

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

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN GENEL AHLAK SEBEBİYLE KOLLUK
GÜCÜ TARAFINDAN SINIRLANDIRILMASI

Yüksek Lisans Tezi

Pınar YAŞAR

Ankara- 2015

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

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN GENEL AHLAK SEBEBİYLE KOLLUK
GÜCÜ TARAFINDAN SINIRLANDIRILMASI

Yüksek Lisans Tezi

Pınar YAŞAR

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Cüneyt OZANSOY

Ankara- 2015

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

**TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN GENEL AHLAK SEBEBİYLE KOLLUK
GÜCÜ TARAFINDAN SINIRLANDIRILMASI**

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Cüneyt OZANSOY

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....	
.....	
.....	
.....	
.....	
.....	

Tez Sınavı Tarihi

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (...../...../200...)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

Pınar YAŞAR

İmzası

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR.....	iv
GİRİŞ	vi

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUK VE AHLAK ARASINDAKİ İLİŞKİ, GENEL AHLAK KAVRAMININ BELİRSİZ NİTELİĞİ VE NETİCELERİ

I. AHLAK VE HUKUK KAVRAMLARI ARASINDAKİ İLİŞKİYE GENEL BAKIŞ	1
A. Ahlak Kavramının Tanımı ve Bir Toplumsal Düzen Unsuru Olarak Ahlak.....	1
B. Ahlak ve Hukuk Kurallarının Ortaklaşa Yanı.....	17
C. Ahlak Kuralları ile Hukuk Kurallarının Ayrımı	22
II. HUKUKTA BELİRSİZ KAVRAM SORUNU VE BELİRSİZ BİR KAVRAM OLARAK “GENEL AHLAK”	28
A. Hukukta Belirsiz Kavram Üzerine Bir Tartışma	28
B. Belirsiz Bir Kavram Olarak Genel Ahlakın Niteliği ve İçeriği.....	50
III. GENEL OLARAK TÜRK POZİTİF HUKUKUNDA “GENEL AHLAK” KAVRAMI	60

İKİNCİ BÖLÜM

1982 ANAYASASI’NDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI REJİMİ VE “GENEL AHLAK” SEBEBİYLE GETİRİLEN SINIRLANDIRMALAR

I. ANAYASADA GENEL AHLAK SEBEBİYLE SINIRLANDIRILAN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER.....	64
II. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI REJİMİ VE SINIRLANDIRMA İLKELERİ AÇISINDAN, “GENEL AHLAK” A AYKIRILIK GEREKÇESİNİN HUKUKA UYGUNLUĞU	70

A. Yasa ile Sınırlama İlkesi (Yasallık İlkesi).....	73
B. Anayasanın Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Maddelerinde Öngörülen Sınırlama Nedenlerine Bağlılık İlkesi (Nedene Bağlılık İlkesi).....	84
C. Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Uygunluk İlkesi.....	88
D. Ölçülülük İlkesi.....	91
E. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Aykırı Olmama İlkesi	104
F. Laik Cumhuriyetin Gereklerine Aykırı Olmama İlkesi	109
G. Temel Hak ve Özgürlüklerin Özüne Dokunma Yasağı (Öz Güvencesi)	110
II. TÜRK POZİTİF HUKUKUNDA “GENEL AHLAK” SEBEBİYLE SINIRLAMA ÖNGÖREN MEVZUAT VE İLGİLİ HÜKÜMLERİ	114

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KOLLUK GÜCÜ TARAFINDAN SINIRLANDIRILMASI

I. KOLLUK KAVRAMI VE İDARİ KOLLUK	128
II. İDARİ KOLLUK VE KAMU DÜZENİ.....	136
III. KAMU DÜZENİ KAVRAMI VE KAMU DÜZENİNİN BİR UNSURU OLARAK “GENEL AHLAK”	143
VI. “GENEL AHLAK”A AYKIRILIĞIN KOLLUK EYLEM VE İŞLEMLERİ VE KOLLUK USULLERİ VASITASIYLA DÜZENLENİŞİ	157
A. Kolluk Eylem ve İşlemleri.....	157
1. Düzenleyici Kolluk İşlemleri.....	158
2. Bireysel Kolluk İşlemleri	165
B. Kolluk Usulleri	166
1. Serbestlik Usulü (Düzeltici Sistem).....	166
2. İzin Usulü (Önleyici Sistem)	167
3. Bildirim Usulü	168

V. KOLLUK HUKUKUNDA GENEL AHLAKA AYKIRILIK NİTELİĞİ TAŞIYAN İŞLEM VE EYLEMLER İLE, BU İŞLEM VE EYLEMLERE UYGULANACAK YAPTIRIMLAR	169
A. 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nda “Genel Ahlak” Nedeniyle Uygulanan Yaptırımlar ve Cezalar, İlgili Hükümler	169
1. Faaliyetten Men Cezası Ve İşyeri Açma Ruhsatının İptali	174
2. Kolluğun Söz, Şarkı, Müzik veya Benzeri Gösteri Yapanları, Sesli Ve Görüntülü Eserleri Engelleme Yetkisi	177
3. Aleni Yerlerdeki Oyun ve Temsillere İlişkin Denetleme Yetkisi	183
B. 6112 Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun ve Yayın Hizmeti İlkelerinin İhlalleri	187
C. Kanun, Tüzük ve Yönetmeliklerde Müstehcen ve Müstehcenlik Kavramının Bireyler İçin Kısıtlayıcı Hükümler Taşıyan Hükümleri	209
SONUÇ	212
KAYNAKÇA	216
ÖZET.....	226
ABSTRACT	227

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÖAY	: Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
ETK	: Emniyet Teşkilatı Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
PVSK	: Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
R.G.	: Resmi Gazete
RTÜK	: Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu

TODAİE : Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü

TMK : Türk Medeni Kanunu

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

GİRİŞ

Çalışmamızın konusu kolluk güçleri tarafından temel hak ve özgürlüklerin “genel ahlak” sebebiyle sınırlandırılmasıdır. “Ahlak” kavramının tanımı ve içeriği felsefenin uzun yıllar boyunca üzerinde çalıştığı konulardan biri olup, hukuk düzeninde de “genel ahlak” kavramı, pek çok farklı sosyal bilim disiplini ile ilişkili bir kavramdır. Bu farklı tanımlardan çalışmamız boyunca yararlanılmakla birlikte, esas olarak kavramın kolluk hukukunda uygulanması konusunda, Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan tanımı göz önüne alınacaktır.

Çalışmamızın amacı ise belirsiz ve soyut bir kavram olarak “genel ahlak”ın kolluk hizmeti sırasında bir gerekçe olarak, kolluk güçleri tarafından temel hak ve özgürlüklere yönelik gerçekleştirilen müdahalelerde kullanılmasının ne şekilde gerçekleştiğini incelemek; kanunlarla verilmiş olan idari kolluk yetkisinin, genel ahlakın göreceli ve belirsiz niteliği sebebiyle aşıp aşılmadığını değerlendirmektir. Bu değerlendirme sırasında ise Anayasa ile düzenlenerek güvenceye alınmış olan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimi ve özellikle 1982 Anayasası'nda yer alan sınırlama ilkeleri göz önüne alınacaktır.

Birinci bölümde, ahlak ve genel ahlak kavramlarının tanımı yapılacak, ahlak ve hukuk kurallarının birbirleri arasındaki ilişki değerlendirilecektir. Bu noktada belirsiz bir kavram olarak “genel ahlak”a Anayasa Mahkemesi'nin verdiği anlam üzerinden hareket edilecektir.

İkinci bölümde, temel hak ve özgürlüklerin 1982 Anayasası'nda düzenlenme ve sınırlanma rejimi anlatılacak ve sınırlamanın sınırını oluşturan ilkeler incelenecektir. Bu ilkelerin açısından, kolluk güçleri tarafından yapılan müdahalelerin hukuka uygunluğu Anayasa Mahkemesi kararlarının yardımı ile tespit edilmeye çalışılacaktır.

Üçüncü bölümde ise kolluğun kamu düzenini sağlama ve devam ettirme amacı bağlamında, idari kolluğun görev alanı belirlenecek ve idari kolluğun önleyici görevleri bağlamında “genel ahlak”a aykırılık gerekçesi ile bireylerin temel hak ve özgürlüklerine yönelik gerçekleştirdiği müdahale alanı ortaya konulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUK VE AHLAK ARASINDAKİ İLİŞKİ, GENEL AHLAK KAVRAMININ BELİRSİZ NİTELİĞİ VE NETİCELERİ

I. AHLAK VE HUKUK KAVRAMLARI ARASINDAKİ İLİŞKİYE GENEL BAKIŞ

A. Ahlak Kavramının Tanımı ve Bir Toplumsal Düzen Unsuru Olarak Ahlak

Türk Dil Kurumu'nun sözlüğünde ahlak: *“Bir toplum içinde kişilerin uymak zorunda oldukları davranış biçimleri ve kuralları, aktöre, sağıtöre”*¹ şeklinde tanımlanmıştır.² Genel anlamı ile ahlak, *“kişilerarası ilişkilerde, davranışlara ilişkin geçerli (bir grupta, belirli bir zamanda ya da genel olarak geçerli olan, olması istenen) çeşitli değer yargıları sistemleri”*³, *“Bir kişi ya da bir insan topluluğunca benimsenen eylem kurallarının bütünü”*⁴, *“Genel olarak, toplumsal hayat içerisinde yaşanan ilişkiler ve etkileşimler çerçevesinde oluşan değerler ve normlar bütünü”*⁵, *“Bir toplumda iyilik ve kötülük hakkında oluşan değer yargılarına göre, yapılması ve*

¹Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, bkz.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime= AHLAK (Erişim tarihi: 04.10.2014: 11.28).

² “Ahlak” sözcüğü Türk Dil Kurumu imla klavuzunda, “ahlak” şeklinde yer almış olmakla birlikte, çeşitli eserlerde ve farklı tarihlerde çıkarılmış olan mevzuatta “ahlâk” şeklinde de kullanılmıştır. 1982 Anayasası'nın bazı maddelerinde (md.24,md.28,md.135,md.141) “ahlak” biçiminde; bazı maddelerinde ise (md.20, md.21, md.22, md.31, md.33, md.34, md.51) “ahlâk” biçiminde kullanılmıştır. Çalışmanın devamı boyunca TDK'nın kullanım şekline bağlı kalınacaktır.

³ İoanna Kuçuradi, **Uludağ Konuşmaları (Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları)**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2009, s. 33.

⁴ Bedi Akarsu, **Ahlak Öğretileri**, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 16.

⁵ Mehmet Yüksel, “Modernleşme Bağlamında Hukuk ve Etik İlişisine Sosyolojik Bir Bakış”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Ankara, 2002, C. 57, S. 1, ss. 177-195, s. 180.

*yapılmaması gereken davranışlara ilişkin kurallar bütünü*⁶olarak karşımıza çıkıyor. O halde ahlak; toplumsal hayat içerisinde birlikte yaşayan insanların ortak iyi ve kötü algısının neticesinde oluşan ve toplumun büyük bir kısmı tarafından benimsenmiş olan değerler ve normlar bütünü olarak tanımlayabiliriz. Burada anılan değer yargıları ise, kişilerin belirli koşullarda başka insanlarla ilişkilerinde yaptıklarının her biri tek, eşsiz ve aynı zamanda da karmaşık bir bütünü olan eylemlerimizin değeridir.

Başka bir deyişle ahlak denen olgu, her bir birey için ve farklı toplumsal kategorileri paylaşanlar için birbirinden farklı nitelikleri olan çeşitli ahlaklar olarak karşımıza çıkıyor. Bu nedenle, ahlak ve genel ahlak kavramlarına ait tanım ve nitelendirmelerin çeşitliliği artıyor ve içerikleri farklılaşıyor. Her iki kavramın, hukuki kavramlar olarak özellikle mevzuatta yer alması ise hem bu hükümlerin muhatapları, hem de hükmün gereğini yerine getirmekle görevli olan idare organları için farklı bakış açılarının doğmasına sebep oluyor.

Ahlak kavramının hukuk disiplini içerisinde ne ifade ettiğini ve kavrama nasıl bir rol biçildiğini incelemeyen evvel belirtmek gerekir ki, kavram felsefe, sosyoloji ve antropoloji gibi sosyal bilimlerin farklı alt disiplinlerinde; o disiplinin çalışma sahasına bağlı olarak farklı şekillerde açıklanıyor. Örneğin felsefe disiplini içinde ahlak; *“özel olarak felsefenin, “ödev”, “yükümlülük”, “sorumluluk”, “gereklilik”, “erdem” gibi kavramlarını analiz eden, “doğruluk” ya da “yanlışlık”la, “iyi” ve “kötü”yle ilgili ahlaki değer yargılarını ele alan, “ahlaki eylem”in doğasını oluşturan ve iyi bir yaşamın nasıl*

⁶ Necip Bilge, **Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram Ve Kurumları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 9.

*olması gerektiğini açıklamaya çalışan felsefenin bir dalı*⁷ olarak tanımlanır. Bu değer yargıları ile oluşan ahlak olgusunun birtakım temel kurucu öğeleri vardır. Öncelikle bir davranışın ahlaki olup olmadığına dair bir belirleme yapılıyorsa, orada alternatif eylem imkanlarının varlığı da kabul edilmiş olur. Bu henüz bir davranışta bulunmadan önce, o kişinin günlük hayatta, eyleme geçmeden önce aslında birtakım alternatiflerle karşı karşıya kaldığının kabulüdür. İkinci olarak kişi, o eylemi ile dış dünyada yaratmak istediği farklılığın konusunu bilinçli olarak değerlendirir. Buna göre bir kimse günlük hayatında karşılaştığı güçlükler ya da beklenmedik olaylar karşısında özellikle de kendi menfaatinin söz konusu olduğu durumlarda “doğru” veya “yanlış” davranışlardan birini seçer. CEVİZCİ böyle bir seçim evresinde kişinin davranışının ahlaki olup olmadığının tartışılabilmesi için kişinin bir tercihte bulunma imkanının olması gerektiğine işaret eder.⁸ Son olarak ise bir davranışın ahlaki olup olmadığının değerlendirilebilmesi için, o davranışın diğer insanlar üzerindeki etkisinin de hesaba katılması gerekir. Zira bir davranış iyi veya kötü olarak nitelendirebilmek için bu davranışa ilişkin kişinin kendi manevi dünyasında geçen içsel süreçte, davranışını iyi veya kötü olarak değerlendirmesi yeterli değildir. Esasen bireyin davranışlarının doğru veya yanlış şekilde anılması, çoğu defa söz konusu davranışların başkaları üzerindeki etkilerine bağlı olur. Bu anlamda bir adada tek başına yaşayan Robinson Crusoe'nin gerçek anlamda ahlaklı veya ahlaksız davranabileceği görüşü de tartışmalıdır.⁹

Başka bir felsefi bakış açısı ise ahlakı, ahlaken iyi ile kötünün karşıtlığının, çocukluğumuzdan itibaren bize sunulan ve öğretilen töreler üzerinden anlatır. Buna

⁷ Ahmet Cevizci, **Felsefe Ansiklopedisi**, Ekin Yayınları, 1996, s. 87.

⁸ Cevizci, 1996, s.16.

⁹ Cevizci, 1996, s. 16.

göre toplumsal hayatta yapılanı ve yapılmaması gerekeni belirleyen birtakım “törelere” vardır. Bu törelerin baskısıyla bizi dışta etkisi altına almaya başlayan değerler bütünü ahlaktır.¹⁰Bu baskı ile kendini gösteren etki sonucunda, artık dışardan gelecek bir başka uyarıcı ya da dış kaynaklı bir güce gereksinim olmadan kendi vicdanımızda görev, sorumluluk, pişmanlık gibi birtakım duygular oluşur. Bu kendi kendimize belirlendiğimiz uymamız gereken kuralları da oluşturur ve özellikle topluma karşı olan bu kurallar ve görev duygusu kendimize ait içsel bir süreci ifade eder. Demek ki toplumun bizden istediği davranış kuralları kendi manevi dünyamızda bir değerlendirmeye tabi oluyor ve neticesinde bu kurallar biz farkında olsak da olmasak da kendi kurallarımız haline geliyorlar.

Ahlak kavramını, toplumdaki birtakım durum, ilişki ya da davranışların “iyi” veya “kötü” algısı neticesinde oluşan ve genel olarak kabul gören değerler olarak tanımlamıştık. Ahlak kuralları da bu değerlerin, toplumsal hayatta birer davranış kodu haline gelmiş biçimidir diyebiliriz. O halde ahlak kuralları o toplumda yaşayan bireylerin, kendilerini bağlı gördükleri ve saygı gösterilmesi beklenen değer yargılarının toplumsal düzeydeki birer yansımasını oluşturur.¹¹Şöyle ki, bireylerin toplumsal hayata yansıyan davranışları, toplum tarafından belli değer yargıları aracılığıyla, “iyi” ya da “kötü” olarak nitelendirilir. Bu nitelendirmede iyi ya da kötü sıfatı; aslında toplumun o bireyin davranışına biçtiği değeri ortaya çıkarır. Bu değerlendirme neticesinde iyi olduğuna inanılan davranış onaylanırken (genel ahlaka

¹⁰ François Gregoire, **Büyük Ahlak Doktrinleri**, Varlık Yayınları, İstanbul, 1971, s. 10.

¹¹ Aydın Aybay ve Rona, Aybay, **Hukuka Giriş**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 12.

uygun bulunurken); eğer davranışın kötü olduğuna inanılırsa(genel ahlaka aykırı bulunursa) o zaman da, toplum vicdanında bu davranış birtakım tepkilerle karşılaşır.

Bu tepkiler aslında o toplumun kendi doğasından kaynaklanan, ahlak kurallarının birer yaptırımındırlar ve genellikle ahlaka aykırı bulunan davranışın ayıplanması, kınanması ve davranışın sahibinin toplum dışına itilmesi ya da toplum tarafından horgörülmesi şeklinde kendini gösterirler.¹² Ahlak kurallarının bu tür yaptırımlarının gerisinde ise bu yaptırımların gerektiği gibi yerine getirilmesini ya da kabul ettirilmesini sağlayan, zorlayıcı bir devlet gücü yoktur; meğer ki bu ahlak kuralları birer hukuk kuralı haline dönüşmesin.

Ahlak kuralları, nesnel(*objektif*) ahlak kuralı ve öznel(*subjektif*) ahlak kuralı olmak üzere ikiye ayrılır.¹³ Nesnel (objektif) ahlak, insanın diğer bireylere karşı olan ödevlerini bildirir. Buna *sosyal ahlak* ya da *toplumsal ahlak* adı da verilmektedir. Nesnel ahlak kuralları, toplumda insanın diğer insanlara karşı ödevlerini bildirirken birtakım normatif kurallardan faydalanır ve bunlar genellikle “yapmalısın” ya da “yapmamalısın” şeklinde kendini gösterirler.¹⁴ Ahlak kurallarının hukukla ilişkili olanları da bu nesnel ahlak kurallarıdır.¹⁵ Örnek vermek gerekirse, ahlaka aykırı bir amacı gerçekleştirmek için yapılan sözleşmeler 6098 sayılı Borçlar Kanunu 27. maddesi gereği kesin olarak hükümsüzdürler. Ahlaka aykırı olan sözleşme ve ahlaka

¹² Şeref Gözübüyük, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 11; Hüseyin Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK 65 Kuralı)**, (Gözden Geçirilmiş Doçentlik Tezi), Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s. 27.

¹³ Erhan Adal, **Hukukun Temel İlkeleri**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 28; Aybay ve Aybay, 2007, s. 31; Bilge, 2009, s. 9; Mesut Önen, **Hukukun Temel Kavramları**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 29; Gözübüyük, a.g.e., s. 11.

¹⁴ Önen, 1999, s. 29.

¹⁵ Gözübüyük, a.g.e., s. 11; Adal, 2012, s. 28.

aykırı olmayan sözleşme arasındaki ayrımın nasıl yapılacağı ve bu çizginin nasıl belirleneceğini, bu belirlemede hangi ahlaki ölçütlerden hareket edileceğini saptamak ise oldukça güçtür. Örneğin genel ahlak ölçütlerine göre ahlaka aykırı bir amacı gerçekleştirmek için sözleşme yapmış olan kişi, bu amacın kendi öznel ahlak anlayışına göre ahlaka uygun olduğunu söyleyerek, sözleşmenin geçerli olduğunu iddia etmesi hukuk düzeni tarafından kabul edilemez.¹⁶ Bu açıdan hukukun dikkate alacağı ahlak “nesnel ahlak”tır.

Nesnel ahlak kurallarının özelliklerine bakacak olursak, genel olarak benimsendiği toplulukta bireylerin huzur ve güven içerisinde yaşamasına, bireylerin birbirlerine karşı daha barışçıl yaklaşımlarına, onların ortak bir paydada buluşarak, birtakım manevi değerleri paylaşmalarına yardımcı olurlar.¹⁷ Hangi davranış biçimlerinin sosyal ahlak kurallarına uygun olduğu, hangilerinin ise bu kurallara aykırı olduğunu belirleyebilmek ise oldukça güçtür. Çünkü farklı toplumlarda, o topluluğa hakim olan ahlaki anlayışlar değiştiği gibi, aynı toplumda farklı zamanlarda dahi ahlakilik ölçütü değişime uğrar. GÜRİZ bu anlamda sosyal ahlakın oluşumunu şu şekilde açıklar:

*“Sosyal ahlak kuralları toplumun kişilerden istediği davranış modellerini gösterir. Her ulusun sosyal ahlakı, kişisel davranışların toplum tarafından değerlendirilmesi ile ilgilidir.”*¹⁸ Bu değerlendirme ise o toplumun yaşamını sürdürdüğü bölgedeki coğrafi koşullara, iklim şartlarına, ekonomik geçim

¹⁶ Aybay ve Aybay, 2007, s. 32.

¹⁷ Bilge, 2009, s. 10.

¹⁸ Adnan Güriz, **Hukuk Başlangıcı**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2013, s. 16.

kaynaklarına, dini inançlarına, felsefi görüşlerine bağlı olarak zaman içerisinde kendiliğinden oluşur ve yerleşir.

Öznel (subjektif) ahlak ise insanın kendi nefesine karşı olan ödevleri ile meşgul olur ve bu kurallara öğretilen *kişisel ahlak kuralları* adı da verilmektedir.¹⁹ Bu kurallar kişinin kendi iç dünyasında oluşturduğu, kendi değer yargılarına göre benimsemiş olduğu kişisel birtakım ilkelerdir. Kişisel ahlak kuralları, kişinin yaşadığı toplumdan çoğu kez soyutlanamasa da, toplumda egemen olan ahlak kurallarından tamamıyla farklı olabilir ve hatta bu genel ahlak kurallarıyla çelişir nitelikte de olabilir.²⁰ Hukuk işte kişinin kendi vicdan muhasebesi ile ilgili olan bu kurallarla ilgilenmez. Ancak unutulmamalıdır ki, hukuk her ne kadar sosyal ahlakla ilgileniyor olsa da, bu ilgi sosyal ahlakın belirsiz, göreceli ve sübjektif niteliğini göz ardı etmemizi sağlamaz.

Ahlak kuralları, insanların kendi kendilerine karşı ve diğer insanlara karşı manevi ödevlerini gösterir.²¹ Ahlak kurallarının özünü oluşturan “iyi” ve “kötü” kavramları kişiden kişiye, gruptan gruba, toplumdan topluma değişiklik gösterir. Bu nedenle de ahlak kuralları sübjektif nitelikte olup, görecelidirler. Her toplumda ahlak kurallarının varlığı doğal olsa da, belirli somut olaylar karşısında, hangi tür insan davranışının ahlaka uygun olduğunu, hangisinin ahlaka aykırı olduğunu saptamak oldukça güçtür.²² Bu güçlük, ahlak kurallarının yazılı olarak bir bütün halinde derlenmemiş olmasından kaynaklanmakla birlikte asıl sorun bu değerlendirmeyi gerçekleştirecek olan kişinin kendi değer yargılarının devreye girmesidir.

¹⁹ Kemal Gözler, **Hukuka Giriş**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014, s. 39; Bilge, 2009, s. 9.

²⁰ Güriz, 2013, s. 16; Ender Ethem Atay, **Hukuk Başlangıcı**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013, s. 19.

²¹ Bilge, 2009, s. 9.

²² Aybay ve Aybay, 2007, s. 13.

Ahlak kurallarının neler olduğunun saptanmasında önemli bir diğer sorun da, toplumun tamamı için geçerli olabilecek ahlak kurallarının bulunmasındaki güçlüktür.

Toplum içinde ekonomik-sosyal konumları itibariyle yahut kültürel özellikleri ve dini inançları bakımından birbirinden çok farklı gruplanmalar vardır. Bu grupların değer yargıları da farklıdır. Örneklendirmek istersek; toplumsal açıdan daha durağan yapıdaki kırsal bölgelerde, toplumu oluşturan bireyler aynı değer yargıları etrafında kolayca birleşirler. Bu sebeple de, kırsal bölgelerdeki ahlak kuralları daha tekdüze ve “baskıcı” iken; kentsel bölgelerde değişim her alanda daha hızlı olup, görece olarak, ahlak kuralları daha çeşitli ve “özgürlükçü”dür.²³

Ahlak kuralları; hukuk kuralları, görgü kuralları, örf ve adet kurallarıve din kuralları ile birlikte toplum düzenine hakim olan ve toplumu şekillendiren kurallardır.Toplumsal düzene hakim olan hukuk ve ahlak kuralları arasında birbirini dışlayan ve aynı zamanda da birbirini destekleyen bir ilişki mevcut olup,bu ilişkiye ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak değinilecektir. Hukuk kuralları ile diğer toplumsal kurallar ve ahlak arasındaki ilişkiye ise çalışma konumuzun bütünlüğünü sağlayacak ölçüde yer vermekte fayda vardır. Bu anlamda ilk olarak etik ve ahlak kavramları arasındaki ilişkiye bakılacaktır.

Etik kavramı genelde belirli bir faaliyet alanında ya da günlük yaşamda,insanların işlem ve eylemlerini gerçekleştirmesinde dikkate alınması gereken ahlaki değerler bütünü olarak adlandırılmaktadır.²⁴ Etik ve ahlak kavramları birbirlerine yakın kavramlar olarakve hatta zaman zaman birbirinin yerine kullanılsa

²³ Aybay ve Aybay, 2007, s. 14.

²⁴ A. Can Tuncay, **Hukuksal Etik (Legal Ethics) Ders Notları**, Beta Basım, İstanbul, 2013, s. 2.

daahlak, etik kavramına göre daha somut bir anlam taşır. Şöyle ki ahlak, etiğingünlük hayattaki tezahürüne, pratiğine yöneliktir diyebiliriz. Ahlak bireylerin birbirlerine ve topluma karşı ödevlerini belirleyen davranışlar olup insanların birlikte yaşama pratiğine dair kuralların bütünüdür. Etik ise ödev, yükümlülük, sorumluluk ve erdem gibi kavramları analiz eden, doğruluk ve yanlışlık, iyi ve kötü ile ilgili ahlaki yargıları elen alan ve iyi bir yaşamın nasıl olması gerektiğini açıklamaya çalışan bir felsefe disiplini²⁵. Ahlak belirli bir toplumda, belirli bir zaman ve alanla sınırlıdır. Etik ve ahlak çoğu zaman birbirlerinin yerine ve dönüşümlü olarak kullanılmakla birlikte, genel olarak bu iki kavramın birbirinden farklı olduğu kabul edilmektedir.

“Ahlak daha çok sosyolojik bir olay olarak bir toplumda var olan davranış standartları ve kurallarını ifade eder ve her toplum bir ahlaka sahiptir. Ahlak olgusal ve tarihsel olarak yaşanan bir şey olmasına karşılık etik, bu olgunun insanın kendi veya toplum değerleri içinde araştırılmasıdır. Dolayısıyla ahlak felsefesi veya ahlakbilim şeklinde de ifade edilen etik, insanın bireysel ve toplumsal ilişkilerini nasıl yönlendirmesi gerektiğini, iyi ve kötü söz ve davranışı belirleyecek ölçütlerin neler olabileceğini inceleyen felsefe disiplini olarak tanımlanabilir.”²⁶

Ahlak göreceli olarak, toplumdan topluma, toplum içindeki farklı gruplara, bu grupların dinsel, cinsel, etnik kimliklerine göre değişen, yazılı olmayan, insanlar arasında uyulması gereken kurallara işaret ederken; etik daha soyut kavramlara dayalıdır. Üstelik ahlak kavramına göre daha evrensel ve değişmez geçerliliğe sahip bir karakterdedir. *“Ahlak ile etik arasındaki temel fark, etiğin daha soyut, daha*

²⁵ Tuncay, 2013, s. 3.

²⁶ Tuncay, 2013 s. 35.

evrensel ve genel geçerliliğe sahip yapısına ek olarak ahlakın; din, çevre, toplum, kültür yapısı gibi dışsal nedenlerle şekillenebilir bir kavram olmasında yatar.”²⁷

O halde, denebilir ki, etik manevi değerlerimize, yaşam prensiplerimize, alışkanlıklarımıza, karakterimize dayanan bir sezgi, bir güdüdür.

İnsanın ilkelikten moderniteye doğru olan yolculuğunda ilk zamanlarda toplumsal düzene ait kuralların yoğunlukla dinsel nitelikli oldukları söylenebilir. Bu nedenle de kutsal kitapların içeriğinde birer din kuralı olarak getirilen kurallar, aynı zamanda ahlak ve hukuk kurallarını da içine almıştır.²⁸ *“Din kuralları ilahi bir irade tarafından konulduğuna inanılan ve insan davranışlarını düzenleyen hem dünya içi hem dünya dışı müeyyidelendirilen emir ve yasaklardır.”²⁹* Zira Tanrı buyruklarının insanlar tarafından sorgulanması mümkün olmadığı gibi, bu buyrukların değiştirilmesi de dini inançlar açısından olanaksız olup böyle bir girişim “günah” sayılır.³⁰ Bireylerin vicdanlarında oluşan bir dine mensup olma hissi ve bu hissin beraberinde getirdiği inanç, diğer sosyal düzen kurallarının hiçbirinin sahip olmadığı bir özelliğe sahiptir: Kutsallık. O halde varlığı dahi sorgulanamayan bu kuralların hukuk kurallarından ayrıldığı ilk nokta güçlü bir inanç ve itaat duygusunun varlığıdır diyebiliriz. Buna bağlı olarak da din kurallarının esas olarak toplumsal ihtiyaçlara göre değişme özelliği yoktur. Zira din kurallarının kaynağının ilahi olması sonucu ilahi iradenin yanılmaz olduğu kabul edilir ve bu gruptaki kuralların dogmatik bir niteliği vardır.³¹ Oysa hukuk

²⁷ Tuncay, 2013, s. 36.

²⁸ Erol Cansel ve Çağlar Özel, **Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 89.

²⁹ Nurullah Aydın, **Hukuka Giriş Temel Kavramlar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 7.

³⁰ Aybay ve Aybay, 2007, s. 36.

³¹ Atay, 2013, s. 15.

kurallarının,din kurallarının aksine değişmezlik niteliği yoktur, olmamalıdır da. Zira hukuk kurallarının asli amacı toplumsal düzenin sağlanması olup, bu kurallar değişen toplumsal ihtiyaçlara ve toplumun örgütlenme biçimine göre evrilen kurallardır.Ahlak kuralları ile din kuralları arasında birtakım farklılıklar olmakla birlikte, aralarında kuvvetli bir bağ olduğu da söylenebilir. Toplumsal yaşamda genel ahlak kuralı olarak kabul edilen birtakım davranışların, aslında o toplumun çoğunluğu tarafından benimsenmiş dini inanç sisteminin emir ve yasaklarına paralel olduğu ve hatta bu inancın gereği olduğu görülür.

Bununla birlikte, din kurallarının aksine ahlak kuralları değişmez nitelikte olmayıp, aksine aynı zaman diliminde toplumdan topluma değişiklik gösterdiği gibi; farklı zaman dilimlerinde de tamamen farklı nitelikte değer yargıları ile donatılmış olduğu görülür.

Din kuralları, Tanrı ile insan arasındaki ilişkiyi düzenlerken de, insanların diğer insanlarla olan ilişkilerini düzenlerken de, bu kurallar kutsal kitaplarda yer alır. Ancak önemle belirtilmesi gereken husus, din kurallarının insanlararası ilişkiye ilişkin düzenlediği kuralların varlığı, o dine mensup olmayan kişilere karşı iddia olunamaz. Bu noktada her ne kadar din kurallarının “uhrevi kurallar” ve “dünyevi kurallar” şeklinde bir ayrımla incelendiği görülse de³² bu dünyevi kuralların ancak o inanca sahip insanlar için geçerli olduğu unutulmamalıdır. O halde bir dinin sosyal düzene ilişkin kuralları, bir hukuk sisteminde pozitif hukuk kuralı olarak düzenlenirse, o zaman din kurallarının dünyevi bir yaptırıma sahip olması değil, din kurallarının hukuk kuralı

³² Bilge Öztan, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, s. 6.

haline dönüşmesi söz konusu olur.³³ Bu dönüşme ilişkisi aynı zamanda ahlak ve hukuk kuralları arasında da vardır. Bunun önemi, hukuk kuralı haline gelmediği sürece yahut kanunda bir göndermede bulunulmadığı takdirde, ne ahlak ne de din kurallarının devletin zor kullanma gücüne sahip olmaması gereğidir.

Oysa hukuk kuralları o toplumun üyesi olan bireylerin birbirleri arasındaki ilişkileri düzenler.³⁴ Bu ilişkide ise hukuk kurallarının toplumun belirli bir bölümü tarafından benimsenmesi diğerleri tarafından benimsenmemesi ise söz konusu değildir. Ahlak kurallarına gelince, sosyal ahlak kuralları, toplumun geneli tarafından benimsenmiş olan kurallar olarak kabul edilmekle birlikte kanaatimizce nasıl ki o dini inancı paylaşmayan kimseye karşı o dinin emir ve yasakları ile sürülemez ise; o ahlaki anlayışı benimsemeyen kişiye karşı ahlak kurallarının zorla uygulanması da en azından devletin zor kullanma gücü aracılığıyla uygulanması söz konusu değildir. Hukuk kurallarından, din ve ahlak kurallarının ayırt edilmesinde bu nokta ayrıca önemlidir. Zira hukuk kuralları, o hukuk düzeni içerisinde benimsense de benimsenmese de, her bir birey bu kurallara uymak zorundadır, aksi takdirde devletin zor kullanma gücü ile karşılaşacaktır.

Din kurallarının yaptırımı esas olarak “manevi” ve “uhrevi”dir. Din kuralları inanç ve iman üzerine kurulmuş olup, bunlara aykırı davranmanın yaptırımı manevi olup, bunlara aykırı davrananlar günahkar ve bu kuralları tanımayanlar ise dinsiz olarak nitelendirilir. Bu davranışlarının cezalarını da diğer dünyada çekecekleri kabul

³³ Abdullah Demir ve Yahya Deryal, **Hukuk Başlangıcı ve Hukuk Metodolojisi (Metodolojik Hukuka Giriş)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 9.

³⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Paul Bockelmann, **Einführung in das Recht**, München, 1963, s. 2’ den aktaran Cansel ve Özel, 2006, s. 157.

edilir.³⁵ Hukuk kurallarının yaptırımı ise insanların manevi dünyasına ait olmayıp, maddi düzene ilişkindirler. Bu kurallar kanun koyucu eliyle düzenlenerek toplumun tamamı için açık, belirgin ve ulaşılabilir niteliktedirler.

Din kuralları ile hukuk kurallarının muhatapları da farklıdır. *“Din kuralları evrensel nitelikte olup vatandaşlık gibi bir ayırım gütmeksizin bütün insanlara hitap eder. Bu kuralları benimseyen, inanan herkes muhatap ve inanç ve imanının derecesine göre kurallara uyma zorunluluğu içindedir.”*³⁶Hukuk kurallarının muhatapları ise o hukuk düzeninin kapsamına giren herkes olup, genellikle hukuk düzenini kuran devletin vatandaşlarıdır. Bu noktada evrensel hukuk kurallarının da vatandaşlık bağı olmadan, birçok ülkede ve hukuk düzenlerinde benimsenmiş olduğu iddia olunabilir; ancak bu kuralların uygulanması ve kurallara aykırılık durumunda bir müeyyide ile karşılaşılması yine vatandaşı olunan o devletin bu kuralları tanınması ile mümkündür.

Bu tür farklılıklara rağmen tarih bizlere din kurallarının toplumsal kural olma özelliğini bazen güçlü bazense zayıf olmak üzere hep koruduğunu göstermiştir. Dini kuralların hukuk kuralı haline geldiği teokratik yönetimler bu ilk duruma örnek olarak gösterilebilir. Teokratik devlet anlayışında hukukla din bütünleşmektedir. Bu anlayışa göre, devletin siyasal örgütünün temel bir parçasını oluşturan hukuk kuralları da Tanrı istencinin yansımasıdır.³⁷ Dinin hukuk üzerinde sahip olduğu egemenliğe son verilmesi ve hukukun, din kurallarından ayrı olarak, başlı başına bir varlık kazanması, konunun başında belirttiğimiz ilkelikten modernliğe doğru giden bir yolculuğun

³⁵ Demir ve Deryal, 2013, s. 8; Atay, 2013, s. 16.

³⁶ Atay, 2013, s. 17.

³⁷ Aybay ve Aybay, 2007, s. 36.

konusudur. Zira çağımızda hukukun dinden ayrıldığı ve dünyanın birçok ülkesinin “laik” hukuk anlayışını benimsediği görülmektedir. *“Laik hukuk anlayışı, değişik dinlere, inançlara, felsefelere bağlı insanların, inançları yüzünden baskıya uğramadan, rahatsız edilmeden, barış içinde birarada yaşamalarının sağlanmasını gerektirir.”*³⁸

Böylece hukuk ve kamu düzeni belirli bir dinin buyruğundan sıyrılarak, insanların hangi inanca sahip olduğuna bakmaksızın toplumun tamamı için güvenli bir ortam yaratır. O halde din kuralları ile hukuk kurallarının niteliksel ayrımının devlet tarafından da gözetilmesi, o devletin vatandaşları açısından, dini inanç özgürlüğüne sahip olmaları için de zorunludur.

Toplum halinde yaşayan insanların davranışlarını düzenleyen diğer kurallar bütünü ise örf ve adet kurallarıdır. Uygulamada tekrarlanarak doğan, uygulanmasının zorunlu olduğu hususunda bireylerde bir inancın yerleşmesine neden olan bu kurallar; belli şartların altında devlet müeyyidesi ile de desteklenirler. *“Örf ve adet kuralları çevre ve gruplara göre kişisel olarak; kültür devrelerine göre zamanen; ve uluslar ile ülkelere göre de yer bakımından değişiktirler.”*³⁹ Örf ve adet kuralları da tıpkı hukuk kuralları gibi bireylerin toplum içerisindeki davranışlarını düzenlemeye yönelik olup, zaman zaman hukuksal yaptırımın da konusu olan kurallardır. Bununla birlikte hukuk kuralları, bu kuralın muhataplarının rıza ve onamasından bağımsız olarak yürürlükte iken; örf ve adet kuralları, muhataplarının rıza ve onamasına dayalı olarak işlerliği olan kurallardır. Belirtmek gerekir ki, örf ve adet kuralları zaman zaman hukuka kaynak oluştururlar ve bu kurallar, örf ve adet hukuku haline dönüştüklerinde artık hukukla

³⁸ Aybay ve Aybay, a.g.e., s. 37.

³⁹ Vecdi Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 84.

aynı alan içine girerler ve aynı yaptırım gücü ile desteklenirler.⁴⁰ Bu yönüyle hukuk kuralı haline dönüşen örf ve adetler ile hukukun doğrudan atıf yaptığı ahlak kurallarının bir dönüşüm gerçekleştirdiğinden söz edilebilir.

Din kuralları ve örf ve adet kurallarından sonra, görgü kuralları da sosyal düzen kuralları arasında yer alır. Görgü kurallarının tanımına bakacak olursak: *“Toplum, insanları başka insanlarla gündelik, sıradan denilebilecek ilişkilerinde birtakım davranış kalıplarına uymaya zorlar. Yüksek düzeyde ahlaki değerlerle ilgisi bulunmayan bu davranış kalıplarına görgü(adab-ı muaşeret) kuralları”*⁴¹ deniliyor. Bu kuralları benimseyen insanlar, toplumsal hayatın içinde belli olaylar karşısında, aynı davranış kalıplarına uygun hareket ederler. Böylece bu kimseler arasında karşılıklı güven ve samimiyet duygusu diğerler insanlara nazaran daha güçlüdür. Toplum hayatında uyulması beklenen bu kurallar aile hayatından başlayıp, sokakta, toplum içinde dikkate alınacak olan, incelik nezaket kurallarıdır. Bu kategoriye ait olan kurallar aslında belli bir toplumda veya belirli bir grup içinde iken sergilenecek davranış modelleridir.⁴²

Görgü kurallarına (adab-ı muaşeret kurallarına) uyulmadığı takdirde ortaya bir toplumsal karmaşa çıkmayacağı gibi, kamu düzeninin bozulması ve insanların hak kaybına uğraması da söz konusu değildir. Bu yüzden görgü kurallarına aykırı davranışlara karşı uygulanacak yaptırım hukuk kurallarından farklı olarak devletin zor kullanma gücüne tabi değildir. Bu kuralların müeyyidesi, daha çok o kişiye karşı, ait olduğu toplumsal yapıdan gelebilecek tepkiler ve eleştiriler şeklinde gerçekleşir. Kişiyi

⁴⁰Yasemin Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 501.

⁴¹ Aybay ve Aybay, 2007, s. 15.

⁴² Atay, 2013, s. 31.

görgü kurallarına uymaya iten güç ise o toplum tarafından benimsenme, beğeni ve takdir toplama isteğidir. Bu açıdan kişinin görgü kurallarına aykırı hareketi neticesinde karşılaşacağı müeyyide, ahlak kurallarına aykırı davranışlarında karşılaşacağı müeyyideden daha hafiftir. Zira görgü kurallarına aykırı hareket eden kimsenin davranışları, görgüsüz, bilgisiz, kaba yahut nezaketsiz olarak nitelenirken; ahlak kurallarına aykırı davranan kimsenin davranışları doğrudan doğruya “iyi” veya “kötü” olarak nitelendirilir.⁴³ Bu nitelendirmenin etkisi ile ahlak kurallarına aykırı davranan kimse toplum tarafından horgörülerek kınanırken ve hatta toplumun dışına itilirken; görgü kurallarına aykırı hareket eden kimsenin toplumun dışına itilmesi söz konusu olmaz. ÖZYÖRÜK bu anlamda görgü kurallarının diğer sosyal düzen kuralları ile arasındaki ilişkiyi şöyle ifade etmiştir:

“Muaşeret kaidelerinin, sosyal hayatın tanzimindeki rolü, hiçbir vakit din veya ahlak yahut hukuk kaideleriyle kıyaslanamaz. İnsanların muaşeret kaidelerine riayetkar olmadığı bir cemiyet, dağılmak, çözülmek tehlikesine maruz değildir. Fakat muaşeret kaidelerine uygun hareketler sosyal hayatı daha zevkli kılar.”⁴⁴

Ancak sayıca az olsa da, belirli bazı durumlarda görgü kurallarının hukuk kuralı haline geldiği görülür. Örneğin Türkiye Büyük Millet Meclisi toplantısında bulunan kimseler için konulmuş olan kılık kıyafet kuralları⁴⁵; asker statüsündeki kişilerin arasındaki selamlaşma ve hitap tarzlarına ilişkin düzenlemeler bu konuda örnek olarak gösterilebilir.

⁴³ Aydın, 2007, s. 14.

⁴⁴ Mukbil Özyörük, **Hukuka Giriş**, Ege Matbaası, Ankara, 1959, s. 15.

⁴⁵ TBMM İç Tüzüğü md. 57/2., Karar No: 584, Kabul Tarihi : 5.3.1973, R.G. Tarih-Sayı: 13.4.1973-Sayı: 14506.

Ahlak ve görgü kuralları, temel olarak sahip oldukları müeyyideler ve sosyal düzen kuralları içerisinde topluma şekil verme konusundaki etkileri bakımından farklı olsalar da, birtakım ortak noktaları vardır. Öncelikle her iki tür kural da zamana ve topluma göre değişken olup, belirlilikten uzaktır. Görgü kuralları da, ahlak kuralları gibi toplumun vicdanına dayanmaktadır.

B. Ahlak ve Hukuk Kurallarının Ortaklaşa Yanı

Ahlak ile hukuk arasında hem birbirini dışlayan, hem de birbirini etkileyen bir ilişki olduğu gibi, düzenleme alanları itibariyle birbirlerine karşı kayıtsız durumda oldukları bir alan da vardır. Bu başlık altında da her iki tür kuralın ortak özellikleri belirlenmeye çalışılacak ve hukuk kuralları arasına yerleşmiş olan toplumsal ahlak kurallarına yer verilecektir. Ancak bu konuyu ele alırken gözönünde bulundurmanız gereken iki önemli nokta vardır. İlki hukuk her ne kadar zaman zaman ahlaktan beslense ve hukuk kurallarına aykırı olan davranışlar genellikle ahlak kurallarına da aykırı olsa da; her hukuk kuralının ahlak kuralına uygun olma zorunluluğu olmadığı gibi⁴⁶ nadiren de olsa ahlak kurallarına aykırı hukuk kuralları da mevcuttur.

Ahlak kuralları ile hukuk kurallarının her ikisi de insan davranışlarına yön verme amacını taşır ve toplumsal hayat içerisinde bireyler tarafından yerine getirilmesi gereken davranış kurallarını belirleyerek kişilere birtakım ödevler yükler. Bu ödevlerin bir bölümü, olumlu (pozitif) niteliktedir. Verilen sözü tutmak, borç ödemek, vergi vermek vb. Bazı ödevler ise belli tür davranışlardan kaçınma

⁴⁶ Atay'ın, "Hukuk kurallarının hiçbir zaman ahlak kurallarının aksine davranışta bulunmayı teşvik ettiği veya emrettiği vaki değildir." Bkz. Atay, 2013, s. 17, görüşüne katılmıyoruz.

yükümlülüğü şeklindedir; başkalarına zarar vermeme, başkalarının malını çalmama vb. Bunlar da olumsuz (negatif) ödevlerdir.⁴⁷

Ahlak çoğu zaman hukuka uygun olarak kabul edileni destekler. Hukuka uygun bir davranış, ahlakın da bir istemidir.⁴⁸ Ancak hukuk kuralının var olabilmesinin toplumsal ahlaka bağlı olduğunu, toplumsal ahlak tarafından benimsenmeyen bir tavır ve düşüncenin hukuk düzeninde de var olamayacağını söylemek ise fazlasıyla iddialı olur. Bu anlamda kanunlar tarafından yasaklanan davranış şekli doğrudan doğruya ahlak kurallına atıf yapmamakla birlikte eğer kanunla yasaklanan davranışın gerisinde “genel ahlak”a aykırılık sebebi yatıyorsa, kanun koyucunun toplumsal ahlaktan ne kastettiğini de değerlendirmek gerekir.

Ahlakın “kötü” saydığı davranışlarla, hukukun “hukuka aykırı” sayıp birtakım hukuki sonuçlara bağladığı davranışlar çoğu zaman aynıdır. Hatta ahlakın görev saydığı davranıştan kaçınmayı, hukukun yasakladığı ve cezalandırdığı durumlar da vardır. Örneğin aile üyeleri arasındaki yardımlaşma, bir ahlaki ödev olup, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁴⁹364/1 hükmü ile bu ödev bir hukuk kuralı haline getirilmiştir. Keza hırsızlık ahlaken uygun görünmediği gibi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun⁵⁰ 141. maddesiyle de bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu şekilde ahlak kurallarının, hukuk kuralları haline gelerek kanunlarda tekrarlanması durumunda ahlak ve hukuk

⁴⁷ Aybay ve Aybay, 2007, s. 27.

⁴⁸ Aral, 2012, s. 82.

⁴⁹ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası : 4721, Kabul Tarihi : 22/11/2001, Yayımlandığı R.Gazete Tarihi : 8/12/2001 Sayı : 24607, Yayımlandığı Düstur : Tertip:5 Cilt, 41.

⁵⁰ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası : 5237, Kabul Tarihi : 26/9/2004, Yayımlandığı R.Gazete : Tarih : 12/10/2004 Sayı :25611.

Yayımlandığı Düstur : Tertip : 5 Cilt : 43

arasındaki ilişki bir dönüşme(tekrarlanma) ilişkisi gerçekleşmektedir.⁵¹ Eğer kişi bu yardımı yapmaktan kaçınırsa, mahkeme kararının yerine getirilmesi ile bu kişi yardım etmeye zorlanabilmektedir. Kimi durumlarda ise hukuk kuralı, doğrudan doğruya “ahlak” kavramına göndermede bulunur.Böyle bir göndermenin mevcut olduğu kanun maddelerinde, ahlaki değerlerin manevi yaptırımın yanı sıra maddi yaptırım ile de koruma altına alınması söz konusu olur.

Burada ahlak kuralının hukuk kuralına dönüşmesi söz konusu olmayıp, hukuk kuralının ahlak kuralına yollamada bulunması söz konusudur.Bunlardan bir kısmı (1982 Anayasası md. 20, 21, 22, 24, 28; 2559 sayılı PVSK md. 8, 11, Ek madde 1 vb.) çalışmanın ilerleyen kısımlarında detaylı olarak açıklanmış olup; diğerlerine ise çalışmanın birinci bölümünün sonunda yer alan tabloda ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

Hukuk kuralları içinde, ahlak kuralı olup da pozitif hukukta yer bulmuş kurallar yukarıda örneklendirildiği üzere mevcut olmakla birlikte; ahlakla ilgisi olmayan, ahlaki açıdan bir değer taşımayan kurallar da vardır. Usul hukuku kuralları, trafik kuralları, sürelerle ilişkin kuralları bu konuda örnek teşkil ederler.⁵² Doktrinde bu konuda ayrık bir görüş mevcut olup, her hukuk kuralının doğrudan ya da dolaylı olarak ahlaken iyi olanı gerçekleştirme durumunda olduğunu savunan bir görüş de vardır. Buna göre aralarında, daha yoğun ve sıkı bir ilişki vardır.⁵³ Bu görüşe göre, kanun koyucu hukuk kuralını koyarken, toplumun genel düşüncesi ve ahlak anlayışını göz önüne

⁵¹ Önen, 1999, s. 28.

⁵² Aybay ve Aybay, 2007, s. 32; Işıktaç, 2010, s. 504.

⁵³ Hukuk ve ahlak arasındaki ilişki, bu çalışmanın konusunu ve sınırlarını aşan ve uzun yıllar boyunca süren bir tartışmanın da konusunu teşkil eder. Altan Heper, “**Alexy’nin hukuksal pozitivizm eleştirisi, hukukla ahlak arasındaki ilişki**”, H.F.S.A., 12. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2005, s. 65; Ahmet Ulvi Türkbağ, “**Immanuel Kant’ta Özgürlük, Ahlak, Hukuk ve Devlet**”, H.F.S.A., 2. Kitap, Afa Yay., İstanbul, 1995, s. 77.

almak zorundadır.⁵⁴ Bu görüş bir adım daha ileri götürülerek, hukukun asgari ahlak olduğu ve devlet yaptırımına bağlanmış ahlak kurallarından oluştuğu da iddia olunmuştur. Bu duruma örnek olarak tapu sicilinin tutulması ya da trafik kurallarını veren DİNÇKOL, aslında tapu sicilinin “mülk”e, trafik kurallarının da “güvenliğe” ilişkin yönü olduğunu ve her ikisinin de ahlaki temellerle biçimlendiğini belirtmektedir.⁵⁵ DİNÇKOL her hukuk normunun teker teker bir ahlaki onamaya tabi tutulup tutulmaması konusunda ise kesin bir tavır sergilememiş; onun yerine belki de bu önermeyi tersten okuyan bir görüşü belirtmiştir. Buna göre, bir davranış ahlaken ne kadar kötü olursa olsun, bunun müeyyidelerle yasaklanmasında sosyal yarar yoksa söz konusu ahlaki yükümlülük, hukuki bir yükümlülük haline gelmeyecektir.

Hukuk ve ahlak ilişkisi bakımından, hukukun toplumsal ahlak kurallarına tam bir uyum sağlamasının zorunluluk olup olmadığına dair genel kabul gören görüş toplumun genel ahlak anlayışına uymayan veya toplum vicdanına seslenmeyen hukuk kurallarının kendilerinden beklenen işlevi yerine getiremeyecekleridir.⁵⁶ Ancak bunun bir zorunluluk, bir geçerlilik şartı olarak görülmesinin ise isabetli olmadığı kanısındayız.

Doktrinde bazı görüşler ise hukuk kurallarının; ahlak kurallarından bağımsız olmasından da öte, ahlak kuralları tarafından kabul edilen davranış şeklinin, hukuk

⁵⁴ FENDOĞLU, ahlak ve hukuk arasındaki ilişkiyi, birbirini tamamlayan iki etik unsur olarak açıklamıştır ve hatta hukukun ahlaktan ayrılamayacağını ifade etmiştir: “*Ahlak hukuku denetler. Aslında, ahlak, hukuku da, insanları da denetler. İnsanları denetlemek için bir başka insanı memur olarak vermek imkansızdır. Ahlak, hukukun yürürlüğünün de temelidir.*” Bkz. Hasan Tahsin Fendoğlu, **Hukuka Giriş (Hukuk Başlangıcı Ders Notları)**, Mimoza Yayınları, Konya, 1995, s. 8.

⁵⁵ Abdullah Dinçkol, **Hukuka Giriş**, Der Yayınları, İstanbul, 2009, s. 11.

⁵⁶ Yüksel, 2002, s. 180; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku, c.1, cüz 1. Umumi Esaslar**, İstanbul, 1968, s. 14; Bilge, 2009, s. 10.

kuralı tarafından olumsuz bir sonuca bağlanmış olabileceğini savunmuştur. Böylece aralarında etkileşim bulunmakla birlikte bir yabancılik ilişkisinin de olduğunu yadsınamayacağı kanaatimizce isabetli bir vurgudur. Örneğin pozitif hukukta düzenlenen zamanaşımına dair hükümlere göre, belli bir zamanaşımı süresi geçince borçlunun hukuki bir takip hakkı kalmamakla birlikte, ahlaki bakımdan borçlunun borcunu ödeme yükümlülüğü on yıl ya da daha fazla bir zaman geçse de devam edecektir.⁵⁷ Bu konuda hukuk, toplumsal düzende gerçekleşen davranışın ahlaki olup olmama boyutuyla ilgilenmemiştir. Kanaatimizce burada hukuk kuralının ahlaka yabancı kalmasından da öte, gerektiğinde ahlaken kınanacak bir davranış hukuk kuralı haline getirebilmesi hali söz konusudur. O halde burada bir *yabancılik* ilişkisinden daha fazlasının ortaya çıktığını söyleyebiliriz.

Kanaatimizce toplumsal ahlak olgusunun, hukuk kuralları üzerindeki etkisi yadsınamaz. Hatta birtakım ahlak kurallarının, hukuk kuralı şekline büründüğü de görülmüştür. Ancak hukuk kuralları için, “genel ahlak”a uygunluğun bir zorunluluk olduğunu söylemek doğru değildir. Elbette gerek içeriği ve gerek gözettiği yarar itibarıyla toplumun kendisine yakın gördüğü hukuk kurallarına uyma eğilimi daha güçlüdür. Bununla birlikte toplumun çoğunluğu tarafından kabul görmüş değer yargılarının birer hukuk kuralı haline getirilmesinin kural olması ve bu durumun hukuk kuralının selameti açısından zorunlu olduğunun iddia edilmesi kabul edilemez. Böyle bir tutum evrensel hukuk kurallarına ve insan haklarına aykırılık sonucunu doğurur. Ahlakın hukuku etkilemesi ile ahlakın onaylamadığı hukukun yaşamasının mümkün olmadığının iddiası arasındaki çizginin dikkatli çizilmesi gerekir.

⁵⁷ Önen, 1999, s. 33.

C. Ahlak Kuralları ile Hukuk Kurallarının Ayrımı

Ahlak kuralları; din kuralları, hukuk kuralları ve örf ve adet kuralları ile birlikte toplumsal yaşamı düzenleyen kurallar sistemi içinde yer alır. Ahlak kuralları ile hukuk kuralları arasındaki ilişkinin bir açıdan birbirlerine karşı yabancı kalma şeklinde gerçekleştiğini, bir açıdan ise aralarında bir etkileşimin olduğu ifade edilmişti.⁵⁸ Hukuk ve ahlak kuralları arasındaki ortak noktaları yukarda gördük, bu bölümde ise aralarındaki farklılıklar üzerinde durulacaktır.

Ahlak kuralları, bireylere hem kendine(içe) yönelik, hem de diğer kişilere ve topluma(dışa) yönelik yükümlülükler getirirken; hukuk kurallarının yalnızca kişinin diğer kişilere ve topluma (dışa) karşı yükümlülükler içermesi aralarında düzenleme

⁵⁸ Hukuk ve ahlakın etkileşim içerisinde olduğu durumlara, aşağıda değinilecektir. Konu başlığı ahlak ve hukuk kurallarının ortaklaşa yanı olmakla birlikte, ahlak, hukuk ve örf ve adet kuralları arasındaki ilişkiyi TOPÇUOĞLU, ABDİ ünlü sosyolog **William Graham Sumner**'ın "folkways" terimini "halk tarzları" şeklinde çevirerek anlatır. (Ayrıntılı bilgi için bkz: Hamide Topçuoğlu, **Hukuk Sosyolojisi Dersleri, (Sosyoloji Açısından Hukuk)**, C. 1, AÜHF Yayınları no; 174, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1963, s. 605 vd.) Sumner'a göre, tabiatla hukuk yoktur, hayat mücadelesi vardır ve toplumsal hayatta gördüğümüz düzen, aslında bu hayat mücadelesinin bir devamı olan, sosyal rekabet oyununun meydana getirdiği kurallardır. Bu kurallar, toplumsal düzende hayatta kalmak zorunda olan bireyler tarafından "Halk tarzlarında" ifadesini bulur. Bundan sonra ise bu zorunlu kurallar, kanunlara ve hukuka geçer. O halde hukuk kurallarında ifadesini bulan davranış kurallarına dair örnekler, aslında uzun zaman boyunca bireyin toplumsal hayatta öğrendiği ve kendini toplum içinde ayakta tutan uzlaşmalardır.

Örf ve adet, ahlak ve hukuk kuralları, aslında toplumsal düzenin varlığının devam için ve bu düzende hayatta kalmak isteyen bireye yönelik olarak toplum tarafından kabul ettirilen/birey tarafından bilinç dışı olarak kabul edilen kurallardır. Başlangıçta "halk tarzları" bir bütün iken, zamanla içinden bir kısmı belirli değerlerle donatılır, birbirlerinden farklı müeyyidelere tabi tutulurlar. Sumner, "halk tarzları"nın içine ahlak kurallarını da dahil ederek, bunların dürüst, namuslu yaşamı belirleyen, birtakım yasak ve emirle şeklinde beliren halk tarzları olarak ifade eder. Ahlak kuralları bu anlamda örf ve adet kurallarından ayrılırlar. Örf ve adetler birer davranış biçiminden ibaret iken, ahlak artık kural olma niteliğine kavuşmuş ve sorgulanmadan kabul edilen birer dogma haline konmuş olan davranışları temsil etmektedirler. Dogmalaşır çünkü artık "böyle yapılagelmek" vasfından başka ahlak kuralları "böyle olması gerek" vafına da sahip olur. Böylece, Halk tarzları, ahlak kuralları silüetine büründüğünde artık toplum ve fert nezninde, etik bir meşruiyet de kazanmış olur. Hukuk kurallarına gelince, bunlar da birer halk tarzı olup, örf ve adetlerle beslenirler. Müeyyideleri ise, toplum tarafından meşruiyet kazanma ya da dogma şeklinde bir önkabul olarak değil, bir tasvip etme ve toplumda genel olarak spontane gelişen kurallar olarak meydana gelirler. Bundan başka örf ve ahlak kurallarından farklı olarak, siyasi bakımdan teşkilatlanmış bir örgütün koyduğu özel, sınırları belli birtakım müeyyidelerine de sahip olurlar. Sumner bu anlamda, örflerin toplumda belirli bir olgunluğa erişince siyasi bakımdan teşkilatlanmış toplumun teşkilatlanmış müeyyidesine ulaştığını ve böylece hukuk kuralı haline geldiklerini, örfleri geride bırakan radikal değişimlerin ise tasvip edilmeyeceğini belirtir.

alanı bakımından bir farklılık olduğunu gösterir. Bununla birlikte hukuk kurallarının zaman zaman bireyin iç dünyasına önem atfettiği ve netice bağladığı durumlar da söz konusu olup, özellikle ceza hukuku bakımından failin cezalandırılması için kastın aranması örnek olarak gösterilebilir.⁵⁹ Ancak hukukta bu tür durumların varlığı kural değil istisna niteliktedir. Ayrıca hukuk kuralları, ahlak kurallarından farklı olarak bireylere sadece yükümlülükler getirmekle kalmaz; aynı zamanda birtakım haklar ve yetkiler de tanır.⁶⁰

Genel olarak ahlak kuralları ile hukuk kuralları arasındaki en önemli farklılık *tabi oldukları yaptırımların farklı olması* görülmüştür. Hukuk kurallarına uymayanlara karşı kamu gücü aracılığı ile yaptırım uygulanırken, ahlak kurallarına uymayanlara karşı kamu gücü aracılığı ile bir yaptırım uygulanmaz; daha önce bahsedildiği gibi bu tür davranışlar toplum tarafından horgörülme, dışlanma gibi manevi nitelikte yaptırımlarla karşılaşır.⁶¹ Oysa hukuk kuralları, ahlak kurallarından farklı olarak devlet otoritesi tarafından teşkilatlı ve düzenli bir biçimde güvenceye alınmıştır.

Hukuk kurallarına aykırı hareket edildiği takdirde, gerek bireylerin gerekse toplumun ortak menfaatinin derhal zarar görmesi ve sarsılması söz konusu iken, ahlak kurallarının ihlali neticesinde bu tür bir yakın tehlike ve zarar yoktur. Doğacak olan

⁵⁹ Atay, 2013, s. 23.

⁶⁰ Demir ve Deryal, 2013, s. 15; Atay, 2013, s. 26.

⁶¹ Gözübüyük, 2013, s. 11; Atay, 2013, s. 25; Adal, 2012, s. 28; Cansel ve Özel, 2006, s. 95; İ. Yılmaz Aslan ve diğerleri, **Hukuka Giriş**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2008, s. 8; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Bilimine Başlangıç**, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1958, s. 48 vd; Bu noktada GÖZLER daha farklı bir tutum izlemiş; hukuk ve ahlak kurallarının yaptırımlarındaki farklılığın yalnızca tek bir noktada toplamış olduğunu belirtmiştir. Buna göre ahlak kurallarında, hukuk kurallarından farklı olarak içe dönük bir yaptırım yalnızca vicdanen ortaya çıkan rahatsızlıktır. GÖZLER, doktrinde genel olarak ifade edilenin aksine; “toplumun gösterdiği tepki”, “toplumun ayıplaması”, “hoş görmemesi” yahut “küçük görmesi” şeklinde gerçekleşen toplumsal tepkilerin, ahlak kurallarına aykırılığın değil, aslında “örf ve adet” kurallarına aykırılığın yaptırımı olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Gözler, 2014, s. 42.

zarar o toplumun huzur ortamını bozacak nitelikte olabilir ve hatta kamu vicdanında ağır tahribatlara da yol açabilir, ancak bu tehlike ve zarar durumu, bireylerin can güvenliğine kast edecek boyuta varmaz; böyle bir durumda zaten artık hukuk kuralları devreye girmiş olur. Nitekim birtakım hukuk kurallarının bireyin hak ve özgürlük alanına doğrudan müdahale etmesinin, birey tarafından en genel anlamı ile meşru görülmesinin sebeplerinden biri de budur.⁶² Devletin kendisine güvenli ve huzurlu bir yaşam ortamı sağlaması karşısında, o da içinde yaşadığı toplumun menfaatleri ile kendi menfaatleri arasında kurulacak olan dengeye uyum sağlamaktadır. Oysa ki sosyal ahlak kuralları her ne kadar toplumun çoğunluğu tarafından benimsenmiş olsa da, bireyin bu kurallara riayet etme zorunluluğunun olduğunu söylemek, yine toplum vicdanının kendisine düşen bir görev olup, devletin bu alana müdahale etmesi söz konusu olmamalıdır.

Hukuk kurallarına uymama sonucundakarşılaşılabacak yaptırımın derecesi, türü, ve uygulanma biçimi yine ahlak kurallarının aksine önceden bellidir. Hukuk kuralları genellikle bir biçime bağlı olarak, yasa haline getirilmiş kurallardır. Ahlak kurallarının bu anlamda uygulayıcısı kamu gücü yani devlet olmadığı gibi; bu kurallara uymamanın yaptırım derecesi ve niteliği de belli değildir.⁶³ Ahlak kuralları yasa haline gelmemiş olup ancak toplum vicdanında yaşarlar. Ahlak, sübjektif ve değişken bir olgu olduğu için, ahlaka aykırı olarak nitelendirilen ve birbirilerine benzeyen iki aynı davranış, toplumda farklı tepkilerle karşılaşabilir. Hatta bu durum zaman zaman bireyler için eşitsiz durumlar da doğurabilir. Ahlak kurallarının ihlali neticesinde toplumun, hangi

⁶² Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Fendoğlu, 1995, s. 11.

⁶³ Bilge, 2009, s. 15.

davranışa ne kadar hoşgörü göstereceğini ya da bu davranışı, hangi derecede ve şiddette kınama yoluna gideceği bilinemez. Hukuk kurallarında ise durum daha belirgin olup, bireylerin hukuk kurallarını ihlalleri neticesinde ortaya çıkacak olan hukuki yaptırım önceden bellidir. Bu yüzden de ahlak ve hukuk kuralları arasında en önemli fark *yaptırım farkı* olarak kabul edilir. Zira hukuk kurallarının ihlali durumunda, bu ihlalin derecesine göre ve örgütlü bir devlet gücü ile müdahale edilir. Bu müdahalenin niteliği ve şiddeti ise mutahaplarınca bilinebilir.

Bir ahlak kuralı hukuk kuralı haline getirilmedikçe, devlet toplumsal ahlaka aykırı durum ya da davranışlarla ilgilenmez.⁶⁴ Ahlak kurallarının hukuk kuralları haline gelmesi halinde, ahlak kuralları her iki kategoride de yer almış, bir bakıma tekrarlanmış olur, örneğin yukarıda da belirtildiği üzere hırsızlık yapmak ayıptır ve aynı şekilde hırsızlık TCK'da da suç olarak düzenlenmiştir. Hukuk düzeni böylece hırsızlık yapmanın toplum tarafından kınanmasını ve ayıplanmasını yeterli görmeyerek, hırsızlık yapılmasını maddi bir müeyyideye de tabi tutmuştur. Burada ahlak kuralından, hukuk kuralına doğru açık bir dönüşüm gerçekleşmiştir. Bazen de hukuk kuralları, ahlak kurallarına sadece atıf yapmakla yetinir. Ahlaka aykırı olarak nitelenen durumun ne olduğunu ya da hangi şartlarda hukuksal sonuca tabi olduğunu açık açık yazmaz ve sadece “ahlaka aykırılık” durumuna hukuksal bir statü kazandırır. Çalışma konumuz olan kolluk kanunlarında geçen hükümler de keza bu şekildedir.

Bir toplumda geçerli olan ahlak kuralları, o toplumun tamamına yakını tarafından benimsenmiş olsa dahi, devletin bu çoğunluğun benimsediği ahlak

⁶⁴ Önen, 2009, s. 29.

kurallarına olan mesafesi her zaman ölçülü olmalıdır. Zira devletin zor kullanma gücünü bu toplumsal ahlak kurallarını korumak için kullanması ağır bir hukuksuzluk durumu yaratır. Ancak içinde yaşadığı toplumun bu emirlerine karşı gelmek isteyen yahut artık bu ortak değerleri paylaşmayan birey, bulunduğu toplumsal konumunu, yerleşkesini ya da ahlak kuralları ile karşılaştığı zemini terk etme imkanı vardır. Bu o bireyin tercih hakkı olup istediği zaman bu hakkı kullanabilir. Ancak karşılaştığı bu ahlak temelli kurallar, emir ve yaptırımlar ile hukuk kuralları vasıtası ile karşılaşırsa artık bu kişinin seçim yapma şansı kalmaz. O halde devlet, belli bir dönemin, belli bir bölgenin yahut bir zümrenin ahlak kurallarını, hukuk kuralı olarak uygulamaya kalktığı takdirde bireyin yaşam alanına ve tercihlerine doğrudan müdahale etmiş olacaktır.

Hukuk kuralları devletin yetkili organları tarafından konulan ve genellikle de yazılı olan kurallardır. Bu açıdan, ahlak kuralları ile hukuk kuralları arasındaki ayrımda “yazılılık” da bir kriter olarak kullanılabilir.⁶⁵ Her ne kadar yazılı olmayan hukuk kurallarının varlığına rastlansa da, hukuk kuralları genel olarak yazılıdır ve kamunun ulaşabileceği açıklıktadır. Bununla birlikte ahlak kuralları böyle değildir; ahlak kuralları bazen kişinin vicdanından, bazense toplumda yerleşmiş değer yargılarından kaynaklanırlar ve yazılı halde bulunmazlar. Bununla birlikte hukuk kuralları ile ahlak kuralları arasında “yazılılık” unsurunun elverişli bir kriter olmadığı yönünde değerlendirmeler de vardır. Bu görüşe göre, hukuk kurallarına kaynaklık eden örf ve adetler de yazılı olmadığı gibi ayrıca eski toplumlar bir yana, bugünkü Anglo - Sakson

⁶⁵ Atay, 2013, s. 25; Cansel ve Özel, 2006, s. 96.

lkelerinde gelenek hukukunun büyük bir önem taşıdığı savunulur.⁶⁶ Kanaatimizce bu argümanlar “yazılılık” unsurunu kriter olmaktan çıkarmak için yeterli değildir; burada yazılılık ile kastedilen kuralın yalnızca bir metin halinde herhangi bir şekilde yazıya dökülmüş olmaktan ziyade; kuralın içeriğinin belirli olması ve kamunun ulaşımına açık olmasıdır. Ahlak kuralları ise içeriğinde gelenekler, alışkanlıklar, dinsel inançlara dayanan değerler gibi çok farklı unsurlar barındırdıkları için, devamlı suretle değişirler ve derli toplu bir şekilde bu kurallara erişmek mümkün değildir.

Hukuk kuralları toplumsal amaçlarını gerçekleştirirken her somut uyuşmazlıkta belli bir kesin çözüme ulaşmak zorundadır. Hukuk uygulayıcısı bu kesin çözüme ulaşmak için başvurduğu yazılı kurallardan hareket eder ve bu kurallar ne kadar somut ve açık olursa ulaşılacak sonuç da hukuk devletinde yaşayan bireyin, hukuki güvenliğini o denli güçlü sağlar. Ahlak kurallarının ise toplumsal hayatta ortaya çıkan uyuşmazlıkları karara bağlama ve toplumda huzur, barış ve en önemlisi güven ortamını tesis etmek gibi görevleri yoktur. Her ne kadar ahlak kuralları, toplumsal huzur ve barış ortamını korumaya yardımcı olsa da ve bunu amaçladığı ifade edilse de, toplumsal düzenin sarsılması halinde, yahut bireylerin can güvenliğine yönelik bir tehlike ortaya çıktığında, ahlak kurallarının bu tehlikeyi bertaraf etme gücü ve misyonu yoktur.

⁶⁶ Bilge, 2009, s. 16.

II. HUKUKTA BELİRSİZ KAVRAM SORUNU VE BELİRSİZ BİR KAVRAM OLARAK “GENEL AHLAK”

A. Hukukta Belirsiz Kavram Üzerine Bir Tartışma

Hukuki belirsizlik sorunu üzerine gerçekleştirilen tartışmaların ağırlıklı yönü, hukuk kurallarının belirsiz nitelikte olması noktasında toplanmaktadır. Bu belirsizlik karşısında, hakimin önüne gelen davalarda nasıl bir yol izlemesi gerektiği ve hakimin hukuk yaratma yetkisini kullanmasının araştırılması, bu çalışmanın amacı dışında kalan bir alandır. Ancak gerek hakimin, gerek çalışmamız açısından idare ve kolluk güçlerinin; hayatın günlük akışı içinde, bireylere yönelik tesis edecekleri işlemler ve gerçekleştirecekleri eylemler açısından hukuk kurallarına ilişkin belirsizlik, hukuk devletinin gereği olan hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkelerini tehlikeye düşüren durumlar yaratabilmektedir. Özellikle kolluk makam ve görevlilerinin bireylerin hak ve özgürlüklerine yönelik müdahalelerinde çoğunlukla karşı karşıya kaldıkları hukuki belirsizlik durumunun iki farklı nedeni olduğu belirtilebilir. İlk olarak mevzuatta geçen kanun koyucunun seçtiği kelimeler ve kanunun amacı, açık ve belirgindir. Böylece mevzuatın anlaşılması konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. Ancak bu hükmü somut olaya uygulayacak olan hakim açısından soyut hukuk normu ile somut olarak eldeki veriler ile gündelik hayatın pratiği arasında bir değerlendirme, bağdaştırma sorunu vardır.⁶⁷ İkinci olarak ise hukuk kuralını uygulayacak olan hakim veya hukuk kuralının gereklerine uygun olarak işlem tesis edecek olan idare açısından oluşan sorun bu kuralın niteliği ile ilgilidir. Bizzat kuralın yer aldığı kanun hükmünün dili ve

⁶⁷ Gülriz Uygur, “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2002, C. 51, S. 2, ss. 1-18, s. 4.

düzenlenme amacı ile ilgili bir sorun yaşanmaktadır. İşte bir hukuk kuralının yazılış şeklinden veya bizzatıhi kuralın kendi anlamından kaynaklanan -bir hukuk kuralında yer almasa dahi- başlı başına belirsiz ve yoruma açık kavramların yarattığı belirsizlik durumudur. Genelde kolluk güçlerinin karşı karşıya kaldığı hukuki belirsizlik sorunu ve özelde “genel ahlak” sebebiyle polise yetki veren ve bu amaçla gerçekleştirilecek olan temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalede karşı karşıya kalınan sorun da bu niteliktedir. Polisin kendi ahlak anlayışı ile genel ahlaka uygunluk arasında kalması, hangi toplumsal olayın genel ahlaka aykırı olduğunu belirlerken, kişisel değer yargılarının da gündeme gelmesi söz konusudur. Bu durum ise aslında bu çalışmada vurgulamak istenen temel hak ve özgürlüklere ve hukuk devletinin gereklerine yönelik ciddi bir tehdit ve tehlikedir. Oysa ki hukuki öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik ilkelerinin gereğinin yerine getirilmesi Anayasa Mahkemesi'nin de vurguladığı gibi hukuk devletinin bir gereğidir. Hukuki öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik ilkeleri, bireylerin hukuk düzeninin gereklerini önceden bilebilmelerini ve buna göre davranışlarını düzenlemelerini sağlar. Nitekim hukuk kurallarının belirsiz olduğu durumlarda bu iki ilke de, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine yapılacak müdahalelerde ağır hukuka aykırılıklar ile sonuçlanabilir. Zira açık ve belirgin olmayan hukuk kuralı; bu kurala riayet etmesi beklenen birey için ne kadar belirsiz ise, bu kuralın uygulayıcısı olan kolluk personeli için de aynı şekilde belirsiz ve yoruma açıktır.

Hukuk düzeninde bireylerin hak veya özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyan hükümlerin belirsiz, yoruma açık nitelikte olmaları ise hukukta belirsiz kavramların neden olduğu sorunların en yoğun gözlemlendiği alanı oluşturmaktadır. Bununla birlikte belirsiz nitelikteki hükümler yalnızca temel hak ve özgürlüklerin

sınırlandırılmasına yönelik hükümlerde değil, aynı zamanda mevzuatta yer alan ve demokratik anlamda olumlu olarak nitelendirilebilecek hükümlerde de söz konusudur.

Örneğin ARMAĞAN,1982 Anayasası'nın ilk halinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını düzenleyen 13. maddenin 2. fıkrasında geçen *"...demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz"* şeklindeki sınır belirlemeye yönelik ifadeleri açık olmamaları, belirsiz olmaları sebebiyle eleştirilerek, ilgili Anayasa hükmünü her tarafa çekilebilecek kadar müphem ve nasıl uygulanacağı pek belli olmayan bir hüküm olarak nitelemiştir.⁶⁸ Bu belirsizlik ise bireyin anayasal düzeyde korunmuş olan temel hak ve özgürlüğüne yönelik adeta bir tehdit oluşturacaktır. Zira sınırlandırmanın sınırı açık olmadığı takdirde, temel hak ve özgürlüklere yönelik muhtemel keyfi müdahale riski de o denli artacak, üstelik bu müdahalenin hukuka uygunluğunun denetlenmesi de zorlaşacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin "hukukta belirlilik ilkesi"nin anlamını açıkladığı kararına bakarak "belirlilik" kavramını nasıl anlamlandırdığını inceleyecek olursak:

"Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı

⁶⁸ Servet Armağan, Türk Anayasa Hukukunda Temel Hakların Düzenlenmesi Ve Sınırlanması, (Şematik Bir Açıklama), **İdare Hukuku İlimleri Dergisi**, 1991, S. 1-3, ss. 69-91, s. 83.

olup birey, yasadān, belirli bir keskinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir.⁶⁹ Ancak bu durumda kendisinedüşen yükümlölükleriöngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların

⁶⁹ Buraya kadar olan yapılan “belirlilik” tanımı Anayasa Mahkemesi’nin sonraki kararlarında da aynı şekilde kullanılmıştır. Anayasa Mahkemesi’nin, bu tanıma bağlı kalarak ve hukuki belirliliğin önemine dikkat çekerek verdiği pek çok kararı vardır. Kararlar aşağıdaki gibi olup kolay takip edilebilmesi için şu şekilde numaralandırılmıştır:

Karar 1 AYM, E. 2013/46, K. 2013/140, K.T: 28.11.2013, (31.1.2013 günlü, 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu’nun 13. ve 20. Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Karar) R.G.Tarih-Sayı: 27.3.2014-28954; **Karar 2** AYM, E. 2013/67, K. 2013/164, K.T. 26.12.2013(5275 Sayılı Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 42. Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Karar) R.G.Tarih-Sayı: 27 Mart 2014-28954; **Karar 3** AYM, E.2008/115, K.2011/86, K.T. 2.6.2011 (5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun 6., 7., 9., 31., 36., 60. Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Karar) R.G.Tarih-Sayı: 17.03.2012-28236; **Karar 4** AYM, E.2009/21, K. 2011/16,K.T. 13.1.2011 (213 Sayılı Vergi Usul Kanunu’nun Mükerrer 355. Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Karar) R.G.Tarih-Sayı: 02.04 2011-27893; **Karar 5** AYM, E.2010/28, K. 2011/139, K.T. 20.10.2011 (657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 125. Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Karar) R.G.Tarih-Sayı: 7 Şubat 2012-28197; **Karar 6** AYM, E. 2009/29, K. 2010/66, K.T. 13.5.2010 (2559 Sayılı Polis Vazife Ve Salahiyet Kanunu’nun 6. Maddesinin Son Fıkrasında Değişiklik Yapılması Hakkında Karar) R.G.Tarih-Sayı: 22 Ekim 2010-27737; **Karar 7** AYM, E.2013/39, K.2013/65, K.T. 22/5/2013 (8.2.2007 günlü, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu’nun 10. Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Karar) R.G.Tarih-Sayı: 12.07.2013-28705; **Karar 8** AYM, Başvuru Numarası : 2012/1035, K.T. 17/7/2014, R.G.Tarih-Sayı: 16 Ekim 2014-29147; **Karar 9** AYM, E. 2013/39, K. 2013/65, K.T. 22.5.2013 (5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu’nun 10. Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Karar) R.G.Tarih-Sayı: 12 Temmuz 2013-2870; **Karar 10** AYM, E.2008/31, K.2011/94, (7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun Ek 1. Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Karar) Sayılı, R.G.Tarih-Sayı: 21.10.2011-28091; **Karar 11** AYM, E.2012/18, K. 2013/80, K.T. 18.6.2013 (6253 Sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Kanunu’nun 29. Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Karar) R.G.Tarih-Sayı: 28 Aralık 2013-28865; **Karar 12** AYM, E. 2011/141, K. 2013/10, K.T. 10.1.2013 (664 Sayılı Atatürk Kültür, Dil Ve Tarih Yüksek Kurumu Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Karar) R.G.Tarih-Sayı: 28 Aralık 2013-28865; **Karar 13** AYM, E. 2012/33, K. 2012/174, K.T. 8.11.2012 (6270 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hakkında Karar) R.G.Tarih-Sayı: 21 Eylül 2013-28772; **Karar 14** AYM, E. 2012/1, K. 2012/147, K.T. 11.10.2012 (1632 Sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun 169. Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Karar) R.G.Tarih-Sayı:22.11.2013-28829;**Karar 15** AYM, E. 2012/65, K. 2012/128, K.T. 20.9.2012,6287 (Sayılı İlköğretim Ve Eğitim Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Karar) R.G.Tarih-Sayı: 18 Nisan 2013- 28622; **Karar 16** AYM,E. 2011/59, K. 2012/34, K.T: 1.3.2012 (6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Karar) R.G.Tarih-Sayı: 02.04.2013-28606(Mükerrer); **Karar 17** AYM, E. 2012/94, K. 2013/89, K.T. 10.7.2013 (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Karar) R.G.Tarih-Sayı: 25.01. 2014-28893; **Karar 18** AYM, E.2011/29, K. 2012/49, K.T. 30.3.2012 (6110 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar) R.G.Tarih-Sayı: 01.01.2013-28515; **Karar 19** AYM, E. 2010/7, K. 2011/172, K.T. 22.12.2011 (31.12.1960 Günlü, 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun, 4.6.2008 Günlü, 5766 Sayılı Kanun’un 8. Maddesiyle Eklenen Geçici 73. Maddesinin Anayasa’nın 2. Maddesine Aykırılığı Savıyla İptali İstemi) R.G. Tarih-Sayı: 14.02.2012-28204; **Karar 20** AYM E.2010/29, K.2010/90, K.T. 16.7.2010 (1.1.2010 günlü, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Karar) R.G. Tarih-Sayı : 04.12.2010-27775;

öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Yasa kuralı, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir. 'Öngörülebilirlik şartı' olarak nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulanmasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır. Belirlilik, kişilerin hukuk güvenliğini korumakla birlikte idarede istikrarı da sağlar.”⁷⁰

O halde Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde belirtildiği üzere hukuk devleti olmanın bir gereğinin de, hukuk düzeninde belirliliğin sağlanması olduğunu belirterek; belirlilik ilkesinin gereğinin yerine getirilmesi için üç ana unsurun varlığı üzerinde durmaktadır.

Bunlardan ilki; yasal düzenlemenin niteliğine ilişkin olarak açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olma özelliklerinin sağlanmasıdır. Buna göre yasal düzenleme, kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarının önüne geçecek şekilde yapılmalıdır. Ayrıca temel hak ve özgürlüklere yönelik haksız müdahalelerin önlenmesi için, yasanın koruyucu tedbirleri alması gereklidir.

Burada özellikle idare organlarının keyfiliğinin engellenmesi için kanun maddesinin ne şekilde yorumlanmayacağını belirtmesi, idarenin yetki sınırlarının

⁷⁰ AYM, E.2005/5, K.2008/93 K.T 17.4.2008, R.G.Tarih-Sayı 05.11.2008-27045.

yasa ile çizilmesi ve her koşulda idarenin takdir yetkisinin sınırsız bir yetki olmadığına hatırlatılması gerekir.

İkinci olarak Anayasa Mahkemesi, “belirlilik ilkesi”nin, hukuksal güvenlikle bağlantılı olduğunu belirtmiştir. Buna göre birey hangi somut eylem ve olgu karşısında, hangi hukuki sonucun doğacağını ve karşılaşacağı yaptırımın niteliğini bilmelidir. Bundan başka mahkeme, bireylerin devlete güven duymasını ve devletin de bu güven duygusunu sarsacak yasal düzenlemelerden kaçınması gereğini vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi “hukuki güvenliğin” önemini bir kararında şu şekilde vurgulamıştır: *“...Bireyin insan olarak varlığının korunmasını amaçlayan hukuk devletinde vatandaşların hukuk güvenliğinin sağlanması zorunludur. Devlet açık ve belirgin hukuk kurallarını yürürlüğe koyarak bunları uyguladığı zaman hukuk güvenliği sağlanır. Yasalarda yapılan değişikliklerin toplumsal gerçeklerle uyumlu olması ve adaletli kurallar içermesi gerekir.”*⁷¹

Üçüncü olarak ise Anayasa Mahkemesi, “hukuk güvenliği” ilkesinin bir gereği olarak hukuk kurallarının öngörülebilir nitelikte olması gereğini belirterek “hukuki öngörülebilirlik ilkesi”ni açıklamıştır. Şöyle ki, yasa kuralı, ilgili kişilerin mevcut konumunda belirli bir işlemin ne tür sonuçlar yaratabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde olmalıdır. Yasanın uygulamasında, idarenin takdir yetkisinin kapsamı ve uygulaması bireyleri, devletin keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır.

⁷¹ AYM, E. 2003/67, K. 2003/88, K.T 8.10.2003, R.G.Tarih-Sayı: 28.02.2004-25387.

Anılan karara konu itiraza ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi, idari makamlara yasa ile idari para cezasının alt ve üst sınırının gösterilmesi yetkisinin verilmesini ve bu yetki içinde cezayı uygulama yetkisinin de yine idareye bırakılmasını ve bu noktalarda uygulamada esas alınacak ölçütün açık, belirgin ve somut olarak yasada yer almamasını “hukuki belirlilik” ilkesine aykırılık olarak değerlendirmiştir. Nitekim ileride detaylı olarak anlatılacağı üzere bu durum, aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabilir ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Yasallık ilkesine, yalnızca şekli anlamda bir yasal dayanağa başvurarak uyulmuş olunmaz. Aynı zamanda bu yasanın muhatapları açısından da mevcut hukuki dayanağın açık net olarak anlaşılabilir olması, idarenin keyfi uygulamalarına yer vermeyecek bir biçimde düzenlenmiş olması ile uyulmuş olunur.

Anayasa Mahkemesi söz konusu hükümde alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanının geniş, sınırsız ve ölçüsüz olması sebebiyle, hükmün farklı yorumlara neden olabileceğini belirtmiştir. Bu noktada idarenin takdir yetkisini kullanırken geçerli sebeplerin ve objektif ölçütlerin yasada belirtilmesi gereğine işaret etmiştir. Yasa kuralı geçerli olduğu ve böylece uygulamada olduğu sürece keyfi uygulamaların da devam edeceği düşünüldüğünde, idarenin keyfi bir uygulaması durumunda yargı yoluna başvurulabilecek olması Anayasa Mahkemesi’nin aradığı hukuki güvenlik koşulunu sağlar nitelikte görülmemiştir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi hukuki belirlilik ilkesinin gereklerinden biri olarak hukuki öngörülebilirlik şartını şu şekilde açıklamıştır: *“Yasa kuralı, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir*

düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir. “Öngörülebilirlik Şartı” olarak nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulanmasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır. Belirlilik, kişilerin hukuk güvenliğini korumakla birlikte idare de istikrarı da sağlar.”⁷²

Sosyal, siyasal ve ekonomik koşullar, modern toplumun gelişmesi ile günden güne farklılaşmış; kimi durumlarda idareye birtakım yetkilerin tanınması gereği ortaya çıkmıştır. Bu gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimlerin ise yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılanabilmesi için çağdaş yönetimlerde idareye değişik alanlarda yaptırım uygulama yetkisi tanınmıştır.⁷³ Her ne kadar idarenin sahip olduğu bu yetki ile gerçekleştirdiği idari işlem ve eylemlere karşı yargı yolu açık olsa da; Anayasa Mahkemesi bu yargı güvencesinin uygulama aşamasından sonra ve ancak itiraz yoluyla ortaya çıkacağını ifade etmiştir. Oysa anlam ve kapsamı belirsiz nitelikte olan yasa kuralları yürürlükte olduğu sürece, bu yargı yolu güvencesi idarenin muhtemel keyfi uygulamalarını ortadan kaldırmaya yeterli değildir. Bu vesile ile hukuk kuralları, yargının yorumuna ihtiyaç göstermeyecek ve uygulayıcılar tarafından anlaşılabilir şekilde açık ve belirgin olmalı, gerek kuralın muhataplarına, gerekse uygulayıcılarına güvence vermelidir.

Anayasa Mahkemesi, 3233 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile 2559 sayılı PVSK’nın 5. maddesinde yazılı hallere bir yenisinin eklenmesine dair kararı hukuki belirlilik ile kolluğun keyfi uygulamaları arasındaki ilişki bakımından önemli bir örnektir. Buna

⁷² AYM, E. 2011/22, K. 2012/31, K.T. 1.3.2012, R.G. Tarih-Sayı: 13.10.2012-28440.

⁷³ AYM, E.2011/22, K. 2012/31, K.T. 1.3.2012, R.G. Tarih-Sayı: 13.10.2012-28440.

göre, genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanların da polisçe parmak izleri ve fotoğraflarının alınabileceğine ilişkin hükmün iptali istenmiş, Anayasa Mahkemesi ise, 2559 sayılı PVSK'nın 5. maddesinin(f) bendine eklenmiş olan bu kuralla ne gibi bir toplumsal faydanın amaçlandığının ve maddenin kimleri kapsadığının açık olmadığını saptamıştır.

Böylesine açık olmayan ifadelerin özellikle de “genel ahlak ve edep” ifadesinin belirsizliği sebebiyle ortaya çıkacak hukuksuzlukları ve sakıncalarını ise Anayasa Mahkemesi şu şekilde ifade etmiştir:⁷⁴ *“İptali istenen kuralda yasaklanan eylemin ne olduğu açıkça belirtilmemiştir. Bu belirsizliğe bağlı olarak kimi durumlarda parmak izi, fotoğraf almaktaki amaç da -kişiyi taciz etmek ayırık tutulursa- anlaşılamamaktadır. Uygulama tamamen polise bırakılmıştır. Polis gördüğü bir olayı kendi ölçülerine göre değerlendirecek, bunun genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen bir davranış olduğuna karar verecek ve böylece suç olmayan bir eylemi nedeniyle kişiyi karakola çağırıp ya da zor kullanarak karakola götürüp parmak izi ve fotoğrafını alabilecektir...polisin ya da siyasî iktidarların ahlak anlayışlarına bağlı olarak, suç teşkil etmeyen ve hoşgörü ile karşılanabilecek kimi eylemlerin failleri de genel ahlak ve edepkurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışlar içerisinde bulundukları gerekçesiyle, genel kadınlar, eşcinseller, fuhuşla melûf olanlarla aynı kategoride mütalaa edilerek parmak izleri ve fotoğrafları alınabilecektir. Uygulamanın böyle bir yönde gelişmesine, maddede yer alan, zamana,*

⁷⁴ AYM, E. 1985/8, K. 1986/27, K.T. 26.11.1986, R.G.Tarih-Sayı: 14.08.1987-1954.

*yere ve kişiye göre değişebilen "genel ahlak ve edep", "utanç verici" gibi sübjektif takdire elverişli ölçütlerengel olamayacağı gibi bu konuda, takdirin polise bırakılması da kişi güvenliğini zedeleyebilir."*⁷⁵

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın özgürlüklere saygılı olunmasını istemekle yetinmeyen, aynı zamanda bunların kullanılmasını sağlayacak önemlerin alınması ile devleti görevli sayan özgürlükçü bir görüşü benimsediğini ifade ederek, kişinin polisçe "genel ahlak ve edebe uygunluk" yargısından geçirilebileceği endişesi ve tedirginliği içinde yaşama zorunda bırakan inceleme konusu hükmün, Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklere yönelik yaklaşımı ile bağdaşmadığını isabetli olarak belirtmiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesi belirsiz kavramlara ilişkin bu olumlu tutumunu aynı kararda 2559 sayılı PVSK'nın 8.maddesine eklenen (d) bendinde göstermemiştir, buna göre; polisçe kat'i delil elde edilmesi durumunda mahallin en büyük mülki amirinin emriyle devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne Anayasa düzenine, genel güvenliğe ve genel ahlaka zararı dokunacak oyun oynatılan, temsil verilen, film veya video bant gösterilen yerlerin, polis tarafından kapatılacağı ve/veya faaliyetten men edileceğine dair eklenen hükmü, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bulmuştur.⁷⁶ Anayasa Mahkemesi kararlarında belirsiz ve soyut kavram ile hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik arasındaki ilişkinin nasıl değerlendirildiğine ilişkin önemli görülen örnek kararlara bakmakta fayda vardır.

⁷⁵ Karar, kişi haklarının korunması için belirsizlikten uzak durulması gerektiğini vurgulamak açısından olumlu olarak değerlendirilebilecekken, eşcinselliği "genel ahlak ve edebe" uygun olmayan "utanç verici" olarak da nitelediği görülmektedir. Bu ise ayrı bir tartışmanın konusu olabilir.

⁷⁶ AYM, E. 1985/8, K. 1986/27, K.T. 26.11.1986, R.G. Tarih-Sayı: 14.08.1987-1954.

3266 sayılı Yasanın 1. maddesiyle değiştirilen 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu'nun 1. maddesinde 18 yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapacağı anlaşılan mevkute ve mevkute tanımına girmeyen diğer basılmış eserlerin sınırlamalara tabi tutulacağı ifade edilmiş ve ilgili hükümdeki “maneviyat” ve “muzır” kavramlarının belirsizliği ve sübjektif yorumlara açık olduğu gerekçesi ile açılan iptal davasını inceleyen Anayasa Mahkemesi, 1. maddedeki “maneviyat” ve “muzır” kavramlarının uygulamada duraksamalara ve sübjektif yorumlara dayalı eksik ya da yanlış kararları önleyebilecek açıklayıcı öğelerinin, aynı yasanın 2. maddesinin ikinci fıkrası ile göndermede bulunulan 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu’ndaki “Genel Amaçlar” ve “Temel İlkeler”de bulunabileceğini belirterek göndermede bulunan yasadaki ilgili temel ilkeleri belirterek belirsiz olduğu iddia olunan kavramların aslında başka bir kanunla belirlenebilir nitelikte olduğunu ifade etmiştir.⁷⁷ Anayasa Mahkemesi’ne göre ilgili kurallara aykırı bir yayın türü “muzır”ın sınırları içine girebilecektir.

Anayasa Mahkemesi “ağır suç veya disiplinsizlik” fiillerini ise, belirsiz kavramlar olarak görmemiş olup, belirlenen çerçeve içinde idarenin keyfi yorum ve uygulamalarına karşı yeterli koruma sağladığı anlaşıldığından, dava konusu kuralda belirtilen ağır suç ve disiplinsizlik teşkil eden fiillerin silahlı kuvvetlerden ayırma cezasını gerektiren disiplinsizlikler arasında sayılan hizmete engel davranışlarda

⁷⁷ AYM, E. 1986/12, K.1987/4 K.T. 11.2.1987, R.G. Tarih-Sayı: 21.11.1987-19641.

bulunmak tanımında yer almasının da hukuk devleti ilkesine de bir aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir.⁷⁸

Anayasa Mahkemesi “maksadı mahsus” teriminin hukuka aykırılığını incelediği kararı da belirsiz kavramların yol açabileceği hak kaybına dikkat çekmek için önemli bir karardır.⁷⁹ Mahkeme, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri hakkındaki 6761 sayılı Kanun’un 3. maddesiyle 12. maddesinin (f) bendinde yer alan gösteri ve protesto maksadıyla yapılacak toplantıların ve gösteri yürüyüşlerinin yasaklanması ile ilgili olarak bu bentte yer alan “maksadı mahsus” teriminin neyi ifade ettiğinin açıkça anlaşılmadığı ve her türlü yoruma elverişli bulunduğu için, kişinin temel haklarından olan toplantı ve gösteri yürüyüşünün belli şekil ve konularını kökünden kaldırmakta olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple de 1961 Anayasası’nın 11. maddesinin 2. fıkrasına aykırı olarak hak ve özgürlüğün özüne dokunmakta olduğunu ve Anayasa’ya aykırı olduğu sonucuna varmıştır.

3713 sayılı “Terörle Mücadele Kanunu”nun maddesinin 1. fıkrasındaki terör tanımında sayılan amaçların, terörün yöneldiği varlık ve değerlerin belirsiz olduğu ve uygulamada duraksamaya ayrıca keyfi yorum ve uygulamalara yol açacağı hukuksal çerçevesi ve anlamı belirsiz, yorum yoluyla ve takdirle suç yaratılmasına sebep olacak nitelikte olması sebebiyle suçun kanuniliği ve Anayasa madde 38’e aykırı olduğu gerekçesi ile iptali istenmiştir.

Anayasa Mahkemesi buna karşılık maddede sayılan hukuksal niteliklerin belirlenmiş olduğunu, amaçların incelenmesinde Türk Ceza Kanunu ile bağlantıya

⁷⁸ AYM, E. 2013/46, K. 2013/140, K.T. 28.11.2013, R.G. Tarih-Sayı: 27.3.2014-28954.

⁷⁹ AYM, E. 1962/208, K. 1963/1, K.T. 4.11.1963, R.G. Tarih-Sayı: 13.3.1963-11354.

öncelik verilmesi gerektiğini, “ekonomik düzen” kavramının, TCK’nın yürürlükten kaldırılan 141. ve 142. maddelerinde daha önce yer aldığını keza “kamu düzeni” kavramının da Anayasa Mahkemesi’nin daha önceki bir başka kararında belirtildiği üzere hukuk ve Anayasa dilinde artık varolduğunu ve anlamının yoruma muhtaç olmadığını ifade etmiştir.

İlgili kararda, ayrıca: *“Türk Ceza Kanunu’nun 526. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “amme emniyeti” (kamu güvenliği) “amme intizamı” (kamu düzeni) ve “mülahaza” gibi deyimler ve sözcükler itiraz yoluna başvuran mahkemenin kararında ileri sürüldüğü gibi kesinlik taşımayan yoruma muhtaç, kişilerin bakış açısına göre değişiklik gösteren sözcüklerden ibaret olmayıp tersine anlamları uygulamalarla belirlenmiş, hukuk ve Anayasa diline girmiş kavramlardandır, örneğin Anayasa’nın değişik 11., 16., değişik 19., 28., değişik 29., ve değişik 46. maddelerinde, “milli güvenlik” “kamu düzeni”, ve değişik 15. maddesinde “kanunla yetkili kılınan merci” deyimlerinin kullanıldığı görülmüştür. Hukuk diline ve kanunlara girmiş ve üstelik bir kısmı Anayasada yer almış bu terimlerin anlamının yoruma muhtaç olduğundan ve kişilere göre değişebileceğinden söz edilerek ve bu gibi nedenlere dayanılarak kanun hükmünün Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülemeyeceği şüphesiz bulunmaktadır.”⁸⁰ Anayasa Mahkemesi belirsiz kavramların bu tür bir suç tanımını yapan kanunda dahi bulunmasını sakıncalı olarak görmemiş, ilgili kavramların bulundukları mevzuat ve ait oldukları disiplin içerisinde yorumlanarak anlamlarının belirlenebileceğine işaret etmiştir. Ayrıca bu kavramların pozitif hukukta daha önce yer almalarını ise bir meşrulaştırma aracı olarak kullanmıştır.*

⁸⁰ AYM, E. 1973/12, K. 1973/24, K.T. 7/6/1973, R.G. Tarih-Sayı: 9.11.1973-14707.

Karara yönelik karşı oylarda bu kavramların sonuca ulaşmak için kullanılacak birer araç olduğu ve kullanılan yöntemlerdeki açıklık, değiştirilecek, bozulacak, tehlikeye düşürülecek kavram ve kurumlar konusunda doyurucu olmaktan uzak olduğu vurgulanmıştır. Bu şekilde tanımı tam olarak yapılmamış, kapsamı ve sınırı iyi çizilmemiş, en doğal tutum ve davranışları dahi sakıncalı gösterebilecek kavramların uygulamada güçlükler çıkararak korunacak düzeni daha korumasız halde bırakacağı ve bozabileceği ifade olunmuş bu nedenle “belirsizlik” sebebiyle Anayasa madde 2’ye açık aykırılık sebebiyle iptali gerektiği savunulmuştur.⁸¹

Bundan başka maddede geçen “her türlü eylem” ibaresinin de çok geniş ve belirsiz olduğu, düşünsel eylemlerin de madde kapsamına sokulmak suretiyle düşünce özgürlüğünün kısıtlanacağına ilişkin iddialarına karşılık Anayasa Mahkemesi, bu ibarenin genel bir anlatım olduğunu kabul etmekle birlikte, ilgili maddelerde gerek kendi içinde, gerekse diğer maddelerde bağlantılı sınırlamalar olduğunu belirterek tüm bu savların yerindelik ile ilgili olduğunu ve “terör” tanımının yeterince açık olduğunu belirterek, ilgili maddenin Anayasa madde 38’e aykırı olmadığına karar vermiştir.⁸²

İlgili Kanun’un 7. maddesinin 4. fıkrasında teröre destek olan vakıf, sendika ve benzer kurumlara uygulanacak yaptırımları düzenlemektedir. Fıkra da yer alan “benzeri kurumlar” deyiminin siyasi partileri ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarını kapsamadığının açık olduğu (özel hukuk tüzel kişileri dışında Anayasa’da özel olarak ayrı ayrı maddelerde düzenlenmiş oldukları için) belirtilmiştir. Böylece,

⁸¹ AYM, E. 1991/18, K. 1992/20, K.T. 31.3.1992, R.G.Tarih-Sayı: 27.01.1993-21478 (Mükerrer), Karşıoy gerekçesi; Yekta Güngör Özden ve Yalçın Acargün.

⁸² AYM, E. 1991/18, K. 1992/20, K.T. 31.3.1992, R.G.Tarih-Sayı: 27.01.1993-21478 (Mükerrer).

kapsamı belirsiz bir ceza kuralının Anayasa madde 38’de düzenlenmiş bulunan yasanın suç saymadığı bir eylem sebebiyle kimsenin cezalandırılmayacağı kuralına aykırı olması sebebiyle “benzeri kurumlar” sözcüklerinin iptali gerektiğine hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 48. maddesinin (1) numaralı fıkra hükmünün Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığını incelediği kararında⁸³ itiraz konusu kuralla, Kanun'un 37. ile 46. maddelerinde yer almayan fiillerle ilgili olarak disiplin cezasının uygulanabileceğinin öngörülmesinin belirsizliğe neden olduğunu belirtmiştir. Ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutukluların hangi fiili işlerlse disiplin cezasının uygulanacağı konusunda duraksamaya sebebiyet verdiği, bu şekilde bir belirsizliğin hukuki güvenlik ilkesi ile bağdaştırılmayacağını vurgulayan Anayasa Mahkemesi, ayrıca bu durumun kıyas yoluyla ceza tayinine de sebep olduğunu belirterek ilgili hükmü Anayasa madde 2 ve madde 38’e aykırı bularak iptal etmiştir. Zira bir hukuk devletinde, kanunun ne tür fiilleri yasakladığının hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde belirlenmesi ve buna göre cezasının da kanunla saptanması gerekmektedir. Hukuki güvenlik ilkesi bunu gerektirir.⁸⁴

İlgili kararın karşıoy gerekçesinde belirsizliğe yol açtığı için iptal edilen ibarelerin başka kanunlarda açıklandığı ve ayrıca verilecek cezalara karşı yargı yolunun açık olduğu ve yargısal içtihatlar yoluyla da hukuki belirliliğin sağlanabileceği

⁸³ Madde 48- (1) 37 ilâ 46 ncı maddelerde yer alan eylemlerin tanımına uymayan ve kanunda tanımları yapılmamış olan eylemler, nitelik ve ağırlıkları bakımından bunlara benzediklerinde, aynı maddelerdeki disiplin cezaları ile karşılanırlar.

⁸⁴ AYM, E. 2013/28, K. 2013/106, K.T. 3.10.2013, R.G.Tarih-Sayı: 18.01.2014-28886

savunulmuştur. Bu gerekçe ise belirsiz olduğu halde iptal edilmeyen kavramların hukuka uygunluğunu ifade etmek için Anayasa Mahkemesi tarafından zaman zaman kullanılmıştır.

19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinin (c) bendinde avukatlık mesleğine kabule engel haller arasında sayılan *“Avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak”*, ibaresinin belirsiz olduğu, yoruma açık ve çalışma özgürlüğünü keyfi olarak sınırlandığı belirtilerek, ilgili kuralın Anayasa'nın 5., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi ilgili kuralın Anayasa'nın 2.maddesinde belirtilen hukuk devletinin gereği olarak hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkelerine aykırı olduğunu saptamıştır. Mahkeme daha önceki içtihatını tekrarlayarak, kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi gereğince, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kıldığını vurgulamıştır. *“Avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlar”* ile söz konusu tutum ve davranışların *“çevresince bilinmesi”* kavramlarının muğlak ve objektiflikten uzak olduğunun açık olduğu sonucuna oybirliği ile karar vermiştir.⁸⁵

Anayasa Mahkemesi'nin 5952 Sayılı Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un birtakım maddelerine ilişkin açılan iptal

⁸⁵AYM, E. 2012/116, K. 2013/32, K.T. 28.2.2013, R.G. Tarih-Sayı: 13.08.2013-28734.

davasında, ilişkin kararında⁸⁶ ise; ilgili Kanun'un 4. fıkrasında geçen "güvenlik kuruluşları" ve "terör" kavramının tanımlarının yapılmaması sebebiyle neyi işaret ettiği hususunun belirsiz olduğu, "terör" kavramının tanımına yer verilmemiş olması veya ilgili mevzuata atıfta bulunulmamış olması karşısında idareye uygulamada "terör" kapsamını belirleme yetkisinin dolaylı olarak verildiği, terör kavramının tanımının yapılmamasının kanunun uygulanmasında kişisel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına neden olabileceği, bu yönü ile de Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 13., 95., 113. ve 123. maddelerine aykırılık iddialarını kabul etmemiştir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu ve hukuk devletinin temel ilkelerinden birinin de "belirlilik" olduğunu ifade ederek bu ilkeyi: *"Yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, bireylerin hukuksal güvenliğinin sağlanması bakımından da önem arz etmektedir"* şeklinde açıklamıştır.⁸⁷ Mahkeme her ne kadar "terör" kavramının tanımına yer verilmemişse de, terör kavramının tanımındaki belirsizlikten dolayı terörle mücadeleyi konu edinen uluslararası sözleşmelerde terörle ilgili bir tanıma yer verilmemiş olduğu sadece terör eylemleri olarak nitelendirilebilecek suçlara ilişkin ayrıntılı bir liste yapıldığını belirtmiştir.

Türk hukukunda ise terör kavramının tanımının 12.4.1991 günlü, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesinde yapıldığını ve bu tanımın öğretisi ve

⁸⁶ AYM, E. 2010/40, K. 2012/8, K.T. 19.1.2012, R.G.Tarih-Sayı: 06.032013-28579.

⁸⁷ AYM, E. 2010/40, K. 2012/8, K.T. 19.1.2012, R.G.Tarih-Sayı: 06.032013-28579.

yargısal kararlarda da benimsendiğini, böylece mevzuatta tanımı yapılmış, uygulamada yerleşmiş, uygulama ve öğretinin yardımıyla açıklık kazanmış “terör” kavramının belirsiz olmadığını ifade etmiştir. Dolayısıyla, kavramın içeriğinin belirlenmesi konusunda yasama yetkisinin devrinin de söz konusu olmadığını belirtmiştir.

Böylece açık olmadığı ileri sürülen ibarenin ne anlam ifade ettiğini kanunun genel gerekçesinden hareket ederek Mahkeme bizatihi kendisi belirlemiştir. İlgili kanunda tanımın yer almaması ve hangi kuruluşların kast edildiğini tespit etmek için kanunun gerekçesinden yararlanılmak zorunda olunması kuşkusuz idarenin yeknesak uygulamalarını zorlaştıracaktır. Bu da uygulamada farklı yorumlara neden olabileceği gibi yargı kararlarında da farklı bakış açılarının meydana gelmesi sebebiyle aynı durumda olanlara farklı uygulamalar yapılacaktır.

Anayasa Mahkemesi, 20.6.1973 tarih ve 1750 sayılı Üniversiteler Kanunu’nun 3 (b) fıkra hükmünde⁸⁸ geçen “örf ve adetlerine bağlı” deyiminin belli bir dönemdeki bir anlayışın, bir değer yargısının ifadesi olduğu, eğitim ve öğretimde örf ve adetlere bağlı kalarak çağdaş değer yargılarını takip etmeye imkânı olmadığı gerekçesi ile Anayasa’ya aykırılığını incelemiştir.⁸⁹ Anayasa Mahkemesi, “örf ve adetlerine bağlı” olma ibaresinin gerçekten de öğrencilere verilecek bir görev olamayacağını, örf ve âdetten ne kastedildiğinin anlaşılamadığını ifade ederek, *“Kan gütme gibi akıl dışı olduğu kadar kanunla da suç sayılmış olanlardan başlayarak, konukseverlik, büyüklere*

⁸⁸ Madde 3/b: Öğrencilerini bilim anlayışı kuvvetli, millî tarih şuuruna sahip, vatanına, örf ve adetlerine bağlı, milliyetçi ve sağlam düşünceli aydınlar ve yüksek öğrenime dayanan mesleklerde türlü bilim ve uzmanlık kolları için iyi hazırlanmış bilgi ve tecrübe sahibi, sağlam karakterli vatandaşlar olarak yetiştirmek.

⁸⁹ AYM, E.1973/37, K.1975/22, K.T. (11, 12, 13, 14)25.02.1975 R.G. Tarih-Sayı:3.12.1975/15431.

saygı, küçüklere şefkat gibi tüm toplumlarda aynı değeri taşıyan türlerine kadar, hangilerinin öğretim konusu olarak üniversite öğrencilerine sunulacağı belirsiz bırakılmıştır.”⁹⁰ şeklinde yerinde bir tespitte bulunmuş ayrıca, her türlü örf ve adet, akıl ve bilinç dışında birtakım kurallar topluluğu olarak nitelenemese de, toplumun yüzyıllar öncesindeki yaşam koşullarına göre, hatta çoğu kez akılcı bir gereksinme ile oluşmuş örf ve âdetlerini bile sonradan sosyal koşullar ve gereksinmeler değiştikçe akıl ve bilincin gerisinde kalmış olduklarını kabul zorunluluğu olduğunu, toplum yapısına ve yöresel özelliklerine göre birbiri ile kimi kez çelişir nitelik almakta olduğunu ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi böylece “örf ve adetleri” tümü ile dışlamamış ama değişken yapıları dolayısıyla kanun metninde bulunmasını uygun görmemiştir. Aynı kararda örf ve adetlerle yakından ilişkileri bulunan din ve mezhep ayrılığı ve bundan doğan sosyal görüş ve inanış nedenleri de eklenince, Türk Devleti’nin ülkesi ve ulusu ile bölünmez bütünlüğü geniş bir biçimde tehlikeye düşeceği ifade olunmuştur.

Aynı kanun ilk önce Ankara Üniversitesi tarafından daha sonra da Cumhuriyet Halk Partisi tarafından Anayasa Mahkemesi’ne götürülmüş ve bu defa “milliyetçi” kavramı, herhangi bir nitelemeye tabî tutulmadığı zaman, gayet geniş ve her türlü karışıklığa yol açabilecek bir kavram olması sebebiyle iptali istenmiştir. “Milliyetçilik” teriminin çok çeşitli yorumlara müsait olmasından endişe eden Anayasa koyucunun dahi, bu nedenle Anayasa’nın 2.Maddesinde ve başlangıç kısmının 3. fıkrasında Türk milliyetçiliğinden söz etmiş olduğu ve Anayasa’nın 66. maddenin 1. fıkrasında kimlere

⁹⁰ AYM, E.1973/37, K.1975/22, K.T. (11, 12, 13, 14)25.02.1975 R.G. Tarih-Sayı:3.12.1975/15431.

Türk denileceğini "Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür" hükmü ile belirtmiş olduğunu ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu maddede yer alan "milliyetçi" sözcüğünün amacının, üniversite gençliğinin, Anayasa'nın başlangıç bölümünde özü belirtilen Türk milliyetçiliği doğrultusunda yetiştirilmeleri olduğunu ve daha fazlasını ifade etmediğini belirterek iptal isteminin reddine karar vermiştir.⁹¹ Böylece Mahkeme bir kez daha yasada yer alan deyimın hangi şekilde anlaşılacağını bizatihi belirtmek suretiyle mevcut belirsizliği giderme yoluna gitmiştir. Kanunda yer alan deyimın nasıl anlaşılacağı konusunda Anayasa'dan yola çıkarak, nitelik ve sınırının belirlenmesi bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olamayacağı kuralına uygun olsa da, uygulamada her şekilde ve bütün uygulamacılar yönünden aynı davranış biçiminin gösterileceği şüpheli bir durumdur.⁹²

Anayasa Mahkemesi 2005 yılında vermiş olduğu bir kararında "belirlilik ilkesi"ne ilişkin olarak daha önceki kararının bir bölümünü tekrar etmiş ve ek olarak, "belirlilik ilkesi"nin yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmekte olduğunu belirtmiştir. Böylece erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla yasalar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirliliğin sağlanabileceğini belirtmiştir. Burada Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini zorunlu kıldığı hususlar dışında soyut olarak genel ilkeleri ve çerçeveyi belirleyip ayrıntıların alt düzenleyici işlemlere bırakılabileceği, önemli olanın bu düzenleyici işlemin muhataplarının

⁹¹ AYM, E. 1973/38, K. 1975/23, K.T. (11, 12, 13, 14)25.02.1975, R.G. Tarih-Sayı: 3.12.1975-15431.

⁹² 1750 Sayılı Üniversiteler Kanunu'nun 3. maddesinin (B) bendinde yer alan "örf ve âdetlerine bağlı" deyimini her ne kadar iptal edilse de, 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanun'unda "örf ve adetlerimize bağlı" deyimini tekrar gelmiş ve milliyetçi ibaresi de "ATATÜRK milliyetçiliğine bağlı" şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmeleri olduğunu belirtmiştir.”⁹³

Böylece Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun takdirine göre ayrıntılı ya da çerçeve düzenlemeler yapabileceğini, buna uygun olarak yapılan düzenleyici işlemlerin Anayasa’ya aykırılık teşkil etmeyeceğini ifade etmiştir. Burada daha önceki kararlarından farklı olarak , kanun metninde yer alan bir ibarenin belirsiz olması değil, kanunda yer alan bir ibarenin alt düzenleyici işlemler ile ayrıntılı olarak düzenlenmesinin mümkün olduğu ve bunun da belirsizlik oluşturmayacağını belirtilmiştir.

Yasa metninde içeriği ve sınırı belirsiz bir kavramın daha sonra alt düzenleyici işlemler ile düzenlenmesi esasen Anayasa’nın kanun koyucuya tanıdığı bir takdir yetkisi dahilinde olduğu kabul edilse dahi bu düzenlemenin kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermeden farklı ve keyfi uygulamalara neden olabilecek soyutlukta bırakılmasının taşıdığı tehlike unutulmamalıdır.

Burada kurallarla karşı karşıya kalan bireyler açısından mevcut olan öngörülemezlik sorununun diğer bir boyutu da hukuk uygulayıcıları, özellikle kolluk güçleri için söz konusu olan belirsizlik durumudur. Belirsiz kavramlar karşısında mahkeme kararlarından başka kesin bir ayırım ayırdında olmayan kolluk güçleri mevcut belirsizlik durumunda yorum yoluna gitmektedir. Hatta bazen bu yorum siyasi ve ahlaki değerlerin içine girdiği bir değer biçme davranışına gitmektedir.

⁹³ AYM, E.2009/9, K. 2011/103, K.T. 16.6.2011, R.G. Tarih-Sayı: 19.05.2012-28297.

Kolluk yetkilisi tıpkı hakimin hukuk yaratma durumunda hukuk kurallarına ve en azından hukuki ilkelere aykırı olamayacak şekilde hukuk yaratması, spesifik anlamda idare hukuku ilkelerine aykırı olamayacak şekilde anlamlandırma yapması söz konusu olmaktadır.⁹⁴

Kolluk faaliyetlerinin ana amaçlarından biri olan “kamu düzeni” kavramının belirsizliği gerek öğretide, gerek yargı kararlarında vurgulanmıştır. Kamu düzeni kavramı Anayasa’dan başlayarak, yönetmeliğe kadar giden silsile içinde pek çok hükümde yer alarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında adeta bir rejim kurucu görevini üstlenmiştir. Bu kavramın belirsizliğine karşı açılan davada Anayasa Mahkemesi’nin açıklamasına bakmak faydalı olacaktır: “...oysa *"millî güvenlik"* ve *"kamu düzeni"* uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilir çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açacak genel kavramlardır. *"Gecikmede sakınca bulunan haller"* de en az o kavramlar kadar kesin ve keskin çizgilerle belli edilmesi, sınırlandırılması zorunlu bulunan bir deyimdir. Dava konusu kuralda *"şüphe edilen kimseler"* denilerek yasal düzenlemeye Anayasa’nın pek istisnâî durumlar için öngördüğü bir yetkinin hele ikinci, üçüncü aşamadaki görevlilerce kullanılmasını olağanlaştırmaya, genelleştirmeye ve büsbütün öznelleştirmeye elverişli bir deyim daha eklenmiştir.”⁹⁵

Sonuç olarak ilgili hükmün “özel hayatın gizliliği” temel hakkının özüne dokunması ve Anayasa’nın değişik 11. ve 15. maddelerine aykırılığı sebebiyle iptaline karar vermiştir.

⁹⁴ Uygur, 2002, s. 14.

⁹⁵ AYM, E. 1973/41, K. 1974/13, K.T. 25.4.1974, R.G.Tarih-Sayı: 14.9.1974-15006.

Yasalarda geçen bu belirsiz kavramlar ile idarenin yetkili kılınması durumunda, özellikle kolluk güçlerince yetkili kılınması söz konusu olursa, idari makamların bu kavramları kendi anlayışlarına göre değil, kavramların “objektif” anlamına göre yorumlamalıdır.⁹⁶Kamu güveni, ahlak, terbiye gibi birtakım belirsiz kavramların idare açısından bir takdir yetkisi içerip içermediğini tespit etmek kolay olmasa da, BALTA, söz konusu belirsiz kavramların objektif bir değeri mi yoksa yetkili merciin anlayışını mı kastettiğini araştırılması gerektiğini, nitekim eğer objektif bir değere ilişkin ise idarenin takdir yetkisinin olmayacağını belirtmiştir. PVSK’da yer alan “ahlak ve umumi terbiye” deyimleri ile BALTA; polisin kişisel anlayışının değil, objektif bir değer kastedildiğini belirtmiştir.⁹⁷

B. Belirsiz Bir Kavram Olarak Genel Ahlakın Niteliği ve İçeriği

Pozitif hukukta yer alan “genel ahlak”a ilişkin kurallar, her ne kadar hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkelerini zedeleyici nitelikleri gereği yadsınıyor olsa da, bu kuralların tamamıyla mevzuattan çıkarılması mümkün gözükmemektedir. Zira Türk pozitif hukukunda “genel ahlak” başta Anayasa’da ve ileride şematik olarak sunulacağı üzere mevzuatta geniş düzenleme alanı bulmakta ve çoğunlukla hak ve özgürlükleri sınırlayıcı bir rejim oluşturmaktadır.

“Genel ahlak” kavramı, gerek kamu hukukunda gerek özel hukukta, hukuk kurallarının yollama yapmak suretiyle yer verdiği belirsiz ve aynı zamanda emredici hukuk kurallarının arasında yer verilen bir kavramdır. Genel ahlaka aykırılığın hukuk

⁹⁶ Oktay Uygun, **1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s. 99

⁹⁷ Tahsin Bekir Balta, **İdare Hukuku Genel Konular**, AÜSBF Yayınları, 1970, Ankara, s. 137.

dünyasında doğurduğu neticelere idare ve kolluk hukuku bakımından ileride detaylı olarak yer verilecektir. Bu yüzden diğer alanlarda hangi hukuki sonuçlara neden olduğuna kısaca yer vermekte fayda vardır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanun'unun Yedinci Bölümü, "*Genel Ahlaka Karşı Suçlar*" başlığı ile düzenlenmiş ve TCK md. 225 ve devamında ahlaka aykırılığa birtakım cezai müeyyideler bağlanmıştır.⁹⁸ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun kişinin kendi kendisine korunması hususunda yer verdiği hukuk kuralları yanında ahlak kurallarına da yer verilmiş olup, ahlaka aykırılığa birtakım hukuki sonuçlar yüklenmiştir.⁹⁹

6098 Sayılı Borçlar Kanunu 27. madde ile yine "ahlaka aykırı" sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte 2011 yılında yürürlüğe giren Borçlar Kanunu'nundan önce, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nunda ahlaka aykırılık üzerine daha detaylı düzenlenmiş hükümler bulunmaktaydı. Özellikle mülga Borçlar Kanunu madde 19'da, "ahlaka(adaba)" aykırı olmadıkça sözleşme serbestisi ilkesinin geçerli olduğu belirtilmiş ve 20. maddesi ile de bu tür bir aykırılığın sözleşmeyi butlan ile hükümsüz kılacağı hükme bağlanmıştır.¹⁰⁰

⁹⁸ 5237 sayılı TCK'da "ahlak"a ilişkin hükümler bu başlık ile sınırlı olmayıp ayrıca Eşya Müsaderesini düzenleyen 54. maddesinde, Kişisel Verilerin Korunmasına ilişkin 135. maddesinde ve Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlalini düzenleyen 233. maddesinde yer almıştır.

⁹⁹ 4721 sayılı, Medeni Kanun'un 23. maddesine göre "*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da **ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.***" 47. Maddesine göre "*Amacı hukuka veya ahlaka aykırı olan kişi ve mal toplulukları **tüzel kişilik kazanamaz.***", 54. maddesine göre, "*Hukuka veya ahlaka aykırı amaç güttüğü için kişiliği mahkeme kararıyla sona eren tüzel kişinin malvarlığı her hâlde ilgili kamu kuruluşuna geçer.*" 56. Maddesine göre , "*...hukuka veya ahlaka aykırı amaçlarla **dernek kurulamaz.***", 101. maddesine göre, "*...hukuka, ahlaka, millî birliğe ve millî menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla **vakıf kurulamaz.***"

¹⁰⁰ Mülga Borçlar Kanunu'nunda "ahlaka aykırılık" ayrıca BKmd.65, md.155, md.161, md.226 ve BK md. 344 ile düzenlenmiş ve özellikle BK 65 kuralı olarak bilinen birtakım detaylı çalışmalar yapılmıştır.

Türk Medeni Kanunu’nun madde 2/1 hükmü ile genel olarak tüm hukuki ilişkilerde “dürüst davranma” ilkesi düzenlenmiş ve herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu, hukuk düzeninin bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını korumayacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca Medeni Kanun’un 23. maddesi ile kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya bu özgürlüklerini hukuka ya da ahlaka aykırı bir biçimde sınırlandırmasının mümkün olmadığı hükme bağlanmıştır. Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu’undaki ilgili maddeler birlikte değerlendirildiğinde, özel hukuk sözleşmelerine ilişkin olarak “ahlaka aykırılık” ayrı bir önem arz etmekte ve bu konu ile ilgili doktrinde de büyük bir çalışma ve inceleme birikimi bulunmaktadır.¹⁰¹ Bundan başka yine TMK madde 23 ve Türk Borçlar Kanunu madde 27 uyarınca, seks işçilerinin yaptığı iş sözleşmelerin geçerli olup olmadığı hususu da tartışmalı hale gelmektedir. Öğretide bazı yazarlar seks işçilerinin bir genelevde çalışmasını ahlaka aykırı bulsalar da, bu çalışmanın yasal prosedüre uygun olduğu zira, genelevlerin açılmasına ilişkin tüzüğe uygun olarak ve 21 yaşını doldurmak şartıyla seks işçiliğinin yasak olmadığını ve kanuni bir yaptırımı olmadığı için sırf ahlaka aykırı olduğu sözleşmelerin geçersiz olduğunun söz konusu

¹⁰¹ Bu konudaki başlıca eserler ve yayınlar için bkz. Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006; Esat Arsebük, **Medeni Hukukta Ahlak Kaidesinin Rolü**, Hapishane Matbaası, Ankara, 1937; Hüseyin Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK 65 Kuralı)**, (Gözden Geçirilmiş Doçentlik Tezi), Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976; İlhan E. Postacioğlu, Genelev İşletenlerin Mal Sahiplerinin Yaptıkları Kira Sözleşmelerinin Geçerliliği, Karar incelemesi, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 15 S.4, 1949, ss. 1288 - 1309; Vasfi Raşit Sevig, “Ahlakın Umumiyetle Hukuk ve Mukaveleler Üzerine Tesiri”, **Esat Arsebük Armağanı**, Ankara, 1958, ss.513-618.

olmayacağı savunmaktadırlar. Yasaklanmış olan yasal prodürlere uygun olmayarak genelevlerin kurulup işletilmesi ve bu işyerlerinde seks işçisi çalıştırılmasıdır.¹⁰²

Pozitif hukuk düzenlemelerinde bu kadar yoğun olarak ve temel hak ve özgürlüklere yönelik bir sınırlama sebebi olarak kullanılan ahlaka ve genel ahlaka aykırılık kavramlarının bir hukuk kuralı olarak sınırlarının ve içeriğinin belirlenmesi hukuki güvenlik ve hukuki öngörülebilirlik ilkeleri bakımından önemlidir. Şöyle ki mevzuatta geçen “genel ahlak” deyimini toplum tarafından benimsenmiş genel geçer birtakım ahlak kurallarının kanun koyucu tarafından mevzuatta yer verilmiş halini mi karşılamaktadır, yoksa mevcut idarenin değer yargılarının “genel ahlak” deyimini altında devletin zor kullanma gücüne ulaşması mıdır? Ayrıca bu kuralların uygulanması sırasında, idare, kendisine tanınmış olan takdir yetkisi kapsamında belirli bir özgürlük alanına sahip olmakla birlikte, idarenin sahip olduğu bu yetkinin kolluk güçlerinin kendi “genel ahlak” anlayışlarını yansıtarak işlem ve eylemlerinin hukuka aykırı hale gelmesi engellenebilmesi gerekir.

“Her kavram, insanı bilgiye götüren, insan için bilgiyi mümkün kulan bir araçtır. Yoksa bilginin amacı demek değildir. Herhangi bir kavramın tanımı ve tescimiyle bu kavramın kullanılacağı alanın belirlenmesi amaçlanır.”¹⁰³ “Genel ahlak” kavramının tanımını yaparken de, bir doğru ya da yanlış yargısına ulaşmak yerine, kavramın çalışmanın amacına en elverişli olacak biçimde araştırılması ve sunulmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz. Genel ahlak kavramının bu anlamda pozitif hukukta yer

¹⁰² Kadriye Bakırcı, “İşçi - İşveren İlişkilerinde Ahlaka Aykırılık”, **Güncel Hukuk Dergisi**, 2008, S.12-60, ss. 20-24, s.21.

¹⁰³ E. Ernest Hırş, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001, s. 102.

almasının esasları ile bir sınırlandırma nedeni olarak kolluk eylem ve işlemlerinin gerekçesini oluşturması üzerine yoğunlaşılacaktır.

Doktrinde “genel ahlak” kavramının tanımını yapan disiplinlerin farklılığına göre, muhtelif sayıda ve içerikte tanımlar sunmak mümkündür. En genel anlamı ile genel ahlak, bir toplumda, bu toplumun çoğunluğu tarafından benimsenmiş, uygulanagelmiş davranış kurallarının bütünü, bireylerin ahlaki değer yargılarının günlük hayattaki tezahürüdür diyebiliriz. Bu anlamda genel ahlak, *“Davranışlara yönelik kurallar veya direktifler bütün olarak kişilerin en önemli yargılarını veya inançlarını desteklemeyle ilgili duygu ve düşüncelerin karşılığı”*¹⁰⁴, *“Genel olarak bireylerin toplum içindeki davranışlarına yönelik kurallar olarak, belli bir anda ve belli bir toplumda benimsenen etik düşüncelerin asgarisi”*¹⁰⁵, *“Belli bir ülkede, belirli bir zamanda toplum üyelerinin çoğunluğu tarafından benimsenen etik değerler ve kurallar bütünü”*¹⁰⁶ olarak farklı ama birbirine paralel pek çok tanımları verilebilir.

İdare hukuku literatüründe ise genel ahlak, belirli bir yerde ve belli bir zaman diliminde, toplum içerisinde bireylerin çoğunluğunun paylaştığı ve herkesin uymasını istediği toplumsal kurallar olarak tanımlanmaktadır.¹⁰⁷ Anayasa Mahkemesi ise genel ahlakın; *“Belli bir zamanda, belli bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlak kuralları ile ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılan*

¹⁰⁴ Gülriz Uygur, “Genel Ahlakın Vazgeçilmezliği Mi ?” **Güncel Hukuk Dergisi**, 2008, S. 12-60, ss. 12-14, s. 13.

¹⁰⁵ İbrahim Kaboğlu, **Kolektif Özgürlükler**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1989, s. 137.

¹⁰⁶ Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2003, s. 14.

¹⁰⁷ İsmet Giritli ve diğerleri, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2011, s. 988.

bir anlam” taşıdığını ifade etmiştir.¹⁰⁸ Anayasa Mahkemesi’nin bu nitelemesine göre, ahlak kuralları ile ilgili hareketlerin, genel ahlak kavramı içerisinde değerlendirilmesi üç ögenin bulunmasına bağlıdır. Birinci öge zaman olup, ahlak kurallarının değişebilirliği söz konusudur. İkinci öge ahlak kurallarıyla ilgili hareketlerin niceliği yani toplumun büyük çoğunluğunun hesaba katılmasıdır. Üçüncü öge ise, subjektif nitelikte olan toplum tarafından “benimsenme” unsurudur.¹⁰⁹

Burada bir düşünce açıklamasıya da gerçekleştirilen bir davranış, belli ölçütler ışığında ve genellikle toplumdaki bireylerin değer yargılarına göre; iyi ya da kötü olarak belirlenir ve buna göre ahlaka aykırı, uygun olmayan ya da ahlak uygun olan bir davranış olarak nitelendirilir. Bu iyi ve kötü değerlendirmesi ise zamanla genel bir davranış kuralı haline gelir. Genel ahlaka uygun olup olmama konusunda ise hangi ahlak sorusu zorunlu olarak karşımıza çıkar. Toplumun çoğunluğunun genel olarak kabul ettiği “genel ahlak” ifadesinin dış dünyada hangi davranış ya da tutuma karşılık geldiği açıklığa kavuşturulması gereken bir husustur.

Zira, bir davranış biçimin iyi ya da kötü olarak nitelendirilmesi, ahlak alanını ilgilendiren bir belirleme ve değerlendirme iken günlük hayata dair yani toplumsal düzenin içinde, güzel, estetik, iyi gibi değerlendirmelerin de ahlakın seçimi ve belirlemesi olduğu açıktır. Her ne kadar pozitif hukukun ahlak kurallarına değil fakat toplumsal yaşayışın doğurduğu birtakım davranış kurallarına atıf yapmış olduğu

¹⁰⁸ Anayasa Mahkemesi bu kararında, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 11.06.1963 günlü ve 3038 sayılı kanunla değişik 143. maddesinin Anayasanın 29. maddesine aykırı olduğuna dair yapılan başvuruda, Mahkeme önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sınır olmak üzere 29’uncu maddenin ikinci fıkrasındaki “genel ahlak” ve “kamu düzeni” terimlerinin niteliklerinin demokratik hukuk devletine temel olan hukuk kuralları içinde belli edilmesi gerektiğini ifade ederek genel ahlakın tanımını yapmıştır. AYM, E.1963/128, K.1964/8, K.T. 28.1.1964, R.G.Tarih-Sayı: 17.4.1964-11685.

¹⁰⁹ Uygun, 1992, s. 131.

söylense de bu yeterli bir açıklama değildir.¹¹⁰ Toplumsal düzendeki bu iyi, kötü ya da topluma yararlıdır veya zararlıdır yargılarına ulaşacak olan kimdir ve hangi ahlakı sorusuna, hakimin ya da polisin verebileceği hukuk devletinin gereklerine uygun nitelikte bir cevap bulmak güçtür. Zira ahlaki değer yargılarına pozitif hukukta, bir kanun metninde ulaşmak mümkün değildir.¹¹¹

Ahlakın ve genel ahlakın tanımlanması ve içeriğinin belirlenmesindeki güçlükler varlığını sürdürmekle birlikte, Türk pozitif hukukunda Anayasa başta olmak üzere, kamu hukuku ve özel hukuk alanında pek çok düzenlemede bu kavramlar yer almış ve hatta çoğunlukla hukuki işlem ya da eylemin hukuka aykırılık ya da uygunluğu sonucunu doğuran bir ölçüt halinde kullanılmıştır.

Türk pozitif hukukunda “genel ahlak ne değildir” sorusuna verilecek cevaplardan biri “din kuralları değildir” olabilir. Genel ahlaka bağlı olarak yapılan sınırlamalarda, uygulayıcılar ve hakimler için din kuralları ve ülkemizde de İslam hukuku bu noktada yol gösterici olamaz. Zira Anayasa md. 2, devletin laik bir devlet olduğunu belirtir. Ayrıca mülga TCK 163/4’te, İslam ahlakının Türk hukuk düzeninin tamamlayıcısı olarak görülemeyeceğini, pozitif hukukun, bir değer yargısına muhtaç olduğu durumlarda bu değer yargısının “İslam ahlakı”ndan sağlanamayacağını gösterir.¹¹² Aynı şekilde devlet, belirli bir dini “resmi din” olarak benimsemedikçe nasıl o dinin ahlak anlayışı hakim için bağlayıcı olmazsa, belirli bir ideoloji devletin resmi ideolojisi haline gelmedikçe, hakim o ideolojinin ahlak öğretisi ile bağlı değildir. Ayrıca hakim bu ahlak öğretilerinden sağladığı değer yargılarına göre de hüküm tesis

¹¹⁰ Hatemi, 1976, s. 85.

¹¹¹ Hatemi, a.g.e.,s. 85.

¹¹² Hatemi, a.g.e.,s. 87.

edemez. Böyle bir durumda her şeyden önce her farklı ahlak öğretisinin yönlendirmesi de farklı olacak ve nihayet aynı davranış için farklı sınırlandırmalar meydana gelecek ve eşitlik ilkesi dahil Anayasa'nın pek çok hükmü ihlal edilmiş olacaktır. Ayrıca bu öğretiler ahlaki davranışın kaynağını ve amacını açıklamaya çalışırlar ki somut olayda bu ahlaki davranışın hangisi olduğunu saptamak da bir o kadar zordur.¹¹³

Bu noktada hangi ahlak sorusuna cevap olamayacak olan alanları kısaca belirtmekte fayda vardır, bu hakimin ya da polisin kendi dini ahlak öğretilerinden hareket ederek bulduğu, ya da felsefi ahlak öğretilerini inceleyerek ulaştığı sonuç değildir. Aynı şekilde, toplumda en fazla benimsenen değer yargısına göre, genel ahlakın ne olduğu sonucuna varılmamalıdır çünkü sosyal değişim devam ederken, yasama organının belirlediği "ahlak" ile toplumun çoğunluğunun benimsediği "ahlak" anlayışı farklı hatta çelişik durumda olabilir. Peki ölçü nedir sorusuna HATEMİ "Anayasa'nın sözü ve ruhu"dur cevabını verir. Hangi ahlak olduğunu belirlerken hareket edilecek olan değer yargılarının, 1961 Anayasası'nın 8., 11. ve 132. maddelerinin birlikte yorumunu zorunlu kıldığını belirtir.¹¹⁴

Anayasa'daki ilkelerin idareyi bağladığı ve kolluk gücünün temel hak ve özgürlükleri sınırlama yetkisini bizzat yasadan aldığı düşünüldüğünde "genel ahlak"ın tanımını verirken veya bu kavrama uygulayıcılar yönünden anlam yüklerken bu ilkelerin çizdiği sınırlar içerisinde kalınması isabetli bir yaklaşım olacaktır.

¹¹³ Hatemi, 1976, s. 89.

¹¹⁴ Hatemi, a.g.e., s. 108.

Genel ahlakın doktrinde farklı tanımları yapılmış olsa da bu tanımların ortak noktası, Anayasa Mahkemesi'nin de işaret ettiği üzere, genel ahlakın gereklerinin toplumun büyük çoğunluğu tarafından, genelgeçer kurallar aracılığıyla sağlandığı ve bu kuralların toplumsal davranışları düzenlemeye yönelik olarak benimsenmiş olduğudur.

İlk bölümde ifade edildiği üzere ahlak bir yönüyle kişisel, diğer yönüyle ise toplumsal bir kavramdır. Ahlakın felsefi bir bakış açısı ile kişinin vicdanen en iyiye ulaşma çabası olduğu göz önüne alındığında, devletin her bireyin tek tek vicdanen iyiye ulaşma çabasına katılması, desteklemesi ya da yasaklaması ne kadar imkansız bir durum ise, bu içsel sürece, bir davranış olarak toplumda varlık göstermeden müdahale edilmesi de bir o kadar imkansızdır. Bu anlamda “genel ahlak” kavramı ilerde detaylı olarak tartışılacağı üzere, kamu düzeninin bir unsuru olarak kabul edilse de edilmese de; polisin bu kavramı kullanarak müdahale edemeyeceği alan bellidir. O da birey ve toplulukların benimsediği dünya görüşü, cinsi yönelimi, dini inancı ve diğer bireysel tercihleridir. Anayasa Mahkemesi de kararlarında çoğunlukla kişilerin manevi dünyalarına ait seçimlere müdahale edecek nitelikteki kanun hükümlerini Anayasa'nın özgürlükçü ve demokratik ruhuna aykırı olduğu doğrultusunda karar vermiştir.

Genel ahlak, insanın davranışlarını düzenlemesi gereken, toplumda benimsenmiş kuralların tümünü içerir. Bu kurallar, toplumsal yaşamın gelişme süreciyle birlikte meydana gelmiş ve buna bağlı olarak da değişmiştir. Toplum

değiştikçe, bu kurallar da değişmiştir. Farklı uygarlıklar tarafından aktarılan doğal ahlakın varlığının ve buna ilişkin kuralların ise her zaman varolduğu söylenebilir.¹¹⁵

Genel ahlak sebebiyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, devletin müdahale yetkisi, toplumun ortak ahlaki değerlerinin oluşturduğu maddi düzenin korunmasına yönelik olmalıdır.

Devlet toplumun maddi düzenini korumakla görevlidir, idare de bunun için gerektiğinde ve ancak gerektiği kadarıyla önlem almak için zor kullanma gücü ile kanun tarafından yetkilendirilmiştir. Bu önlem esas itibari ile toplumun maddi dış düzeninde meydana gelen karşılıklar sebebiyle söz konusu olur. Demokratik bir hukuk devletinde “genel ahlak”ın bir ölçüt norm olarak ele alınıp, bireylerin içsel dünyasına müdahale edilmesi, kişisel kanaat ve değerlerinin, toplumsal değerlere uyup uymadığının ve aynı şekilde mevcut ahlaki ölçütlere uygun olup olmadığının devlet gücü ile kontrol etmesi ise mümkün değildir. Bununla birlikte toplumda yerleşik değer yargılarına göre ahlaki olan/olmayan kanaatinin hukuk kuralı haline geldiği durumlar da göz ardı edilememektedir. Hukukun toplumun genel kanısına ve değer biçme faaliyetine göre ahlaki olmadığı için bir sonuç bağladığı ve hatta “müstehcen” betimlemesi altında cezai yaptırım uyguladığı durumlar Türk pozitif hukukunda varlığını korumaktadır. Ahlak ve hukuk arasındaki ilişkinin sınırları, bu ilişkinin ne zaman yakınlık, ne zaman uzaklık arz ettiği hukuk felsefecilerinin uzun yıllar boyu üzerinde tartıştığı bir konudur. Konu genel ahlak sebebiyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına geldiğinde ise, hukuk ve ahlak arasındaki ilişki daha

¹¹⁵ Vecihi Timuroğlu, **İnsan Hakları Sözlüğü**, Özkan Matbaacılık, Ankara, 2007, s. 184.

da karmaşık bir hal almakta ve temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin kolluk güçleri aracılığıyla gerçekleştiği durumlarda, kişisel ahlak anlayışları da devreye girmektedir. Bu noktada hukukun konusu olan sosyal ahlak ile kişisel ahlak alanları da içiçe girmektedir. Daha önce anlatıldığı üzere, sosyal ahlak belirli bir ülkede toplumun düzen ve devamı için, yine o toplumun üyeleri tarafından uyulması zorunlu olarak kabul edilen ahlak kurallarının bütünü olarak düşünülebilir.¹¹⁶ Her bir somut olayda idari veya cezai müeyyideye tabi tutulacak olan işlem veya eylemin sosyal ahlaka aykırı olup olmadığına nasıl karar verilecektir sorusuna ise evrensel hukuk ilkeleri, insan hakları ve Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkelerine uygun olup olmama kriteri bir cevap olarak verilebilir.

III. GENEL OLARAK TÜRK POZİTİF HUKUKUNDA “GENEL AHLAK” KAVRAMI

Türk pozitif hukukunda “genel ahlak” kavramının düzenlenme biçimini kamu hukuku ve özel hukuk alanındaki kullanımları ile ele almakta fayda vardır.

Kamu hukukunda temel olarak “genel ahlak” kavramı, 1961 ve 1982 Anayasaları'nda; “milli güvenlik”, “kamu düzeni”, “genel sağlık”, “suç işlenmesinin önlenmesi”, “başkalarının hak ve özgürlüğünün korunması” ve “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün” korunması kavramlarıyla birlikte temel hak ve özgürlüklerin sınırlama nedeni olarak düzenlenmiştir. Anayasa'da genel ahlakın bu kavramların yanında bir sınırlama nedeni olarak yer alması, kavrama pozitif hukukta atfedilen önemi gözler önüne serer. Genel ahlak kavramı bununla birlikte yalnızca Anayasa'nın belli maddelerinde değil, Türk pozitif hukukunda ve kamu

¹¹⁶ Işıktaç ve Metin, **Hukuk Metodolojisi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012, s. 161.

hukuku disiplini içinde pek çok madde hükmünde korunması ve kollanması gereken adeta bir “değer” olarak yer almıştır. Bizatihi Anayasa metninde bir sınırlama nedeni olarak düzenlenen genel ahlak, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunda da varlık göstermiştir. Ceza hukukunda ilerde detaylı olarak anlatılacağı üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 226. maddesinde “genel ahlaka karşı suçlar” düzenlenmiş olup, bu bağlamda müstehcen nitelikteki görüntü, yazı veya sözlerin kamuya ulaştırılması ve özellikle çocukların erişimine açık hale getirilmesi bir suç olarak düzenlenmiştir.

İş hukukunda *genel ahlak* değil fakat *ahlak* kavramının korunmasında hukuki yarar görülmüştür. 4857 sayılı İş Kanunu 24. madde'de , “işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı” başlığı ve 25. maddede ise “işverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı” başlığı altında süresi belirli olsun veya olmasın işçinin iş sözleşmesini, sürenin bitiminden evvel ve bildirim süresini beklemeksizin feshedebileceği haller sayılmıştır. Bu haller her iki madde hükmünün 2. fıkralarında sıralanmış olup, *ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri* başlığı ile yer almıştır. Kanun koyucu burada *ahlak* kavramına, diğer kanunlarda atfettiği anlamdan daha farklı yaklaşmıştır. Cinsellik, ar, hicap duygusu ile birlikte andığı ahlak kavramını bu defa şeref, namus ve haysiyet kavramları ile birlikte anmış ve ahlakı; dürüstlük, iyiniyet kurallarının tamamlayıcısı olarak görerek, maddeleri de bu şekilde düzenlemiştir.¹¹⁷

Genel ahlak ve *ahlak* kavramlarının idare hukukunda sahip olduğu uygulama alanı ise, bu disiplinin düzenleme alanına bağlı olarak oldukça geniş bir yelpaze oluşturmaktadır. Yasama ve yargı organları dışında kalan bütün kamu kuruluşları ve

¹¹⁷ Cinsel taciz, her iki madde metninde de işçi ve işveren için geçerli olacak haklı nedenle fesih hakkı olarak düzenlenmişse de, bu artık toplumun hicap duygusunu korumanın ötesine geçen, bir suç oluşumudur.

bunların işleyişi, bireylerle olan ilişkileri idare hukukunun konusuna girmekte olup, idare sahip olduğu kamu gücü ayrıcalıkları ile hareket eder. Kamu hizmeti görevini yerine getirirken ve kolluk faaliyetlerini sürdürürken hep bireyle karşı karşıya kalan idare; kendisine tanınan zor kullanma yetkisini kullanırken zaman zaman takdir yetkisini de devreye sokarak hareket etmektedir. İşte genel ahlak ve ahlak kavramlarının belirsiz ve yoruma açık nitelikleri de en çok bu noktada sorun doğurmaktadır. Zira günlük hayatın akışı içinde, idarenin görevli olan personelinin, kamu görevlerini yerine getirirken ve kanunen sahip olduğu zor kullanma gücüne başvururken; kendi ahlak anlayışını genel ahlak anlayışının yerine koyması kuvvetle muhtemel bir tehlikedir. Başta çalışmamızın ana öğelerinden birini teşkil eden 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu olmak üzere günlük hayatın işleyişine dair pek çok kanun hükmünde (6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu gibi...) genel ahlak ve ahlak kanunen korunan bir değer olarak düzenlenmiştir. Kavramın bu şekilde pozitif hukukta yer alması ise iki şekilde gerçekleşmiştir; İlk olarak kavrama ilgili kanun maddelerinde doğrudan yollama yapılmıştır. Bu durumda genel ahlak, özellikle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminde yoruma muhtaç bir durum arz etmiştir. Bu durum ise demokratik bir hukuk devletinde istenilen bir durum değildir. Zira ahlak kavramının belirsiz niteliği ile hukuk kuralının açık ve belirgin¹¹⁸ olma ihtiyacı karşı karşıya gelmiştir. Kanun metinlerinde doğrudan doğruya yollama yapılması suretiyle “ahlak” veya “genel ahlak” deyimine yer verilmesinin, özel hukuk hükümlerine nazaran daha

¹¹⁸ Anayasa Mahkemesi’nin belirlilik ilkesine dair yerleşmiş içtihat kararları için bkz. s. 32 vd.

fazla olduğu söylenebilir. Bununla birlikte mevzuatta “genel ahlak” kavramına doğrudan yer verilme de, kanun koyucu genel ahlakın gerektirdiği davranış şeklini benimseyerek, bunu hukuken korunması gereken bir değer olarak kabul etmesi ise özel hukukun uygulama alanında daha yaygın olarak kullanılmıştır.

Örneğin Türk toplumunda eşcinsel birlikteliği genel ahlaka uygun olmayan bir davranış olarak görülür ve Türk hukuku aynı cinsiyetten iki kişinin birlikteliğini hukuken tanımaz.4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda her ne kadar aynı cinsiyette iki kişinin evlenmesi 129. madde ve devamında düzenlenen evlenme engellerinde düzenlenmemiş olsa da, 4721 sayılı TMK 134 vd. maddelerinde evliliğin ancak bir kadın ile bir erkek arasında kurulabilen hukuki bir ilişki olduğu kabul edilmiş durumdadır. TMK madde 23’te ise ahlak kavramına doğrudan atıf yapılarak, kimsenin özgürlüğünden vazgeçemeyeceği ve onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlamayacağı düzenlenmiştir.

Özel hukuk alanında genel ahlak ve ahlak kavramlarının hukuki bir değer olarak korunduğu bir diğer alan ise sözleşme hukukuna ilişkindir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda ahlak aykırı sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Böylelikle toplumsal ilişkilerde bir nevi kurucu unsur olan sözleşmelerin içeriği, kanun koyucu tarafından “ahlaka uygunluk” şartı ile düzenlenebilmektedir

İKİNCİ BÖLÜM

1982 ANAYASASI'NDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI REJİMİ

VE “GENEL AHLAK” SEBEBİYLE GETİRİLEN SINIRLANDIRMALAR

I. ANAYASADA GENEL AHLAK SEBEBİYLE SINIRLANDIRILAN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

Temel hak ve özgürlükler, pozitif hukuk tarafından güvenceye alınan, yasama ve yürütme organlarının tasarrufu ile kolayca kaldırılamayan ve müdahale edilmesi birtakım yasalara ve şartlara bağlanmış haklardır.¹¹⁹ Türk Hukukunda, temel hak ve özgürlükler 1924, 1961 ve 1982 Anayasaları'nda düzenlenerek güvence altına alınmıştır.

Temel hak ve özgürlüklerin¹²⁰ korunmasına ilişkin Anayasa hükümleri devletin tüm yargı organları için bağlayıcıdır ve bu bizatihi Anayasa tarafından güvence altına

¹¹⁹ Kişi ve topluluklara tanınan hak ve özgürlükler, çeşitli ulusal ve uluslararası belgelerde ve hukuk sistemlerinde farklı kavramlarla adlandırılmaktadır. Amerikan hukuk terminolojisinde (Türkçe'ye “kişi hakları”, “kamusal haklar”, “yurttaşlık hakları” gibi farklı deyimlerle aktarılan) “civil rights - civil liberties” kavramları yerleşmiştir.

Fransa'da yazarların çoğu “kamu özgürlükleri” (Liberties-Publiques) kavramını benimsemiştir. Azınlığı oluşturan grup “insan hakları”nı (Droits de l'homme), bazıları da her iki kavramı bir arada kullanmaktadır.

Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası'nda ve Alman Hukuk terminolojisinde ise “temel haklar” (die Grundrechte) kavramı kullanılır.¹¹⁹

Bu kavram özellikle Birinci Dünya Savaşı'nı izleyen yıllarda ve bu arada 1961 ve 1982 Türk Anayasalarında kullanılmıştır. Türk öğretisinde 1980'li yıllarda ve sonrasında yaygın bir şekilde benimsenen kavram, “insan hakları” olup bundan önceki yıllara ait eserlerde ise “kamu hürriyetleri”, “temel haklar”, ferdi hürriyetler” gibi pozitif hukuk kaynaklı kavramlar “insan hakları” kavramına oranla daha sık kullanılmıştır.¹¹⁹

Temel hak ve özgürlüklerin tanımını ve yukarıda adı geçen kavramlarla aralarındaki olası farklılıkların açıklanması için ayrı bir terminoloji çalışmasına ihtiyaç vardır. Bu yüzden neden temel hak ve özgürlükler ifadesinin seçildiği ve aralarındaki ilişki ana hatları ile anlatılmaya çalışılacaktır.

¹²⁰ KAPANİ de insan hakları ve temel haklar kavramlarını bu “ideal” üzerinden ayırt eder. Zira “insan hakları”nın insanlığın belli bir gelişme çağında, teorik olarak bütün insanlara tanınması gereken ideal ulaşılması gereken hakların listesi olarak ifade eder. Bu yüzden de, “insan hakları” teriminin bu alandaki terimler içerisinde en geniş içeriğe sahip olduğunu belirtir.

alınmıştır. 1982 Anayasası'nın 5. maddesi ile devletin temel amaç ve ödevleri arasında kişinin temel hak ve özgürlüklerini korumak da sayılarak, bunların Anayasal güvence altına alındığı bir kez daha vurgulanmış olup, Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında da temel hak ve özgürlüklerin devlet güvencesi altında olduğu vurgulanmıştır.

1961 ve 1982 Anayasaları'na bakıldığında temel hak ve özgürlükler her iki Anayasa'da da dört bölüme ayrılmış olup, çalışmada incelenecek olan temel hak ve özgürlükler bu belirlemeye paralel şekilde düzenlenmiştir.¹²¹

İlk bölüm olan "Genel Hükümler" tüm temel haklar için geçerli olan genel ilkelere yer vermektedir. Bunların bir kısmına yukarıda yer verilmiştir. Diğer üç bölüm, "Kişinin Hakları ve Ödevleri", "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" ve "Siyasi Haklar ve Ödevler" olarak adlandırılmış olup, bu dört bölüm toplam 63 maddeden oluşmaktadır.

Ayrıca KAPANİ, "kamu hürriyetleri"ni, yukarıda bahsi geçen ideal haklar programının gerçekleşmiş hali olarak ifade eder. Kamu hürriyetlerinin, insan haklarının devlet tarafından tanınmış ve pozitif hukuka girmiş olan bölümünü ifade ettiğini belirterek, belli hak ve hürriyetlerin bu şekilde pratik bir anlam kazandığını ve "kamu" deyiminin "genellik" anlamını taşıdığını, belli bir zümre veya sınıf değil istisnasız herkese tanınan haklar olduğunu vurgular. Son zamanlarda kamu hürriyetleri terimi karşılığında "temel haklar" teriminin de kullanımına sık rastlansa da, doktrin ve konuşma dilinde "temel haklar"ın bazen "insan hakları" kavramına karşılık kullanıldığını ve bu bakımdan çoğunlukla teknik bir terim olarak "kamu hürriyetleri"ni tercih ettiğini ifade eder. Bkz. Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 14

ÖZEK yine "insan hakları" kavramını somutlaştıran "temel hak ve özgürlükler"in varlığına dikkat çekerek, siyasal iktidardan öncelikle bu somutlaşmış hak ve özgürlüklere saygılı davranmalarını, bu sağlandığı sürece zaten ayrı bir düzenleme ile güvence altına almalarına ve denetimlerini sağlama çabasına gerek kalamayacağını ifade eder.¹²⁰ Buna göre insan haklarının sağlanması ve güvenceye alınması isteminin, bu doğrultuda devletin daha da kapsayıcı ve etkin otoriteye ulaşması anlamını aldığını ve giderek "insan hakları"nın tam anlamıyla uygulanmasının devletin çıkarları karşısındaki durumu ve denetlenmesi gerektiği konusundaki algının ne kadar normal karşılandığını ifade etmiştir. Bkz. Çetin Özek, "İnsan Hakları Kavramında Yeni Anlayış Ve Sınırlamalar", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2002, C. 60, S. 1-2, İstanbul, ss.135-162, s. 135, 136.

¹²¹Uygun, 1992, s. 142.

1982 Anayasası'nda yer alan tüm temel hak ve özgürlüklere ilişkin bu 63 maddeyi tek tek incelememiz mümkün değildir. Ancak kolluk güçleri tarafından kanunla sınırlanması konusunda yetki verilen, temel hak ve özgürlükler ve bunların "genel ahlak" sebebiyle sınırlandırılması üzerinde durulacaktır.

1982 Anayasası'nın, "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlığı altında düzenlenen, Anayasa'nın 20.maddesinde düzenlenen "özel hayatın gizliliği ve korunması", 21.maddesindeki, "konut dokunulmazlığı", 22. maddesindeki "haberleşme hürriyeti", 31.maddesindeki "kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı", 33. maddesindeki "dernek kurma hürriyeti" ve 34. maddesinde düzenlenen "toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı" Anayasa'daki ilgili madde metninde bizatihi "genel ahlak"ın muhafazası gerekçesi ile sınırlandırma bulunan hak ve özgürlüklerdir.

Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" ve madde metnindeki atıf sebebiyle "basın hürriyeti", "kamu düzeni"nin korunması için sınırlanabilecek özgürlüklerdir.¹²²

Basın hürriyeti 28. maddede ayrıca düzenlenerek sansür yasağı vurgulanmış ve basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasa'nın 26. ve 27. madde hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Böylece "kamu düzeni" de geçerli bir sınırlama sebebi olmuştur.¹²³

¹²² Ayrıca ilgili madde hükmünde, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel olmadığı belirtilerek, RTÜK'ün de düzenlenişine yer verilmiş olmuştur.

¹²³ Ayrıca aynı madde metninde "sürelili ve süresiz" yayınların "genel ahlakın" korunması için hakim kararıyla ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de yetkili merciin emriyle toplatılabileceği

1982 Anayasası'nın, "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlığı altında 51. maddesinde düzenlenen "Sendika Kurma Hakkı", da madde metninde belirtildiği üzere "genel ahlak" sebebiyle sınırlanabilecektir.

Son olarak 1982 Anayasası 141.md. ile genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, esas olarak açık olan duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına karar verilebileceği hüküm altına alınmış olup bu durum ise idari kolluğun yetki alanına dahil değildir.

1982 Anayasası'nda sınırlama sebebi olarak düzenlenen "genel ahlak" ve "kamu düzeni" kavramları, bu temel hak ve özgürlükleri hak ettiği güvenceden yoksun bırakan bir duruma düşürebilir. Bu denli belirsiz olan kavramların Anayasa ve yasalarca polis gücünün hizmetine sunulmuş olması karşısında, oluşması muhtemel keyfi uygulamaların önüne geçilmesi bir zorunluluktur. Bu anlamda daha önce ifade edildiği üzere bu kavramlar evrensel hukuk ilkelerine ve Anayasa'nın özgürlükçü ve demokratik ruhuna uygun şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimine bakacak olursak, 1982 Anayasası'nda, ikinci kısım birinci bölüm genel hükümlerde, temel hak ve özgürlüklerin özellikleri, nitelikleri ve sınırlandırılma rejimi; bundan başka temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılma yasağı, temel hak ve özgürlüklerin durdurulması ve yabancıların durumuna ilişkin esaslar düzenlenmiştir.¹²⁴

öngörülmüş, olsa da bu adli kolluğun görev alanına girmekte olup, yalnızca yargının konuyla ilişkili kararlarına yer verilecektir.

¹²⁴ Yılmaz Aliefendioğlu, "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut", **Anayasa Yargısı Dergisi**, 2002, C.19, ss.141-176, s.148.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ne şekilde olacağı ve hangi şartlar altında hukuka uygun olacağı, 1982 Anayasası'nın 13. maddesi ile düzenlenmiş olup, 03/10/2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile ilgili maddede önemli değişiklikler yapılmıştır. 1982 Anayasası'nda şu ana kadar yapılan değişikliklerin en kapsamlısı 2001 yılında 4709 sayılı Kanunla yapılmış bu değişiklik olup, 2001 yılında aslında Anayasa iki kez değiştirilmiştir. Birincisi 3 Ekim 2001'de¹²⁵, ikincisi ise Anayasa'nın sadece 86. maddesine ilişkin bir değişiklik¹²⁶ olup 21 Kasım 2001'de yapılmıştır.¹²⁷

Hemen belirtelim, 2001 yılında gerçekleştirilen değişiklikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin genel sınırlama sebepleri 13. maddeden kaldırılmış, böylece madde genel sınırlama nedeni olmaktan çıkmış, bunun yerine sınırlama için ilke belirleyen madde durumuna gelmiştir. Maddedeki sınırlama nedenleri ise ilgili temel hak ve özgürlüklerin düzenlendikleri maddelere yerleştirilmiş böylece her bir özgürlüğün özelliğine göre farklılaştırılmış sınırlama rejimine geçilmiştir.¹²⁸ 1961 Anayasası'nın 11. maddesinin değişiklikten önceki haline de ulaşılmış olmuştur. Aynı şekilde, 1961 Anayasası'nda yer alan "hakkın özü" kavramı yeniden getirilmiştir. Ayrıca "ölçülülük" ilkesi ile "laik cumhuriyetin gerekleri" ilkeleri de ilk defa olarak 1982 Anayasası'nda yerini almıştır. Bununla birlikte, "sınırlamanın genel sebeplere

¹²⁵ Anayasa değişikliği paketinde bulunan üçüncü madde ise değiştirilemedi. Bunlar, AY'nın 76. maddesi (ideolojik ve anarşik kelimelerini terör kelimesi ile değiştirmek için), ve 90. madde (çatışma halinde milletlerarası anlaşmalar esas alınır maddeleriydi. 2001/1 değişikliğinin yapıldığı 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun için bk. RG. 17.10.2001-24556 Mükerrer.

¹²⁶ 2001/2 değişikliğinin yapıldığı 21. 11. 2001 tarih ve 4720 sayılı kanun için bk. RG. 1.12.2001-24600.

¹²⁷ H.Tahsin Fendoğlu, "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY.Md.13)", **Anayasa Yargısı Dergisi**, 2002, C.19, s.178-214, s.116.

¹²⁸ Aliefendioğlu, 2002, s. 21

uygun olması” ve “sınırlamanın öngöröldüğü amaç dışında kullanılamaması” ibareleri ise madde metninden çıkarılmıştır.

Buna göre:

“Temel hak ve hürriyetler, özlerrine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağılı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçölölük ilkesine aykırı olamaz.”

Anayasa’nın 13. maddesinin 2001 değışikliğınden sonraki yeni şekline göre, artık genel sınırlama sebepleri ortadan kalkmış olup, bir temel hak ve özgürlük sadece Anayasa’nın ilgili maddesinde belirtilen “özel sebeplerle” ve ancak kanunla sınırlanabilecektir. Anayasa’da her bir temel hak ve özgürlüğü düzenleyen ilgili maddede yer alan bu özel sınırlandırma nedenleri, yalnızca ilgili oldukları haklar için geçerli sınırlama nedenleridir.¹²⁹ Anayasa’da bu şekilde temel hak ve özgürlüklere yönelik yapılan sınırlandırmaların; Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyet’in gereklerine ve ölçölölük ilkesine de aykırı olamayacağını hükme bağlanmıştır.

Demokratik, insan haklarına saygılı bir hukuk devletinde, temel hak ve özgürlüklerin Anayasa ile güvence altına alınması ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına yönelik ilkelerin belirlenmesi gerekli fakat yetersizdir, bu sınırlamanın amacına uygun olarak gerçekleştirilmesinin de sağlanması beklenir.

¹²⁹ Uygun, 1992, s.133.

II. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI REJİMİ VE SINIRLANDIRMA İLKELERİ AÇISINDAN, “GENEL AHLAK”A AYKIRILIK GEREKÇESİNİN HUKUKA UYGUNLUĞU

Temel hak ve özgürlüklerin genel olarak, sübjektif, objektif, anayasal ve yasal olmak üzere başlıca dört sınırından söz edilebilir.

Sübjektif sınırlar, hakkın kendinde mündemiç sınırlar olup bunun kaynağı olarak Anayasa’nın 12/2 hükmü gösterilebilir.¹³⁰ Bunun anlamı, temel hak ve özgürlüklerin, henüz doğarken sınırlı bir şekilde doğmakta olduklarıdır. Objektif sınırlar, bazı hak ve özgürlüklerin niteliklerinden doğan sınırlar olup, örneğin dilekçe hakkının hakaret ve tehdit unsurları taşımasına kadar; basın özgürlüğünün kişilerin şeref ve haysiyetine tecavüz edilmesine; düşünceyi yayma özgürlüğünün ise suç işlemeye kışkırtmaya kadar varan bir kapsamı yoktur.¹³¹ Bunlar bir özgürlüğün niteliğinden doğan, eşyanın tabiatında var olan sınırlardır, örneğin basın özgürlüğü, kişilerin şeref ve haysiyetine tecavüzü içermez. Bu objektif sınırlılığın anayasa veya yasa ile konulması gerekmez.

Üçüncü olarak hak ve özgürlükler bizzat Anayasa ve/veya son olarak yasalarla sınırlanabilir.¹³² Çalışmamızın içeriği göz önünde bulundurularak temel hak ve özgürlüklerin bizzat yasalarla sınırlandırılması üzerinde durulacaktır. Anayasa ile sınırlama ise, bir temel hak ve özgürlüğün doğrudan doğruya Anayasa tarafından öngörülen sınırları olup, o temel hak veya özgürlüğün tanımında yer alır. Örneğin

¹³⁰ Anayasa, md. 12/2: “Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.”

¹³¹ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.113.

¹³² Fendoğlu, 2002, s.121; Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, Beta Basım, İstanbul, 2014, s.236

“toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı” ancak, “silahsız ve saldırısız olması” halinde mevcuttur.(Anayasa,md.34)¹³³, ÖZBUDUN 1961 Anayasası ile 1982 Anayasası arasındaki sınırlama rejimi konusunda en önemli farkın; temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlama sebeplerinin arttırılmış olması veya doktrinde büyük bir eleştiri ile karşılaşan hakkın özü ölçütünün yerine, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kriterinin getirilmiş olmasından çok, doğrudan doğruya Anayasa’dan kaynaklanan bu tür sınırlamaların, 1961 Anayasası ile kıyaslanamayacak kadar çok olmasından kaynaklandığını belirtmiştir.¹³⁴

1982 Anayasası’nda yasa ile sınırlama yetkisi verilmeyen hak ve özgürlüklerin, mutlak bir koruma alanında olup olmadığı konusu ise tartışmalı olmakla birlikte, doktrinde yasa koyucuya sınırlama yetkisi verilmemiş olan hak ve özgürlüklerin norm alanlarının belirli olduğu, o hak veya özgürlüğün koruduğu alana özgün, bir bakıma içkin, nesnel sınırların varlığı kabul edilir.¹³⁵ Bu yasa kayıtsız haklara ilişkin olarak varlığı kabul edilen içkin sınırlar, benzer sonuçlar doğursa bile, genel sınırlama rejiminden farklılık göstermektedir. Bu sınırlar, her temel hakkın koruduğu alana dışardan getirilmiş yeni sınırlar olmayıp, hakkın kendisinde zaten mevcut olan sınırlardır.¹³⁶ Konuya ilişkin doktrinde bir tartışma mevcut olmakla birlikte, biz çalışmanın amacına uygun olarak bu temel hak ve özgürlüklerin bu anlamda genel olarak sınırsız kabul edilemeyeceği görüşünün benimsendiğini belirtmekle yetinelim.

¹³³ Aynı şekilde, Anayasa’nın 36. maddesi gereği hak arama özgürlüğü ancak “meşru vasıta ve yollardan faydalananarak” har aramayı kapsar, Anayasa’nın 27. maddesinde düzenlenen bilim ve sanatı yayma hakkı da ancak Anayasanın 1.,2.,3. madde hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak” amacına yönelik olmadığı takdirde mevcuttur.

¹³⁴ Özbudun, 2012, s. 113.

¹³⁵ Sibel İnceoğlu(Editor), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı Kapsamında Bir İnceleme**, Beta Basım, İstanbul, 2013, s. 24.

¹³⁶ Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, AÜSBF Yayını, Ankara, 1982, s. 128.

1961 Anayasası'nda, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin düzenleme, büyük ölçüde Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası ile paralellik gösteriyordu bu nedenle de sınırlama rejiminin odak noktası olan "öze dokunmama yasağı" ilkesi de Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası'ndan alınmıştı. 1982 Anayasası'nın sınırlama rejimi ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)¹³⁷ esas alınarak düzenlenmiş bu bağlamda da, yeni Anayasa'da "öze dokunmama yasağı" ilkesi yerine, sözleşmeden alınan "demokratik toplum düzeni" ilkesi getirilmiştir.¹³⁸

1982 Anayasası'nda 2001 yılında yapılan değişiklik ile gelen "demokratik toplum düzeni" ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki sınırlama rejimindeki tek benzerlik değildir. Genel olarak her ikisi hak ve özgürlüklerin hem sınırlandırılması hem de kullanılmasının durdurulması bakımından belirgin olarak gözlemlenmektedir.

AİHS, bir toplumun yaşamını doğrudan doğruya tehdit eden durumlarda bazı hak ve özgürlüklerin kabul eden; fakat bu durumlarda bile bazı çok temel hakların sınırlandırılmayacağını ya da yok edilemeyeceğini vurgulayan bir belgedir. 1982 Anayasası da toplumu çok yakından ilgilendiren tehlikelere karşı doğmuş bir Anayasa

¹³⁷Avrupa Konseyine üye devletlerin Dışişleri Bakanları tarafından 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanan ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, günümüze kadar birçok değişikliğe uğramış olmakla birlikte ilk resmi çevirisi için bkz. Resmi Gazete, 19.03.1954, Sayı: 8662. Bkz. Yaşar Salihpaşaoğlu, "Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, C.16, S.3, s. 230.

07.11.1982 tarih ve 2709 sayılı T.C. Anayasası'nın 90. Maddesinin 4. Fıkrasında; "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*" Türkiye AİHS'ni 10 Mart 1954 te onaylamış olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümleri kanunların üzerinde uygulanma gücüne sahiptir.

¹³⁸ Mümtaz Soysal, "İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği", **Anayasa Yargısı Dergisi**, 1986, C.3, ss. 39-49, s.46; Uygun, 1992, s. 89.

niteliği ile söz konusu tehlikeler dolayısıyla ve halen bu tehlikelerin sürebileceği endişesi ile temel hak ve özgürlüklere oldukça önemli sınırlamalar getirmiştir.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ve dolayısıyla kolluk yetkilerinin uygulanmasında yasama, yürütme ve yargı erkini bağlayan altı ana ilke vardır. 1982 Anayasası'na göre sınırlandırılmasında uyulması gereken bu ilkeler şu şekilde sıralanabilir:

Sınırlama kanunla olmalıdır, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olmalıdır, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen sebeplere bağlı olmalıdır, temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunmamalıdır, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmamalıdır, laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmamalıdır ve nihayet ölçülülük ilkesine aykırı olmamalıdır.

A. Yasa ile Sınırlama İlkesi (Yasallık İlkesi)

Demokratik hukuk devletlerinde “Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi”nden bu yana benimsendiği üzere, temel hak ve özgürlükler ancak halkın temsilcisi olan yasama organı tarafından ve bir kanunla sınırlanabilir.¹³⁹ Yasallık ilkesi 1924 Anayasası'nda, 1961 ve 1982 Anayasaları'nın da ilk ve son halinde benimsenmiş temel bir ilkedir.

1982 Anayasası'nın 13. maddesi ile temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği ilkesi kabul edilmiştir. Demokratik hukuk devletlerinde öteden beri

¹³⁹ Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, Beta Basım, İstanbul, 2005, s.13.

kabul edilmiş ve yerleşmiş olan temel kural gereğince, özgürlüklerin sınırlandırılması yasama organı tarafından ve ancak kanunla yapılabilir.

Temel hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlandırılacağı ilkesi 1924 Anayasası'nın 68. maddesinde ve 1961 Anayasası'nın 11. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin ancak yasa yoluyla sınırlandırılacağı hükmü şeklinde yer almakta iken; 1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlandırılacağı şeklinde ifade edilmiştir. 1924 ve 1962 Anayasaları'ndan farklı olarak "ancak" kanunla sınırlandırılacağı ibaresi 1982 Anayasası'ndan çıkarılmıştır. "Ancak" ibaresinin varlığının sınırlama rejiminde yasallık güvencesini pekiştirdiği bir gerçektir. 2001 değişikliği ile bu ibare tekrar metne dahil edilmiştir.

Yasallık ilkesi uluslararası insan haklarına ilişkin belgelerde de yer almış olup, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (The Universal Declaration of Human Rights)¹⁴⁰ 29. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir:

"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."

"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi"nin her bir özgürlüğü güvence altına aldığı ilgili maddelerinde de, sınırlamaların "yasayla" yapılacağı açık olarak yer almıştır.

¹⁴⁰ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A(III) sayılı Kararıyla ilan edilmiştir. 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 Sayılı Bakanlar Kurulu ile "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin Resmi Gazete ile yayınlanması yayımdan sonra okullarda ve diğer eğitim müesseselerinde okutulması ve yorumlanması ve bu Beyanname hakkında radyo ve gazetelerde münasip neşriyatta bulunulması" kararlaştırılmıştır. Bakanlar Kurulu Kararı 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

Böylelikle sözleşmecî devletlerin temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmasında “yasa kaydı” genel ölçüt olarak kullanılır.¹⁴¹

Yasa ile sınırlama ilkesinden beklenen iki fayda vardır. Bunlardan ilki, parlamentoda açık görüşme tartışma yöntemleriyle yapılan yasalar, kamuoyunun denetimi altında yapılır. İkincisi kanun, herkes için objektif kurallar koyar; böylece getirilecek sınırlamaların objektifliği sağlanmış; belli kişi ya da grupların çıkarına yasa çıkarılmasının önüne geçilmiş olur.¹⁴² Yasa ile sınırlama ilkesi aynı zamanda hukuk devletinin bireylere sağladığı hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ilkelerinin de uygunluk sağlar. Şöyle ki yasallık ölçütü sayesinde sınırlama hükümlerine gelen maddi içerik; temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın erişilebilirliğini ve kesinliğini sağlar. Böylece yürütme organının keyfi davranışlarının da önüne geçilmiş olur.

Yasa ile yapılan sınırlama ilkesinin çalışmamız açısından iki önemli sonucu vardır. İlk olarak, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan yasanın, yasallık ilkesine uygun bir düzenleme sayılabilmesi için, bu sınırlamanın hukuk güvenliğini zedelemeyecek şekilde düzenlenmesi gerekir. Bu sınırlamalar ilerde yapılacak düzenleyici işlemler için yeterince somut olmalıdır. Böylelikle sınırlama getiren bu yasaya dayanılarak yapılacak düzenleyici işlemin, yasa ile öngörülen sınırın dışına çıkmaması sağlanır.¹⁴³ Ayrıca sınırlama getiren yasanın ulaşılabilir nitelikte ve açık olması, böylece yasa uygulayıcılarına aşırı takdir yetkisi verecek nitelikte olmasının da önlenmesi

¹⁴¹ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku 1**, İmge Kitabevi, Ankara, 2013, s. 83.

¹⁴² Kapani, 2013, s. 231.

¹⁴³ Uygun, 1992, s. 92.

sağlanır.¹⁴⁴ Şöyle ki, her bir temel hakkın tekil durumlarda sınırlaması söz konusu olduğunda uygulayıcıların kişisel görüşlerine ve anlayışlarına olanak vermeyecek kadar açıklık ve kesinlikte olmalıdır.¹⁴⁵ Demek ki yasallık güvencesinin uluslararası metinlerde ya da anayasalarda yer alması yeterli olmayıp, ayrıca bu yasaların genel, soyut, objektif, kişilik dışı niteliklerini sağlamak üzere, objektiflik unsurunun bir gereği olarak anlamı belirgin ve açık olmalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin, anlamı açık olmayan, belirsiz ve soyut kavramlar yoluyla temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren yasaların ilgili hükümlerini iptal ettiğini daha önce inceledik.

Bu anlamda, Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan yasalarda kullanılan deyimlerin “açık ve kesin” olması gerektiğini; uygulayıcıların sübjektif nitelikteki değerlendirmelerine ve keyfi davranışlarına yol açabilecek nitelikte olmaması gerektiğini belirtmiştir. Bunun için de ilgili yasalarda soyut, amacı ve çerçevesi yoruma açık kavramların kullanılmaması gerekir.¹⁴⁶

Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminin aksine 1982 Anayasası döneminde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında yasallık ilkesinin gereği olarak somut ve anlamı açık yasalar konulmasına ilişkin kararlarında istikrarlı bir tutum izlediği söylenemez.¹⁴⁷ Öte yandan olumlu olarak nitelenebilecek karar örnekleri de vardır; Anayasa Mahkemesi, baro organlarının valiler tarafından geçici

¹⁴⁴ Tezcan ve diğerleri, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s.279; Fendoğlu, 2002, s.126; Yavuz Sabuncu, “1982 Anayasası Ve Temel Hak Ve Özgürlükler” **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, 1984, S. 76, C. 10, ss.16- 22, s. 20.

¹⁴⁵ Uygun, 1992, s. 92.

¹⁴⁶ Uygun, a.g.e., s.96.

¹⁴⁷ Birinci Bölümde bu konuya ilişkin örnek yargı kararları incelenmiştir.

olarak görevden uzaklaştırılmaları konusunda Anayasa'nın 135. maddesinin yedinci fıkra hükmünün açıklık getirilmeden Avukatlık Kanunu'na aktarılmasını, objektif uygulamayı önleyici ve düzenlemenin amacına ulaşmasını engelleyici olarak nitelemiştir. Bununla birlikte bu açıklamalara rağmen soyut norm denetiminde bu yönler üzerinde durulmasına gerek yoktur hükmüne varmıştır.¹⁴⁸

Mahkeme, idareye keyfi uygulama imkanı verecek şekilde çok geniş takdir yetkisi tanınması ile ilgili olarak ise, sağlık kurum ve kuruluşları ile sağlık personelinin ülke genelinde dengeli dağılımı ve yaygınlaştırılmasını düzenleyen bendin genel sağlığın korunması amacıyla da olsa "Temel Haklar ve Ödevler" kapsamında düzenlenen çalışma özgürlüğüne sınır getirmekte olduğu ifade etmiştir. Mahkeme, böyle bir sınırlamanın nerede başlayıp nerede bittiği belirtilmezse, amacı aşan, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayan, içeriğinin takdiri yönetime bırakılmış sakıncalı sınırlama getirilmiş olacağını belirtmiştir. Böylelikle sınırlamanın içeriğinin belirlenmesinin yönetimin görüşüne bırakılan yasa hükmü ile yasallık ilkesinin gereği yerine getirilmemiş olmaktadır.¹⁴⁹

AİHMde bu konuda sözleşmecî devletlerin yasallık ölçütüne uygun hareket edip etmediğini denetlerken yasa kaydının varlığı ile yetinmeyerek; yasanın bireye davranışlarını yönlendirme olanağı verecek şekilde öngörülebilir olmasını, idari makamlara veya yargıya aşırı takdir yetkisi tanıyacak kadar belirsizlikte olmaması gerektiğini belirtir.¹⁵⁰ Sınırları belirsiz müdahale yetkisi veren hukuki düzenlemelerin

¹⁴⁸ AYM, E.1984/12, K. 1985/6, K.T.1/3/1985, R.G. Tarih-Sayı: 17.05.1985-18757.

¹⁴⁹ AYM, E.1987/16, K.1988/8, K.T.19/4/1988, R.G.Tarih-Sayı: 23.08.1988-9908.

¹⁵⁰ G. Cohen-Jonathan, "Article 10", La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Commentaire article par article, Economica, 1995, s. 390'dan aktaran Kaboğlu, 2013, s.83.

hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı açıktır. Bu anlamda yürütme organının keyfi müdahalelerini önlemek için hukuk kuralı ile verilen yetkinin sınırlarının ve amacının yeterli ölçüde açık olması ve hukuki güvenlik ve hukuki öngörülebilirlik ilkelerinin gereğini yerine getirmesi gerekir. AİHM bu anlamda müdahalenin hukuki dayanağını oluşturan kuralın keyfiliğe yol açmayacak nitelikte olması için ilk olarak bu kuralın erişilebilir olmasını, ikinci olarak ise kuralın birey tarafından kendi davranışlarını ayarlayabilecek kesinlikte olmasını arar.¹⁵¹ Bu da hukuk devletinin gereği olan hukuki öngörülebilirlik ilkesinin gerçekleşmesi demektir.

Bu bağlamda 1982 Anayasası'nda yer alan birtakım hak ve özgürlüklere ilişkin maddelerde sınırlama nedeni olarak "genel ahlak" kavramının yer alması ve yine bu kavramın birtakım kolluk kanunlarında sınırlayıcı sebep olarak yer alması, Anayasa ile korunan yasallık ilkesinin sunduğu güvenceyi zedeleyici niteliktedir diyebiliriz. Nitekim Anayasa Mahkemesi, soyut ve genel bazı nedenlere dayanılarak mahalli mülki amirlere toplantı ve gösteri yürüyüşlerini erteleme yetkisi veren bir yasa hükmünü 1961 Anayasası'nın 11. maddesinde geçen "kamu düzeni, milli güvenlik" gibi kapalı, kişisel görüşlere göre değişebilecek nitelikte kavramlar olarak nitelemiştir. Keyfiliğe varan uygulamalara neden olabilecek kadar soyut olan bu kavramların "olduğu gibi" kanuna geçirilmesini de Anayasa'nın amacına uygun bir "yasayla sınırlama" olarak kabul etmeyip iptal etmiştir.¹⁵² Anayasa Mahkemesi, temel hakları sınırlayan yasal düzenlemelerin "kişisel anlayış ve takdire olanak vermeyecek şekilde

¹⁵¹ Inceoğlu, 2013, s.30.

¹⁵² AYM, E. 1976/27, K.1976/51, K.T.18, 22/11/1976, R.G.T.Tarih-Sayı: 16.5.1977-15939.

açıklık ve kesinlikle belirlenmesi” zorunluluğunu, aynı zamanda demokratik hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak da kabul etmiştir.¹⁵³

O halde günümüzde halen yürürlükte olan kanunlarda başta “genel ahlak” olmak üzere Birinci Bölümde incelenen pek çok belirsiz ve soyut kavramın demokratik hukuk devletinin gereği olan hukuki güvenlik ve hukuki öngörülebilirlik ilkelerine uygunluğu sağlamakta yetersiz kaldığını, özellikle kolluğun keyfi uygulamalarına olanak tanıdığı söyleyebiliriz.

Temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamanın ancak yasa ile yapılacağına dair ilkenin bir diğer önemli sonucu ise, temel hak ve özgürlüklerin yasa dışında, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemler vasıtasıyla sınırlandırmasının mümkün olmamasıdır.¹⁵⁴ Maddenin gerekçesinde de ilgili hüküm şu şekilde açıklanmıştır:

“Maddenin birinci fıkrasında “ancak kanunla” denilmek suretiyle, hak ve hürriyet sınırlamalarının münhasıran kanun konusu olduğu; yani yasama tasarrufundan başka bir düzenleyici tasarrufla (tüzük, yönetmelik vb.) hak ve hürriyetlerin sınırlandamayacağı belirtilmiştir.”¹⁵⁵

Öte yandan, modern devlet ve toplum hayatının karmaşılaştığı ve günlük hayatın da daha teknik ayrıntılarla farklılaştığı bir toplumda, yasama organının her konuyu ayrıntıları ile öngörüp düzenlemesi mümkün görünmemektedir. Bu açıdan

¹⁵³ AYM, E. 1976/27, K.1976/51, K.T.18, 22/11/1976, R.G.T.Tarih-Sayı: 16.5.1977-15939; Uygun, 1992, s. 97.

¹⁵⁴ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C.2, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009, s.568.

¹⁵⁵ Mehmet Akad ve Abdullah Dinçkol, **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları**, Der Yayınları, İstanbul, 2007, s.141.

bazen özgürlükler alanında da, ikinci derecede kalan birtakım teknik, ayrıntı niteliğinde sayılabilecek hususların yürütme organına bırakılabileceği doktrinde kabul edilmektedir.¹⁵⁶

Yürütme organı bu bağlamda, temel hak ve özgürlükler alanında düzenlemeyi ancak bir kanuna dayanmak şartıyla yapabilir; düzenleyici işlemlerle yasa tarafından öngörülmemiş bir sınırlandırma yapamaz.¹⁵⁷ Yürütme organının yasa ile verilmiş bu yetkisinin Anayasa'ya uygun olması içinse verilen yetkinin kapsamının belli olması ve yasa olarak düzenlenmesi gereken hususların yürütme organının yetki sahasına bırakılmaması gerekir. Bu anlamda yasalarda geçen belirsiz, soyut kavramların bir diğer tehlikesi de yürütme organına sınırsız bir takdir yetkisi vermeye müsait düzenlemeler doğurmasıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, böyle bir durumda Anayasa'nın 13. maddesi ile getirilen sınırlama ilkelerinden yasallık ilkesine aykırılık olacağı gibi, ayrıca Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi ile 7. maddesindeki yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine de aykırılık oluşacağını tespit etmiştir. Mahkeme, yabancı gerçek kişilere toprak satışı ile ilgili Bakanlar Kuruluna tanınan yetkiyi geniş ve belirsiz bulduğu kararında şu ifadelerle yer vermiştir:

“Gerçekten 3029 sayılı Yasa ile Bakanlar Kuruluna tanınan yetki son derece sınırsızdır ve açık değildir. Yasada sadece Toplu Konut Fonuna alınacak miktar belirlenmiş, diğer hususların tespiti yürütme organına bırakılmıştır. Bunlar arasında kanunla düzenlenmesi gereken yönler vardır...Yabancıların alacağı arazinin azami miktarı... alınma amaçları Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin devamı süresi, satın

¹⁵⁶ Uygun, 1992, s.93; Mümtaz Soysal, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1986, s. 19.

¹⁵⁷ Fendoğlu, 2002, s.127.

alınacak arazi ya da emlakin yeri...hep yasa ile düzenlenmesi gereken hususlardandır. Bütün bu yönlerde yasama organının serinkanlı ve objektif değerlendirmesine gereksinim vardır...Yürütmenin, tüzük ve yönetmelik çıkarmak gibi klasik düzenleme yetkisi, idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Bu bakımdan Anayasa'da, ifadesini bulan yukardaki ayrık haller dışında, yasalarla, düzenlenmemiş bir alanda, yürütmenin subjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yasa ile yetkili kılınmış olması da sonuca etkili değildir. 3029 sayılı Yasa ile uygulamaya ilişkin esasların tespiti yönünden yürütmeye verilen yetkinin genişliği ve belirsizliği apaçık ortadadır. Yasada, esasla alakalı bir çok yönler düzenlenmemiştir. Bu durum, açıkça bir yetki devridir. Ve Anayasa'nın "Yasama yetkisi Türk milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez..." biçimindeki 7. maddesine aykırıdır."¹⁵⁸

Anayasa Mahkemesi, yasa ile getirilecek olan sınırlamada, yürütmeye verilecek olan yetkinin sınırsız ve belirsiz bir alanı kapsamaması halinde Anayasanın 7. maddesi gereği yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşacağına dair tespitini 2006 tarihli kararında yenilemiştir. Mahkeme yine¹⁵⁹yabancılar toprak satışında Bakanlar Kuruluna verilen yetkiyi incelemiş ve Anayasa'nın 7. maddesi gereği kanun koyucunun temel ilkeleri koymadan, belirli bir çerçeve çizmeden

¹⁵⁸ AYM, E.1984/14, K.1985/7, K.T.13/6/1985, R.G.Tarih-Sayı: 24.08.1985-18852.

¹⁵⁹ İptali istenen yasanın ilgili tümcesi: "Yabancı uyruklu bir gerçek kişinin ülke genelinde edinebileceği taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı aynı hakların toplam yüzölçümü iki buçuk hektarı geçemez. Bu fıkrafta belirtilen koşullarla, yüzölçümü miktarını otuz hektara kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir." Dava konusu kural ile Bakanlar Kurulu'na tanınan yetkinin sınırı, esasları ve çerçevesi fıkrafta belirlenmiş olmakla beraber, verilen yetki 2,5 hektarlık yasal sınırı oniki katına kadar arttırılabilmeyi olanaklı kıldığından düzenleme, sınırlamanın işlevselliğini etkisiz bırakacak derecede ölçsüzdür. Buna göre Bakanlar Kurulu'na tanınan oniki katına kadar arttırma yetkisinin ölçsüz olması yasama yetkisinin yürütme organına devri sonucunu doğuracağından kabul edilemez. Bu nedenle kural, Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

yürütmeye yetki vermemesi gerektiğini ve böylece sınırları belli olmayan bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁶⁰

O halde özgürlüklerin ancak yasa ile sınırlanması ilkesini çok katı ve dar yorumlamamak ve kanunun verdiği yetki ile yine kanunun çizdiği sınır çerçevesinde kalmak şartıyla gerektiğinde tüzük(ve kanun hükmünde kararname ile) yapılmasına imkan verecek şekilde anlamak gerekir.¹⁶¹ İdarenin bu şekilde gerçekleştireceği düzenleyici işlemlere ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin ilgili diğer kararlarına bakacak olursak:

“Anayasa, yasama yetkisini, yürütme görevini ve yargı yetkisini ayrı ayrı organlara vermekle kuvvetler ayrılığı esasını kabul etmiştir. Anayasa'nın 5. maddesine göre, yasama organının kanun yapma yetkisini başka ellere bırakamayacağı kuşkusuzdur. Yasama organı, kanun yaparken bütün olasılıkları gözönünde bulundurarak ayrıntılara ilişkin hükümleri de saptamak yetkisini haiz ise de, zamanın gereklerine göre sık sık değişik önlemler alınmasına ve alınan önlemlerin kaldırılmasına veya değiştirilmesine gerek görülen hallerde yasama organının yapısı ve ağır işleyişi bakımından bu gibi günlük olayları hemen inceleyerek zamanında gerekli önlemleri almasının güçlüğü de ortadadır. Bu nedenle yasa koyucunun, temel hükümleri saptadıktan sonra uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin hususların düzenlenmesi için hükümete yetki vermesi, yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir.”¹⁶², “Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında belirtildiği gibi, Yasa Koyucu belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek, eğer uygun veya zorunlu

¹⁶⁰ AYM, E. 2006/35, K.2007/48, K.T.11.4.2007, R.G.Tarih-Sayı: 16.01.2008-26758.

¹⁶¹ Kapani, 2013, s. 232.

¹⁶² AYM, E.1977/1, K.1977/20, K.T. 5/4/1977, R.G.Tarih-Sayı: 5.12.1977-16130.

görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare, ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere birtakım kurallar koyarak yasanın uygulanmasını sağlayacaktır...”¹⁶³

Bununla birlikte bazı temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak kanundan başka bir işlem ile düzenlenmemesi gereken konular vardır. Bu konuda Anayasa’nın ve TCK’nın açık hükümleri vardır. 1982 Anayasası 38/4 e göre; idare kişilerin hürriyetlerinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı kuvvetlerin farklı bir disiplin gerektiren iç düzen işlemleri ise kapsam dışında bırakılmıştır. Maddenin gerekçesinde kişi özgürlüğünün ağır bir sınırlanması olan hapis cezalarına ancak mahkemelerce hükmedilebileceği bunun bir idari müeyyide örneğinin bir disiplin cezası ile mümkün olmayacağı belirtilmektedir.¹⁶⁴ İlgili Anayasa hükmü TCK md. 2/2 de idarenin düzenleyici işlemler ile suç ve ceza koyamayacağı kuralı ile de kanunda somutlaşmıştır.¹⁶⁵ Bundan başka hangi konuların yasa ile düzenlenmesi gerektiği, hangilerinin ise düzenleyici işlemlere bırakılabileceği konusunda belli bir kriter olmasa da, hukuk güvenliği bakımından önem taşıyan iki önemli mevzu vardır. İlk olarak, yasaya dayanacak olan bu düzenleyici işlemler ile Anayasa’nın 125. maddesinde belirtilen “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” hükmünü anlamsız kılacak derecede yürütme organına geniş yetkiler verilmemelidir. İkinci olarak düzenleyici işlemler yasa derecesinde güvenilir işlemler olmayıp, kolayca değiştirilebilir ve temel hakların kullanılmasını engelleyebilirler.¹⁶⁶

¹⁶³ AYM, E.1985/3, K.1985/8, K.T.18/6/1985, R.G.Tarih-Sayı: 18.10.1985-18902.

¹⁶⁴ Akad ve Dinçkol, 2007, s.269.

¹⁶⁵ İlgili Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. AYM, E.2002/40, K.2006/20, K.T.15/2/2006, R.G.Tarih-Sayı: 13.07.2006-26227; AYM, E.2005/99, K.2006/8, K.T.19.01.2006, R.G.Tarih-Sayı: 20.07.2006-26234

¹⁶⁶ Uygun, 1992, s.94.

Bu yüzden de düzenleyici işlemlere bırakılan konuların, temel hakların kullanılması bakımından değeri her zaman göz önünde bulundurulmalıdır.

Kolluğun düzenleyici işlemleri, bir kanuna dayanmak ve bu kanunun çizdiği çerçeve içinde kalmak zorundadır. Bu yüzden yukarda belirtildiği üzere idareye verilen bu düzenleme yetkisi ile kolluk amir ve görevlilerine geniş takdir yetkisi verecek şekilde yapılacak olan düzenleyici işlemlerden kaçınılmalıdır. Kolluğun tesis ettiği işlem ve eylemlerin gerçekleştiği andan itibaren temel hak ve özgürlüklere müdahale yeteneği göz önüne alındığında, bu alanda tesis edilen düzenleyici işlemlerin önemi ve gösterilmesi gereken ihtimam da artmaktadır. Nitekim temel hak ve özgürlüklere ilişkin birtakım düzenleme alanlarının kolluğun düzenleyici işlemlerine bırakılmasına sık sık rastlanmakta ve idareye geniş takdir yetkisinin verildiği görülmektedir.

B. Anayasanın Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Maddelerinde Öngörülen SınırlamaNedenlerine Bağlılık İlkesi (Nedene Bağlılık İlkesi)

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ancak yasa ile gerçekleştirilmesi bireyler için önemli bir güvence olsa da yeterli değildir. Yasama organı çıkaracağı yasalarla özgürlükleri dilediğinde kısıtlayabilir ve hatta kullanılamaz hale getirebilir. Bu nedenle yasa ile yapılacak olan sınırlandırmaların herhangi bir sebeple değil, ancak Anayasa’da o temel hak ve özgürlüğü düzenleyen ilgili hükümde öngörülmüş olan sebeple yapılması gerekir. ¹⁶⁷

1982 Anayasası, diğer anayasalar gibi kendinden önceki dönemin olaylarından büyük ölçüde etkilenen, dolayısıyla o dönemde tehlikeye girmiş olduğu düşünülen

¹⁶⁷ Gözler, 2009, s. 570.

değerlerin korunmasına çok önem veren bir Anayasadır. 1982 Anayasası’nda devlet ve otorite ön planda iken; 1961 Anayasası yine bir tepki Anayasası olarak, özgürlük kavramına, hak kavramına ve özellikle bireylerin; toplum ve devlete karşı korunmalarına ağırlık vermiştir.¹⁶⁸ Buna bağlı olarak biri insan haklarına dayanan, diğeri insan haklarına saygılı olan bu iki Anayasa’da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi de farklı olmuş ve 1961 Anayasası’nda yer almayan genel sınırlama sebeplerine 1982 Anayasası’nın özgün halinde yer verilmiştir.¹⁶⁹

1982 Anayasası’nın 13. maddesinin ilk biçiminde genel sınırlama sebepleri olarak “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü”, “milli egemenlik”, “Cumhuriyet”, “milli güvenlik”, “kamu düzeni”, “genel asayiş”, “kamu yararı”, “genel ahlak” ve “genel sağlık” olmak üzere dokuz ana başlık halinde yer almıştı. Bunların içinde yer alan “kamu düzeni” kavramı ilerde görüleceği üzere idari kolluk işlem ve eylemlerinin korumak ve bozulduğunda da eski haline getirmeye çalışmak üzere başlıca amacını ve kolluk faaliyetlerinin sebep unsurunu teşkil eder. Kolluk kuvvetlerinin “genel ahlak”ın korunmasını sağlamak üzere harekete geçtiği zamanlarda da genel olarak “kamu düzeni”nin sağlanması amacı söz konusudur. Bu kısa açıklamadan sonra “genel ahlak”ın 1982 Anayasası’nın ilk halinde tüm özgürlükler için bir sınırlama sebebi olarak varlığına dikkat çekmek isteriz. Geriye doğru gidecek olursak, 1961 Anayasası’nda da “genel ahlak”ın korunması hususu bir sınırlama sebebi olarak sayılmış olup, 1924 Anayasası’nda yer almamıştır.

¹⁶⁸ Soysal, 1986, s.47.

¹⁶⁹ Soysal da 1961 Anayasası’nın “insan haklarına dayalı” deyiminin yerine, 1982 Anayasasında geçen “insan haklarına saygılı” deyiminin kullanılması arasında bir anlatım farkı ötesinde temel bir anlam ve yaklaşım farkı olduğunu savunurken, Özbudun 1982 Anayasası’nda geçen ilgili deyim böyle bir yaklaşım farkının ürünü olmadığını ifade etmektedir. Bkz. Özbudun, 2012, s.107.

1982 Anayasası'nın 13. maddesinde yer alan genel sınırlama sebepleri 2001 değişikliği ile madde metninden çıkarılmış ve her bir temel hak ve özgürlüğü düzenleyen maddeye, özel sınırlama nedenleri yerleştirilmiştir.¹⁷⁰

Bu anlamda hangi temel hak ve özgürlüklerin "genel ahlak" sebebiyle sınırlanabileceğine yukarda değinilmiştir.

Uluslararası belgelerde de özgürlüklerin sınırlama nedenleri açıkça gösterilmiş olup bu nedenlerin içinde "genel ahlak" ya da "ahlak" var olmuştur. Örneğin "Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi"nde, özgürlüklerin "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması", "kamu düzeni", "genel refah" yanında "genel ahlak"ın gereklerinin yerine getirilmesi sebebiyle de sınırlanabileceği belirtilmiştir.

AİHS'de yasallık ilkesinin mevcut olduğu daha önce belirtilmişti, bu yasalarla getirilecek olan sınırlama nedenleri ise her bir temel hak ve özgürlüğün düzenlendiği maddede tek tek sayılmıştır. Örneğin, özel ve aile hayatına saygı hakkına; bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu

¹⁷⁰ 1982 Anayasası'nın 13. maddesinden genel sınırlama sebeplerinin çıkarılması, genel olarak doktrin tarafından olumlu karşılanmış iken bu konuda yer alan ayrık bir görüşe yer vermek isteriz. GÖZLER genel sınırlama nedenlerinin Anayasa'dan çıkarılmasını eleştirmiş, 13. maddenin yeni şekline göre, bir temel hak ve özgürlüğün ancak ve ancak o özgürlüğün düzenlendiği Anayasa'nın ilgili maddesinde hangi sınırlama sebebi sayılmış ise o sebebe dayanarak sınırlandırılabilir hale gelmesinin neticesi olarak, bir kolluk işlem ve eyleminin sınırlandırdığı temel hak ve özgürlüğün düzenlendiği ilgili maddede "kamu düzeni" sebebinin öngörülmemesi durumunda Anayasaya aykırılık olacağını belirtmiştir. Genel sınırlama nedenlerine yer verilmemesini yanlış olarak değerlendirmiştir. Bkz. Gözler, 2009, s. 571. TEZİÇ ise Anayasa değişikliğine prensip olarak olumlu bakmakla birlikte, genel sınırlama nedenlerinin çoğunun özel sınırlama nedenleri olarak madde metinlerinde yer almasının anılan Anayasa değişikliğinin değerini azalttığını ileri sürmektedir. Öte yandan özel sınırlama nedenlerinin de çok sayıda tutulması ve soyut kavramlarının bir kısmının ideolojik olarak yorumlanmaya açık olması da eleştirilmektedir. Bkz. Teziç, 2005, s.198.

olabilir.¹⁷¹ Yine, din veya inancını açıklama özgürlüğü; kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.¹⁷² Görüldüğü gibi her bir temel hakkın sınırlama nedenleri ayrı ayrı düzenlenmiştir. Amacımız AİHS’de yer alan sınırlama sebeplerini burada tek tek açıklamak olmamakla birlikte, “ahlak” kavramına da bir sınırlama nedeni olarak yer verildiğini belirtmektir.

Kolluk yetkilerinin kullanılması ancak kanunun açık bir yetki ile kolluk yetkililerini ve görevlilerini yetkilendirmesi durumunda söz konusu olur. Kolluk güçleri tarafından temel hak ve özgürlükleri sınırlandırırken öncelikle, Anayasa’da ilgili temel hak ve özgürlükle ilgili özel sınırlama nedeni ile bağlılık söz konusudur. Bu aşamayı geçtikten sonra, ikinci aşamada ise, kolluk kanunlarında bu sınırlama nedenlerinin Anayasa’ya uygun olarak düzenlenmiş biçimine göre işlem ve faaliyetlerini yürütecek olup, insan haklarına saygılı bir hukuk devletinde bu nedenlerin kanunlarda açık ve somut bir şekilde yer alması beklenir. Kanunlarla düzenlenmemiş bir alana müdahale etmesi açık bir Anayasa’ya aykırılık teşkil eder.

1982 Anayasası’nda bir sınırlama nedeni olarak yer alan “genel ahlak” kavramı, kolluk kanunlarında da bir sınırlama nedeni olarak düzenlenmiştir. İlerde daha detaylı olarak açıklanacağı üzere, Anayasa’da ve diğer mevzuatta geçen “genel ahlak” ile kastedilen siyasi iktidarın, kanun koyucunun ya da bu yasayı uygulayacak olan kolluk güçlerinin ahlak anlayışı değildir. Demokratik bir devlette devletin

¹⁷¹ AİHS madde 8.

¹⁷² AİHS madde 9.

düşünce ve davranışları ahlak kuralları açısından denetlemesi ve bu amaçla bireylerin inanç, anlayış ve duygularına müdahale etmesi düşünülemez.¹⁷³

C. Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Uygunluk İlkesi

Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olma ilkesine ilk olarak 1961 Anayasası'nın ilk halinde yer verilmiş ve 1971 değişikliğinden sonra da bu kriter korunmuştur. 1982 Anayasası'nın ilk halinde *“anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk”* ibaresi *“anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olmama”* şeklinde küçük bir değişiklikten sonra varlığı korunmuştur. Bu ilke diğer bütün sınırlama sebeplerini barındıran, en kapsamlı sınırlama ilkesidir.¹⁷⁴

“Anayasanın sözü” denildiğinde, genel olarak Anayasa metninde açık olarak düzenlenen kurallar anlaşılır. Ayrıca her bir hak ve özgürlüğün düzenlendiği maddede belirlenmiş olan kapsamın daraltılmasının yasaklanması da anlaşılır. Özel olarak Anayasa hak ve özgürlüklerin öznelerinde bir daraltmaya gitmediyse, bu özneler örneğin vatandaşlar kavramının yasayla daraltılması, Anayasa'nın sözüne aykırı olacaktır.¹⁷⁵ Temel hak ve özgürlükler açısından sınırlamanın, anayasanın diğer maddelerinin yanısıra hak ve özgürlüklere ilişkin maddelere ve özellikle bu maddelerde belirtilen ek güvencelere aykırı olmaması gerekir. Bunlar pozitifleşmiş öz öğeleri olup, kanun koyucunun dokunamayacağı alanları gösterir.¹⁷⁶

¹⁷³ Lütfi Duran, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982, s. 250.

¹⁷⁴ Uygun, 1992, s.142.

¹⁷⁵ İncoğlu, 2013, s.46.

¹⁷⁶ Uygun, 1992, s.142; Özbudun, 2012, s. 113.

Bu anlamda temel hak ve özgürlüklerin kolluk gücü tarafından sınırlandırılması söz konusu olduğunda, yasa ile kanun koyucunun dahi dokunamayacağı yasak alanlar vardır; Anayasa md. 28/1'e göre basın hürdür sansür edilemez, 29/1 gereğince süreli veya süresiz yayınların önceden izin şartına veya mali teminat yatırma şartına bağlanması mümkün değildir. Anayasa md.33 gereğince dernekler, Anayasa md.51 gereğince sendikalar ve Anayasa md.68/3 gereğince siyasi partilerin kurulması ile Anayasa md.34 gereğince, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının izin şartına bağlanması mümkün değildir. Ayrıca Anayasamd.20'ye göre özel hayatın gizliliğine, Anayasa md.22 gereğince haberleşmenin gizliliğine ve Anayasa md.21 gereğince konut dokunulmazlığına Anayasa'da belirtilen istisnalar dışında hakim kararı olmadıkça dokunulamayacaktır. Bu yasak alanların tek tek sayılmasının nedeni, yasa ile sınırlandırılmasının dahi mümkün olmayan temel hak ve özgürlüklerin "ahlak" veya "genel ahlak" sebebiyle sınırlandırılmasının doğuracağı ağır hukuka aykırılıktır.

Bu ek güvencelere aykırı olarak yasa ile yapılan sınırlama, Anayasa'daki ilgili temel hak ve özgürlüğü düzenleyen maddedeki sınırlama sebeplerine dayansa bile Anayasa'ya aykırı olur.¹⁷⁷ Bu açıdan yasa ile getirilen sınırlamanın dahi Anayasa'ya aykırı olması söz konusu iken, kolluk faaliyetleri sebebiyle böyle bir sınırlamanın gerçekleşmesi de Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir.

Anayasa'nın ruhuna uygunluk ile Anayasa'da açık bir hüküm olmasa da, bazı kuralların anlamının maddenin konuluş amacından ve diğer maddelerle olan ilişkisinden yola çıkarak belirlenmesini ve böylece normlar arasında bir çelişkinin

¹⁷⁷ Atay, 2013, s. 132.

önlenerek Anayasa'nın bütünlüğü ilkesinin korunması sağlanır.¹⁷⁸Böylece¹⁷⁹ temel hak ve özgürlüklere getirilecek olan sınırlama yalnızca Anayasa'nın 13. maddesine değil, Anayasa'nın diğer maddelerine ve başlangıç hükümlerine de aykırı olmamalıdır. Aslında kişisel bir değerlendirme yapılacak olunursa, zaten Anayasa'ya aykırı bir kanunun hüküm ifade etmemesi ve Anayasa Yargısı denetiminden geçirilerek iptal edilmesi gerekmektedir, bu yalnızca temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlar için değil tüm yasalar için geçerlidir.

Anayasası'nın özü kavramı doktrinde “anayasanın bütünü ve ondan çıkan temel anlam”¹⁸⁰, “sınırlamaların anayasanın bütününe uygun olması gerekliliği”¹⁸¹ gibi farklı şekillerde algılanmıştır. GÖZLER Anayasa'nın ruhu kavramı soyut olduğu için sınırlamanın bu kavrama uygun olmasına ilişkin bir ölçüt getirilmedikçe bu kavramı bir ölçüt olarak kullanmanın bir anlamı olmadığını ifade etmiştir.¹⁸²

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın özünün belirlenmesinde, ilgili maddenin konuluş amacını ve diğer maddelerle olan ilişkisini göz önüne almıştır. Örneğin daha önce örnek olarak verilen 26.11.1986 tarihli kararında, polise “genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışlarda bulunanların” parmak izlerini ve fotoğraflarını alma yetkisi veren bir hükmü “kişi özgürlüğü ve güvenliği” ile ilgili Anayasa'nın 19. maddesi

¹⁷⁸ Inceoğlu, 2013, s.46.

¹⁷⁹ Sağlam, 1982, s. 111.

¹⁸⁰ Özbudun, 2012, s.104.

¹⁸¹ Yavuz Sabuncu, **Anayasaya Giriş** , İmaj Yayıncılık, Ankara, 2000, s. 48.

¹⁸² Gözler, **Türk Anayasa Hukuk Dersleri**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2008, s.139.

yönünden değerlendirirken, bu maddeyi tek başına değil, Anayasa'nın temel hak ve özgürlükler konusundaki genel yaklaşımı doğrultusunda yorumlamıştır.¹⁸³

D.Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi, kanun koyucunun sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasında mantıksal bir bağ ve denge kurmasını sağlamaya yönelik bir ilke olarak tanımlanabilir.¹⁸⁴ Yasa kaydına dayanılarak kolluk tarafından temel hak ve özgürlüklere yönelik gerçekleştirilecek olan sınırlama "ölçülülük ilkesi"ne tabi olup, bu ilke ile idarenin, daha az sınırlayıcı tedbirle ulaşılabilecek olan amaca, daha yoğun ve ağır bir tedbirin kullanması da yasaklanmıştır. Ölçülülük ilkesi hakkın özüne ilişkin denetimden önceki bir aşamada sınırlanmanın denetlenmesini sağlayarak temel hakların korunmasını da tamamlar niteliktedir. Ölçülülük ilkesi, 1924 ve 1961 Anayasaları'nda ve 1982 Anayasası'nın ilk halinde mevcut olmayıp, ilk defa 2001 değişikliği ile 1982 Anayasası'nda yer almıştır.¹⁸⁵

¹⁸³ Uygun, 1992, s.144.

¹⁸⁴ Uygun, 1992, s. 162.

¹⁸⁵ Ölçülülük ilkesi 1961 Anayasası'nda mevcut olmamakla birlikte, Anayasa Mahkemesi örtülü ya da açık bir şekilde, **zaman zaman ölçülülük ilkesi ya da alt öğelerini kararlarında ölçüt olarak kullanmaktaydı**. Örnek olarak bkz. AYM,E.1970/48K.1972/3, K.T.8,9.2.1972, R.G.Tarih-Sayı:19.10.1972-14341. İlgili kararda, elverişlilik unsurunun uygulaması görülür: "...demek ki yasa kuralı ile varılmak istenen erek değil, onun tam tersi gerçekleşecektir. Bu da kuralın konuluşunda kamu yararını korumaya elverişlilik olmadığı göstermektedir."; AYM,E.1963/330,K.1964/15,K.T.11.2.1964,R.G.Tarih-Sayı:14.7.1964-11753. İlgili kararda yine elverişlilik unsuruna yer verilmiş olup: "... bu şartın maddeye konulması bazı bölgelere girmeyi ve özellikle yerleşmeyi yasaklamaya imkân vermek içindir... Bir bölgeye girmek veya yerleşmek millî güvenliği sarsıyorsa, oraya hiç kimsenin girmemesi ve yerleşmemesi, yerleşmiş olanların da oradan çıkarılması gerekir. Yoksa, yalnız kangütme sebebiyle adam öldüren veya buna teşebbüs eden kimselerin hısımlarına uygulanabilecek bir yasakta millî güvenliği sağlama amacının bulunduğu düşüncesi savunulamaz."; AYM, E.1970/22, K.1971/20, K.T. 18/2/1971, R.G.Tarih-Sayı: 7.7.1972/14238. İlgili kararda oranlılık alt unsuruna yer verilmiştir : "yasak bir eylem karşılığında insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir ceza yaptırımını konulması olanağı yoksa da, bu ilkenin, hürriyeti sınırlayıcı ceza yaptırımlarının, suçun ağırlığı ile orantılı olarak belli edilip saptanması zorunluluğu bakımından kesin bir sınır teşkil edeceği düşünülemez."; E.1971/31, K.1972/5, K.T.15,16/2/1972, R.G.Tarih-Sayı:14.7.1964-11753. İlgili kararda, oranlılık ve gereklilik unsurlarının varlığı aranmıştır:"Bir

Bununla birlikte 1982 Anayasası'nın ilk halinde dahi amaç ile sınırlama arasında ölçülülük ya da oranlılığın korunması öngörülmüştür. Nitekim Anayasa Mahkemesi 1989 tarihli Avukatlık Yasası ile ilgili kararında, *"İtiraz konusu kuralı, amaç ve sınırlama orantısının korunmasıyla ilgili "ölçülülük" temel ilkesinin alt ilkeleri olan 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" ilkeleriyle çatışan bir sınırlama sayan görüşler bu nedenlerle yerinde bulunmamıştır.*¹⁸⁶ Açıklamasını yaparak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesinin ve bu ilkenin üç alt unsuru olan, zorunluluk, gereklilik ve elverişlilik ölçütlerini de kullanmıştır.¹⁸⁷ Ancak önemle belirtmek gerekir ki, ölçülülük denetiminin bu üç alt ilkesinin yargısal denetim aracı olarak sağlıklı bir biçimde kullanılabilmesi için, herşeyden önce sınırlama amacının somut ve belirgin olması gereklidir.¹⁸⁸ Kolluk kanunlarında yer alan "genel ahlak", "ahlaksızlık"

sanığın hâkim önüne çıkarılmaksızın otuz gün gözetim altında tutulması sıkıyönetim gereklerini ve gereksinmelerini aşan, olağanüstü deyimiyle de tanımlanamıyacak bir tedbir, bir çeşit fiilî tutuklamadır."

Ayrıca 1982 Anayasası'nın ilk halinde bulunan "... öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz" ibaresi ölçülülük ilkesinin anayasal dayanağı konusunda bir tartışma yaratmış olsa da değişiklikten sonra bu ibarenin kaldırılarak bizatihi"... bu sınırlamalar ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" ibaresinin getirilmesi bu konuda öğretideki tartışmaları sonlandırmıştır. Meşruluğunu, hukuk devleti ilkesinden alan bu ilke, Anayasa'da "ölçülülük" ilkesi olarak yer almasa dahi, hukuk devletinin tanımı (Anayasa md.2) gereği devlet işlemlerinin ölçülü olması bir zorunluluktur.

¹⁸⁶ Aliefendioğlu, 2002, s.160.

¹⁸⁷ AYM, E.1988/50, K.1989/27, K.T.23.6.1989, R.G.Tarih-Sayı: 04.10.1989-20302; Anayasa Mahkemesi nin benzerşekilde sınırlama sırasında amaç ile araç arasında makul bir denge, kabul edilebilir bir ölçüyü aradığı kararları için bkz. AYM,E.1989/17,K.1990/33,K.T. 11.12.1990, R.G.Tarih-Sayı: 15.6.1991; E.1988/14, K.1988/18, K.T. 14.6.1988 R.G.Tarih-Sayı: 14.07.1988-19872, AYM, E. 1991/6, K.1991/20, K.T. 3.7.1991, R.G.Tarih-Sayı:08.03.1992-21165.

¹⁸⁸ Fazıl Sağlam, **"1982 Anayasası'nın Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar"**, Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları 7, Ankara, 1988, ss.433-442, s. 441.

kavramları ile “utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlar” şeklinde yapılan müeyyideye tabi tutulacak davranış tanımlamaları ise, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejiminde en önemli güvencelerden biri olan ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığı denetimini zorlaştırmacı ve hatta neredeyse işlevsiz hale getirici niteliktedirler. Zira amaç ve araç arasındaki hakkaniyetli dengenin araştırılmasında, sınırlamanın amacının ne olduğunun belirsiz ve toplum vicdanında yaşayan niteliği, sınırlamayı gerçekleştiren kolluk kuvvetlerinin de kendilerine uygun bir amaç belirlemesi ile sonuçlanabilir. “Demokratik toplum düzeninin gerekleri” ile birlikte “ölçülülük ilkesi”ni, 1982 Anayasası’nın otoriter yapısını yumuşatacak ve temel hak ve özgürlüklerin Avrupa standardında korunmasını sağlayabilecek tek çıkış noktası olarak gören SAĞLAM, bu iki ölçütün kullanılamaması durumunda, temel hak ve özgürlüklerin Anayasa metinlerine sıkışmış değerler olarak kalma riski olduğunu belirtmiştir.¹⁸⁹

Böylece ölçülülük ilkesi hukuk devletinin somutlaşmış bir ifadesi olarak, 1961 ve 1982 Anayasaları’nda, bir ilke olarak yer alsalar da almasalar da, temel hakların sınırlandırılmasında gözönünde tutulan ilkelerin başında gelmektedir.¹⁹⁰ Klasik uygulama alanı idare hukuku olan bu ilke, Federal Almanya’da da özellikle kolluk yetkileri alanında uygulanmıştır.¹⁹¹

¹⁸⁹ Sağlam, 1988, s.441.

¹⁹⁰ Zafer Gören, “Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi** Yıl:6, S. 12, Güz 2007/2, ss. 39- 59, s.50.

¹⁹¹ Uygun, 1992, s. 161; Sağlam, 1982, s. 117. Ölçülülük ilkesinin esas uygulama alanının idare hukuku olduğunu söylememizin nedenini kısaca açıklamakta ve bu kavramın diğer ülkelerin Anayasa Mahkemeleri’nde değerlendirilme ölçütlerine kısaca yer vermekte fayda vardır. Ölçülülük ilkesinin modern kökeni geç 19. yy.’dan Prusya Yüksek İdare Mahkemesi’nin polis hukuku alanında verdiği kararlarda görülür. Bu konudaki temel teşkil eden karar Prusya Yüksek İdare Mahkemesi’nin (Prussian Obergerverwaltungsgericht) 1882 tarihli kararıdır. Bu davada, Prusya Yüksek İdare Mahkemesi; polis

Ölçülülük ilkesinin doktrinde yer alan tanımlarına bakacak olursak; GÜNDAY bir temel hak ve özgürlüğü sınırlama ile ulaşılmak istenen amacın zorunlu kıldığından ve gereğinden fazla sınırlanamayacağı anlamına geldiğini belirterek zorunluluk alt unsuruna dikkat çekmiş¹⁹², ÖZBUDUN ise bir özgürlük ya da hakkı sınırlamada başvurulacak aracın, sınırlandırmayla ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, sınırlandırma aracının amaç için gerekli olması, araçla amaç arasında ölçülü bir oran bulunması¹⁹³ şeklinde tanımlayarak klasik üç unsurun varlığına dikkat çekmiştir. YÜZBAŞIOĞLU bir hak ve hürriyetin sınırlanması amacıyla kanunla konulan önlemler arasında elverişli, zorunlu ve oranlı olması halinde gerçekleştiğini söyleyerek¹⁹⁴ gereklilik unsurunun yerine zorunluluk kavramını tercih etmiştir.

tarafından alınan tedbirin bu tedbirle elde edilmek istenen amaca göre orantısız olup olmadığını değerlendirmistir. Bu tarz önlemlerin (tedbirlerin) kamu düzenini korumak için gerekli olmasını, polisin görevlerini yerine getirmesinde üstü kapalı olarak benimsenen bir öncül olduğuna dayanarak, Prusya Mahkemesi, aşırıya kaçan önlemlerin polisin görevleri nosyonunun kapsamı içinde olmadığı sonucuna varmıştır. Bu ilk karara dayanılarak, gereklilik (necessity) prensibi, takip eden onyıllar boyunca mahkemeler tarafından daha açık bir hale getirildi. Hem idare hukuku hem de polis hukuku alanlarında genel olarak kabul edildi. İkinci Dünya Savaşı sonrasında, gereklilik (necessity) prensibine ek olarak, dar anlamda ölçülülük prensibi geliştirildi. Bkz. Jürgen SCHWARZE, *European Administrative Law*, Sweet and Maxwell, London 1992, s.685-686; Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law*, Kluwer Law International, London 1996, s.23'den aktaran, Sağlam, 1982, s. 41.

Böylece “ölçülülük” prensibinin kolluk kuvvetleri ile birey arasında geçen bir orantısız güç uygulaması sorununa dayandığı söylenebilir. Ölçülülük ilkesinin hukuki temeli konusunda çeşitli görüşler ortaya atılmışsa da, son aşamada adalet düşüncesinin bir uzantısı olarak benimsenmektedir. Bu ise felsefi bir açıklama olup, bu açıklamanın pozitif anayasal temeldeki karşılığı *hukuk devleti ilkesidir*. Böylelikle ölçülülük ilkesi, bir yandan temel hakların somut olarak sınırlanmasını belirli rasyonel ilkelere bağlayarak hukuk devletinin özünü oluşturan hukuka bağlılık ve güven duygusunu güçlendirirken, öte yandan temel hak ve özgürlüklerin devlete karşı korunmasını gerçekleştirmektedir. Bkz. Sağlam, 1982, s. 117. Bu da ilkeyi çalışmamızın konumuz açısından daha önemli kılmaktadır.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre ölçülülük, devletin bireyin özgürlük alanına getirdiği her sınırlamada, araçların izlenen amaçla orantılı olması ilkesine saygı göstermesi gereği olup, Anayasal değerlerde olan orantılılık ilkesi, hukuk devletinin sonucudur. Bahsi geçen orantılılık ilkesi ise gereklilik ve elverişlilik ilkeleriyle birlikte “ölçülülük ilkesi”nin öğelerini oluşturmaktadır. Bkz. Kaboğlu, 2013, s. 159. O halde Alman Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesini, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeye dayandırmaktadır. Bkz. Kemal Gözler, 2008, s. 144, Görüldüğü üzere, Alman Anayasa Mahkemesi “ölçülülük ilkesi”ni hukuk devletinin somutlaşmış bir ifadesi olarak saymış ve onu doğrudan doğruya temel hakların varlığına içkin olduğunu belirtmiştir. Bkz. Sağlam, 1982, s. 118

¹⁹² Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 215.

¹⁹³ Özbudun, 2012, s.105.

¹⁹⁴ Necmi Yüzbaşıoğlu, *Anayasa Hukuku El Kitabı*, Beta Yayınları, 2007, s. 49.

Böylece ölçülülük ilkesinde makul dengenin gözetilmesi gereği üzerinde durarak, en ağır önlemleri almaya gerek kalmadan daha hafif önlemler ile çözüm bulmak mümkün olmasına rağmen gerektiğinden daha ağır önlemlerin alınmasının amaç ile araç arasındaki makul dengeyi bozduğunu ifade etmiştir. ONAR da temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalenin daha az sınırlayıcı ya da daha hafif tedbirlerle amacına ulaşması mümkün olduğu halde hak ve hürriyetleri daha çok sınırlayan, haklardan yararlanacak kişilere daha ağır yükümlülükler getiren düzenlemelerin önlenmesini ölçülülük ilkesi olarak tarif etmiş böylece, gereklilik unsuru üzerinde önemle durmuştur.¹⁹⁵

KABOĞLU ölçülülük ilkesini bir idare hukuku ilkesi olarak görmüş, birey ve kamu gücü arasındaki ilişkilerde bu ilke sayesinde devlet müdahalelerinin elden geldiğince sınırlanmasını ifade ettiğini belirtmiştir.¹⁹⁶ Ölçülülük ilkesinin hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olduğunu daha önce söylemiştik bu anlamda demokratik bir hukuk devletinde, temel hak ve özgürlüklere yönelik gerçekleştirilen müdahalelerin evrensel insan haklarının özüne ve demokratik değerlere aykırı olmaması, özellikle idarenin ve kolluk kuvvetlerinin ölçülülük ilkesine uygun hareket etmesi ile mümkündür.

2013 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesini tarif ederken 1961 Anayasası döneminden bu yana benimsediği ve kararlarında yansıttığı yoruma benzer bir yorumla, ölçülülük ilkesini, sınırlama amacı ile aracı arasında “**adil bir dengenin gözetilmesi**” şeklinde tarif etmiştir. Bu şekilde belli bir amaca ulaşmak için

¹⁹⁵ Onar, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s.1510.

¹⁹⁶ Kaboğlu, 2013, s.158.

alınan sınırlayıcı tedbir, gereğinden ağır ve katı ise o sınırlama ölçülü olmayacağı gibi demokratik toplum düzenine de uygun bir sınırlama olmayacaktır.¹⁹⁷ Böylece ölçülülük ilkesine aykırı olan bir sınırlamayı, demokratik toplum düzenine de aykırı olarak kabul etmiştir.

Doktrinde ölçülülük ilkesinin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ne anlama geldiğine yönelik görüşler ve Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararları birlikte değerlendirildiğinde, kolluk işlem ve eylemlerinde ölçülülük ilkesinin sağlanması için üç unsurun gereğinin yerine getirilmesi gerekir. Bunlar, elverişlilik, gereklilik ve oranlılıktır.¹⁹⁸

Bu üç unsurdan ilki olan elverişlilik unsuru için amaç ile araç arasındaki ilişkinin niteliği önemlidir. İdari kolluk yetkisi bir araç olarak değerlendirildiğinde bu araç ile yapılacak sınırlamanın amaca yani kamu düzeninin sağlanmasına *elverişli* olup olmadığı değerlendirilir. Yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya *elverişli* olup olmadığını saptamaya yönelik olan¹⁹⁹ elverişlilik unsuruna²⁰⁰ ve ilerde açıklanacak olan gereklilik unsuruna Anayasa Mahkemesi kararlarında, oranlılık unsuruna nazaran daha nadir yer verilmiştir.²⁰¹

¹⁹⁷ AYM, Başvuru Numarası: 2013/2602, K.T.23/1/2014.

¹⁹⁸ Alman Anayasa Mahkemesi uygulamasına göre de bir sınırlamanın ölçülülük ilkesi açısından geçerli olabilmesi için, başvuru aracının, sınırlama amacını gerçekleştirmeye *elverişli* olması, yine aracın sınırlama amacı açısından *gerekli(zorunlu)* olması ve bu araç ile amaç arasında ölçüsüz bir *oran* olmaması şartları aranmaktadır. Bkz. Sağlam, 1982, s.114; Teziç, 2014, s.235.

¹⁹⁹ AYM, E.2007/4, K.2007/81 K, K.T. 18.10.2007, R.G.Tarih- Sayı: 08.12.2007-26724.

²⁰⁰ Alman Anayasa Mahkemesi kararlarına göre sınırlamayı oluşturan bir yasal önlemin, sınırlama amacına elverişli sayılabilmesi için bu önlemin sınırlama sonucuna katkı sağlaması gerekmekte olup, bu aracın, amacı tam olarak gerçekleştirilmesi koşulu aranmaz. Bkz. Sağlam, 1982, s. 114.

²⁰¹ Işıkoğlu, 2013, s. 41.

Genel ahlak sebebiyle yapılan müdahalenin neticesinde kamu düzenini sağlamak ve kamu yararına hizmet etmek amaçları yerine getirilmiyorsa bu müdahale dolayısıyla temel hak ve özgürlüğün sınırlanması artık ölçülülük ilkesine aykırı olacaktır. Bu da Anayasa ile konulan sınırın sınırı kavramına aykırılık teşkil edecektir. İkinci unsur olan gereklilik ise, sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için ilgili temel hak ve özgürlük açısından en yumuşak (en az sınırlayıcı) aracın seçilmesi gereğine işaret etmektedir.²⁰² Anayasa Mahkemesi gereklilik şartının sağlanmasını “zorunluluk” üzerinden değerlendirerek, amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunmasını, diğer bir deyişle sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olup olmadığını aramıştır.²⁰³ Sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşıması gerektiğini belirtmiştir.²⁰⁴

Gereklilik unsuru gereğince kolluk faaliyetleri yerine getirilirken, kamu düzenini sağlama amacı ile kolluk güçlerinin kullandığı araç veya yöntem arasındaki niceliksel denge gözetilmeli, kural olarak daha az müdahale ile kamu düzeninin tesisi mümkün iken daha ağır bir müdahalede bulunulmamalıdır. Sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için ilgili temel hak açısından en yumuşak aracın seçilmesi gereklidir.²⁰⁵ Aksi takdirde, bu ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla Anayasa’ya aykırılık teşkil edecektir. Öyleki kolluk güçleri eğer, temel hak ve özgürlüğün kullanılmasını sınırlandırmaksızın kamu düzenini sağlamayı başarabiliyorsa, o hak ve özgürlüğün

²⁰² Sağlam, 1982, s.115.

²⁰³ AYM, E.2007/4, K.2007/81, K.T. 18.10.2007, R.G.Tarih- Sayı: 08.12.2007-26724.

²⁰⁴ AYM, E.2007/4, K. 2007/81, K.T. 18.10.2007,R.G.Tarih- Sayı: 08.12.2007-26724.

²⁰⁵ Uygun, 1992, s. 162.

sınırlandırılması yoluna gitmemelidir.²⁰⁶ Her ne kadar kolluk, uygulayacağı tedbirler arasında seçim yaparken burada bir takdir yetkisi varmış gibi görünse de, kanaatimce burada idarenin bir takdir yetkisi değil bağlı yetkisi söz konusudur. Bu anlamda genel ahlak sebebiyle gerçekleştirilen müdahalelerde, kamu düzenini koruma amacı ile gerçekleştirilmeyen, yalnızca o dönemde o bölgede yerleşik olan ahlak anlayışını korumak ve zaman zaman da kendi ahlak anlayışını bir değer olarak kabul edilerek yapılan müdahaleler meşruluk niteliğini de kaybedecektir. Örnek olarak Alman Anayasa Mahkemesi, içinde ahlaka aykırı eylemlerin gerçekleştiği saptanmış bir otel için kapatma kararı vermeden otel sahibinin uyarılması gerektiğine karar vermiştir.²⁰⁷

Anayasa Mahkemesi ilerde detaylı olarak incelenecek olan mülga 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 13/2 hükmünde geçen *"iki ay içinde ödeme yapılmazsa, Üst Kurulca yayın izninin ve lisansın iptaline karar verilir"* ibaresinin iptalini incelediği kararında, kanun koyucunun idari yaptırıma konu kabahatleri ve bu eylemlere karşılık uygulanacak yaptırımları belirleme konusunda anayasal sınırlar içerisinde takdir yetkisine sahip olduğunu kabul etmiştir. Ancak bu eylemler ile yaptırımlar arasında adil bir dengenin bulunmasının hukuk devletinin gereği olduğunu ifade ederek, ilgili yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantı olmadığından ilgili cezayı ölçülülük ilkesinin ihlali sebebiyle hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil ettiği için iptaline karar vermiştir.²⁰⁸

Danıştay, bir televizyon programında canlı yayın esnasında "(...)Allahım, yarabbim yani hatalı olduğunu biliyorsunuz. Siz bu gelininize nasıl güveneceksiniz?

²⁰⁶ Gözler, 2009, s. 512.

²⁰⁷ Gören, 2007, s. 52.

²⁰⁸ AYM, E.2010/91, K.2011/98, K.T: 9.6.2011, R.G. Tarih-Sayı : 21.10.2011-28091.

Yarın öbür gün sizin amca çocuğunuzun oğlunu beğenecek, hanımefendinin böyle bir durumu var. Hanımefendi yaşarım diyor... belki sizin büyük oğlunuzu beğendi, onunla evlenecek siz ne yaparsınız?... Şu an birisi konuşuyor. Sen sürekli bir şeyler söylüyorsun... -İşte ahlak zayıflığı erozyon burada. -Siz nasıl diyebilirsiniz benim oğluma ahlak zayıfı diye...” şeklinde geçen ifadenin , seviyesiz olması sebebiyle 3984 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasına “Radyo, televizyon ve veri yayınları ... **genel ahlaka** uygun olarak kamu hizmeti anlayışı çerçevesinde yapılır” yayın ilkesine aykırılık olduğunu tespit etmiş ihlale konu programda kullanılan ifadelerin ve olayın aktarımının genel ahlaka uygun olmadığı/yayıncı kuruluşunun uyarılmasında ölçülülük ilkesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.²⁰⁹

Oranlılık unsuru gereklilik unsuruna benzer şekilde amaç ve araç arasındaki niceliksel dengeden hareket etse de burada önemli olan nokta alınan tedbir ya da gerçekleştirilen müdahalenin ne olursa olsun orantısız olmamasıdır. Doktrinde açık ve belirgin olmayan bir kanunun, amaca ulaşmak için gerekenden fazla müdahaleye olanak vereceği dikkate alınarak, kanuni düzenlemedeki belirsizliğin oranlılık ilkesini zedeleyeceği ileri sürülmüştür. Şöyle ki, amaç çok genel tutulmamalı, somut olarak belirlenmelidir. Amaç ne kadar somut olarak gösterilirse, zorunluluğun varlığı o kadar çok kabul edilir. Çünkü çok özel bir amaca ulaşmak için çoğunlukla başka bir alternatif, daha ılımlı bir araç yoktur.²¹⁰ Genel ahlakı korumak ise somut bir amaç olmaktan uzak, hatta olabildiğince soyut bir amaç olarak, zorunluluk halinin ne zaman, hangi şekilde ortaya çıktığını belirlemek için elverişsiz bir amaçtır.

²⁰⁹ Danıştay, 13. Daire, E. 2008/7807, K. 2009/6942, T. 22.6.2009.

²¹⁰ Gören, 2007, s. 51.

Oranlılık, ölçülülük ilkesinin elverişlilik ve gereklilikten sonra tamamlayıcı olan üçüncü unsurudur. Kolluk güçlerince yapılan müdahalede bu anlamda, kolluk yetkisinin hukuka uygun kullanılıp kullanılmadığının aydınlatılması için alınan tedbirin, tehdit ve tehlikenin ağırlığı ile orantılı ve etkili olması halinde oranlılık ilkesinin gereğini yerine getirmek mümkün olup, bu yoksa hak ve özgürlükler gereksiz ölçüde sınırlayıp kısıtlamış olacaktır.²¹¹ İdare Hukuku'nda da bu ilke temel anlamıyla amaç-araç dengesini ifade etmekte kullanılır.²¹² GÜdülen amacın çok genel nitelikte tutulması ise ölçülülük ilkesinin gereğinin yapılmasını zorlaştırarak, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını belirlemede sakınca yaratabilir. Bu bakımdan amaç somut olarak belirtilmeli ve uygulayıcının takdir yetkisine mümkün olduğu kadar imkan vermemelidir. Bu muhtemel keyfi uygulamalar ise kolluk gücü tarafından müdahale edilen temel hak ve özgürlüğe yönelik sınırlamaamacı ile sınırlama önlemi arasındaki ilişkinin denetlenmesi ile engellenebilir. Böylelikle hukuk devletinin gerektirdiği rasyonel esaslara da bağlı kalınmış olur.²¹³

Temel hak ve özgürlüklerin ve daha arka planda insan haklarının varlığı ve bireyler tarafından dilediğince kullanılması kural, bunların sınırlandırılmasının istisnai olduğu kabul edilmiştir. Buna göre bu sınırlamalar için yetki veren kanunların yeterince açık olmaması ölçülülük ilkesi için gözetilecek dengeyi de en başından itibaren bozacak olması muhtemeldir.

²¹¹ Duran, 1982, s.224.

²¹² Süheyl Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1993, s.245.

²¹³ Sağlam, 1982, s.128.

Ölçölülük ilkesi, Anayasa Mahkemesi kararları ve doktrindeki görüşler çerçevesinde bu şekilde değerlendirilirken, ilkenin hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, Anayasa Hukukunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki işlevi göz önüne alınarak AİHM'in konuya ilişkin değerlendirme yöntemine ve kararlarına bakmakta fayda vardır. AİHS ölçölülük ilkesini, demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı kapsamında değerlendirilmektedir.

AİHS'de düzenlenen bir hakkın sınırlanması için zorlayıcı bir toplumsal olayla birlikte sınırlama için bir gereklilik doğmalıdır. Ayrıca, bu toplumsal zorunluluk meşru bir amaca yönelmeli ve bu meşru amaca ulaşmak için uygun araçlar seçilmelidir. Yani, AİHS'de gereklilik ilkesinin ölçölülük ilkesinin bir alt kavramı olarak, sözleşmeye taraf devletlerin AİHS'de düzenlenen bir temel hak ve özgürlüğe müdahale edebilmesi için amaç-araç orantısı aranmaktadır.²¹⁴

AİHM'in meşru amaç kriterini değerlendirirken ise, konumuzla doğrudan ilgili olması bakımından AİHS md.8 üzerinde durmakta fayda vardır. Buna göre, özel yaşama ve aile yaşamına, haberleşme ve konuta saygı hakkının ancak maddede sayılan birtakım nedenlerle sınırlandırılabileceği öngörülmüş olup; bu nedenler arasında *ahlakın korunması* da sayılmıştır. Bu gerekçe sebebiyle gerçekleştirilecek olan sınırlandırmalarda AİHM'de ortaya çıkan ölçüt ise, yasaklanmak ya da sınırlandırılmak istenen eylemin toplumun ahlaki standartları üzerindeki etkisidir. Mahkeme yetişkin erkekler arasında gizli olarak gerçekleştirilen rızaya dayalı eşcinsel ilişkinin cezalandırılmasının, *ahlakın korunması* bağlamında baskın bir toplumsal

²¹⁴ Batum, 1993, s.253.

ihtiyaç olmadığı sonucuna ulaşmıştır.²¹⁵ Ayrıca, bireyin başta cinsel yönelimi olmak üzere, cinsel hayatı onun cinsel kimliğini oluşturmaktadır. Bu kimliğe ilişkin herhangi bir düzenleme ise kural olarak AİHS'in 8. maddesine bir müdahale teşkil edecektir.²¹⁶ AİHM denetim organları, yetişkin erkekler arasındaki rızaya dayalı aleni olmayan eşcinsel ilişkileri yasaklayan yasaların varlığını AİHS'e aykırı bulmuştur.²¹⁷ AİHM'in esasında sözleşmecî devletlere ilerde anlatılacağı üzere *ahlakın korunması* amacı bağlamında geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Ancak bu durum AİHS md.8 için geçerli değildir. Mahkeme *ahlakın korunması* meşru amacını 8. madde özelinde ayrıca yorumlayıp anlamlandırmış ve *ahlakın korunması* meşru amacına yer veren diğer maddeler çerçevesinde sözleşmecî devletlere geniş bir takdir yetkisi tanırken, 8. madde özelinde bu takdir yetkisi dardır.²¹⁸

Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili görüşlerine baktığımızda ise, 1982 Anayasası'nda ölçülülük ilkesinin md. 15'de işlendiği ileri sürülebilir. Genel ahlak sebebiyle yapılacak sınırlamada ise örneğin işyeri kapatma ya da yayın durdurma cezasını vermeden evvel öncelikle daha hafif cezalarla istenilen amaca erişilmesi gereği de bu ilkenin bir görünümüdür. Anayasa md. 15'de olağanüstü hallerle ilgili olarak öngörülen ölçülülük ilkesinin olağan zamanlarda evleviyetle aranması gerektiğine ilişkin görüşler olduğu gibi²¹⁹ Anayasa md. 13 ve 15'in ayrı düzenlemeler

²¹⁵ Dudgeon v. UK., (Comission), Appl. No.7525/76, 13.03.1980, para. 113.,s. 323 Bkz. İncoğlu, 2013, 307.

²¹⁶ İncoğlu, 2013, s. 307.

²¹⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İncoğlu, 2013, s.307 vd.

²¹⁸ İncoğlu, 2013, s. 329.

²¹⁹ Uygun, 1992, s.16; Özbudun, 2012, s.104.

olması sebebiyle böyle bir uygulama yerine tersine uygulamamak gerektiğine ilişkin görüş de mevcuttur.²²⁰

Ölçülülük ilkesine göre özgürlüğün ihlal derecesi ise o özgürlüğün kullanılmasını ne derece etkileyeceği ile belirlenir. Burada kamu düzenine yönelen tehdidin boyutu ve bu tehdidin giderilmemesi halinde toplumda ortaya çıkacak olan değişiklik ya da muhtemel tehlike değerlendirmeye tabi tutulur. PVSK md. 16'nın bu anlamda ölçülülük ilkesine uygunluğu tartışmalıdır. Polisin silah kullanma yetkisinin alanını belirsizleştiren bu düzenleme, polisin pasif direniş gösteren bireylere ölçüsüz güç kullanımına esas teşkil edebilecek niteliktedir.²²¹

Demek ki kolluk yetkisinin kullanılmasında belirsiz ifadelerin yer alması yalnızca genel ahlak bağlamında değil diğer başka kavramlarda da söz konusu olabilmektedir.

Ölçülülük ilkesi, Anayasa Hukuku uygulamasında demokratik toplum düzeninin gerekleri ile sınırlanırken, İdare Hukukunda kanununun çizdiği sınırlar dahilinde değerlendirilir. İdari bir tedbir olarak getirilecek sınırlandırmalar Anayasa'da yer alan sınırlama ilkelerine uygun olsa dahi, kanunun öngörmediği araç ve amaç arasındaki dengenin korunmadığı durumlarda ölçülülük ilkesi de ihlal edilmiş olacaktır. Ayrıca, yasama organı, sınırlama nedenleri çerçevesinde alınabilecek olan idari tedbirleri belirlerken, idare bu tedbirleri birebir somut olaylara uygulayacaktır. Dolayısıyla ölçülülük ilkesi kanun koyucu için sınırlama nedenleri ile tehditler arasında

²²⁰ Gözler, 2008, s. 248.

²²¹ Özan ve Muammer, "Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine", **Güncel Hukuk Dergisi**, Ankara, Ağustos, 2007, ss. 12- 19, s. 17

etkinleştirecekken, idare için anılan ilke kamu düzenine yönelik tehditler ile alınan tedbirler arasında aranacaktır.²²²

E. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Aykırı Olmama İlkesi

Anayasa md. 13, ilk şeklinde olduğu gibi 3.10.2001 Anayasa değişikliğinden sonra da temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağını öngörmektedir. 1982 Anayasası'nın ilk halinde hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlama güvencesi olarak "öze dokunma yasağı" yerine "demokratik toplum düzenine aykırı olmama" kriteri getirilmişti.²²³

1961 Anayasası'ndan farklı olarak kullanılan "demokratik toplum düzeni" kavramı, AHİS 8.,9.,10. ve 11. maddelerinin ve bu kriterin "öze dokunma" yasağından daha kolay uygulanacağı, uluslararası sözleşme ve bildirilere uyum sağlanmasının

²²² Birol Uçarlı, **Anayasa Mahkemesi Ve Danıştay Kararları Çerçevesinde Temel Hak ve Hürriyetlerin Kolluk Faaliyetleri İle Sınırlandırılması**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1994, s. 148.

²²³ İlke her ne kadar daha belirgin ve kolay uygulanabilir olduğu gerekçesi ile getirilmiş olsa da, doktrinde demokratik toplum düzenini ölçütünün en az "öz" kadar ve hatta "öz"den daha soyut ve yoruma açık olduğu görüşü ileri sürülmüştür. Bunun durumun iki nedeni olduğu belirtilmiştir. Şöyle ki, Türk toplumu demokratik toplum düzeninin gerekleri konusunda bir uzlaşıya varamamış olduğu gibi, öze dokunma yasağı Anayasa Mahkemesinin yaklaşık 20 yıllık uygulamasıyla belirli ölçüde açıklığa kavuşturulmuşken, bu ölçütün açıklığa kavuşturulması zaman alacaktır. Bkz. Fazıl Sağlam, **"1982 Anayasası'nın Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar"**, Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları 7, Ankara, 1988, ss. 433-442, s. 435; Lütfi Duran, **Türkiye Yönetiminde Karmaşa**, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1988, s.290.

UYGUN ise, kavramsal açıdan bakıldığında her iki ölçütün de soyut ve yoruma gereksinimi olduğunu belirterek, özgürlüklerin sınırını çizen genel bir ölçütün yeterince somut olmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir. Bkz. Uygun, 1992, s. 173. Böyle bir kesinliği sağlayabilecek en pratik araç ise Anayasa Mahkemesinin kararları ve öğretideki tartışmaların belirlediği çerçeve olabilir. Bu durumda soyutluk ve belirginlik tartışmasında UYGUN da, öze dokunma yasağı lehine bir yorum yapılabileceği ifade etmiştir. Bu tartışmaya günümüz koşullarında bakıldığında ise 1982 Anayasası'nın ilk halinde öze dokunma yasağı mevcut değildi ve demokratik toplum düzeninin gerekleri sınırlamanın sınırında başvurulacak bir ölçüttü. Bununla birlikte öz kavramı Anayasa Mahkemesi kararlarında hiçbir zaman Anayasada yer almadığı tarihlerde dahi soyutlanmamış ve demokratik toplum düzeni ölçütü ile birlikte değerlendirmelerde yer almıştır. Bu bakımdan şahsi kanaatime göre bu ölçütün ve öz kavramının her ikisinin birden Anayasada yer alması olumlu olarak değerlendirilebilir ve birbirlerine ikame etmeleri yerine her ikisinin de sınırlamada kırmızı alanlar belirlemesi temel hak ve özgürlüklerin lehinedir.

anlayışının da etkili olduğu belirtilmiştir.²²⁴ Bu yüzden AİHM’in “demokratik toplumda gereklilik ölçütünü” yorumlama biçimine öncelikle yer vermekte fayda vardır.

AİHM, demokratik toplumda gereklilik ölçütü için öncelikli olarak zorlayıcı toplumsal bir ihtiyacın olup olmadığını araştırarak, toplumsal gereksinimin bir müdahaleyi zorlayıp zorlamadığı sorgular. AİHM bu araştırmayı yaparken, ilgili devletin kendi iç dinamiklerinin en iyi o devlet tarafından bilinebileceği gerçeğini gözönüne alarak, o devletin yasama organının iradesi ve hukuk uygulayıcıları için belirli bir takdir alanı tanır.²²⁵ Bu takdir alanı sınırsız olmayıp, temel hak ve özgürlükler için asgari standart gözlenir. Buna göre ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediği, davaya konu olan hak ve özgürlüğün cinsine göre değişken olan takdir payının aşılıp aşılmadığına bağlıdır.²²⁶ AİHS çerçevesinde “demokratik toplum düzeni” kavramından ne anlaşılığına bakılacak olunursa kavram çoğulculuk, hoşgörü, geniş fikirlilik, açıklık, azınlığın korunması, hukukun üstünlüğü, ölçülülük gibi ilkeler ile açıklamıştır.²²⁷ AİHM bu anlamda “ortak bir standart” bulma çabasına girmiş ve bu ortak standardın öğelerini “Handyside Kararı” ile açıklığa kavuşturmuştur.²²⁸ Buna göre demokratik toplumun en önemli üç unsuru; çoğulculuk, hoşgörü ve açıklık(açık fikirlilik)tir.²²⁹ Bu üç ilke siyasal ilkelerin ötesine geçecek şekilde yorumlanmalıdır, zira demokratik toplumdan kastedilen, demokrasinin klasik anlamından daha geniş ve evrensel

²²⁴ Işıkoğlu, 2013, s.31; Aliefendioğlu, 2002, s. 158; Akad ve Dinçkol, 2007, s.141.

²²⁵ Işıkoğlu, 2013, s. 32.

²²⁶ Feyyaz Gölcüklü, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadından “Demokratik Toplum Ölçütü”, **A.Şeref Gözübüyük’e Armağan**, Ankara, 2005, s. 112.

²²⁷ Fendoğlu, 2002, s. 197.

²²⁸ Gölcüklü, 2005, s. 44.

²²⁹ Uygun, 1992, s.180; Gölcüklü, a.g.e.,s. 48, Işıkoğlu, 2013, s.33.

niteliktedir.²³⁰ Bu anlamda temel hak veya özgürlüğe yönelik müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğunun inandırıcı şekilde kanıtlanması gerekir. Bu da her somut olaya ilişkin koşulların ayrı ayrı “demokratik toplum” ile bağdaşır nitelikte olup olmama konusunda değerlendirilmesi anlamına gelir.²³¹ AİHS’in temel hak ve özgürlüklere uluslararası alanda sağladığı güvencenin görünümlerinden biri olarak demokratik toplum ölçütünde kast edilenin her bir siyasi topluma özgü olan demokrasi değil, evrensel ölçütlere göre belirlenen demokrasi anlayışı olduğu gerçeği göz ardı edilmemekle birlikte, konu ahlak olduğunda AİHM’in denetleme mesafesi biraz daha uzaktan başlar. Siyasi alanlarda ve ifade özgürlüğüne ilişkin müdahalelerde geniş koruma gören demokratik toplumun gerekleri, ahlaki alanda devlete daha geniş bir takdir alanının tanınması ile sonuçlanır.²³² Bu anlamda demokratik toplum düzeninin gereklerine ilişkin olarak oluşturulacak ortak standart esnek tutulmuş olup, Handyside kararında da sözleşmecî devletlerin iç hukuklarından ortak bir Avrupa ahlak anlayışının çıkartılamayacağı belirtilmiştir.²³³ Bunun nedeni çalışmanın odak noktasında yer alan ve birçok yargı kararıyla da ifade edilmiş olunan, ahlak kavramındaki belirsizlik ve göreceliliktir.²³⁴ Ancak devlete tanınan takdir alanı ahlak konusunda biraz daha geniş olmakla birlikte, devletin sınırsız bir takdir hakkı olmadığı da AİHM kararlarında vurgulanmıştır.²³⁵

²³⁰ Kaboğlu, 2013, s. 154.

²³¹ Gölcüklü, 2005, s. 115.

²³² Ancak, ahlakın korunması hususunda sözleşmecî devletlere tanınan geniş takdir alanı AİHS md.8 kapsamında dar yorumlandığını yukarıda belirttik.

²³³ Uygun, 1992, s. 181; Gölcüklü, 2005, s.57.

²³⁴ Işıkoğlu, 2013, s. 35.

²³⁵ Gölcüklü, 2005, s.58 vd.

Uluslararası hukuktan, iç hukuka dönecek olursak, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” kriteri Anayasa Mahkemesi tarafından 1961 Anayasası döneminde “batılı demokrasi”²³⁶, “batı uygarlığınca benimsenen demokrasi”²³⁷, “çoğulcu demokrasi”²³⁸ şeklindeki nitelendirmelerle kullanılmış olup genel olarak mahkeme demokratik toplumu, çağdaş özgürlükçü demokrasi olarak kabul etmiştir.

1982 Anayasası döneminde ise 13. maddede geçen “demokratik toplum düzeninin gerekleri” deyişi ile Anayasa ile benimsenmiş olan demokratik toplum düzeni anlayışı mı, yoksa 1961 Anayasası döneminde baskın olan batılı demokrasi geleneği ve bununla eşdeğer anlamda kullanılmış olan çağdaş özgürlükçü demokrasiler mi kastedilmiştir kısaca inceleyelim. ÖZBUDUN burada kastedilenin çağdaş özgürlükçü demokrasilerin genel ve evrensel nitelikleri olduğunu belirtir.²³⁹

Anayasa Mahkemesi ise bu konudaki: “*Kanun koyucu söz konusu yararlanmanın şartlarını ve usullerini düzenlerken, **demokratik toplum düzeninin gereği** tarafsız, objektif olacak ve eşitlik ilkesine daima uyacaktır...objektif ve tarafsız kalınmak ve eşitlik ilkesi ihlal edilmemek suretiyle, evvelce tanınmış olan yararlanma hakkının, Kanun Koyucu tarafından sınırlandırılması mümkündür.*”²⁴⁰, “...sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur.”²⁴¹, ifadeleri ile “demokratik toplum düzeni” ibaresini dar

²³⁶ AYM, E.1968/15, K. 1968/13, K.T. 3, 4, 6 Mayıs 1968, R.G.Tarih- Sayı: 24.10.1968-13035.

²³⁷ AYM, E.1970/48, K.1972/3, K.T. 8 ve 9 Şubat 1972, R.G.Tarih- Sayı:19.10.1972-14341.

²³⁸ AYM, E.1977/123, K. 1978/16, K.T. 16.2.1978, R.G.Tarih-Sayı: 7.5.1978-16280.

²³⁹ Özbudun, 2012, s. 116.

²⁴⁰ AYM, E.1984/1, K.1984/2, K.T. 1.3.1984, R.G.Tarih-Sayı:01.05.1984-18388.

²⁴¹ AYM, E.1985/21, K.1986/23, K.T. 6.10.1986, R.G.Tarih-Sayı:14.03.1987-19400.

bir şekilde yorumlayarak yalnızca eşitlik ilkesi çerçevesinde ve Anayasa’da gösterilen anlamı ile sınırlı tutmuştur.²⁴² Ancak daha sonra PVSK’da değişiklik yapılmasına dair kanunun iptalini incelediği 1986 tarihli kararında: *“Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindendir. Şu halde getirilen sınırlamaların, Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilmelidir”*²⁴³ açıklaması ile bu dar yorumlama tekniğini terk ederek, demokratik toplum düzeninin gereklerini, hem evrensel demokratik ölçüleri yansıtan, hem de hakkın özü kavramını da içerir şekilde değerlendirmiştir.²⁴⁴ Böylece, “özgürlükçü demokrasi”, “hukuk devletinin gerekleri” ve “kişi özgürlüklerinin ön planda olması demokratik rejimin öğeleri arasında sayılmıştır.”²⁴⁵

Anayasa Mahkemesi’nin bu şekilde demokratik toplum düzeninin gerekleri ile öze dokunma yasağını birlikte kullandığı kararları daha sonra da devam etmiş olup ilerde bu kararlara ayrıntılı olarak yer verilecektir.

²⁴² Anayasa Mahkemesi demokratik toplum düzeninin gereklerinin sağlanmasına eşitlik ilkesinin kurucu niteliğine daha sonra verdiği bir kararda yine değinmiştir. AYM, E. 1986/19, K.1987/31, K.T. 27.1.1987, R.G.Tarih-Sayı:28.05.1987-19473.

²⁴³ AYM E.1985/8, K.1986/27, K.T. 26.11.1986, R.G. Tarih-Sayı: 14.08.1987-19544.

²⁴⁴ Özbudun, 2012, s. 117.

²⁴⁵ AYM E.1985/8, K.1986/27, K.T. 26.11.1986, R.G. Tarih-Sayı: 14.08.1987-19544.

“Demokratik toplum düzenin gerekleri” kavramı özellikle kolluk gücünün uygulanmasında ayrı bir öneme sahiptir. Kolluk gücünün uygulandığı alanlara özgülenmiş amacı, temel hak ve özgürlükleri belirli durumlarda belirli şartlarla sınırlı olarak sınırlamak olduğu gözönüne alınacak olunursa farklı menfaat grupları arasında meydana gelmesi muhtemel çatışmada “belirlilik” kavramının önemi de açıktır.

F. Laik Cumhuriyetin Gereklerine Aykırı Olmama İlkesi

Anayasa’nın 13. maddesinin 4709 sayılı yasayla değişik 13. maddesi, temel hak ve özgürlüklerin, “laik cumhuriyetin gereklerine” aykırı olarak sınırlandırılmayacağı kuralını getirmiştir, maddenin ilk halinde “Cumhuriyetin...korunması” amacı, bir genel sınırlama nedeni iken, maddede yapılan değişiklikle, bu kez “laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmama” koşulu getirilmiş ancak bu ilkenin gerekleri Anayasa’da tanımlanmamıştır bu yüzden “laik Cumhuriyeti” Anayasaca korunan biçimiyle algılamak gerekir.²⁴⁶ Buna göre, Anayasa’nın başlangıç bölümünde belirtildiği üzere, “kutsal din duygularının devlet işlerine ve politikaya karıştırılmaması” bir Anayasal hüküm olup, Anayasa’nın 14. maddesi hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla ibadet,dini ayin ve törenler serbesttir. Anayasa’nın 24. maddesi gereği, herkes vicdan, dini inanç vekanaat özgürlüğüne sahip olup; kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz. Din ve ahlak eğitim ve öğretimi devletin gözetin ve denetimi altında yapılır ve son olarak kimse devletin sosyal,

²⁴⁶ Aliefendioğlu, 2002, s. 158.

ekonomik, siyasal veya hukuksal temel düzenini dini kurallara dayandıramaz, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez.

Laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmama ölçütü doktrinde eleştirilmiş, ve kavram karmaşasına yol açabileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin laiklik ile ilgili verdiği kararlarda ifade edildiği üzere, laikliğin Türkiye Cumhuriyeti'ne özgü olarak özel bir önemi olduğu ve Türk demokrasisinin olmazsa olmaz koşulu olan laikliğe aykırı bir sınırlamanın aynı zaman aslında demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırı olacağı da savunulmuştur.²⁴⁷ Laik Cumhuriyetin gerekleri ölçütü ile, temel hak ve özgürlüklerin, belli bir dini inancı topluma empoze etme amacı ile laik Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin dini inançlar karşısındaki objektifliğine ters düşecek şekilde sınırlandırmasının önlenmeye çalışıldığı da savunulmuştur.²⁴⁸

G. Temel Hak ve Özgürlüklerin Özüne Dokunma Yasağı (Öz Güvencesi)

Öz güvencesi, temel hak olmaktan kaynaklanan doğal bir nitelik olarak kabul edilmiş; bir hak ve özgürlüğün Anayasa'da yer almakla, o hak ve özgürlüğü kullananlara, asgari de olsa dokunulmaz bir alan sağlaması, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesinin gereği olarak da kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde öz kavramının içeriğine ilişkin yerleşik içtihadına göre bu ölçüyü, bir temel hak ve özgürlüğün amacına uygun olarak

²⁴⁷ Gören, 2007, s.56

²⁴⁸ Teziç, 2005, s. 58.

kullanılmasını son derece güçleştiren ya da o temel hak ve özgürlüğü kullanılmaz hale getiren sınırlamalar olarak nitelendirmiştir.

Şöyle ki, konuya ilişkin kararlarına bakacak olursak: *“Bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması halinde o hak ve özgürlüğün özüne dokunmuş olur”*.²⁴⁹ *“Bir hakkın ya da hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı hükümlerin...”*²⁵⁰, *“Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu raporunda ve Anayasa tasarısının Meclisteki görüşmelerinden de anlaşılacağı veçhile bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derecede zorlaştıran veya onu kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması halindedir ki o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olması söz konusu edilebilir.”*²⁵¹, *“Demek ki, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda yapılacak yasal düzenleme, kesinlikle temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmamalıdır. Daha açık bir deyimle, kanunun koyduğu sınırlama, özgürlükleri yok etmemeli, temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirici, amacına ulaşmasına engel olucu ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşımamalıdır.”*²⁵²

1982 Anayasası’nda “öze dokunma yasağı”na yer verilmemiş olması, bu ilkenin kalkmış sayılmayacağı anlamına gelmemiştir. Zira bir hak ve özgürlük Anayasa’da yer almakla, muhatabı kişiler için asgari ölçüde de olsa dokunulmaz bir alan sağlaması

²⁴⁹ AYM, E.1963/25, K. 1963/87, K.T : 8.4.1963, R.G.Tarih-Sayı:18.7.1963-11457.

²⁵⁰ AYM, E.1962/208, K.1963/1, K.T. 4.1.1963, R.G. Tarih-Sayı:13.3.1963-11354.

²⁵¹ AYM, E.1963/25, K: 1963/87, K.T : 8.4.1963, R.G.Tarih-Sayı:18.7.1963-11457.

²⁵² AYM, E.1976/27, K.1976/51, K.T: 18 ve 22.11.1976, R.G. Tarih-Sayı:16.5.1977-15939.

“anayasanın üstünlüğü” ilkesinin de sonucudur.²⁵³ Böylece, 1961 Anayasası’nda sınırlamanın sınırını belirleyen bu ölçüt, 1982 Anayasası’nın özgün halinde yer almamasına karşın, Anayasa Mahkemesi öze dokunma yasağını, demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesi içinde değerlendirerek uygulamaya devam etmiştir.²⁵⁴ Zira öz kavramı Anayasa Mahkemesi’nce demokrasinin temel değerleri içinde kabul edilmiştir.²⁵⁵ Bu anlamda Mahkeme ilk olarak²⁵⁶1986 tarihli PVSK’nın belirli hükümlerinin iptalini incelediği kararında öze dokunma yasağını bir ölçüt olarak kararında kullanmış ve bu ilkeyi demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık ile bir tutmuş ancak sadece temel hak ve özgürlükleri tümüyle kullanılamaz hale getiren düzenlemeleri öz güvencesine aykırı bulmuştur.²⁵⁷ 1987 tarihli seçim barajının hesaplanmasına ilişkin kararında bir siyasi partinin seçimlere katılmasını güçleştirmek ya da engellemenin seçilme hakkının özüne zarar vereceğini getirilen sınırlamanın, amacı aşarak, seçme hakkının kullanılmasını demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacak biçimde zorlaştırdığını ifade etmektedir.²⁵⁸ 1988 tarihli bir başka kararında bu yaklaşımını devam ettirerek temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan kısıtlamaların nedeni ne olursa olsun, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile uyum içinde sayılamayacağını ifade etmiş²⁵⁹, 1999 tarihli kararında yine

²⁵³ Uygun, 1992, s. 187.

²⁵⁴ Aliefendioğlu, 2002, s. 156; Inceoğlu, 2013, s. 44.

²⁵⁵ Gören, 2007, s.55.

²⁵⁶ Uygun, 1992, s. 188.

²⁵⁷AYM, E.1985/8, K.1986/27, K.T.26.11.1986, R.G.Tarih-Sayı:14.08.1987-19544.

²⁵⁸ AYM, E.1986/17, K.1987/11, K.T. 22.5.1987, R.G.Tarih-Sayı:18.09.1987-19578.

Belirtmek gerekir ki anılan açıklama seçim barajının kaldırılmasına yönelik olarak değil, 28/3/1986 günlü, 3270 sayılı Yasanın 8.maddesi ile 22/4/1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 36. maddesinin “*Siyasi partilerin seçimlere katılabilmesi için illerin en az üçte ikisinden fazlasında teşkilat kurmuş ve büyük kongresini yapmış olması veya Türkiye Büyük Millet Meclisinde grubu bulunması şarttır. Bir ilde teşkilatlanma, merkez ilçesi dahil o ilin ilçelerinin en az üçte ikisinde teşkilat kurmayı gerektirir.*”ibaresine yöneliktir.

²⁵⁹ AYM, E.1987/16, K.1988/8, K.T. 19.4.1988, R.G. Tarih-Sayı: 23.8.1988-990.

bir sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğundan söz edilebilmesi için hakkın özüne dokunmaması, sınırlamanın makul ve kabul edilebilir ölçüyü aşmaması gereğini belirtmiştir.²⁶⁰

2001 Anayasa değişikliklerinden sonra Anayasa'da yer alan ölçütü Anayasa Mahkemesi halen demokratik toplum düzeninin gereğini sağlama ölçütü ile birlikte kullanmaya devam etmiştir.²⁶¹ Nitekim 2008 tarihli bir kararında, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılmaz hale getiren sınırlamaların, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamayacağını belirtmiştir.²⁶²

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde verdiği kararlarında ilk zamanlar, 1961 Anayasası döneminde geliştirdiği içtihata benzer bir görüş benimsemiş ancak ilkenin koruma alanını ilk kararlarında kısıtlamıştır.²⁶³ Daha sonraki kararlarında ise özellikle 2001 değişiklikleri ile öz güvencesi tekrar anayasal temele kavuşmuş ve bu dar yorumlama tekniği de terk edilmiştir.

Nitekim, 2006 tarihli kararında Anayasa Mahkemesi, bir temel hakkın amacına uygun şekilde kullanımını son derece zorlaştıran, ciddi suretle güçleştiren, örtülü bir

²⁶⁰ AYM, E.1999/1, K.1999/33, K.T.20.07.1999, R.G.Tarih-Sayı: 04.11.2000-24220; AYM, E.1992/8, K.1992/39, K.T.16.6.1992, R.G.Tarih-Sayı: 6.10.1992-21367.

²⁶¹ İnceoğlu, 2013, s. 45.

²⁶² AYM, E.2006/142, K.2008/148, K.T.24.09.2008, R.G.Tarih-Sayı:25.12.2008-27091.

²⁶³ Zira 1961 Anayasası döneminde yalnızca bir hak ve özgürlüğü **tümüyle kullanılmaz hale getiren** sınırlamalar değil aynı zamanda o hak ve özgürlüğün amacına uygun olarak kullanılmasını **son derece zorlaştıran** sınırlamalar da öze dokunma olarak kabul edilmişti.Bkz. AYM, E.1985/8, K.1986/27K.T. 26.11.1986, R.G.Tarih-Sayı:14.08.1987-19544; AYM, E.1987/16, K.1988/8 K.T. 19.4.1988, R.G. Tarih-Sayı: 23.8.1988-990; AYM, E.1989/6, K.1989/42, K.T. 7.11.1989, R.G.Tarih-Sayı:06.04.1990-20484.

şekilde kullanılamaz hale koyan ve etkisini ortadan kaldıran sınırlamaları da öze dokunur nitelikte görmüştür.”²⁶⁴

Öze dokunma yasağı, bir hak ve özgürlük için sınırlamanın nereye kadar yapılacağına izin verir, “öz” kavramı nedir sorusuna doktrinin verdiği cevaplara bakacak olursak; ÖZBUDUN bir hakkın özünü, *“dokunulduğu anda bir temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılacak olan asli çekirdek”*²⁶⁵ olarak tanımlarken, SAĞLAM *“bir temel hakkın varlık nedenini oluşturan ve dokunulmaz kabul edilen öğelerinin”*²⁶⁶ o hakkın özünü oluşturduğunu belirtmiştir. Bu anlamda, öz güvencesi kanun koyucunun sınırlama yetkisinin kesin sınırı olup, her bir temel hak için özün içeriği ayrıca saptanır. Bu nedenle hakkın özü nedir, içeriği nasıl saptanır konusunda bir genelleme yapmak güçtür. SAĞLAM, öğretisi ve uygulamada öz güvencesinin içeriğine ilişkin en kullanışlı ölçütün Anayasa Mahkemesi’nin kullandığı pratik ölçütler olduğunu belirtmiştir.

II. TÜRK POZİTİF HUKUKUNDA “GENEL AHLAK” SEBEBİYLE SINIRLAMA ÖNGÖREN MEVZUAT VE İLGİLİ HÜKÜMLERİ

Türk pozitif hukukunda “genel ahlak” sebebiyle bireylerin temel hak ve özgürlüklerine yönelik sınırlayıcı hükümler içeren kanun maddelerinin konumuza ilişkin olduğu düşünülen hükümlerine aşağıdaki tabloda yer verilmiştir.

²⁶⁴ AYM, E.2006/121, K.2009/90, K.T. 18.6.2009, R.G Tarih-Sayı: 26.11.2009-27418.

²⁶⁵ Özbudun, 2012, s.115.

²⁶⁶ Sağlam, 1982, s.155.

Kanun İsmi	Resmi Gazete Tarihi – Sayısı	Kanun Numarası	Madde No	Madde Başlığı	Madde Metni
Adli Tıp Kurumu Kanunu	20.04.1982 – 17670	2659	16/f	İhtisas Kurulunun Görevleri	f) Altıncı Adli Tıp İhtisas Kurulu: Genel ahlak ve aile düzeni aleyhine işlenen cürümler , nesep cürümleri, çocuk düşürme veya düşürtme cürümleri, Türk Ceza Kanununun 53, 54, 55 ve 57 nci maddeleri ile 58 inci maddesinin üçüncü fıkrasının dışındaki hususlar ve cinsel iktidar tespiti ile fiile karşı koyup koyamayacağı hususlarının tespitine ve yaş belirlenmesine ilişkin işlemler, Hakkında bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmek.
Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu	26.10.1963 - 11541	353	66	Aramaya ve Zapta Karar Verme Yetkisi ve Buna İtiraz	Madde 66 – (Değişik: 22/1/2004-5078/ 5 md.) Aramaya ve zapta karar verme yetkisi; millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, askerî mahkemeye aittir. Yukarıda belirtilen sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde askerî savcılar, teşkilâtında askerî mahkeme kurulan kıt'a komutanı veya askerî kurum amirleri ve bunların verecekleri yazılı emir üzerine diğer askerî makamlar da arama ve zapt işlemi yapabilirler.(...) Yukarıdaki fıkralara göre verilecek kararlara karşı yedi gün içinde en yakın askerî mahkemeye itiraz edilebilir
			116	Duruşma Gününün Belirlenmesi ve Duruşma Hazırlığı	Madde 116 – (Değişik: 19/6/2010-6000/4 md.) Mahkeme, iddianamenin kabulünden sonra duruşma gününü belirler ve duruşmada hazır bulunması gereken kişileri çağırıp, diğer duruşma hazırlıklarını yerine getirir. Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlara, genel ahlaka karşı suçlara ve Askeri Ceza Kanununun 30 uncu maddesinin birinci fıkrasının (B) bendinde yazılı suçlara ait davalar ile tutuklu veya açıklı işlerin davaları, önce görülür.
Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu (1)	20.07.1972 – 14251	1602	49	Duruşmalara İlişkin Esaslar	Madde 49 – Duruşmalar açık olarak yapılır. Genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde , görevli Daire veya Daireler Kurulu kararı ile duruşmanın bir kısmı veya tamamı gizli olarak yapılır. Duruşmalarda, ancak tarafların dilekçe ve savunmalarında ileri sürdükleri sebep ve deliller tartışılır.(...)
Basın Kanunu	26.06.2004 – 25504	5187	3	Basın Özgürlüğü	Madde 3- Basın özgürdür. 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 , millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması , Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir.
Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun	19.10.1984 – 18550	3056	4	Başbakan	Madde 4 – Başbakan, Bakanlar Kurulunun Başkanı, bakanlıkların ve Başbakanlık Teşkilatının en üst amiridir. Başbakan;

Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun					a)Türkiye Cumhuriyetinin yüksek hak ve menfaatlerini korumak ve gözetmek, milletin huzur ve güvenini sağlayıcı önlemleri almak, genel ahlaki ve kamu düzenini muhafaza etmek , ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı sağlamak, refahı yaygınlaştırmak, Hükümetin genel siyasetini yürütmek ve diğer maksatlarla bakanlıklar arasında ahengi ve işbirliğini temin eder.
Ceza Muhakemesi Kanunu	17.12.2004 - 25673	5271	182	Duruşmanın Açıklığı	Madde 182 – (1) Duruşma herkese açıktır. (2) Genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde , duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir
			187	Kapalı Duruşmada Bulunabilme	Madde 187 –(3) Açık duruşmanın içeriği, millî güvenliğe veya genel ahlaka veya kişilerin saygınlık, onur ve haklarına dokunacak veya suç işlemeye kışkırtacak nitelikte ise; mahkeme, bunları önlemek amacı ile ve gerektiği ölçüde duruşmanın içeriğinin kısmen veya tamamen yayımlanmasını yasaklar ve kararını açık duruşmada açıklar.
Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun	26.06.1964 - 11738	477	20	Duruşmanın Açıklığı	Madde 21 – Disiplin mahkemelerinde duruşma açık olur. Genel ahlakın veya kamu güvenliğinin korunması amacıyla duruşmanın tamamının veya bir kısmının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir.
Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu	19.11.1983 - 18226	2955	45	Disiplin Hükümleri	Madde 45 – (Değişik: 27/1/2004-5081/1 md.) (...) Gülhane Askerî Tıp Akademisine bağlı yüksek Askerî Tıp Akademisine bağlı Tıp Fakültesi öğrencilerinin okuldan çıkma ve çıkarılmaları ile çıkarılanlar hakkında yapılacak işlemler, 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu hükümlerine göre yapılır. Aşağıdaki hallerde ise bu öğrenciler hakkında yüksek öğretim kurumundan çıkarma işlemi yapılır: (...) g) Taksirli suçlar hariç olmak üzere ağır hapis veya üç aydan fazla hapis cezasına hüküm giyenler. Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlar ile 25.7.1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda belirtilen suçlar ve rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, yalan yere tanıklık, yalan yere yemin, suç tasnii, ırza geçmek, sarkıntılık, kız, kadın ve erkek kaçırmak, fuhşıyata tahrik, gayri tabii mukarenet gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya kaçakçılık suçlarından biriyle hükümlülük halinde üçüncü fıkranın (g) bendinde öngörülen süre koşulu aranmaz. b) Kınama, öğrenciye davranışlarında kusurlu olduğunun yazı ile bildirilmesi olup, kınama cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır: (...)3) Genel ahlak ve edep dışı davranışlarda bulunmak.. 8) Alkollü içecek bulundurmak veya kullanmak. 9) Arkadaşları veya yüksek öğretim kurumunun diğer personeli arasında söz ve fiilleri ile hoşnutsuzluk yaratmak. d)Yüksek öğretim kurumundan çıkarma;... Genel ahlaka aykırı, edep dışı, yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak.

Gümrük Kanunu	04.11.1999 -23866	4458	55	Genel Hükümler	Madde 55 – 2. Bakanlar Kurulu; kamu ahlakı , kamu düzeni, kamu güvenliği...gerekçeleri ile eşyanın gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulmasına yasaklama veya kısıtlamalar koyabilir.
Hukuk Muhakemeleri Kanunu	04.02.2011 - 27836	6100	28	Aleniyet İlkesi	MADDE 28- 2) Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde , taraflardan birinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir.
İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun	23.02.1985 - 18675	3152	1	Amaç	Madde 1 – Bu Kanunun amacı, yurdun iç güvenliğinin ve asayişinin sağlanması, kamu düzeninin ve genel ahlakın korunması ..., teşkilat ve görevlerine ilişkin esasları düzenlemektir.
			2	Görev	Madde 2 – İçişleri Bakanlığının görevleri şunlardır: a) Bakanlığa bağlı iç güvenlik kuruluşlarını idare etmek suretiyle ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü, yurdun iç güvenliğini ve asayişini, kamu düzenini ve genel ahlakı , Anayasada yazılı hak ve hürriyetleri korumak , (...)
İdari Yargılama Usulü Kanunu	20.01.1982 - 17850	2577	18	Duruşmalara İlişkin Esaslar	Madde 18 – 1. Duruşmalar açık olarak yapılır. Genel ahlakın veya kamu güvenliğinin gerekli kıldığı hallerde , görevli daire veya mahkemenin kararı ile, duruşmanın bir kısmı veya tamamı gizli olarak yapılır.
İş Kanunu	10.06.2003 - 25134	4857	24	İşçinin Haklı Nedenle Derhal Fesih Hakkı	Madde 24 - Süresi belirli olsun veya olmasın işçi, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir: (...) II. Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri: (...)
			25	İşverenin Haklı Nedenle Derhal Fesih Hakkı	Madde 25 - Süresi belirli olsun veya olmasın işveren, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir: (...) II- Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri(...)
			26	Derhal Fesih Hakkını Kullanma Süresi	Madde 26 - 24 ve 25 inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz. (...)
Kabahatler Kanunu	31.03.2005 - 25772	5326	1	Amaç ve Kapsam	Madde 1- (1) Bu Kanunda; toplum düzenini, genel ahlakı , genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla ; (...)

Kamu Konutları Kanunu	11.11.1983 - 18218	2946	8	Konuttan Çıkarılma	Madde 8 – (...) Konut tahsisine yetkili makam tarafından kendilerine tahsis yapılmadan konutları işgal edenler veya tahsis yapıldıktan sonra gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu anlaşılanlar, konut blok veya gruplarındaki diğer konut sakinlerinin huzur ve sükununu bozucu, genel ahlakdeğerlerini zedeleyici tutum ve davranışlarda bulunmakta ısrar ettiği tesbit olunanlar hakkında da yukarıdaki fıkra hükmüne göre işlem yapılır.
Kat Mülkiyeti Kanunu	02.07.1965 - 12038	634	25	Kat Mülkiyetinin Devri Mecburiyeti	Madde 25 – Kat maliklerinden biri(...)o kat malikinin müstakil bölümü üzerindeki mülkiyet hakkının kendilerine devredilmesini hakimden isteyebilirler. c) Kendi bağımsız bölümünü randevu evi yapmak suretiyle ahlak ve adaba aykırı harekette bulunması. (...)
Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu	04.05.1990 - 20508	3628	4	Haksız Mal Edinme	Madde 4 – Kanuna veya genel ahlaka uygun olarak sağlandığı ispat edilmeyen mallar veya ilgilinin sosyal yaşantısı bakımından geliriyle uygun olduğu kabul edilemeyecek harcamalar şeklinde ortaya çıkan artışlar, bu Kanunun uygulanmasında haksız mal edinme sayılır.
Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun	12.12.2007 - 26728	5718	62	Ret Sebepleri	MADDE 62 – (1) Mahkeme, a) Tahkim sözleşmesi yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış ise, b) Hakem kararı genel ahlaka veya kamu düzenine aykırı ise, (...)
Olağanüstü Hal Kanunu	27.10.1983 - 18204	2935	11	Tedbirler	Madde 11 – Bu Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince olağanüstü hal ilanında; genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini korumak, şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacıyla 9 uncu maddede öngörülen tedbirlere ek olarak aşağıdaki tedbirler de alınabilir: (...) n) (Ek: 14/11/1984 - 3076/1 md.) İşçinin isteği, ahlak ve iyi niyetkurallarına uymayan haller , sağlık sebepleri, normal emeklilik ve belirli süresinin bitişi nedeniyle hizmet aktinin sona ermesi veya feshi dışında kalan hallerde işçi çıkartmalarını işverenin de durumunu dikkate alarak üç aylık bir süreyi aşmamak kaydıyla izne bağlamak veya ertelemek, (...)
Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu	14.07.1934 - 2751	2559	8	-	Madde 8- (Değişik: 24/11/2004-5259/3 md.) Polisçe kat'ı delil elde edilmesi halinde; (...) D) Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasal düzenine, genel güvenliğe ve genel ahlaka zararlı dokunacak oyun oynatılan, temsil verilen, film veya video bant gösterilen yerler ile internet üzerinden yapılan yayınlara izin verilen yerler , (...) Mahallin en büyük mülki amiri tarafından otuz günü geçmemek üzere geçici süreyle faaliyetten men edilir. Bu maddede yazılı fiiller sebebiyle bir yıl içinde üç defa faaliyetten men edilen işyerlerinde, bu fiiller tekrar işlendiği takdirde, işyeri açma ve çalışma ruhsatları, mahallin en büyük mülki amirinin bildirimi üzerine, belediye veya il özel idaresi tarafından beş iş günü içinde iptal edilir.
			11 - A	-	Madde 11 – (Değişik: 16/6/1985 - 3233/3 md.) Polis; A) Genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak; utanç verici ve

					toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanları, Herhangi bir müracaat veya şikayet olmasa bile engeller, davranışlarının devamını durdurarak yasaklar, sanıklar hakkında tanzim olunacak evrakı derhal şikayete bağlı suçlar hakkındaki evrakı da şikayet ve müracaat vukubulduğu takdirde adliyeeye tevdi eder.
			11 - B	-	Madde 11 – (Değişik: 16/6/1985 - 3233/3 md.) Polis; B) Çocuklar, kız ve kadınlar ile genç erkeklere sözle veya herhangi bir şekilde sarkıntılık edenleri, kötü alışkanlıklara ve hertürlü ahlaksızlığa yönelten ve teşvik edenleri , herhangi bir müracaat veya şikayet olmasa bile engeller, davranışlarının devamını durdurarak yasaklar, sanıklar hakkında tanzim olunacak evrakı derhal şikayete bağlı suçlar hakkındaki evrakı da şikayet ve müracaat vukubulduğu takdirde adliyeeye tevdi eder.
			11- C	-	Madde 11 – (Değişik: 16/6/1985 - 3233/3 md.) Polis; C) (Değişik: 3/8/2002-4771/10 md.) Genel ahlak ve edebe aykırı mahiyette her türlü sesli ve görüntülü eserleri, kaydedildiği materyale bakılmaksızın üreten ve satanları, Herhangi bir müracaat veya şikayet olmasa bile engeller, davranışlarının devamını durdurarak yasaklar, sanıklar hakkında tanzim olunacak evrakı derhal şikayete bağlı suçlar hakkındaki evrakı da şikayet ve müracaat vukubulduğu takdirde adliyeeye tevdi eder.
			26	-	Madde 26 – Bu kanunun tatbik suretini gösterir bir nizamname yapılacaktır. Ek Madde 1- (Ek: 3/8/2002-4771/10 md.) Umumî veya umuma açık yerler ile umuma açık yer niteliğindeki ulaşım araçlarında, gerçek kişi veya topluluklar, mahallin en büyük mülkî amirine, en az kırk sekiz saat önceden yazılı bildirimde bulunmak suretiyle, oyun ve temsil verebilir veya çeşitli şekillerde gösteri düzenleyebilir. Bunlardan, Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne, Anayasal düzene veya genel ahlaka aykırı olduğu tespit edilenler hakkında mahallin en büyük mülkî amiri tarafından derhal Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulur. Birinci fıkra uyarınca yapılacak bildirimde oyun veya temsile katılan yönetici ve diğer kişilerin kimlik, ikametgâh ve tâbiyetleri belirtilir.
Posta Hizmetleri Kanunu	23.05.2013 - 28655	6475	13	Evrensel Posta Hizmeti İlkeleri	MADDE 13 – (1) Evrensel posta hizmetinin gerçekleştirilmesinde...ilkeler göz önüne alınır: (...) f) Genel ahlak ve sağlık kurallarına uyulması ve millî güvenlik ile kamu düzeni gereklerine ve acil durum ihtiyaçlarına öncelik verilmesi (...)
Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun	03.03.2011 - 27863	6112	7	Olağanüstü Dönemlerde Yayınlar	MADDE 7 – (...) (2) Medya hizmet sağlayıcı, Cumhurbaşkanının veya Hükümetin; millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel sağlığın ve genel ahlakın gerekleriyle ilgili bildirimlerini, bildirinin ulaştığı gün saat 23:30'a kadar yayınlamakla yükümlüdür. (...)

			8 - 1 (f)	Yayın Hizmeti İlkeleri	MADDE 8 – (1) Medya hizmet sağlayıcılar, yayın hizmetlerini kamusal sorumluluk anlayışıyla bu fıkarda yer alan ilkelere uygun olarak sunarlar. Yayın hizmetleri; (...) f) Toplumun millî ve manevî değerlerine, genel ahlak ve ailenin korunması ilkesine aykırı olamaz. (...)
			8 - 2.	Yayın Hizmeti İlkeleri	MADDE 8 –(2) Radyo ve televizyon yayın hizmetlerinde, çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlakî gelişimine zarar verebilecek türde içerik taşıyan programlar bunların izleyebileceği zaman dilimlerinde ve koruyucu sembol kullanılmadan yayınlanamaz.
			8 - 3.	Yayın Hizmeti İlkeleri	MADDE 8 – (3) İsteğe bağlı yayın hizmeti sağlayıcıları, çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlakî gelişimini olumsuz etkileyebilecek nitelikteki yayın hizmetlerinin, bunların bu tür hizmetleri normal şartlar altında duymayacakları ve görmeyecekleri şekilde sunulmasını sağlamakla yükümlüdür.
			9	Genel Esaslar	MADDE 9 – (...) (6) Ticarî iletişim, 8 inci maddede belirlenen esas ve ilkeler saklı kalmak kaydıyla; (...) ç) Çocukların fiziksel, zihinsel veya ahlakî gelişimine zarar vermemek , deneyimsizliklerini veya saflıklarını istismar ederek, çocukları bir ürün veya hizmeti satın almaya veya kiralamaya doğrudan yönlendirmemek (...)
			21	Logo ve Çağrı İşareti	MADDE 21 – (1) İlgili mevzuata uyulması ve kamu düzeni ve genel ahlakı aykırı olmamak şartıyla , her türlü ad ve bu adı tasvir eden blok grafikler logo olarak; sesli duyurular ise çağrı işareti olarak kullanılabilir.
			32	İdari Yaptırımlar	MADDE 32 – (4) İdarî tedbir uygulanması sonucu yayını durdurulan programların yerine, aynı yayın kuşağında ve ticarî iletişim yayını içermeksizin, Üst Kurulca temin edilen eğitim, kültür, trafik, kadın ve çocuk hakları, gençlerin fiziksel ve ahlakî gelişimi , uyuşturucu ve zararlı alışkanlıklarla mücadele, Türk dilinin güzel kullanımı, çevre eğitimi, engelli sorunları, sağlık ve benzeri kamuya yararlı konularda programlar yayınlanır.
Rekabetin Korunması Hakkında Kanun	13.12.1994 - 22140	4054	47	Sözlü Savunma Toplantısına İlişkin Esaslar	Madde 47 – Sözlü savunma toplantıları açık olarak yapılır. Genel ahlakın ve ticarî sırların korunması gerekçesi ile Kurul, sözlü savunma toplantısının gizli olarak yapılmasına karar verebilir. (...)
Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanun	21.07.2004 - 25529	5224	3	Tanımlar	Madde 3- Bu Kanunun uygulanmasında; (...) f) Değerlendirme ve sınıflandırma: Ülke içinde üretilen veya ithal edilen sinema filmlerinin ticarî dolaşıma ve gösterime sunulmadan önce, gösterim ve iletim biçimleri dikkate alınarak kayıt ve tescile de esas olacak şekilde kamu düzeni, genel ahlak ile küçüklerin ve gençlerin ruh sağlığının korunması , insan onuruna uygunluk ve Anayasada öngörülen diğer ilkeler doğrultusunda denetlenmesi, değerlendirilmesi ve sınıflandırılması, (...)
			4	Değerlendirme ve Sınıflandırma Kurulu	Madde 4 - (...) Bakanlık, insan onurunun, kamu düzeninin, genel ahlakın , çocukların ve gençlerin ruh sağlığının korunması amacıyla ; şiddet, pornografi ve insan

					onurıyla bağdaşmayan görüntü ve etkiler içeren filmleri yeniden değerlendirilmek üzere Değerlendirme ve Sınıflandırma Kuruluna sevk edebilir. (...)
Siyasi Partiler Kanunu	24.04.1983 - 18027	2820	78	Demokratik Devlet Düzeninin Korunması ile ilgili Yasaklar	Madde 78 – Siyasi partiler: (...) e) Genel ahlak ve adaba aykırı , amaçlar güdemezler ve bu amaca yönelik faaliyette bulunamazlar.
Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu	08.10.1983 - 18185	2911	17	Toplantının Ertelenmesi ve Bazı Halleden Yasaklanması	Madde 17 -(Değişik:26/3/2002 - 4748/6 md.) Bölge valisi, vali veya kaymakam, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla belirli bir toplantıyı bir ayı aşmamak üzere erteleyebilir veya suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike mevcut olması hâlinde yasaklayabilir.
			19	İl veya ilçelerde Bütün Toplantıların Ertelenmesi veya Yasaklanması	Madde 19 - (Değişik birinci cümle:26/3/2002-4748/6 md.) Bölge valisi, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla bölgeye dahil illerin birinde veya birkaçında ya da bir ilin bir veya birkaç ilçesinde bütün toplantıları bir ayı geçmemek üzere erteleyebilir.
Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun	28.11.2013 - 28835	6502	61	Ticari Reklam	MADDE 61- (...) (2) Ticari reklamların Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka , kamu düzenine, kişilik haklarına uygun , doğru ve dürüst olmaları esastır. (...)
Türk Borçlar Kanunu	04.02.2011 - 27836	6098	27	Kesin Hükümsüzlük	MADDE 27- Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka , kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.
			49	Sorumluluk	MADDE 49- Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.
			78	Borçlanılmamış Edimin İfası	MADDE 78-Zamanaşımına uğramış bir borcun ifasından veya ahlaki bir ödevin yerine getirilmiş olmasından kaynaklanan zenginleşmeler geri istenemez.
			81	Geri İstenememe	MADDE 81- Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez..
			176	Yasak Koşullar	MADDE 176- Bir koşul, hukuka veya ahlaka aykırı bir yapma veya yapmama fiilini sağlamak amacıyla konulmuşsa, bu koşula bağlı hukuki işlem kesin olarak hükümsüzdür.
			281	Artırmanın İptali	MADDE 281- Hukuka veya ahlaka aykırı yollara başvurularak ihalenin

					gerçekleştirilmesi sağlanmışsa her ilgili, iptal sebebinin öğrendiği günden başlayarak on gün ve her hâlde ihale tarihini izleyen bir yıl içinde ihalenin iptalini mahkemeden isteyebilir . Cebrî artırımlar hakkında özel hükümler saklıdır. İ
			285	Bağışlama Sözleşmesi	MADDE 285- Henüz edinilmemiş olan bir haktan feragat etmek veya bir mirası reddetmek, bağışlama değildir. Ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi de bağışlama sayılmaz.
			527	Sorumluluk	MADDE 527- İşgören, iş sahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklamış olmasına karşın bu işi yapmışsa ve iş sahibinin yasaklaması da hukuka veya ahlaka aykırı değilse, beklenmedik hâlden de sorumlu olur. Ancak, işgören o işi yapmamış olsaydı bile, bu zararın beklenmedik hâl sonucunda gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.
Türk Ceza Kanunu	12.10.2004 - 25611	5237	54	Eşya Müsaderesi	Madde 54- (1) İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. (...)
			225	Genel Ahlaka Karşı Suçlar - Hayasızca Hareketler	Madde 225- (1) Alenen cinsel ilişkide bulunan veya teşhircilik yapan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
			226	Genel Ahlaka Karşı Suçlar - Müstehcenlik	Madde 226- (1) a) Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren ya da bunların içeriğini gösteren, okuyan, okutan veya dinleten , b) Bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösteren, görülebilecek şekilde sergileyen, okuyan, okutan, söyleyen, söyleten, c) Bu ürünleri, içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz eden, d) Bu ürünleri, bunların satışına mahsus alışveriş yerleri dışında, satışa arz eden, satan veya kiraya veren, e) Bu ürünleri, sair mal veya hizmet satışları yanında veya dolayısıyla bedelsiz olarak veren veya dağıtan, f) Bu ürünlerin reklamını yapan, Kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (3) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanan kişi , beş yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (4) Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan

					yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (5) Üç ve dördüncü fıkralardaki ürünlerin içeriğini basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden ya da çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (6) Bu suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. (7) Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz.
			227	Genel Ahlaka Karşı Suçlar - Fuhuş	Madde 227- (1) Çocuğu fuhuşa teşvik eden , bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişi, dört yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır. (2) Bir kimseyi fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran ya da fuhuş için aracılık eden veya yer temin eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Fuhşa sürüklenen kişinin kazancından yararlanılarak kısmen veya tamamen geçiminin sağlanması, fuhşa teşvik sayılır. (3) (Mülga: 6/12/2006 – 5560/45 md.) (4) Cebir veya tehdit kullanarak, hile ile ya da çaresizliğinden yararlanarak bir kimseyi fuhşa sevk eden veya fuhuş yapmasını sağlayan kişi hakkında yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır. (5) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların eş, üstsoy, kayın üstsoy, kardeş, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da kamu görevi veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. (6) Bu suçların, suç işlemek amacıyla teşkil edilmiş örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. (7) Bu suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. (8) Fuhşa sürüklenen kişi, tedaviye veya psikolojik terapiye tâbi tutulabilir.
			228	Genel Ahlaka Karşı Suçlar - Kumar Oynanması İçin Yer ve İmkan Sağlama	Madde 228- (1) Kumar oynanması için yer ve imkan sağlayan kişi, bir yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Çocukların kumar oynanması için yer ve imkan sağlanması halinde, verilecek ceza bir katı oranında artırılır. (3) Bu suçtan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. (4) Ceza Kanununun uygulanmasında kumar, kazanç amacıyla icra edilen ve kar ve zararın talihe

					bağlı olduğu oyunlardır.
			229	Genel Ahlaka Karşı Suçlar – Dilencilik	Madde 229- (1) Çocukları, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseleri dilencilikte araç olarak kullanan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
Türk Medeni Kanunu	08.12.2001 - 24607	4721	23	Kişiliğin Korunması - Vazgeçme ve Aşırı Sınırlamaya Karşı	Madde 23- Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.
			47	Tüzel Kişilik	Madde 47-Amacı hukuka veya ahlaka aykırı olan kişi ve mal toplulukları tüzel kişilik kazanamaz.
			54	Malvarlığının Özgülenmesi	Madde 54- Hukuka veya ahlaka aykırı amaç güttüğü için kişiliği mahkeme kararıyla sona eren tüzel kişinin malvarlığı her hâlde ilgili kamu kuruluşuna geçer.
			56	Dernekler - Tanımı	Madde 56- Hukuka veya ahlaka aykırı amaçlarla dernek kurulamaz.
			89	Dernekler - Sona Erme - Mahkeme Kararı ile	Madde 89- Derneğin amacı, kanuna veya ahlaka aykırı hâle gelirse ; Cumhuriyet savcısının veya bir ilgilinin istemi üzerine mahkeme, derneğin feshine karar verir. Mahkeme, dava sırasında faaliyetten alıkoyma dahil gerekli bütün önlemleri alır.
			101	Vakıflar - Kuruluşu - Tanımı	Madde 101-Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlaka , millî birliğe ve millî menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz.
			515	Ölüme Bağlı Tasarrufların Çeşitleri - Koşullar ve Yüklemeler	Madde 515-Hukuka veya ahlaka aykırı koşullar ve yüklemeler, ilişkin bulundukları tasarrufu geçersiz kılar. Anlamsız veya yalnız başkalarını rahatsız edici nitelikte olan koşullar ve yüklemeler yok sayılır.
			557	Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali ve Tenkisi - İptal Davası	Madde 557- Aşağıdaki sebeplerle ölüme bağlı bir tasarrufun iptali için dava açılabilir: 1. Tasarruf mirasbırakanın tasarruf ehliyeti bulunmadığı bir sırada yapılmışsa, 2. Tasarruf yanıltma, aldatma, korkutma veya zorlama sonucunda yapılmışsa, 3. Tasarrufun içeriği, bağlandığı koşullar veya yüklemeler hukuka veya ahlaka aykırı ise(...)
Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun	08.12.2001 - 24607	4722	2	Geçmişte Etkili Olma - Kamu Düzeni ve Genel Ahlak	Madde 2 - Türk Medenî Kanununun kamu düzeni ve genel ahlakı bağlamaya yönelik kuralları, haklarında ayırık bir hüküm bulunmayan bütün olaylara uygulanır. Bu bakımdan, eski hukukun Türk Medenî Kanununa göre kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı olan kuralları, bu Kanun yürürlüğe girdikten sonra hiçbir suretle uygulanmaz.
Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu	16.02.2013 - 28561	6413	20	Silahlı Kuvvetlerden Ayırma Cezasını Gerektiren Disiplinsizlikler	MADDE 20 – (1) Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını gerektiren disiplinsizlikler şunlardır: b) Ahlakî zayıflık: Görevine, sosyal ve aile yaşantısına zarar verecek derecede menfaatine, içkiye, kumara düşkün olmak veya Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarını sarsacak şekilde yüz kızartıcı, utanç verici veya toplumun genel ahlak yapısına aykırı fiillerde bulunmaktır.
Türk Ticaret Kanunu	14.02.2011 - 27846	6102	1404	Geçerli Olmayan Sigorta	MADDE 1404- (1) Sigorta ettirenin veya sigortalının, kanunun emredici hükümlerine,

					ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı bir fiilinden doğabilecek bir zararını teminat altına almak amacıyla sigorta yapılamaz.
Türkiye Cumhuriyeti Anayasası	09.11.1982 - 17863	2709	20	Özel Hayatın Gizliliği	Madde 20 – (...) (Değişik: 3/10/2001-4709/5 md.) Millî 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 hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar. (...)
			21	Konut Dokunulmazlığı	Madde 21 – (Değişik: 3/10/2001-4709/6 md.) Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî 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 hâkim 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 hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.
			22	Haberleşme Hürriyeti	Madde 22 – (Değişik: 3/10/2001-4709/7 md.) Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Millî 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 hâkim 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 hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar. İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.
			24	Din ve Vicdan Hürriyeti	Madde 24 – (...) Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin

					kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır. (...)
			28	Basın Hürriyeti	Madde 28 – (...) Süreli veya süresiz yayınlar, kanunun gösterdiği suçların soruşturma veya kovuşturmasına geçilmiş olması hallerinde hakim kararıyla; Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel ahlakın korunması ve suçların önlenmesi bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle toplatılabilir. Toplatma kararı veren yetkili merci, bu kararını en geç yirmidört saat içinde yetkili hakime bildirir; hakim bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, toplatma kararı hükümsüz sayılır. Süreli veya süresiz yayınların suç soruşturma veya kovuşturması sebebiyle zapt ve müsaderesinde genel hükümler uygulanır. Türkiye’de yayımlanan süreli yayınlar, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyetin temel ilkelerine, milli güvenliğe ve genel ahlaka aykırı yayımlardan mahkum olma halinde mahkeme kararıyla geçici olarak kapatılabilir. Kapatılan süreli yayının açıkça devamı niteliğini taşıyan her türlü yayın yasaktır; bunlar hakim kararıyla toplatılır.
			31	Kamu Tüzel Kişilerinin Elindeki Basın Dışı Kitle Haberleşme Araçlarından Yararlanma Hakkı	Madde 31 – Kişiler ve siyasi partiler, kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme ve yayım araçlarından yararlanma hakkına sahiptir. Bu yararlanmanın şartları ve usulleri kanunla düzenlenir. (Değişik: 3/10/2001-4709/11 md.) Kanun, millî güvenlik, kamu düzeni, genel ahlak ve sağlığın korunması sebepleri dışında, halkın bu araçlarla haber almasını, düşünce ve kanaatlere ulaşmasını ve kamuoyunun serbestçe oluşmasını engelleyici kayıtlar koyamaz.
			33	Dernek Kurma Hürriyeti	Madde 33 – (Değişik: 3/10/2001-4709/12 md.) Herkes, önceden izin almadan dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir. Hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz. Dernek kurma hürriyeti ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir. (...)
			34	Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı	Madde 34 – (Değişik: 3/10/2001-4709/13 md.) Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırsız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla

					sınırlanabilir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.
			51	Sendika Kurma Hakkı	Madde 51 – (Değişik: 3/10/2001-4709/20 md.) Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz. Sendika kurma hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir. Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.
			135	Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları	Madde 135 – Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir. (...)
			141	Duruşmaların Açık ve Kararların Gerekçeli Olması	Madde 141 – Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir. (...)
Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu	14.11.1983 - 18221	2954	5	Yayın Esasları	Madde 5 – Genel yayın esasları şunlardır: (...) e) Genel ahlakın gereklerini, mili gelenekleri ve manevi değerleri gözetmek, (...)
Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun	06.03.2003 - 25040	4817	14	İzin İsteminin Reddi	Madde 14- Çalışma izni veya çalışma izninin uzatılması istemi; (...) e) Yabancıların çalışmasının millî güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlak ve genel sağlık için tehdit oluşturması, hallerinde reddedilir.
Yeni Bitki Çeşitlerine Ait İslahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun	15.01.2004 - 25347	5042	42	Başvurunun Ret Nedenleri	Madde 42- Bakanlık, aşağıdakilerden birinin varlığı halinde başvuruyu re'sen reddeder: a) Çeşit için önerilen isim: (...) 3- Kamu düzeni ve genel ahlaka aykırıysa.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KOLLUK GÜCÜ TARAFINDAN SINIRLANDIRILMASI

I.KOLLUK KAVRAMI VE İDARİ KOLLUK

Birarada yaşayan her insan topluluğun ihtiyaç duyduğu düzen ve barış ortamı devletin koruması ile sağlanır. Kamusal boyuttaki bu düzende toplum üyelerinin ilk ihtiyacı korunmak, güven içinde hissetmektir. Bireyin gereksinimi olan bu güvenlik ihtiyacı ise bir yandan toplumun kollektif güvenliği, diğer yandan, bireyin sosyal yapının bir üyesi olarak aradığı bireysel güvenliğidir.²⁶⁷ Zira güven içinde sağlıklı bir yaşam ortamına sahip olmadan, başka temel hak ve özgürlüklere sahip olmanın pratikte bir anlamı olmayacaktır.

Bu güven ve huzur içinde bir düzenin hakim olduğu, sağlıklı bir toplumda yaşamak ihtiyacının ise devlet tarafından sağlanması beklenir. Eski Yunanda devleti anlatmak için kullanılan sözcük “polis”ti. Antik Yunanca’da da “polis” sözcüğünün anlamı “düzen” kavramına karşılık gelmekte olup, devlet, düzen ve kamu düzeni birer eşitlik oluşturmaktaydı. ÖZAY, bu denklemin sonucu olarak da, Batı dillerinin Yunanca-Latince kökenli olanlarının ya da bunlardan esinlenilmiş bulunanların, idarenin kamu düzeninin bozulmasını önleme, bozulduğunda da geri getirilmesine ilişkin etkinliklerini anlatmak için üstlendiği ve sürdürdüğü hizmet ile kullandığı örgüt ve personele topyekün “polis” denildiğini belirtmektedir.²⁶⁸ “Polis” hem bir işlevi, hem bir faaliyeti, hem de bunu yürüten örgüt ve personeli aynı anda kapsayan ve

²⁶⁷ Turan Yıldırım ve diğerleri, **İdare Hukuku**, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.686.

²⁶⁸ İl Han Özay, **Günüşğinde Yönetim**, Alfa Basım, İstanbul, 1994, s.564.

anlatan bir kavram olduğu için, bu sözcük “kolluk” olarak kullanıldığında yine aynı kavramları anlatmak istese de aslında eksik kalmakta, beraberinde “örgütü”, “işlevi”, “etkinilikleri” gibi yardımcı kelimelere ihtiyaç duymaktadır.²⁶⁹ O halde İdare Hukukunda “polis” tabirinin iki anlamda kullanıldığını söyleyebiliriz. Bunlardan ilki, dinginiliği, güvenliği ve sağlığı korumak için oluşturulan “idari teşkilat” olup, kolluk hizmet ve faaliyetini yürütmekle görevli personelin tamamıdır. Diğeri ise bu dirginlik, güvenlik ve sağlığı korumak için alınan idari tedbirler, konulan kanunlar, tüzükler ve özgürlüklerin sınırlandırılmasından meydana gelen “idari tedbirler ve hukuki tasarruflardır.”²⁷⁰ Kolluk kavramı bu anlamda hem idari bir etkinliği, hem de bu etkinliği yürüten personeli, görevlileri ifade eder. Kolluk faaliyetleri ise, idarenin kamu düzenini korumak ve sağlamak için giriştiği tüm faaliyetlerdir.²⁷¹ Devlet bu kolluk faaliyetlerini yerine getirirken, kanunun kendisine verdiği yetki çerçevesinde zor kullanma gücü ile bireylerin temel hak ve özgürlüklerine belli ölçülerde kısıtlamalar getirir.²⁷² Bireylerin bu kısıtlamalar ile muhatap olması ise idarenin kolluk güçleri aracılığıyla olur.

Kolluk faaliyetleri ile kamu düzenini sağlanması ve korunmasında devlet ve bireyin ayrı ayrı çıkarı mevcuttur. Devlet, güvenliğini tehdit edebilecek iç ve dış tehlikelere karşı silahlı kuvvetlere sahiptir. Ülke dışından gelecek tehlikeler askeri güç

²⁶⁹ Özay, 1994, s.564.

²⁷⁰ Süheyp Derbil, **İdare Hukuku**, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1959, s.463.

²⁷¹ Günday, 2011, s.289.

²⁷² Metin Kıratlı, **Koruyucu İdari Hizmetler**, Türkiye Ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 40.

(ordu) vasıtasıyla savuşturulurken, yurt içinden kamu düzenine yönelik tehdit ve tehlikeler ise kolluk kuvvetleri vasıtasıyla önlenmeye çalışılır.²⁷³

Kamu düzeninin korunması ile devletin kendi güvenliğinin güvence altına alınmasından başka bireyin de kendi yaşamı, temel hak ve özgürlüklerini gerektiği gibi kullanabilmesine yönelik menfaati söz konusudur. Birey kamu düzeninin korunması ve devamının sağlanması suretiyle düzenli ve güvenli bir toplumsal düzen içinde yaşayarak özel hayatını ve mesleki faaliyetlerini yürütebilir. Nitekim Anayasa'nın başlangıç bölümü ve devletin temel amaç ve görevlerinin düzenlendiği, 5. maddesi ile bu görev devlete aittir.²⁷⁴ İdare böylece bireyin; sağlıklı, huzurlu ve barışın hakim olduğu bir sosyal ortam içerisinde yaşaması için gerekli şartları yerine getirmekle ve bunun bozulmasını önlemekle görevlidir. İşte idarenin kolluk faaliyetleri vasıtasıyla korumak ve sürdürmekle ve bozulduğunda tekrar eski haline getirmekle görevli olduğu bu düzen, kamu düzenidir. Anayasa ile devlete verilen bu görev doğrultusunda 2559 sayılı PVSK madde 1 ile polisin görevi tanımlanmıştır;

“Madde 1 – Polis, asayiş amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur. Halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatini temin

²⁷³ Mustafa Avcı, **“Önleme Amaçlı Özgürlük Kısıtlamaları, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri – II”**, 23-28 Ekim 2007 Antalya/Alanya, Emniyet Genel Müdürlüğü Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları, Ankara 2008, s. 163.

²⁷⁴ 1982 Anayasası Başlangıç Bölümü; “...Her Türk vatandaşının bu Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu... tevdi olunur.

1982 Anayasası;

Madde 5-Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.

eder. Yardım istiyenlerle yardıma muhtaç olan çocuk, alil ve acizlere muavenet eder. Kanun ve nizamnamelerinin kendisine verdiği vazifeleri yapar.”

O halde polis kamu düzeni ve kamu güvenliğini sağlama görevinin yanında, Anayasa tarafından tanınarak güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin, bireylerin etkin kullanımına sunulmasından ve bireylerinde bu temel hak ve özgürlüklerden gereğince yararlanmasından da sorumludur. Böylelikle polis, devletin ve toplumun hizmetinde olduğukadar; kişinin de hizmetinde olmalıdır. Kolluk faaliyetlerinin yerine getirilmesi sırasında ise bunlar birer insan hakları engeli olarak değil, birey ve toplum menfaatlerinin karşı karşıya geldiği noktada, insan haklarının teminatı olarak algılanmalıdır.²⁷⁵

Polis bu görev tanımının gereğini yerine getirirken, teşkilat ve personel olarak aynı fakat, izledikleri yöntem ve amaç bakımından farklılık gösteren adli ve idari kolluk ayrımı tabi olup bu ayrım da ilgili Kanun’un 2. maddesinde düzenlenmiştir ; buna göre polisin genel emniyetle ilgili görevleri iki kısımdır:

“A) Kanunlara, tüzüklere, yönetmeliklere, Hükümet emirlerine ve kamu düzenine uygun olmıyan hareketlerin işlenmesinden önce bu kanun hükümleri dairesinde önünü almak,

B) İşlenmiş olan bir suç hakkında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile diğer kanunlarda yazılı görevleri yapmaktır”

²⁷⁵ Zeki Hafizoğulları, İnsan Hakları, Polis Görevi ve Yetkisi, **AÜHFD.**,1995, C. 44, S. 1-4., ss.779-796, s.789.

3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu ise polisi ; adli, idari ve siyasi kısımlara ayırır. Bu ayrıma binayen adı geçen Kanun’un 9. maddesinde “idari polis”, içtimai ve umumi intizamı temin etmekle mükellef olan kısım olarak nitelenirken; “adli polis”, asgari tam teşekküllü bir polis karakolu bulunan yerlerde, adli işlerle uğraşmak üzere Emniyet Umum Müdürlüğünce kadrodan ayrılan kısım olarak nitelendirilmiştir.²⁷⁶ İlgili 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanun’un 12. maddesinin birinci fıkrasında “adli işlere müteallik tahkikat salahiyetli adli otoritelerin direktifleri altında ve kanunlarına tevfikan yalnız adli zabıtaya yaptırılır.” denilmek suretiyle adli kolluğun görev alanının ayrıca belirtildiğine işaret edilmektedir.

PVSK ve Emniyet Teşkilatı Kanunu’nda yapılan adli ve idari kolluğun görev alanına ilişkin düzenlemeye paralel bir düzenleme, bir diğer kolluk personeli olan jandarmanın görevlerinin düzenlendiği 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu’nun 7. maddesinde de vardır.²⁷⁷ Jandarmanın askeri görevlerinin yanında, mülki ve adli görevleri ayrı ayrı sayılmak suretiyle bu ayrımın Jandarmanın görev alanında da bulunduğu gözlemlenir. Buna göre;

Madde 7: Jandarmanın sorumluluk alanlarında genel olarak görevleri şunlardır: a)Mülki görevleri; emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak ve kollamak, kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış

²⁷⁶ Her iki kolluk İçişleri Bakanlığına bağlı Emniyet Genel Müdürlüğü bünyesinde örgütlenmiştir.

²⁷⁷ Jandarma ve polis dışında, yasaların adli kolluk yetkisi tanıdığı, idari kolluk makamları da vardır: Vali (İl İdaresi Kanunu .10/A), bucak müdürü(İl İdaresi K. M. 45) ve köy muhtarı (442 Sayılı Köy K. M. 36/2 ve 14); Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 2013, s.395.

korumalarını yapmak. b) Adli görevleri; işlenmiş suçlarla ilgili olarak kanunlarda belirtilen işlemleri yapmak ve bunlara ilişkin adli hizmetleri yerine getirmek.”

Sonuç olarak adli kolluğun görevlerinin kapsamı, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 164. maddesinin ilk fıkrasında yapılan adli kolluğun görev tanımı ile birlikte, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu’nun 8.,9., ve 12. maddeleri ile 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu’nun 7. maddesine belirtilen iş ve eylemler ile 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile verilen görevleri yapması olduğu söylenebilir.²⁷⁸ Dolayısıyla adli kolluğun görevinin belli bir suç işlendiği yolundaki şüpheden itibaren, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları altında birtakım adli işlemler yapma faaliyeti olduğu söylenebilir.²⁷⁹

Adli ve idari kolluk ayrımı, amaca göre yapılan bir ayrımdır. Bu ayrımın yapılması, tabi olacakları hukuki rejim ve yargılama usulleri bakımından önemlidir.²⁸⁰

Devletin düzen sağlama işlevi ile, cezalandırma işlevinin arasındaki farklılık, farklı hukuki rejimlerin uygulanması ihtiyacını da oluşturacaktır. Adli kolluk bireylerin kanunlara göre suç kabul edilen eylem ve durumlarının cezalandırılması için, suç faillerini ve delillerini araştırmak ve yakaladığı failler ile delilleri adli makamlara teslim etmekle görevlidir. Adli kollukta, kamu düzenini tehlikeye düşüren veya o an için ortadan kaldıran bir suç sonrası müdahale etme durumu vardır. Bu müdahalede ise

²⁷⁸ Aynı zamanda 1 Haziran 2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Adli Kolluk Yönetmeliği’nin 6. maddesine göre adli kolluğun temel görevi, Cumhuriyet Savcısı’nın emir ve talimatları doğrultusunda “soruşturma işlemleri yapmak”tır

²⁷⁹ Gözler, 2009,s. 482.

²⁸⁰ Ender Ethem Atay,**İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 628; Tan, 2013, s. 394; Turan Yıldırım ve diğerleri, **İdare Hukuku**, s.693.

cezalandırma yetkisi söz konusu olmakta ve ortaya hak ve özgürlükleri daha ağır bir sınırlandırmaya tabi tutma durumu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda da, adli kolluk eylem ve işlemlerinde ceza hukukuna özgü kanunilik ya da kıyas yasağı gibi birtakım koruyucu önlemler devreye girmektedir. İdari kolluk, kanunun suç saydığı eylemlerin işlenmesinden önce devreye girmektedir. Kamu düzenini tehdit eden veya tehlikeye düşüren durumların ortaya çıkması halinde önleme işlevini yerine getirmektedir. Bu müdahalenin meşruluğu ve gerekliliği hususlarında ise adli kolluğun aksine, polis amir ve memurunun değerlendirme marjı daha geniş olmaktadır.

Adli ve idari kolluk ayrımının neticesinde ortaya çıkan birtakım sonuçlar vardır. Öncelikle adli kolluk, düzenleyici işlem yapamaz, yalnızca bireysel işlem tesis edebilir ya da maddi fiillerde bulunabilir. Şöyle ki, Anayasa ve Türk Ceza Kanunu'na göre *suç* ve *cezanın* mutlaka kanun adını taşıyan bir yasama işleminde öngörülmüş olması zorunlu iken, idari kolluk alanına ilişkin olarak tüzük, yönetmelik, genel emir, tembih şeklinde birtakım kural işlemler ya da genel düzenlemeler yapılabilir.²⁸¹

Adli kolluk makamları devlet tüzel kişiliği adına işlem tesis ederken, idari kolluk görevi, devlet tüzel kişiliği yanında diğer kamu tüzel kişilerin de (örneğin, belediye, il özel idaresi ve köy) gerçekleştirilebilir.

İdari kolluk, idare makamlarının emir ve talimatları doğrultusunda görev yapar. Bu anlamda, idare koluk alanında faaliyet gösterdiğinde, bireyler için hukuka aykırı durumların gelişmesi halinde, sorumlulara ancak idari nitelikli yaptırımlar uygulanabilir. Şöyle ki, idari kolluk personeli, görevi nedeniyle bir suç işlerse hakkında

²⁸¹ Özay, 1994, s.568.

yapılacak ceza kovuşturmalarında 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Adli kolluk ise adli makamların emri altında olup, adli kolluk görevlerinin yerine getirilmesi sırasında; görevlilere karşı direnen ya da suçüstü yakalanan kişilerin mutlaka adli mercilere teslim edilmesi gerekir. Zira suç oluşturan davranışların cezası ancak yargı yerlerinin kararı ile verilir.²⁸² Ayrıca adli kolluk personelinin görevini yerine getirirken suç işlemesi halinde; idari kolluk görevlilerinden farklı olarak, adli kolluk görevlilerine karşı Cumhuriyet savcısı tarafından doğrudan doğruya soruşturma yapılarak kamu davası açılır.²⁸³ Durum böyle olmakla birlikte, kolluğun günlük hayatta yetkilerini kullanırken benimsediği yöntem, kamu düzeninin bozulmasını önlemek ve eski haline getirmekten çok, kolluk yetkilerinin bu yetkilerini daha çok bir cezalandırma aracı olarak gördüğü algısını yaratmaktadır.

Son olarak, maddi olarak yapılan bu ayrımın organik olarak yapılmasının ülkemizde mümkün olmadığını, zira aynı personel ve aynı otoritenin her iki kolluğun da görevini yerine getirmekte olup, teşkilat ve görevleri yönünden birbirine karışmış durumda olduğunu belirtmekte fayda vardır.²⁸⁴ Adli ve idari kolluk yetkileri kullanılırken de bu iki kolluğun aralarında birbirini izleyen uygulamalardan doğan geçişler de hızlıdır. Bu yüzden de idari kolluk ve adli kolluğun görev alanının içiçe geçtiği durumlara sık rastlanır. Bir olayda idari kolluk ile başlayan müdahalenin adli kolluğun alanına geçmesinin ya da tam tersi olarak adli kolluğun müdahale ettiği durumun idari kolluğun görev alanına kaymasına ilişkin pek çok durumla

²⁸² Özay, 1994, s.568.

²⁸³ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu madde 161.

²⁸⁴ Günday, 2011, s.294; Özay, 1994, s.569; Gözler, 2009, s.485.

karşılaşılabılır. Örneğin, idari kolluk kimlik kontrolü yapabilir ancak polis bu inceleme sırasında suç işlediğinden şüphelendiği kişiyi karakola götürmesinde artık adli kolluk etkinliği oluşmuştur.²⁸⁵

Temel hak ve özgürlüklere “genel ahlak” sebebiyle yapılan müdahale, idari kolluğun sahası içinde kalmakta olup, adli kolluk yetkileri, anlatıldığı üzere suç şüphesinin varlığından itibaren söz konusu olmaya başlar ve bu noktadan sonra da adli merciler ve bağımsız mahkemeler devreye girer. Bu nedenle de çalışmanın devamında idari kolluğun yetkileri ve bu yetkileri kullanırken uyması gereken sınırlar üzerinde durulacaktır. ²⁸⁶

II. İDARİ KOLLUK VE KAMU DÜZENİ

“Bir ülkenin iç güvenlik, sağlık, dirlik ve esenliğinin sağlanması ile bireylerin kendilerine ve malvarlıklarına karşı olası saldırıları önlemek amacıyla idare tarafından alınan ve uygulanması da çeşitli yaptırımlar ile güçlendirilip sağlanan genel ya da birel önlemler ve bu amaca yönelik hizmetlerin hepsi”²⁸⁷ idari kolluk olarak tanımlanır.

ONAR ise idari kolluğu, “kolluk kanun ve düzenlemelerinin uygulanması için yapılan tasarruflar” ve “kolluk, kanun ve nizamnamelerini uygulamakla yükümlü örgüt” olarak tanımlamaktadır.²⁸⁸ Böylelikle idari kolluk, toplumsal yaşamın gerektirdiği kamu düzenin sağlanması için, idarenin bireylerin özgürlüklerine karışır,

²⁸⁵ Atay, 2012, s.632.

²⁸⁶ Çalışmanın devamında “kolluk” deyimini ile “idari kolluk” kastedilecektir.

²⁸⁷ Özey, 1994, s.570.

²⁸⁸ Onar, 1966, s.1477.

bu özgürlüklerin sınırlarını belirlerken de, kamu yararı ile temel hak ve özgürlükler arasında da bir denge kurar.²⁸⁹

İdari kolluktaki “kolluk” kavramı kamu düzenini sağlamak ve gerçekleştirmek üzere yapılan faaliyetin adı olup, bu idari kolluk faaliyeti, düzenleyici, koruyucu, önleyici ve bozulan düzeni iade edici ve geri getirici niteliktedir.²⁹⁰ İdari kolluk gücünü harekete geçiren ögeler temel olarak halkın güvenliği, dirliği(sukuneti) ve sağlığı olup, bunların varlığı ile somutlaşan düzen de “olağan” yani kamu düzenidir. Polisin müdahalesi de bu kamu düzenini oluşturan sınırlar içerisinde meşru ve kabul edilebilir olup;bu sınır, hukukun genel yapısının “özel” ve “kamusal” olarak ayırt ettiği alanları birbirinden ayıran sınırdır.²⁹¹ İdari kolluk bu anlamda sınırları çizilmiş olan bir sahada yetkili olup, faaliyet gösterirken; bu sınırın dışına çıktığında yalnızca bir hukuksuzluk durumu değil fakat ağır bir temel hak ve özgürlük ihlali de gerçekleşecektir. Zira bir tarafta kamu düzeninin korunması amacına özgülenen idari kolluk kuvveti; diğer tarafta ise, bu düzenin bir parçası olan, temel hak ve özgürlüklerini hukuka uygun olarak kullanabileceğine inanana ve elinde zor kullanma gücü olmayan birey vardır.

İdari kolluk kural olarak suçluları izleyici, delilleri toplayıcı değil ve fakat düzenleyici, önleyici ve durdurucu niteliktedir. Demek ki idari kolluk yetkisi kamu düzenin önleyici ve koruyucu bir faaliyettir. Bu anlamda gerçekleştirilen faaliyetlerde ise devletin egemenlik yetkisi ve kudreti yoğun şekilde dış dünyaya yansır.²⁹²

²⁸⁹ Tan, 2013, s.390.

²⁹⁰ Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, Beta Basım, İstanbul, 2009, s.42.

²⁹¹Ferdan Ergut, **Modern Devlet ve Polis Osmanlı’dan Cumhuriyet’e Toplumsal Denetimin Diyalektiği**, İletişim Yayıncılık, İstanbul, 2004, s.74.

²⁹² Atay, 2012, s.635.

İdare bu amaçla kendisine yasa ile verilen açık yetkiye dayanarak bireysel ve düzenleyici işlemler gerçekleştirir ve gerektiğinde kolluk eylemlerine başvurur. Bu anlamda idari kolluk, kanunların suç saydığı fiillerin oluşmaması için; önceden bazı önlemler alır ve uygular, emir ve yasaklar koyar, gerektiğinde kuvvet kullanarak bu faaliyetleri engeller. Bu nedenle idari kolluk, kamu düzenini korumak ve halkın güvenliğini sağlamak için, gerekli şartlar oluştuğunda, yasaların belirlediği sınırlar içinde zor kullanma, zorlayıcı tedbirler alabilme ve son olarak sıkı şartlar altında silah kullanma yetkilerine sahiptir.²⁹³ İdari kolluk makamları bu anlamda bir toplantı ve gösteri yürüyüşünün yasaklanması ya da verilmiş olan bir ruhsatın iptali veya askıya alınması yahut bir gazetenin belli bir sayısının toplatılması şeklinde bireysel işlemler tesis edebilirler. İlerde bu düzenleyici ve bireysel işlemlerin neler olabileceğine detaylı olarak yer verilecektir.

Tüm bu faaliyetlerin ortak noktası ise temel hak ve özgürlüklere bir noktada müdahale etme, durdurma, sınırlama ya da yasaklama neticesinin doğmasıdır. Bu nedenle de, idari kolluk faaliyetleri bireyler ve topluluklar ile idareyi temel hak ve özgürlükler konusunda karşı karşıya getiren bir idari faaliyet türüdür.²⁹⁴ Temel hak ve özgürlüklerin, muhtemel ihlallere karşı korunması için ise, devletin birtakım yükümlülükleri vardır. Bu anlamda, bireyin temel hak ve özgürlüklerini hem toplum içerisindeki diğer bireylere karşı koruyacaktır; hem de kolluk kanunlarının gereğini yerine getiren idari kolluk personelinin keyfi uygulamalarına karşı koruyacak ve bunun için gerekli tedbirleri alacaktır.

²⁹³ Atay, a.g.e.,s.635.

²⁹⁴ Günday, 2011, s.289.

İdari kolluk yetkileri kanundan kaynaklanan ve sınırları belli olan yetkililerdir. Ancak idare, kamu düzeninde meydana gelen ihlalin çeşidine ve ağırlığına göre bir yaptırıma başvuracak olup, günlük hayatın akışı içinde ve özellikle kamu düzeninin tehlikeye düşmesi halinde bu ihlalin niteliğini çoğunlukla kolluk personeli tayin etmek durumundadır.

Bu anlamda idarenin ve kolluk personelinin takdir marjı mümkün olduğunca azaltılmalı ve böylece objektif davranmaya yönelik olan önlemleri de alarak hareket etmelidir.²⁹⁵

İdari kolluk; genel idari kolluk ve özel idari kolluk olarak iki alt kategoriye ayrılır.²⁹⁶

Toplum düzeninin “güvenlik”, “genel sağlık” ve “dirlik ve esenlik” yönlerinden bozulmasını önlemeye, bozulduğunda da geri getirmeye yönelik etkinliklere “genel

²⁹⁵ İdari kolluk ayrıca gerektiğinde veya Cumhuriyet savcısının talebi ile adli kolluğa yardım etmek zorundadır. Gerektiğinde adli kolluk olaya müdahale edene dek onun görevlerini yerine getirir ve derhal durumdan adli kolluğu haberdar ederek geldiğinde görevini devreder. Bu süre zarfında ise idari kolluk personeli adli kolluğun tabi olduğu yargısal sürece tabidirler.⁽ 295 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu, 9. Maddesinin C fıkrası ve madde 10 ve madde 12 295 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu madde 12)

²⁹⁶ İdari kolluk eylem ve işlemleri her zaman tek-tarafıdır. Kolluk yetkisi kullanılması zorunlu bir yetkidir.(bağlı yetkidir), idare gerekli olan durumlarda gerekli olan tedbirleri almakla yükümlüdür. Kolluk makamlarının kamu düzeninin bozulduğu bir durumda hiçbir talep olmasa dahi harekete geçme yükümlülüğü vardır. Bkz. Gözler, 2009, s. 492, Böyle bir durumda gerekli tedbirleri almaması ve toplum için tehlike arz eden durumu önlememesi hukuka aykırılık oluşturur ve Anayasa’nın 125. maddesine göre idarenin sorumluluğunu doğar. İdari kolluk eylem ve işlemleri, idarenin kamu gücü ayrıcalıklarına dayanır ve birtakım idari müeyyideler ve kolluk işlemleri gerçekleştirir. İdari müeyyideler kolluk işlemlerine aykırı hareket edilmesi neticesinde zorlayıcı ve bastırıcı nitelikteki (izni geri alma, para cezası vs) şeklinde iken, kolluğa karşı gelenlere yargı organlarıncı Türk Ceza Kanununun ilgili hükümleri uygulanır. Bkz. Bahtiyar Akyılmaz ve diğerleri, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 524. İdari kolluk görevlilerinin, görevlerini yerine getirirken suç işlemeleri halinde, haklarında yapılacak ceza soruşturmasının 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerine göre yapılır. Kural olarak, idari kolluk yetkisi devredilemez niteliktedir. Ancak 10/06/2004 tarih ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. 5188 sayılı Kanun’un 1. maddesine göre kamu güvenliğini tamamlayıcı mahiyette özel güvenlik hizmetleri yerine getirilebilecektir.

idari kolluk” denilir. Özel idari kolluk ise, bu üç unsura ait konular dışında veya bu konularla ilgili olmakla birlikte özel yasal düzenlemelerle birincisinden farklı örgüt, personel ve değişik usullerle yürütülmesi söz konusu olan kolluk rejimidir.²⁹⁷

Özel idari kolluk ile genel idari kolluk arasındaki farklılık esas itibariyle yetki unsurunda gerçekleşir. Şöyle ki, konu itibari ile genel idari kolluk, bütün beşeri faaliyetler için söz konusu olan yetkiyi içerirken, özel idari kolluk sadece belirli bir tür faaliyet hakkında yetkilidir.²⁹⁸ Bu esas farklılığı belirttikten sonra genel idari kolluk ile özel idari kolluk arasındaki farklılıkları üç başlık altında sıralayabiliriz. İlk olarak yetkili makamın belirlenmesinde bir farklılık söz konusudur. Özel idari kolluk yetkisi, bazı durumlarda genel idari kolluk makamlarına verilmiş olabileceği gibi asıl olarak, genel idari kolluk makamı dışında kalan başka makamlara da verilmektedir. Kolluk faaliyeti ile ilgili hizmeti hangi Bakanlık ya da genel müdürlük görüyorsa ona bağlı olarak faaliyette bulunulur. Bu nedenle özel kolluğun bir kısmı “hizmet kolluğu” olarak anılır.²⁹⁹ Örneğin Fransa’da bir özel idari kolluk olan sinema kolluğu yetkisi, kanunla, normal kolluk makamlarına değil, Kültür Bakanlığına verilmiştir.³⁰⁰ Türkiye’de ormanların koruması görevi, ya da hayvan sağlığı normal kolluk makamları dışında olarak Orman Genel Müdürlüğü’ne ve Tarım ve Köyşleri Bakanlığına verilmiştir. İkinci olarak, özel kolluğun kullanılmasının bağlı olduğu usuller genel idari kolluğun bağlı olduğu usullerden farklıdır. Bazen özel kolluk yetkisi, genel kolluk makamlarına tanınır; ama bu makamın özek kolluk yetkisini kullanabilmesi, genel kolluk usulünden

²⁹⁷ Özay, 1994, s.571.

²⁹⁸ Gözler, 2009, s.494.

²⁹⁹ Tan, 2013, s.397.

³⁰⁰ Chapus, Droitt administratif general, cit., c. I, s. 719’dan aktaran Gözler, 2009, s. 495.

farklı usullere tabi tutulmaktadır.³⁰¹ Örneğin *gayrishhi müesseseler*, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıha Kanunu ile özel rejime bağlanarak, Sağlık Bakanlığı ile mülki idare amirlerine yetki tanınmış ve kullanılma usulleri belirlenmiştir.³⁰² Son olarak, genel idari kolluğun amacı daha önce görüldüğü üzere kamu düzeni ve kamu düzeninin üç ögesini sağlamak iken,³⁰³ özel idari kolluk bu klasik kamu düzeni bakış açısının gereklerinden başka, bunun dışında kalan örneğin doğal ve kültürel varlıkları ya da soyu tükenmekte olan av hayvanlarının korunması gibi farklı amaçlara hizmet eder.³⁰⁴

Özel idari kolluktan sonra üzerinde durulması gereken bir başka nokta, “Polis Çevik Kuvvet Birimi”nin bir özel idari kolluk olarak nitelenemeyeceği ve Emniyet Teşkilatı içinde uzmanlaşmış bir birim olduğudur. Anayasa başta olmak üzere diğer kanunlarda tanımlanmış ve güvence altına alınmış olan bireylerin temel hak ve özgürlüklerin müdahale etmesinde zorlayıcı güç olarak günlük hayatta sık sık karşılaşılan Polis Çevik Kuvvet Birimi’nin üzerinde ayrıca durulması gerekir. Zira kolluk faaliyetleri sırasında ölçülülük ilkesinin ihlal edildiği pek çok durumda da bu birime ait kolluk gücü uygulamalarına rastlanmaktadır.

Bu özel kolluk birimi, 654 sayılı Toplum Zabıtası Kurulması Hakkında Kanun ile ek ve değişiklikleri yürürlükten kaldırarak, Toplum Zabıtası’nı (Toplum Polisini) ilga eden 11/08/1982 Tarih ve 2696 sayılı Kanun ile kurulmuştur. Birim, gerek kuruluş

³⁰¹ Gözler, 2009, s.496.

³⁰² Tan, 2013, s.398.

³⁰³ Günday, 2011, s. 295; Gözler, a.g.e.,s.495.

³⁰⁴ Gözler, a.g.e.,s.495.

kanununa ilişkin Milli Güvenlik Kurulu Komisyon Raporunda³⁰⁵ yer alan gerekçede, gerek Danışma Meclisi Komisyon gerekçelerinde³⁰⁶ doğrudan toplantı ve gösteri yürüyüşü ile grev ve lokavt haklarının kullanılması yönelik etkili bir müdahale aracı olarak oluşturulmuştur. Şöyle ki, 1960 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden itibaren bahsi geçen temel hakların yaygın şekilde kullanılması ve bunun sonucunda oluşan kitle hareketleri ve kanuna aykırı fiil ve davranışlara karşı yeni bir kolluk gücünün teşkilatının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Bu amaçla illerde özel mesleki eğitim görmüş, gerekli her türlü silah, malzeme ve araçla donatılmış Toplum Zabıtası teşkili yoluna gidildiği ancak ihtiyacı karşılamada yetersiz kaldığı için bu Toplum Zabıtasına ait hizmetleri yürütmek üzere Polis Çevik Kuvvet Birimleri (Çevik Kuvvet) nin il ve ilçe düzeyinde kurulması yoluna gidilmiştir. Çevik Kuvvet birimlerinin görevleri ise kanunda açıkça sayma yoluyla belirtilmiştir.³⁰⁷

³⁰⁵ Millî Güvenlik Konseyi S. Sayısı : 443, 3201 Sayılı Emniyet Teşkilat Kanununa Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi İçişleri Komisyonu Raporu. (D. Meclisi : 1/135; M. G. Konseyi : 1/390) (D. Meclisi S. Sayısı : 146),

³⁰⁶ Danışma Meclisi S. Sayısı : 146, 3201 Sayılı Emniyet Teşkilat Kanununa Ek ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun Tasarısı ve Malî İşler ve Millî Savunma, İçişleri ve Dışişleri Komisyonları Raporları. (1/135)

³⁰⁷ Görevleri ise kanunda açıkça belirtildiği üzere şu şekildedir:

Ek Madde 13 – (11/8/1982 - 2696/1 md. ile gelen Ek 10 uncu madde hükmü olup madde numarası teselsül ettirilmiştir.)

Polis çevik kuvvet birimleri:

a) Kanuna uygun toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin düzeninin ve güvenliğinin sağlanmasında,
b) Kamu düzenini bozabilecek nitelikteki toplumsal hareketlerin meydana gelmesi muhtemel yerlerde önleyici tedbirlerin alınmasında ve bu yerlerde devriye hizmetlerinin yürütülmesinde,
c) Grev ve lokavtlar sırasında işyerlerinin tahribe uğramasının veya işgalinin önüne geçilmesinde,
d) Kanuna aykırı sokak ve meydan hareketlerinin önlenmesinde,
e) Toplumsal olaylar, grev ve lokavtlar ile kanuna aykırı sokak veya meydan hareketlerinde toplumun veya kişilerin maddi ve manevi varlıklarının tecavüzlerden korunmasında,
f) Diğer polis kuvvetlerinin yetersizliği halinde, her türlü tören veya gösterilerde gerekli güvenlik önlemlerinin alınmasında ve düzenin sağlanmasında,
g) Özel timlerin yer almasını gerektirecek diğer operasyonların yapılmasında,
h) Yukarıdaki bentlerde gösterilen durumlarda meydana gelen kanuna aykırı olayların gerekirse zor kullanarak etkisiz hale getirilmesinde,
Kullanılmak üzere görevlendirilir.”

1982 Anayasası’nda açıkça tanınan ve güvence altına alınan temel haklarını kullanan bireylerin özellikle toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullanırken çevik kuvvet birimlerinin ölçsüz müdahalelerine maruz kaldıkları yargı kararlarında yerini bulmuş ve kamuoyunda da geniş yankı uyandırmıştır. Bu olaylar arasında yargı düzeyine taşınanlar başka bir çalışmanın da konusunu teşkil edebilir. Konumuz açısından çevik kuvvet birimlerinin “genel ahlak” sebebiye toplumsal olaylara müdahalesi ise başta ölçölülük ilkesi olmak üzere, Anayasa’da düzenlenerek güvenceye alınan temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlama ilkelerine de aykırıdır. Ayrıca kolluğun gerçekleştirdiği her müdahale aynı zamanda bir idari işlem niteliğindedir ve pek tabi olarak her idari işlemin tabi olduğu kurallara tabidir. Bu müdahaleler ise yetki ve amaç unsuru yönünden başlı başına sakattır. Zira çevik kuvvet birimi personeline verilen yetki ile korunan hukuksal değer, toplumda genel ahlakın gereklerini yerine getirmek olmayıp, yalnızca genel ahlak, kamu düzenini tehlikeye düşürdüğü oranda müdahalede bulunmaktadır.

III. KAMU DÜZENİ KAVRAMI VE KAMU DÜZENİNİN BİR UNSURU OLARAK “GENEL AHLAK”

Düzen veya nizam, bir yerde karışıklık veya kargaşa olmaması, orada insanların kendilerini ve yakınlarının güven içinde olduklarını hissederek yaşayabilecekleri bir ortamın bulunması anlamına gelir. Söz konusu ortam, insanların toplu halde bulundukları; kişi, aile ve halk olarak biraraya gelip, iletişim içine girdikleri bir kamusal alandır. Bu kamusal alandaki insanların ve onların kurdukları ilişkilerin güven içinde,

intizam için bulunmasına ise kamu düzeni denilir.³⁰⁸ Bu kamu düzenini korumak ve bozulduğunda eski haline getirmek ise kolluğun görev ve yetkisindedir.

İdari kolluk, kamu düzenini sağlamak amacıyla, devletin münhasıran kendisine tanıdığı zor kullanma yetkisi vasıtasıyla bireylerin temel hak ve özgürlüklerine kademeli olarak müdahalede bulunur. Bu nedenle, kamu düzeni³⁰⁹ kavramının tanımlanması ve içeriğinin belirlenmesi ve bu sayede, kolluğun temel hak ve özgürlüklere müdahale alanının sınırlarının çizilmesi önemlidir. Kamu düzeni kavramının içeriğinin belirlenmesi öteden beri güç olmuş, bu kavramın özel hukuk ve kamu hukukunda yer aldığı pozitif düzenlemelere binayen, kavramın içeriğine yerleştirilen unsurlar dahi farklılaşabilmiştir.³¹⁰ Çalışmamızın kapsamı itibarıyla kamu düzeni kavramı, bir kamu hukuku terimi olarak tanımlanmaya ve içeriğinin tespit edilmesine çalışılacaktır.

TAN kamu düzenini, toplumun barış ve güven içinde gelişmesini ve yaşamını sürdürecektir olduğu bir ortam olarak tanımlarken³¹¹; GÜNDAY, bozulduğunda kamu yararını olumsuz yönde etkileyen ve bozulmasının önlenmesi ile de kamu yararını

³⁰⁸ Yayla, 2009, s.36.

³⁰⁹ Polisin esas görevi suçla savaştan çok kamu düzenini sağlamak olduğu iddia edildiğinde, kamu düzeniyle ilgili görevlerinin uygulanması sırasında polislerin yaptıkları tercihler devlet-toplum ilişkisini derinden etkiler. Bu durumda da kamu düzeni kavramının siyasallaştırılması ve /veya kriminalize edilmesi sorunu gündeme gelir. Bkz. Ergut, 2004, s.231. Çalışmamız açısından böyle bir sorunun tartışılması mümkün olmamakla birlikte, kolluk faaliyetleri yerine getirilirken kamu düzenini korumak ve temel hak ve özgürlükleri ihlal etmemek arasında bir tercih yapılması söz konusu olduğunda, polisin birincisini ikincisine tercih ettiği söylenebilir.

³¹⁰ Kamu düzeni kavramı için (Fr., ordre public; Alm., öffentliche Ordnung; İng., law and order)

Kamu düzeni çeşitli kanunlarda da, “umumi emniyet ve asayiş”; “içtimai ve umumi intizam”, “asayiş”, “amme emniyeti”, “halkın ırz, can ve malını muhafaza”, “ammenin istirahatini temin”, “milletin sıhhati”, “beldenin ve belde halkının sıhhat, selamet ve intizamı” gibi terimlere yer verilmektedir. Bkz. Yayla, 2009, s.38.

³¹¹ Tan, 2013, s.390.

gerçekleştiren bir düzen³¹² olarak tanımlamıştır. KIRATLI ise devletin sağlamak ve korumakla görevli olduğu düzen ve güven için "emniyet ve asayiş" ve benzer deyimler kullanıldığı gibi, kanunlarda ve hukuk literatüründe daha kapsamlı olarak "kamu düzeni"³¹³ deyiminin yaygın olduğunu ifade ederek aslında kamu düzeni kavramının ilk kurucu unsurunu da belirtmiş olur; kamunun güveninin sağlanması.³¹⁴

Anayasa Mahkemesi kamu düzeninin tanımına yer verdiği kararında "genel sükûn ve düzen" deyiminin "kamu düzeni" ile eş anlamlı olduğunu ifade ederek kamu düzeninin, toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilâtının korunmasını amaç alan herşeyi ifade ettiğini, başka bir deyimle toplumun her alandaki düzeninin temelini oluşturan kuralları kapsadığını belirtmiştir.³¹⁵Anayasa Mahkemesi daha sonra verdiği bir başka kararında ise, "amme emniyeti" (kamu güvenliği) "amme intizamı" (kamu düzeni) ve "mülahaza" gibi deyimler ve sözcüklerin, kesinlik taşımayan, yoruma muhtaç, kişilerin bakış açısına göre değişiklik gösteren sözcüklerden ibaret olmadığını ifade etmiştir. Hatta tersine bu kavramların anlamları uygulamalarla belirlenmiş, hukuk ve Anayasa diline girmiş kavramlardan olduğunu belirtmiştir.³¹⁶Bu gerekçeden hareketle Anayasa Mahkemesi, hukuk diline ve kanunlara girmiş ve üstelik bir kısmı Anayasa'da yer almış bu terimlerin anlamlarının yoruma muhtaç olduğundan ve kişilere göre değişebileceğinden söz edilemeyeceğini

³¹² Günday, 2011, s.290.

³¹³ (Fr., ordre public; Alm., öffentliche Ordnung; İng., law and order)

³¹⁴ Kıratlı, 1973, s. 28.

³¹⁵ AYM, E.1963/128, K.1964/8, K.T. , R.G.Tarih-Sayı: 16.5.1977-15939; AYM, E.1976/27, K.1976/51 , K. T.18, 22/11/1976,

³¹⁶ Mahkeme burada, örnek olarak, Anayasa'nın değişik 11., 16., değişik 19., 28., değişik 29., ve değişik 46. maddelerinde, "milli güvenlik" "kamu düzeni", ve değişik 15. maddesinde "kanunla yetkili kılınan merci" deyimlerinin kulanıldığı ifade etmiştir.

belirtmiştir.³¹⁷ Böylece Anayasa Mahkemesi, doktrindeki görüşün aksine kamu düzeni kavramının belirsiz olmadığını iddia etmiştir diyebiliriz.

Temsilciler Meclisinde yapılan görüşmede ise aksine, kavramın nitelenmeye muhtaç olduğu ifade olunmuş ve buna dayanarak kavramın içeriği için şu açıklama getirilmiştir.³¹⁸

“Yerli ve yabancı bir çok hukuk eserlerinde, çeşitli alanlardaki kişi haklarını sınırlayan bu terim sık sık görülmekte, fakat tarifine pek az rastlanmaktadır...yapılmış olan tariflerin incelenmesi sonucunda (kamu düzeni) deyiminin; toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilâtının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır.”

Yukarda yapılan açıklamalar ve kamu düzeni terimini kanunda karşılayan kavramlar birlikte değerlendirildiğinde karşımıza klasik kamu düzeni anlayışının üç unsuru çıkmaktadır; toplumun güvenliği, sağlığı ile toplumun dirlik ve esenliği.

Klasik (geleneksel) kamu düzeni anlayışına göre, kamu düzeninin “kamu güvenliği”, “kamu huzuru” ve “kamu sağlığı” olmak üzere üç temel ögesi mevcut olup, bunlar öğretilerde güvenlik, (dirlik) ve esenlik ile (genel) sağlık şeklinde de geçer.³¹⁹

Maurice Haurio tarafından savunulan ve Fransa’da 1900’lerin ilk yarısından itibaren mahkemeler tarafından kabul edilen bu “klasik kamu düzeni anlayışı”, kamu

³¹⁷ AYM, E.1973/12, K. 1973/24, K.T. 7/6/1973, R.G.Tarih-Sayı: 9.11.1973-14707.

³¹⁸ Temsilciler Meclisi Tutanak dergisi Cilt: 3 sahife : 71 ve 73

³¹⁹ Tan, 2013, s.390; Günday, 2011, s.292; Duran, 1982, s.255; Kıratlı, 1973, s. 32. Bununla beraber idari kolluğun görevlerinin gittikçe genişlediğini belirterek kamu düzeni kavramının esenlik, güvenlik ve sağlık gibi klasik unsurların dışına taşıdığını vurgular.

düzenini, “maddi ve dış düzen” olarak tanımlar ve kamu düzeni ahlak düzenine karşılık gelmediği için, polisin ahlaki koruma amacı olmayıp, ahlaki düzensizliklerin de kolluğu ilgilendirmedini belirtir. Kamu düzeni, nesnel ve dış düzenden ibaret olup, ahlaki düzen ile çakışmaz. Kamu düzeni ve ahlak düzeni farklı anlamlara gelir.³²⁰

ONAR, KIRATLI ve ÖZAY kamu düzeninin klasik anlayışını kabul etmekle birlikte her ikisi de “genel ahlakı”, kamu düzeninin dirlik ve esenlik unsuru içerisinde değerlendirerek, maddi düzene yansımayan ve bu düzeni bozmayan ahlaki nitelikteki davranışların ve karışıklıkların polisin görev alanı dışında kaldığını belirtirler. Öte yandan doktrinde genel ahlak kamu düzeninin bir unsuru mudur sorusuna katkı sağlayacak farklı bir tutum daha vardır. Klasik kamu düzeni anlayışında genel ahlakın varlığı tartışmasına geçmeden önce bir parantez açarak bu tutumu belirtmekte fayda vardır. Buna görüşe göre, kamu düzeni maddi düzen olmakla birlikte, “genel ahlak” güvenlik, dirlik ve esenlik, sağlık yanında dördüncü bir unsur olarak bağımsız şekilde kabul edilmektedir.³²¹

Kamu düzeni kuralları, bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde hukuk ve ahlak kaidelerine uygunluğunu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümü³²² olarak nitelenerek, kamu düzeni kurallarının hukuk kurallarının yanında, ahlak kurallarını da gerçekleştirmeye yaradığı ifade edilebilir. Buna paralel bir yaklaşım olarak, ATAY da kamu düzenini, “*bir toplumun, belirli bir zaman dilimi içerisinde, siyasi, sosyal,*

³²⁰ Gözler, s.367,

³²¹ Atay, 2012, s. 621; İsmet Giritli ve diğerleri, 2011, s.988; Akyılmaz ve diğerleri, 2012, s.513.

³²² Özge Okay Okay Tekinsoy, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 113.

*ekonomik, ahlaki ve hukuki açılardan temel yapısını belirleyen ve temel çıkarlarını koruyan kurum ve kuralların bütünüdür.*³²³ şeklinde tanımlamıştır. ATAY kamu düzeni kurallarını, hukuki yönden başka, ahlaki yönden de toplumun temel yapısını belirleyen kurallar olarak görmüştür. Nitekim kamu düzenin unsurlarını klasik anlayıştan farklı olarak güvenlik, dirlik ve esenlik, sağlık ve genel ahlak olmak üzere dört farklı başlık altında incelemiştir. Bununla birlikte ATAY, konu genel ahlakın korunmasına gelince temkinli davranmak gerektiğini belirtmiştir. Buna göre genel ahlak, kamu düzeninin üç ana unsuru yanında ayrı bir dördüncü unsur sayılacak kadar önemli kabul edilse de, genel ahlakın korunması ancak dış dünyada gerçekleşen, yani maddi düzene yansıyan olaylar açısından idari kolluğun yetkisine girebilecektir.

Klasik kamu düzeni anlayışı içerisinde “genel ahlak”ı dirlik ve esenlik unsurunun bir parçası olarak kabul eden görüşe dönecek olursak; kolluğun korumakla yükümlü olduğu dirlik ve esenlik, toplum yaşantısının normal ve katlanabilir durumda olması demek olup, bu esenlik maddi esenliktir. Anayasa’da da belirtilmiş olduğu gibi insan haklarına saygılı bir hukuk devletinin doğal sonucu olarak düşünce ve vicdan hürriyeti, manevi ve ahlaki esenlik, polisin görev alanı dışında kalması gereken konulardır.³²⁴

1934 tarih ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu madde 1’de polisin görev alanı, *“asayiş, kamu, şahıs, tasarruf emniyeti ve kamunun huzurunu sağlar”* şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıca vicdan, düşünce, bilim ve sanat özgürlüklerini sıkı şekilde güvence altına alan ve bunların sınırlandırılmasında kanun koyucunun bile

³²³ Atay, 2012, s.616.

³²⁴ Kıratlı, 1973, s. 33.

yetkilerini belirleyen Anayasa'nın 19., 20. ve 21. madde hükümlerinin anlamı da göstermektedir ki³²⁵; polisin yetki ve görev alanı maddi esenlik ve düzendir.³²⁶

ONAR ise kamu düzenine, polis faaliyetlerinin üç amacından biri olarak "sükun" u açıklarken değinir ve sükun kavramına karşılık olarak "amme intizamı" tabiri de kullanılmakta olduğunu belirterek, kamu düzenini " *...ammeye taalluk eden ve gayrı muayyen menfaatlere müstenit bulunan nizam*" olarak nitelendirir.³²⁷ Buna göre, manevi ve ahlaki düzen, polis fonksiyon ve yetkisinin tamamen dışında kaldığı gibi, polis toplumun manevi düzeni ile meşgul olmayıp yalnızca maddi karışıklıklara engel olmakla sorumludur. Zira, demokratik bir devlette, devletin bireylerin düşünce ve davranışlarını ahlak kurallarına göre denetlemesi ve bu amaçla bireylerin inanç, anlayış ve duygularına müdahale etmesi düşünülemez. ONAR bu anlamda, kişilerin

³²⁵Kıratlı'nın , Anayasa'nın ve PVSK'nın ilgili hükümlerine yaptığı atıftan sonra, akıllara şu soru gelebilir, kitabın yayım tarihi olan 1973'de, Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan hükümlerine ciddi sınırlandırmalar getirilmiş ve temel hak ve özgürlüklerin korunması rejimi 1961 Anayasası'nın ilk haline nazaran hayli daraltılmış, deyim yerinde ise kırılmıştır. Ayrıca yine 1973 tarihinde halen yürürlükte olan 2559 sayılı PVSK'da, "genel ahlakın" korunmasına yönelik olan hükümler bugün olduğu gibi o zamanda vardılar. O halde Kıratlı neden polisin esas olarak güvenlik ve maddi esenlik ile huzuru sağlama görevine dikkat çekerek, manevi ve ahlaki alanın polisin müdahale alanı dışında olduğunu vurgulamış ve 1971 değişikliğinden sonra dahi Anayasa'nın ilgili özgürlükleri sıkı güvenceye aldığını belirtmiştir sorusunun cevabı bizim için değerlidir. Zira "ahlak" bir sınırlandırma nedeni olarak PVSK'da her ne kadar düzenlenmiş olsa da, polisin asli görevi maddi düzeni sağlamak ve korumaktır. Bu manevi düzen ise ancak maddi düzeni sarstığı ölçüde ve gerektiği oranda polisin müdahalesine konu olabilir.

³²⁶ Kıratlı, 1973, s. 33.

³²⁷ Onar, 1966, s. 1479. Esasen ONAR, polisin faaliyetlerinin sınırlarını açıklarken yer verdiği düşünürlerin tanımlarında esas olarak polis faaliyetinin odak noktasında "amme intizamı"nın yer aldığı görülür.

Örnek olarak, HAURİO, idari zabıtaı, tanzim ve cebir salahiyetlerini kullanarak amme intizamını temin; Rosin, ferdin tabii hareket hürriyetine umumi menfaat namına konulan tahditlerin heyeti mecmuası; Laferriere, cemiyette çıkabilecek karışıklıkları münasip bir tanzim salahiyetiyle önlemek ve nizamları ihlal edenleri de cebirle tenkit ederek amme intizamını temin etmek olarak tanımladığına dikkat çeker. Bonnard ise polisi konu değil sebep ve amaç unsurları yönünden dikkate alarak tarif ettiğini ve zabitanın amme intizamı bozulduğu veya bozulmak tehlikesinde olduğu takdirde amme emniyet, huzur ve sağlığını temin için, umumi veya ferdi olarak alınan ve fertlerin hakarını ve hürriyetlerini tahdit eden tedbirler ve bunun için ifa edilen faaliyetler olarak tanımladığını ifade eder. ONAR polisin faaliyet alanında amme intizamını merkez alan bu görüşlere ek olarak polisin kamu düzenini sağlamak görevinden başka amme hizmetlerinin muntazam ifasını temin için de kullanıldığına dikkat çeker.

manevi alanı ve özel yaşantısına yapılacak olan müdahalenin zulüm ve işkenceden başka bir sonuç vermeyeceğini ifade eder.³²⁸

Bununla birlikte kolluk kuvvetlerinin bu alana hiçbir şekilde müdahale edemeyeceğini ya da ne gerekçe ile olursa olsun devletin zor kullanma gücünün bu alanlarda hiçbir zaman ortaya çıkmayacağını söylemek doğru değildir. Zira ahlak, vicdan ve kanaat önce bireyin iç dünyasında doğar; çoğunlukla birtakım hareketlerle kamuda yer alır ve bir zaman sonra başka bireylerin de katkısı ya da tepkisi ile bir düzen ve hatta birtakım kurallar bütünü haline gelir.

İşte bu ahlaka ilişkin kurallar, kamu düzeninin içinde kendisine özgü bir yer edinir. Daha doğrusu kamu düzeninin içinde yer alırken, bir yandan da bu kamu düzenini etkileyerek kendine özgü bir yer edinir. Böylelikle ahlak kuralları bireyler tarafından bilinçli olarak veya olmayarak, toplumun gündelik hayatını etkileyen, oluşturan bir parçası haline getirilir. Kamu düzeni üzerindeki ahlak kurallarının etkisi ise zaman zaman olumsuz bir hal de alabilir ve hatta çoğunluğun ahlak kuralları, azınlık üzerinde bir baskı aracı olarak dahi kullanılabilir. Yahut tam karşıtı olarak, bireylerin birarada hoşgörü ve huzurun hakim olduğu, ortak değerlerin paylaşıldığı bir ortam yaratılmasına yardımcı da olabilir. İşte toplumun bu manevi ve ahlaki boyuttaki düzenine devlet müdahalesinin ne zaman ve hangi şekilde tayin edileceği büyük bir sorundur. Bu sınırı tayin ederken, daha önce klasik kamu düzeni anlayışına bağlı kalarak, devletin ahlaki ve manevi alandan uzak durması gerektiğini ifade eden ONAR, bu alana müdahale edilmesi için, ahlak(morale) ile ahlakilik(moralite) arasında bir

³²⁸ Duran, 1982,s.250.

ayrım yaparak, genel ahlak sebebiyle polisin müdahale etme yetkisinin sınırlarını belirler. Şöyle ki, ahlak bireyin manevi hayatına karşılık gelirken, ahlakilik genelin belirli bir zamanda kabul ettiği hareket kurallarıdır. Devlet de ahlaka müdahale etmediği gibi, onu müdafaa da edemez ancak belli bir zamanda sosyal dengenin³²⁹bu kurallara dayandığını dikkate alarak bunlara riayet edilmesini isteyebilir. Ahlakiliğin zaman ve mekan şartlarına tabi, nisbi ve izafi bir keyfiyet, içsel bir olay olduğu halde, ahlakın şahsi olduğunu belirterek, sırf şahsi olan ahlakın polis fonksiyonunun tamamen dışında kaldığını belirtir.³³⁰ KIRATLI, polisin manevi ve ahlaki alandaki hangi eylem ve faaliyetlere müdahale etme yetkisi olduğunu belirlerken ahlak ve ahlakilik arasında böyle bir ayrım yapmamakla birlikte, polisin manevi ve ahlaki alana müdahale etme yetkisinin, bu alandaki faaliyetlerin maddi düzen ve esenliğe yansiyıp, toplumda karışıklık yarattığı zaman mümkün olabileceğini belirterek, ilerde detaylı olarak inceleneceği üzere, örneğin müstehcen film ya da fotoğraflar, yada bir kimsenin müstehcen nitelikteki sokakta veya diğer genel yerlerdeki hareketleri sebebiyle; kamu düzeninde meydana gelen ya da gelmesi kuvvetle muhtemel olan karışıklık ile bu davranış arasında sıkı bir illiyet bağı varsa ancak o halde “kamu düzenini bozacağı” gerekçesi ile polisin müdahale etme yetkisinin doğacağını belirtmiştir.³³¹ O halde müdahale alanının başladığı yer müstehcen davranışların kamu düzenine sirayet edip bir karışıklığın nedeni olmaya başladığı noktadır denilebilir. Nitekim ilerde detaylı olarak görüleceği üzere PVSK’nın 8., 11. ve Ek

³²⁹ Burada sosyal denge ile kastedilenin, ilerde anlatılacağı üzere, yerel şartlar ve o zaman diliminde hakim olan değerler olduğu söylenebilir.

³³⁰ Onar, 1966, s. 1482.

³³¹ Kıratlı, 1973, s. 33.

madde 1 de birer sınırlama sebebi sayılan “ genel ahlak”ın sınırlama niteği de bu çerçevede değerlendirilmelidir.

Ahlaki tutum ve davranışların, ne zaman polisin müdahale yetki alanına gireceği hususunda doktrindeki görüş yukarda anlatıldığı üzere, genel olarak, bu tutum ve davranışların kamu düzenini bozacak şekilde dış dünyaya yansması ile mümkün olacağı şeklindedir. Nitekim TAN da, kolluk faaliyeti ile korunmaya çalışılan düzenin maddi düzen oluşuna dikkat çekerek, düşünce ve ahlak alanının ancak maddi anlamda kamu düzenini eylem ve gösterilere dönüştüğü ölçüde kolluk faaliyetinin konusuna girdiğini ve aslında böyle durumlarda dahi idari kolluk yetkisinin konusu olanın düşünce ve inanç olmayıp yerine göre güvenliği, dirliğin ve sağlığın korunması olduğunu belirtmektedir. GÜNDAY da, benzer şekilde kamu düzeni ile kastedilenin toplumun dış ve maddi düzeni olduğunu, bununla yollar, parklar gibi umumi yerlerde ve gazino, kahvehane, sinema gibi umuma açık yerlerde, bireyin güven içinde dirlik ve esenlik ile ve de sağlıklı yaşaması anlamına geldiğini ifade ederek, bireylerin özel çıkarlarına ve anlayışlarına dayalı düzenin kamu düzeni ile bir ilgisini olmadığını belirtmiştir. Bu bağlamda, kişilerin kendi ahlak anlayışlarına göre giriştikleri eylem ve davranışlar da, kamuya ilişkin olmadığından ve bunların bireysel çıkarlara yönelik olduğundan bahisle idari kolluğun bu alanlara müdahale etmesi mümkün olmadığını ifade eden GÜNDAY, ancak totaliter rejimlerde, idari kolluğun kişilerin konutlarında, iç yaşantılarında ve kendi ahlak anlayışlarında oluşturdukları düzene ya da onların kendi ahlak anlayışlarının ifadesi olan eylem ve davranışlara müdahale edebileceğini

belirtmiştir.³³² Bununla beraber PVSK'nın 8/d ve 11/1 hükümlerinde geçen "genel ahlak" sebebiyle yapılan müdahalelerin ve bireylerin ahlak anlayışının dışa yansması niteliğindeki bazı eylem ve davranışların, idari kolluk faaliyetlerine konu yapılması, ancak bu eylem ve davranışlar, toplumun dış ve maddi düzeninde derhal ve yakın bir zamanda karışıklık meydana getirebilecek nitelikte iseler mümkün olup, bu şekilde açık ve yakın bir tehlike mevcut değil ise bireylerin ahlak anlayışlarının dışa yansımaya biçimi olan bu gibi eylem ve davranışlara idari kolluğun müdahale etmesi durumunda yetki aşımı meydana gelecektir.³³³

Manevi ve ahlaki nitelikteki davranışın, polisin yetki alanı içinde sayılması için, bu tutum ve davranışların ancak kamu düzenine yansması ve bu yansımaya neticesinde de kamu düzeninin bozulmuş olması şartının doktrinde genel olarak kabul edildiğini gördük. Bununla birlikte müdahalenin mümkün olabilmesi için bu şartlara ek olarak, KIRATLI kişinin manevi dünyasına ait tutum ve davranış ile düzenin bozulması arasında sıkı bir illiyet bağının varlığını kollarken, GÜNDAY bu tutum ve davranışların, kamu düzeninin bozulması için açık ve yakın tehlike oluşturması vurgusunu yapmıştır. Kanaatimizce, üzerinde önemle vurgu yapılan noktaların tamamı ayrı ayrı önemli olup, polisin, şahsın ahlaki ve manevi dünyasına ait olan tutum ve davranışlarına müdahale edebilmesi için, bu tutum ve davranışların maddi düzene sirayet etmesi, bu sirayet sonucunda mevcut düzenin bozulmasına yönelik açık ve yakın bir tehlike olması ve bir karışıklık ya da bozulma meydana geldiğinde ise bu netice ile ahlaki tutum ve davranış arasında sıkı bir illiyet bağının bulunması gereklidir. Ayrıca

³³² Günday, 2011, s.291.

³³³ Günday, a.g.e., s.291.

konunun kritik olan bir başka noktası daha vardır, o da kamu düzenini bozan bu ahlaki tutum ve davranışın ne zaman “genel ahlaka” aykırı nitelikte olduğunu, toplum için ahlaksız olarak kabul edilmesinin, toplumun ar ve haya duygusunu zedeleyecek, müstehcenliğe varan, zararlı mahiyetinin nasıl tespit edileceğinin teşkil ettiği belirsizlik de devam etmektedir.

Örneğin müstehcenlik ile bilim ve sanat değeri taşımak arasındaki sınır oldukça hassas olup, genel ahlak anlayışının kolluk memurlarının takdirine bırakmanın neticeleri ağır olabilir. ³³⁴ Ülkenin bir şehrinde bir bakan tarafından müstehcen olarak nitelendirilen bir heykel, başka bir şehrinde başka bir bakan tarafından sanat eseri olarak görülebilir. Bu anlamlandırma ve değerlendirme farklılıkları yalnızca siyaset, bürokrasi ve polis görevlilerine has bir durum olmayıp, yargının da birbirinden farklı değerlendirmeleri söz konusu olabilmektedir. Zira devletin ayıp ve ahlaksız olduğunu söylediği herhangi bir davranış, tutum, düşünce veya eserin; zor kullanma gücü ve hatta şiddet ile karşılaşması polis yetkilileri aracılığıyla olmaktadır. Bu yüzden çalışmanın devamında polis faaliyetinin içerisinde “genel ahlak” sebebiyle yapılan müdahaleler ayrıntılı olarak incelenecektir

Yukarda klasik (geleneksel) kamu düzeni anlayışını ve bu anlayışa göre kamu düzeninin üç unsurundan biri olarak dirlik ve esenlik öğesinin içinde “genel ahlak”ın varlığını değerlendirmiş olduk. Kamu düzeninin öğelerini belirlerken bu kavramın, toplumların gelişen refah düzeyi ve yaşam standartları ile genişleyen bir içeriği olduğunu belirten görüş ise “modern kamu düzeni” anlayışına aittir.

³³⁴ Kıratlı, 1973, s. 34.

Modern kamu düzeni anlayışına göre kamu düzeni; güvenlik, dirlik ve esenlik ve genel sağlıktan başka, “genel ahlak”, “kamusal estetik”, insan onuru” ve “bireylerin kendi kendilerine karşı korunmaları”nı da içerir.Modern kamu düzeni anlayışı, “genel ahlak” kavramının kamu düzeninin bir unsuru olduğunu kesin olarak reddetmeyerek, bazı durumlarda genel ahlakı da kamu düzeninin bir unsuru olarak kabul edilmiştir. HAURIO, genel ahlakı kamu düzeninin bir unsuru olarak kabul etmeyerek,kamu düzeni kavramı ile ilgili olarak, Fransız Hukuku’nda materyalist ekolü başlatmıştır.³³⁵ Bu ekoldeki yazarlar genel ahlakı tek başına değil fakat maddi düzensizliklere yol açtığında kamu düzenine konu olabileceklerini belirtmişlerdir.

Örneğin, 1909 yılında Conseil d’Etat, Paris valiliğinin içkili yerlere fuhuş yapmak için gelen kızların alınmasını yasakladığı bir kararına karşı açılan davayı reddederek, valiliğin iyi düzeni koruma yetkisi içinde kaldığını ifade etmiştir.³³⁶ 1924 yılında boks dövüşlerini yasaklayan bir belediye kararını, bu faaliyetin ahlaki olmaması sebebiyle hukuka uygun bulmuş³³⁷ ayrıca çeşitli kararlarında belediyenin, halka açık yerlerde uygunsuz davranışları önleme ve gezici gösterileri genel ahlaka uygunluk çerçevesinde düzenleme gibi yetkileri de olduğunu kabul etmiştir. 1959 yılında verdiği *Les films Lutetia* adlı kararında ise, yetkili Bakanlık tarafından gösterimine izin verilen film “yerel şartlar” yönünden ve ahlaka aykırı nitelgi sebebiyle beldede ciddi karışıklık çıkarması ya da bu tehlikenin varlığı gerekçesiyle belediye tarafından yasaklanabileceğini belirtmiştir. Bu karardan sonra alınan ve bir filmin gösterimini

³³⁵ Haurio’dan aktaran, Okay Tekinsoy, 2011, s. 108.

³³⁶ CE. 17 decembre 1909, Chambre syndical de la corporation marchande des vins et des liquoristes de Paris, Rec. S.990’dan aktaran Okay Tekinsoy,2011, s. 109.

³³⁷ CE. 07 novembre 1924, Club independant sportif chalonnais, Conclusions Cohen-Salvador, D.1924, s. 58den atıfta bulunan CHAPUS s.708’den aktaran Okay Tekinsoy, 2011, s. 110.

hiçbir “yerel şart” gerektirmediği halde, sadece ahlaksız olduğu gerekçesiyle yasaklayan kolluk işlemlerini ise iptal etmiştir.³³⁸ Belediye başkanlarının yerel koşulların gerektirdiği durumlarda belde sınırları içinde ahlaka aykırı reklam kağıtlarının dağıtmasının yasaklanmasını da Conseil d’Etat yine kabul etmiş bulunmaktadır.³³⁹

Modern kamu düzeni anlayışı “genel ahlakı” kamu düzeninin tıpkı güvenlik ve sağlık gibi bir bağımsız parçası olarak kabul ederken, klasik kamu düzeni anlayışı içerisinde “genel ahlak” dirlik ve esenlik başlığı altında değerlendirilir ve kamu düzenin bir parçası olmadığı ama eğer manevi ve ahlaki tutum ve davranışlar, bu kamu düzenine yansır ve diğer şartları da taşırsa polisin müdahale yetkisine açık olduğunu gördük.

Bununla birlikte ATAY; her ne kadar demokratik uygar toplumlarda devlet, bireyin düşünce ve kanaat, felsefi ve dini inancına karışmaktan mümkün olduğu kadar kaçınmalı ise de, toplumda yerleşmiş ortak değerlerin varlığının yadsınamayacağını ifade etmiştir. Buna göre, devlet bu ortak değerlerin korunmasını gerçekleştiremezse bireylerin birarada barış içinde yaşaması da riske girecektir. ATAY bu yüzden belli yer ve zamanda toplumu oluşturanların çoğunluğunun paylaştığı ve herkesin bu tür kurallara uyması gerektiği kanaatinde olduğu kuralların çiğnenmesine müsaade edilmemesi gerektiğini belirtir.³⁴⁰ Ancak “genel ahlak” kavramının hassasiyeti karşısında temel hak ve özgürlükleri sınırlamada bu kavramın bir tür baskı aracı

³³⁸ Okay Tekinsoy, 2011, s.110.

³³⁹ CE. 16, Ekim 1996, Commune de Taverny c. Societe Comereg Ile-de-France, RDCE, 1996, s. 1057(Nakleden: Long et al., op., ci., s.557)’den aktaran Gözler, s. 474

³⁴⁰Atay, 2012, s.621.

olarak kullanılmaması için gerekli önlemlerin alınması gerekmektedir. Bu anlamda da idari kolluğun yetkisinin ancak dış dünyaya yansıyan olaylar açısından mevcut olmalıdır. Kişinin tek başına gayri ahlaki davranışı ise tek başına kamu düzenini bozucu nitelik teşkil etmemektedir.³⁴¹

VI. “GENEL AHLAK”A AYKIRILIĞIN KOLLUK EYLEM VE İŞLEMLERİ VE KOLLUK USULLERİ VASITASIYLA DÜZENLENİŞİ

A.Kolluk Eylem ve İşlemleri

Kolluk faaliyeti, kurallar konulmasını ve bu kuralların uygulanmasını içermekte olup, kurallar kanunla konulur ve bu kanunun çizdiği hukuki çerçeveyi aşmamak kaydıyla birtakım ayrıntılı kurallar da idari işlemlerle getirilir. Bunlar düzenleyici yani kural koyucu faaliyetler olup, kanunlardaki görevlendirmeye göre Bakanlar Kurulu, ilgili bakanlıkla, valiler ve mahalli idareler (il özel idaresi, belediye, köyler ve bazı kamu kurumları) düzenleyici işlemler gerçekleştirirler.³⁴² Kolluk alanında ise düzenleyici işlemlere çok sayıda rastlanır zira, kanun koyucu bireylerin kamu düzenini tehdit edece ya da tehlikeye düşürecek tutum ve davranışlarını önceden tüm ayrıntıları ile düzenlemesi mümkün olmayıp, sadece esasları ve ilkeleri belirtmekle yetinecek,

³⁴¹ Fransız Danıştay’ının 1997 tarihli kararı:

“ 8 Aralık 1997 tarihli *Cne Arcueil* Kararında, kırmızı anons (messagereies roses) olarak kabul edebileceğimiz ülkemizdeki 900 lü hatlar benzer içeriği haiz reklam ve afişlerinin tamamının –mahalli özel şartların bulunmadığı durumlarda- yasaklanmasını hukuka aykırı bulmuştur. Ancak bu tür bir etkinliğin kamu düzenini oluşturan unsurlar-örneğin insan onurunun korunması-üzerindeki yansımalarının bulunduğu durumlarda idari kolluk önlemler alabilir. Aynı şekilde “cinsel hürriyet (liberte sexuelle) hiçbir şekilde idari kolluğun düzenleme konusu edilemez ancak bunun kötüye kullanılması adli polis tarafından takip edilir ve ceza yargısında cezalandırılır.” Atay, 2012, s. 622.

³⁴² Yaya, 2009, s.54.

gerekli ayrıntıları ise kolluk makamlarının yapacağı düzenleyici işlemler vasıtasıyla düzenlenecektir.³⁴³

1.Düzenleyici Kolluk İşlemleri

Düzenleyici kolluk işlemleri, kamu düzenini sağlamaya ve korumaya yönelik genel ve kişilik dışı tek yanlı idari işlemler olarak tanımlanabilir.³⁴⁴ Bu işlemler vasıtasıyla bireyler, kolluk makamlarının iradesinden haberdar olmak suretiyle, davranışlarını ona göre ayarlayabilirler, bu gereklilik bir anlamda da düzenli idare ilkesinin bir sonucudur.³⁴⁵ Kamu düzeninin hangi şekilde ne şartlarla bozulacağını ve bunun ne tür müeyyide ile karşılaşacağını bilme imkanına sahip olurlar.

Düzenleyici kolluk işlemleri idarenin diğer tüm işlemlerinde olduğu gibi yasaya dayanmak zorundadır. Yasa açıkça yetkilendirmedikçe, kolluk herhangi bir faaliyeti ya da hakkın kullanılmasını önceden izin usulüne tabi tutamaz ya da önceden haber verme yükümlülüğü getiremez.³⁴⁶ İdare düzenleyici işlemleri vasıtasıyla çeşitli temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını izne bağlayabilir, gerektiğinde yasaklayabilir ya da bildirim şartı koşabilir. Bireyler bu emirlere uymadığı takdirde, kolluk işlemleri önleyici ve koruyucu olduğu için herhangi bir zarar doğurmamış olsa da bir kolluk suçu teşkil eder ve belirli müeyyidelerle karşılaşır.Burada kamu düzenine aykırı hareketlerin her

³⁴³ Günday, 2011, s.304.

³⁴⁴ Gözler, 2009, s.555.

³⁴⁵ Akyılmaz ve diğerleri, 2012, s.523.

³⁴⁶ Kıratlı, 1973, s. 37.

zaman potansiyel bir tehlike taşıdığı hesaba katılarak, bunların zarar doğurmasa bile müeyyideye tabi tutulmaları söz konusu olur.³⁴⁷

Düzenleyici işlemleri sadece kolluk makamları yapabilmekte olup, kolluk amirinin ya da kolluk personelinin böyle bir görevi yoktur. Bu düzenleyici işlemler Bakanlar Kurulunun çıkardığı tüzük, İçişleri Bakanı yönetmelik, tebliğ ve genelgeleri, valiler de genel emirler çıkarması suretiyle bu yetkilerini kullanabilmektedirler.³⁴⁸ Düzenleyici kolluk işlemleri, bu işlemleri gerçekleştiren kolluk makamlarına göre farklı isimler alabilmektedirler.³⁴⁹

İdari kolluğun düzenleyici işlemleri vasıtasıyla “genel ahlak”a ilişkin düzenlemeler konusunda dikkat edilecek ilk husus, kanunla kısıtlanmayan bir hak ve özgürlük, idarenin düzenleyici işlemleri vasıtasıyla kısıtlanamaz. Öncelikle kanundan doğan bir yetkinin varlığı şarttır.

Anayasa’nın 115. maddesine göre Bakanlar Kurulu, kanunların uygulanmasını göstermek veya kanunların emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay’ın incelemesinden geçirilmek şartıyla tüzükler çıkarabilir. Tüzükler, Cumhurbaşkanı’nca imzalanır ve kanunlar gibi yayımlanır. Tüzük çıkarma yetkisi Bakanlar Kuruluna aittir. Bakanlıkların ve kamu tüzel kişilerinin tüzük çıkarma yetkisi yoktur. Bakanlar Kurulu bu yetkisini hazırlanan tüzük tasarılarını Danıştay’ın incelemesinden geçirmek suretiyle kullanabilir. Dolayısıyla gerçekte tüzük çıkarma

³⁴⁷ Akyılmaz ve diğerleri, 2012, s.524.

³⁴⁸ Tan, 2013, s.403.

³⁴⁹ Kemal Gözler, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2007,s.578.

yetkisi Bakanlar Kurulu ile Danıştay arasında paylaştırılmıştır.³⁵⁰ Bakanlar Kurulu, merkezi idare teşkilatı içinde, ülke düzeyinde en yüksek idari kolluk makamı olup, gerek düzenleyici, gerekse bireysel kolluk işlemleri yapabilir, bu anlamda tüzük ve yönetmelik çıkarabilir.³⁵¹

Bakanlar Kurulu bir kolluk makamı olarak kolluğa ilişkin çok sayıda tüzük ve yönetmelik çıkarmıştır. Bakanlar Kurulunun bu düzenleyici kolluk işlemleri arasında “genel ahlak”ı ilgilendiren Genel Kadınlar Ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü³⁵², 1953 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu gereğince çıkarılmıştır.³⁵³ Bakanlar Kurulu bu Tüzükte “Zührevi Hastalıklar ve Fuhuşla Mücadele Komisyonları” ile “Zührevi Hastalıklar ve Fuhuşla Mücadele Komisyonlarına Yardım Kurulları”nın kuruluş şartlarını ve görevlerini; genel kadınların, genel evlerin, birleşme yerlerinin, tek başına fuhuş yapılan evlerin tariflerini; genel kadınların tespit, tescil, muayene ve tedavi işlemlerine ilişkin usul ve esasları; genelevlerin açılma şartlarını ve sorumluluklarını; zührevi muayene evi ile hastanelere ilişkin usul ve esasları göstermiştir. Ayrıca Zührevî Hastalıklar ve Fuhuşla Mücadele komisyonlarına, “...*namuslu kimseleri fuhşa ve ahlaksızlığa tahrik ve teşvik edenleri tesbit etmek*” ve resmi teşebbüste bulunmak görevi düzenlenmiştir. Böylece, *namuslu kimse*, fuhşa teşvik edilerek namussuz bir hayata geçtiği ve bunun da ahlaksızlık olduğu ifade edilmiştir.

³⁵⁰ Günday, 2011, s. 111.

³⁵¹ Gözler, 2009, s.507.(Bakanlar Kurulu sadece bir kolluk makamı olup, kolluk amiri değildir. Bu yüzden de kolluk teşkilatı içinde hiyerarşi yetkisine sahip değildir. Bu yetkiye bu kurulun bir üyesi olan İçişleri Bakanı sahiptir.)

³⁵² Yürürlüğe Koyan Bakanlar Kurulu Kararnamesi: No.5/984 - 30 Mart 1961, Resmi Gazete ile neşir ve ilânı: 19 Nisan 1961 - Sayı: 10786, 4.t. Düstur, c.1 - s.2444

³⁵³ Tüzüğün adı (Fuhuşla ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü) iken 31 Ocak 1973 tarih ve 7/5876 sayılı kararname ile yürürlüğe konulan Tüzükle, bu şekilde değiştirilmiştir.

1938 tarihli Polis Vazife Ve Salahiyet Nizamnamesi 9. maddesine göre, “Ahlaka ve umumi terbiyeye uygun olmayan veya devletin emniyet ve siyasetine mazarratı dokunacak oyun oynatılan veya temsil verilen yerleri” Polis, kat’i deliller elde ettiği takdirde o yerin en büyük mülkiye amirinin emri ile kapatabilir.

“Genel ahlak”a ilişkin olarak idarenin diğer düzenleyici işlemlerinden, kolluk makamları tarafından çıkarılan yönetmelikler, Anayasa’nın 124. maddesinde düzenlenmiştir.³⁵⁴ Bu maddeye göre başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelik çıkarabilirler. Anayasa’nın bu maddesi gerek yönetmelik çıkarmaya yetkili makamlar, gerekse içerikleri bakımından sınırlayıcı bir anlam taşımamaktadır. İdari makam ve mercilerin “kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamaktan başka” idari faaliyetlerine ilişkin yönetmelik yapmaları da mümkündür.³⁵⁵ Kolluk alanında çıkarılmış pek çok yönetmelik olmakla birlikte, genel ahlaka aykırı bir durum ya da davranışı bertaraf etmek üzere çıkarılan yönetmelikler şu şekilde sıralanabilir:

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği³⁵⁶

(Gecikmesinde sakınca bulunan hallerin tanımında, önleme aramaları bakımından genel ahlakın tehlikeye girmesi veya zararı görmesi hali de sayılmıştır, ayrıca genel ahlaka zararı dokunacak oyun oynatılan, temsil verilen, film veya video bantgösterilen

³⁵⁴ Anayasa md.124-Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.

Hangi yönetmeliklerin Resmi Gazetede yayımlanacağı kanunda belirtilir.

³⁵⁵ Günday, 2011, s.114.

³⁵⁶ Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 5271 - 4.12.2004 / 2559 - 4.7.1934 / 2803 - 10.3.1983 / 2692 - 9.7.1982 / 4926 - 10.7.2003 / 5442 - 10.6.1949 / 5149 - 28.4.2004 / 5188 - 10.6.2004 / 5253 - 4.11.2004 / 2935 - 25.10.1983 / 1402 - 13.5.1971 / KHK/485 - 2.7.1993

Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 1 Haziran 2005 - Sayı: 25832

yerler ile internet üzerinden yapılan yayınlara izin verilen yerlerin ve genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak sesli ve görüntülü eserleri, kaydedildiği materyale bakılmaksızın üreten ve satan yerlerin denetimin, denetim şartları oluştuğunda kolluk tarafından kendiliğinden yapılabileceği, genel ahlakın korunması için önleme araması yapılabileceği düzenlenmiştir.)

Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler Ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik³⁵⁷

(...Reklamlar yasalara, genel ahlaka uygun, doğru ve dürüst olmalıdır...genel ahlak kurallarına aykırı ifadeler ya da görüntüler içeremez...çocuklara veya reşit olmayan gençlere yönelik reklamlar ahlaki gelişim özelliklerini olumsuz etkileyecek hiçbir ifade ya da görüntü içeremez...)

Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği³⁵⁸

(Madde 27-Jandarma; a. Genel terbiye ve ahlak kurallarına aykırı, utanç verici veya toplum düzeni bakımından hiçbir biçimde onaylanamayacak davranışlarda bulunanları; bu davranışlara ilişkin, söz, şarkı ve müzikli vb. şekilde gösteri yapanları, b. Kız, kadın ve genç erkeklere söz atanları, sarkıntılık edenleri ve gençleri her türlü ahlaksızlık veya kötü alışkanlıklara yönelten ve özendirenleri, Herhangi bir başvuru veya şikayet olmasa bile, hareketlerinin devamını durdurarak yasaklar. Bu yasağı dinlemeyenleri veya davranışları, yakalamayı gerektiren bir eylem oluşturanları yakalar. Bu durumlarda tutanak düzenleyerek, gerekli kanuni işlemi yapar.

Madde 34 : Jandarma ...genel ahlaka ve terbiyeye aykırı söz ya da görüntüleri içeren ya da kanunla yasaklanmış dillerde film plak, ses ve görüntü bantları, kasetleri vb. ile resim, yazılı ve basılı kağıtlara, yayınlara elkoyar.

MADDE 35 - Jandarma yeterli ve kesin deliller elde ettiğinde, o yerin mülkiye amirinin kararıyla; a)Genel ahlak ve terbiyeye...kamu düzenine aykırı oyun oynanan, temsil verilen, film, görüntü ve ses bant ya da kasetleri vb. ile gösteri yapılan yerleri kapatır.)

Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik³⁵⁹

(MADDE 8-Medya hizmet sağlayıcılar, yayın hizmetlerini kamusal sorumluluk anlayışıyla yayın hizmeti ilkelerine uygun olarak sunarlar. Yayın hizmetleri;(...)Toplumun millî ve manevî değerlerine, genel ahlaka ve ailenin

³⁵⁷ Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 4077 - 23.2.1995

Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 14 Haziran 2003 - Sayı: 25138

³⁵⁸ Bakanlar Kurulu Karar Numarası ve Tarihi: 83/7362 - 3.11.1983

Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 2803 - 10.3.1983

Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 17 Aralık 1983 - Sayı: 18254

³⁵⁹ Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 6112 - 15.2.2011

Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 2 Kasım 2011 - Sayı: 28103

korunması ilkesine aykırı olamaz(...)Radyo ve televizyon yayın hizmetlerinde, çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlakî gelişimine zarar verebilecek türde içerik taşıyan programlar bunların izleyebileceği korumalı saatlerde, koruyucu sembol kullanılsa dahi yayınlanamaz. Korumalı saatlerdeki program tanıtımlarında çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlakî gelişimine zarar verebilecek türde şiddet, cinsellik ve benzeri unsurlar taşıyan içeriklere yer verilemez. İsteğe bağlı yayın hizmeti sağlayıcıları, çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlakî gelişimini olumsuz etkileyebilecek nitelikteki yayın hizmetlerinin bunların bu tür hizmetleri normal şartlar altında duymayacakları ve görmeyecekleri şekilde sunulmasını sağlamakla yükümlüdür.)

Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik³⁶⁰

(Kültür ve Turizm Bakanlığı, Değerlendirme ve Sınıflandırma Kurulu, ülke içinde üretilen veya ithal edilen sinema filmlerinin ticari dolaşıma ve gösterime sunulmadan önce, gösterim ve iletim biçimleri dikkate alınarak kayıt ve tescile de esas olacak şekilde, kamu düzeni, genel ahlak ile küçüklerin ve gençlerin ruh sağlığının korunması için filmlerin sınıflandırılmasını yapar. İlgili Bakanlık, insan onurunun, kamu düzeninin, genel ahlakın, çocukların ve gençlerin ruh sağlığının korunması amacıyla; şiddet, pornografi ve insan onuruyla bağdaşmayan görüntü ve etkiler içeren filmleri yeniden değerlendirilmek üzere Değerlendirme ve Sınıflandırma Kurulu'na re'sen sevk edebilir.)

Yatılı-Pansiyonlu İlkokullar Yönetmeliği³⁶¹

(Madde10- Ahlak Eğitimi: a)Yatılı-Pansiyonlu ilkokullarda öğrenciler içinde bulundukları toplumun değer yargılarına ve toplumsal ahlak anlayışına uygun olarak yetiştirilir b)Bu okullarda ilkokul programının öngördüğü ahlak kurallarının uygulanmasına özellikle dikkat olunur.)

Türk Silahlı Kuvvetleri Yüksek Disiplin Kurulları Yönetmeliği³⁶²

(MADDE 9-Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını gerektiren disiplinsizlikler şunlardır: b) Ahlaki zayıflık: Görevine, sosyal ve aile yaşantısına zarar verecek derecede menfaatine, içkiye, kumara düşkün olmak veya Türk Silâhlı Kuvvetlerinin itibarını

³⁶⁰ Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 5224 - 14.7.2004

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

³⁶¹ MEB Karar Numarası ve Tarihi: 5 - 9.1.1967

Tebliğler Dergisi'nde Yayımlı: 23 Ocak 1967 - Sayı: 1436

³⁶² Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 6413 - 31.1.2013

Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 12 Nisan 2014 - Sayı: 28970

sarsacak şekilde yüz kızartıcı, utanç verici veya toplumun genel ahlak yapısına aykırı fiillerde bulunmaktır.)

Milli Eğitim Bakanlığı Mesleki Eğitim Merkezleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliği³⁶³

(MADDE 5-Öğrenci/kursiyerlerin; Atatürk inkılap ve ilkeleri ile Atatürk milliyetçiliğine bağlı...ahlaki, manevi ve kültürel değerlerini benimseyen, koruyan ve geliştiren; ailesini, vatanını, milletini seven ve yücelten insan haklarına saygılı...olarak yetiştirmeleri için okul yönetimi, öğretmenler, rehberlik servisi, okul-aile birliği ve ilgili diğer paydaşlarla iş birliği yapması istenir.)

Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği³⁶⁴

(Madde 11- Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında kişinin içinde bulunduğu ortam da dikkate alınarak;d) Şeref ve haysiyetini ihlal edecek ve görevine yansıyacak şekilde kumara, uyuşturucuya, içkiye, paraya ve aşırı bir şekilde menfaatine düşkün olup olmadığı, ahlak ve adaba aykırı davranış davranmadığı araştırılır.)

Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik³⁶⁵

(Madde 23-(Değişik - R.G.: 22.10.2002 - 24914 / m.5) Vali veya kaymakam; a)(...) Genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, gerektiğinde, alındı belgesi verilmiş olsa dahi, toplantı başlama saatinden geriye doğru 24 saatlik zaman içerisinde, tebligat şartı aranmaksızın, toplantı veya gösteri yürüyüşlerini yasaklamaya veya iki ayı geçmemek üzere ertelemeye yetkilidir.)

Türk Veteriner Hekimleri Birliği Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Uygulama Yönetmeliği³⁶⁶

(Madde 116- ...Yazılı ihtarı gerektiren fiil ve haller şunlardır: 25) Görev yerinde genel ahlak ve edep dışı davranışlarda bulunmak...)

Genel ahlakın (toplum ahlakının/kamu ahlakının), korunmasını ve zarar görmemesini gözetleyen, genel edebe ve örf ve adetlere uygun tutum ve

³⁶³ Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 1739 - 14.6.1973 / 3797 - 30.4.1992 / 3308 - 3.6.1986

Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 24 Ağustos 2007 - Sayı: 26623

³⁶⁴ Bakanlar Kurulu Karar Numarası ve Tarihi: 2000/284 - 14.2.2000

Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 4045 - 26.10.1994

Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 12 Nisan 2000 - Sayı: 24018

³⁶⁵ Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 2911 - 6.10.1983

Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 9 Ağustos 1985 - Sayı: 18836

³⁶⁶ Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 6343 - 9.3.1954

Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 13 Eylül 2006 - Sayı: 26288

davranışların toplumda yerleşmesini amaçlayan, yönetmeliklerin sayısı çoğaltılabilmekle birlikte yukarda önemli görülen yönetmelikler ve ilgili hükümleri verilmiştir. Bu örnekleri ve düzenlemeleri çoğaltmak mümkündür.³⁶⁷

İdari kolluk tüzük ve yönetmelikler dışında da düzenleyici işlemler yapabilmekte olup bunlar yukarda da bahsedildiği üzere, İçişleri Bakanının tebliğ ve genelgeleri ile her ilin Valisinin çıkaracağı genel emirler şeklinde de gerçekleştirilmektedir.

2. Bireysel Kolluk İşlemleri

Bireysel kolluk işlemleri, düzenleyici kolluk işlemlerinin hayatın günlük akışı içerisinde bireylere tek tek uygulanması suretiyle elde edilen hukuki durumlardır. Bu durumlar aynı zamanda, temel hak ve özgürlükleri kamu düzenini korumak amacıyla sınırlama hükümleri de içeren kanunve düzenleyici işlemlerin, belli kişilere ve durumlara uygulanması için alınan kolluk tedbirleridir.³⁶⁸ İdare kolluk alanındaki yasalara ve yaptığı düzenleyici işlemlere dayanarak bireyler hakkında hukuki sonuç doğuran kararlar almaktadır.³⁶⁹ Bunlar, izin vermek, bildirim kabul etmek, gözetim ve denetim görevini yerine getirmek, emir ve ihtarda bulunmak, faaliyetten men kararı

³⁶⁷ Sinematografik Ortak Yapımlar Ve Türkiye'de Ticari Amaçlı Film Çekmek İsteyen Yerli Ve Yabancı Yapımcılar Hakkında Yönetmelik; Ticari Araçlarda Reklam Bulundurulması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik; Mal Bildiriminde Bulunulması Hakkında Yönetmelik; Devlet Arşiv Hizmetleri Hakkında Yönetmelik; Türk Silahlı Kuvvetlerinde Görevli Devlet Memurları Disiplin Kurulları Ve Disiplin Amirleri Yönetmeliği; T.C. Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü Disiplin Yönetmeliği; Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü Personel Yönetmeliği; Ermeni Lise Ve Ortaokulları Yönetmeliği; Posta Hizmetlerinin Sunulmasına İlişkin Yönetmelik; İnternet Alan Adları Yönetmeliği, Fikir Ve Sanat Eserlerinin Kayıt Ve Tescili Hakkında Yönetmelik; İşyeri Açma Ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik; Kültür Ve Turizm Bakanlığı Yayın Seçme Yönetmeliği; Dernekler Yönetmeliği...

³⁶⁸ Yıldırım ve diğerleri, 2012, s.709.

³⁶⁹ Tan, 2013, s. 404.

vermek, erteleme kararı vermek, kapatma kararı vermek şeklinde olabileceği gibi; yaptırım uygulamak ve zor uygulamak şeklinde de gerçekleşebilir. Bireysel kolluk işlemleri, toplumun her bir farklı yaşam alanında farklı düzeylerde kendini göstermektedir. Yukarda bunlar sadece örnekler halinde sayılmış olup yeri geldiğinde *genel ahlakın* korunmasına yönelik tesis edilen bireysel işlemler ayrıntılı ile incelenecektir. Şimdilik belirtmekte fayda var ki, bireysel kolluk işlemleri şahısların temel hak ve özgürlüklerine yönelik gerçekleşen ağır ihlaller ile birlikte anılmaktadır. Zira kolluk güçleri yasaların kendilerine tanıdığı zor kullanma yetkisi ve birtakım zorlayıcı araçlarla hareket etme yeteneği ile donatılmışlardır. Bu zor kullanma tekeli amaçına uygun kullanmamaları ya da ölçüsüz kullanmaları halinde ise telafisi güç zararlar ortaya çıkarmaktadır.

B. Kolluk Usulleri

1. Serbestlik Usulü (Düzeltilici Sistem)

Serbestlik usulü, kamu düzeni bakımından sonradan telafisi imkansız sonuçlar doğurmayacağı düşünülen faaliyetler için kabul edilir. Bu usulün geçerli olduğu durumlarda, bireylerin bir faaliyette bulunmadan önce kolluk makamlarından izin almak ya da kolluk makamlarına bildirimde bulunmak zorunlulukları yoktur.³⁷⁰ İlgili kişi, gerçekleştireceği faaliyetin bütün sorumluluğu kendisine ait olmak üzere

³⁷⁰ Gözler, 2009, s. 483.

(kanunun çizdiği sınırları aştığı takdirde verilecek cezayı ve ödenecek tazminatı göze almak şartıyla) serbestçe hareket edebilir.³⁷¹

2. İzin Usulü (Önleyici Sistem)

Kolluk güçlerinin, gözetim ve denetim görevlerini gereğince yerine getirebilmeleri için, birey yahut topluluklar tarafından girişilecek birtakım faaliyetler izne ya da ruhsata tabi tutulmuştur. İzin usulünde, kolluk makamları, belirli şartları yerine getirenlere izin ya da ruhsat vermek zorunda olabilecekleri gibi; bu tür işlemlerde serbest değerlendirme yetkisine de sahip olabilirler. İlk durumda kolluk makamlarının bağlı yetkisi söz konusudur. Bu gibi durumlarda kolluk makamlarının mevzuatın aradığı koşulların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini belirleme dışında bir yetkileri yoktur. Bu yetki de mevzuatta öngörülen süre içinde, eğer mevzuatta herhangi bir süre belirlenmemişse makul bir süre içinde kullanılmalıdır. İkinci durumda ise kolluk makamlarına tanınmış bir takdir yetkisi söz konusudur. Takdir yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda kolluk makamları bu yetkisini somut olayın özelliklerine, istikrar kazanmış uygulamalara ve eşitlik ilkesine uygun olarak kullanmak zorundadır.³⁷²

Kişiler izin ile yapılması gereken işlerde izin almadan faaliyette bulunamazlar. İlerde daha detaylı olarak inceleneceği üzere örneğin 2559 sayılı PVSK'nın 5259 sayılı Kanunla değişik 7. maddesine göre, umuma açık eğlence ve istiharat yerlerinin açılması o yer kolluğunun görüşü alındıktan sonra, açılacak yerin mülki sınırlardaki

³⁷¹ Kapani, 2013, s. 236.

³⁷² Atay, 2012, s. 550.

konumuna göre, belediye veya il özel idaresi tarafından olmaktadır. İzinsiz açılan ve faaliyette bulunan yerler polis tarafından kapatılır. Polis sadece bu gibi izin verme işlemi kendi görev ve yetki alanında olan işlerde değil, diğer makamların alanına giren işlerde de izin alınmadan yapıldığını tespit ettiği takdirde, takiple yetkili olan işlemi yapan ilgili kuruluşa veya makama bildirir. Polis izinleri kişilere kazanılmış hak vermezler. Şartların doğması, kamu düzeninin tehlikeye düştüğü ya da izin verilmiş gerekleri kalktığına doğrudan geri alınabilir.³⁷³

3. Bildirim Usulü

Bildirim usulünde ise faaliyette bulunacaklar kolluktan izin almazlar; esasen faaliyetlerini serbestçe icra edebilirler. Burada ilgili idari ya da adli makamı haberdar etmek suretiyle iki hukuki yararın gerçekleşmesi amaçlanır; ilki hak ya da özgürlüğün yasanın öngördüğü biçim gereklerine göre kullanımını saptamak, ikincisi ise sonradan ortaya çıkabilecek olan yasaya aykırı durumları kamu makamının denetleyebilmesini kolaylaştırmaktır. Böylelikle kamu düzeninin bu faaliyetin icrası sırasında karşı karşıya geleceği muhtemel tehlikenin önlenmesi için, bu faaliyetler gerçekleştirilmeden belli bir süre öncesinde kolluk makamlarına bilgi verilir.³⁷⁴ Bununla birlikte bildirim usulü yasaklama ile de sonuçlanabilir.³⁷⁵ Örneğin bir toplantı veya gösteri yürüyüşünün önceden idari makamlara bildirilmesi, bu etkinliklerin kamu düzenini ciddi biçimde bozma tehlikesi göstermesi gerekçesi ile ertelenmesi ya da yasaklanması ile sonuçlanabilmektedir.

³⁷³ Cengiz Derdiman, **Polis Yönetimi ve Hukuku**, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2007, s.23.

³⁷⁴ Derdiman, 2007, s. 23.

³⁷⁵ Kaboğlu, 2013, s. 75.

V. KOLLUK HUKUKUNDA GENEL AHLAKA AYKIRILIK NİTELİĞİ TAŞIYAN İŞLEM VE EYLEMLER İLE, BU İŞLEM VE EYLEMLERE UYGULANACAK YAPTIRIMLAR

A.2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda "Genel Ahlak" Nedeniyle Uygulanan Yaptırımlar ve Cezalar İlgili Hükümler

"Polis" kelimesi ülkemizde resmi olarak ilk defa 1845 tarihli Polis Nizamnamesi'nde kullanılmış olup, böylelikle Polis Teşkilatı kurulmuş ve kolluk hizmetleri bu kuruma verilmiştir.³⁷⁶

Polis Meclisinin çalışma ve yetkilerini içeren ve 1 Temmuz 1800 tarihli "Paris Emniyet Müdürünün Görevlerini Düzenleyen Kararname" adlı metin temel alınarak hazırlanan nizamname³⁷⁷ toplam on yedi maddeden oluşuyor olup, Nizamnamenin 13. maddesi hükmü şu şekildedir: "Ahlak ve umumi edebi ihlal edecek olan kitap, gazete ve dergilerin basılmasına ya da satılmasına engel olmak, yurt dışından gelen kitap, gazete ve dergi gibi yayınları kontrol etmek gerekirse toplattırılmasını sağlamak."³⁷⁸

Polis Nizamnamesi'nde polise verilen görevler arasında "ahlak ve umumi edep" in korunmasına yönelik olarak , basın hayatına yönelik sınırlamanın günümüz

³⁷⁶Bilgiç, Veysel, K., "Türk Polis Teşkilatının Tarihi Gelişimi", **Polis Bilimleri Dergisi**,2002,C. 4, S. 1, ss. 171-186, s.177.

³⁷⁷Nizamname, 11 Rebiü l Evvel 1261 (20 Mart 1845) tarihinde çıkarılmış olup, 21 Rebiü l Evvel 1261 (30 Mart 1845) de, İstanbul da bulunan sefaretlere gönderilmiştir.Bkz. Ali Birinci, **Türk Emniyet Teşkilatında "İlkler"**, Polis Bilimleri Dergisi, 1999, C. 1,S. 3, ss.9-16, s.10

Bu nizamnamenin orjinal adı ise "Bi-Nimetihı TeaM Saye-i Muvaffakiyet-vaye-i Cenab-ı Mülk-daride Mücerred İstikmal-i Esbib-ı Emniyyet-i Mülkiyye ve İstihsal-i Hüsn-i Ziibita-i Belediye Niyet-i Hayriyyesiyle Beyoğlu ve Galata ve Havalisinde Polis Namıyla Numune Olarak İttihaz Olunup Muahharen Emr ü İcrasına İriide-i Seniyye-i Mülukane Mûteallik Buyurulmuş Olan Usul-i Cedfd-i Zabtiyyenin Hıdmat-ı Umumiyyesinden Olup Ba'd Ezın İcabına Göre Zeyli Caiz Olmak Üzere Şimdilik İcraian Muktezi Görünen Bazı Mevadd-ı Esasiyyedir" Bkz: Ali Sönmez, Polis Meclisinin Kuruluşu Ve Kaldırdışı ,(1845-1850), **Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi**, Ankara 2005,C.24, Sayı 37, ss.259-275.

³⁷⁸ Sönmez, s.263.

düzenlemeleri ile olan benzerliği son derece ilgi çekicidir. Zira aradan yaklaşık olarak 170 yıla yakın bir zaman geçmiştir. Bu düzenleme edep ve ahlakın, polis gücü tarafından gözetlenerek korunması görevinin yeni olmadığını ortaya koymaktadır. Ahlak ve edebe aykırılığın toplumsal düzende yaratmasından endişlenen muhtemel ihlallerin ise, bu düzenleme vasıtasıyla basılı eserler açısından daha fazla sayıda gerçekleşeceği endişesi ise dikkat çekmektedir.

1845 tarihli bu Nizamname'den sonra, Osmanlı Devleti döneminden Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşuna kadar geçen dönemde polisin örgüt ve vazifelerine yönelik düzenlemeler yapılmaya devam edilmiştir.³⁷⁹

³⁷⁹ 1845 tarihli Polis Nizamnamesine rağmen örgütlenme alanındaki karışıklıklar giderilememiş olup, 1846 yılında Zaptiye Müşirliği kurulmuştur. Bu dönemde, taşrada ve İstanbul'da çeşitli makamlar tarafından yürütülmekte olan kolluk hizmetleri tek elde toplanmış, zaptiye (jandarma) ve polis adı altında iki teşkilat kurularak, Zaptiye Müşirliğinin emrine verilmiştir. Zaptiye Müşirliği ile ilk defa kolluk hizmetleri için ayrı bir kuruluş meydana getirilmiştir. Bkz. Halim Alyot, **Türkiye'de Zabıta: Tarihi Gelişim ve Bugünkü Durum**, Ankara: İçişleri Bakanlığı Yayınları, 1947, s.102.

Zaptiye müşirliği dönemi, kamu düzenini korumakla görevli olan kolluk teşkilatının tek elden sevk ve idaresinin sağlandığı dönemdir. Bu dönemde polis ve jandarma zaptiye müşirliğine bağlı olarak görev yapmışlardır. Bundan dolayı bu döneme Tevhidi Zabıta da denmektedir. (Sönmez, s.35) Daha sonra, 1879 yılında Zaptiye Müşiriyeti kaldırılmış ve yerine görevi sadece polis işlerini içeren Zaptiye Nezareti kurulmuştur. Böylece polis ve jandarma ayrılmışlardır.

1881 yılında fiilen kurulmuş olan Polis Teşkilatının görev ve yetkilerini belirleyen ilk hukuksal metin, 6 Aralık 1896 tarihinde yayımlanmıştır. Bu talimata göre, polisin görev ve yetkileri 16 maddede toplanmıştır. Gerçek anlamda, Polis Teşkilatının tertip ve teşkilini, zat işlerini, vazife ve yetkilerini tayin ve tespit eden kapsamlı bir metin ise 19 Nisan 1907 tarihinde, Polis Nizamnamesi olarak yayımlanmıştır. Kapsamlı olan bu Nizamname 167 maddeden oluşmuştur. Bu nizamnameye göre polisin görevleri; önleyici zabıta hizmetleri, siyasi zabıta hizmetleri ve adli zabıta hizmetleri olarak ifade edilmiştir. Polis Teşkilatının her türlü ihtiyacını karşılaması ve yabancı etkiler altında kalınmadan hazırlanması yönüyle alanında ilk Nizamnamedir. Bir başka özelliği de uzun süre başarı ile uygulanmış olmasıdır.

Gerçek anlamda Polis Teşkilatının tertip ve teşkilini, zat işlerini, vazife ve yetkilerini tayin ve tespit eden nizamname ancak 1907'de yayımlanmıştır. 1907'deki bu nizamnameye göre polis -zabıta kuvvetinin esas vazifesi, genel güvenliği muhafaza etmek ve asayişin devam ve istikrarını sağlamaktan ibarettir. Bu Nizamnameye göre polisin bu esas vazifesi Zabıta-i İdare veya Önleyici Zabıta Vazifesi, Zabıta-i Mülkiye veya Siyasi Zabıta Vazifesi ve Zabıta-i Adliye veya Adli Zabıta Vazifesi olmak üzere üç kısma ayrılmaktadır. Bkz. Sönmez, s.37.

1908 yılında İkinci Meşrutiyetin ilanı üzerine Fransız ve Alman Polis Teşkilatları esas alınarak Polis Teşkilatının yeniden kurulması kararlaştırılmış ve 22 Temmuz 1909 yılında çıkarılan "İstanbul Vilayeti ve Emniyeti Umumiye Müdüriyeti Teşkilatına Dair Kanun" ile Zaptiye Nezareti kaldırılarak, yerine Dahiliye Nezaretine bağlı ve memleket genelinde görevli Emniyeti Umumiye Müdürlüğü ve İstanbul Vilayetine

Bugün halen yürürlükte olan 2559 sayılı Polis Vazife Salahiyet Kanunu, 4 Temmuz 1934 tarihinde yürürlüğe konulmuş olup, bu Kanun'un uygulama şeklini göstermek üzere Polis Vazife ve Salahiyet Nizamnamesi düzenlenilerek 7 Nisan 1938 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1935, 1948, 1965, 1973, 1980, 1985, 2005 ve 2007 yıllarında birtakım değişiklikler geçirerek bugünkü halini almıştır.³⁸⁰

PVSK genel olarak, kolluğun kamu düzenini sağlamak görevini ve buna bağlı olarak kamu güvenliğini sağlamak üzere, polisin temel haklara ve toplumsal hayata müdahale edebilme yetkisini düzenleyen bir zeminde oluşturulmuştur denilebilir.

Polise bu müdahale etme ve sınırlama yetkisi verilirken, gerçekleştireceği işlem ya da faaliyetin gerekçesi olarak, toplumun düzenini bozan ya da bozma tehlikesi yaratan birtakım insan faaliyetleri sıralanmakla birlikte, belirsiz olduğu kadar aslında birer insani duygu ve değer yargılarını içeren ifadeler de beraberinde sıralanmıştır.

Şöyle ki,“(...) umumi kadın adı verilenlerin ve itiyat sebebiyle veya menfaat kastiyle kendilerini başkalarının zevkine terk edenlerin (...)” polis parmak izini ve fotoğrafını alabilecektir.³⁸¹ Ayrıca“(...)ahlaka ve umumi terbiyeye uygun olmayan, devletin emniyet veya siyasetine mazarratı dokunacak oyun oynatılan veya temsil verilen yerlerin” polisin kat i delil elde etmesi halinde o yerin en büyük mülki amirinin

bağlı bir Polis Müdüriyeti kurulmuştur bkz. Alyot, 1947, s.489. İkinci Meşrutiyet'in ilanından Cumhuriyet Hükümetinin kuruluşuna kadar geçen zaman içinde kolluk hizmetleri; Umum Jandarma Kumandanlığı, Emniyeti Umumiye Müdüriyeti ve İstanbul Polis Müdüriyeti tarafından yürütülmüştür. Bkz. Sönmez, s.38.

³⁸⁰ <http://www.tesevdns.net/assets/publications/file/27122013181309.pdf>

³⁸¹ 2559 sayılı PVSK ilk hali, madde 5/D

emri ile kapatabileceği³⁸², yine “ahlak ve umumî terbiye uygun olmayan şarkı veya sözleri yahut amme emniyetini bozucu hitabeleri muhtevi bulunan gramafon plaklarını ve izinsiz gösterilen veya elde edilen filmleri ve bu kabil sair basma yazı ve resimleri alacağı suç teşkil edenleri ilgili makamlara vereceği”³⁸³düzenlenmiştir. Ayrıca “ar ve hayâya ve içtimai nizam ve ahlaka uygun olmayan harekette bulunanlarla, bu yolda söz ve türkü söyleyen ve şarkı çalanları...gençleri her türlü ahlaksızlığa teşvik edenleri” polisin menedeceği düzenlenmiştir.³⁸⁴

Böylelikle toplumsal düzeni korumaktan başka, aynı zamanda onu bir yönüyle de şekillendirmeye yönelik olan bu hükümler; PVSK’nın 1935 tarihli ilk halinden itibaren sair sayıda değişiklik geçirmiş olsa da bu tür içeriğe sahip hükümler küçük değişikliklerle varlığını korumuştur. “ahlak”, “umumi edep” ve “genel ahlak” kavramları da böylelikle toplumun korunmaya muhtaç olduğu alanların bir parçası olarak kabul edilmiştir.

Kolluk kanunundaki bu kavramların belirsizliği ve kişisel değer yargılarının kolluk hukukuna sirayet etmesinin tehlikeleri üzerinde daha önce duruldu. Bundan sonraki kısımda “genel ahlak”ın birebir yer aldığı hükümlere ve temel hak ve özgürlüklere müdahale etme şekilleri incelenecek ve bu müdahalenin sınırları 1982 Anayasası esas alınarak belirlenmeye çalışılacaktır. Yukarda belirtildiği üzere “ahlak” ve “genel adap” kavramları 2559 sayılı PVSK’nın 1935 tarihinde yayınlanmış ilk biçiminden itibaren, polisin yetki sahası içinde bir müdahale gerekçesi olarak yer almıştır. Aynı zamanda da idari işlemin sebep unsuru olarak varlığını göstermiştir.

³⁸² 2559 sayılı PVSK ilk hali, madde 8/D

³⁸³ 2559 sayılı PVSK ilk hali, madde 9/F

³⁸⁴ 2559 sayılı PVSK ilk hali, madde 11

Buna göre, 2559 sayılı PVSK'da genel idari kolluk personeline “genel ahlak” sebebiyle, temel hak ve özgürlüklere müdahale olanağı veren maddelerin günlük hayatta nasıl tezahür ettiğini incelemeye yarar vardır.

PVSK'da kolluk makam ve personeline “genel ahlak” sebebiyle müdahale etme yetkisi; faaliyetten men cezası ve işyeri açma ruhsatının iptali; söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanları, sesli ve görüntülü eserleri engelleme yetkisi ve aleni yerlerdeki oyun ve temsillere ilişkin denetleme yetkisi olmak üzere üç başlık halinde incelenebilir.

Ayrıca bu Kanun'un uygulanması amacı ile çıkarılan ve halen yürürlükte olan 25.04.1938 tarihli Polis Vazife ve Salahiyet Nizamnamesi 9. madde (ç) bendi gereği, yine “ahlaka ve umumi terbiyeye uygun olmayan veya devletin emniyet ve siyasetine mazarratı dokunacak oyun oynatılan veya temsil verilen yerlerin polisin kat'î deliller elde ettiği hallerde, o yerin en büyük mülki amirinin emriyle kapatabileceği belirtilmiş”, 2559 sayılı PVSK'nın “ahlaka” aykırılığa netice bağlayan diğer hükümlerine de atıfta bulunulmuştur. Örneğin (g) bendinde, fuhuşla veya fuhuş yüzünden bulaşan hastalıklarla mücadele nizamname ve talimatnameleri hükümlerine göre "umumi ev sahibi", "birleşme yeri sahibi" ve "umumi kadın" adı verilenlerin ve itiyat sebebiyle veya menfaat sağlama amacıyla, kendilerini başkalarının zevkine terkedenlerin ve fuhşa vasıtalığı itiyat edenlerin, beyaz kadın ticaretile meşgul olanların, umumi kadın patronlarının, yetkili makam ve memurların gösterecekleri lüzum üzerine aşağıdaki fıkralarda yazılı hallerde parmak izi ve fotoğraf alınacağı hükme bağlanmıştır.

1.Faaliyetten Men Cezası ve İşyeri Açma Ruhsatının İptali

Kolluk faaliyetleri yasaların verdiği yetki çerçevesinde birtakım kurallar konmasını ve bu kuralların uygulanmasını içerir. Bu kurallar kanunla konularak, kanunun çizdiği hukuki çerçeve içerisinde birtakım ayrıntılı kurallar da idari işlemlerle getirilir. Bu kural koyucu bir faaliyet olup, uygulamada bu düzenleyici işlemler daha fazla ayrıntı içererek bir silsile halinde düzenlenmeye ve hükümlerini doğurmaya devam eder.³⁸⁵

İdarenin düzenleyici işlem yapma yetkisi daha önce incelendiği üzere burada sadece kolluğun “ahlak”a aykırılığa hukuki sonuç bağlayan düzenleyici işlemleri üzerinde durulacaktır.

PVSK 8 (d) bendi uyarınca , bir idari yaptırım olarak “faaliyetten men etme yetkisi” ve “işyeri açma ve çalışma ruhsatlarının” iptali düzenlenmiştir. Buna göre, “genel ahlak”a zararı dokunacak oyun oynatılan, temsil verilen, film veya video bant gösterilen yerler ile internet üzerinden yapılan yayınlara izin verilen yerler³⁸⁶, polisçe kat'i delil elde edilmesi halinde, mahallin en büyük mülki amiri tarafından 30 günü geçmemek üzere geçici süreyle faaliyette men edilir. Ayrıca bu maddede yazılı fiiller sebebiyle bir yıl içinde üç defa faaliyette men edilen işyerlerinde, bu fiiller tekrar işlendiği takdirde, işyeri açma ve çalışma ruhsatları, mahallin en büyük mülkî amirinin

³⁸⁵ Yayla, 2009, s.54.

³⁸⁶ Değişik 24.11.2004 Tarih 5259 Sayılı Polis Vazife Ve Selahiyet Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Madde 3

bildirimi üzerine, belediye veya il özel idaresi tarafından beş iş günü içinde iptal edileceği hükme bağlanmıştır.³⁸⁷

PVSK'nın 5259 sayılı Kanunla değiştirilmesinden önceki 7(d) bendi hükmüne göre, “umuma açık eğlence ve istirahat yerlerinin izin alınmadan açılması halinde polis tarafından doğrudan kapatılması” öngörülüyordu. Artık bu kapatma işlemi yerel yönetimlere devredilmiştir.³⁸⁸

Faaliyetten men veya çalışmayı durdurma halleri, bir işyerini kapatmaktan daha az etkili ama kapatma yetkisi gibi sonuç doğuran işlemler olabilir. Örnek olarak bir iş yerinde bir cihazın çalışmaması için mühürlemek yetiyorsa, o iş yerini kapatmadan, faaliyetten men etme de imkan dahilinde bulunmaktadır.³⁸⁹

İlgili madde hükmü (d) bendi gereğince “genel ahlak” devletin bölünmez bütünlüğü, Anayasal düzen ve genel güvenliğin yanında zarar verildiğinde korunması gereken bir değer olarak düzenlenmiş ve bu mahiyette oyun oynatılan, temsil verilen, film veya video bant gösterilen yerlerin neler olduğunun tespit edilmesi ise, işlem gerçekleştirecek olan idarenin takdir yetksine bırakılmıştır.

Daha önce işaret edildiği üzere bu tür gösterilerin neler olduğu, ne tür oyun ya da temsillerin “genel ahlak”a aykırı olduğu gerekçesi ile iş yerinin geçici süreyle faaliyetten men edileceği hususu açık değildir. Aynı şekilde internet üzerinden yapılan yayınların hangi hallerde “genel ahlak”a aykırı nitelik taşıdığı da belirsizdir. Bu

³⁸⁷ 2559 Sayılı PVSK, Değişik Madde 8 (24/11/2004-5259/3 md)

³⁸⁸ Derdiman, 2007, s.257.

³⁸⁹ Derdiman, 2007, s.256.

aykırılığı takdir edecek olan yine kanunu uygulama durumunda olan kolluk yetkilileri midir sorusu akla gelmektedir.

Ayrıca her ne kadar maddede “genel ahlak” sebep olarak gösterilse de bu madde hükmüne göre gerçekleştirilen müdahalelerde “müstehcenlik” de bu idari işlemin sebep unsurunu oluşturmuştur. Müstehcenliğin tarifi de tıpkı ahlak gibi zor olup, üzerinde mutabakata varılan bir tanım olmadığı gibi böyle bir tanım yapılabilse de, kişisel değer yargılarından bağımsız bir değerlendirmenin neticesinde olmayacağı açıktır. ESEN, bu tarifi imkansızlığının; kavramın belli olmayışından değil fakat, anlamını tayin etmek konusunda geniş bir yorum imkanının sağlanmak istenmesinden kaynaklandığını belirterek, müstehcen algısının zaman ve mekana göre değiştiğini kabul etmekle birlikte, cinsi arzu ve ihtirası kamçılama unsurunun belli zamanda ve belli yerde araştırma ve tespitin mümkün olduğunu belirtmiştir.³⁹⁰

O halde müstehcen olarak nitelendirilecek durum, davranış ya da gösteri, o günün koşulları içerisinde ve belirli bir bölgede yaşayanların üzerinde cinsi arzuları tahrik edici etki bırakıp bırakmadığına göre değerlendirilecektir. Bu durumda ahlakilik ve cinsellik algısının farklı bölgelerde yaşayan halklar için farklılık arz edeceği gözönüne alınarak, yasakların da buna göre şekillenip, şekillenmeyeceği sorunu karşımıza çıkar. Daha önce örnek olarak verilmiş olan, 1959 yılında *Les films Lutetia*³⁹¹ isimli filmde yerel şartların varlığı göz önüne alınan unsurlardan biriydi. O halde, film beldede güvenlik ya da huzuru bozmasa bile, beldedeki o anki yerel şartlar açısından

³⁹⁰ Bülent N. Esen, “Müstehcen Mefhumuna Dair”, **Ankara Barosu Dergisi**, 1953, S. 5, ss.381-384, s.382.

³⁹¹ CE, Sect., 18 decembre 1959, Ste. Les films Luletia, GAJA, n 88, s.564’dan aktaran Okay Tekinsoy, 2011, s. 110.

genel ahlaka aykırı nitelikte olarak değerlendirilir ve görülürse, belediye başkanı tarafından yasaklanabilecektir.

Örneğin, müstehcen film oynatıldığı ileri sürülen sinemanın valilikçe kapatılması işleminin iptali istemiyle açılan davada³⁹², Danıştay, İdare Mahkemesi'nin filmin yalnızca bir sahnesinde başrol oyuncusunun kısa süreli olarak ve anlaşılamayacak şekilde çıplak görüldüğünü, bunun ise cinsel duyguları tahrik etme niteliği taşımadığını ileri sürerek idare mahkemesinin verdiği müstehcen bulma kararını, yeterli inceleme yapılmaması sebebiyle bozmuştur.

Şöyle ki Anayasa Mahkemesi, PVSK madde 8 (d) bendini anmakla birlikte kapatma işlemine esas alınan filmin, 3257 sayılı Sinema video ve Müzik Eserleri Kanunu'nun 6.maddesi gereği idarenin denetiminden geçip geçmediğinin tespit edilmediği ve 18 yaşından küçüklere de izletildiği savının değerlendirilmeden karar verilmesi sebebiyle İdare Mahkemesi kararını bozmuştur. Gerek valinin, gerekse İdare Mahkemesi'nin değerlendirmeleri göz önüne alındığında müstehcenlik için ayrı birkanuni düzenlemeye ihtiyaç duyulmamış olduğu ve genel ahlaka aykırı bir gösterinin müstehcenlik niteliğini de taşıdığı kabul edilmiş olunmaktadır.

2. Kolluğun Söz, Şarkı, Müzik veya Benzeri Gösteri Yapanları, Sesli ve Görüntülü Eserleri Engelleme Yetkisi

PVSK, madde 11(a) bendi uyarınca kolluğun söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanları, sesli ve görüntülü eserleri engelleme yetkisi düzenlenmiştir. Buna

³⁹² Danıştay 10. Dairesi E.1991 / 2508, K.1993 / 1262, K.T.31/03/1993

göre, “genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak”, utanç verici ve toplum düzeni tarafından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanları, madde 11 (b) bendi uyarınca “çocukları, kız ve kadınlar ile genç erkekleri hertürlü ahlaksızlığa yöneltten ve teşvik edenleri”, madde 11 değişik (c) bendi uyarınca ise “genel ahlak ve edebe aykırı mahiyette” her türlü sesli ve görüntülü eserleri, kaydedildiği materyale bakılmaksızın üreten ve satanları, herhangi bir müracaat veya şikayet olmasa bile engeller, davranışların devamını durdurarak yasaklar, sanıklar hakkında tanzim olunacak evrakı derhal adliye tevd eder.

İlgili hüküm gereğince, genel ahlak ve edep kurallarına aykırılık gerekçesinden başka, utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunmak da polisin müdahale alanına dahil olmuştur.

Bu anlamda genel ahlak ve edebe aykırılık deyiminin anlamı geniş ve muğlak bir nitelikte olmakla birlikte Anayasa Mahkemesi, genel ahlak ve edebe aykırı davranışların suç teşkil etmesi kaydıyla men yetkisinin doğabileceğini öngörmüştür.

Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin; 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 16.6.1985 günlü, 3233 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değişik 11. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı sorunu hakkında mahkemenin verdiği kararı detaylı olarak inceleyecek olursak³⁹³:

3233 sayılı Kanunla değiştirilmiş bulunan 11. madde (a) bendinde, genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip

³⁹³ AYM, E. 1985/8, K. 1986/27, K.T. 26.11.1986, R.G. Tarih-Sayı :14.08.1987-19544.

edilmeyen tavır ve davranışta bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı, müzik ve benzeri gösteri yapanları; (b) bendindeçocuklar, kız ve kadınlar ile genç erkeklere sözle veya herhangi bir şekilde sarkıntılık edenleri, kötü alışkanlıklara ve her türlü ahlaksızlığa yönelten ve teşvik edenleri, (c) bendinde ise genel ahlak ve edebe aykırı mahiyetteki film, plak, video ve ses bantlarını yapan ve satanları, polisin herhangi bir müracaat ve şikâyet olmasa bile engelleyeceği, davranışlarının devamını durdurarak yasaklayacağı, sanıklar hakkında düzenleyeceği evrakı derhal, şikâyete bağlı suçlarhakkındaki evrakı da şikâyet ve müracaat vukubulduğu takdirde adliyeye tevdi edeceği, ayrıca video ve ses bantlarını ticari maksatla dolduran gerçek veya tüzelkişilerin bu bantların birer adedini, piyasaya çıkarılmadan önce mahallin en büyük mülki amirine vermek zorunda oldukları, hükmü getirilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, inceleme konusu kuralın birinci fıkrasında yer alan üç bentte de öngörülen eylemler ancak suç teşkil etmek koşuluyla polisin müdahalesini gerektirecek niteliktedirler. Yani “genel ahlak ve edep kurallarına aykırılık” ifadesinden polisin kendisinin genel ahlak ve edep kuralları olarak nitelediği kuralların anlaşılması kuşkusuz, insan haklarının ciddi bir tehdit altında olması ile sonuçlanacaktır. Hükmün bu şekilde algılanması ile bir tür polis suçu oluşmakta, böylece kişinin temel hak ve özgürlükleri Anayasaya aykırı olarak sınırlanmış olmaktadır.³⁹⁴

2559 sayılı PVSİ 11. maddede yapılan değişikliğin tasarı gerekçesinde; takibi şikâyete bağlı suçları işleyenlere polisin müdahalesini sağlamak, söz atma ve

³⁹⁴ Hafizoğulları, 1995, s. 577.

sarkıntılık suçlarına çocuklar ve kızlar da dahil edilerek yasada mevcut bir eksikliği gidermek olduğu belirtilmiştir. Maddenin ilk fıkrasında yer alan üç bent için öngörülen ortak kurallara göre polis madde kapsamına giren ve genelde Türk Ceza Kanunu'nun 419., 420., 421., 422., 403., 404., 426., 427., 428., 435. ve 436. maddelerinde yazılı suçlar ile takibi şikâyeteye bağlı kimi suçları işleyenleri engelleyecek ve haklarında düzenleyeceği evrakı derhal, şikâyeteye bağlı suçlarda da şikâyet ya da müracaat vuku bulunduğu kanunî takip yapacak makama yollayacaktır.

Böylelikle PVSK madde 11'de kolluğun men yetkisi suçla sınırlı tutulmuştur. Ancak kararda geçen TCK'nın ilgili hükümleri eski 756 sayılı TCK olduğu için kastedilenlerin yeni 5237 sayılı TCK'nın 226., 227., 228., 229. maddelerinde yazılı suçlar olduğu görülür.³⁹⁵

Polisin burada müdahalede bulunma yetkisi; ilgili sebeplerin varlığı halinde yalnızca söz şarkı müzik veya benzeri gösteriler için değil ve ayrıca kişilerin tavır ve davranışları açısından da geçerlidir. Bu madde diğerlerine nazaran polise idarenin takdir yetkisinin tanınması bulunması oldukça sakıncalı bir hareket alanı yaratmaktadır. Zira madde metninin Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararından bağımsız olarak değerlendirilmesi halinde, konusu suç olan davranışların hangi koşullarda genel ahlak ve edebe aykırı söz, müzik ve benzeri gösteri olarak niteleneceği anlaşılamamaktadır.

PVSK madde 11 ile gündeme gelen bir diğer nokta, bilim, sanat ve düşünceyi açıklama hürriyeti olup, 5237 sayılı TCK yedinci bölüm "genel ahlaka karşı suçlar"

³⁹⁵ Derdiman, 2007, s.281.

başlığı ile düzenlenmiş olup, TCK 226/7 bu maddede ilgili hükümlerin, bilimsel eserler hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.

Bilim, sanat ve edebi değeri olan eserlerin müstehcenlik suçlaması ile karşılaşmaması için düzenlenen bu koruyucu madde ilerde daha ayrıntılı olarak görülecektir. PVSK 11. maddenin “genel ahlak ve adaba aykırılık” teşkil eden tavır ve davranışta bulunanlar ile bu nitelikte söz, şarkı, müzik veya benzeri gösteri yapanları ve mahiyette her türlü sesli ve görüntülü eserlere yönelik getirilen engelleme ve yasaklarının ortada bir suç varsa mümkün olduğu yukarda belirtildi. Bilim, sanat ve edebi eserlerin TCK madde 226/7’de müstehcenlik konusunda verilen bir tür koruma veya dışarda bırakma durumunun “genel ahlak ve edebe” aykırılık iddiası karşısındaki bu haklar için, böyle bir korumanın TCK’da bulunmadığı görülür. O halde bir tiyatro eserinin, bir sanat eseri vasıfları taşıdığı tespit edildiği takdirde müstehcen olduğu gerçekçesiyle gösterimi durdurulamayacak fakat genel ahlaka aykırı olduğu gerekçesi ile gösterimi durdurulabilecek midir sorusu gündeme gelmektedir.

2559 sayılı PVSK 11/c hükmü, genel ahlak ve edebe aykırı olarak film yapan ve satanlardan bahsetmiş fakat bunları seyredenlerden bahsetmemiştir. Buna rağmen olayın nitelikleri ve fiiln işleniş tarzına göre, PVSK 11/c kapsamında değerlendirilemeyecek kişiler PVSK 11/a kapsamında utanç verici ve tasvip edilmeyen hareketi yapmış kişi olarak değerlendirilmesi mümkündür.³⁹⁶

³⁹⁶ Derdiman, 2007, s.282.

Madde metninde geçen film ve senaryoların denetimi ise daha önce PVSK madde 6 hükmüne göre yapılmakta iken; mülga 23 Ocak 1986 tarih, 3257 sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu ile bu görev Kültür ve Turizm Bakanlığına geçmişti. Ancak ilgili Kanun da, 14 Temmuz 2004 tarih ve 5224 sayılı Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması İle Desteklenmesi Hakkında Kanunun 16.maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.³⁹⁷

Konuya ilişkin Danıştay kararlarına bakacak olursak:

Danıştay, 1983 yılında verdiği konuya ilişkin kararında, ameliyat ile erkek cinsiyetinden kadın cinsiyetine geçen ancak nüfus kaydında düzeltme talebinin reddedilmesi üzerine halen hukuken erkek sayılan kişiye eğlence yerlerinde kadın sanatçı olarak çalışması için izin verilmemesi yolunda idarece tesis olunan işlemde mevzuata aykırılık olmadığı hakkında karar vermiştir. PVSK'nın 12.maddenin 1.fıkrası ile "kız ve kadınların gazino, bar kafeşantan ve bunlara benzer içki kullanılan yerlerle banyo, hamam ve plajlarda çalışabilmeleri o yerin en büyük mülkiye amirinin iznine bağlıdır." Hükmüne binayen, bir kişiye gazino, bar, kafeşantan ve benzeri yerlerde çalışabilmesi için idare amirince izin verilmesinin ancak o kişinin kadın olması halinde söz konusu olduğu,diğer bir deyişle ancak kadın olanların bu gibi yerlerde çalışabilmek için mülki idare amirinden izin almak zorunda oldukları, hukuken erkek olan bir kişi için ise böyle bir iznin söz konusu olamayacağı ve bu talebin PVSK madde 11., 12. ve İçişleri Bakanlığının 19.3.1981 tarihli genelgesi uyarınca reddedildiğini belirtmiştir.³⁹⁸

Karar her ne kadar PVSK madde 11'in uygulanması için uygun olmasa da, aslında o

³⁹⁷ MADDE 16- 23.1.1986 tarihli ve 3257 sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.

³⁹⁸ Danıştay 10. Dairesi, E. 1982/788, K.1983/66, 19/01/1983

dönemde yürürlükte bulunan PVSK md. 12'nin Anayasa Mahkemesi tarafından yorumlanma şekli dikkate değerdir.

Mahkeme erkeklerin bahsi geçen yerlerde zaten çalışamayacaklarını vurgulayarak, ameliyat ile her ne kadar kadın olsa da hukuken erkek cinsiyetine ait nüfus cüzdanına sahip olmayan kişinin çalışma izni için talebini de hukuken talep edilebilir görmemiştir.

3. Aleni Yerlerdeki Oyun ve Temsillere İlişkin Denetleme Yetkisi

PVSK Ek madde 1'e göre, umumi veya umuma açık yerler ile umuma açık yer niteliğindeki ulaşım araçlarında(aleni yerlerde), gerçek kişi ve toplulukların mahalli en büyük mülki amirine en az kırk sekiz saat önceden yazılı bildirimde bulunarak, *oyun ve temsil verebileceğini veya çeşitli şekillerde gösteri düzenleyebileceği* ancak, devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne.... "genel ahlak" a aykırı olduğu tespit edilenler hakkında mahallin en büyük mülki amiri tarafından derhal Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulacağını hükme bağlamıştır.

PVSK'nın ilgili hükmünün, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hüküleri ve Seçmen Kütükleri Kanunu kapsamına girmeyen (2911 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki istisnalar içinde yer almayan) *toplantı, oyun, gösteri veya temsil gibi etkinliklere uygulanması* gerekmektedir.

Bununla birlikte tereddüt halinde, bunlardan hangilerinin 2911 sayılı Kanun'un kapsamına gireceğine mülki amir karar verecek olup, bu karar muhataplara yargı yolu açık olmak üzere tebliğ edilir.³⁹⁹

Umuma açık istiharat ve dinlenme yerlerine ilişkin denetleme ve yaptırım uygulama yetkisi bu yerlerin nereler sayılacağını da içeren bir tanım ile PVSK değişik md.7 ve 8'de düzenlenmişken, **aleni yerlerdeki (umumi veya umuma açık yerlerdeki) oyun ve temsillere ilişkin denetleme yetkisi PVSK Ek Madde 1- (Ek: 3/8/2002-4771/10 md.)** ile düzenlenmiş ve aleni yerlerin nereler sayılacağına ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir.

Aleni yerlerde yapılacak oyun, temsil ve çeşitli gösterilerin düzenlenmesi aynı şekilde yasaklanmamış ve izne tabi tutulmamış ve bildirim tabi tutulmuştur. İlgili hükmün değişiklikten önceki hali 16.6.1985 günlü, 3233 sayılı Kanun'un 7.maddesiyle 2559 sayılı Kanun'a eklenmiş olan ek madde 1'in soyut kavramlar ihtiva ederek, polise oyun, temsil veya çeşitli şekillerde yapılacak gösteri düzenlemeleri men etme yetkisi tanıdığı ve ayrıca Mülkî amirin emri ibaresi ile sonucu etkileyici ya da hükmün niteliğini değiştirici bir unsur niteliğinde olduğu gerekçeleri ile Anayasa Mahkemesi'ne gitmiştir.⁴⁰⁰ Yüksek mahkeme ise bildirim usulü ile polise, verilecek oyun ve temsilleri ve yapılacak gösterileri izleyebilme ve temsil ve gösteriye katılanlar ile diğer kişilerin kimliğini öğrenme olanağı sağlandığını, yapılacak başvuruya senaryonun eklenmesi gerekmediğine göre bir ön denetimin söz konusu olmadığını belirtmiştir.

³⁹⁹ Derdiman, 2007, s.271.

⁴⁰⁰ AYM, E.1985/8, K.1986/27, K.T. 26.11.1986 R.G. Tarih-Sayı: 14.08.1987-19544.

PVSK'nın bu Ek 1. Maddesine değişiklik getiren 16.6.1985 günlü, 3233 sayılı Kanun'un 7. maddesinin soyut kavramları ihtiva ettiği ve Mlk amirin emri ibaresi sebebiyle hukuksuzluğa neden olabileceği gerekçesi ile Anayasa'ya aykırılık davasına konu olduğunu yukarda inceledik. Bununla birlikte OKAY TEKİNSOY aslında bu değişikliği olumlu bir gelişme olarak nitelemiş ve İlgili maddenin değişiklikten önceki halinde mülki idare amirine polis vasıtasıyla, genel ahlaka aykırı olduğu tespit edilen oyun ve temisleri men etme yetkisini vermekte olduğunu ve bunun ise sansür niteliğinde olduğunu belirterek yapılan değişikliğin PVSK'nın 11. ve 8. maddelerindeki, ifade özgürlüğü ve bilim ve sanat özgürlüğünü genel ahlak sebebiyle sınırlama yetkisi veren düzenlemeler açısından da yapılması gerektiğini vurgulamıştır.⁴⁰¹

Birbirine çok benzer bu iki düzenlemede sınırlama sebepleri arasında ilkinde "genel güvenlik" gerekçesine yer verilirken ikincisinde yer verilmemesi ise kanun koyucunun bir tercihi olabileceği gibi bir unutulma da olabilir.

PVSK'da ayrıca 6. madde gereğince gereğince umuma açık istirahat ve eğlence yerlerine belediye sınırları içinde belediye encümeni, belediye sınırları dışında ise il daimi encümeni tarafından idari para cezasının verileceği hallerden biri olarak da "mevzuat hükümlerine aykırı olarak işletilen" iş yerleri sayılmıştır. Bu madde polise olmasa da bir idari kolluk makamı olan belediyelere ve il daimi encümenine idari para cezası verme yetkisi tanımıştır. İlgili mevzuata aykırılık ibaresi ile kast edilen aynı zamanda "genel ahlak"a da uygunluktur.

⁴⁰¹ Okay Okay Tekinsoy, 2011, s. 117.

Kolluğa PVSK aracılığıyla “genel ahlak” sebebiyle tanınan müdahale etme yetkisi ve hatta bireylerin yaşam şekillerini de kapsayan görev ve yetkileri başlıca bu dört başlık altında incelenmiştir. Tüm sınırlamalar ve müdahalelerin yarattığı başlıca problem ise, belirsiz kavramlar yoluyla, devlete ait zor kullanma gücünün bireylerin hayatlarında birer vatandaş olarak, devletin güvencesinde olan eşitliğe aykırı durumlara sık sık maruz kalmasını gördük.

Devlet kuşkusuz toplumsal hayatın güven ve huzur içinde seyrini, doğasından gelen kendisine özgü dengesini korumayı ve zaman zaman da bu topluma egemen olan, yerleşmiş birtakım değerlerin varlığını korumakla görevli durumdadır. Olması gereken hukuk bakımından devletin toplumsal değerleri koruma görevinin olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Ancak polisin devleti oluşturan bürokratik, askeri ve siyasi gücün değerlerini koruma görevi yoktur. Buna karşın böyle bir görev tanımı olmayan polisin takdir yetkisi artırılarak, toplumun bilinçli olarak dönüşümünü gerçekleştirmek de kanun koyucu vasıtasıyla iktidarın elindedir. Polisin takdir yetkisinin aslında polislik işine neredeyse içkin bir olgu olarak yerleştiğini belirten ERGUT, bu alanda polisin kendi iktidarını yayma yolunda alabildiğince özgür hissettiğini belirtmiştir.⁴⁰² Polis çoğu zaman, toplumsal olaylara müdahale görevini yerine getirirken; hem bir örgüt içinde bir birey olarak hissettiği aitlik hissi ile hem de sahip olduğu zor kullanma gücü karşısında bireyin karşı koyma hak ve yetkisinin olmadığı bilinciyle hareket etmektedir

⁴⁰² Ergut,2004, s.65.

B.6112 Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun ve Yayın Hizmeti İlkelerinin İhlalleri

1982 Anayasası 133. maddesinde Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulduğu ifade edilmiş olup, kurulun kuruluş, görev ve yetkileri ile üyelerinin nitelikleri, seçim usulleri ve görev süresinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.⁴⁰³ Nitekim 03.03.2011 tarih ve 27863 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6112 sayılı Radyo Ve Televizyonların Kuruluş Ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un 34. ve 35. maddeleri gereği Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK)nun, idarenin düzenleyici ve denetleyici bir bağımsız idari otorite olduğu düzenlenmiştir.⁴⁰⁴ Üst Kurulun denetimi başta Başbakanlık Yüksek Denetleme Kuruluna verilmişse de, kurulun bağımsızlığını etkileyeceğinden bahisle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal olunmuştur.⁴⁰⁵ RTÜK görsel-ışitsel yayın hizmeti alanında idari yaptırım uygulama konusunda münhasıran yetkili olup⁴⁰⁶, bu yetkisini kanunda açıkça bir düzenleme olmadıkça başka bir makam, kurul veya kamu görevlisine devredemez. Zira İdare Hukukunda idari yaptırımların nitelikleri itibariyle yetki devri mümkün olmayıp, ancak nitelikleri itibariyle yetki

⁴⁰³ Madde 133 -(Değişik: 8/7/1993 - 3913/1 md.)Radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbesttir. (Ek fıkra: 21/6/2005-5370/1 md.) Radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu dokuz üyeden oluşur. Üyeler, siyasi parti gruplarının üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı olarak gösterecekleri adaylar arasından, her siyasi parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca seçilir. Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun kuruluşu, görev ve yetkileri, üyelerinin nitelikleri, seçim usulleri ve görev süreleri kanunla düzenlenir.

Devletçe kamu tüzelkişiliği olarak kurulan tek radyo ve televizyon kurumu ile kamu tüzelkişilerinden yardım gören haber ajanslarının özerkliği ve yayınlarının tarafsızlığı esastır.”

⁴⁰⁴ İlgili Kanun, çalışmanın devamında “RTÜK Kanunu” kısaltması ile kullanılacaktır.

⁴⁰⁵ AYM, E. 2002/100, K. 2004/109, K.T. 21.9.2004, R.G.Tarih-Sayısı : 04.08.2006-26249.

⁴⁰⁶ 6112 sayılı RTÜK kanunu, madde 32/8

devrine konu olabilecekler için yetki devrinin mümkün olduğunu gösteren ve mümkün kılan açık yasal düzenleme ve dayanak olmalıdır.⁴⁰⁷

Türkiye’de RTÜK’den başka çok sayıda bağımsız idari otorite mevcut olup, bunların yerine getirdikleri faaliyetler sırasında birey hak ve özgürlüklerine müdahalelerde bulundukları yadsınamaz bir gerçektir. Bağımsız idari otoriteler kamu gücü kullanma yetkisine haiz olup, bu anlamda düzenleyici işlemler ve birel işlemler yapabilmekte ve nihayet gerektiğinde idari yaptırımlar da uygulayabilmektedir. Bütün bu açıklamalara dayanılarak bağımsız idari otoritelerin, teşkilat kanunlarında belirlenen faaliyet alanlarında kolluk görev ve yetkisine sahip oldukları söylenebilir.⁴⁰⁸ Bu durumda idari kolluğun, zorlayıcı ve bastırıcı nitelikteki müeyyidelerinden örneğin para cezası verme yetkisine sahip olan RTÜK’ün kararlarını da kolluk işlemleri vasıtasıyla temel hak ve özgürlüklere karşı gerçekleştirilen müdahaleler başlığı altında inceleyebiliriz.

RTÜK Kanunu uyarınca yayın hizmetine dair verilen idari yaptırımların tür, miktar ve süresi ile idari yaptırım yetkisinin yöntemi, ilgili Kanun’un 10. Bölümü, 32. maddesinde onbir fıkradan ibaret olmak üzere ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. RTÜK Kanunu’unda düzenlenen başlıca idari yaptırım türleri; idari para cezaları, program durdurma, katalogdan çıkarma yaptırımı, yayın durdurma, yayın iletiminin durdurulması ve yayın lisansının veya iletim yetkisi belgesinin iptali olmak üzere beş başlık altında sayılabilir.⁴⁰⁹ İdari yaptırımların bireylerin temel hak ve özgürlüklerine

⁴⁰⁷Vahap Darendeli, **İdari Ceza Hukuku Açısından Görsel-İşitsel Medya Alanındaki İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s.292.

⁴⁰⁸Adil Bucaktepe , **Genel İdari Kolluk Ve Kolluk İşlemleri**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2008, s. 125.

⁴⁰⁹ Darendeli,2013, s.163.

bir müdahalede bulunması sebebiyle için mutlaka yasayla belirlenmesi, kişilerin yasak idari işlem ve eylemleri önceden bilmeleri bu açıdan da idari yaptırım ve ihlallere ilişkin düzenlemelerin açık anlaşılır ve sınırlarının belli olması gereklidir.⁴¹⁰

Anayasa Mahkemesi yayın hizmetlerine ilişkin idari yaptırımların belirliliği açısından verdiği kararlarında genel olarak uygulamaya takdir yetkisi tanıyan bir tutum izlemiştir. Nitekim mülga 3984 sayılı Kanun'un yayın ilkelerinin düzenlediği 4/2 de geçen “veya toplumda nefret duyguları oluşturan” ve “veya korku salacak” ibarelerinin soyut, içeriği belirsiz ve kişisel anlayış ve takdire yol açacak nitelikte olduğu iddialarına karşılık, Anayasa Mahkemesi; radyo, televizyon ve veri yayınlarının büyük halk kitleleri üzerindeki etkisini vurgulayarak, sürekli değişen toplumsal olaylar karşısında nefret ve korku hislerinin hangi yayın ile oluşacağının önceden kanun koyucu tarafından belirlenmesinin güçlüğü kabul ederek, bu kavramların zaman içinde öğreti ve yargı kararlarıyla içerik ve anlam kazanacağından bahisle ilgili iddiaları reddedilmiştir.⁴¹¹ Anayasa Mahkemesi benzer yaklaşımla, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan “olağanüstü durumlar” ibaresi ile “milli güvenliğin açıkça gerekli kıldığı haller” ve “kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasının kuvvetle muhtemel olduğu durumlar” ibarelerinin soyut ve belirsiz olduğu, geçici yayın yasağının çerçevesinin çizilmediği, dava konusu kuralın belirsizliği nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesinin ihlal edildiği iddiasına karşılık; ilgili ibarelerin içerik ve kapsamının kanun koyucu tarafından önceden tek tek belirlenemeyeceğini, ilgili

⁴¹⁰ Darandeli, 2013, s. 228.

⁴¹¹ AYM, E.2002/100, K.2004/109, K.T. 21.09.2004, R.G. Tarih-Sayı: 04.08.2006-26249.

ibarelere doktrin, uygulama ve yargı kararlarıyla zaman içerisinde anlam kazandırılarak ibarelerin genel çerçevesi belirlenmiş ve içeriğinin somutlaştırılmış olduğunu belirtmiştir. Bu ibarelerin yer aldığı kural ile geçici yayın yasağı getirilebilmesi için gerekli durum ve şartların temel esasları ve çerçevesi belirlenmiş olduğundan, dava konusu kuralın hukuk güvenliği ve belirlilik ilkelerine aykırı bir yönü olmadığına karar vermiştir.⁴¹²

RTÜK, gerek halen yürürlükte olan 6112 sayılı Kanun, gerekse 3984 sayılı Kanun yürürlükte olduğu süre boyunca pek çok sayıda radyo ve televizyon yayınına incelemiş ve yayınların “genel ahlak”, “Türk aile yapısına aykırı olması” yahut “müstehcen” olması sebebiyle kanunun kendisine verdiği yetki çerçevesinde müeyyideler uygulamıştır. Bunların neler olduğu ve içeriklerindeki hangi unsurlar sebebiyle yayınların, müstehcen, Türk aile yapısına ve ahlaka aykırı görülerek müeyyideye tabi tutulduğunu kestirmek güçtür. Anayasa Mahkemesi ise yerleşik içtihatında bu ilkelerin nasıl anlaşılıp, uygulanacağını zaman içinde öğreti ve yargı kararları ile içerik ve anlam kazanacağını vurgulamıştır.

Her iki kanunda da özellikle genel ahlak gibi değer yargılarına göre değişen, belirsiz bir kavram olan müstehcenlik kavramının tanımı yapılmamış olmakla birlikte, Radyo ve Televizyon Yayınlarının Usul ve Esaslarına Dair Yönetmeliğin “Yayın İlkeleri” başlıklı 5(t) bendi bu konuda yol gösterici olmuştur. Buna göre, “cinsel duyguları sömürmeye yönelik, bireyleri cinsel meta olarak gösteren, insan bedenini tahrik

⁴¹²AYM, E.2011/44, K. 2012/99 K.T. 21.6.2012, R.G. Tarih-Sayı : 13.03.2013-28586.

unsuruna indirgeyen, toplumsal yaşam alanı içinde sergilenemeyecek mahrem söz ve davranışlar içeren yayınlar yapılmamalıdır.”

6112 sayılı Kanun’un yayın içeriğine ilişkin ihlallerin büyük bir kısmı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu tarafından suç olarak (125, 132, 134, 226, 267, 288, 285); 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 18.,19. ve 20. maddelerinde yazılı eylemler basın suçları olarak; 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nda (32-43 maddeleri arasında) da kabahat olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.⁴¹³

RTÜK Kanunu’nda çalışmamız açısından önem teşkil eden bölüm, Kanun’un 8. maddesinde 20 ayrı ilke olmak üzere açıklamış olduğu “yayın hizmeti ilkeleridir.” Bu ilkelere ilişkin ayrıntılı düzenleme ayrıca Yayın Hizmetinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte⁴¹⁴ düzenlenmiş olup bu “yayın hizmeti ilkeleri” belirlenirken Anayasa, AİHS, Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesinin ifade ve haber alma özgürlüğüne ilişkin hükümleri esas alınmıştır.⁴¹⁵ Yayın hizmet ilkeleri arasında ihlalin ağırlığına ve uygulanacak yaptırıma göre yayın ilkeleri sınıflandırılmış olup, bunlardan bir kısmı ağır yayın ihlali olarak 7 başlık halinde diğerlerinden ayrılmıştır. 6112 sayılı Kanun’nun 32. maddesinin 1. fıkrasına göre; bu kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (d), (g), (n), (s) ve

⁴¹³ Ayrıca 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun gereği içerikle ilgili ihlaller ve internet ortamında işlenen suçlarla ilgili mücadeye ilişkin esas ve usulleri düzenlemekte olup, kanun 8. maddede düzenlenen katalog suçların işlendiğine dair “yeterli şüphe sebebi bulunan” yayınların erişiminin engellenmesine de imkan sağlamaktadır. Bkz. Darendeli, 2013, s. 376.

⁴¹⁴ “Yayın Hizmetlerinin Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik”, 02.11.2011 Tarih Ve 28103 Sayılı Resmi Gazetede Yayımlanmıştır.

⁴¹⁵ 1982 Anayasası’nın *Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyetine İlişkin 26,27,28 nci maddeleri*, AİHS nin *İfade Ve Haber Alma Özgürlüğüne İlişkin 10. maddesinin ikinci paragraf hükmü*, Avrupa Konseyi Sınır Tanımayan Televizyon Sözleşmesi Hükümleri, Avrupa Birliği Görsel İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi Hükümleri, yayın hizmet ilkerine ve içerik denetimine dayanak teşkil eden ulus ve ulusüstü düzenlemelerdir. Bkz. Darendeli, 2013, s. 370.

(ş) bentlerinde düzenlenmiş olan yayın hizmeti ilkelerine aykırı yayın yapan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara uyarı yapılmaksızın kanunda yazılı idari para cezası veya tedbire başvurulabileceği düzenlenmiştir.⁴¹⁶ Ağır yayın ihlali olarak düzenlen bentlerden (n) bendi ise müstehcen yayın yasağına ilişkindir. İlgili hükme ilişkin örnek yargı kararlarına aşağıda detaylı olarak yer verilecek olup, özellikle Danıştay'ın "müstehcenlik" algısı ve yorumu çalışmamızın konusu bakımından ayrıca önemlidir.

RTÜK'ün kuruluş ve görevi mülga 13/04/1994 tarih, 3984 sayılı Radyo Ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un üçüncü bölümünde 5. madde ile düzenlenmiş olup yayınların ilgili kanunun 4 .maddesinde ve bu alanda Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmalara uygunluğu açılarından denetlenmesini yapmak görevi verilmişti. 3984 sayılı Kanun'un 4. maddesi ise radyo, televizyon ve veri yayınlarının "hukukun üstünlüğüne, Anayasa'nın genel ilkelerine, temel hak ve özgürlüklere, millî güvenliğe ve **genel ahlaka** uygun olarak kamu hizmeti anlayışı çerçevesinde..." yapılacağını ve aynı maddenin ilgili fıkralarında sayılan yayın ilkelerine uyulması gereğini belirtilmişti.

Bu ilkelerin içinde, **yayınların müstehcen olmaması**, gençlerin ve çocukların fiziksel, zihinsel ve **ahlaki gelişimini** zedeleyecek türden programların bunların seyredebileceği zaman ve saatlerde yayınlanmaması ve toplumun millî ve manevî değerlerine ve Türk aile yapısına aykırı olmaması da yer alıyordu.

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınlar Hakkında Kanun, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunu'nun

⁴¹⁶ Darendeli, 2013, s. 389.

48.maddesi gereği yürürlükten kaldırılmış olup, Mevzuatta 3984 sayılı Kanun’a yapılan atıflar bu Kanunun ilgili hükümlerine yapılmış sayılmıştır. İlgili Kanun yine Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun kuruluşunu, teşkilâtı, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin usul ve esasları belirlemiş olup, 8(e) bendi gereğince yayın hizmetlerinin, “... toplumun millî ve manevî değerlerine, **genel ahlaka** ve ailenin korunması ilkesine aykırı olamayacağı, **müstehcen olamayacağı** ve 3984 sayılı Kanun’dan farklı olarak, alkol, tütün ürünleri ve uyuşturucu gibi bağımlılık yapıcı madde kullanımı ile kumar oynamayı özendirici nitelikte olamayacağı...” düzenlenmiştir. Ayrıca Radyo ve televizyon yayın hizmetlerinde, çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya **ahlakî gelişimine** zarar verebilecek türde içerik taşıyan programlar bunların izleyebileceği zaman dilimlerinde ve koruyucu sembol kullanılmadan yayınlanamayacağı ve isteğe bağlı yayın hizmeti sağlayıcıları, çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya **ahlakî gelişimini** olumsuz etkileyebilecek nitelikteki yayın hizmetlerinin, bunların bu tür hizmetleri normal şartlar altında duymayacakları ve görmeyecekleri şekilde sunulmasını sağlamakla yükümlü oldukları hükme bağlanmıştır.

6112 Sayılı Kanun’un 8/1 (giriş) düzenlemesine aykırı olduğu gerekçesi ile düzenlenen idari yaptırımlara bakacak olursak; ilgili hüküm mülga 3984 sayılı Kanun’un 4(1), fıkrası⁴¹⁷ gereğince Ankara 11. İdare Mahkemesi *Mavi Şeker* adlı televizyon prgoramında şarkı içinde geçen, çoğunluğu argo ve müstehcen ifadelerin yer aldığı yayını, yüksek reyting sağlamaya yönelik, genel ahlak, adab ve Türk toplum

⁴¹⁷ 3984 sayılı Kanunun 4(1), (giriş) fıkrası : “Radyo, televizyon ve veri yayınları, hukukun üstünlüğüne, Anayasanın genel ilkelerine, temel hak ve özgürlüklere, milli güvenliğe ve **genel ahlaka** uygun olarak kamu hizmeti anlayışı çerçevesinde yapılır.”

yapısının örf-adet kurallarına yzak olduğu gerekeçesi ile uyarılmasında hukuka aykırılık görmemiştir.⁴¹⁸

6112 sayılı Kanun'un 32. maddesinin 1. fıkrasına göre; ilgili kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasının (n) bendi gereğince "müstehcen" yayın yasağına ilişkin olarak kısa bir açıklama yapalım. AİHM ve AB Divanı "cinsel münasebet, müstehcenlik, kürtaj ve bir dinin önemini içeren ifade ve görüntüleri, ahlak değerleri ve ahlakın korunmasını düzenleyen AİHS md. 10/2 kapsamında değerlendirmektedir.⁴¹⁹ İlgili hükmün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'nde açılan davada, Anayasa Mahkemesi müstehcenlik kavramıyla ilgili doktrinde birçok tanıma yer verildiğini, herkesin ortak olarak kabul edebileceği bir tanımının yapılmasının olanaklı olmayıp, yapılan tanımlarda, '*şehvet hissine yönelik*', '*şehvet hissini tahrik*', '*ar ve haya duygusunu tahrik eden*' gibi ortak olarak kullanılan bazı unsurların olduğunu saptamıştır.⁴²⁰

İlgili kararda Anayasa Mahkemesi, hem müstehcenlik hem de genel ahlakın birbiri yerine kullanılabileceği izlenimi uyandırmıştır. Şöyle ki:

"Gerek mukayeseli hukukta gerekse milli hukukumuzda müstehcenlik ile ilgili getirilen hükümlerde korunmak istenen başlıca hukuki menfaat, toplumun ar ve haya duyguları'dır. Başka bir değışle "genel ahlak"tır. Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında belirtildiği üzere genel ahlak, belli bir zamanda, toplumun büyük bir

⁴¹⁸ Ankara 11. İdare Mahkemesi, E.2009/1572, K.2010/355, T.0203.2010

⁴¹⁹ Darendeli, 2013, s. 411.

⁴²⁰ AYM, E. 2011/44 K. 2012/99 K.T : 21.6.2012, R.G. Tarih-Sayı: 13.03.2013-28586.

çoğunluğunca benimsenmiş bulunan ahlak kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılan bir anlam taşımaktadır.”⁴²¹

Bu tanımdan hareketle sürekli değişen toplumsal yapının müstehcenliğin de içeriğini değiştireceğine dikkat çekmiş ve önceden yasa koyucu tarafından bu tür yayınların neler olduğunun belirlenmesinin güç olduğunu ancak kavramın zaman içinde doktrin, uygulama ve yargı kararlarıyla içerik ve anlam kazandırıldığı için belirsizlik arz etmediğini ifade etmiştir. ⁴²²

Danıştay’ın müstehcenlik kavramına bakışını değerlendirebilmek için bu konuda vermiş olduğu kararlara bakacak olursak:

Danıştay, 2007 tarihli bir kararında, özel bir televizyon kuruluşunun yayınladığı *Roma* isimli dizi filmin, 3984 Sayılı Kanun’un 4. maddesinin (t) bendinde yer alan müstehcen olmama yönündeki yayın ilkesinin ihlal edildiği belirtilerek uyarılmasına dair 30.1.2006 tarihli işlemle tebliğ edilen Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nun 27.1.2006 tarihli kararının iptali istemiyle açılmış ve İdare Mahkemesi’nce ilgili dizi film izlenerek bir kısım görüntülerin, müstehcen olması sebebiyle ilgili hükme aykırılık taşıdığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmişse de; Danıştay , söz konusu yayının müstehcen nitelikte olup olmadığı hususunun belirlenmesi, uzman kişilerden

⁴²¹AYM, E. 2011/44 K. 2012/99 K.T : 21.6.2012, R.G. Tarih-Sayı: 13.03.2013-28586.

⁴²² Kararda üzerinde durulan bir noktayı belirtmek gerekirse, “ **Öte yandan, Türkiye’nin de imzaladığı Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi’nde, televizyon programlarının genel ahlak kuralları ve edebe aykırı olmaması, saldırgan davranışları ve şiddet eylemlerini kışkırtmaması, pornografi içermemesine dair ilkeler bulunmaktadır. Anılan Sözleşme’nin ‘Yayıncının Sorumlulukları’ başlıklı bölümünde yer alan 7. maddesi, ‘program hizmetleri edebe aykırı olmayacak ve pornografi içermeyecektir.’ şeklindedir. Bu nedenle dava konusu kural, Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi ile de uyum içerisindedir.”**

oluşturulacak bir heyete bilirkişi incelemesi yaptırılmasını gerektirmesi gerekçesi ile kararı bozmuştur.⁴²³

Danıştay 2008 tarihinde verdiği kararında ise, her ne kadar İdare Mahkemesi'nin RTÜK tarafından verilen cezanın iptali kararını, uyuşmazlık konusu yayın hakkında bilirkişi incelemesi yaptırılmadan davaya konu işlemin diğer unsurlar itibariyle de hukukiliğini irdelemeye olanak bulunmadığından bozmuş olsa da kararda İdare Mahkemesi nin *müstehcen yayın* kavramının tanımını yapması önemlidir. Buna göre bir yayının müstehcen olarak adlandırılabilmesi için halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsel arzuları tahrik ve istismar edici nitelikte ve genel ahlaka aykırı olarak yapılmış bir yayın olması gerektiği, halkın cep telefonlarına getirilen ek vergilere karşı tepkisizliğini eleştirmek için bir fıkra anlatan sunucunun anlatmış olduğu fıkranın içerisinde geçen becermek kelimesinin halkın ar ve haya duygularını incitme veya cinsel arzulan tahrik ve istismar edici niteliği olmadığı sonucuna varmıştır.⁴²⁴

Anılan kararda olduğu gibi Danıştay'ın, "müstehcen yayın yapmama" ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle saptanması gereği kararlarında istikrar sağlamıştır.⁴²⁵ Buna göre söz konusu yayın içeriğinin, işlem tesisine neden olan müstehcen türden bir program kapsamında olup olmadığının belirlenmesinin özel bilgiyi gerektiren hallerden olduğundan ve işleme konu yayının hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün

⁴²³ Danıştay 13. Daire, E. 2007/1849, K. 2007/4460, KT : 10.7.2007.

⁴²⁴ Danıştay 13. Daire E. 2007/63 K. 2008/4351 KT : 22.5.2008

⁴²⁵ Danıştay 13. Daire E. 2008/5201 K. 2009/6684 KT : 16.6.2009

görmeyerek, bu konuda alanında uzman kişilerden oluşturulacak bir heyete bilirkişi incelemesi yaptırmaması başlı başına bozma nedeni olarak belirtilmiştir.⁴²⁶

Danıştay benzer konuda verdiği 2012 tarihli karara bakacak olursak; “seks yapmakta olan kişilerin açık bir şekilde görüntülendiği ve toplumda genelleşmiş değerlerden sapmaya teşvik edecek mesajlar bulundurmasını”, 3984 sayılı Kanun’un 4(t) bendinde belirtilen “yayınların müstehcen olmaması” ilkesini ihlal eder nitelikte görmüştür.⁴²⁷

Danıştay benzer şekilde 03.41'de yayımlanan *Dark Love* adlı filmin cinsel duyguları sömürmeye yönelik ve pornografik nitelikte olup olmadığına ilişkin kararda öncelikle bilirkişi incelemesi yapılması gerektiğini belirtmiştir.

3984 Sayılı yasanın 4 (d) bendindeki “... genel ahlak, toplum huzuru ve Türk aile yapısına aykırı olmamak...” kuralın ihlal edilip edilmediğinin ayrıca Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi'nin⁴²⁸ 7.maddesinin 1(a) bendinde, “...program hizmetlerinin, özellikle, edebe aykırı olmayacağı ve pornoğrafi içermeyeceği...” yönündeki hükmün ve Radyo ve Televizyon Yayınları Yayın Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik⁴²⁹’in "cinsellik" başlıklı 10.maddesinde geçen “...cinsel duyguları sömürmeye yönelik yayın yapılamayacağı, ancak tür ve içerik gerliği, cinselliğin yer aldığı yapımların, gençlerin ve çocukların zihinsel, duygusal, sosyal ve ahlaki gelişimini

⁴²⁶ Danıştay 13. Daire E. 2006/40 K. 2006/2864 KT : 5.7.2006, benzer yönde bilirkişi incelemesinin zorunlu olduğuna dair kararlar için bkz. Danıştay 13. Daire E. 2007/14880 K.2008/7146 KT: 7.11.2008; Danıştay 13. Dairesi, Esas 2009 / 1917, Karar 2010 / 2601, 29/03/2010

⁴²⁷ Danıştay 13. Daire E.2011/4215, K.2012/2922, K.T.12.11.2011

⁴²⁸ 4.11.1993 tarih ve 3915 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ve Bakanlar Kurulunca 22.11.1993 tarih ve 93/5038 sayılı kararla onaylanmıştır.

⁴²⁹ Radyo ve Televizyon Kuruluşlarının, 3984 sayılı Yasa ve Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesinde öngörülen hükümler çerçevesinde uyacakları yayın esas ve usullerini belirlemek amacıyla çıkarılmıştır

korumak amacıyla uygun uyarılar yapılarak, saat 24.00 ile 05.00 arasında yayınlanabileceği, bu tür programların tanıtım duyurularında, cinselliğin teşhir edildiği bölümlerin kullanılamayacağı ve bu duyuruların saat 21.30'dan önce yapılamayacağı kurala bağlanmıştır...” hükümlerini birlikte değerlendirerek, tür ve içerik gereği cinselliğin yer aldığı yapımların saat 24.00 ile 05.00 arasında yayınlanabileceği, ancak bu yayınların cinsel duyguları sömürmeye yönelik ve pornografik nitelikli olamayacağı anlaşıldığını belirtmişse de, filmin cinsel duyguları sömürmeye yönelik ve pornografik nitelikte olup olmadığının belirlenmesi için bilirkişi incelemesi yapmak üzere dosyayı geri göndermiştir.⁴³⁰

Danıştay ilgili uyuşmazlık konusu ile ilgili bozma kararını⁴³¹ 2005 yılında vererek, dosyayı İdare Mahkemesi'ne göndermişse de, yayımlanan *Dark Love* adlı filmin kasetinin (varsa CD'sinin) istenilmesi üzerine gönderilen cevabı yazılardan, yayın bantlarının yayından sonra bir (1) yıl süreyle saklama yükümlülüğü olduğu, artık temin edebilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmış, fiilen bilirkişi incelemesi yaptırılabilme imkanının ortadan kalktığı için İdare Mahkemesi, bilirkişi incelemesinden geçmeden dosyadaki bilgi ve belgelere göre karar vermiş ve filmdeki görüntülerin genel ahlak ve toplum huzuru ile Türk aile yapısına aykırı olduğunu saptamış ve Danıştay da bu doğrultuda verilen İdare Mahkemesi'nin idari kararın iptali talebinin reddini onaylamıştır.⁴³² Böylece İdare Mahkemesi farklı tarihlerde verdiği her iki kararda da filmin içeriğini sakıncalı bulmuştur.

⁴³⁰ Danıştay 10. Daire, E. 1999/5326 K. 2001/1807 KT:15.5.2001

⁴³¹ 22.2.2005 tarih ve E:2005/832, K:2005/948

⁴³² Danıştay 13. Daire, E. 2006/4712 K. 2007/4512 KT: 13.7.2007

Hülya Avşar Stüdyosu adlı programda Hülya Avşar ile Haydar Dümen arasında geçen söyleşinin “... genel sınırlar içinde değerlendirilmeye uygun olduğu, toplumsal mahremiyetin açık olarak telaffuz etmekten sakındığı terimler ilk bakışta programın yanlışlığı olarak gözükse de, bu terimlerin teşvik edici ve özendirici olmak yerine yanlışları ve sakıncalarıyla sunulduğu, uzmanın ensestinin gerçekte hangi nedenlere dayandığını anlatırken eylemi aynı zamanda olumsuzlaştırıcı sözcüklerle de çirkin ve ahlak dışı bir eylem olarak sunduğu, pornonun, gençlere ve çocuklara tavsiye edilecek bir şey olmadığı tespitlerinde bulunulduğu ve söyleşinin cinsellik konusunda bilgi eksikliğinden kaynaklanan sorunlara didaktik bir üslupla yaklaşarak gerçekleştirildiği değerlendirilmelerinin yapıldığı...” bilirkişi raporunun da yeterli görülerek, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 4. maddesinin (z) bendinde yer alan “Gençlerin ve çocukların fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimini zedeleyecek türden programların, bunların seyredilebileceği zaman ve saatlerde yayınlanmaması” yayın ilkesinde getirilen esaslara aykırı yayın yapan davacı şirketin uyarılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem İdare Mahkemesi tarafından iptal edilmiş, Danıştay da İdare Mahkemesi’nin yukarıda kısaca anlatılan gerekçesini haklı bularak, temyiz istemini reddetmiştir.⁴³³

Danıştay herkesin izleyebileceği bir zaman diliminde canlı olarak yayınlanan programda taraflar arasında hakaret ve iftira niteliği taşıyan ifadelere ve yaşandığı iddia edilen gayri ahlakî ilişkinin detaylarına yer verilmesi sebebiyle verilen idari

⁴³³ Danıştay 13. Daire E. 2009/1969 K. 2010/2549 KT: 24.3.2010.

karara karşı açılan İdare Mahkemesi'nin iptal kararını incelediği bir kararında⁴³⁴ AİHM'in 'Handyside v. The United Kingdom' (5493/72, 07.12.1976, A 24, 48) davasına ilişkin kararındaki “ahlaki değerlerin ve ahlaki gerekliliklerin” değerlendirmesine aynen yer vermiştir.

Buna göre “(...)ahlakî değerlerin zamana ve mekana göre değiştiğini, ahlakî gerekliliklerin tam içeriklerinin ve bunları karşılamak için öngörülen yaptırımların, uluslararası bir yargı yerinden ziyade yerel otoriteler tarafından belirlenmesinin daha doğru olacağını ifade etmiştir. Mahkeme, bir yayının ahlaka aykırı olup olmadığına karar verirken kültürel, sosyal ve dinî etkenlerle birlikte halkın yapısını ve yayının hedef kitlesini de dikkate almaktadır(...)” Bu bakış açısından hareketle genel ahlakın korunmasında, o andaki, genel ve ortalama ahlak anlayışının göz önünde bulundurulmasının gerektiğini belirten Danıştay, toplumda yerleşmiş değer yargılarına göre hoş görülmeyen tüm hareketlerin ise genel ahlaka aykırı nitelik taşıdığını belirtmiştir.

Bu gerekçelerden hareket eden Danıştay, herkesin izleyebileceği bir zaman diliminde canlı olarak yayınlanan programda taraflar arasında hakaret ve iftira niteliği taşıyan ifadelere ve yaşandığı iddia edilen gayri ahlakî ilişkinin detaylarına yer verilmesini 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasında belirlenen televizyon yayınlarının genel ahlaka uygun olarak kamu hizmeti anlayışı çerçevesinde yapılacağına ilişkin ilkenin ihlâlinin açık olduğunu saptayarak, aynı Kanun'un 33. maddesinin birinci fıkrası

⁴³⁴ Danıştay 13. Daire E. 2010/5054 K. 2012/2878 KT : 9.11.2012.

uyarınca program yayınının bir kez durdurulması işleminin iptali yolundaki Mahkeme kararında hukukî isabet görülmemiştir.

Danıştay 2012 tarihli bu kararında “genel ve ortalama ahlak anlayışı” ile “toplumda yerleşmiş değer yargılarını” genel ahlak niteliğinde bir değerlendirme kriteri olarak kullanmıştır.

Danıştay bir başka kararında, çocuk kulübü açma istemiyle yapılan başvurunun, araştırma sonucunda bu işyerinin iki tarafında ve 25-75 metre mesafede birahanelerin mevcut olmasına istinaden 8.10.1996 tarih ve 22781 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Özel Kreş ve Gündüz Bakımevleri ile Özel Çocuk Kulüpleri Kuruluş ve İşleyiş Esasları Hakkında Yönetmeliğin 16 (a) hükmü gereğince çocuk kulübünün bulunduğu yerin “genel ahlak” kurallarına uygun özellikler taşımadığından bahisle reddine ilişkin kararın İzmir 4. İdare Mahkemesi’nin iptalini doğru bulmayarak, kararı bir kez daha incelenmek üzere göndermiştir.

Milli eğitiminin temel amaçlarının “...bütün fertlerini beden, zihin, “ahlak”, ruh ve duygu bakımlarından dengeli ve sağlıklı şekilde gelişmiş bir kişiliğe ve karaktere, hür ve bilimsel düşünme gücüne, geniş bir dünya görüşüne sahip, insan haklarına saygılı, kişilik ve teşebbüse değer veren, topluma karşı sorumluluk duyan, yapıcı, yaratıcı ve verimli kişiler olarak yetiştirmek...”⁴³⁵ arasında “ahlaklı” bireyler yetiştirmenin de öngörüldüğünü ve okul öncesi eğitimin de örgün eğitim kurumları arasında sayıldığını ve bu eğitimin amaç ve görevlerinin milli eğitimin genel

⁴³⁵ 2828 sayılı Yasa ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu madde 2.

amaçlarına ve temel ilkelerine uygun olarak yerine getirileceği⁴³⁶ hükümlerini dikkate alan Danıştay, birahanelerin bulunduğu bir yerde çocuk kulübü açılmasına izin verilmemesine ilişkin kararı , hukuka ve kamu yararına uygun bulmuştur.⁴³⁷

“Ankarada açılmış bulunan bir resim sergisine yabancı ülkelerden birinin Kültür Bakanlığı tarafından gönderilen tablolardan bazıları en yüksek düzeydeki kamu görevlisi tarafından müstehcen bulunarak kaldırılmış idi. Bu olayın asıl önemli yanı ise o kimsenin ne kolluk alanında ne de sergi tertiplenmesi konusunda herhangi bir görev ve yetkisinin sözkonusu olmaması idi.”⁴³⁸ Bu durum ise, ÖZAY tarafından görevli yetkili olmadığı bir konuda kendi değer yargısını uzmanlarınkinin yerine koymakla ayrıca “fonksiyon gasbı” sayılabilecek bir davranış olarak nitelendirilmiştir.

Bu konuda, sadece sınırlı bir yörede yerleşik değer yargıları değil de evrensel olarak kabul görmüş ölçütlere göre bir yorum daha geçerli sayılmaktadır. Çünkü örneğin çıplaklık müstehcen sayılsa bile böyle bir resim ya da heykel sanat eseri niteliğiyle değerlendirildiğinden aynı sonuca varılmayabilir. Öte yandan”...bir kadın veya erkek güzelini bütün çıplaklığı ve açıklığı ile tasvir eden bir yazı bayağı ve müstehcen...”sayılabilirse de”...Nedim’in böyle bir güzeli tasvir eden bir gazeli tıpkı bir tablo, bir Venüs heykeli gibi bir sanat eseridir ve bu gazelin basılması, okunması yayınlanması polisin müdahalesine ve polis rejiminin tatbikine sebep olma(malıdır)”⁴³⁹

⁴³⁶ 2828 sayılı Yasa ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununu madde 19, 20.

⁴³⁷ Danıştay 10. Daire E. 1999/4437 K. 2001/4029 KT : 22.11.2001 Aynı Yönde Danıştay Kararları İçin Bkz. Danıştay 10. Daire E. 2001/283 K. 2002/422 KT : 12.2.2002.

⁴³⁸ Özay, 1994, s.576.

⁴³⁹ Özay, 1994, s.575.

14/7/2004 tarih 5224 sayılı Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılması ile Desteklenmesi Hakkında Kanunun⁴⁴⁰ amacı;

*“Bireyin ve toplumun sinema sanatı ürünlerinden verimli bir biçimde yararlanabilmesi ve sinema sanatının sunduğu olanaklardan yararlanarak çağdaş ve etkin bir kültürel iletişim ortamının yaratılması için sinema sektörünün eğitim, yatırım, girişim, yapım, dağıtım ve gösterim alanlarında geliştirilmesi ve güçlendirilmesi ile kayıt ve tescile de esas olacak şekilde sinema filmlerinin değerlendirilmesi ve sınıflandırılmasını ve bu alanda yerli ve yabancı yatırım ve girişimlerin desteklenmesini sağlamaktır.”*Şeklinde açıklanmış, bu Kanun’un uygulanmasında değerlendirme ve sınıflandırmasının, *“ülke içinde üretilen veya ithal edilen sinema filmlerinin ticarî dolaşıma ve gösterime sunulmadan önce, gösterim ve iletim biçimleri dikkate alınarak kayıt ve tescile de esas olacak şekilde kamu düzeni, genel ahlak ile küçüklerin ve gençlerin ruh sağlığının korunması, insan onuruna uygunluk ve Anayasada öngörülen diğer ilkeler doğrultusunda”* gerçekleştirileceği belirtilmiştir. Bu düzenleme hiç değiştirilmeden aynen 18.02.2005 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin⁴⁴¹ 4. maddesinin (g) bendine de aktarılmıştır. İlgili Yönetmeliğin 9. maddesinin 2. fıkrasında ise değerlendirme ve sınıflandırma sonucunda uygun bulunmayan filmlerin ticari dolaşıma ve gösterime sunulamayacağı düzenlenmiştir.

Bu durumda 5224 sayılı Kanun ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi Ve Sınıflandırılmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında

⁴⁴⁰ 5224 sayılı Kanun, 3257 sayılı Sinema, Video ve Müzik Eserleri Kanununu yürürlükten kaldırmıştır.

⁴⁴¹ Resmi Gazete Tarihi: 18.02.2005 Resmi Gazete Sayısı: 25731

Yönetmeliği ile öngörülen ve sinema filmlerinin *genel ahlaka aykırılığı* yönünden de Değerlendirme ve Sınıflandırma Kurulu tarafından değerlendirilmesi, sinema özgürlüğüne diarenin haksız müdahalesi neticesini doğurabilir. Zira gerek ilgili kurul, gerekse alt kurulların özerk statüde değildir.⁴⁴² Sinema özgürlüğüne yapılan bu müdahale ile maddi düzen, genel ahlaka ilişkin aykırı hareketlerle henüz bozulmamış olsa da, bu tür filmlerin yasaklanmasında tıpkı uyuşturucu madde ya da kumar etkisiyle sonradan ortaya çıkabilecek bir tehlikenin önlenmesi düşünülmüştür.⁴⁴³

Müstehcenlik yalnızca RTÜK Kanunu vasıtasıyla radyo ve televizyon yayınlarını için kolluk müeyyidesine tabi olmayıp aynı zamanda, 5237 sayılı TCK'nın yedinci bölümünde "genel ahlaka aykırı" suçlar başlığı altında 226. maddesinde (Eski 765 sayılı TCK 426-428) bir suç tanımı olarak yer verilmiştir.⁴⁴⁴ Müstehcenlik suçu ile

⁴⁴² Okay Tekinsoy, 2011, s. 118.

⁴⁴³ Özey, 1994, s. 575.

⁴⁴⁴ Madde 226 - (1) a) Bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren ya da bunların içeriğini gösteren, okuyan, okutan veya dinleten, b) Bunların içeriklerini çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösteren, görülebilecek şekilde sergileyen, okuyan, okutan, söyleyen, söyleten, c) Bu ürünleri, içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz eden, d) Bu ürünleri, bunların satışına mahsus alışveriş yerleri dışında, satışa arz eden, satan veya kiraya veren, e) Bu ürünleri, sair mal veya hizmet satışları yanında veya dolayısıyla bedelsiz olarak veren veya dağıtan, f) Bu ürünlerin reklamını yapan, kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya yayınlanmasına aracılık eden kişi altı aydan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (3) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının kullanımına sunan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (4) Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (5) Üç ve dördüncü fıkralardaki ürünlerin içeriğini basın ve yayın yolu ile yayınlayan veya

korunan hukuksal değer, “ortak bir duygu olan genel adabı esas alarak gelecek kötülüğü yani genel ahlakın düşmesini önlemek”⁴⁴⁵ olup, suçun maddi unsuru yani, müstehcenlik halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsel arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka, toplumun ortak edep duygusuna aykırı davranışlar olarak nitelendirilir. Ayrıca korunan bu hukuksal değer yalnızca toplumun genel ahlakı olmayıp, aynı zamanda çocukların ve hatta yetişkinlerin de korunması istenmiştir. Zira kişilerin cinsel özgürlükleri bu tür yayınlardan uzak kalınması şeklinde de görünebilir. Bu durumda müstehcenlik suçunda korunan hukuki değer, birden fazladır denilebilir.⁴⁴⁶

Ceza Hukukunda ise müstehcenin belirlenmesinde, ortak hicap duygusunun esas alınması gerektiği ve genelin ar ve haya duygularının rencide edilmiş olması arandığı gibi⁴⁴⁷, bir eserin müstehcen sayılması için, o eser veya eşyanın bütünü gözden geçirildiğinde, orta halli okuyucunun ar ve haya duygusunu yıkmaya bozmaya yatkın olması ve başkasının üzerinde cinsel bir tahrik, bir tür şehveti tahrik etkisi meydana getirmeye yönelik olması gerekmektedir. Toplumda aşılmış hale gelmiş ve artık insanları rahatsız etmez duruma gelmiş uygulamalar ise müstehcen

yayınlanmasına aracılık eden ya da çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. (6) Bu suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. (7) Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz.

⁴⁴⁵ Erem ve Toroslu, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Savaş Yayınları, Ankara, 2000, s. 20.

⁴⁴⁶ Fatih Selami Mahmutoglu, “**Türk Ceza Kanununda Yer Alan Basın Yayınına İlişkin Bazı Hükümlerin Genel Olarak Değerlendirilmesi**”, Fasikül Dergisi, S.14, Ankara, Ocak 2011,s. 22

⁴⁴⁷ Erem ve Toroslu, 2000, s. 385.

sayılmazlar.⁴⁴⁸ Müstehcenlik, böylelikle halkın ar ve haya duygularını rencide eden, cinsi arzuları tahrik ve istismar eden, genel ahlaka aykırılık⁴⁴⁹ olarak nitelenmektedir.

Müstehcenlik suçunun düzenlendiği TCK 226. madde gerekçesinde baktığımızda ise ilgili hüküm ile; *normatif (değerlendirilebilir) bir unsur niteliğini taşıyan müstehcenlik kavramının içeriğinin belirlenmesinde, toplumda egemen olan değer ölçüleri* ve TCK 225. madde gerekçesinde;⁴⁵⁰ *hayasızca hareketler kavramına yönelik olarak yapılan açıklamalar*, göz önünde bulundurulmalıdır denmiştir.

Doktrin ve Anayasa Mahkemesi kararları birlikte değerlendirildiğinde, müstehcenlik suçu ile korunan hukuki menfaatin “genel ahlak” ya da Anayasa Mahkemesi’nin özdeşleştirdiği kavramlar olarak “ar veya haya duyguları” olduğu olduğu söylenebilir. Eski 765 sayılı TCK ile yeni 5237 sayılı TCK’da düzenlenen müstehcenlik suçunun kişilerin temel hak ve özgürlüklerine nasıl yansıdığını değerlendirmek Ceza Hukukunun konusuna girmekle birlikte, 5237 sayılı TCK 226/7 çalışmamız açısından önemlidir. TCK 226/7’ye göre, bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra (madde226/3: (3) Müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan, satışa arz eden, satan, nakleden, depolayan, ihraç eden, bulunduran ya da başkalarının

⁴⁴⁸ Sulhi Dönmezer, **Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975, s.210.

⁴⁴⁹ Timuçin Köprülü, “Müstehcenlik”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Aralık 2008, Sayı 12-60, ss. 27-31, s. 29

⁴⁵⁰ 5237 sayılı TCK 225 nci madde ile hayasızca davranışlar cezaya tabi tutulmuş olup, gerekçesinde “genel olarak edep ve iffete saldırı niteliği taşıyan davranışlar, suç oluşturmaktadır. Böylece, halkın ar ve haya duygularının, toplumun ortak edep ve ahlak temizliğinin korunması amaçlanmıştır. Bu suretle toplum kültürünün önemli bir kısmını oluşturan edep, iffet, ar ve haya duyguları, edep töreleri korunmakta ve bu değerlere saldırı niteliği taşıyan hareketler yasaklanmaktadır.” Açıklamasına yer verilmiştir.

kullanımına sunan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.) hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz.

Kavramın belirsiz niteliği ve ceza hukukundaki katı kanunilik prensibi gözönüne alındığında, bilimsel, sanatsal ve ebedi değerleri olan eserlerin, müstehcenlik suçu ile karşı karşıya bırakılarak ifade özgürlüğünün ağır bir tehdit ve yaptırım karşısında kalmaktan kurtarılmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu ifade özgürlüğünün korunması için olumlu bir adım olarak değerlendirilebilmekle birlikte, hükmün uygulanması sırasında yine birtakım sakıncaların varlığı yadsınamaz. Bir ürünün, bilimsel, sanatsal ve ebedi değer taşıması için ne gibi vasıflara haiz olması gerektiği pozitif hukuk metinlerinde yazmadığı gibi, bunu değerlendirecek olan makam ya da kişilerin şahsi fikirlerinin ziyadesiyle kararlarda kendini hissettireceği de öngörülebilir bir tehlikedir. Yargıtay kararlarında bir eserin ne zaman müstehcen nitelikte olduğundan bahisle sınırlandırmaya tabi tutulacağına ilişkin tutumu belirtmekte fayda vardır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 1973 tarihinde müstehcen nitelikte kart postal teksir etme piyasa sürmek sebebiyle açılan davada, Milli Eğitim Bakanlığı Efes Müzesi Müdürlüğü'nün 21.7.1971 gün ve 464/1- 343 sayılı yazısı ve bilirkişilerin düzenlediği rapor esas alınarak, kartpostalın üzerindeki resmin, Efes Müzesindeki *Tanrı Bes* heykeline ait olan meşhur bir sanat eserinin, resmi teşekk llerce de gerçekleştirilmiş yayın tarzının tekrarı suretiyle yeniden resim olarak yayınlanması şeklinde olan

kartpostal dolayısıyla müstehcenlik ve müstehcen yayın suçunun oluşmadığına karar vermiştir.⁴⁵¹

Yargıtay, Kasım 2001 tarihinde yayımlanan Dragan Babic'in yazdığı, Fransızca'dan dilimize çevrilen *Son Sürgün* adlı kitabın bazı sayfalarında yer alan yazılardan dolayı halkın ar ve haya duygularını incittiği, cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı bulunduğu kabul edilerek TCK'nın 426 ve 427. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına ilişkin kararında, ek rapor alındıktan sonra sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken noksan araştırmayla yazılı biçimde hüküm kurulması ve TCK'nın 427 /son maddesi gereğince suça konu kitabın imhasına karar verilemeyeceğinin gözetilmemesi gerekçesi ile bozulmasına karar vermiştir.⁴⁵²

Yargıtay, benzer şekilde, TCK'nın değişik 427 /son maddesine aykırı olarak Marquis de Sade'nin yazdığı, Fransızca'dan dilimize çevrilen ve beyanına göre sanığın ortağı ve sorumlusu olduğu A. Yayınları tarafından Nisan 2002 tarihinde neşredilen *Y. O. E* adlı kitabın bazı bölümlerinde yer alan yazıların halkın ar ve haya duygularını incittiği, cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı olduğu kabul edilerek suça konu kitabın imhasına karar verilmesini ve suça konu kitabın edebi eser olup olmadığının bilirkişi incelemesinden geçmeden karar verilmesini hukuka uygun bulmamıştır.⁴⁵³

⁴⁵¹ Yargıtay, Ceza Genel Kurulu, E. 1973/5-575, K. 1974/170, T. 18.3.1974.

⁴⁵² Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2004/502 K. 2004/6242 T. 30.9.2004.

⁴⁵³ Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2004/7362 K. 2004/7909t. 20.12.2004, Bilirkişi İncelemesi Yönünden Benzer Karar İçin Bkz :Yargıtay 5. Ceza Dairesi E. 2006/13422 K. 2007/757 T. 8.2.2007

Yargıtay böylelikle edebi eserlerin ya da görsel ifade özgürlüğü araçlarının müstehcen nitelikte olup olmadığını belirlenmesi hususunda bilirkişiye başvurulmasını şart koşturmuştur. Bununla birlikte bilim, sanat ve edebi eserlerin ne zaman müstehcen olduğuna dair bir ölçüt vermekten kaçınmıştır.

C.Kanun, Tüzük ve Yönetmeliklerde Müstehcen ve Müstehcenlik Kavramının Bireyler İçin Kısıtlayıcı Hükümler Taşıyan Hükümleri

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, 5187 sayılı Basın Kanunu, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunu

Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük⁴⁵⁴

Basın Kartı Yönetmeliği⁴⁵⁵, İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik⁴⁵⁶ Millî Eğitim Bakanlığı

⁴⁵⁴ Yürürlüğe Koyan Bakanlar Kurulu Kararnamesi: 2006/10218 - 20.3.2006

Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 6 Nisan 2006 - Sayı: 26131

⁴⁵⁵ Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: KHK/231 - 18.6.1984

Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 23 Mart 2001 - Sayı: 24351.

⁴⁵⁶ Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 5651 - 4.5.2007

Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 30 Kasım 2007 - Sayı: 26716.

Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği⁴⁵⁷, At Yarışları Yönetmeliği⁴⁵⁸, Milli Eğitim Bakanlığı Mesleki Eğitim Merkezleri Ödül ve Disiplin Yönetmeliği⁴⁵⁹, Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik⁴⁶⁰ Devlet Konservatuvarları Orta ve Lise Devreleri Öğrenci Disiplin Yönetmeliği⁴⁶¹ Milli Eğitim Bakanlığı Öğretmen Yetiştirme Merkezi Disiplin Kurulu Yönetmeliği⁴⁶² Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik⁴⁶³, Adres ve Numaralamaya İlişkin Yönetmelik⁴⁶⁴, Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya Ve Maddeler Hakkında Yönetmelik⁴⁶⁵, Emniyet Genel Müdürlüğü Çocuk Şube Müdürlüğü/Büro

⁴⁵⁷ Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 222 - 5.1.1961 / 1739 - 14.6.1973 / 2429 - 17.3.1981 / 3308 - 5.6.1986 / KHK/573 - 30.5.1997 / 5580 - 8.2.2007 / KHK/652 - 25.8.2011.

Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 7 Eylül 2013 - Sayı: 28758.

⁴⁵⁸ Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 6132 - 10.7.1953 / 5996 - 11.6.2010 / KHK/639 - 3.6.2011

Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 19 Nisan 2011 - Sayı: 27910.

⁴⁵⁹ Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 1739 - 14.6.1973 / 3797 - 30.4.1992 / 3308 - 3.6.1986

Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 24 Ağustos 2007 - Sayı: 26623.

⁴⁶⁰ Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 2559 - 4.7.1934 / 2803 - 10.3.1983 / 2937 - 1.11.1983 / 5271 - 4.12.2004 / 5651 - 4.5.2007

Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 10 Kasım 2005 - Sayı: 25989.

⁴⁶¹ Dayandığı Kanunun Numarası ve Tarihi: 2547 - 24.6.1973 / 2809 - 28.3.1983 / 1739 - 24.6.1973

Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 26 Mayıs 1986 - Sayı: 19118.

⁴⁶² Dayandığı Kanunun Numarası ve Tarihi: 657 - 14.7.1965 / 1739 - 24.6.1973

Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 22 Aralık 1980 - Sayı: 17198.

⁴⁶³ Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 7 Ağustos 2009 - Sayı: 27312

⁴⁶⁴ Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 5490 - 25.4.2006

Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 31 Temmuz 2006 - Sayı: 26245.

⁴⁶⁵ Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 5275 - 13.12.2004

Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 17 Haziran 2005 - Sayı: 25848.

Amirliğı Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliğı⁴⁶⁶, Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik⁴⁶⁷, Polis Okulları Yönetmeliğı⁴⁶⁸, Hizmet-İçi Eğitimi Yolu ile İlköğretim Müfettişi Yetiştirilmesi Hakkında Yönetmelik⁴⁶⁹, Özel Radyo ve Televizyon Kuruluşları İdari ve Mali Şartlar Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik⁴⁷⁰, Radyo ve Televizyon Kuruluşları Kanal veya Frekans Tahsisi Şartları ve Bunlara İlişkin İhale Usulleri ile YayınLisansı ve İzni Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik⁴⁷¹, İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik⁴⁷², Okullarda Çıkarılacak Dergi, Gazete Ve Yıllıklar Hakkında Yönetmelik⁴⁷³, Vakıflar Genel Müdürlüğü Öğrenci Yurtları Müdürlüğü Yönetmeliğı⁴⁷⁴, Sinema Filmlerinin Değerlendirilmesi ve Sınıflandırılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik.⁴⁷⁵

⁴⁶⁶ Dayandığı Kanunun Numarası ve Tarihi: 3201 - 4.6.1937 / 2559 - 4.7.1934 / 765 - 1.3.1926 / 1412 - 4.4.1929 / 2253 - 7.11.1979 / 2845 - 16.6.1983 / 3005 - 8.6.1936 / 1117 - 21.6.1927 / 1593 - 24.4.1930 Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 13 Nisan 2001 - Sayı: 24372.

⁴⁶⁷ Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 6112 - 15.2.2011 Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 2 Kasım 2011 - Sayı: 28103.

⁴⁶⁸ Dayandığı Kanunun Numarası ve Tarihi: 3201 - 4.6.1937 Resmi Gazete ile yayım ve ilânı: 26 Ağustos 1995 - Sayı: 22386.

⁴⁶⁹ Bakanlar Kurulu Kararının Numarası ve Tarihi: 162 - 26.11.1982 Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 25 Aralık 1982 - Sayı: 17909.

⁴⁷⁰ Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 25 Şubat 2010 - Sayı: 27504.

⁴⁷¹ Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 24 Şubat 2010 - Sayı: 27503.

⁴⁷² Dayandığı Kanun Numarası ve Tarihi: 5651 - 4.5.2007 Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 1 Kasım 2007 - Sayı: 26687.

⁴⁷³ Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 24 Mayıs 1967 - Sayı: 12604.

⁴⁷⁴ Dayandığı Kanunun Numarası ve Tarihi: KHK/227 - 18.6.1984 Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 9 Mart 1986 - Sayı: 19042.

⁴⁷⁵ Resmi Gazete Tarihi: 18.02.2005 Resmi Gazete Sayısı: 25731.

SONUÇ

Kolluğun kamu düzenini sağlamak ve devam ettirmek için gerçekleştirdiği işlem ve eylemler özü itibariyle bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale eden; birey ile devleti karşı karşıya getiren faaliyetlerdir. Bu anlamda “genel ahlak”ın kamu düzeninin bir unsuru olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte; başta Anayasa olmak üzere “genel ahlak” kavramı kolluk kanunlarında sıkça atıf yapılan bir değer olarak Türk pozitif hukukunda kanun koyucu tarafından korunmuştur. Böylece bireylerin “genel ahlak”a aykırı olarak nitelenen davranışları, yalnızca manevi bir yaptırıma değil aynı zamanda devletin zor kullanma gücü aracılığıyla maddi bir yaptırıma da tabi tutulmuştur. Bu da hukuk sistemimizde toplumsal ahlakın korunmasından devletin kendisini de görevli gördüğüne işaret etmektedir. Ancak doktrin ve yargı kararları ışığında şöyle bir tespitte bulunulabilir. Kolluk güçlerini “genel ahlak” sebebiyle harekete geçiren olay, bireylerin manevi dünyalarına ilişkin birtakım inanç ve düşünceler olamaz. Bu demokratik bir hukuk devletinde, bireyler için açık bir hukuksuzluk yaratacağı gibi, bireylerin devlete ve özelde idareye olan güvenini de sarsacaktır.

Çalışmamızda Anayasa Mahkemesi’nin yerleşmiş içtihatına göre hukuk devletin gereği olarak “hukuki belirlilik” ilkesinin önemi vurgulanarak bu ilkenin ancak hukuki öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik ilkelerinin de birlikteliği ile anlam kazanacağı vurgulanmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi, “genel ahlak” ve “kamu düzeni” kavramlarını idarenin keyfi uygulamalarına sebep olacak nitelikte belirsiz kavramlar olarak görmemiş, buna gerekçe olarak da ilgili kavramların daha önce

mevzuatta kullanıldığına ve zamanla belli bir anlam kazandığına işaret etmiştir. Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay'ın görüş birliğinde olduğu konu, “ahlak” ve “müstehcenlik” kavramlarının belirsiz nitelikte olmalarına rağmen, bu kavramlara gerek mevzuatta daha önce yer verilmesi, gerek uzun zamandan bu yana hukuk düzeninde yer alması sebebiyle ve de doktrinin de yardımı ile belirsiz olmadıkları yönündedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki görüşüne katılmıyoruz. Zira hukuki belirlilik ilkesine önem vererek kararlarında istikrarlı olarak bu ilkenin varlığını arayan Anayasa Mahkemesi'nin “genel ahlak” sebebiyle bireylerin temel hak ve özgürlüklerine yönelik gerçekleşen hukuka aykırı müdahaleleri tespit etmesi ve bu açıdan idarenin takdir yetkisinikeyfiyete vardırmayacak bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. İdari kolluk makam ve personelinin kişisel ahlak anlayışını, genel ahlakın yerine koyarak hareket etmesi ve münhasıran kendisine tanınan zor kullanma yetkisini bireylerin üzerinde tatbik etmesi öngörülmesi zor bir sonuç değildir. Özellikle genel ahlak ile olan bağlantısı dikkate alınarak çalışmada yer verilen “müstehcenlik” kavramının korunması için hareket eden RTÜK'ün değerlendirmeleri ve Danıştay kararları göstermektedir ki; müstehcenlik ve genel ahlak kavramları ülkemizde ve hukuk sistemimizde daha çok utanma, namus ve cinsellik üzerinden algılanmaktadır.

Toplumsal bir ortamı paylaşarak yaşayan insanlar, yaşamlarını birarada, huzurlu ve güvenli bir şekilde sürdürebilmeleri için birtakım davranış kurallarına bağlı kılınmışlardır. Sosyal düzen kuralları adını verdiğimiz bu kurallar ile bireyler, hem birbirlerine karşı hem de topluma karşı sorumludurlar ve bu sorumluluklarını yerine getirmedikleri takdirde birtakım yaptırımlarla karşılaşır. Ahlak kuralları ile hukuk kuralları bu anlamda birer sosyal düzen kuralı olarak insanların davranışlarını

düzenlemeye yönelik ortak bir paydada buluşmuş gibi görünseler de, esasen her ikisinin kaynakları ve özellikle yaptırımları farklıdır.Özellikle ahlak kavramının soyut, belirsiz ve bireylerin değer yargılarına göre değişen niteliği; hukuk kurallarında aranan kesinlik ve belirlilik özelliklerinden çok uzakta hatta bu niteliklere karşıt konumdadır. Bu yüzden de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminde, Anayasa ve kolluk kanunları aracılığıyla “genel ahlak” kavramının bir sınırlama nedeni olarak kullanılmasının Anayasa ile güvenceye alınan temel hak ve özgürlükler açısından yarattığı sakıncalar çalışmamızda yargı kararları aracılığıyla tespit edilmek istenmiştir. Bu amaçla bu sakıncaların günlük hayatta hangi şekilde tezahür ettiğini tespit etmek için idari kolluğun görev alanı incelenmiştir. İdari kolluk, toplumsal yaşamda bireylerin birarada güven ve huzur içinde yaşamasını mümkün kılan kamu düzenini korumak ve devam ettirmekle yükümlüdür. Bu anlamda “genel ahlak” kavramının kamu düzeninin bir unsuru olup olmadığı tartışılmış ve bu konuda iki farklı düşüncenin varlığına dikkat çekilmiştir.Ancak kamu düzeninin bir unsuru olarak kabul edilse de edilmese de, idari kolluğun “genel ahlak” sebebiyle harekete geçmesi için, kişilerin manevi dünyalarına ilişkin davranışların maddi düzene yansması gereği konusunda görüş birliğine varılmıştır. Ayrıca temel hak ve özgürlüklere yönelik olarak kolluk güçleri tarafından genel ahlakı korumak amacıyla gerçekleştirilen müdahalelerin özellikle 2559 sayılı PVSK’nın ilgili hükümleri ve idari kolluğun önleyici görevleri çalışmamızın son bölümünü oluşturmuş ve aleni yerlerde “ahlak” kavramına aykırılık oluşturduğuna hükmedilen düşünce ve davranışların hukuki neticileri incelenmiştir. Bu inceleme sonucunda “genel ahlak” kavramının sanat ve müzik eserlerinin icrasından, iş yeri açma ruhsatının alınmasına kadar varan çokbir geniş uygulama alanına sahip olduğu

görölmüştür. Bununla birlikte çalışmamızda “ahlak” ve “genel ahlak” kavramlarının korunmasına ilişkin hükümler içeren ve konumuz açısından önemli olduğu düşünölen kanun ve yönetmeliklerin listesi verilerek bu kavramların Türk pozitif hukukuna yabancı kavramlar olmadığı, aksine gerek yapılan atıflar, gerekse doğrudan yer verilen hükümler yoluyla hukuk düzenimize yerleşmiş oldukları ifade edilmiştir. Bu anlamda “genel ahlak” kavramı kolluk işlem ve eylemlerine konu olduğu her an ve hayatın günlük akışı içinde idarenin zorlayıcı gücü ile bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale etmektedir. Bu noktada beklenen, bu kavramların birer amaç değil, toplumsal kamu düzeninin korunmasında bir araç olduklarının unutulmaması ve bu koruma sırasında, demokratik bir hukuk devletinde insan haklarına ve evrensel hukuk ilkelerine azami saygının gösterilmesidir.

KAYNAKÇA

Adal, Erhan, **Hukukun Temel İlkeleri**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Akad, Mehmet; Dinçkol, Abdullah, **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları**, Der Yayınları, İstanbul, 2007.

Akarsu, Bedia, **Ahlak Öğretileri**, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1992.

Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat; Kaya, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

Aliefendioğlu, Yılmaz, "2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut", **Anayasa Yargısı Dergisi**, 2002, C.19, ss. 141-176.

Akyol Şener, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006

Alyot, Halim, **Türkiye’de Zabıta: Tarihi Gelişim ve Bugünkü Durum**, İçişleri Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1947.

Ansay, Sabri Şakir, **Hukuk Bilimine Başlangıç**, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1958.

Aral, Vecdi, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2012.

Armağan,Servet, Türk Anayasa Hukukunda Temel Hakların Düzenlenmesi veSınırlanması,(Şematik Bir Açıklama),**İdare Hukuku İlimleri Dergisi**, 1991, S. 1-3, ss. 69-91.

Arsebük Esat, **Medeni Hukukta Ahlak Kaidesinin Rolü**,Hapishane Matbaası, Ankara, 1937

Aslan, İ. Yılmaz; Şenyüz, Doğan; Taş, Metin; Kortunay, Ayhan; Develi, Ömür, **Hukuka Giriş**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2008.

Atay, Ender Ethem, **Hukuk Başlangıcı**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2013.

Atay, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

Avcı, Mustafa **“Önleme Amaçlı Özgürlük Kısıtlamaları, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi (MUYEP) Tebliğleri – II”**, 23-28 Ekim 2007 Antalya/Alanya, Emniyet Genel Müdürlüğü Eğitim DairesiBaşkanlığı Yayınları, Ankara, 2008.

Aybay, Aydın; Aybay, Rona, **Hukuka Giriş**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007.

Aydın, Nurullah, **Hukuka Giriş Temel Kavramlar**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Bakırcı, Kadriye,“İşçi-İşveren İlişkilerinde Ahlaka Aykırılık”, **Güncel Hukuk Dergisi**,Aralık, 2008, S.12-60, ss. 20-24.

Balta, Tahsin Bekir, **İdare Hukuku Genel Konular**, AÜSBF Yayınları,Ankara,1970.

Batum, Süheyl, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1993.

Bilge, Necip, **Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram Ve Kurumları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

Bilgiç, Veysel, K., “Türk Polis Teşkilatının Tarihi Gelişimi”, **Polis Bilimleri Dergisi**, 2002, C. 4, S. 1, ss. 171-186.

Birinci, Ali, “Türk Emniyet Teşkilatında İlkler”, **Polis Bilimleri Dergisi**, 1999, C. 1, S. 3, ss.9-16.

Bucaktepe, Adil, **Genel İdari Kolluk Ve Kolluk İşlemleri**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2008.

Cansel, Erol; Özel, Çağlar, **Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

Cevizci, Ahmet, **Felsefe Ansiklopedisi**, Ekin Yayınları, Ankara, 1996.

Darendeli, Vahap, **İdari Ceza Hukuku Açısından Görsel - İşitsel Medya Alanındaki İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Demir, Abdullah; Deryal, Yahya, **Hukuk Başlangıcı ve Hukuk Metodolojisi (Metodolojik Hukuka Giriş)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Derbil, Süheyp, **İdare Hukuku**, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1959.

Derdiman, Cengiz, **Polis Yönetimi ve Hukuku**, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2007.

Dinçkol, Abdullah, **Hukuka Giriş**, Der Yayınları, İstanbul, 2009.

Dönmezer, Sulhi, **Genel Adap Ve Aile Düzenine Karşı Cürümler**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975.

Duran, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1982.

Duran, Lütfi, **Türkiye Yönetiminde Karmaşa**, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1988.

Erem Faruk; Toroslu Nevzat, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Savaş Yayınları, Ankara, 2000.

Ergut, Ferdan, **Modern Devlet ve Polis Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Toplumsal Denetimin Diyalektiği**, İletişim Yayıncılık, İstanbul, 2004.

Esen, Bülent N., "Müstehcen Mefhumuna Dair", **Ankara Barosu Dergisi**, 1953, S. 5, ss.381-384.

Fazıl, Sağlam, **Temel Hakları Sınırlandırılması ve Özü**, AÜSBF Yayını, Ankara, 1982.

Fendoğlu, H.Tahsin, "2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY.Md.13)", **Anayasa Yargısı Dergisi**, 2002, C.19, ss.178-214.

Fendoğlu, Hasan Tahsin, **Hukuka Giriş (Hukuk Başlangıcı Ders Notları)**, Mimoza Yayınları, Konya, 1995.

Giritli, İsmet; Bilgen, Pertev; Akgüner, Tayfun; Berk, Kahraman, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2011.

Gölcüklü, Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadından “Demokratik Toplum” Ölçütü”, **A.Şeref Gözübüyük’e Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

Gören, Zafer, “Temel Hakların Sınırlanması-Sınırlamanın Sınırları”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Güz 2007/2, Yıl:6, S.12, ss. 39-59.

Gözler, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2007.

Gözler, Kemal, **Hukuka Giriş**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014.

Gözler, Kemal, **İdare Hukuku**, C.2, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009.

Gözler, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2008.

Gözübüyük, Şeref, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

Gregoire, François, **Büyük Ahlak Doktrinleri**, Varlık Yayınları, İstanbul, 1971.

Günday, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.

Güriz, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2013.

Güriz, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2003.

Hafızoğulları, Zeki, **İnsan Hakları, Polis Görevi ve Yetkisi**, AÜHFD, 1995, C.44, S. 1-4, ss. 779-796.

Hatemi, Hüseyin, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK 65 Kuralı), (Gözden Geçirilmiş Doçentlik Tezi)**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.

Heper Altan, **“Alexy’nin hukuksal pozitivizm eleştirisi, hukukla ahlak arasındaki ilişki”**, H.F.S.A., 12. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2005.

Hırş, E. Ernest, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001.

Işıқтаç, Yasemin, **Hukuk Felsefesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.

Işıқтаç Yasemin; Metin, Sevtap, **Hukuk Metodolojisi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012.

İnceoğlu, Sibel, (Editör), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı Kapsamında Bir İnceleme**, Beta Basım, İstanbul, 2013.

Kaboğlu, İbrahim, **Kolektif Özgürlükler**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1989.

Kaboğlu, İbrahim, **Özgürlükler Hukuku 1**, İmge Kitabevi, Ankara, 2013.

Kapani, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Keyman, Selahattin, “Hukukta Bir Tanım Denemesi”, **Akif Erginay’a 65. Yaş Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1981, ss.3-29.

Kıratlı, Metin, **Koruyucu İdari Hizmetler**, Türkiye Ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.

Köprülü, Timuçin, “Müstehcenlik”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Aralık, 2008, Sayı 12-60, ss.27-31.

Kuçuradi, İonna, **Uludağ Konuşmaları (Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları)**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2009.

Mahmutoğlu, Fatih Selami, “**Türk Ceza Kanununda Yer Alan Basın Yayınına İlişkin Bazı Hükümlerin Genel Olarak Değerlendirilmesi**”, Fasikül Dergisi, S.14, Ankara, Ocak 2011.

Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

Ozan, Ergül;Ketizmen, Muammer, “Polis Vazife Ve Selahiyetleri Kanunun Da Yapılan Değişiklikler Üzerine”, **Güncel Hukuk Dergisi**, Ankara, Ağustos 2007, ss. 12-19

Önen, Mesut, **Hukukun Temel Kavramları**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999.

Özay, İl Han, **Günlük Yönetim**, Alfa Basım, İstanbul, 1994.

Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Özek, Çetin, “İnsan Hakları Kavramında Yeni Anlayış Ve Sınırlamalar”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2002, C.60, S. 1-2, İstanbul , ss. 135-162.

Öztan, Bilge, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998.

Özyörük, Mukbil, **Hukuka Giriş**, Ege Matbaası, Ankara, 1959.

Postacıoğlu, İlhan E., Genelev İşletenlerin Mal Sahiplerinin Yaptıkları Kira Sözleşmelerinin Geçerliliği, Karar incelemesi, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 15 S.4, 1949, ss. 1288 – 1309.

Sabuncu, Yavuz, “1982 Anayasası Ve Temel Hak Ve Özgürlükler”, **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, 1984, C.10, S. 76, ss. 16 - 22.

Sabuncu, Yavuz, **Anayasaya Giriş, Ek: 1982 Anayasası**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2000.

Sağlam, Fazıl, “1982 Anayasası’nın Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar”, **Bahri Savcı’ya Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara, 1988, ss. 433-442.

Sağlam, Fazıl, **Temel Hakları Sınırlanması ve Özü**, AÜSBF Yayını, Ankara, 1982.

Salihpaşaoğlu, Yaşar, “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2013, C.16, S. 3, ss. 227-266.

Sevig, Vasfi Raşit, “Ahlakın Umumiyetle Hukuk ve Mukaveleler Üzerine Tesiri”, **Esat Arsebük Armağanı**, Ankara, 1958, ss. 513-618.

Soysal, Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1986.

Soysal, Mümtaz, “İnsan Hakları Açısından Temel Hak Ve Özgürlüklerin Niteliği”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, 1986, C.3, ss. 39-49.

Sönmez, Ali, “Polis Meclisinin Kuruluşu Ve Kaldırılışı,(1845-1850)”, **Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi**, 2005, C.24, S. 37, Ankara,ss. 259-275.

Tan, Turgut, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

Tekinsoy, Özge, Okay, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Tezcan, Durmuş; Erdem, M. Ruhan; Sancaktar, Oğuz; Önok, Rıfat Murat, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.

Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Basım, İstanbul, 2005.

Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Basım, İstanbul, 2014.

Timuroğlu, Vecihi, **İnsan Hakları Sözlüğü**, Özkan Matbaacılık, Ankara, 2007.

Topçuoğlu, Hamide, **Hukuk Sosyolojisi Dersleri,(Sosyoloji Açısından Hukuk)**, AÜHF Yayınları No: 174, Ankara, 1963.

Tuncay, A. Can,**Hukuksal Etik(Legal Ethics) Ders Notları**, Beta Basım, İstanbul, 2013.

Türkbağ, Ahmet Ulvi, “Immanuel Kant’ta Özgürlük, Ahlak, Hukuk ve Devlet”, H.F.S.A., 2. Kitap, Afa Yay., İstanbul, 1995.

Uçarlı, Birol, **Anayasa Mahkemesi Ve Danıştay Kararları Çerçevesinde Temel Hak Ve Hürriyetlerin Kolluk Faaliyetleri İle Sınırlandırılması**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1994.

Uygun, Oktay, **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.

Uygur, Gülriz, "Genel Ahlakın Vazgeçilmezliği Mi ?", **Güncel Hukuk Dergisi**, Aralık, 2008, S. 12-60, ss. 12-14

Uygur, Gülriz, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 51, S. 2, 2002.ss. 1-18.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, **Türk Medeni Hukuku, C.1, Cüz 1. Umumi Esaslar**, İlaveli 7. Bası, İstanbul, 1968.

Yayla, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta Basım, İstanbul, 2009.

Yıldırım, Turan; Yasin, Melikşah; Karan, Nur; Özdemir, H. Eyüp; Üstün, Gül; Tekinsoy, Ö.Okay, **İdare Hukuku**, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Yüksel, Mehmet, "Modernleşme Bağlamında Hukuk ve Etik İlişkisine Sosyolojik Bir Bakış", **SBFD**, 2002, C. 57, S. 1, ss. 177-195.

Yüzbaşıoğlu, Necmi, **Anayasa Hukuku El Kitabı**, Beta Yayınları, 2007.

ÖZET

Bu çalışmanın amacı, belirsiz ve soyut bir kavram olarak “genel ahlak”ın, genel olarak Türk pozitif hukukunda ve özel olarak da kolluk kanunlarında edindiği yere işaret ederek, bireylerin Anayasa ile güvence altına alınmış olan temel hak ve özgürlüklerinin, yine Anayasa’da yer alan sınırlama ilkelerine aykırı olarak ne şekilde ihlal edildiğini ortaya koymaktır. Bu amaçla yargı kararlarına özellikle de Anayasa Mahkemesi kararlarına yer verilerek, sınırları ve niteliği belirsiz olan bu kavrama, hukuk düzenimizde nasıl bir anlam atfedildiği değerlendirilecektir.

Bu anlamda çalışmamızın birinci bölümünde ahlak ve hukuk arasındaki ilişki, hukuk sistemimizde kullanıldığı çerçeve içinde kalınarak anlatılacak ve “genel ahlak”ın belirsiz niteliğine karşın, hukuki bir değer olarak korunmasının sakıncaları üzerinde durulacaktır.

İkinci bölümde ise 1982 Anayasası’nın temel hak ve özgürlükleri düzenleme rejimi doğrultusunda 1982 Anayasası’nın 13. maddesi çerçevesinde hangi temel hak ve özgürlüklerin “genel ahlak” sebebiyle sınırlanabileceği ve bu sınırlamanın ilkeleri, incelenecektir.

Son bölümde ise, kolluğun kamu düzenini koruma ve devam ettirme görevi bağlamında, idari kolluğun görev alanı ve kamu düzeninin bir unsuru olarak “genel ahlak” kavramını düzenleme yetkisi incelenecektir. Bu bağlamda idari kolluğun 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu’ndan ve diğer pozitif hukuk kaynaklarından doğan yetkileri incelenecektir.

ABSTRACT

The aim of this study is by indicating to the place of “public morality”, as an ambiguous and abstract concept, in general the place it obtains in Turkish positive law and specifically in police codes, set forth that how the individuals fundamental freedoms and rights which are guaranteed in the constitution are violated against the principles of limitations of these freedoms and rights in the constitution. For this purpose it will be evaluated through mentioning the jurisprudence especially the Constitutional Court judgments what meaning is attributed to this concept, whose limits and qualities are ambiguous, in our legal order.

Therefore in the first part of our study the relationship between morality and law will be explained in the framework of its use in our legal system and it will be discussed the disadvantages of “public morality”’s protection as a legal norm albeit its ambiguous nature.

In the second part it will be discussed that in the sense of regulation regime of 1982 Constitution on fundamental freedoms and rights, which fundamental rights and freedoms can be limited with the ground of “public morality” and what are the principles of these limitations in the scope of the Article 13 of the 1982 Constitution.

In the last part, in the context of police duty of the protection and maintenance of the public order, the scope of the duties of the police and its power to regulate the concept of “public morality” as an element of the public order will be analyzed. In this context it will be explained the police’s powers which are based on the “2559 numbered code on the Duties and Powers of the Police” and powers of the police emerging from other positive law sources.