareye bırakılmış olmasına karşın idarelerin hangi ölçütleri esas alacakları açık, belirgin ve somut olarak yasada yer almamıştır. Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir değildir.”

Bu noktada Anayasa Mahkemesi’nin kamu düzeni ile laik sosyal hukuk devleti arasında bağlantı kurduğu görülmektedir. Yüksek Mahkeme, 1982 Anayasasının 2. maddesinde düzenlenen Cumhuriyetin nitelikleriyle bağdaşan bir kamu düzeni anlayışını dikkate almaktadır.

4.2. Temel Hak Ve Özgürlükler Ve Kamu Düzeni

Anayasa Mahkemesi, 28.01.1964 tarihli ve E: 1963/128, K: 1964/8 sayılı kararında kamu düzeni kavramının belli edilmesi güç bir anlamı kapsadığını, nitekim yerli ve yabancı birçok hukuk eserlerinde, çeşitli alanlardaki kişi haklarını sınırlayan bu kavramın sık sık görüldüğünü, fakat tarifine az rastlandığını belirttikten sonra yapılmış olan tariflerin incelenmesi sonucunda kamu düzeni deyiminin; “*toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle toplumun her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı*” sonucuna varmıştır.⁴⁸⁷ Bu noktada Anayasa Mahkemesi, kamu düzeni kavramının tanımını yaparken ikili bir ayrım

⁴⁸⁷ Anayasa Mahkemesi’nin 28.01.1964 tarihli ve E: 63/128, K: 64/8 sayılı kararı, www.hukukturk.com sitesinin Anayasa Mahkemesi Kararları bölümünden alınmıştır. (E.T.04.01.2010)

gözetmiştir. Bir taraftan kamu düzeninin toplumun huzur ve sükununu ifade ettiğini belirtirken, diğer taraftan devletin ve devlet teşkilatının korunmasını amaçlayan bütün kuralları kamu düzeni kavramının kapsamında görmektedir.⁴⁸⁸ Yüksek Mahkeme, bu kararının gerekçesinde Temsilciler Meclisi görüşmelerinde ortaya atılan düşünceleri de göz önüne alarak kamu düzeni kavramını yorumlamıştır:

“Temsilciler Meclisi’nde görüşülmesi sırasında, Anayasa Komisyonu Sözcüsü tarafından, bir kısım temsilcilerin görüşlerine verilen cevaplarda, (kamu düzeni) deyiminden anlaşılması gereken hususları göstermek üzere şu fikirlerin ileri sürüldüğü görülmektedir: ... Kamu düzeninin gerektirdiği acele hallerde hakim kararı olmayabilir. Doğrudan doğruya memleketin emniyeti ile ilgili bir hal olabilir. Hakim kararı alınuncaya kadar iş işten geçer. ...Mesela gümrüklerde yolcuların üzeri aranabilecektir. Bunun için hakim kararı icap etmez. Sıhhi sebepler dolayısıyla müfettişler arama yapabilir. Emniyet tedbirleri için madenlerde arama yapılabilir. Maliye Müfettişleri ticari defterler üzerinde tetkikat yapabilirler. Fabrikalarda emniyet tedbirleri alınıp alınmadığı araştırılabilir. Birçok yerlerde patlayıcı maddeler üzerinde teftişlerde kanun muayyen mercilere selahiyet verebilir. Bütün bunlar için hakim kararı almaya imkan yoktur. Fert hürriyetlerinin sağlandığı bir Türkiye yaratmak baş amaçtır. Fakat bu gayeye giderken iktidarın, memleket emniyeti için zaruri tedbirleri almasını imkansız hale getiremeyiz. O zaman başka istikamette yine huzursuzluk yaratmış oluruz. Hürriyet, ama memleketin emniyetini sağlayabilen bir nizam içinde hürriyet. Hedef budur ve bundan sonraki maddeler de hep bu yolda düzenlenmiştir.(Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi Cilt: 3 sahife : 71 ve 73).”

Temsilciler Meclisi’ndeki görüşmelerden ülkenin güvenliğini sağlayan düzeni de kapsayan özgürlük anlayışının benimsendiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 8.4.1963 tarihli ve E. 1963/16, K. 1963/83 sayılı kararında⁴⁸⁹ *Yeni Demokrat Parti Genel Başkanı Fuat Köprülü’nün 21.4.1962*

⁴⁸⁸ SUNAY, Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti, s. 9.

⁴⁸⁹ Anayasa Mahkemesi’nin 8.4.1963 tarihli ve E. 1963/16, K. 1963/83 sayılı kararı, www.hukukturk.com sitesinin Anayasa Mahkemesi Kararları bölümünden alınmıştır. (E.T.19.01.2010)

gününde parti genel merkezinde yaptığı basın toplantısında, toplantıya katılan gazete muhabirlerine yazılı bir beyanı okunduktan sonra bir gazete muhabirinin sorusuna karşı verdiği cevapta “Siyasi kanaatten dolayı kimseye ceza verilemeyeceğine göre, af ancak bir haksızlığın tamiri olacaktır” demek suretiyle Anayasa Nizamını Milli Güvenlik ve Huzuru Bozan Bazı Fiiller hakkındaki 5.3.1962 günlü ve 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendine aykırı hareket ettiği iddiasıyla aleyhine kamu davasında 38 sayılı Kanun’un; 1961 Anayasası’nın 8.⁴⁹⁰, 11.⁴⁹¹ ve 20.⁴⁹² maddelerine aykırılığı iddia edilmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre “Düşünce ve kanaat hürriyeti insanların en tabii haklarındanandır. Herkes istediği gibi düşünmekte, istediği fikre inanmakta serbesttir. Kişinin iç alemi kanunun her çeşit müdahalesinin dışındadır. Ancak kişinin iç alanında kaldığı sürece mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyeti, toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren hukukun ve kanunun sahasına girer ve toplumsal yaşayışın gerektirdiği bazı kayıtlamalara bağlanabilir. İnsanların toplum halinde yaşayabilmeleri ancak toplum hayatının bazı esaslara ve kurallara bağlanması ile yani düzenlenmesi ile mümkündür. Bu zaruret insanın iç hayatı bakımından mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyetinin, söz yazı, resim ve saire gibi çeşitli vasıtalarla açığa vurulurken toplumsal yaşayışın sürekliliği (devam ve bekası) sağlanmak için belli esaslara ve kurallara bağlanmak

⁴⁹⁰ 1961 Anayasası’nın 8. maddesi şu şekildedir: Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz. Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

⁴⁹¹ 1961 Anayasası’nın 11. maddesi, 1971 Anayasa değişikliği öncesinde şu şekildedir: Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.

⁴⁹² 1961 Anayasası’nın 20. maddesi şu şekildedir: Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir; düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim ile veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklayabilir ve yayabilir. Kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz.

suretiyle kayıtlanmasını zorunlu kılar. Zira, toplum hayatına zarar veren düşünce ve kanaatlerin açığa vurulması toplumu huzursuzluğa sevk ederek toplumsal yaşayışın ve Devletin güvenliğini sarsar. Bu bakımdan diğer hak ve hürriyetler gibi düşünce ve kanaat hürriyeti de her türlü sorumsuz davranışlara cevaz veren mutlak ve sınırsız bir hürriyet olarak telakki ve kabul edilemez. Bu hürriyeti toplumsal yaşayışın ve demokratik düzenin gerekleriyle bağdaştırmak ve toplumsal yaşayış ile düşünce ve kanaat hürriyetini denge halinde tutmak gereklidir.”

Sunay’a göre Anayasa Mahkemesi’nin düşünceyi açıklama özgürlüğüne getirdiği bu yorum, muhalefet özgürlüğünü kapsamamakta, ifade özgürlüğünü bir güvenlik meselesi haline getirmektedir.⁴⁹³ Anayasa Mahkemesi basının geniş halk kitlelerinin düşünce ve kanaatleri üzerinde büyük etkisine dikkat çekerek, basının özgür olmasının; toplumun huzur ve esenliğini ve devletin güvenliğini ihlâl edecek mahiyetteki beyanların ve yazıların cezasız bırakılması demek olmadığını; sadece basının önceden kayıtlama ve kısıntıya tabi tutulmaması anlamına geldiğini ifade etmiştir. Burada Anayasa Mahkemesi’nin kamu düzeni kavramı bakımından genişletici yorum yaptığı ve “*milli güvenlik*” kavramını da içerecek şekilde ele aldığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi 8.7.1963 tarihli, E.1963/204, K.1963/179 sayılı kararında⁴⁹⁴ sinema filmlerinin kontrolüne ilişkin PVSK’nın 6. maddesinin, *film yapma ve gösterme serbestliğini esasında kayıtlayıcı nitelikte olmayıp, genel ahlakın ve milli güvenliğin korunması ve kamu düzeninin sağlanması için alınmış zorunlu bir*

⁴⁹³ SUNAY, Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti, s. 7.

⁴⁹⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 8.7.1963 tarihli, E.1963/204, K.1963/179 sayılı kararı metni için bkz. www.hukukturk.com, Anayasa Mahkemesi Kararları başlığı (E.T. 25.01.2010)

tedbirden ibaret bulunması bakımından, bilim ve sanatı öğrenme ve öğretme, açıklama ve yayma hürriyetinin özünü zedeleyen bir mahiyet taşımadığına ve Anayasa'nın sözüne ve özüne aykırı bulunmadığına hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre polisin görevi sadece suçların işlenmesinden sonra faillerin yakalanmasından ibaret olan adli kolluk değil; aynı zamanda kamu düzenine uygun olmayan hareketlerin işlenmesinde önce bunların önüne geçmeyi kapsayan idari kolluktur. Bu da, devletin ilkel görevleri arasındadır. Burada kolluk güçleri keyfi olarak bir filmin gösterimini yasaklamamakta, eserler oluşturulan bir komisyon tarafından incelenmektedir. Bu komisyonca verilecek karar hakkında idari yargı yolunun açık bulunması gerekli güvenceyi sağlamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, 25.4.1973 tarihli, E.1973/41, K.1974/13 sayılı kararında⁴⁹⁵ özel hayatın gizliliğinin kamu düzeni nedeniyle kısıtlanması hususunu incelenmiştir. Özel hayatın gizliliği, 1961 Anayasası'nın değişik 15. maddesinde düzenlenmiştir.⁴⁹⁶ Bu kararda Anayasa Mahkemesi'ne göre; kamu düzeni kavramı, uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe neden olabilecek, çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açacak niteliktedir. Özel hayatın gizliliğinin sınırlandırılmasında yargıç kararı aranırken, bunun istisnası gecikmesinde sakınca bulunan hallerdir. Ancak Yüksek Mahkeme, *yasada gecikmesinde sakınca bulunan hallerin* açıkça belirtilmemiş olmasının ve *şüphe edilen kimseler* bakımından arama ve el koymaya

⁴⁹⁵ Kararın tam metni için bkz.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=417&content=

⁴⁹⁶ 20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanunla değişik 15. madde: Özel hayatın gizliliğine dokunulamaz. Adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır.(f.1) Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; milli güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.(f.2)

başvurulabilmesinin keyfi sonuçlar doğurabileceğini ifade etmiştir.⁴⁹⁷ Anayasa Mahkemesi aynı kararında konut dokunulmazlığının sınırlandırılmasında kamu düzeni amacını ele almıştır. Yüksek Mahkeme, imdat istenmesi veya yangın, su baskını ve boğulma gibi büyük tehlikelerin haber verilmesi veya görülmesi hallerinde ya da ağır cezalı bir suçun işlenmesine veya yapılmakta devam olunmasına mani olmak için kolluk yetkililerine konutlara, işyerlerine ve eklentilerine girebilme yetkisi tanınmasının, kamu düzeninin korunması amacına uygun bir kısıtlama olduğunu belirtmiştir. Yine aynı kararda Anayasa Mahkemesi, konut dokunulmazlığı bakımından üniversite binalarına herhangi bir izne bağlı olmaksızın suç ve suçluların kovuşturulması amacıyla üniversiteler ve bağlı kurumların binalarına kolluk yetkililerince girilmesinin kamu düzenine ilişkin bir durum olduğuna ve bunun üniversitenin özerkliğini ihlal etmediğine ve hakkın özüne dokunmadığına hükmetmiştir.⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ Anayasa Mahkemesi, bu gerekçeyle, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununda değişiklik yapılmasına) dair 26/6/1973 günlü, 1775 sayılı Kanunun 2. Maddesini iptal etmiştir. Adı geçen 2. madde'ye göre *“adli görevleri sırasında ilgili kanunlara göre yaptığı aramalar dışında, milli güvenlik veya kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde, o yerin en büyük mülkiye amirinin emri ile, polis, şüphe edilen kişilerin üstünü, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar ve yukarıdaki bentlerde sayılan alet veya eşyalara el koyar.”*

⁴⁹⁸ 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununda değişiklik yapılmasına) dair 26/6/1973 günlü, 1775 sayılı Kanunun 4. Maddesi: Zabıta, imdat istenmesi veya yangın, su baskını, ve boğulma gibi büyük tehlikelerin haber verilmesi veya görülmesi halleri ile ağır cezalı bir suçun işlenmesine veya yapılmakta devam olunmasına mani olmak için konutlara, iş yerlerine ve eklentilerine girebilir.(f.1) Zabıta aşağıda yazılı hallerde üniversite, bağımsız fakülte veya üniversiteye bağlı kurumların binalarına veya bunların eklerine girebilir. Üniversite binaları ve ekleri içinde, kurumun imkânlarıyla önlenmesi mümkün görülmeyen olayların çıkması ihtimali karşısında rektör, acele hallerde de dekan veya bağlı kuruluş yetkililerinin zabıtaban yardım talep etmeleri halinde (A), herhangi bir davet veya izne bağlı olmaksızın suç ve suçluların kovuşturulması için her zaman (B). Fıkranın (A) bendinde gösterilen hallerde talep derhal yerine getirilir. (B) bendinde gösterilen hallerde de giriş sebebinin niteliğine göre, kurumun yetkilileri teşebbüsten haberdar edilebilir.(f.3) İlgili memurlar kovuşturma dolayısıyla zabıta kuvvetlerine gereken her türlü yardım ve kolaylığı göstermekle yükümlüdürler.(f.4)

Anayasa Mahkemesi, 20.12.1973 tarihli ve E.1973/3, K.1973/37 sayılı kararında⁴⁹⁹ dernekleri, insanların tek tek gerçekleştirmeye güçlerinin yetmeyeceği ereklere varabilmek için ortaklaşa bir erek güden kimselerin bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmeleri ile oluşan kuruluşlar olarak tanımlamıştır. Bu açıdan dernekler, toplumda tek tek bireylerden çok daha güçlü ve etkili bir konuma sahiptir ve bu nitelikleri ile kamu düzeniyle yakından ilişkilidir. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme, bu derece etkin olan derneklerin kurucularından beklenen saygınlık ve güvenilirliğin sağlanması için ağır hapis veya beş yıldan çok hapis cezaları ile yahut yüz kızartıcı suçlardan hüküm giymemiş olma koşulunun aranmasını dernek kurma özgürlüğünün özüne dokunmadığı sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında⁵⁰⁰ *“gecikmesinde sakınca bulunan hal”* kavramını genişlettiği görülmektedir. Bu kararda istisnai bir durum olması gereken gecikmesinde sakınca bulunan hallere Anayasa Mahkemesi tarafından *“genel güvenlik ve kamu düzeni bakımından gerekli görülen haller”* dahil edilerek genişletilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre *“kamu düzeni ve genel güvenliğin sağlanması yönünden olayların hızlı geliştiği sivil hava meydanları, limanlar ve sınır kapılarında mülki idare amirinin süratle karar vererek uygulaması gerekebilir. Maddede sayılan yerlerdeki taşıt ve yolcu trafiğindeki yoğunluğun mal ve can güvenliği yönünden yaratabileceği tehlike, Anayasa'nın 20. maddesinde belirtilen gecikmesindeki sakınca olan durumu oluşturur. Bu nedenle, genel güvenliğin ve*

⁴⁹⁹ Kararın tam metni için bkz.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=406&content=

⁵⁰⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 6.1.1999 tarihli, E.1996/68,K.1999/1 sayılı kararı. Kararın tam metni için bkz.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1458&content= (E.T. 4.3.2010)

kamu düzeninin sağlanması için, kanunla yetkili kılınan mülki idare amirinin emriyle, binalarda, uçaklarda, gemilerde, her türlü deniz ve kara taşıtlarında, giren-çıkan yolcularla, buralarda görevli kamu kuruluşları ve özel kuruluşların personelinin üstlerinde, eşyalarında ve araçlarında arama yapılabileceğine ilişkin kural Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerine aykırı değildir.”

Bu kararında Yüksek Mahkeme, Anayasa'da öngörülen olağanüstü hal ve sıkıyönetim durumlarında güvenlik güçleri ile askeri birliklere yasalarla verilen olağanüstü yetkilerin olağan dönemlerde kullanılması söz konusu olmadığını ve bu düzenlemelere olağan dönemde geçerlilik tanınmadığını belirtmektedir. *“İptali istenen kurallar, olağan dönemlerde kamu düzeni ve kamu güvenliği yönünden tehlike oluşturan olayların önlenmesi amacıyla, görülen hizmetin niteliğinin gerektirdiği sınırlar içinde kalmak koşuluyla ve geçici olarak güvenlik güçleri ve askeri birliklerin görev alanlarına ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bu kuralların demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırı olduğu ileri sürülemez.”* Anayasa Mahkemesi, hukuk devletinin önde gelen görevlerinin kamu düzeni ve kamu güvenliğinin sağlanması olduğunu ifade etmekte ve ilde kamu düzeni ve kamu güvenliğini sağlama görevi valide olması nedeniyle vali tarafından askeri birliklerden yardım istenmesi durumunda, yardıma gelen askeri birliğin görevde kalış süresinin, ilin genel idaresinden ve asayişinden sorumlu olan vali tarafından belirlenmesi zorunlu olduğunu belirtmektedir. Kamu düzeninin sağlanması amacıyla acil durumlarda geçici olarak kolluk güçleri yanında vali tarafından askeri güçlerden yardım istenmesi durumu hukuk devleti ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı görülmemiştir.

Anayasa Mahkemesi 4.2.1998 tarihli ve E.1997/64, K. 1998/4 sayılı kararında⁵⁰¹ 4302 sayılı Yasa'nın itiraz konusu geçici 1. maddesinde Turizm Bakanlığı tarafından izin verilmiş bulunan talih oyunları işletmelerinin izinlerinin, Resmî Gazete'de yayımlanmasını izleyen günden başlayarak 6 ay sonra herhangi bir bildirimde gerek olmaksızın kendiliğinden hükümsüz olacağına ilişkin hükmünün, kamu düzeni ve değişen sosyal koşullar gözetildiğinde Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmaktadır. Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenen çalışma özgürlüğüne, böyle bir sınırlama getirilmesi yerinde görülmüştür. 2001 Anayasa değişikliğinden önce genel sınırlama nedeni olan 13. maddeye dayanılarak çalışma özgürlüğüne sınırlama getirilmesi mümkünken, değişiklik ile maddede bu özgürlük bakımından herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiştir.⁵⁰²

Anayasa Mahkemesi, 11.3.2008 tarihli ve E.2004/90, K.2008/78 sayılı kararında⁵⁰³ 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 11. maddesinde öngörülen bir düzenleme kurulunun toplantının yapıldığı yerde en az yedi kişiyi bulundurması yükümlülüğünün ve 12. maddesinde düzenleme kuruluna toplantının sükun ve düzenini, bildirimde yazılı amaç dışına çıkılmamasını sağlamakla yükümlü ve sorumlu olmasının toplantının sükun ve düzen içerisinde barışçıl bir ortamda gerçekleştirilmesini amaçlayan, toplantı özgürlüğünün özüne

⁵⁰¹ Kararın tam metni için bkz.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1372&content=
(E.T. 4.4.2010)

⁵⁰² Anayasa Mahkemesi , 21.1.1998 tarihli ve E.1997/79 , K.1998/3 ; 21.1.1998 tarihli ve E.1997/63, K.1998/2 sayılı kararlarında da aynı gerekçeye dayanarak Anayasaya aykırılık olmadığına hükmetmiştir.

⁵⁰³ Kararın tam metni için bkz.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2599&content=
(E.T. 3.4.2010)

dokunmayan ve kamu düzeninin korunması amacıyla getirilen bir sınırlama olduğuna hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 11.11.1969 tarihli ve E.1969/27, K.1969/64 sayılı kararına⁵⁰⁴ göre Anayasa herkese önceden izin almaksızın, silâhsız ve saldırısız toplanma veya gösteri yürüyüşü yapma hakkı tanımakta ve devlet personeli sayılan kişilerin de bu hakları bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme'ye göre “624 sayılı Kanunun 14. maddesinin 1 bendi ise, devlet personelinin bir araya gelerek (1961) Anayasa'nın 46. maddesindeki haklarını kullanmak suretiyle kurmuş bulundukları sendikalarını, devlet personel hukukuna veya kamu hizmeti görevlilerine ilişkin mevzuatın uygulanmasına dair isteklerini açıklamak veya desteklemek amacıyla açık yer toplantıları veya gösteri yürüyüşleri yapmaktan yasaklamakta ve dolayısıyla sendika üyelerinin bu anayasal haklarını tüm olarak ellerinden almaktadır. Her ne kadar (1961) Anayasa'nın 28. maddesinde bu hakkın kamu düzeni amacı ile kanunla sınırlanabileceği kabul edilmekte ise de, 624 sayılı Kanunun söz konusu hükmü ile yapılan iş, sınırlama veya düzenleme değil, hakkın tüm olarak ortadan kaldırılmasıdır.” Zamanlı zamansız yürüyüşlerin, hemen her gün başvurulmak istenecek toplantı ve gösterilerin kamu düzenini bir ölçüde bozabileceği akla gelse de bu durumları önlemenin zorunlu olan çaresi, bu hakların büsbütün kaldırılması değildir.

504 Kararın tam metni için bkz.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=289&content=
(E.T. 3.12.2009)

Anayasa Mahkemesi 4.1.1963 tarihli ve E.1962/208, K.1963/1 sayılı kararında⁵⁰⁵ 27 Haziran 1956 tarihli ve 6761 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkında Kanun'un 12. maddesinin 1. fıkrasının f bendinde belirtilen *“her nerede olursa olsun tezahürat veya gösteri veya protesto amacıyla yahut maksadı mahsus müstenit olarak toplanılması veya böyle bir toplantıya sebebiyet verilmesi veya hazırlanması yahut bu hususta zabıtaca alınan tedbirlere riayet olunmamasını”* kanunsuz toplantı ve yürüyüş olarak kabul edileceği hükmünün, bireyin temel haklarından olan toplantı ve gösteri yürüyüşünün belli şekil ve konularını kökünden kaldırdığı ve bu sebeple hak ve özgürlüğün özüne dokunduğu sonucuna varmaktadır. Burada Yüksek Mahkeme, “maksadı mahsus” gibi belirsiz ifadeler ile kamu düzenini korumak amaçlı sınırlar getirilemeyeceğini vurgulamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, 20.9.1966 tarihli ve E. 1963/156, K. 1966/34 sayılı kararında *“Anayasa'mızın 11 inci maddesi; ilk fıkrası ile, bu temel hakların, Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabileceğini kabul etmiş ve ikinci fıkrasında da temel hak ve hürriyetlerin, kanun koyucu tarafından, ancak kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle ve fakat özlerine dokunulmamak şartı ile sınırlanabileceğine işaret etmiştir.”*⁵⁰⁶ Burada Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası'nın kişi dokunulmazlığını düzenleyen 14. maddesi ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri olarak yorumladığı 11. maddesi arasında bir bağ kurmuştur.

⁵⁰⁵ Kararın tam metni için bkz.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=19&content=
(E.T. 3.12.2009)

⁵⁰⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 20.09.1966 tarihli ve E:63/156, K:66/34 sayılı kararı, www.hukukturk.com sitesinin Anayasa Mahkemesi Kararları bölümünden alınmıştır. (E.T. 04.01.2010)

Bu noktada Anayasa Mahkemesi, 14. maddede herhangi özel bir sınırlama nedeni öngörülmemesine karşılık, kararında 11. maddedeki sınırlama nedenlerinden kamu düzenini genel sınırlama nedeni olarak kabul etmiştir.

4.3. Bir Sınırlama Nedeni Olarak Kamu Düzeninin Sınırı

Anayasa Mahkemesi, 22.11.1976 tarihli ve E. 1976/27, K. 1976/51 sayılı kararında⁵⁰⁷ 171 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hürriyeti Hakkında Kanunda⁵⁰⁸ yer alan ve toplantı yöneticilerinin isteği olmadan bir toplantının devamını olanaksız kılacak ve genel sükun ve düzeni bozacak sözle veya fiille saldırlı bir şekil alması halinde, hükümet komiserine o toplantıyı dağıtma yetkisi tanıyan hükümde yer alan “sözle veya” deyimini özgürlüğün özünü zedeler nitelikte olduğuna ve Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ilke ile toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına aykırı olan deyiminin iptali gerektiğine hükmetmiştir. Bu noktada Yüksek Mahkeme yukarıdaki kararında yapmış olduğu kamu düzeni tanımına atıfta bulunarak “genel sükun ve düzen” deyiminin kamu düzeni kavramı ile eş anlamda olduğunu belirtmiştir. Sınırlama nedeni olarak kamu düzeninin kanunla düzenlenmesi hususunda ise Anayasa’nın temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında kanun koyucuya tanıdığı ölçünün sınırını belirleyen 11. maddesindeki⁵⁰⁹ “kamu düzeni” gibi deyimlerin, uygulayıcıların kişisel görüş ve

⁵⁰⁷ Anayasa Mahkemesinin 22.11.1976 tarihli ve E. 76/27, K. 76/51 sayılı kararı, www.hukukturk.com sitesinin Anayasa Mahkemesi Kararları bölümünden alınmıştır. (05.01.2010)

⁵⁰⁸ 19.01.1976 günlü ve 171 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkında Kanun.

⁵⁰⁹ 1961 Anayasası’nın 11. Maddesi şu şekildedir: Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlandırılabilir. Kanun kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.

anlayışlarına göre genişletilebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilen çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açabilecek kapalı, genel kavramlar olduğunu belirten Anayasa Mahkemesi bu nitelikteki kavramların olduğu gibi yasaya geçirilmesinin, Anayasa koyucunun ereğine ve yönergesine uygun düşeceği ve bir yasal düzenleme işini göreceği düşünölemeyeceğini, başka bir anlatımla bunun, Anayasa koyucunun amacı doğrultusunda kanunla yapılmış bir sınırlama niteliğinde kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır. Bu noktada Anayasa Mahkemesi 171 sayılı Kanun'un 3., 4., 7., 12. maddelerinde toplantı ve gösteri yürüyüşüne getirilen sınırlamaların somut durumların kesin biçimde ortaya konulması ile belirlendiğini, örneğin toplantı ve yürüyüş sürelerinin, bunların yapılacağı ve yapılamayacağı yerlerinin açık şekilde kanunda belirtilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Oysa 171 sayılı Kanun'a 3. çerçeve maddeyle eklenen 9. madde ile *hükümet komiseri, önce "sözle saldırılı" bir halin oluşup oluşmadığını, sonra da oluşan bu halin "genel sükun ve düzeni" bozacak ve toplantının devamını da imkansız kılacak bir düzeye varıp varmadığını takdir edecek ve değerlendirecektir. Yani, nitelikteki yukarıda belirtilen "sözle saldırı" ve "genel sükun ve düzen" bozucu hallerin varlığına komiser karar verecektir. Bu sınırlama nedenlerinin oluştuğunun ve varlığının takdiri, değerlendirilmesi, o toplantıyı düzenleyenlere yabancı olan bir kimsenin, hükümet komiserinin kişisel görüş ve anlayışına bırakılmış bulunmaktadır. Bunun ise, keyfi duygusal müdahalelere çok elverişli, giderek bir toplantının yapılmasını hükümet komiserinin insaf ve izanına bırakacak uygulamalara yol açabilecek nitelik taşıdığı ortadadır. Sonuç olarak "sözle saldırılı" bir biçime dönüşmesi nedeniyle hükümet komiserine verilen dağıtma yetkisi, Anayasa kurallarının öngördüğü sınırlama ölçüsünü aşan bu hak ve*

*özgürlüğün amacına ulaşmasını engelleyen, etkisini ortadan kaldıran ve böylece hakkın özüne dokunan bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle, Anayasanın 11. ve 28.⁵¹⁰ maddelerinin özüne aykırı düşen fıkra metnindeki “sözle veya” deyiminin iptal edilmesi gerekmektedir⁵¹¹. Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, herhangi bir temel hak ve özgürlükte yapılabilecek sınırlama için kamu düzeni deyiminin kanun metninde aynen yer almasını ölçülülük ilkesine aykırı bulmakta ve kamu düzeni nedeni ile yapılacak bir sınırlama için kanunda “*kişisel anlayış ve takdire olanak vermeyecek açıklık ve kesinlikte somut olarak*” sınırlama nedeninin gösterilmesini aramaktadır. Bu nedenle bir temel hak ve özgürlüğü kamu düzeni nedeniyle sınırlayan düzenleme getiren kanunda, idari otoritelere olabildiğince az takdir yetkisi alanı bırakan düzenlemelere yer verilmesi gerekmektedir. Kamu düzenini koruma amacının nasıl gerçekleşeceği konusunda somut durum ve şartların tespit edilmesi gerekmektedir.*

Anayasa Mahkemesi 26.11.1987 tarihli ve E.1985/8, K.1986/27 sayılı kararında⁵¹² 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun 5. maddesine eklenen “*genel ahlâk ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanların da polisçe parmak izleri ve fotoğrafları alınabileceği*” kuralını, “*kişi özgürlüğünü, zamana, yere, kişiye göre değişen ölçütlerle polisin öznel değerlendirmesine bağlı olarak kısıtlayan, genel*

⁵¹⁰ 1961 Anayasası’nın 28. maddesi şu şekildedir: Herkes, önceden izin almaksızın, silahsız ve saldırısız toplanma veya gösteri yürüyüşü yapma hakkına sahiptir. Bu hak, ancak kamu düzenini korumak için kanunla sınırlanabilir.

⁵¹¹ Anayasa Mahkemesinin 22.11.1976 tarihli ve E. 76/27, K. 76/51 sayılı kararı, www.hukukturk.com sitesinin Anayasa Mahkemesi Kararları bölümünden alınmıştır. (E.T. 5.1.2010)

⁵¹² Kararın tam metni için bkz.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=751&content=

ahlâk ve edep kuralları gibi yaptırımını daha çok toplum vicdanında bulması ve kamu düzeninin ciddi olarak tehlikeye girmesi, söz konusu olmadıkça polisin müdahale etmemesi gereken bir alana, “kamu düzeni bakımından tasvip edilmeme” gibi içeriği açıkça anlaşılmayan bir kavrama dayanılarak, polisin müdahalesine” neden olması gerekçesiyle Anayasaya aykırı bulmuştur.

Dolayısıyla Yüksek Mahkeme, mevzuatta sıkça kullanılan kamu düzeni kavramının aynen hukuk kurallarında bir sınırlama amacı olarak getirilmesini hukuka aykırı bulmaktadır. Anayasa metninde geçene kamu düzeni kavramı, bir üst kavram olup diğer hukuki metinlerde kamu düzeni ihlallerinin nasıl ortaya çıkacağına açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak böylelikle kavramın içinin doldurulması bakımından öngörülebilirlik sağlanabilir ve kişisel görüş ve anlayışlar, keyfi uygulamalar bertaraf edilebilir.

4.4. Devletin Cezalandırma Yetkisi Ve Kamu Düzeni

Anayasa Mahkemesi, 30.4.1998 tarihli ve E.1997/26, K.1998/10 sayılı kararında ceza hukuku bakımından dava ve ceza zamanaşımı sürelerini değerlendirirken kamu düzeni üzerinde yaratacağı etkiyi ölçüt olarak almıştır. Dolayısıyla dava zamanaşımı sürelerinin, ceza zamanaşımı sürelerinden daha kısa olmasını, dava zamanaşımında suçun işlendiğinin kesin hükümle sabit olmamasından dolayı bu durumun, kamu düzeni yönünden makul ve anlaşılabilir olmasına bağlamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, 23.10.1997 tarihli ve E.1997/19, K. 1997/66 sayılı kararında⁵¹³ idari para cezalarını Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen cezaların ancak yasayla konulacağı, idarenin kişi özgürlüklerini kısıtlama sonucunu doğuran bir yaptırım uygulayamayacağı kuralına aykırı bulmamıştır. Gerekçesinde de idari para cezaları ile kamu düzenine aykırı davranışların önlenmesi, toplumda disiplinin sağlanmasının amaçlandığını ve gelişen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye geniş ve değişik alanlarda yaptırım yetkileri tanındığını ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 18.7.2001 tarihli ve E.2001/4, K.2001/332 sayılı kararında⁵¹⁴ bazı suçların 21.12.2000 günlü 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un kapsamı dışında bırakılmasını kamu düzeni gerekçesiyle Anayasaya uygun bulmuştur. Bu suçlar; işkence suçu, uyuşturucu maddelerle ilgili suçlar, cinsel suçlardır. Yüksek Mahkeme, kamu düzenini korumak amacıyla bu suçların kapsam dışında bırakılmasının hukuk devleti ilkesine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. İşkence, uyuşturucu maddelerin kullanımı, satılması, temini gibi eylemler ve cinsel bütünlüğe karşı eylemler sadece mağduru değil, tüm toplumu olumsuz yönde etkileyen suçlar olması nedeniyle kamu düzeni ile doğrudan bağlantı kurulmaktadır.

⁵¹³ Kararın tam metni için bkz.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1360&content=
(E.T. 3.4.2010)

⁵¹⁴ Kararın tam metni için bkz.

http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1665&content=
(E.T. 2.4.2010)

Anayasa Mahkemesi, 3.1.2008 tarihli ve E.2005/151, K.2008/37 sayılı kararında devletin sosyal birikimlerini, geleneklerini ve bireylerinin psikolojik eğilimlerini dikkate alarak Türk hukuku bakımından kanun koyucunun aile içi şiddet suçlarının azaltılması ve aile içinde işlenen suçların da örtbas edilmemesi için, birbirlerine şefkatle davranmak konusunda en fazla yükümlülüğe sahip olan aile bireylerinin birbirlerini kasten yaralamaları halinde, durumun kamu düzeni açısından önemini dikkate alarak sanıklar hakkında şikâyet aranmaksızın doğrudan takip ilkesinin getirilmesini Anayasaya aykırı bulmamıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre *“toplumun temelini oluşturan ailede bireylerin, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin huzur ve güven ortamının sağlanmasına bağlı olduğu, bunun için de öncelikle aile içi şiddetin önlenmesi gerektiği açıktır.”* Toplumun düzeninin sağlanması, öncelikle aile içi dirlik ve esenliğin sağlanması ile mümkün olacaktır.

Yüksek Mahkeme, kamu düzeninin temelinde aile kurumunun yatması düşüncesinden hareketle aile bireylerinin birbirlerine karşı işledikleri vücut bütünlüğünü ihlal eden suçlarda doğrudan toplumun, yani toplum düzeninin zarar gördüğü sonucu varmıştır.

SONUÇ

Hem kamu düzeni hem demokratik toplum düzeni kavramlarının bakacak olursak ikisi de temelde bir “düzen”den hareket etmektedir. Bu düzen birey-toplum-devlet arasında uzlaşma, işbirliği ve denge politikası izlenerek oluşturulabilecektir.

Kamu düzeni, sadece mekansal düzene indirgenmemeli, devlet düzeni ile birlikte düşünülmelidir. Kamu düzeni, demokratik bir düzen içinde özgürlüklerin asgari yaşam alanını oluşturduğu gibi, aynı zamanda devletin anayasal düzeninin de güvencesidir.

Bu güvence mekanizması totaliter ve otoriter sistemlerde siyasal iktidar lehine aşılırken, demokratik sistemlerde birey-toplum-devlet dengesini sağlamlaştırmaktadır.

Hukukun temel kavramlarından olan kamu düzeni, modern devlet içinde devletin düzenleme, denetleme ve cezalandırma mekanizmasını oluşturan idare hukuku ve ceza hukuku alanlarında daha çok karşımıza çıkmaktadır. Toplumsal düzenin korunması ve suçların önlenmesi ve cezalandırılması doğrudan kamu düzeni ile bağlantılıdır. Burada unutulmaması gereken, kamu düzenini korumak ve sağlamak adına konulan kuralların, siyasal iktidarın dünya görüşüne göre şekillenmemesi ve yerleşik anayasal düzenin korunması amacına hizmet etmesi gerektiğidir.

1980’den günümüze hükümetlerin, kendi iktidarlarını sağlamlaştırmak için ya da emperyalist güçlerin baskısı ile 1982 Anayasası’nda temel hak ve özgürlüklere ilişkin birtakım değişiklikler yapıldığı görülmektedir. Bir yandan toplumun işçi, aydın, öğrenci gibi dinamik kesimleri tutucu politikalar ile bastırılmaya çalışılırken,

diğer yandan devletlerarası ilişkilerde görünürde bir iyileştirme yapıldığı söylenebilir. Ancak örtünün altında gizlenen bir yandan düşünmeyen bir toplum yaratılırken diğer yandan ulus devlet yapısının dönüştürölme çabasıdır.

Bugün kamu düzeni kavramının göreceliliğı ortaya konulurken, insan hakları kavramının göreceliliğı es geçilmektedir. Oysa kendi vatandaşlarına sınırsız özgürlükler vaat eden devletler, az gelişmiş ölkelere kendi devletlerinin çıkarı doğrultusunda hukuka aykırı saldırılarda bulunmakta ve savaş açmakta bir sakınca görmemektedir. Bundan başka, sadece ulusalüstü sermayenin çıkarları doğrultusunda korunan sözleşme özgürlüğü ve mülkiyet hakkı gibi özgürlüklerin yanında onurlu bir yaşam hakkının da temelini oluşturan sosyal hakların hem koruma altına alınması hem de uygulamada işlerliğinin sağlanması gerekmektedir.

Demokratik bir yönetim, kamu düzeninin korunması amacıyla kolektif özgürlüklerin kullanılmasında ne kadar duyarlı ise aynı duyarlılığı sosyal ve çevresel sorunlarda da göstermek ve gerekli tedbirleri alarak yeterli kısıtlamaları yapmakla yükümlüdür. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırmasının meşru amacı olarak kamu düzeni; yasallık ilkesine, öze dokunma yasağına, demokratik toplum düzeni için gerekli olma ve ölçölülük ilkesine, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna ve laik Cumhuriyetin gereklerine uygun olmak koşuluyla uygulanabilir bir sınırlama nedenidir.

Kamu düzeni nedeni ile bir temel hak ve özgürlük sınırlandırırken, hukuken korunması gereken diğer hak ve özgürlüğün yok olması ya da kullanılmayacak dereceye gelmesini önlenmektedir. Demokratik bir düzende olağan düzenin güvencesi olan kamu düzeni, olağanüstü hallerde devlet tarafından daha sıkı

tedbirlerle koruma altına alınır. Dolayısıyla kamu düzeni toplumun her alandaki düzeninin sağlanması için temel ölçüttür.

Bu nedenlerle ülkemiz açısından Cumhuriyetimizin temel ilkeleri olan laik devlet, sosyal devlet ve hukuk devleti ilkeleri temelinde oluşan kamu düzeni kavramı esas alınmalıdır. Ülkemizde süregelen terör saldırılarını da dikkate alacak olursak yerleşik yapının, var olan düzenin, kazanılmış hakların, ülke ve toplum güvenliğinin korunması ve devletlerarası çekişme karşısında ortaya çıkacak kaosu önlenmesinde anahtar kavram kamu düzeni olmaktadır.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

AFETİNAN, Ayşe, Medeni Bilgiler ve M. Kemal Atatürk'ün El Yazıları, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu- Atatürk Araştırma Merkezi Yayını, Ankara, 2000.

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, KÖKER, Levent, Kral-Devlet ya da Ölümlü Tanrı, 3. Baskı, İmge Yayınları, Ankara, 2004.

AKAD, Mehmet, Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasası'nın 10. Maddesi İÜHF Yayınları, İstanbul, 1984.

AKAD, Mehmet - VURAL DİNÇKOL, Bihterin, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2006.

AKDENİZ, Yaman - ALTIPARMAK, Kerem, İnternet: Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır, İmaj Yayınevi, Ankara, Kasım 2008.

AKIN, İlhan, Kamu Hukuku, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.

AKSOY, Şemsettin, Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

ALGAN, Bülent, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

ANAYURT, Ömer, Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1998.

ARSEL, İlhan, Anayasa Mahkemesi'nin Bazı Eğilimleri Üzerine Görüşler ve Anayasa Mahkemesi'nin Kararlarında Özetler, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

BALTACI, Vahit, Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.

BLOCH, Marc, Feodal Toplum, Çeviren Mehmet Ali Kılıçbay, Gece Yayınları, Ankara, 1995.

BODENHEIMER, Edgar, Jurisprudence (The Philosophy and Method of the Law), Harvard University Press, Second Printing, USA, 1976.

ÇEÇEN, Anıl, İnsan Hakları, 3. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, Ekim 2000.

ÇEÇEN, Anıl, Ulus Devlet (Türkiye Cumhuriyeti), 2. Baskı, Kilit Yayınları, Ankara, Ekim 2009.

ÇELEBİ, Aykut, Devlet Toprak Egemenlik (Carl Schmitt'in Düşüncesinde Siyasal Kavramı ve Kurucu İktidar Sorunu), İmaj Yayınevi, Ankara, 2008.

ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Ağustos 2008.

DAYINLARLI, Kemal, Milli ve Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 1994.

DOEHRING, Karl, Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), Çeviren Ahmet Mumcu, 2. Baskı, İnkılap Yayınları, Ankara, 2002.

DOĞAN, İlyas, Devletler Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.

DÖNMEZER, Sulhi, Basın Hukuku, Cilt I, 2. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1964.

DUGUİT, Leon, Kamu Hukuku Dersleri, Çeviren Süheyp Derbil, AÜHF Yayınları, İstiklal Matbaacılık, Ankara, 1954.

DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, 7. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, Mart 2005.

EREN, Abdurrahman, Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri, Beta Yayınları, İstanbul, Şubat 2004.

FRİEDRİCH, Carl J., Sınırlı Devlet, Çeviren Mehmet Turhan, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1999.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, Devlet, Birey ve Özgürlük, Legal Yayınları, İstanbul, 2010.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1994.

GİRİTLİ, İsmet - BİLGİN Pertev - AKGÜNER Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2008.

GÖĞER, Erdoğan, Devletler Hususi Hukuku(Kanunlar İhtilafı), AÜHF Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 1975.

GÖREN, Zafer, Anayasa Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.

GÖZE, Ayferi, Liberal, Marxiste, Faşist, Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Eylül 2009.

GÖZE, Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ekim 2009.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Cilt II, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Ekim 2009.

GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, Eylül 2008.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref - TAN Turgut, İdare Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Anayasa Hukuku, 16. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Ağustos 2008.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Yönetim Hukuku, 26. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, Temmuz 2008.

GRAMATİCA, Filippo, Toplumsal Savunma İlkeleri, Çeviren Sami Selçuk, 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2005.

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003.

GÜRAN, Sait, İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1969.

HABERMAS, Jürgen, Kamusalın Yapısal Dönüşümü, Çevirenler Tanıl Bora, Mithat Sancar, 4. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, Laiklik İnanç Düşünce ve İfade Hürriyeti, US-A Yayınları, Ankara, 1997.

HAFIZOĞULLARI, Zeki - ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, US-A Yayınları, Ankara, 2010.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000.

HOBBS, Thomas, Leviathan, Çeviren Semih Lim, 7. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2008.

KABOĞLU, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2002.

KAPANI, Münci, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, 3. Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1996.

KAPANI, Münci, Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı (Tıpkı Basım), Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

KEANE, John, Demokrasi ve Sivil Toplum, Çeviren Necmi Erdoğan, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1994.

KIŞLALI, Ahmet Taner, Siyasal Sistemler, 7. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2006.

KILI Suna - GÖZÜBÜYÜK Şeref, Sened-i İttifak'tan Günümüze Türk Anayasa Metinleri, 3. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2006.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip - HATEMİ, Hüseyin - SEROZAN, Rona – ARPACI - Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.

KUZU, Burhan, Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1993.

LARREMORE, Wilbur, Public Aesthetics, Harvard Law Review, Vol. XX, 1906-1907.

McELDOWNEY, John F., Public Law, Sweet & Maxwell, London, 1994.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

MUMCU, Ahmet - KÜZECİ, Elif, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

MUMCUOĞLU, Maksut, Kendine Özgü Bir Siyasal Topluluk-Antik Çağ Polisi, AÜHF Yayınları, Ankara, 2001.

NIPPEL, Wilfried, Public Order In Ancient Rome, Cambridge University Press, 1995.

NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 16. Bası: Nomer/Şanlı, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.

OĞUZMAN, Kemal - Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.

OKANDAN, Recai G., Amme Hukukumuzun Anahatları (Birinci Kitap), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977.

OKANDAN, Recai G., Umumi Amme Hukuku (Devletin Doğuşu, Pozitif ve Teorik Gelişmesi, Unsurları), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.

ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, III. Cilt, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1952.

ORDU, Özgecan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanma Nedeni Olarak Avrupa Kamu Düzeni, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

ÖKÇÜN, A. Gündüz, Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, SPK, 2. Baskı, Ankara, Aralık 1997.

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

ÖZGEN, Bekir, Düşünce Özgürlüğü ve Laiklik, Çınar Yayınları, İstanbul, 1994.

PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

PLATON, Devlet, Çeviren Sabahattin Eyüboğlu, M. Ali Cimcoz, 17. Baskı, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009.

POGGİ, Gianfranco, Devlet (Doğası, Gelişimi ve Geleceği), Çeviren Aysun Babacan, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2008.

POGGİ, Gianfranco, Modern Devletin Gelişimi (Sosyolojik Bir Yaklaşım), Çeviren
Şule Kut, Binnaz Toprak, 5. Baskı, Bilgi Üniversitesi Yayınları,
İstanbul, 2009.

ROUSSEAU, Jean Jacques, Toplum Sözleşmesi, Çeviren Vedat Günyol, İş Bankası
Kültür Yayınları, İstanbul, 2006.

SAĞLAM, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBE Basın ve Yayın
Yüksekokulu Basımevi, Ankara, 1982.

SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, Türkiye’de Basın Özgürlüğü, Seçkin Yayınları, Ankara,
2007.

SARTORİ, Giovanni, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Çevirenler Tunçer
Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.

SUNAY, Reyhan, Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti, Liberal
Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, Nisan 2003.

SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, Ağustos 2009.

ŞAHBAZ, İbrahim, Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, Yetkin
Yayınları, Ankara, 2007.

ŞEN, Ersan, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve
Korunması, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996.

- TANİLLİ, Server, Devlet ve Demokrasi, 4. Baskı, Alkım Yayınları, İstanbul, 2007.
- TANÖR, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 18. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2009.
- TANÖR, Bülent, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası, Öncü Kitabevi, İstanbul, 1969.
- TANÖR, Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 3. Baskı, BDS Yayınları, İstanbul, 1994.
- TANÖR, Bülent - YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 9. Bası, İstanbul, Eylül 2009.
- TOWNSHEND, Charles, Making the Peace, Oxford University Press, 1993.
- TUNAYA, Tarık Zafer, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.
- TUNÇOMAĞ, Kenan - CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Ocak 2008.
- TURAN, İlter, Siyasal Sistem ve Siyasal Davranış, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayını, Güryay Matbaacılık, İstanbul, 1977.
- UMUR, Ziya, Roma Hukuku (Tarihi Giriş-Kaynaklar, Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

UYGUN, Oktay, 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.

ÜNAL, Şeref, Uluslararası Hukuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

ÜNSAL, Artun, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi (Siyasal Sistem Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi), AÜSBF Yayınları, 1980.

ÜZELTÜRK, Sultan, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, Mayıs 2004.

WADDINGTON P.A.J., Liberty and Order (Public Order Policing In A Capital City), University College London Press, 1994.

YILMAZ TURGUT, Nükhet, Çevre Politikası ve Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2009.

YOKUŞ, Sevtap, AİHS'de ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.

ZUBAİDA, Sami, İslam Dünyasında Hukuk ve İktidar, Çeviren Burcu Koçoğlu Birinci, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Şubat 2008.

MAKALELER

AKINCI, Müslüm, “*Güvenlik Kayıtları ya da Bilgi Fişlerinin İdare Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*”, Bülent Tanör Armağanı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004.

ALGAN, Bülent, “*Rethinking Third Generation Human Rights*”, Ankara Law Review, Vol:1, No:1, (Summer:2004), s. 121-155.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, “*2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut*”, Anayasa Yargısı Dergisi, No:19, Yıl: 2002, s. 141-176.

ALTIPARMAK, Kerem, “*Kutsal Değerler Üzerine Tezler v. İfade Özgürlüğü: Toplu Bir Cevap*”, İfade Özgürlüğü (İlkeler ve Türkiye), Editör Tanıl Bora, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 73-115.

ALTUĞ, Yılmaz - YASAN, Mustafa, “*Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni*”, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, Alkım Yayınları, İstanbul, 2003.

BAŞLAR, Kemal, “*Uluslararası Çevre Hukuku ve Dünya Çevre Zirvesi*”, Ekoloji Çevre Dergisi, s. 8, <http://www.ekoloji.com.tr> (E.T. 17.4.2010).

BEHR, Volker - TEMEL, Erhan, “*Avrupa Kamu Düzeni (European Public Order)*”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt II, 2001.

BİLGİN, Ayhan, “*Güvenlik-Özgürlük: Yanlış Bir Denklem*”, İfade Özgürlüğü (İlkeler ve Türkiye), Editör Tanıl Bora, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 173-183.

BULUT, Nihat, “*Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak*”, AÜEHFD, c. IV, s. 1-2 (2000).

CAN, Osman, “*Hukuk-Özgürlük-301*”, İfade Özgürlüğü (İlkeler ve Türkiye), Editör Tanıl Bora, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 55-73.

CAN, Osman, “*Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü*”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 19, Yıl: 2002, s. 503-532.

CİN, Emine, “*Kamu Düzeni, Kolluk Faaliyeti ve Arama Yetkisi*”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.

ÇAĞLAR, Bakır, “*Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi*”, Anayasa Yargısı, Cilt 7, 1990.

ÇİFTLİKLİ, Mehmet, “*Çevre Temizliği Vergisi*”, Ekoloji Çevre Dergisi, Temmuz-Ağustos-Eylül, Yıl 1993, sayı 8.

DAVER, Bülent, “*Fevkalade Haller ve Ferdi Hürriyetler*”, SBFD, 1961, Cilt 7, sayı 1-4.

ENGLANDER, David, “*Police And Public Order in Britain 1914 – 1918*”, Policing Western Europe (Politics, Professionalism and Public Order, 1850 –

1940), Edited by Clive Emsley and Barbara Weinberger, Greenwood Press, USA, 1991.

ERDOĞAN, Mustafa, “*İfade Özgürlüğü ve Sınırları*”, İfade Özgürlüğü (İlkeler ve Türkiye), Editör Tanıl Bora, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 19-39.

EREN, Abdurrahman, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Avrupa Kamu Düzeninde Politik Alanın Sınırları ve Yeni Kapalı Politik Alan*”, AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, Aralık 2003.

ERTUĞ, Hasan Refik, “*Memleketimizde Fevkalade Hal Rejimleri*”, SBFD, Cilt 3, Sayı 12, 1948.

FINKELNBURG, Klaus, “*Demokraside İfade Özgürlüğü*”, Düşünce Özgürlüğü, Hazırlayan Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları: 3, AFA Yayınları, İstanbul, 1998.

GİRİTLİ, İsmet, “*2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması*”, Anayasa Yargısı Dergisi, No:19, Yıl: 2002, s. 88-103.

GÖZAYDIN, İhtar B., “*Türkiye Hukukunun Batılılaşması*”, Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce, Cilt 3, Modernleşme ve Batıcılık, Editörler Tanıl Bora, Murat Gültekingil, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002.

GÖZLER, Kemal, “*3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği*”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 19, Yıl: 2002, s. 326-354.

GÖZLER, Kemal, “*Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 47, Sayı 4, Ağustos 1990.

GÜRAN, Sait, “*Düşünceleri Açıklama ve Yayma Aracı Olarak Kamu Malları*”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt No: 8,yıl 1991.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, “*İnsan Hakları Standartlarının Yükseltilmesi ve Demokratikleşme Açısından 03.10.2001 Tarihli Anayasa Değişiklikleri*”, Prof. Dr. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005

HÖFFE, Otfried, “*Bir Şeytan Halkının Bile Devlete İhtiyacı Vardır- Tabii Adaletin İkilemi*”, Çeviren Özgür Türesay, Devlet Kuramı, Derleyen Cemal Bali Akal, Dost Kitabevi, Ankara, 2000.

KABOĞLU, İbrahim, “*Anayasa Mahkemesi’nin Kamu Düzeni Anlayışı*”, Günümüzde Yargı, sayı 41, Eylül 1979.

KABOĞLU, İbrahim, “*Hak ve Özgürlükler Anlayışındaki Gelişmelerin Anayasaya Yansıtılması Sorunu*”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 11, 1994.

KORKMAZ, Ömer, “*Düşünce Özgürlüğü ve Sınırları*”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yay., İzmir, 2000.

KUTLU, Mustafa, “*Yargıç, Kamu Düzeni ve Konformizm*”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, Sosyolojik Bakışlar-II, Sempozyum, 4-11 Eylül 2004, İstanbul.

LEİBHOLZ, Gerhard, “*Anayasa Hukuku ve Anayasal Gerçek*”, Çeviren Tunçer Karamustafaoğlu, AÜHFD, Cumhuriyetin Ellinci Yılına Armağan, cilt 30, sayı 1-4, Ankara, 1973.

MUSSOLİNİ, Benito, “*Faşizm*”, Çeviren Pars Esin, Batı’da Siyasal Düşünceler Tarihi-3, Derleyen Mete Tunçay, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1969.

MÜDERRİSOĞLU Feridun, “*Anayasal Hak ve Özgürlüklerin ve Özellikle Basın Özgürlüğünün Kamu Düzeni ile Sınirlanması ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Düzeni*”, Onar Armağanı, İÜHF Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977.

POUND, Roscoe, “*A Survey Of Social Interest*”, Harvard Law Review, Volulme LVII, No. 1, October 1943.

RUHİ, Ahmet Cemal - KAPLAN, Yavuz, “*Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni*”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan), Yıl: 22/ sayı 2/ 2002.

SAĞLAM, Fazıl “*2001 Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları*”, Anayasa Yargısı Dergisi, No: 19, Yıl: 2002, s. 288-310.

SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, Açık ve Mevcut Tehlike Kriteri ve Türk Hukuk Sistemine Yansımaları, Liberal Düşünce, Yıl: 2008, sayı 51.

SUNAY, Reyhan, “Avrupa Sözleşmesi Çerçevesinde Oluşan Avrupa Kamu Düzeni Kavramının Kapsamı ve Fonksiyonel Değeri”, SÜHFD, Cilt 7, Sayı 1-2, Konya, 1999.

TAN, Turgut, “Anayasal Ekonomik Düzen”, Anayasa Yargısı, Cilt 7, 1990.

TBB Raporu, “Ekonomik Kamu Düzeni”, Halkevleri Dergisi, Yıl 9, Sayı 99, Ocak 1975.

TİRYAKİ, Tercan, Türker, GÜRSOY, “Ekonomik Suç Kavramı ve Sigortacılık Suçlarının Bu Açıdan Değerlendirilmesi”, Sayıştay Dergisi, Sayı: 55, Ekim-Aralık 2004.

İNTERNET BAĞLANTILARI

<http://www.anayasa.gov.tr>.

<http://www.hukukturk.com>

<http://www.tdk.gov.tr>

<http://www.hurriyet.com.tr>

<http://www.economist.com>

<http://www.radikal.com.tr>

<http://www.bbc.co.uk/turkce/>

<http://cmiskp.echr.coe.int>

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm>

<http://www.kazanci.com>

ÖZET

Eski uygarlıklarda düzenli bir toplum hayatının kurulması ve korunması için kurallar getirilmiş ve olması gereken toplum düzeni üzerine düşünceler ortaya atılmıştır. Modern bir kavram olarak kamu düzeni, hem devletin egemenlik alanını ilgilendirmekte hem de temel hak ve özgürlüklere koruyucu bir kalkan işlevi görmektedir. Dolayısıyla kamu düzeni bir yandan toplum içinde güvenliğin, esenliğin, sağlığın diğer yandan devletin ve devlet örgütlenmesinin korunmasını ilgilendiren her alandaki düzeninin temelidir.

Bugün kamu düzeni; sadece sokak dinginliğinin sağlanması anlamına gelmemekte, aynı zamanda sosyal, ekonomik ve çevresel düzeni de kapsamaktadır. Bunun yanında totaliter, otoriter ya da az gelişmiş ülkelerin siyasal sistemlerinde kamu düzeni kavramı, devletin temel hak ve özgürlüklere müdahalesinin sınırlarını genişletmektedir. Demokratik sistemlerde ise kamu düzeninin korunması, hem temel hak ve özgürlüklerin sınırı hem de bir temel hak ve özgürlüğün, başka bir temel hak ve özgürlük karşısında korunmasını ifade eder.

Kamu düzeni kavramı, hukukun birçok dalında kullanılan temel kavramlardan birisidir. 1982 Anayasası'nda kamu düzeni kavramı temel hak ve özgürlüklerin sınırı olarak düzenlenmiştir. Bir sınırlama nedeni olarak kamu düzeninin sınırını ise Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk, öze dokunma yasağı, yasallık, ölçülülük ilkesi, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gerekleri oluşturmaktadır.

Devlet-toplum-birey ilişkilerinin temel taşı olan kamu düzeni toplumun olağan düzenidir. Kamu düzeninin ihlali olağanüstü hallerin nedeni olabilmektedir.

SUMMARY

In the ancient civilizations in order to establish and protect a regular community, life rules have been made and ideas regarding the social order which is needed to be, have been suggested. The public order in modern terms both concerns the sovereignty area of the state and functions as a protective shield for the fundamental rights and freedoms. Accordingly, the public order is the basis of the orders in each sphere which concerns the protection of on one hand the security, well-being, healthiness, on the other hand the state and the organization of the state.

Today the public order does not mean only providing the quietness of the street; it also contains social, economical and environmental order. Besides, meaning of the public order notion is used for expanding the borders of state's intervention to the fundamental rights and freedoms in totalitarian, authoritarian or less developed countries' regimes. In case of the democratic regimes, the protection of the public order implies both the border of the fundamental rights and freedoms and the protection of one fundamental rights and freedoms against other fundamental rights and freedoms.

The public order notion is one of the main notions which is used in lots of branches of law. The public order notion in 1982 Constitution was issued as the border of the fundamental rights and freedoms. The border of the public order as a restriction reason is constituted by conformity with the letter and spirit of the Constitution, prohibition of the infringement upon the essence, the legitimacy, principle of proportionality, requirements of the democratic social order and the secular Republic.

Public order which constitutes the cornerstone of the state-society-individual relationships is the ordinary order of the society. Infringement of the public order may be the reasons of the state of emergency.