

T.C.  
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI  
KAMU HUKUKU PROGRAMI  
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ' NDE  
TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMA  
NEDENİ OLARAK AVRUPA KAMU DÜZENİ**

**Özgecan ORDU**

Danışman

**Doç. Dr. Oğuz SANCAKDAR**

2008

## Yemin Metni

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “ **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanma Nedeni Olarak Avrupa Kamu Düzeni**” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../.....

Özgecan ORDU

İmza

## YÜKSEK LİSANS TEZ SINAV TUTANAĞI

### Öğrencinin

**Adı ve Soyadı** : Özgecan ORDU  
**Anabilim Dalı** : Kamu Hukuku  
**Programı** : Kamu Hukuku  
**Tez Konusu** : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanma Nedeni Olarak Avrupa Kamu Düzeni  
**Sınav Tarihi ve Saati** :

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün ..... tarih ve ..... sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliği'nin 18. maddesi gereğince yüksek lisans tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini ..... dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI OLDUĞUNA  O OY BİRLİĞİ  O  
DÜZELTİLMESİNE  O\* OY ÇOKLUĞU  O  
REDDİNE  O\*\*

ile karar verilmiştir.

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır.  O\*\*\*  
Öğrenci sınava gelmemiştir.  O\*\*

\* Bu halde adaya 3 ay süre verilir.  
\*\* Bu halde adayın kaydı silinir.  
\*\*\* Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Tez burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fulbright vb.) aday olabilir.  Evet  
Tez mevcut hali ile basılabilir.  O  
Tez gözden geçirildikten sonra basılabilir.  O  
Tezin basımı gerekliliği yoktur.  O

### JÜRİ ÜYELERİ

### İMZA

.....  Başarılı  Düzeltme  Red .....

.....  Başarılı  Düzeltme  Red .....

.....  Başarılı  Düzeltme  Red .....

## ÖZET

### Yüksek Lisans Tezi

(Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' nde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlama

Nedeni Olarak Avrupa Kamu Düzeni)

(Özgecan ORDU)

Dokuz Eylül Üniversitesi  
Sosyal Bilimler Enstitüsü  
Kamu Hukuku Anabilim Dalı  
Tezli Yüksek Lisans Programı

Tezimizin konusu, 20 Mart 1950' de Roma' da imzalanan AİHS' de temel hak ve özgürlüklerin sınırlama nedeni olarak "kamu düzeni" kavramıdır.

Kamu düzeni, tanımı üzerinde görüş birliği sağlanamamış bir kavram olmakla birlikte, ammenin intizamı; toplumun genel yararını koruyucu hükümler; devletin milli güvenliğini, düzenini ve bireyler arasındaki huzuru ve ahlak kurallarına uygunluğu, toplumun genel sağlığını, insan onurunu sağlamaya yarayan kurum ve kurallar; toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet yapısının korunmasını hedef tutan, toplumun her alanındaki düzeninin temelini oluşturan kurallar olarak tanımlanabilir.

Kamu düzeni, temel hak ve özgürlüklerin meşru sınırlama nedeni olmasının ötesinde hukukun, hukuk düzenlerinin temelinde yer almaktadır. Gerek Özel Hukukta gerekse Kamu Hukuku alanında kamu düzeni belli özel işlevlere sahiptir. Örneğin sözleşmeler hukuku açısından, sözleşmelerin geçerlilik sebebi olan kamu düzeni, aynı zamanda İdare Hukuku' nda İdari Kolluk hizmetlerinin konusunu oluşturmaktadır. AB hukuk düzeninde de kamu düzeni kavramı özgürlüklerin sınırlama nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır.

AİHS ve Ek Protokollerde kamu düzeni nedeniyle olağan hallerde sınırlanabilen hak ve özgürlükler, özel hayatın, aile hayatının ve konut dokunulmazlığının korunması; düşünce, din ve vicdan özgürlüğü; ifade özgürlüğü, toplantı dernek ve sendika kurma özgürlüğü; mülkiyet hakkı ve yabancıların sınır dışı edilememesi haklarıdır. Bu hakların kamu düzeni sebebiyle sınırlanması çalışmamızın ikinci kısmında AİHM kararları ışığında incelenmiştir.

Genel olarak AİHM içtihatları göz önüne alındığında kamu düzeni kavramı, olaydan olaya farklılık gösterebilmektedir. Somut olaydaki değişkenler, kamu düzeni nedeniyle sınırlamayı olumlu ya da olumsuz olarak etkileyebilmektedir. Sonuç olarak görüşümüz, iç hukukumuzdaki kural ve uygulamaların AİHM' nin yorumlama ölçütlerinin ve kararların doğru tahlil edilerek bunlara paralel hale getirilmesi gerektiği yönündedir.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu Düzeni, Temel Hak ve Özgürlükler, Sınırlama, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasına Meşru Amaç, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi,

**ABSTRACT**  
**Master Thesis**

**(“European Public order” as a restraint basis for fundamental rights and freedoms in European Convention of Human Rights (ECHR))**  
**(Özgecan ORDU)**

**Dokuz Eylül University**  
**Institute of Social Sciences**  
**Department of Public Law**  
**Master Program**

**Our thesis is about “public order” as a restraint basis for fundamental rights and freedoms in European Convention of Human Rights (ECHR) which is signed in Rome in 20th March 1950.**

**There have not been consensus on the definition of “public order”. Therefore we can define it as follows: Public order is sum of the rules that codes the public interest, security of state, order of state, security and peace of interpersonal relations, public health, rules and foundations that help the satisfaction of human dignity, etc.**

**Public order is not only legitimate reason of restraint of fundamental rights and freedoms but also mainly basis for the law orders. Both in civil law and public law, the concept of public order has some special functions. For example, in Law of Contracts validity reason of contracts is public order, and public order is also a matter of administrative police services in Administrative Law. In EU law order, the concept “Public Order” is a reason of restraint of freedoms.**

**In ECHR and Additional Protocols the rights and freedoms which can be restrained in state of unexpectations due to Public Order are as follows: Freedom of thought, conscience and religion; Freedom of expression; Freedom of assembly and association; right of property and right of undeportation of the foreigners. Restraint of these rights due to Public order is examined in the second part of our thesis in light of the foregoing European Court of Human Rights decisions.**

**According to the precedents of European Court of Human Rights, the concept “Public Opinion” differs in cases. Variables in the present case affects the restraint whether negatively or positively due to the public order. In conclusion, in our point of view, rules and executions in our domestic law should be equalized by analysing ECHR’s legal conceptions and decisions.**

**Key Words:** Public order, fundamental rights and freedoms, restraint, restraint of fundamental rights and freedoms, legitimate purposes, European Convention of Human Rights.

## İÇİNDEKİLER

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| YEMİN METNİ.....                      | ii  |
| YÜKSEK LİSANS TEZ SINAV TUTANAĞI..... | iii |
| ÖZET .....                            | iv  |
| ABSTRACT.....                         | v   |
| İÇİNDEKİLER .....                     | vi  |
| KISALTMALAR.....                      | x   |
| GİRİŞ .....                           | 1   |

## BİRİNCİ BÖLÜM KAMU DÜZENİ KAVRAMI

|  |    |
|--|----|
| 1.1.KAMU DÜZENİ KAVRAMI VE BAŞLICA ÖZELLİKLERİ.....        | 4  |
| 1.1.1.Kamu Düzeni Kavramı.....                             | 4  |
| 1.1.2.Kamu Düzeninin Özellikleri.....                      | 10 |
| 1.1.2.1. Kamu Düzeni Bir Kurallar Bütünüdür.....           | 10 |
| 1.1.2.2. Kamu Düzeni Yer Bakımından Değişkendir .....      | 11 |
| 1.1.2.3. Kamu Düzeni Zaman Bakımından Değişkendir .....    | 12 |
| 1.1.2.4. Kamu Düzeni Konu Bakımından Değişkendir .....     | 12 |
| 1.2.KAMU DÜZENİNİN HUKUK DALLARI İÇERİSİNDEKİ GÖRÜNÜMÜ ... | 13 |
| 1.1.2.Kamu Düzeninin Özel Hukuktaki Genel Görünümü .....   | 13 |
| 1.2.2.Kamu Düzeninin Kamu Hukukundaki Görünümü.....        | 22 |
| 1.2.2.1.İdare Hukuku Kamu Düzeni İlişkisi .....            | 22 |
| 1.2.2.1.1.Klasik Anlayış .....                             | 24 |
| 1.2.2.1.1.1.Kamu Güvenliği .....                           | 24 |
| 1.2.2.1.1.2.Dirlik ve Esenlik ( Kamu Huzuru ) .....        | 26 |
| 1.2.2.1.1.3.Kamu Sağlığı.....                              | 27 |
| 1.2.2.1.2.Modern Anlayış .....                             | 28 |
| 1.2.2.1.2.1.Genel Ahlak.....                               | 28 |
| 1.2.2.1.2.2.İnsan Onuru .....                              | 33 |
| 1.2.2.1.2.3.Kamusal Estetik.....                           | 38 |
| 1.2.2.1.2.4.Ekonomik Kamu Düzeni .....                     | 38 |
| 1.2.2.1.2.5.Bireylerin Kendilerine Karşı Korunması.....    | 40 |

|  |    |
|--|----|
| 1.2.2.2.Ceza Hukukunda Kamu Düzeni.....                                  | 40 |
| 1.2.2.3.İnsan Hakları Hukuku ve Kamu Düzeni .....                        | 43 |
| 1.2.2.3.1. İnsan Hakları Kamu Düzeni İlişkisi .....                      | 43 |
| 1.2.2.3.2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Kamu Düzeni   | 44 |
| 1.2.2.3.2.1. Kamu Düzeninin Etkili Olduğu Sınırlama Halleri .....        | 49 |
| 1.2.2.3.2.2. Kamu Düzeninin Etkisiz Olduğu Sınırlama Halleri.....        | 50 |
| 1.3.YABANCI HUKUK DÜZENLERİNDE KAMU DÜZENİ KAVRAMINA                     |    |
| GENEL BAKIŞ .....  | 51 |
| 1.3.1. AB Hukukunda Kamu Düzeni Kavramına Genel Bakış .....              | 51 |
| 1.3.1.1. AB Hukukunda Temel Hak ve Özgürlükler ve Kamu Düzeni .....      | 51 |
| 1.3.1.1.1. Malların Serbest Dolaşımı ve Kamu Düzeni .....                | 56 |
| 1.3.1.1.2. Kişilerin Serbest Dolaşımı, Yerleşim Hürriyeti ve Kamu Düzeni | 61 |
| 1.3.1.1.2.1. Kişilerin Serbest Dolaşımı ve Kamu Düzeni.....              | 61 |
| 1.3.1.1.2.2. Yerleşim Hürriyeti ve Kamu Düzeni.....                      | 69 |
| 1.3.1.1.2.3. 2004/38 Sayılı Direktif ve Kişilerin Serbest Dolaşımı ve    |    |
| İkamet Hakkına Sınırlama Getirilmesi .....                               | 72 |
| 1.3.1.1.4. Çalışma Özgürlüğü ve Kamu Düzeni .....                        | 75 |
| 1.3.1.1.5.Sermayenin ve Ödeme Araçlarının Serbest Dolaşımı ve Kamu       |    |
| Düzeni.....  | 76 |
| 1.3.1.2. AB İdare ve Ceza Hukuklarında Genel Olarak Kamu Düzeni .....    | 79 |
| 1.3.2. Avrupa’da Bazı Milli Hukuklarda Kamu Düzeni Kavramına Genel Bakış |    |
| .....  | 83 |
| 1.3.2.1. Alman Hukukunda Kamu Düzeni Kavramına Genel Bakış .....         | 83 |
| 1.3.2.2. Fransız Hukukunda Kamu Düzeni Kavramına Genel Bakış .....       | 84 |
| 1.3.2.3. İngiliz Hukukunda Kamu Düzeni Kavramına Genel Bakış.....        | 85 |
| 1.3.2.4. Değerlendirme.....  | 86 |

## İKİNCİ BÖLÜM

### AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE EK PROTOKOLLERDE KAMU DÜZENİ

|  |    |
|--|----|
| 2.1.AİHS’TE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI                   |    |
| SİSTEMİ.....   | 87 |
| 2.1.1.AİHS’te Olağan Hallerde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması | 90 |

|   |     |
|---|-----|
| 2.1.1.1.Sınırlandırmanın Kanunla Olması ( Yasallık ) .....  | 94  |
| 2.1.1.2.Sınırlandırmanın Demokratik Bir Toplum İçin Gerekli Olması .....  | 96  |
| 2.1.1.3.Sınırlandırmanın Meşru Bir Amaca Yönelmiş Olması .....  | 105 |
| 2.1.1.4. Sınırlamanın Sınırı .....  | 108 |
| 2.1.2.AİHS’de Olağanüstü Hallerde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması .....  | 108 |
| 2.1.2.1.Savaş Hali, Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim .....   | 109 |
| 2.1.2.2.Ölçülülük İlkesi .....  | 110 |
| 2.1.3.Türk Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi .....   | 113 |
| 2.1.3.1. Türk Hukukunda Olağan Hallerde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması .....  | 113 |
| 2.1.3.2. Türk Hukukunda Olağanüstü Hallerde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması .....  | 116 |
| 2.2. AİHS’TE YER ALAN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASINDA KAMU DÜZENİ VE AİHM’İN KAMU DÜZENİNE BAKIŞI .....                       | 120 |
| 2.2.1.Adil Yargılanma Hakkının Sınırlandırılmasında Kamu Düzeni (AİHS Md. 6) .....  | 121 |
| 2.2.2.Özel Hayatın, Aile Hayatının Gizliliği ve Konut Dokunulmazlığı’ nın sınırlandırılmasında Kamu Düzeni (AİHS Md.8) .....                  | 128 |
| 2.2.2.1.Özel Hayat’ın Gizliliği Hakkı ve Kamu Düzeni .....  | 132 |
| 2.2.2.2.Aile Hayatı’nın Gizliliği Hakkı ve Kamu Düzeni .....  | 137 |
| 2.2.2.3.Konut Hayatı’nın Dokunulmazlığı Hakkı ve Kamu Düzeni .....  | 145 |
| 2.2.2.4. Haberleşme Özgürlüğü ve Kamu Düzeni .....  | 147 |
| 2.2.2.5.Türk Hukukunda Kamu Düzeni Nedeniyle Özel Hayatın ve Aile Hayatının Gizliliği’nin ve Konut Dokunulmazlığı’nın Sınırlandırılması ..... | 150 |
| 2.2.3. Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü’ nün Sınırlandırılmasında Kamu Düzeni (AİHS Md. 9) .....  | 153 |
| 2.2.3.1.Düşünce ,Vicdan Özgürlüğü ve Kamu Düzeni .....  | 154 |
| 2.2.3.2.Din veya İncancı Açıklama Özgürlüğü ve Kamu Düzeni .....  | 158 |



|  |            |
|--|------------|
| 2.2.3.3. Türk Hukukunda Kamu Düzeni Nedeniyle Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü'nün Sınırlandırılması ..... | 166        |
| 2.2.4. İfade Özgürlüğü'nün Sınırlandırılmasında Kamu Düzeni (AİHS Md.10)                                   | 168        |
| 2.2.4.1. İfade Özgürlüğü ve Kamu Düzeni .....  | 172        |
| 2.2.4.2. Bilgi, Fikir ve Kanaat Edinme Özgürlüğü ve Kamu Düzeni .....                                      | 173        |
| 2.2.4.3. Bilgi, Fikir ve Kanaatleri İfade Etme Özgürlüğü ve Kamu Düzeni..                                  | 175        |
| 2.2.4.4. Basın Özgürlüğü ve Kamu Düzeni .....  | 185        |
| 2.2.4.5. Sanat - Bilim Özgürlüğü ve Kamu Düzeni .....  | 192        |
| 2.2.4.6. Türk Hukukunda Kamu Düzeni Nedeniyle İfade Özgürlüğü'nün Sınırlandırılması .....                  | 193        |
| 2.2.5. Dernek Kurma ve Toplantı Özgürlüğü'nün Sınırlandırılmasında Kamu Düzeni (AİHS Md.11) .....          | 195        |
| 2.2.5.1. Toplantı Özgürlüğü ve Kamu Düzeni .....   | 200        |
| 2.2.5.2. Dernek Kurma Özgürlüğü ve Kamu Düzeni .....   | 204        |
| 2.2.5.3. Sendika Özgürlüğü ve Kamu Düzeni .....  | 208        |
| 2.2.5.4. Siyasi Partiler ve Kamu Düzeni .....  | 209        |
| 2.2.6. Ek Protokollerde Düzenlenen Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Kamu Düzeni .....             | 216        |
| 2.2.6.1. Mülkiyet Hakkı (AİHS 1. Ek Protokol Md.1) .....   | 216        |
| 2.2.6.2. Serbest Dolaşım Özgürlüğü (AİHS 4. Ek Protokol Md.2) .....  | 223        |
| 2.2.6.3. Yabancıların Sınır Dışı Edilememesi (AİHS 7. Ek Protokol Md.1) ..                                 | 224        |
| <b>SONUÇ</b> .....   | <b>225</b> |
| <b>KAYNAKLAR</b> .....   | <b>231</b> |

## KISALTMALAR

|              |   |
|--------------|---|
| <b>AB</b>    | Avrupa Birliği  |
| <b>AGİT</b>  | Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı                  |
| <b>AİHD</b>  | Avrupa İnsan Hakları Divanı                             |
| <b>AİHK</b>  | Avrupa İnsan Hakları Komisyonu                          |
| <b>AİHM</b>  | Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi                          |
| <b>AİHS</b>  | Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi                         |
| <b>AT</b>    | Avrupa Topluluğu  |
| <b>ATA</b>   | Avrupa Topluluğu Antlaşması                             |
| <b>ATAD</b>  | Avrupa Topluluğu Adalet Divanı                          |
| <b>AY</b>    | Anayasa   |
| <b>AYM</b>   | Anayasa Mahkemesi                                       |
| <b>AYMKD</b> | Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi                     |
| <b>BK</b>    | Borçlar Kanunu  |
| <b>bkz.</b>  | Bakınız   |
| <b>C.</b>    | Cilt  |
| <b>E.</b>    | Esas  |
| <b>MK</b>    | Medeni Kanun  |
| <b>MÖHUK</b> | Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun |
| <b>md.</b>   | madde   |
| <b>HD</b>    | Hukuk Dairesi   |
| <b>HUMK</b>  | Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu                         |
| <b>K.</b>    | Karar   |
| <b>RG</b>    | Resmi Gazete  |
| <b>RKHK</b>  | Rekabetin Korunması Hakkında Kanun                      |
| <b>S.</b>    | Sayı  |
| <b>s.</b>    | Sayfa No  |
| <b>SBE</b>   | Sosyal Bilimler Enstitüsü                               |
| <b>vd.</b>   | ve diğerleri  |
| <b>Y.</b>    | Yıl   |

## GİRİŞ

Çalışmamızın konusunu AİHS’te temel hak ve özgürlüklerin sınırlama nedeni olarak kamu düzenidir. Bu bağlamda AİHS’ye üye devletlerin hangi hallerde temel hak ve özgürlüklere kamu düzeni nedeniyle müdahale edebileceği ve sözleşmeci, devletlerin bundan doğan sorumlulukları çalışmamızda belirlenmeye çalışılacaktır.

Kamu düzeni kavramı temel hak ve özgürlüklerin sınırlama nedeni olduğu kadar, temel hak ve özgürlüklerin sonucunu da oluşturmaktadır. Demokratik bir hukuk devletinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması kaçınılmazdır. Demokrasi ve hukuk devletinde temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve garanti altına alınmış olmasının doğal bir sonucu olarak da toplumun düzeni sağlanmış olur.

Temel hak ve özgürlüklerin garanti altına alınarak sağlanması açısından sınırlama nedenlerinin ayrıntılı olarak sayılmış olması ve bu nedenlerin içeriklerinin belli olması gerekmektedir.

Kamu düzeni kavramı net tanımı yapılamayan geniş bir kavramdır. Kamu düzeni, konusuna ülkesine ve aynı toplum içerisinde zamana göre değişebilen bir kavramdır. Bu nedenle kamu düzeni açısından her zaman geçerli tek bir tanımın yapılabilmesi mümkün değildir. Toplumun intizamı yararına hizmet eden her türlü unsurun kamu düzeni kavram kapsamına sokulabilmesi mümkündür. Bu da kavramın, insan haklarını olanaksız kılacak şekilde genişletilmesine neden olabilir. Bu tehlikenin önüne geçmek için de AİHS’nin almış olduğu önlem, sınırlamanın sınırı sebebi, demokratik bir toplumda gerekli olma şartı öngörülmüştür.

AİHS, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı genel sınırlama sebeplerine yer vermemiş; her maddenin içerisinde düzenlenen sınırlama sebeplerinin dışına çıkılamayacağını düzenlemiştir. 1982 .Anayasasında 2001 yılında yapılan değişikliklerle birlikte temel hak ve özgürlüklerin düzenleniş şekli ve sınırlama

kıstasları bakımından AİHS ile paralellik sağlanmıştır. Bu değişiklikler ile genel sınırlama sebepleri AY. md. 13'te temel hak ve özgürlüklerin yalnızca ilgili maddelerde sayılan sebeplerle özlerine dokunulmaksızın yalnızca kanunla sınırlanabileceği şeklinde düzenlenmiştir.

Düzenleniş şekli açısından her ne kadar AİHS ile iç hukukumuz arasında paralellik sağlanmış olsa da, yorum ve uygulama farkından doğan sorunlar yaşanabilmektedir. Hele ki kamu düzeni gibi soyut ve tanımı zor bir kavram söz konusu olduğunda uygulama ve yorum paralelliği daha çok önem arz etmektedir.

Kuşkusuz her hak ve özgürlüğün aynı şekilde, aynı sertlikle sınırlanabilmesi mümkün değildir. Yaşama hakkı ( AİHS md. 2), işkence yasağı (AİHS md 3) bu tür hak ve özgürlüklere örnek verilebilir. Öte yandan adil yargılanma hakkı da sınırlanamayan bir hak olarak düzenlenmesine rağmen yargılamanın ve duruşmaların aleniliği unsuru itibariyle kamu düzeni nedeniyle sınırlandırılabilir.

Kamu düzeni nedeniyle sınırlandırılabilen AİHS'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlükler özel hayatın ve aile hayatının gizliliği ve konut dokunulmazlığı (AİHS md. 8), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (AİHS md. 9), ifade özgürlüğü (AİHS md 10) toplantı özgürlüğüdür. Bunun yanı sıra ek protokollerde düzenlenen mülkiyet hakkı (1 nolu Ek Protokol md.1 ), serbest dolaşım özgürlüğü (4 nolu Ek Protokol md.2) ve yabancıların sınır dışı edilememesi (7 nolu Ek Protokol md.1) bakımından da kamu düzeni bir sınırlama nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kamu düzeni kavramı, yalnızca temel hak ve özgürlükler açısından geçerli olan bir kavram değildir. Medeni Hukuk'ta şahsa sıkı sıkıya bağlı haklar, miras ilişkileri, aile hukuku açısından, Borçlar Hukuku'nda sözleşmelerin geçerliliği açısından; Milletlerarası Özel Hukuk'ta yabancı mahkeme kararlarının tenfizi açısından; Ceza Hukuku'nda fiilin suç olarak düzenlenmesinde korunan hukuki yarar olarak, İdare Hukuku'nda idari kolluk hizmetlerinin amacı olarak karşımıza çıkan ve değişik işlevleri yerine getiren bir kavramdır.

Bunun yanı sıra kamu düzeni kamu güvenliği, genel asayiş, kamu sağlığı ve kamu yararı, genel ahlak gibi diğer kavramlarla da sıkı ilişkili olup, hatta bu kavramları kapsayıcı bütünleyici bir üst kavramdır.

Buradan çıkarılacak net sonuç kamu düzeninin, sağlıklı işleyen bir hukuk düzeninin de olmazsa olmaz unsuru olduğudur.

Çalışmamızda öncelikle kamu düzeni kavramı açıklanmaya, tanımlanmaya sınırları belirlenmeye çalışılmış, diğer hukuk, düzen ve insan hakları kavramları ile ilişkisi irdelenmiş, özellikleri ortaya koyulmuş ve farklı hukuk dallarındaki işlevlerine ve yabancı hukuk sistemleri içerisinde nasıl yer aldığına değinilmiştir.

Çalışmamızın ikinci kısmında da temel hak ve özgürlüklerin AİHS’de nasıl sınırlanabildiği açıklanmış, ve AİHM kararları ışığında kamu düzeni nedeniyle sınırlanabilen hak ve özgürlükler konumuzla sınırlı kalınarak irdelenmiştir. Yine bu kısımda Türk Hukukundaki uygulamaya da kısaca değeriendirilmiştir. Bu suretle zaman içerisinde değışebileceğini çalışmamız içerisinde de vurguladığımız kamu düzeni kavramının en azından bugün için, kavramın sınırlarının çizilebilmesine katkıda bulunacağımız ve AİHM’nin kamu düzenini nasıl yorumladığı ortaya koymak suretiyle Türkiye aleyhine bu anlamda çıkabilecek ihlal kararlarının önüne geçebilmek için küçük de olsa bir adım atmış olabileceğimiz düşüncesindeyiz.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### KAMU DÜZENİ KAVRAMI

#### 1.1. KAMU DÜZENİ KAVRAMI VE BAŞLICA ÖZELLİKLERİ

##### 1.1.1. Kamu Düzeni Kavramı

Toplumunu oluşturan bireyler, o toplum içerisinde bir düzen içerisinde yaşarlar. Ve bunun doğal bir sonucu olarak bazı kurallara ihtiyaç duyulmaktadır. Toplumda geçerli olan bu kurallar, kanunlar, örf ve adet kuralları o toplumun hukukunu oluşturmaktadır. Hukuk düzeni ise, insanın iç dünyasını, dışa eylemler biçiminde yansıdığı zaman gündeme gelir. Hukuk kuralları, toplumun barış ve düzenini sağlayabilmek için vardır. Bu kurallar korunduğu takdirde o toplumun düzeni, huzuru sağlanmış olur. Hukuk kavramını açıklayabilmek için bile öncelikle toplumu ve toplumun düzenini açıklamak gerekir. Çünkü toplum ve toplum düzeni hukukun yapı taşıdır. Toplum halinde yaşayabilmenin şartı, o toplumu düzenleyen ve uyulması gereken kuralların varlığıdır. Toplumunu düzenlemek amacıyla devlet tarafından tanınan kuralların tümü o toplumun hukukunu oluşturmaktadır. Çünkü kişilerin karşılıklı ilişki içinde buldukları toplum hayatı bir düzeni gerektirir. Kural ve kurala uyma fikrinin olmadığı bir toplumda düzenden söz edilemez.

Fertlerin hak ve özgürlüklerini kullanmalarında ya da birbirleriyle olan ilişkileri düzenlerken sahip oldukları serbesti, toplumun düzeni ve bu düzenin korunması açısından kanun koyucunun ya da örf ve adet kurallarının hükümlerine aykırı olamaz. Bu aykırılık “*kamu düzeni*”, “intizamı amme”, İngilizce “*public policy*”, “*public order*”; Fransızca “*ordre public*”, Almanca “*öffentliche Ordnung*” kavramıyla saptanır.

Hak ve özgürlüklerin sınırlama ölçütü olarak çeşitli kavramlar kullanılmaktadır. Bunlar; anayasaya saygı, demokratik rejim, genel ahlak, kamu düzeni gibi kavramlar olabilmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin tam olarak

güvence altına alınabilmesi için önemli olan husus, sınırlama ölçütlerinin tanımlarının iyi yapılabilmesi ve sınırlarının iyi çizilebilmesidir.

Kamu düzeni de iç hukukla saptanmış, yasalarla belirlenmiş bir düzeni ifade etmektedir<sup>1</sup>. Bu da idare, ceza ve anayasa hukuklarında biçimlenmektedir ve kısaca otoritenin varlığını göstermektedir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması, kamu düzeni ileri sürülerek mümkün olabilmektedir<sup>2</sup>.

Zaman, yer ve konuya göre değişme özelliği bulunan kamu düzeninin anlam ve kapsamının kesin olarak belirlenmesi mümkün değildir. Bundan dolayı her somut olayda, kamu düzenine aykırılığın açıkça bulunup bulunmadığının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kamu düzeni ülkeden ülkeye, hatta aynı toplumda zaman içinde değişiklik gösterebilen bir kavram olduğundan, tüm yönlerini kapsayıcı, her yerde ve her zamanda geçerli bir tanım yapmak ve sınırlarını çizilebilmek son derece zordur. Bundan dolayı kamu düzeni, tanımı üzerinde mutabakat sağlanamamış, tartışmalı bir konudur.

Kamu düzeni *“amme intizamı; kamunun ( toplumun ) her bakımdan genel çıkarlarını koruyucu hükümlerin tümü; bir ülkede kamu hizmetlerinin iyi yapılması, devletin güvenliğini, düzenini ve bireyler arasındaki hukuku, huzuru ve ahlak kurallarına uygunluğu sağlamaya yarayan kurum ve kuralların tümü; toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet yapısının korunmasını hedef tutan, toplumun her alanındaki düzeninin temelini oluşturan bütün kurallar”*dır.<sup>3</sup>

Anayasa Mahkemesi de kamu düzenini, *“Toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifa*

---

<sup>1</sup> Kamu sözcüğünün etimolojik kökenine bakıldığında dilimize Pehlevce’ den geçtiği görülür. Pehlevce *“hamag”* sözcüğü, bütün, tüm, toplum, genel anlamına gelmektedir. Türkçe’de *kamağ*, *kamuğ* biçimlerinde gelişmiş ve giderek **kamu** olmuştur. Kamu tüm toplumu kapsayan bir anlama geldiğinden kamu düzeni de Türk Dil Kurumu’ nun sözlüğünde tanımlandığı gibi bütün toplumu ilgilendiren düzen anlamına gelmektedir.

<sup>2</sup> Vecihi Timuroğlu, “İnsan Hakları Sözlüğü” Ank., 2007, s.245.

<sup>3</sup> Ejder Yılmaz, “Hukuk Sözlüğü”, Yetkin Yayınları, 5. Baskı, s.433.

*ettiği, başka bir deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır*”<sup>4</sup> şeklinde ifade etmiştir.

“Kamu düzeni, bir insan grubunun gerçek anlamda bir toplum olmasına olanak veren iç barıştır.”<sup>5</sup> Bir toplumda kamusal bir düzenin olması, herkese özgürlüklerden yararlanma güvencesi sağlar.

Kamu düzeni, belli bir ülkede ve belli bir zamanda, belli bir konuda kamu yararını, kamu vicdanını ve genel ahlakı çok yakından ilgilendiren, günün şartlarına göre bir toplumun hukuki, siyasi, sosyal ve ekonomik açıdan temel yapısını ve menfaatlerini ilgilendiren kurallardır. Uyulmasında ve korunmasında toplum ve devletin genel menfaati bulunan hukuk kurallarına kamu düzenine ilişkin hukuk kuralları denir.<sup>6</sup>

Kamu yararı, toplumun ihtiyaçlarına veya ulusal birliğin, devletin ihtiyaçlarıyla ilgili olan ve bunları karşılayan, topluma, ulusa, devlete istifade sağlayan yarardır. Kamu yararını belirleyebilmek günün koşullarına, duruma, zamana göre güçlük arz edebilmektedir. Çünkü kamu yararı kamu düzenine göre siyasi koşullardan daha çok etkilenen bir kavramdır. Ancak şu da doğrudan çıkarılacak bir sonuçtur ki, toplum düzeninin sağlanması her zaman kamunun yararınadır. Devletin çıkardığı bir kanun bile ilgili olan alanla ilgili bir düzenleme getirdiğinden kamu yararınadır. Onar’ın “*ammeye taalluk eden ve gayrimuayyen menfaatlere müstenit bulunan nizamdır*” şeklinde yaptığı kamu düzeni tanımı da bu sonucu ortaya koymaktadır<sup>7</sup>. “Bozulduğunda kamu yararını olumsuz yönde etkileyen ve bozulmasının önlenmesiyle de kamu yararı gerçekleşen bir düzendir.” şeklindeki kamu düzeni açıklaması da bu durumu desteklemektedir<sup>8</sup>. Yine “Kamu düzeni ile, belli bir ülkede, belli bir zaman diliminde, toplumun ve devletin çıkarlarını çok yakından ilgilendiren ve tüm hukuk kurallarının oluşturduğu düzen anlaşılmaktadır.

<sup>4</sup> R.G. Sayı: 11685; 17.04.1964.

<sup>5</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, “Özgürlükler Hukuku”, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Kasım 2002, s.93.

<sup>6</sup> İsmet Sayhan, “Rekabet Hukukunda Rekabet Düzeninin Korunmasına Yönelik Düzenleme Bakımından Hukuka Aykırılık”, Rekabet Dergisi S.17, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/dergi/dergi17.pdf>. ( 17.06.2008 )

<sup>7</sup> Sıdık Sami Onar, “İdare Hukukunun Umumi Esasları”, 1966-1967 s.1479.

<sup>8</sup> Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, 8. Baskı, s:260.



Başka bir anlatımla, uygulanmalarında toplumun kesin çıkarlarının bulunduğu tüm hukuk kurallarından oluşan düzene, kamu düzeni denir”<sup>9</sup> görüşü de aynı yöndedir.

Hukukta önemli olan, yasaların, toplumun ortak çıkarlarını ve genel güvenliğini gözetmesidir. Örneğin ilaç yapımının, satışının ve dağıtımının devlet tarafından denetlenmesi, besin maddelerinin sağlıklı üretilmesi, trafik düzenlemesi, hırsızlığın önlenmesi vb. amaçları taşıyan yasalar, kamu düzeni için gereklidir. Kamu düzeni, toplumun genel çıkarları doğrultusunda, yine toplumun kendisinin oluşturduğu yönetimin saptadığı yönetim biçimidir. Kamu hizmeti de kamu düzenini sağlama doğrultusunda yapılan etkinliklerdir. Kamu düzeni, devletin kamu hizmetleri doğrultusunda, otoritesi ve denetimi ile sağlanır. Bu suretle ne kadar demokratik bir yönetim sağlanırsa, kamu yararı da o derece sağlanabilmektedir<sup>10</sup>.

Bir kuralın kamu düzeni ile ilgisi; ülkenin sosyal, ekonomik, ekinsel (kültürel) ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmektedir. Bu gerçekler, kuralın vazgeçilmezliğini, toplumsal yararını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni ile ilgisi kabul edilmektedir. Kamu düzeni; kamu yararı düşüncesiyle konulmuş bir kurallar bütünüdür. Bir kuralın, kamu düzenine ilişkin sayılması için bu kurala aykırılığın, ülkenin hukuk düzeninin temel ilkelerinden birisiyle çatışması ya da ülkenin genel hukuk duygusunu ağır biçimde zedelemesi örselemesi zorunludur.

Öğretide kamu düzeni kavramının öteki, sınırlama nedenlerine göre daha somut ve hukuksal sınırları kolay belirlenebilen bir kavram olduğu ileri sürülmüştür. Bu sebepten kamu düzeni, genel nitelikli sınırlama nedeni olarak benimsenmeli ve bu ölçütün uygulama alanının belirlenmesine çaba gösterilmelidir<sup>11</sup>. Oldukça geniş ve soyut bir kavram olan kamu düzeni, toplumsal yaşamı ilgilendiren hemen her konuyu içerebilir. Bu nedenle kamu düzeni diğer birçok sınırlama nedenini de kapsayacak genişlikte bir kavramdır<sup>12</sup>. Kamu düzenine ilişkin, genel tanımlama örnekleri dikkate alındığında, kamu düzeninin kamu güvenliği, genel asayiş, kamu

<sup>9</sup>Özgür Başyigit, “Sözleşme Serbestisi ve Sınırlanması”

[http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/sozlesme\\_serbestisi\\_ve\\_siniri.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/sozlesme_serbestisi_ve_siniri.htm), ( 17.06.2008 )

<sup>10</sup> Timuroğlu, s.246.

<sup>11</sup> Yokuş, s.70.

<sup>12</sup> Yokuş, s. 72.

sağlığı ve kamu yararı, genel ahlak gibi diğer kavramlarla da sıkı ilişkili olduğu anlaşılmakta, hatta kamu düzeninin bu kavramları kapsayıcı bütünleyici bir üst kavram olduğu karşımıza çıkmaktadır<sup>13</sup>. Bu nedenle ilişkili olunan diğer kavramların da çalışmamız açısından irdelenmesi gerekmektedir.

Kamu düzenin kapsamının belirlenmesinin güçlüğüne rağmen en kapsamlı tanım öğretide şu şekilde yapılmıştır: “*Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk Kanunları’nın arkasında yatan adalet anlayışına, Türk Kanunları’nın dayandığı genel siyasete, Anayasa’ da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensiplere, özel hukuka ait hüsnüniyet prensiplerine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi rejimine, toplumun iktisadi düzenine, temel insan haklarına aykırılık kamu düzenine aykırılık olarak kabul edilir*”<sup>14</sup>.

Her insan toplumunun, ortak yaşamı sürdürebilmek için gerek duyduğu belirli düzen ve disiplin kamu düzenidir<sup>15</sup>. Kamu düzeni toplumun barış ve güven içinde gelişmesini ve yaşamını sürdürmesini sağlayacak bir ortamdır<sup>16</sup>. Düzen içerisinde yaşamak, toplum tarafından uyulması zorunlu bazı kuralların varlığını gerekli kılar. Bir toplumdaki yasalar, örf ve adet kuralları o toplumun hukukunu oluşturmaktadır. Hukuk kuralları o toplumun barışını ve güvenliğini sağladığından, bu kurallara uyulmaması halinde toplumun düzeninden ve huzurundan bahsedilemez.

İnsanlar yaşamlarını sürdürebilmek ve çeşitli gereksinimlerini karşılayabilmek için toplum halinde yaşamak zorundadır. Bir arada yaşayan insanlar, aileler, soylar, kabileler meydana getirebildikleri gibi, şehirler, beldeler, köyler ya da tarihi, sosyal, kültürel, siyasi, ekonomik, savunma gibi konulardaki ortak eğilimleri

---

<sup>13</sup> Sevtap Yokuş, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ nde ve 1982 Anayasası’ nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı”, Yetkin Yayınları, Ank., 2002, s:70.

<sup>14</sup>Cemile Demir Gökyayla, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni”, Seçkin Yayınları, Ank., 2001 s. 27,28.

<sup>15</sup> Günday s.260.

<sup>16</sup> Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, “ İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar” Turhan Kitabevi, 2. Bası Ank., 2001 , s: 595.

sayesinde devletleri meydana getirirler. İnsanların bu şekilde birbirleriyle ilişki içerisinde yaşamaları toplum hayatını oluşturur<sup>17</sup>.

En ilkelinden en gelişmişine kadar her toplumda, düzeni korumak ve böylece bireylerin ve toplulukların güven içinde yaşamalarını sağlamak bir gereksinimdir. Kamu düzeninin sağlanması da bireylere ve topluluklarına yönelen emir ve yasaklarla, sınırlamalarla mümkün olmaktadır.

İnsanı sosyal bir varlık olarak ele alan *Aristoteles* insanın bir “Polis” içinde yaşamak üzere yaratıldığını, insanı diğer canlılardan ayıran özelliğinin de Polis’e bağlı olması olduğunu söyler. Polis, aile, kabile köy gibi aşamalardan geçerek insanlığın ulaşacağı son uygarlık basamağıdır. Polis doğal ve zorunlu bir gelişimin sonucudur. Kendi kendine yetme gücü bulunan ve aile, köy, kabile gibi tüm diğer toplulukların kendisine bağlı olduğu mükemmel bir toplumdur. Ne var ki Polis bu toplulukların bir toplamı niteliğinde de değildir. Polis kendini oluşturan bu parçalardan önce de vardır ve bu parçalar ancak Polis içinde gerçek amaçlarına ulaşabilirler. Çünkü bütün parçadan önce gelmelidir<sup>18</sup>. *Aristoteles* devlete kişiye oranla öncelik ve üstünlük tanırken organik görüşü benimsemiş olur. Polis’i belirleyen en önemli temel özellik otarşik bir yapıya sahip olması, yani kendi kendine yetmesidir. Kendi kendine yetme her yaratığın hedefi olduğundan insan bu hedefine Polis içinde yerini alarak ulaşabilecektir. Bu nedenle insan, yapısı itibarıyla sosyal bir hayvandır<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Frauk Andaç, “Hukukun Temel Kavramları”, Detay Yayıncılık, Ank., 2004, s. 3. Dayınları s. 5.

<sup>18</sup> *Aristoteles*, Politika çev. M Tuncay 1975, Bkz Ayferi Göze, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Yayınları, 9. Bası, 2000, İstanbul, s. 41,42. “El ya da ayağı bedenden ayırın, artık el ya da ayak olmaz. Böyle bir eylem sonucunda onu, o yapan güç ve işlevi yitirmiş olacağı için, ortadan kalkacaktır.” “Öyleyse devletin hem doğal, hem de bireyden önce olduğu apaçıktır.” Aynı şekilde kişi de ancak bir Polis içinde “ yurttaşlık” sıfatını kazanarak, gelişmesinin doğal hedefine ulaşmış olur. Kişi doğasını, varlığını gerçek anlamını bir polise bağlanarak bulur, bu nedenle insan siyasal bir yaratıktır, bir toplum içerisinde gelişmesinin doruğuna varır, ancak hayvanların ve tanrıların Polis’ e ihtiyacı yoktur. Kadın–erkek, köle–efendi arasındaki ikili birleşmelerden günlük ihtiyaçlara cevap veren aile oluşur. Bir ailenin en küçük parçalarına bölünmesi de efendi–köle, karı koca, baba- çocuklar olmak üzere üç sınıf ortaya çıkartır. Günlük ihtiyaçların ötesinde daha geniş bir amacın karşılanması için birçok evler birleşince köy meydana gelir. Bu ilk birlik genel olarak oğulların ve torunların evlerinin eklenmesiyle doğal bir süreç sonucunda oluşur. Böyle bir köyün üyelerine kimileri “bir süttten emzirenler”( homogalakte) derler. Kendi kendine yeterliğe ulaşan mükemmel, son birlik çeşitli köylerden oluşan Polis, yani devlettir.

<sup>19</sup> Ayferi Göze, “ Siyasi Düşünceler ve Yönetimler “ Beta Yayınları, 9. Baskı, İst., 2000 s. 42.

Kamu düzeni, toplumun temel yapısı ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünüdür. Kamu düzeni kuralları, kamu hizmetinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve bireylerarası eşit menfaat ilişkilerinde huzuru ve ahlak kurallarına uygunluğu temine yarayan müessese ve kurallardan oluşmaktadır. Toplumun düzeni menfaati ve huzuru için iç hukukta kamu düzeninin korunması zorunluluğu bulunmaktadır.

### **1.1.2. Kamu Düzeninin Özellikleri**

Kamu düzeni zamana, yere göre değişen kurallar bütünüdür. Bu özellikler “ihtiyaç” kavramının da özelliklerindedir. Kamu düzeni de bir toplumda her şeyden önce ihtiyaçtır. Nasıl ki ihtiyaçlar yöreden yöreye yahut da aynı yörede zaman içerisinde değişebiliyorsa aynı değişkenliği kamu düzeni açısından da görebilmek mümkündür. Bu durum da kamu düzeni kavramının dinamizmini ve nispiğini ortaya koymaktadır.<sup>20</sup>

#### **1.1.2.1. Kamu Düzeni Bir Kurallar Bütünüdür**

Toplumun menfaati için konulmuş hukuk kurallarının toplamına kamu düzeni denir. Kamu düzenini oluşturan kuralların önceden tek tek sayılması mümkün değildir. Ancak kuralın amacı açısından, toplumdaki barış ve düzeni temin etme amacı güden tüm kuralların kamu düzeni kuralı olduğu söylenebilir. Esas itibariyle hukuk kuralları olan kamu düzeni kuralları devletin devamlılığı ve selameti, halkın huzur ve barış içerisinde yaşamasını temin için kanun koyucunun vazettiği kurallardır. Ayrıca kanun ve nizamlarla, hakimin kamu düzenini ileri sürerek verdiği kararlar arasında amaç bakımından bir fark bulunmadığından<sup>21</sup>, mahkeme kararlarını da bu kurallar bütünü dahilinde saymak mümkündür.

Bir kuralın kamu düzeni ile ilgisi; ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmektedir. Tüm bu etkenler, kuralın

<sup>20</sup> Sayhan, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/dergi/dergi17.pdf>. ( 17.06.2008 )

<sup>21</sup> Dayınlarlı, s.6.

vazgeçilmezliğini, toplumsal yararını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni ile ilgisi kabul edilmektedir.

Kamu düzeni de nihayet barışı ve düzeni temin etme amacı güden bir kurallar bütünüdür. Bu açıdan bakıldığında hukuk kuralları ile kamu düzeni kuralları aynı şeyi ifade etmektedirler. Devletin devamlılığı ve selameti, halkın huzur ve barış içinde yaşamasını temin amacı bakımından arada herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Kanunların esas prensiplerine aykırılık; adap ve ahlak anlayışına aykırılık Anayasada teminat altına alınan temel hak ve özgürlüklere aykırılık kamu düzeninin müdahalesini gerektirmektedir.

### **1.1.2.2. Kamu Düzeni Yer Bakımından Değişkendir**

Her ülkenin, kendine özgü bir kamu düzeni vardır. Milli kamu düzeni, o ülkenin tabiiyetinde olan kişilere uygulanması gereken kamu düzenidir (nationale öffentliche Ordnung). Her toplumun kendi yapısına, temel çıkarlarına, ahlak adap ve hukuk düzenine göre kamu düzeni de farklılıklar arz etmektedir.

Kamu düzeni toplumdan topluma, ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir. Her hukuk sisteminin kendisine ait bir kamu düzeni anlayışı vardır. Kamu düzeni kavramı; benzer yönler olmakla birlikte her ülke için o ülkenin kendine özgü tarihsel, sosyal, ekonomik ve diğer koşullarının oluşturduğu özel bir anlam taşır; zaten kamu düzeni kavramının kesin olarak tanımlanmasının mümkün olmaması, kamu düzeninin bu özelliğinden kaynaklanmaktadır<sup>22</sup>.

Kültürel otonomi, ülkesellik açısından azınlıkların düşünce özgürlüğü, ülkelerin teröre bakış açıları ve tepki verişleri, çocuk ve ana-baba hakları, cezaların infazına ilişkin uygulamalar, ötenazi hakkı gibi konularda ülkeler arası farklılıklar

---

<sup>22</sup> Peter Quasdorf, “ Dogmatik der Grundrechte der Europäischen Union, Europäische Hochschulschriften, Peter Lang, 2001, s. 195. “ Kamu düzeni tüm ülkeler açısından aynı tanıma sahip bir kavram değildir. Kavram, AT’ na ve üye devletlere göre farklı tanımlanabilmektedir.”

dikkat çekicidir. Bu tür farklılıklar AİHM'in de yargılama ve incelemelerini doğal olarak etkilemektedir<sup>23</sup>.

### **1.1.2.3. Kamu Düzeni Zaman Bakımından Değişkendir**

Toplumsal düzen anlayışı aynı toplum içerisinde bile zaman içerisinde değişiklik gösterebilmektedir. Mesela Türk Parasını Koruma Mevzuatının yabancı döviz bulundurulmasını yasakladığı dönemde, bu konuda kamu düzeni, sınırlayıcı bir hüküm olarak kanunda yer almakta iken, kısıtlamalar kaldırılınca kamu düzeni, serbestlik yönüne dönüşmüştür<sup>24</sup>. Günümüz açısından değerlendirildiğinde de yabancı paranın yasaklanması, ekonomik kamu düzenini olumsuz yönde etkileyebileceğinden, kamu düzenine aykırı görülebilmektedir.

AİHM içtihatları da, tarihi süreç içerisinde kamu düzeni anlayışının değişimine paralel olarak gelişmektedir. AİHM, yer ve zaman bakımından yetkisine göre olayları, milli deneyim ve değerlendirmeleri göz önünde bulundurarak kısmi bir çözüm üretmekte ve Avrupa çapında etki doğuracak şekilde hukuki barışı yaratmaya çalışmaktadır<sup>25</sup>.

### **1.1.2.4. Kamu Düzeni Konu Bakımından Değişkendir**

Kamu düzeninin, içeriğinin tam olarak belirlenemeyen bir kavram olması nedeniyle ülkeden ülkeye değişiklik göstermesinin yanı sıra aynı ülke içerisinde zaman ve yere göre de farklılık göstermesi veya farklı algılanması yukarıda değinildiği gibi mümkündür. Burada özgürlüğün yasal ve maddi güvenceleri, bireylerin toplum içerisindeki huzur ve güvenliklerinin sağlanması gündeme gelmektedir. Bu yüzden, tüm toplumca paylaşılan, uluslararası sözleşmelerde yer alan kuralların ötesinde, her toplumun kamu düzeninin çerçevesini o toplumun

---

<sup>23</sup> Höland, s. 13.

<sup>24</sup> Başyigit, [http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/sozlesme\\_serbestisi\\_ve\\_siniri.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/sozlesme_serbestisi_ve_siniri.htm) (17.06.2008)

<sup>25</sup> Armin Höland, "Rechts und Moralbildung in Europa durch die EMRK", Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht – Joachim Renzikowski (Hrsg.) Manz, Nomos, Schultess, 2004, s.14.

insanlarının özlemleri, siyasal tercihleri ile toplumun maddi koşullarının göz önüne alınarak kesin bir şekilde çizilmesi gerekmektedir<sup>26</sup>.

Kamu düzenini sağlamaya hizmet eden durumların ve kamu düzeni kurallarının çeşitli olması, doğal olarak, kamu düzeninin konu bakımından değişken olması sonucunu doğurmaktadır. Çalışmamızın birinci bölümünde değişik hukuk dalları açısından farklı işlevlere sahip olması da bu özelliğin bir sonucudur.

## **1.2. KAMU DÜZENİNİN HUKUK DALLARI İÇERİSİNDEKİ GÖRÜNÜMÜ**

Kamu düzenini ilgilendiren kurallar hukuk düzeni içerisinde, sadece kamu hukukunda değil aynı zamanda özel hukuk alanında da yer almaktadırlar. Örneğin idari kolluk faaliyetinin amacı olan “kamu düzeni” kavramı özel hukukta kullanılan kamu düzeni kavramından farklıdır. Zira özel hukukta “kamu düzeni” kavramı toplumun önemli ve doğrudan doğruya menfaatlerini koruyan hukuk kurallarını kapsamaktadır<sup>27</sup>. Kişi ve aile hukukuna, mirasa, ayni haklara ilişkin hükümler, milletlerarası özel hukukta yabancı mahkeme kararlarının tenfizi ve diğer bağlama kuralları, toplumun yapı taşı olan şahısları, aileyi ve mülkiyeti ilgilendirdiğinden bunların korunması kamu düzenini doğrudan ilgilendirir<sup>28</sup>. Öte yandan kamu düzeni kavramı, ceza hukuku açısından, suç tiplerinde korunan hukuki yarar olarak; idare hukukunda, idari kolluk faaliyetinin amacı ve nihayet çalışmamızın esas konusu olan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması açısından sınırlama nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır.

### **1.1.2. Kamu Düzeninin Özel Hukuktaki Genel Görünümü**

Kamu düzeni kavramı özel hukukun hemen her dalında kendisine sıkça başvurulmuş bir kavramdır.

---

<sup>26</sup> Şahbaz, “ Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü” Yetkin Yayınları, Ank., 2007, s.296.

<sup>27</sup> Gözübüyük, Tan, s.596.

<sup>28</sup> Dayınları, s. 6.

**Medeni Hukuk**'ta şahıs, aile, miras ve eşya hukukunu düzenleyen hükümlerin bir bölümü kamu düzenini ilgilendirmektedir. Bu hükümlerin ihlali halinde kamu düzeni devreye girmekte ve hukuki ilişkiye müdahale etmektedir.

Kişilerin kendi başlarına serbest iradeleriyle belirleyemeyecekleri hususlar, MK'da emredici hukuk kurallarıyla belirlenmiştir. Emredici kuralların konulmasında, kamu düzeni düşüncesi hakimdir.

Medeni Hukuk'un kamu düzenini ilgilendiren öncelikli kuralı, iyi niyet ilkesidir. MK md. 2'de dürüstlük kuralına uyulmamasının hukuk düzenince korunmayacağı düzenlenmiştir. Hak ve borçların yerine getirilmesinde dürüstlük kuralına uygun davranılması toplum düzenini sağlayıcı, kaosu önleyici bir etkiye sahiptir. Zira Medeni Kanun' un Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un "kamu düzeni ve genel ahlak" başlığını taşıyan 2.maddesine göre "*Türk Medenî Kanununun kamu düzeni ve genel ahlâkı sağlamaya yönelik kuralları, haklarında ayrı bir hüküm bulunmayan bütün olaylara uygulanır. Bu bakımdan, eski hukukun Türk Medenî Kanununa göre kamu düzeni ve genel ahlâka aykırı olan kuralları, bu Kanun yürürlüğe girdikten sonra hiçbir suretle uygulanmaz*"

Fertlerin şahsiyetini korumak amacı güden hükümler emredicidir. MK. md.23'te kişiliğin korunması düzenlenirken, kimsenin hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği, kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği ve onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağı düzenlenmiştir.

Rüşt yaşı gibi evlenmenin kişi reşit kılacağı hükmü de kamu düzenine ilişkin bir hükümdür. Evlenme yaşı bakımından MK'nın belirlediği yaş sınırlarının daha altında yaşlarda evlenmek de kamu düzenine aykırılık teşkil etmektedir. Yine velayet hakkının kullanılması kamu düşüncesi ile öngörülmüş bulunduğu için bunun sağlar arası bir sözleşmeyle ya da ölüme bağlı tasarrufla sınırlanabilmesi mümkün değildir. Bu yolla yapılan bir kısıtlama, hangi düşünceye dayanırsa dayansın, kapsam ve niteliği ne olursa olsun kanuna aykırı olacaktır.



Kişinin ismi üzerindeki hakkı da kamu düzenini ilgilendirmektedir. Kişinin ismini istediği gibi değiştirememesi de bu durumun bir sonucudur.

Medeni Kanunumuza göre aynı cinsten iki kişinin evlenmek istemesi mümkün değildir. Zira bu durum Türk ahlak anlayışına ve dolayısıyla Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmektedir.

Miras hukukuna ilişkin tarafların serbest iradeleri ile belirleyemediği hususların tümü de kamu düzenini ilgilendirmektedir.

Eşya hukuku açısından tapu sicilindeki kayda güven ilkesi ve ilgililer açısından tapu sicilinin aleniliği ilkesi doğrudan kamu düzenini ilgilendirmektedir.

**Borçlar Hukuku** açısından ise, fertlerin kanunla tanınmış tasarruf haklarının kullanmaları bazen kamu düzenini ihlal etmektedir. BK. md 19/2 ve md. 20/1 de sözleşme özgürlüğünün sınırları çizilmiştir. Bu hükümlere göre bireylerin emredici kurallara, kanuna, ahlak ve adaba, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olamayacağı düzenlenmiştir. Aykırı olması durumunda müeyyidesi yokluk ya da butlandır. Sözleşmenin amacı hukuka aykırı olduğu zaman, sözleşmenin kendisi hukuka aykırılık oluşturur<sup>29</sup>. Hukuka aykırı amaç, hukuk düzenince kınanmaktadır<sup>30</sup>.

İmzanın, üzerine borç alan kimsenin elinden sadır olması gerektiği ( BK md. 14/1 ) kamu düzenine ilişkin bir kuraldır. Hakimin sözleşmeye konan cezai şartı fahiş bulduğu takdirde BK md. 161/2 ye göre normale indirmesi yine kamu düzeni gereğidir. Hakim fahiş gördüğü cezai şartları kamu düzeni gereğince tenkis etmek zorundadır.Yargıtay da BK md. 161'in kamu düzenini ilgilendirdiğini; kamu düzenini ilgilendiren durumların hakim tarafından resen göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Fikret Eren, “ Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Beta, 6. Bası, s. 299.

<sup>30</sup> Daha spesifik olarak BK md. 65’ te, hukuka aykırı bir amaç için verilen şey geri istenemez.

<sup>31</sup> Yargıtay 15. HD. 28.12.1989 tarih ve 89/1938E; 5496 K sayılı kararı “Taraflar, gerek üzerinde inşaat yapılacak arsada gerekse inşaatın yapılmasında ortak durumundadır. Sözleşme içeriğine göre taraflar tacir olmadığı gibi yapılan iş de ticari bir nitelik taşımamaktadır. Böyle olunca TTK.’nın 24. madde yollamasıyla BK’ nın 161. madde hükmü gereğince Hakim fahiş gördüğü cezaları tenkis etmek zorundadır. **BK’nın 161. maddesinin son fıkrasındaki hüküm kamu düzeniyle ilgili olup**

BK md. 19/2' de sözleşme özgürlüğünün genel sınırları belirtilmiştir. Buna göre Kanunda yazılı hükümlere uymayan anlaşmalar kanunca değiştirilemez nitelikte belirlenmemişse veya sözü edilen uymama, kamu düzenine, ahlaka ya da kişilik haklarına aykırı düşmemiş bulunduğu takdirde caizdir. Kamu düzenini yani toplumun menfaatini koruma amacı güden hükümler amaçları itibariyle emredici hukuk kaidesi niteliği taşırlar. Toplumun ahlaki esaslarını korumak amacı güden hükümler de amaçları icabı emredici hukuk kaidesi niteliği taşırlar. BK md. 19/II ve 20/1'de yer alan ahlak kavramı, genel ahlaktır. Bir toplumda, belirli bir devirde orta zekada, dürüst ve makul kişilerin, düşünce ve telakkileri, o toplumun genel ahlakını meydana getirir. Ahlaka aykırılık da, sözleşme serbestisinin sınırını oluşturmaktadır<sup>32</sup>.

Ekonomik, sosyal veya fiziki durumları yüzünden zayıf olanları koruma amacı güden hükümlerde emredicidir. Örneğin, kira parasının tespiti kamu düzeni ile ilgilidir. Yargıtay 'ın bir kararında <sup>33</sup> sayılı kararında, kira parasının miktarının saptanmasının da kamu düzeni ile ilgili olduğunu, kira parasının tespit yöntemlerinin taraflarca tespit edilemeyeceğini, hakimin kanun ve içtihadı birleştirme kararları ve Yargıtay içtihatları ile belli edilen yöntemlere uygun olarak kira parasını saptamak zorunda bulunduğunu belirtmiştir. Öte yandan AYM tarafından 6570 sayılı kanunun 2. ve 3. maddelerin iptaline ilişkin kararda, bu iptal nedeniyle meydana gelen boşluğun kamu düzeni ile ilgili olduğu açıkça belirtilmiştir. Kira bedellerinin tespiti hususu tarafların serbest iradeleriyle müdahale edebilecekleri bir alan değildir <sup>34</sup>.

Taraflar sözü edilen emredici kuralları değiştiremezler. Bu kurallara aykırılık hükümsüzlüğe yol açar. Hatta emredici kuraldan kaçınmak için kanuna karşı hileye başvurulması halinde de aynı müeyyide uygulanır.

---

**görevinden ötürü hakimin kendiliğinden göz önünde bulundurması gerekir.** Yapılacak indirimde objektif esaslar göz önünde bulundurulmalıdır.”

<sup>32</sup> Eren, s.300.

<sup>33</sup> Yargıtay 3. HD 22.1.1980 tarihli 80/211E; 80/484K sayılı kararı.

<sup>34</sup> Dayınlarlı, s.40.

Ortada somut bir emredici hüküm bulunmasa dahi, yapılan bir akit kamu düzenini ihlale yönelikse, bu sebeple hükümsüzlük müeyyidesi ile karşılaşacaktır<sup>35</sup>.

**Medeni Usul Hukuku**'nda kamu düzenine ilişkin bir kurala somut olayda aykırılığın bulunup bulunmadığını mahkeme kendiliğinden araştırır.

Öncelikle göreve ilişkin kurallar kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle hakim, davanın her safhasında görevli olup olmadığını kendiliğinden taraflarca itiraz edilmese de araştırır. Görev kurallarına aykırılık, ilk derece mahkemesinde fark edilmese bile daha sonra Yargıtay'da temyiz ve karar düzeltme aşamasında da kendiliğinden incelenir. Taraflar, mahkemenin görevsiz olduğunu davanın her safhasında ileri sürebilirler. İlk derece mahkemesinde taraflar, mahkemenin görevsiz olduğunu ileri sürmeseler bile daha sonra Yargıtay'daki temyiz ya da karar düzeltme aşamasında bunu ileri sürebilirler. Yargıtay da ilk derece mahkemesinin görevli olup olmadığını kendiliğinden inceler<sup>36</sup>.

Usul hukukumuzda göre bir kimsenin temyiz hakkından peşinen feragatı mümkün değildir. Hukukumuzun temel ilkelerinden olan bu kuralın ihlalinin müeyyidesi butlandır. HUMK md. 535'te öngörülen temyiz hakkından peşinen feragatin mümkün olmadığı hükme bağlanmıştır. Sözleşmede yer alan bu tür beyan ve ifadeler gerek akit tarafların menfaatine ve gerekse kamu düzenine aykırılık nedeniyle HUMK md. 535 gereğince yok sayılır.

Aleniyetin kaldırılması hakkına açısından, aleniyet çekişmeli yargılarda kaldırılabilceği gibi, çekişmesiz yargıda da kaldırılabilir. Çekişmesiz yargı, yine bir yargılama faaliyetidir ve mahkemelere görülür. Çekişmeli yargıdan farklı olarak çekişmesiz yargıda, mahkemede talepte bulunan kişi ile uyuşmazlık içinde bulunan karşı taraf yoktur. Bu kişinin sübjektif bir hakkı bulunmamaktadır. Çekişmesiz

<sup>35</sup> Başyigit, [http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/sözleşme\\_serbestisi\\_ve\\_siniri.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/sözleşme_serbestisi_ve_siniri.htm) (17.06.2008)

<sup>36</sup> Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, "Medeni Usul Hukuku", 3. Bası, Yetkin Yayınları, ss.88-89. "Bunun istisnası davanın asliye mahkemesinde hükme bağlandıktan sonra davanın sulh mahkemesinin görev alanı içinde olduğunun ileri sürülerek üst mahkemede itirazda bulunulamamasıdır."

yargıda hakim kendiliğinden harekete geçebilir<sup>37</sup>. Bu konuda hakimin takdir hakkı bulunmaktadır. Hukukumuzda Anayasaya ve HUMK 149. maddesine dayanarak, duruşma konusunun ahlaka, adaba, kamu düzenine aykırılığının kesin olduğu hallerde mahkemenin duruşmaların gizli yapılabileceğine karar verebileceği belirtilmiştir<sup>38</sup>. Bu gibi durumlarda mahkeme gerekçesini belirtmek zorundadır. Bununla birlikte hem aleniyet ilkesi doğru alanlarda kullanılır hem de mahkemelerin bu konuda keyfi davranışları engellenmiş olur. Kişilerin hak ve özgürlüklerine, onurları ve haysiyetlerine karşı olası bir müdahale engellenmiş olur. Bu suretle AİHS md. 6'nın da bu konudaki titizliğine uyulmuş olur.

AİHM'in bu konuya yaklaşımı ise, ahlaka aykırılık, kamu düzeni, milli güvenlik, sebepleriyle aleniyet yerine duruşmaların gizli yapılabileceği yönündedir. Çocukların ve dava ile ilgili olan kişilerin, özel yaşamlarının korunması ve son olarak aleni yargılama yargıya zarar verecek ise yine gizli duruşma yapılabilir yönündedir. Yani bu kanunlara dayanarak belli koşullar altında mahkeme tüm duruşma boyunca veya yargılamanın bir kısmı için aleniyeti kaldırıp, gizliliği kullanabilir. Tek şart bunun gerekçeli olarak yapılmasıdır. Bunun dışında mahkeme belli kişilere duruşmada bulunması yasağı getirebilir. Mahkeme salonundayken usulüne uygun davranmayan kişiler mahkeme salonundan çıkartılabilir. Kişiye veya kişilere uygulanan bu aleniyetin kaldırılması söz konusu olabilir<sup>39</sup>.

**İş Hukuku**'nun ortaya çıkmasındaki temel neden, işçilerin korunmasıdır. İşçiyi koruyarak sosyal adalet ve toplumdaki dengenin sağlanması da amaçlanır. İşçi, bağımlı olarak çalışır, işverenin emir ve talimatlarına uyar. Bu da kimi zaman

---

<sup>37</sup> Pekcanitez, Atalay, Özkes, ss.63-64.

<sup>38</sup> Duruşmaların aleniyetinin kamu düzeni nedeniyle sınırlanması AİHS md 6/2'de de düzenlenmiştir. Bu sebeple bu konu çalışmamızın ikinci kısmında Adil Yargılama Hakkı ile ilgili başlık altında daha ayrıntılı incelenmiştir.

<sup>39</sup> Seda Özbay, "Medeni Usul Hukukunda Alenilik İlkesi"

<http://clubs.bilgi.edu.tr/herkesicin hukuk/kulup/belgeler/19.doc> (17.06.2008) "HUMK md.150'de "Reis iki taraftan her birine icabına göre söz verir ve söz söylemekten men eder ve mahkemenin intizamını bozan her şahsı derhal mahkemeden çıkartır" denilmiştir. Bunun dışında mahkeme salonuna uygun vaziyette gelmeyen kişilerin de mahkeme salonlarına alınmayacağı uygulamada kabul edilmiştir. Sarhoş kişiler, üstü başı kirli pasaklı kişiler gelemeyeceği gibi, mahkeme salonları devleti temsil ettiğinden bikiniyle, dansöz kıyafetiyle veya açık saçık kıyafetlerle de gelinmesi hem uygun değildir, hem mahkeme salonuna alınmamaları için bir gerekçedir hem de devlete karşı yapılan bir hakaret, saygısızlıktır

işverenin ona vereceği cezayı kabul etmesi anlamına gelir. Bu nedenle de iş sözleşmesi, taraflar arasında kişisel ilişki kuran bir sözleşmedir. Ancak bu koruma ne pahasına olursa olsun yerine getirilmek zorunda da değildir. Anayasa md. 65'e göre, devlet, sosyal ve ekonomik alanda anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına öncelikleri gözeterek mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine getirir<sup>40</sup>. Bu durum aynı zamanda işçi lehine yorum ilkesinin sınırını da oluşturmaktadır<sup>41</sup>.

İş hukukunda işçi lehine yorum ilkesinin sınırlarını da yine toplumun yararı çizer. İşçinin korunması toplumun yararlarıyla çatışmamalıdır. Toplum yararına ilişkin sınırları çizmek zor olmakla beraber demokratik düzene bağlı ülkelerde bu sınırın çizilmesinde işçi ve işveren taraflara özerklik tanınmakta ve devlet müdahalesi sadece zorunlu durumlarda görülmektedir<sup>42</sup>.

İş hukukunun tek amacı işçinin korunması değildir. Bir dengenin sağlanması, işvereni, işletmeyi, ülke ekonomisini, kamu düzenini de gözetmek lâzımdır. Zaten anayasalar sadece sosyal haklara yer vermezler; çalışanların iş koşulları, dinlenme âdil ücret, sendika, toplu sözleşme grev ve sosyal güvenlik haklarının yanında, mülkiyet hakkı, girişim ve sözleşme özgürlükleri ve tabii diğer temel hak ve özgürlükler gözetilir. Esasen bu haklar bir bütündür; devlet de sosyal bir *hukuk devletidir*.

Devlet işçilerin korunmasını, emredici hukuk kuralları koymak suretiyle sağlar. İş kanununda emredici kurallar mutlak ve nisbi olarak ikiye ayrılır. Mutlak emredici kurallar, aksi hiçbir şekilde kararlaştırılmayan kurallardır. Örneğin, grev ve lokavtta geçen süre işçinin kıdeminden sayılamaz ve bunun aksi bir hüküm de sözleşmeye konulamaz. Konulursa batıl olur. Bu mutlak emredici bir hükümdür. Nisbi emredici kurallar ise, aksi işçi yararına olmak üzere değiştirilebilirler. Örneğin, haftalık çalışma süresi en çok 45 saattir. Ancak, bunun 40 saat olduğuna dair bir

---

<sup>40</sup> Cevat İlhan Günay, “İş Hukuku- Yeni İş Yasaları” Yetkin Yayınları, 3. Baskı 2004, s.91.

<sup>41</sup> Nuri Çelik, “İş Hukuku Dersleri” Beta, 16. Bası, s. 20; Günay, s. 102.

<sup>42</sup> Çelik, s. 18.

hüküm sözleşmeye konulursa, geçerlidir. Ancak 45 saatin üzerine çıkılamaz. Nisbi emredici kurallara, *sosyal kamu düzenine ilişkin kurallar* da denir<sup>43</sup>.

İş ilişkisinin kişiliğe bağlılığı ilkesi sonucu işçinin sadakat, işverenin işçiyi koruma ve işçilere eşit işlem yapma borçları ortaya çıkar. Sağlıklı, verimli faaliyet gösteren, gelişen ekonomik şartlara uyum sağlayan, teknolojik yeniliklerden yararlanabilen, rekabet edebilen bir işletme olmadan istihdam ve istihdam güvencesinden, ücret güvencesinden söz edilemez. Devlet sadece işçiyi değil, işvereni de kollamak ve koyduğu kuralları bu dengeyi sağlayacak şekilde biçimlemek durumundadır<sup>44</sup>.

**Milletlerarası Özel Hukuk**'ta kamu düzeni kavramı sıkça ortaya çıkan önemli bir kavramdır. Hatta kamu düzeninin Devletler Özel Hukuku alanında kendisine özgü bir kavram olduğu ve iç hukuktaki anlamından farklı bir anlam taşıdığı kabul edilmektedir<sup>45</sup>.

MÖHUK md. 5'te kamu düzeninin uygulanması ile ilgili olarak özel bir hüküm mevcuttur. Buna göre: *“Yetkili yabancı hukukun, beklirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde Türk Hukuku uygulama alanı bulur.”*<sup>46</sup>

Milletlerarası kamu düzeni kavramı dar ve sınırlı bir kavramdır. İç hukukta kamu düzeninden kabul edilerek emredici kurallara bağlanan esaslar, milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzeninden sayılmayabilir<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Çelik, s. 19.

<sup>44</sup> SUR, Melda “İş Hukuku’ nun Amaçları ve Uygulaması” <http://web.deu.edu.tr/hukuk/hakkimizda/sonacilisMELDASUR.htm> (17.06.2008) ( 2006-2007 yılı açılış dersi ) “işçi ve işverenlerin çıkarları birbirine zıt değildir; esas olan, bir dengenin sağlanmasıdır. İşte iş hukukunda en zor şey, bu hassas dengeyi sağlamaktır”

<sup>45</sup> Gökyayla, s.23.

<sup>46</sup> Buna göre bu hükümden ; 1- kamu düzeninin istisnai niteliği olduğu, esas olanın ilgili yabancı hukukun uygulanması gerektiği, 2- Yabancı kanunun Türk Kamu düzenine aykırı olması halinde uygulanmayacağı, 3- Gerekli görülen hallerde Tür Hukuku’ nun uygulanacağı sonuçları çıkarılmaktadır. Dayınlarlı, s.55.

<sup>47</sup> Örneğin rüşt yaşına ilişkin iç hukukta kabul edilen esaslar açısından, bunlara aykırı yabancı hukukun hükümleri kamu düzenini ihlal etmemektedir. Bu durum da MÖHUK md. 8’de rüşt yaşının ilgililerin milli kanununa tabi olduğu belirtilerek ortaya konmuştur. Dayınlarlı, s.39.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 38 inci maddesinin (c) bendinde “hükümün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması” şartı yer almaktadır. Kamu düzenine açıkça aykırılık şartı hem tanıma hem de tenfiz davasında aranmaktadır. İlgili hükümle yabancı mahkemenin uyguladığı maddi hukuk kaidesi değil, fakat yabancı mahkeme kararının hukukî sonuçları ifade eden hükümlerin tatbikinden doğan sonuçlar kamu düzeni bakımından inceleme konusu yapılmaktadır

Kamu düzenine açıkça aykırılıktan, kamu düzeninin ağır ihlâli anlaşılmalıdır. Burada hâkim, aykırılığın açıkça mevcut olup olmadığını her münferit olayda bizzat değerlendirecek şekilde geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Hâkim, her somut olayda kamu düzeni ile ilgili şartı re’sen dikkate alır. Hâkim bu takdir hakkını ihtiyatla kullanarak, Türk kamu düzenine “açıkça” aykırı olmayan hallerde yabancı ilâmlarının tanınmasına ve tenfizine karar vermelidir<sup>48</sup>.

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeninin hukuki niteliği ve işlevi konusunda iki görüş bulunmaktadır:

Birinci görüş, kamu düzeni kurallarının bağlama kuralı gibi olaya uygulanmasını kabul eder. Mahalli kanunlar, niteliklerine göre kamu düzeninden oldukları takdirde, yetkili yabancı hukuka gidilmeksizin bir kanunlar ihtilafı kuralı gibi uygulanırlar<sup>49</sup>.

İkinci görüş ise, kamu düzeni kurallarını doğrudan doğruya uygulanan kural olarak kabul etmez; fakat yetkili yabancı hukukun uygulanmasının bir istisnası olduğunu kabul eder. Bu görüşe göre esas olan yetkili yabancı hukukun uygulanmasıdır. Fakat bu, o ülke kamu düzenine aykırı sonuçlar verdiği takdirde, yabancı hukuk uygulanmaz. Başka bir deyişle kamu düzeni yabancı hukukun

---

<sup>48</sup> Ahmet Cemal Ruhi, “Talak ve Türk Kamu Düzeni”, e- akademi aylık internet dergisi, [http://www.e-akademi.org/makaleler/acruhi-1.htm#\\_ftn20](http://www.e-akademi.org/makaleler/acruhi-1.htm#_ftn20) (17.06.2008)

<sup>49</sup> Kaynağını İtalyan hukukçusu *Mancini* ve Fransız hukukçusu *Pillet* den alan bu görüş eleştirilmiştir ve günümüzde benimsenmemektedir.

uygulanmasına engel olan bir istisnadır<sup>50</sup>. Bu görüşe göre iki çeşit hukuk kuralı bulunmaktadır. Birinci grup hukuk kuralları şahısların menfaati, ikinci grup hukuk kuralları da kamu menfaati ve ahlaki sebeplerle konulmuştur. İşte ikinci gruptaki kurallara aykırı olan yabancı hukuk, kamu düzeni nedeniyle uygulanmaz.

Temel haklarla ilgili hükümler, kamu düzeninin kapsamına girebildiği ölçüde, Anayasanın tüm ilkeleri kamu düzeninden sayılabilir. Ancak yabancı hukuk Türkiye’de uygulanırken, yabancı hukukun Türk Anayasasına aykırılığı ileri sürülemez. Çünkü Türk Kanunlarının Anayasaya aykırılığını denetleyen Anayasa Mahkemesi vardır; fakat bu mahkeme, yabancı kanunların Türk Anayasasına aykırı olup olmadığını denetlemez. Ancak Anayasaya aykırılık, yabancı hukukun Türk Anayasasına her aykırılığında kendini göstermez; ancak Türk Anayasasının temelinde yatan ilkeler kamu düzeninin kapsamına dahil olmaktadır. Eğer yabancı hukukun uygulanmasının Anayasamızın ilkelerine aykırılığı kamu düzenimizi açıkça ihlal ediyorsa o yabancı hukuk artık anayasaya aykırılığı ile değil, somut olayın özelliklerine göre kamu düzenine aykırılık nedeniyle uygulanmaz ve bertaraf edilir.

## **1.2.2. Kamu Düzeninin Kamu Hukukundaki Görünümü**

### **1.2.2.1. İdare Hukuku Kamu Düzeni İlişkisi**

Kamu düzeninin İdare Hukukundaki yeri idari kolluk faaliyetinin amacını oluşturmasıdır. İdari kolluğun amacı kamu düzenini sağlamak ve korumaktır. İdari kolluk faaliyeti, kamu düzenini sağlayan koruyan ya da bozulduğunda eski duruma getiren idari etkinliklerdir. Toplumsal yaşamın gerektirdiği düzenin sağlanması için idarenin, bireylerin özgürlüklerine karışmasına, sınırlarını belirtmesine idari kolluk denir. İdari kolluğun amacı bir idari makama kamu düzeninin sağlanması amacıyla icrai kararlar alma ve bunların uygulanması için gerekli maddi işlemleri yapma ayrıcalığıdır<sup>51</sup>. Aynı zamanda idari kolluk kamu düzenini sağlarken kamusal hak ve özgürlükler ile kamu yararı arasında bir denge de sağlar. Bu açıdan bakıldığında

<sup>50</sup> Bu görüş Alman hukukçusu *Savigny* tarafından ortaya atılmış ve Amerikalı hukukçu *Joseph Story* tarafından benimsenmiştir.

<sup>51</sup> Gözübüyük/ Tan, s.595.



insan haklarının sınırlama nedeni olarak kamu düzeninin işlevinden ayırmak mümkün görünmeyebilmektedir. Burada idari kolluk faaliyeti, kamusal hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında bir neden değil; kamu düzenini sağlamada bir araç olarak konumlanmaktadır.

İdare hukukunda kamu düzeninin karşımıza çıktığı tek alan İdari Kolluk faaliyetleri değildir. Anayasa, kamu düzeni ve güvenliği ve kamu sağlığını koruyabilmek için, idareye geniş ve çeşitli yaptırımlar uygulama yetkisi tanınmıştır. Bunlardan biri de idari para cezalarıdır. İdare, bunu kamu gücüne dayanarak gerçekleştirmektedir<sup>52</sup>.

Kamu düzeni, toplumda kargaşa ortaya çıkmasının engellenmesinin yanında, bu kargaşayı ortaya koyan düzensizliğin temelinde olabilecek nedenler de göz önünde bulundurulursa, bu kez toplumda ekonomik, ahlaki ve manevi tüm değerleri ile siyasal nedenleri de ifade edecek şekilde genişleyecektir<sup>53</sup>.

Kamu düzeni, herkese kamu özgürlüklerinden yararlanma güvencesi sağlar. İdari kolluk hukukunda kamu düzeni iki ölçüde belirleyici rol oynamaktadır. Kolluk, kamu düzenini sağlamaya yönelik bir kamu hizmeti faaliyeti olduğundan<sup>54</sup>, yukarıda saydığımız kamu düzeninin öğeleri, kolluk makamlarının müdahale alanlarına sınırlar çizer. Yetkili kolluk makamının bir eylem veya işlemi ancak “kamu düzeni” ni sağlama veya koruma amacını güdüyorsa bu eylem veya işlem hukuka uygundur. Bu sayede kolluk güçleri, ancak halkın huzuru, güvenliği ve sağlığı öğelerinde somutlaşan olağan düzeni korumak için harekete geçebilir. Asgari sükûnet herkese özgürlüklerden yararlanma imkanı tanır.

Kamu düzeninin öğelerini belirleme konusundaki görüşler “klasik görüş” ve “modern görüş” olmak üzere iki başlıkta toplanmaktadır.

---

<sup>52</sup> RG. S.25032, 26 Şubat 2003; AYM 2001/225E, 2002/88 K sayılı 8.10.2002 tarihli kararı.

<sup>53</sup> Şahbaz, s. 295.

<sup>54</sup> Kemal Gözler, “İdare Hukuku Dersleri” Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2002, s.465.

### 1.2.2.1.1. Klasik Anlayış

Maurice Hauriou tarafından 1900'lerin ilk çeyreğinde savunulmuş olan bu anlayışa göre, kamu düzeni “toplumun maddi ve dış düzeni” olarak tanımlanmaktadır. Buna göre kamu düzeni, “kamu güvenliği”, “kamu huzuru” ve “kamu sağlığı”ndan oluşan geleneksel üçlü ile tanımlanmaktadır. Kamu düzeni bireylerin güvenlik, huzur ve sağlık içinde yaşamaları durumudur<sup>55</sup>.

#### 1.2.2.1.1.1.Kamu Güvenliği

Güvenlik bir ülke açısından bakıldığında o ülkenin iç ve dış güvenliği ile iç ve dış savunmasını; bireyler açısından ise umumi veya umuma açık yerlerde can ve malları için endişe duymaları güvenlik hissini ifade eder. Bireylerin can ve mallarını tehlikeye sokabilecek, bunları zarara uğratabilecek tehdit ve tehlikelerin yokluğu güvenlik anlamına gelmektedir. Saldırıya, engellemeye kazaya maruz kalmadan ve can ve malları için endişe duymadan bulunma ve dolaşmalarının sağlanmasıdır<sup>56</sup>. Kamu güvenliği, (emniyet, asayiş) şahsa ve eşyaya zarar verecek kazaların ve tehlikelerin yokluğu anlamına gelmektedir<sup>57</sup>. Kamu güvenliği kamu düzeninin bir ögesidir.<sup>58</sup>

Buradan anlaşılacağı üzere kamu düzeninin öğelerinden olan kamu güvenliği kavramı iki boyutludur. Güvenlik, “sıradan insanın uygun şartlarda yaşamasını; tehditlerden arındırılmasını sağlamak”tır. Alınan sert güvenlik (asayiş) yanında insani (yumuşak) güvenlik, sıradan insanın kendini günlük yaşamda güvenli hissetmesini sağlama amacını taşır. Bu anlamda yoksulluktan arınmak oldukça önemlidir. İnsan gönenci için ekonomik refah, sağlık, eğitim, demokrasi ve tehditlere

---

<sup>55</sup> Gözler, s: 466, Bu anlayışa göre kamu düzeni demek “ahlak düzeni” demek değildir. Polis kolluk yetkisini ahlaki koruma amacıyla kullanamaz. Ahlaki düzensizlikler kolluğu ilgilendirmemektedir. Klasik anlayış, yani kamu düzenini maddi ve dış bir düzen olarak algılayan bir anlayıştır. Örneğin 7 Kasım 1924 tarihli Fransız Danıştay’ının boks karşılaşmaları konusunda verdiği Club sportif chalonais kararında ahlaki düzensizliğin ancak maddi düzensizliğe yol açması durumunda kolluğun müdahale yetkisine sahip olduğu vurgulanmıştır.

<sup>56</sup> Günday, s:262.

<sup>57</sup> Gözler, s: 466. Örneğin yollarda trafik güvenliğinin sağlanması.

<sup>58</sup> Kaboğlu, s.135, Sezer, s. 280, “Birey ve topluluklarını tehdit eden değişik kaza ve olayların önlenmesinde anlam kazanır”

karşı baş edebilmek yani bireysel güvenlik insani güvenlik kapsamındadır. İnsani güvenlik sağlanmadan, sert güvenlik kalıcı olamaz. Bugünkü anlamıyla güvenlik kavramı aşamalı anlaşılması gereken bir kavram olup, ancak insani güvenlik süzgecinden geçenlerin sert güvenlik süzgecine takılması hedeflenir. Sert güvenliğin uygulanması; tehdit algılaması, silahlı gücün kullanılması ve bu bağlamda kontrolün sağlanması anlamına gelir. Aşağıda ayrı başlıklar altında daha ayrıntılı incelenecek olan; kişi güvenliği ve konut dokunulmazlığının kamu düzeni nedeniyle sınırlandırılmasında “güvenlik” unsurunun daha çok öne çıktığı görülmektedir.

Kamu güvenliği nedeni, bir üye devletin iç ve dış güvenliğini tehlikeler ve tehditler karşısında koruyan tüm önlemleri kapsar. Dış güvenlik, esas itibariyle bir devletin askeri ve güvenlik politikası ile dış ilişkilerine ilişkindir. İç güvenlik ise bir devletin düzeninin varlığının korunmasını ilgilendirir. Bu anlamda milli güvenlik, kamu düzeninin bir ögesi olan kamu güvenliğinden ve kamu düzeninden farklı bir kavramdır<sup>59</sup>.

2945 sayılı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Sekreterliği Kanunu'nun 2. maddesi milli güvenlik kavramının tanımına yer vermiştir. Buna göre: “Devletin anayasal düzeninin, milli varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dahil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü iç ve dış tehditlere karşı korunması ve kollanması..” anlamına gelmektedir.

İç güvenliği ilgilendiren bir olumsuzluğun kamu düzenini de bozduğu söylenebilir; ancak kamu düzenini bozan iç güvenliğe ilişkin her olayın milli güvenliği bozduğu söylenememektedir. Ayrıca milli güvenlik ile ilgili faaliyetler kolluk faaliyetleri olarak belirlenememektedir. Kamu düzeni, bir ülkede yaşayan halkın günlük yaşantısının güvenlik, sağlık, dirlik ve esenlik içerisinde sürdürülmesi için alınan önlemler ile bu doğrultuda gerekli koşulların sağlanması olarak tanımlanan bir kavram iken, milli güvenlik, siyasi, ekonomik ve hukuksal yönleri olan ülkenin yerleşmiş düzeninin sürekliliğini sağlayan üst düzeyde önlemleri içeren

---

<sup>59</sup> Yokuş, s.71-73.

bir kavramdır. Kamu düzenini bozan faaliyetler genellikle süreklilik göstermediği halde; milli güvenliği bozan faaliyetler uzun süreli, içten ve dıştan gelebilen sürekli eylemler olarak kendisini göstermektedir. Güvenlik nedenine dayalı sınırlamalarda devlete geniş bir takdir marjı bırakılmaktadır. Çünkü bu sınırlama nedeni, devletin yaşamsal menfaatlerine ilişkindir.<sup>60</sup> Ülkenin belli bir bölümünde kamu düzeninin bozulması durumunda milli güvenlik nedenine dayanılmaz. Milli güvenlik nedenine dayanılabilmesi için tehlikenin ülkenin genelini ilgilendirmesi gerekmektedir. Kamu düzeninin devletin işleyişine hakim olan ilkelerle birlikte bireylere uygulanan ve uyulması zorunlu olan kurallar bütününü anlatmasına karşın; milli güvenlik, devletin varlığını, ulusun yaşamını ve anayasal düzeyde siyasi yapıyı ilgilendirir. Bu nedenle milli güvenliği ihlal eden faaliyetlerin önlenmesinin; kamu düzenini sağlamada yeterli olan olağan hukuk rejiminin öngördüğü kurullarla sağlanamadığı hallerde olağanüstü hukuk rejimleri uygulanır<sup>61</sup>.

AIHS'te de özgürlüklerin sınırlama nedeni olarak karşımıza çıkan milli güvenlik, kamunun, toplumun güvenliği kavramlarını tanımlayabilmek kolay değildir. “Günümüzde, askeri düzenlemeleri aşarak, siyasi, ekonomik ve hukuki boyutlar kazanan milli güvenlik kavramı, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında, her olayın özelliğine göre ayrı ayrı incelenecek ve gerekiyorsa yeniden tanımlanacak mefhumlardandır.”<sup>62</sup>

#### **1.2.2.1.1.2.Dirlik ve Esenlik ( Kamu Huzuru )**

Kamu düzeninin zaman içinde sokaktaki düzen anlamını aşarak toplumsal gelişmelerle birlikte kazandığı yeni kavramlar dirlik ve esenliktir. Artık kamu düzeninin öğelerinden olan dirlik ve esenlik, bireylerin her yerde ve her zaman herhangi dış etkilerle huzurdan yoksun bırakılmamaları anlamına gelmektedir<sup>63</sup>. Kimi kanunlarda selamet ve intizam ya da huzur ve sükun sözcükleri ile anlatılan dirlik ve esenlik öğretide, “yaşamın normal seyrini olumsuz yönde etkileyebilecek

---

<sup>60</sup> Sezer, s. 277.

<sup>61</sup> Yokuş, s. 73.

<sup>62</sup> Cüneyd Er, “Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı ( Parmak İzi, Göz ve DNA Tarama Gibi Teknolojik Denetleme Usullerinin Hukuki Statüsü”, s.124.

<sup>63</sup> Yokuş, s. 72.

her türlü düzensizlik ve karışıklığın yokluğu” olarak tanımlamıştır. Bu anlamda dirlik ve esenlik, bireylerin normal yaşamlarını olumsuz yönde etkileyebilecek olan toz, gürültü, duman, pislik vs. gibi her türlü düzensizlik ve karışıklıktan uzak olarak rahat ve huzur içerisinde yaşamayı ifade eder<sup>64</sup>.

### 1.2.2.1.1.3.Kamu Sağlığı

Kanunlarda ve uluslar arası sözleşmelerde “genel sağlık”, “kamu sağlığı” ifadesiyle yer bulan sağlık, toplumun bulaşıcı ve salgın hastalıklardan uzak tutulmasını<sup>65</sup>, toplumun sağlık koşulları içerisinde yaşamını sürdürmesi anlamına gelmektedir<sup>66</sup>. Genel sağlık, umumi hıfzısıhha, olarak da ifade edilebilir. Kamu düzeninin bir ögesi olan sağlık, kamu hizmetlerinin konusu ve amacı olduğundan, bireylerin tek tek sağlıklı olması anlamına gelmeyip<sup>67</sup>, toplumun bir bütün olarak bulaşıcı ve salgın hastalıklardan kurtarılması; toplumun tümüne yönelik hastalık ya da salgın tehditlerinin olmaması ve bu tehditlerden arındırılması anlamına gelmektedir<sup>68</sup>.

Sağlık, bütün diğer insan haklarından yararlanabilmek açısından gerekli bir haktır. Dünya Sağlık Örgütü’nün kurucu belgesinin giriş bölümünde sağlık, sadece hastalık veya zafiyet sahibi olmama değil aynı zamanda da fiziksel, akli ve sosyal açıdan tam anlamıyla iyi durumda olma şeklinde tanımlanmıştır. Her insan, onurlu bir yaşam sürebilmek için ulaşılabilecek en yüksek sağlık standartlarına sahip olmalıdır.

Sağlık hakkı, bir çok uluslar arası belgede tanınmaktadır. İHEB md. 25’te herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim konut ve tıbbi bakım ve gerekli sosyal hizmetlerden yararlanmayı içeren yeterli bir yaşam standardı hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

Sağlık hakkı, insan hakları belgelerinde yer alan, gıda, konut, çalışma, eğitim, insan onuruna yakışır bir hayat sürme, yaşama hakkı, ayrımcılık gözetmeme, eşitlik,

<sup>64</sup> Gözübüyük / Tan, s.596; Günday, s. 262; Gözler, s.466.

<sup>65</sup> Gözübüyük / Tan, s.596; Günday, s. 262; Gözler, s.466.

<sup>66</sup> Günday, s.262; Yokuş, s. 72.

<sup>67</sup> Gözler, s.466.

<sup>68</sup> Kolluk kamu sağlığını sağlamak amacıyla, yiyecek ve içecek maddelerinin sağlık koşullarına uygun olarak üretilmesini ve satılmasını denetler. Salgın hastalıklara yol açabilecek bataklikları kurutur; sivrisineklerle mücadele eder. Bkz. Gözler s.466.

işkence yasağı, özel hayatın gizliliği, bilgiye erişim, toplanma ve dernek kurma özgürlüğü seyahat etme özgürlüğü gibi diğer insan haklarının gerçekleştirilmesiyle de ilgilidir. Bu diğer hak ve özgürlükler, sağlık hakkını tamamlamaktadır.

Genel sağlık açısından kamu düzeni kapsamına giren, çevrenin korunması, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama olanaklarının yaratılması ayrı bir önem taşımaktadır<sup>69</sup>. Sağlıklı bir çevrede yaşamak, güvenli ve içilebilir su ve temel hijyen koşullarının sağlanmasını, toplumun insan sağlığı üzerinde doğrudan veya dolaylı etki doğuracak radyasyon gibi zararlı madde ve kimyasallara ve zarar verici çevresel koşullara maruz kalmasının önlenmesini kapsamaktadır. Elverişli bir konutta yaşam hakkı, güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarını, yeterli gıda tedarikini ve düzgün beslenmeyi de içermekte, aşırı şekilde alkol tüketimi, sigara ve uyuşturucu gibi zararlı maddelerin kullanımını önlemeyi de kapsamaktadır.

#### **1.2.2.1.2. Modern Anlayış**

Klasik anlayış münhasıran kamu düzenini güvenlik, huzur ve sağlık unsurları ile tanımlarken; modern anlayış bunların dışında kamu düzeni tanımına “genel ahlak”, “insan onuru”, “ekonomik kamu düzeni”, “çevrenin korunması” gibi bazı yeni unsurlara da yer vermiştir<sup>70</sup>. Modern anlayış kolluk makamlarının bazı durumlarda “kamusal estetiği koruma” amacıyla kolluk yetkilerini kullanabileceğini kabul etmektedir<sup>71</sup>. Çünkü kamu düzeni toplumsal yaşamı ilgilendiren hemen her konuyu ilgilendirebilen bir konudur ve toplumsal gelişmelerle birlikte kapsamı gelişmektedir.

#### **1.2.2.1.2.1.Genel Ahlak**

AYM'nin 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararda yapmış olduğu genel ahlak tanımı şöyledir<sup>72</sup>:

---

<sup>69</sup> Yokuş, s.72.

<sup>70</sup> Gözler, s.467.

<sup>71</sup> Gözler, s:467; Yokuş, s. 72.

<sup>72</sup> AYM, 1963/128 E; 1964/8 K sayılı 28 Ocak 1964 tarihli kararı.

*“Genel ahlak deyimi, belli bir zamanda belli bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlak kuralları ile ilgili hareketleri gösteren... bir anlam taşımaktadır.”*

Modern anlayış genel ahlakı da kamu düzeninin bir unsuru olarak kabul etmektedir. Toplumun geneli tarafından benimsenen asgari etik değerler, toplumun ahlaki yapısını ortaya koymaktadır. Toplumda ahlak alanındaki düzensizlik kamu düzenini bozucu bir nitelik kazandığında kolluk bunu da önlemek durumundadır. Düşünce ve inanç alanlar değil; kamu düzenini bozacak şekilde dışa yansiyarak dış düzeni tehlikeye sokan, açığa vurulmuş ahlaki tutum ve davranışlar idari kolluğun faaliyet alanına girmektedir

Kamu düzeni kavramı ilke olarak maddi nitelik taşımakla beraber Fransız Danıştay, gösterimi maddi düzeni bozucu sonuç yaratmasa da ahlaka aykırı bir filmin belediye başkanınca yasaklanabileceğini kabul etmiştir<sup>73</sup>.

Ahlak toplumsal gerçekliğin, iyilik, esenlik, adalet gibi niteliklerinin yansiyıp kökleştiği toplumsal bilinç biçimlerindedir. Etik nitelikler, insanların birlikte yaşamalarının ürünü olarak doğmuş, bireylerin birbirlerine ve topluma karşı görevlerini belirleyen insan davranışlarını, toplu yaşama kurallarına göre oluşmuş tek biçimlerinin (standartların) bütünüdür. Ahlakın içeriğini ekonomik ve toplumsal düzen belirler. Sınıflı toplumlarda bireyin ahlakı, içinde yetiştiği sınıfa göre belirlenir; çünkü bireyin içinde yetiştiği sınıfların çıkarları değişirlik gösterirler. Ahlakı salt toplumsal yaşamdan kaynaklanan tek biçim davranışlar bütünü olarak algılamak bizi yanlış sonuçlara götürebilir. Unutmamalıyız ki, ahlakın oluşmasında bireyin ruhsal yapısının sinir dokusunun, içinde yaşadığı sınıfın ve toplumsal katmanların genel anlamda halkın ideolojik ve ruhsal durumunun özgün çizgisi çok önemlidir. Nesnel olarak iyi ve adaletli olan bir davranış aynı zamanda ahlakidir. Sevilmeyen ve adaletsiz olduğu zaman ise ahlak dışıdır.

Ahlaki değerlendirmeler öğretilerden çok duygusal ve istençsel tepkiler de duygulanımlarda görülür. İnsanlar arasında görülen davranış ve yaşam biçimi değerlendirmeleri özünde ahlak ilişkileridir. Ahlak toplumla birlikte ortaya çıkmıştır. Devletten ve kanundan öncedir. Üretim biçiminde ve toplumsal dizgide oluşan değişimlerle birlikte her toplumun tarihsel gelişme sürecine koşut olarak

---

<sup>73</sup> Gözübüyük, Tan, ss. 596-597.

kendi içeriğini değiştirerek var olmuştur. Uzlaşma sınıflı toplulardaki çatışmalara dikkat edilirse o çatışmaların özü, ahlak alanında ifadesini bulmaktadır. Bu da bize ahlak ilişkilerinin ilksel ve sonsal olarak önceden belirlenmediğini her aklın ve ruhun arı bir yaratılışı olmadığını kanıtlar.

İnsan haklarına dayalı bir ahlakın temel ilkesi, sömürsüz bir toplum yolunda savaşım vermektir. Ahlakın nesnel ölçütü, toplumsal adaletin sağlanması uğruna savaşımdır. Toplumsal adalete inanmayanların insan hak ve özgürlüklerine inanmaları olanaksızdır. Toplumsal refahın tek nedeni, çalışmadır. Çalışan sınıfın esenliği sağlanmazsa, toplumsal adaletten; kötülükten, çirkinlikten, haksızlıktan, adaletsizlikten, zulümden arınmış bir ahlaktan söz edemeyiz. İnsan hakları belgelerinin yanı sıra, kamu görevi duygusu, kamu ödevi zorunluluğu, ortak çalışmanın erdemi, toplumsal hümanizm, uluslararası emek birliği, emeğin özgürleşmesine engel olanlarla etkin savaşım, ortak üretime karşı çıkanlara karşı ödünsüz tavır koyma gibi davranışlar çağdaş ahlakın temel ilkeleridir.

Kamu görevinin gerektirdiği bilinç, bu bilincin biçimlendirdiği davranış, dıştan gelen tüm zorlayıcı eğilimleri ve bilinçleri dışlar, bunlardan toplumu arındırır. Bireyin özgürlüğü, ancak bu ilkelerle sağlanabilir. Çağdaş ahlak, eski toplumun ahlak ilkeleriyle çatışmayan kurallarını dışlamaz; ama direnen çağdışı tüm davranışları ve kuralları, eğitim yollarıyla ortadan kaldırır<sup>74</sup>.

Genel ahlak sebebiyle bir hak ve özgürlüğün sınırlanabilmesi, ancak kamu düzeninin ciddi anlamda tehdit altında kalması ve tehlikeye düşmesi halinde mümkün olabilecektir. Bu hususta Anayasa Mahkemesinin 26.11.1986 tarihinde 2559 sayılı PVSK'nın polislerin kimlerin parmak izlerini ve fotoğraflarını almaya yetkili olduğuna dair 5. md. F bendinin iptaline dair vermiş olduğu kararın gerekçesinde şunlara değinmiştir:

*“ Genel ahlak ve edep kurallarına aykırı davranışların bir bölümü suç olarak ceza yasalarına girmiştir. Buna karşılık, büyük bir kesimi de bu nitelikte değildir. Bunlar yaptırımını kamu vicdanında bulurlar. Ayıplama, kınama, yalnız bırakma, tasvip etmediğini herhangi bir biçimde belli etme gibi yollarla bu kurallara uyulması sağlanır. Yasa koyucunun uygulamasını istediği genel ahlak ve edep kurallarına aykırı davranışları ceza yaptırımına bağlayabileceği kuşkusuzdur. Ancak bunu*

---

<sup>74</sup> Timuroğlu, ss. 13-16.



*yaparken, kişinin temel hak ve özgürlükleri alanına gereksiz müdahalelerde bulunmaması, hangi tür eylemleri yasakladığını açıkça belirtmesi gerekmektedir.*

...

*Kişi özgürlüğünü, zamana, yere, kişiye göre değişen ölçülerle polisin öznel değerlendirmesine bağlı olarak kısıtlayan, genel ahlak ve ede kuralları gibi yaptırımını daha çok toplum vicdanında bulması ve kamu düzeninin ciddi olarak tehlikeye girmesi, söz konusu olmadıkça polisin müdahale etmemesi gereken bir alana “kamu düzeni bakımından tasvip edilmeme” gibi içeriği açıkça anlaşılmayan bir kavrama dayanılarak, polisin müdahalesini sağlayan inceleme konusu kuralın, AY 2,5,13 ve 19. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır”<sup>75</sup>.*

Kamu düzeni kavramı toplumsal yaşamın maddi dayanaklarının korunmasına ilişkin bir içeriğe sahip bulunduğu halde, genel ahlak toplumun manevi dayanağının korunması anlamına gelmektedir. Ancak bireyin ahlaki tutum ve davranışlarının dış düzeni bozma şeklinde ortaya çıkması durumunda bazı şartlarla idari kolluğa müdahale yetkisi tanınmaktadır. Yönetimin müdahalesi kamu düzenini bozacak şekilde dışa yansıyan eylemleri önlemekten ibarettir. Bunun ötesinde yönetimin, bireylerin düşünce ve davranışlarını ahlak kuralları açısından denetlemesi ve bu amaçla bireylerin anlayışlarına ve duygularına müdahalesi demokratik bir toplumda olanaklı değildir. Çünkü devletin, bireylerin manevi alanlarına karşılık gelen ahlak alanına müdahale etmesi ve belli bir ahlaki yapıyı dayatması demokrasi ile bağdaşmaz bir tutumdur. Devlet, bireylerin dışa ait varlıkları ve maddi yararlarıyla ilgilenmek durumundadır, bireylere manevi alanda davranış kuralları gösteremez. Yönetimin genel ahlaka dayanarak yaptığı müdahale toplumun ortak değerlerini oluşturduğu maddi düzenin korunmasına yönelik olmak zorundadır. Sınırlamada demokratik hukuk devleti ilkelerine bağlı kalınmalıdır.

Demokratik bir devlet yapısı içinde; bireylerin düşünce ve ahlak alanındaki açıklamaları, gösterileri ancak kamu düzenini ciddi ölçülerde tehdit eden veya gerçekten tehlikeye sokan eylem ve girişimlere dönüştüğünde yönetimin müdahalesi ile karşılaşır. Burada amaç güvenliğin, dirliğin veya sağlığın korunmasıdır. Bu

---

<sup>75</sup> AYM, 1985/8E; 1986/27 K sayı ve 26.11.1986 tarihli kararı.

noktadan bakıldığında genel ahlak da aslında kamu düzeni ile bitişik nitelik taşıyan bir kavramdır<sup>76</sup>.

Genel ahlak kavramının bir sınırlama nedeni sayılması, toplumun oluşması ve sağlıklı bir biçimde işleminde salt maddi değerlerin değil, manevi değerlerin de pay sahibi olmasından kaynaklanmaktadır. Fakat toplumun manevi yönüne ilişkin olan ahlak, kamu düzeni kavramı gibi toplumdan topluma değişen bir olgudur. Hatta yine aynı kamu düzeni gibi aynı toplumun farklı kesimleri arasında bile farklı ahlak anlayışları olabilmektedir. Bu bakımdan hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması söz konusu olduğunda toplumsal düzenin manevi yönünü ilgilendiren genel ahlakın, salt manevi alana çekilmesi, insan hakları rejimi açısından tehlikeli bir durum yaratmaya elverişlidir. Bu yüzden, genel ahlakın korunması ile kamu düzeninin korunması arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Çünkü devletin ahlak alanına müdahale etmesi ve belli bir ahlaki sistemi empoze etmesi, hem demokrasiyle hem de insan onuruyla bağdaşmaz. Oysa devlet, bireylerin dış varlıkları (cisimleri) ve maddi yararlarıyla ilgilenir. Bireyler, devlet müdahalesinin bulunmadığı manevi alanda, kendilerini serbestçe geliştirme imkanına sahip olurlar<sup>77</sup>. Devletin, kişilere manevi alanda davranış kuralları göstermesi, ve düşünce ve eylemleri ahlak kuralları açısından denetlemeye kalkışması, insan haklarını kullanılamaz bir duruma da sokabilmektedir. Ahlak kavramının korunması, kavramın sübjektif bir niteliğe sahip olması nedeniyle özgürlükler açısından tehlikeli bulunmaktadır.<sup>78</sup>

İnsanlara insanlar olarak muamele et ki -ilişik listeye bak- hakiki anlamda insanlar bulasın. "İnsan haklarının kaynağı olan, insan doğasıyla ilgili bu ileriye bakan ahlaki görüştür ki, insan haklarıyla ilgili iddialarda saklı bulunan sosyal değişmelerin temelini oluşturur..." İnsan hakları listeleri, insan onuru için (yapılan) siyasal mücadelenin eseri olup, bu mücadelenin temel özelliğini göstermektedir.

---

<sup>76</sup> Yokuş, ss.72-73.

<sup>77</sup> Nihat Bulut, "Hak ve Özgürlüklerin Sınırlama Nedeni Olarak Genel Ahlak", <http://www.caddexl.net/CaddeXL/hak-ve-ozgurluklerin-sinirlendirilma-nedeni-t3785.html?s=87cd7328bfd977a3b394ce5c5b77b9ef&> (23.02.2008).

<sup>78</sup> Kaboğlu, s. 135, Sezer, s. 280.

İnsan hakları uygulamasının özünde yatan ahlaki ideal ile siyasal gerçeklik arasındaki etkileşimin başka bir yönü de budur<sup>79</sup>.

Ahlaki değerlerin korunmasında yönetimlerin takdir yetkisi mutlak ve sınırsız değildir. Kamusal ahlak kavramının genel ve geçerli bir tanımı yapılamasa da, kamusal ahlak değerleri ile hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, modern anlayışla kamu düzeninin bir parçası olarak değerlendirilebildiğinden yargısal denetim konusudur.

#### 1.2.2.1.2.2. İnsan Onuru

Sözlüklerde, izzetinefis, haysiyet, özsaygı, şeref, erdem, vakar, gurur, saygınlık, kendine saygı duyma ve başkalarını da kendine saygılı kılma olarak açıklanan insan onuru kavramı, insan haklarının temelini oluşturmaktadır<sup>80</sup>.

"İnsanın değeri" ile "onurunu" İ. Kuçuradi eş anlamlı kullanmıştır. Kuçuradi'ye göre insanın değeri derken bundan insanın diğer canlılar arasındaki özel yeri anlaşılakta, insana bu özel yeri sağlayan, onun özelliklerinin ve onu diğer canlılardan ayıran olanakların tümüdür. Bu olanaklar, insana özgü etkinlikler ve ürünler olarak görünür. Bu özellikler ise, insanın diğer canlılarla ortaklaşa taşıdığı özelliklere ek özelliklerdir. İşte bu özellikler ya da olanaklar "insanın değerini" ya da "onurunu" oluşturmaktadır<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> Mehmet Akad, "Genel Kamu Hukuku", 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İst., 1997, ss.207-208 ; <http://216.239.59.104/search?q=cache:LuGhxOrohV0J:dsmyo.ankara.edu.tr/4.doc+insan+onuru&hl=tr&ct=clnk&cd=1&gl=tr> ( 17.06.2008)

<sup>80</sup> Oğuz Şimşek, Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 1991. ( Tez ) s. 60. "Onur ve şeref kavramları birbirlerinin yerine kullanılmakla birlikte, farklı anlamlar taşımaktadırlar Şeref ve saygınlık, insanın kişisel ya da toplumsal saygınlığını ifade ederken; onur, insanın insan olması sebebiyle taşıdığı öz değer, insanın kendine özgülüğünü koruyan bir kavramdır."

<sup>81</sup> İonna Kuçuradi " Etik İlkeler ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları"

<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/dkaynak/dkaynak.htm> ( 17.06.2008 )

"Kuçuradi, İnsan ve Değerlerinde ve Etik'te, "...bir şeyin değerinden anladığım, bir şeyin onunla aynı türden olan şeyler arasında özel yeri"dir, demektedir. Kuçuradi'nin insan onuru ile ilgili açıklamasına devam etmek istiyorum. Çağın Olayları Arasında da, "İnsan hakları Bildirisi'nin 1. maddesinin birinci tuncesi ise " all human being are born free end equal in dignty and rights" der. Burada dile getirilen, insanların nede eşit olduklarıdır. Kişisel dignity bakımından insan olma onuru bakımından, insanın değeri bakımından eşittirler, deniyor. (...) Ülkemizde, yasa önünde eşitlik var sayalım! Ama eğer ülkemizde bazı çocuklar air-condition'un olduğu evlerde otururken, başka bazı çocuklar -25 derecede

İnsan haklarına hayat için değil, fakat onurlu bir hayat için ihtiyaç duyulur. İnsan hakları, insanın özündeki onurdan kaynaklanır. İnsan hakları ihlalleri bir kimsenin insanlığını inkar ederler; yoksa kişinin ihtiyaçlarını tatmin etmesini her zaman engellemezler. İnsan haklarına bağlılıklarından dolayı değil; fakat onurlu bir hayat için, bir insana özgü değerli bir hayat için, bu haklar olmaksızın tat alınamayacak bir hayat için "ihtiyaç" duyulan şeylerden dolayı sahibizdir. Başka sosyal pratikler gibi, insan hakları da insan faaliyetinden kaynaklanır. İnsan haklarına sahip olmanın bu kadar önemli olması bu noktada kendisini göstermektedir. İnsanların bu haklarını kaybetmesi halinde, bir insan için değerli, onurlu bir hayat yaşayamaz.

İnsan onuru, anayasanın değerler piramidi içerisinde esas norm ve yapısal prensip olarak özgürlükçü hukuk düzeninin en yüksek amacını oluşturmaktadır. Toplum içerisinde temel olarak tüm bireylerin eşit haklara sahip bir üye olarak tanınmaları zorunluluğu bu amacın gerçekleşebilmesinin temel koşuludur.<sup>82</sup>

İnsan onurunun, üzerinde herkes tarafından uzlaşılan bir tanımla bulunmamasıyla birlikte, insanın öz değeri, kişinin kendi sorumluluğu çerçevesinde kendi yaşamını belirleyebilme yeteneği gibi ifadelerle açıklanmaktadır<sup>83</sup>. İnsan onuru kavramının içeriğini hukuksal açıdan somut bir şekilde ortaya koymak zordur. Her şeyden önce insan onuru ilkesi, özgürlükçü bir hukuk devletinde devlet ve hukuk düzeninin temelini oluşturmakta ve kamusal organlara insan onurunu koruma ve riayet yükümlülüğünü getirmektedir.

Özgürlükçü bir hukuk devletinde insan onuru en yüksek hukuksal değerdir ve bu nedenle de insan onurunun "dokunulmazlığı" ve "ihlal edilemezliği" söz

---

ayağında basma pantolon, çorapsız dolaşmak zorundaysa, bu çocukların- 25 derecede bu durumda dolaşmasını doğrudan doğruya -şu anda, ileride değil, şu anda- önleyecek etkin yasalar yoksa, ülkemizde insanlar yasa önünde eşit görülse de, insan onuru bakımından eşit görülüyorlar demektir."

<sup>82</sup> Şimşek ( Tez ) ss. 44- 45 “ İnsan onuru, insanın bireysel ve toplumsal varlığının temel koşullarını sağlayan ve devletin bütün faaliyetleri açısından yükümlülük getiren sosyal bir değeri ve ona saygı gösterilmesi hakkını ifade etmektedir.

<sup>83</sup> Oğuz Şimşek, Bir Temel Haklar Kataloğu Olarak Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 2008, S.1 ( Makale ) s.129.

konusudur. İnsan onurunun üstünlüğü temel hak ve özgürlüklerin temelini oluşturması değil, insanın kendisinden çok başkasına olan saygı duyma yetisinden kaynaklanmasıdır. İnsan, insan onuruna ilişkin değerleri ve bunu yansıma biçimlerini ortaya koymakta, bunları paylaşmakta ve korunması hedefini ortaya koymaktadır<sup>84</sup>. Hukuk devleti ilkesine dayanan bir anayasal düzende insan onuru ve özgürlükleri, bütün hukuk düzeninin en yüksek amacını oluşturmaktadır. İnsan onuru kavramı, ancak bir hukuk devletinde anlam kazanabilir. Özgürlükçü hukuk devletinin temelini oluşturan hukuk düzeni, insan hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından hukuksal ve etik bir minimumu güvence altına almak zorundadır. İnsan onurunu tanımayan ve hukuksal açıdan garanti altına almayan bir düzen özgürlükçü olamaz.<sup>85</sup>

AYM, bir kararında insan onuru ve insan hakları bağlantısını şöyle yorumlamıştır: “İnsan onuru kavramı, insanın ne durumda hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce ve muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır.”<sup>86</sup> Toplumsal ve kamusal yaşamın gereği olarak sınırlamalara açık olan bu temel hak sisteminde insan onuru, devletin meşruluğunu belirleyen bir ölçüt olarak devlet iktidarı karşısında bireyin son sığınma kalesini oluşturmaktadır.<sup>87</sup>

İnsan onurunun içeriğini pozitif olarak belirlemenin güçlüğü karşısında, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından getirilen “obje formülü” bu kavramın içeriğinin ihlal kalıbından hareketle belirlenmeye çalışılmaktadır. Buna göre, şayet insan kamusal organların faaliyetleri karşısında basit bir obje veya araç haline indirgeniyorsa insan onurunun ihlalinden söz edilir<sup>88</sup>. Bu formül, “insanın hukuksal eşitliği”, “insanın bedensel bütünlüğünün, akli ve manevi benliğinin korunması”, “devletin güç kullanımının sınırlandırılması” ve “bireysel ve sosyal yaşamın güvence altına alınması” gibi alanlarda somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Bu çerçevede insanın

---

<sup>84</sup> Caniklioğlu, s. 471.

<sup>85</sup> Şimşek ( Tez ) s. 6, 10,

<sup>86</sup> AYMKD S.4, s.187, 1963/ 132E; 1966/29K. sayılı, 28.06.1966 tarihli kararı.

<sup>87</sup> Şimşek ( Tez ) s. 12.

<sup>88</sup> Bkz. BVerfGE 9, 89, 95; 27, 250, 275; Şimşek,( Makale), s. 130. Objeye formülü ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. Şimşek, (Tez) ss. 69-76.

devlet içerisinde basit bir obje olarak alçaltılmasının insan onuruna aykırı olduğu ve devletin insanı kişiliği içerisinde kayıt altına alma ve yine ona bir eşya gibi muamele etme hakkını kendisinde görmesinin insan onuru ile bağdaşmadığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla özel yaşamın gizliliği kaldırılarak “şeffaf insan” tipinin yaratılması yasağı ve bireyin kişisel verilerinin korunması hakkı, insan onuru temeline dayandırılmaktadır.<sup>89</sup>

Temel hak ve özgürlüklerin amacı, insanın, toplumun ya da ekonominin bir objesi, haline gelmesine engel olmaktır. Bu nedenle insan onurunun korunabilmesi için temel hak ve özgürlüklerin anayasal olarak korunup tanınması gerekmektedir.<sup>90</sup>

İnsan onuru, devlet organlarının davranışlarının insanları basit bir obje haline getirilmesini. İnsan onurunun ihlali durumları için birtakım olay grupları geliştirilmiş olmakla beraber esas olarak özellikle aşağıdaki durumlarda insan onurunun ihlalden söz edilmektedir:

- *İnsanın fiziksel ve ruhsal bütünlük ve kimliğinin örneğin vahşi, insanlık dışı ve alçaltıcı cezalarla ihlal edilmesi,*
- *İnsanın hukuksal eşitliğinin ağır bir şekilde ihlali,*
- *İnsan onuruna yakışan asgari yaşam koşullarının ihlali,*
- *İnsanın kişisel benliğinin ihlali,*
- *Kişinin bir işlemin basit bir objesi haline getirilmesi.*<sup>91</sup>

İnsan hakları düşüncesinin temel unsurunu oluşturan insan onuru, özellikle 2.Dünya Savaşı’ndan sonra uluslararası hukuk belgelerine girmiştir. Bu çerçevede 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Şartı, temel insan haklarının yanında aynı zamanda insan onurunu da temel istekleri arasında belirtmiştir. 1948 tarihli İHEB’de her insanın onur ve haklar bakımından eşit doğduğu belirtilmektedir<sup>92</sup>. Beyanname’de herkesin onur ve kişiliğinin serbestçe gelişimi için ekonomik, sosyal ve kültürel haklara sahip olduğu belirtilmektedir. Yine 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medeni

<sup>89</sup> Şimşek ( Makale), s. 130.

<sup>90</sup> Caniklioğlu, s. 470.

<sup>91</sup> Şimşek, ( Makale ) s. 130.

<sup>92</sup> İHEB md. 1’de : "Bütün insanlar hür, haysiyet ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler ve birbirlerine karşı kardeşlik zihniyeti ile hareket etmelidirler."

ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde " insan kişiliğinin onuru" kabul edilmiştir. AİHS' de ise insan onurunun garantileri olarak, kişiyi işkence ve insanlık dışı muameleden angaryadan ve özel yaşamının gizliliğine saygı hakkının ihlalinden koruyan Sözleşme'nin 3, 4 I ve 8. maddeleri gösterilmektedir.

1982 Anayasasında ise, herkesin onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğundan ( başlangıç 6 nolu paragraf ) kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkından ( AY. md. 17/1) ve kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muameleye tabi tutulamayacağından ( AY. md.17/3) ve yine TC'nin insan haklarına saygılı olma ve hukuk devleti niteliklerinden( AY. md. 2) söz edilmektedir.<sup>93</sup>

AYM de insan onurunu bir kararında şöyle tanımlamaktadır: " insan onuru kavramı, insanın ne durumda, hangi koşullar altında bulunursa bulunsun salt insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce davranış ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır. İnsan onuru kavramını, toplumların kendi görenek ve geleneklerine ve topluluk kurallarına göre saygıya değer olması için bir insanda bulunması zorunlu gördükleri niteliklerle karıştırmamak gerekir. Bu kavramın gelişmesi ve yerleşmesi çok uzun zaman almış, pranga bentlik, teşhir, boyunduruk, dayak gibi cezaların kaldırılması bu yolla sağlanabilmiştir."<sup>94</sup>

İnsan onuruna bütün insanlar sahip bulunmaktadır. Anayasa Hukuku bakımından insan onurunun hem bir anayasal ilke hem de sübjektif bir kamu hakkı olduğu belirtilmektedir. İnsan onuru aynı zamanda özgürlük ve eşitlikle birlikte "özgürlükler hukukunun iskeleti" , "hak ve özgürlüklerin ortak temeli" ve " eşitliğin ölçütü" olarak da ifade edilmektedir<sup>95</sup>.

<sup>93</sup> Şimşek ( Kitap ), s. 128. AY md. 17'de "herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" denerek insan onuru kavramına yer verilmiştir.

<sup>94</sup> AYMKD, S. 4, s. 187, 1963/132E; 1966/29 K sayılı ve 28.06.1966 tarihli kararı.

<sup>95</sup> Kaboğlu, s. 25.

AİHS'teki insan hakları sistemi, insanlık onurunu korumayı amaçlayan bir sistemdir ve demokrasi ve hukukun üstünlüğü bu konuda kilit role sahiptir. Bu açıdan AİHS'nin bir bütün olarak anlaşılması ve yorumlanması gerekmektedir.<sup>96</sup>

#### **1.2.2.1.2.3. Kamusal Estetik**

Modern anlayış kolluk makamlarının bazı durumlarda kamusal estetiği (esthétique publique ) koruma amacıyla kolluk yetkilerini kullanabileceğini kabul etmektedir. Örneğin belediye, bir sokaktaki evlerin dış cephelerinin belli bir renge boyanması yolunda kolluk kararı alabilir; bir kimsenin arsasındaki hurda otomobillerin kaldırılmasına karar verebilir<sup>97</sup>.

#### **1.2.2.1.2.4. Ekonomik Kamu Düzeni**

Günümüzde, kamu düzeni kavramını, artık ekonomik kamu düzenini içine alacak bir biçimde genişlemektedir. Çünkü ekonomik yapı, devlet düzeninin temellerinden biri olup, siyasal sosyal ve doğal özelliklerinden soyutlanamaz. Kamu düzeninin bu şekildeki yorumları sıklıkla görülmektedir. Ekonomik kamu düzeninin sağlanması, devletin kamu düzenini gerçekleştirme görevinin bir parçası olarak ortaya çıkmakta ve ekonomik kamu düzenini sağlama amacına yönelmektedir. Bir devlette ekonomik yapı, devlet düzeninin temellerinden biri olarak görülmekte ve toplumun siyasal, sosyal ve doğal özelliklerinden ayrı olarak değerlendirilememektedir.

Serbest piyasa düzeninin getirdiği yarışma koşulları, piyasa mekanizmasını bir süre sonra yıkıcı bir düelloya dönüştürmeye elverişlidir. Fiyat ve maliyetlerde düşüşü, üretimde yeni teknolojilerin kullanılmasını; kaynakların etkin ve verimli kullanılmasını amaçlayan rekabetçi sistem kazanç güdüsünün serbestleşmesiyle bir süre sonra bünyesindeki irili ufaklı imparatorlara boyun eğmek zorunda olabilmektedir. Bu tehlike sebebiyle rekabet esasına dayalı liberal ekonomik sistemlerde, rekabetin düzenlenmesine yönelik yasalara önem verilmektedir. Bu

---

<sup>96</sup> Sezer, s.287.

<sup>97</sup> Gözler, s.467; Yokuş, s. 72.



anlamda rekabet yasaları ile, serbest piyasa ekonomisinin daha verimli işleyebilmesini sağlamaya ve dolayısıyla toplumsal refahın artması ve eşit paylaşılması için firmaların tam rekabet koşullarını bozan davranışlarını engellemeye yönelik düzenlemeler yapılmaktadır. Böylece bir yandan bireyin temel hak ve özgürlüklerinin diğer yandan toplumsal çıkarların korunması bakımından devletin rekabet ortamında sertleşen menfaat savaşına müdahalesi kaçınılmaz olmaktadır.<sup>98</sup>

Ekonomik düzen, esasen bir rekabet ortamı olmakla birlikte, içinde ortak çıkarların doğurduğu işbirliğini de barındırır. Bu mücadele ortamında kamu yararı olumsuz etkilenebilir. Bu sebeple açık piyasa ekonomisinde rekabetten beklenen yararların gerçekleştirilebilmesinde somutlaşan kamu yararının korunması için devlet müdahalesi gerekmektedir. Bu müdahale devletin kamu düzenini sağlama ve koruma görevinin bir tezahürüdür. AY. md. 167'de, devletin, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alma görevi bulunmaktadır. Piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler. Bu bakımdan, ekonomik kamu düzenini sağlamak ve bu düzeni korumak amacıyla yapılan müdahalede bulunma yetkisi anayasamıza göre devletin tekelindedir. Devletin gerektiğinde piyasalara müdahale etme görevini yerine getirirken, kamu yararını gözetmesinin yanı sıra, rekabete dayalı sisteme işlerlik kazandırması, piyasalardaki egemen gücün kötüye kullanılmasını önlemesi, ekonomik aktörlerden tüketiciyi de koruyacak düzenlemeler yapması beklenmektedir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu md 4,6 ve 7' de düzenlenen yasak anlaşma ve fiiller ve yasak davranışların cezalandırılmasına ilişkin hükümler kamu düzeni kavramına dahil sayılması gereken, emredici kurallardır. Bu sebeple anılan kuralların hukuka aykırılığı emredici hükümlere aykırılık şeklinde belirlenen, hukuki muamelelerin hukuka aykırılığı ile örtüşmektedir.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> Sayhan, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/dergi/dergi17.pdf>. ( 17.06.2008 )

<sup>99</sup> Sayhan, <http://www.rekabet.gov.tr/dosyalar/dergi/dergi17.pdf>. ( 17.06.2008 )

Avrupa hukuku açısından da ekonomik refah, ya da ekonomik kamu düzeni önem taşımaktadır. Avrupa hukuku açısından da en tipik örnekleri kartelin sınırlandırılmasında görülmektedir<sup>100</sup>.

#### **1.2.2.1.2.5. Bireylerin Kendilerine Karşı Korunması**

Bazı istisnai durumlarda bireylerin kendi kendilerine korunması da bir kamu düzeni amacı olarak kabul edilmektedir. Buna da örnek olarak kolluğun, kendi güvenliklerini sağlamak amacıyla motosiklet sürücülerine kask, otomobil sürücülerine emniyet kemeri takma zorunluluğu getirmeleri gösterilebilir<sup>101</sup>.

AIHS organları bireylerin kendilerine karşı korunması nedenini nizamın muhafazası ve suç işlenmesinin önlenmesi nedenleri ile bağlantılı olarak ileri sürmektedirler<sup>102</sup>.

#### **1.2.2.2.Ceza Hukukunda Kamu Düzeni**

Ceza hukukunun iki amacı bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, suç işlenmesinin ceza tehdidi vasıtasıyla önlenmesi; ikincisi de tahammül edilemez derecedeki hukuka aykırı fiillerin ceza yaptırımına maruz bırakılması suretiyle, toplum düzeninin sağlanması, toplum yaşamını tehlikeye sokan hareketlerin önlenmesidir. Ceza hukuku, diğer hukuk dallarından farklı özellik taşımakta olup, kamusal müdahale araçlarının en önemlisidir. Ceza hukukunun günümüzdeki amacı toplum yaşamı bakımından önemli olan değerleri korumaktır. Ceza hukuku yasaklarının amacı bakımından yaklaşık iki yüz yıldır gittikçe taraftar toplayan bakış açısı, cezaların amacı, “*insani birlikte yaşamanın koşullarını güvenceye almak*” olduğu görüşüdür<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> Sebastian Winkler, “Der Beitritt der Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Menschenrechtskonvention”, Nomos Verlagsgesellschaft Baden – Baden, 1. Auflage, Konstanz, 2000, s.99.

<sup>101</sup> Gözler, s:467.

<sup>102</sup> Sezer, s. 282.

<sup>103</sup> Yener Ünver, “ Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer”, Seçkin Yayınları, Ank., 2003, s.37. “ Alman Ceza Hukuku’ ndaki önemli eserlerde bu amaç farklı ele alınmış ve bu amaç Alman yazarlarca “ hukuksal değerleri korumak” olarak savunulmuştur.

Ceza hukuku, insanlar arasındaki barışa hizmet eder. Çünkü bireyin bireyle, halkın halkla barışı, bireyin ve toplumun yararlı gelişimi bakımından vazgeçilmez bir ön koşuldur. Mutluluk, hukuk ve kültür yalnızca barış içinde oluşur<sup>104</sup>. Ceza hukuku'nda korunan değerler, toplumsal yaşam bakımından vazgeçilmez olan koşullardır. Ceza hukukunun ödevi, toplumsal bakımdan zararlı davranışlarla mücadele etmek; bir toplumun esaslı yararlarına ve toplumun genel düzenine aykırı olan fiilleri önlemek üzere o toplumun ve yaşam kurallarını güvence altına almaktır<sup>105</sup>. Bu itibarla suç işlenmesinin önlenmesi amacı gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır.

Hakim anlayışa göre, ceza hukukunun işlevi, toplumun varlığını güvence altına almak, ortaklaşa hayatın temel ve kaçınılmaz şartlarını garanti etmektir<sup>106</sup>.

Ceza hukuku, hukuku ihlal eden kişiye karşı devletin bir tepkisi olup, bozulan hukuk düzeni, failin cezalanması suretiyle yeniden kurulur. Ceza hukuku bu bağlamda, devletin tepkisinin sınırını da belirler. Sosyal disiplini sağlamak zorunda olan ve hukuk devleti ilkesi esasları çerçevesinde faaliyet göstermek üzere kurulmuş olan otorite, her fırsatta ceza hukukuna başvurmamalıdır. Sosyal düzenin bozulup toplumsal hayatın çekilmez hale geldiği ve bazı temel hak ve özgürlüklerin idrakinin artık mümkün olmaması durumunda başvurulması gerekmektedir<sup>107</sup>.

Tüm suçların konuluş amacıyla kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi amacı vardır. Çünkü devlet, kural olarak suçları kamu düzeninin bozulmasına engel olunması amacıyla düzenler. Ceza Hukuku anlamında kamu düzeni kavramı dar anlamda kamu düzenidir. Toplumun yalnızca maddi ve fiziki düzeninin korunması amaçlanmaktadır<sup>108</sup>.

---

<sup>104</sup> Ünver, s.429.

<sup>105</sup> Ünver, s. 437; Hakan Hakeri, “Yeni Türk Ceza Hukuku’ nun Temel Kavramları” Seçkin, 3. Baskı, Ank., 2005, s.29.

<sup>106</sup> Nevzat Toroslu, “Ceza Hukuku” Savaş Yayınevi, Ank., 2004, s.4.

<sup>107</sup> Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, “Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku” 8. Baskı, Seçkin yayınları, Ank., 2005, ss.27-28.

<sup>108</sup> Şahbaz, s. 295.

Suçta daima bir sosyal zarar bulunmaktadır. Söz konusu zarar, fiili suç olarak kabul etmenin amacını ortaya koymaktadır. Bir kısım fiilleri anti sosyal nitelikleri sonucunda, hoş görülmedikleri için ceza tehdidi ile yasaklanmaktadır. Devletin bu tür fiilleri suç olarak kabul etmesi, toplumun muhafazası veya gelişmesi yönünden engel olarak görmesinden kaynaklanmaktadır<sup>109</sup>.

“Suç” denen tipe uygun fiil, kamu düzenini ihlal ettiği için zaten ceza kanunlarınca suç sayılmaktadır. Ancak bu unsurlara karşı olarak düzenlenen suç tipleri daha büyük bir hukuka aykırılık teşkil etmektedirler ve bu hukuka aykırılık doğrudan doğrudur<sup>110</sup> ve mahiyetleri gereği, kamu düzenini ihlal etmektedirler. Kamu sağlığına, kamu barışına, kamu güvenliği ve genel ahlaka karşı suçlar, TCK’nın topluma karşı suçlar başlığı altında düzenlenmişlerdir.

Kamu sağlığına karşı suçlar arasın da uyuşturucu ile ilgili satma, satışı sınıma, nakletme, satın alma ve bulundurma, imal, ithal, ihraç satım sevk fiilleri sayılmıştır. Türk Ceza Kanunu kişi ve toplum sağlığını korumak amacıyla, uluslararası anlaşmalardan da kaynaklanan yükümlülükle genel olarak bu tür fiilleri suç saymıştır.

Kamu güvenliğine karşı suçlar başlığı altında da sahtecilik suçları (belgelerde sahtecilik, maddi ve fikri sahtecilikler resmi belgede maddi sahtecilikler, özel şahısların ve kamu görevlilerinin resmi belgelerde fikri sahteciliği) açığa atılan imzanın kötüye kullanılması, sahte belge kullanma, bozma yok etme gizleme gibi fiiller sayılmaktadır.

Kamu barışı sosyal hayatın muntazam gidişi, daha iyi görünüşü ve vatandaşın uyumlu ve huzur içinde yaşaması demektir. Kamu barışı vatandaş için huzur ve güven anlamına gelmektedir. Suç işlemeye tahrik, kanunun suç saydığı fiili övme, halkı kanunlara uymamaya tahrik, halkın bir kesimini ve bu kesiminin dini liderlerini aşağılamak, halk arasında korku ve panik yaymak, suç işlemek amacıyla örgüt

---

<sup>109</sup> Toroslu, 38.

<sup>110</sup> SOYASLAN,Doğan, Prof. Dr. Ceza Hukuku Özel Hükümler 5. baskı Yetkin Yayınları 2005 Ank., sa:387,401,438,460

kurmak örgüte üye olmak, örgüt propagandasını yapmak gibi fiiller de kamu barışını ihlal eden fiiller oldukları için suçlardır.

Ceza hukuku, yaptırım tehdidi ile toplumsal düzenin korunması açısından çok büyük bir fonksiyonu yerine getirmektedir. Günümüzde, ceza hukukunun katkısı olmaksızın düzenli bir toplumun olanaksız olacağı savunulmaktadır. Ceza hukukunun uygulamasında münferit bireyin özgürlüğüne müdahalede bulunmaktadır. Ceza hukuku, İnsanların toplum içerisinde birlikte yaşamaları için gerekli olan yaşam, özgürlük sağlık, malvarlığı veya trafiğin güvenliği gibi yaşamsal değerleri korumakla yükümlüdür<sup>111</sup>.

### **1.2.2.3. İnsan Hakları Hukuku ve Kamu Düzeni**

#### **1.2.2.3.1. İnsan Hakları Kamu Düzeni İlişkisi**

Temel hak ve hürriyetler<sup>112</sup> deyimi insan için vazgeçilmez, olmazsa olmaz olan hak ve hürriyetleri ifade eder. İnsan tabiatı itibariyle bir takım haklara ve hürriyetlere sahiptir. İnsanın yaşaması kendini geliştirmesi ve üretim faaliyetlerine girişmesi tüm bu haklar sayesinde ortaya çıkar. Bunlar başkaları tarafından verilmiş haklar olmayıp insanların doğuştan kazandığı haklardır. Toplumsal sistemlerin sağlıklı işlemesi insanların bu hakları kullanmalarına bağlıdır.

---

<sup>111</sup> Ünver, ss. 446- 447.

<sup>112</sup> Öğretide “temel haklar” kavramının tanımı ve kapsamı üzerinde görüş birliği bulunmamaktadır. Temel haklar bazen insan hakları kavramının karşılığı olarak kullanılmaktadır. Öte yandan öğretide temel haklar ve insan hakları kavramı arasında önemli bir farkın varlığı vurgulanmaktadır. Bu fark, “temel hakkın” pozitif hukuk kaynaklı bir kavram olmasına karşın, insan haklarının pozitif hukuku aşan, onun dışında ve üstünde bir kavram olması şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. Meltem Caniklioğlu, “Anlamı, Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal’ e Armağan”, İzmir, 2001, s. 469. Çalışmamız açısından bu iki deyiş arasında fark gözetilmemiş her iki kullanım da AİHS ve iç hukukumuzda yer alan hak ve özgürlükleri, her iki nüans farkını da kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

Özgürlük bir felsefi kavram olarak çeşitli biçimlerde açıklanabilir; ama özgürlüğün kişi açısından somutlaştırılması toplum düzeniyle ilgilidir<sup>113</sup>. Hürriyet bir toplumda başkalarına zarar vermeden her şeyi yapabilme imkânıdır. Burada ölçü başkasını dikkate almaktır. Hak ve hürriyetler kişilere başkalarını dikkate almaktan kaynaklanan bir takım sorumluluklar yüklemektedir. Bunlar toplu halde yaşamının getirdiği zorunluluklardan kaynaklanır. İnsan hak ve hürriyetlerini kullanırken mensup olduğu toplumda başta ailesi olmak üzere çevresindeki tüm insanlara karşı bir takım ödev ve sorumlukları olduğunu bilerek hareket etmelidir<sup>114</sup>.

İnsan yaşamının toplumsallığı, insanların bir düzen içinde yaşamalarını zorunlu kılmaktadır. İnsanları toplum içerisinde yaşayabilmelerinin temelinde insan hak ve özgürlükleri yatmaktadır. Bu düzen ile insanın toplumsal varlığının meşru bir şekilde gerçekleşmesi, doğuştan sahip olduğu temel hak ve özgürlükleri arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Kamu düzeni ile insan hakları arasındaki ilişki birbirini doğuran niteliktedir, kamu düzeninin olmadığı yerde insan haklarından söz edilemez<sup>115</sup>. İnsan haklarının garanti altına alındığı yerde de kamu düzeni sağlanmış olur.

#### **1.2.2.3.2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Kamu Düzeni**

İnsan hakları doktrininin amacı devletin sınırlandırılmasıdır. Sınırlandırma, devletin siyasi meşruluğunun sağlanması açısından bir ölçüt ve de zorunluluktur<sup>116</sup>. Devletin toplum düzeninin üzerinde inşa edildiği ve devletin ana amacının bu düzenin muhafazasını sağlamak olduğu göz önüne alındığında insan haklarının kamu düzenini, kamu düzeninin insan haklarını sınırladığı karşımıza çıkmaktadır. Sınırlama ilişkisi iki kavram arasında karşılıklılık arz etmektedir.

---

<sup>113</sup> Ahmet Mumcu, Elif Küzeci, “İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri”, Turhan Kitabevi, 4. Baskı, Ank., 2007, s.13.

<sup>114</sup> İsmail Doğan, “Vatandaşlık Demokrasi ve İnsan Hakları – İnsan Haklarının Kültürel Temelleri”, Pegem Yayınları, 2001, s. 239.

<sup>115</sup> Yıldızhan Yayla, İdare Hukuku, Filiz Kitabevi; İst., 1985, s.55.

<sup>116</sup> Caniklioğlu, s. 466.

Temel hak sahiplerinin temel hak ve özgürlükleri kontrolsüzce ve aşırı kullanması kamu yararıyla veya diğer temel hak sahiplerinin haklarıyla çatışabilir. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmekte ve temel hakkın kullanımına sınırlar çizilmektedir<sup>117</sup>.

Özgürlüklerin sınırlanmasındaki ölçülerden biri amaç unsurudur. Sınırlamayı zorunlu kılan sebepler sınırlamanın amacını oluşturmaktadır. Özgürlük ancak toplum hayatının bozulmamasını sağlamak ve bir de kendisinden herkesin etkili bir şekilde yararlanmasını sağlamak amacıyla sınırlanmalıdır. Bu amacı aşan sınırlar aşırıdır ve meşru değildir<sup>118</sup>. Kamu düzeni yasalarla kurulur ve yasa özgürlüklerin sınırını çizer. Örneğin birey inanç özgürlüğüne sahiptir ve inançları nedeniyle rahatsız edilemez. Ancak bu inançların açıklanması yasayla kurulan kamu düzenini bozuyorsa bu takdirde yine birey inanç ve düşüncelerini açıklamak özgürlüğüne sahiptir; ancak bu özgürlüğün yasada da belirlenen kötüye kullanılması durumlarından sorumlu olur. AİHM, *Leyla Şahin*<sup>119</sup> kararında da din özgürlüğüne kısıtlamalar getirilmesinin, başkalarının hak ve özgürlüklerini, kamu düzeni ve kamu güvenliğini korumak için meşru bir amaca sahip olduğunu ve “*demokratik toplumda zorunlu*” bir tedbir olduğunu belirtmiştir<sup>120</sup>. Bu konuda yasa ya da yasa koyucu dilediği gibi hareket edebilme serbestisine sahip değildir; çünkü her siyasal toplumun amacı insanın doğal ve zamanaşımı ile kaybedilmeyen haklarını korumaktır. Yasa bu amaca ters düşemez. Yasa ancak toplum için zararlı fiilleri yasaklayabilir. İnsan ve yurtaş haklarının güvenliği bir kamu gücünü gerektirir, bu nedenle bu güç ancak, herkesin yararı için kullanılabilir<sup>121</sup>.

Bireysel ve özel çıkarlara dayalı, bireylere ilişkin olan bir düzenin kamu düzeniyle ilgisi yoktur. İnsanların sürekli birbirleriyle ilişki içinde olmaları, menfaat çatışmalarını da beraberinde getirir. Birey olarak insanın yapısında var olan kendi menfaatini düşünme eğilimi ve bencillik duygusu, toplum içinde çeşitli menfaat

---

<sup>117</sup> Caniklioğlu, s. 484.

<sup>118</sup> Kapani, s. 233; Sezer, s. 275

<sup>119</sup> Başvuru No: 44774/98, 29.06.2004 tarihli karar.

<sup>120</sup> Halim Yılmaz, “AİHM Kararlarında Din Özgürlüğü ve Leyla Şahin Kararı”, [http://www.muhammedbalci.com/tebligler/aihm\\_dinozgurlu.doc](http://www.muhammedbalci.com/tebligler/aihm_dinozgurlu.doc) ( 20.05.2008 ).

<sup>121</sup> Göze, s. 551.

çatışmalarının ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bu çatışmalardan doğabilecek uyuşmazlıkların belli kurallar dahilinde giderilmesi gerekmektedir. Bunu çözmek de hukukun görevidir. Hukuk sayesinde toplum hayatının güvenliği, düzeni ve huzuru sağlanmış olur.<sup>122</sup> Öte yandan, hukuk kurallarının, barış ve düzen sağlamak amacıyla kanun koyucunun düzenlediği kurallar olduğundan hareketle, toplumda fertler arasındaki tüm ilişkilerin de kanun koyucu tarafından düzenlenmesi beklenemez. Bu bakımdan fertlerin, aralarındaki ilişkilerin tespitinde belli serbestliğe sahip olmaları ve karşılıklı irade beyanları ile kendi hukuklarını düzenleme fırsatının verilmesi kaçınılmazdır.

Hak ve hürriyetlerin sınırlanması tartışmaya mahal vermeyecek kadar zorunludur. Bir yanda kamu düzeninin korunması öte yandan hakların kötüye kullanılmasına karşı hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmaları zorunludur<sup>123</sup>. Kamu düzeni kavramı temel hak ve özgürlükler için her zaman sınırlayıcı bir nedendir<sup>124</sup>.

Anayasa temel hak ve hürriyetleri tek tek tanımlayarak güvence altına almıştır. Demokratik toplum düzeninin gerekleri doğrultusunda temel hakların anayasa ile sınırlanması mümkündür. Vatandaşlar haklarını mensup oldukları toplumun genel huzur ve çıkarlarını zedeleyecek biçimde kullanamazlar. Anayasanın bu konudaki ilkeleri kişi hürriyetin sınırsız olmadığı anlayışına dayanır. Ancak bu sınırlamalarda belli ölçütler çerçevesinde gerçekleşir. Bu nedenle hak ve hürriyetler kayıtsız şartsız olarak denetlenemez ve sınırlanamaz. Demokrasilerde esas olan hak ve hürriyetlerdir. Sınırlamalar ise ancak bunları güvence altına almak ve daha sağlıklı işlemini sağlayabilmek için getirilen düzenlemelerdir. O bakımdan hiçbir sınırlama hak ve hürriyetlerin özünü değiştirici nitelikte olamaz. Demokrasi içinde böyle bir uygulama kabul edilemez<sup>125</sup>.

Demokratik toplumlarda kişilerin özgürlükleri ilke olduğu için bunlara getirilebilecek sınırlamaların ölçüsü büyük önem taşımaktadır. Özgürlüklerle kamu düzeni arasında denge sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu nedenlerle demokratik

---

<sup>122</sup> Andaç, s.3.

<sup>123</sup> Münci Kapani, Kamu Hürriyetleri ,Yetkin Yayınları,7. Baskı, Ank.,1993 s.228.

<sup>124</sup> Quasdorf, s. 195.

<sup>125</sup> Doğan, s.241.



anayasalarda ana sınırlama nedenleri gösterilerek düzenleme yasa koyucuya bırakılmıştır<sup>126</sup>.

Hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması yada kısıtlanması iki amaçla yapılmaktadır. Bunlardan birisi kişilerin haklarının ve şöhretlerinin çeşitli saldırılara ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasına karşı korunmasıdır. Diğer sınırlama sebepleri de kamu düzeni kavramı içine girebilecek kamu düzeni, kamu güvenliği, ulusal güvenlik, kamu yararı, ulusal bütünlük (devletin ülkesi milletiyle bölünmez bütünlüğü), genel sağlık, genel ahlak, suçun önlenmesi, suçluların yakalanıp cezalandırılması, hürriyetin kötüye kullanılması, yargı görevinin gereği gibi yapılmaması sebepleridir<sup>127</sup>.

Kamu düzeni, sivil yaşamın normal akış düzeninin koşulları olduğundan, bu düzenin insanların hak ve özgürlüklerini kullanabilmeleri için gerekli koşullar olduğunun kabulü gerekir. İnsanların hak ve özgürlüklerinin kullanımından sorumlu olan devletin, kamu düzenini korumakla da görevli olduğu kuşkusuzdur. Ne var ki devletin kamu düzenini korurken, insan haklarının kullanımına da hanel getirmemek gibi bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu noktada, kamu düzenini de insan haklarını da sağlamakla yükümlü olan devletin, temel hak kullanımı ile, bu kullanımın kamu düzenine aykırı kullanılmaması arasındaki uyumu devletin iyi sağlaması gerekmektedir<sup>128</sup>.

Kamu düzeni kavramı, kamu huzuru, kamu güvenliği, genel asayiş ve kamu sağlığı gibi kavramlarla ifade edilmektedir. Kamu huzuru kavramı, insanların normal yaşamlarının seyrini olumsuz yönde etkileyen her türlü düzensizlik ve karışıklığın olmaması demektir. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin, yaşamın normal gidişini bozan düzensizlik ve karışıklıkların engellenmesi amacıyla sınırlandırılması gerekir<sup>129</sup>. Temel hak ve hürriyetler kamu düzeni, kamu yararı, milli güvenlik, genel sağlık, genel ahlak gibi nedenlerle sınırlandırılmaktadır. Kamu düzeni, kamunun

---

<sup>126</sup> Gözübüyük / Tan, s: 595.

<sup>127</sup> Tahsin Erdiç, "Batı Demokrasilerinde Klasik Kamu Özgürlükleri Alanında Görülen Sapmalar-Tarihi Açısından İnsan Hakları İhlalleri", Güven Kitapevi, İst., 2002, S.199.

<sup>128</sup> Şahbaz, s. 295.

<sup>129</sup> Şahbaz, s. 295.

dinginliği dirliği, iyi düzen olarak, toplum halinde yaşayışın alışılagelmiş sakıncalarını aşan lde sakıncalarını aşan lde rahatsızlıkların, düzen bozukluklarının, önlenmesi ve giderilmesini ifade eder<sup>130</sup>. Ne var ki, sınırlandırma yetkisini kayıtsız şartsız, koşulsuz devletin ulusal düzenlemelerine bırakmak hak ve hürriyetlerin içeriklerinin olabildiğince daraltılmasına, hatta yok edilmesine yol açabilir. Bu nedenle kişisel ve siyasal haklara ilişkin sözleşmelerin hemen hepsi, genellikle hakları formüle eden maddelerin 2. fıkralarında; devletlere, ancak bazı şartlarla, tanınmış olan bu hakları sınırlandırma yetkisi vermişlerdir. Bunun sonucu olarak, ulusal düzeyde anayasalar ve yasalar da devletlere sınırları çizilmiş sınırlandırma yetkileri vermektedirler<sup>131</sup>.

AY. md. 13'te temel hak ve özgürlüklerin hangi nedenlerle yasa ile sınırlanabileceği gösterilmiştir. Ne var ki yasa koyucu temel hak ve özgürlüklere sınırlama getirme konusunda tam bir serbestiye sahip değildir. Demokratik toplumun gerekleri sınırlamanın sınırlarını oluşturmaktadır. Burada önemli olan diğer bir husus getirilecek sınırlayıcı düzenlemelerin, keyfi uygulamalara müsaade etmeyecek nitelikte olmasıdır. Aksi takdirde yasayla düzenlenmiş olsa bile getirilen düzenleme temel hak ve özgürlüklerin uygulanmasını engelleyici bir nitelik kazanabilir. Kamu düzeni kavramı örneğin kişisel görüş ve anlayışa göre genişletilebilecek; öznel yorumlara elverişli bir kavram olduğundan yapılacak yasal düzenlemenin bu tür kavramların sınırlarını kesin çizgilerle belirlemesi ve sınırlandırması gerekmektedir<sup>132</sup>.

Kamu düzeni kavramı kamu güvenliği ile doğrudan ilintilidir. Kavganın olmaması, barışın hüküm sürmesi, toplumu oluşturan bireyleri tehdit eden kaza ve olayların yokluğunu ve önlenmesini ifade etmektedir.

Düzen hem güvenliği hem de zgrlğu sağlar. zgrlk ancak güvenlikli bir ortamda kullanılabilir. AİHS'te öngörülen ve kamu düzeni genel hükmünde

---

<sup>130</sup> Hamza, Yaman, "Temel Hak Ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Ve Durdurulması" başlıklı makalenin tüm hakları yazarı Hamza Yaman'e aittir ve makale, yazarı tarafından Türk Hukuk Sitesi (<http://www.turkhukuk sitesi.com>) kütüphanesinde yayınlanmıştır.

<sup>131</sup> Erdinç, s. 200.

<sup>132</sup> Gözübüyük/ Tan, s:632.

düşünülebilecek sınırlama nedenleri, genel çıkarların korunması, başkasının ürününün ya da haklarının korunması amacıyla uygulamaya konabilir. AİHM, birden çok meşru amacın bir arada göz önüne alınması gerektiğini sıkça hatırlatmaktadır<sup>133</sup>.

Örneğin AİHM, Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasında kamu çıkarlarına ilişkin siyasi konuşmalar veya sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlandırılmasına dair çok dar bir kapsam olduğuna işaret etmektedir<sup>134</sup>. Ayrıca, izin verilebilir eleştirilerin sınırları hükümet ile ilgili hususlarda, özel vatandaşlar veya siyasetçiler açısından daha geniştir. Demokratik bir sistemdeki hareketler veya hükümetin ihmalleri sadece yasama ve adli otoritelerin değil aynı zamanda kamuoyunun da yakın takibinde olmalıdır.

Kamu düzeninin her temel hak ve özgürlük açısından aynı etkiyi doğurduğu söylenemez. Kimi hak ve özgürlükler açısından etkisi büyük olmasına rağmen; kimi diğer hak ve özgürlükler açısından sınırlamada meşru amaç olarak dayanılması öngörülmesine rağmen etkisinin ve hatta uygulamasının zayıf olduğu görülmektedir. Bu ayırım kesin çizgilerle yapılamamakla beraber AİHS sisteminde sınırlama sebeplerinin açıkça gösterilmiş olup olmamalarına göre ancak bir ayırma tutulabilmektedirler<sup>135</sup>.

#### **1.2.2.3.2.1. Kamu Düzeninin Etkili Olduğu Sınırlama Halleri**

AİHS’te sınırlanabileceği düzenlenen temel hak ve özgürlükler genel olarak kamu düzeni nedeniyle sınırlandırılabilen temel hak ve özgürlüklerdir.

AİHS’te kamu düzeninin baskın olduğu sınırlama halleri, ilgili maddesinde açık ve net bir şekilde düzenlendiği temel hak ve özgürlüklerdir. AİHM’in vermiş olduğu kararlar da göz önünde bulundurulduğunda kamu düzeninin baskın olduğu en önemli hak ve özgürlüğün AİHS md. 9’da düzenlenen düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün olduğu görülmektedir. Kuşkusuz burada kastedilen bu kavramların

---

<sup>133</sup> Kaboğlu, s. 94.

<sup>134</sup> bkz 25 Kasım 1996 tarihli *Wingrove - Birleşik Kralliyet davası*, 1996 Raporları-V, s. 1957, 58.md.

<sup>135</sup> Erdinç, s. 202.

dışa yansıyan yönleridir. Düşüncenin, dini kanaatlerin, bilimin ya da sanatın birey nezdindeki oluşum alanına ilişkin devlet müdahalesi söz konusu olamaz. AİHS md. 10'da düzenlenen ifade özgürlüğü açısından ( düşüncenin, kanaatin, sanatın, bilimin kamusal alanla çakıştığı durum) kişilik haklarının korunması, kamu düzeni ve kamu düzeni kavramı altındaki genel ahlak, kamusal güvenlik, dirlik ve esenlik, insan onuru, genel sağlık vd. sebeplerle sınırlandırılması mümkündür. İfade özgürlüğü düşünce özgürlüğünün etki alanını karşılayan bir alana tekabül etmektedir.

AİHS md. 8'de özel yaşamın ve aile hayatının gizliliği ile konut dokunulmazlığı hakları düzenlenmiştir. in eleştirilmesi gereken bir yönü 2. fıkrada sayılan istisnaların genişliğidir. Sınırlama nedeni olarak sayılan kavramlar sayıca çok olduğu gibi, içerikleri de muğlak ve sübjektiftir. Dolayısıyla, hakkın sınırlanması bakımından ulusal makamlara oldukça geniş bir takdir yetkisi tanımıştır<sup>136</sup>.

AİHS'te temel hak ve özgürlüklerin düzenlenişi ve kamu düzeninin yeri bakımından 8.,9.,10. ve 11. maddeler paralellik arz etmektedir. Bu durum dikkate alındığında aynı muğlaklığın diğer maddelerde düzenlenen temel hak ve özgürlükler açısından da söz konusu olacağı kuşkusuzdur.

#### **1.2.2.3.2.2. Kamu Düzeninin Etkisiz Olduğu Sınırlama Halleri**

Kamu düzeninin etkisiz olduğu temel hak ve özgürlükler, öncelikle hiçbir şekilde sınırlamanın mümkün olmadığı temel hak ve özgürlüklerdir. Olağanüstü dönemler de dahil olmak üzere hiçbir şekilde sınırlanamayan hak ve özgürlükler mutlak temel hak ve özgürlüklerdir. Bunlar aynı zamanda demokratik bir hukuk devletinde hiçbir biçimde, zamanda ve yerde, olası bir sınırlamaya tabi tutulamayacak tür ve nitelikte haklar da bulunmaktadır<sup>137</sup>. AİHS md. 2'de

<sup>136</sup> Yasemin Özdek, “ Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye ( AİHS Sistemi AİHM Kararlarında Türkiye ) Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ank., Mart 2004, s.222.

<sup>137</sup> Mehmet Semih Gemalmaz, “ Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş” 5. Bası Legal Yayınları, 2005. s.1088. “ Hakların bir bölümü sınırlandırılabilirdiğine göre diğer bir bölümü ise sınırlandırılmadığına göre, bunun zorunlu sonucu, olası sınırlamaların ancak sınırlandırılacak haklar üzerinde etki doğuracak şekilde düzenlenmeleridir. Başka deyişle, olası bir sınırlama için öylesine bir hukuk tekniği kullanılmııs zorunludur ki, bununla diğer haklar etkilenmemelidir.”

düzenlenen yaşama hakkı ve ölüm cezası yasağı; md. 3'te düzenlenen işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı ceza ya da işlem yasağı; md. 5'te düzenlenen kişi dokunulmazlığı md. 7'de düzenlenen suç ve cezaların kanuniliği ilkesi sınırlanamayan hakların bazılarıdır<sup>138</sup>.

Örneğin AİHS md. 3'te işkence ve insanlık dışı muamele yasağı düzenlenmiştir.<sup>139</sup> Söz konusu hüküm, AİHS'nin herhangi bir sınırlama nedenine bağlı olmayan tek hükmüdür. AİHS md. 15 II'ye göre bu yasağın, *olağanüstü durumlarda bile* ortadan kaldırılması söz konusu değildir. AİHS md. 3'te kullanılan kavramlar oldukça geniş ve belirsizliği nedeniyle sözleşme organlarının kararlarıyla somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda özellikle “insanlık dışı” veya “alçaltıcı muamele” kavramlarının Avrupa kamu düzeninin geçerli ortak standartlarına uygun olarak yorumlanması gerekir<sup>140</sup>.

### **1.3. YABANCI HUKUK DÜZENLERİNDE KAMU DÜZENİ KAVRAMINA GENEL BAKIŞ**

#### **1.3.1. AB Hukukunda Kamu Düzeni Kavramına Genel Bakış**

##### **1.3.1.1. AB Hukukunda Temel Hak ve Özgürlükler ve Kamu Düzeni**

Avrupa entegrasyonundaki sürekli gelişmeler, Avrupa düzleminde çok sayıda organizasyonun kurulmasını mümkün kılmakta ve bunu tetiklemektedir. Bunu müteakip Avrupa çapında temel hakların korunmasıyla görevli birçok uluslar arası organizasyon, temel haklar alanındaki gelişmeyi gerçekleştirmiştir. Bir yandan üye devletlerin anayasa gelenekleri, hem de diğer yandan üye ülkelerin katıldığı insan haklarının korunmasıyla ilgili sözleşmeler, topluluk hukuku açısından İnsan haklarının gelişmesinde esas alınmıştır.

---

<sup>138</sup> Stefan Ibing, Die Einschränkung der Europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht – Anwendbarkeit der Einschränkungsvoraussetzungen der EMRK und der Europäischen Grundrechte – Charta auf Gemeinschaftsrechtsakte, Nomos, 2006, ss.105-106.

<sup>139</sup> Bahri Öztürk “ Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metodları )” <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/dkaynak/dkaynak.htm> ( 17.06.2008 )

<sup>140</sup> , Joachen Abr. Frowein, Wolfgang Peukert, “ Europäische MenschenRechtsKonvention ( EMRK-Kommentar )”, N.P. Engel Verlag, Kehl, Staßburg,Arlington, 1996, Art.3 no.1

Avrupa İnsan haklarının korunması, hem AB çerçevesinde hem de AT'nin alanında yer almaktadır. Bu durum, Avrupa Temel Haklar Şartının İmzalanmasıyla alenilik kazanmış ve ortaya konmuştur. Öte yandan Avrupa Konseyi'nin ana amacı olarak temel hakların Avrupa düzeyinde korunması, AB'den bağımsız bir uluslar arası örgütlenme içerisinde sağlanmaktadır. Nihayetinde AGİT de üye devletlerini temel hakların korunması amacı ile de bir araya getirmiştir.

Etkili bir temel haklar koruması sağlayabilmek için her bir Avrupa ülkesi aynı uluslar arası örgüte üye değildirlir. Dahası bir yanda Türkiye, Beyaz Rusya gibi AB'ye üye olmayan birkaç ülke bulunmaktadır. Diğer yanda ise 46 Avrupa ülkesinden yalnızca 27'si aynı anda hem AB'ye hem de Avrupa Konseyi'ne üyedirler. Avrupa insan haklarının korunmasının bu şekilde yaralanması, günümüzde farklı koruma seviyeleri sunan, farklı uluslar arası örgütlerin bu alanda kendi çağlarında hakimiyet kurmalarına neden olmuştur.

Farklı koruma seviyeleri, özellikle Avrupa düzleminde yer alıp farklı görevdeki üç uluslar arası örgüte (AGİT; AB ve Avrupa Konseyi) dayanmaktadır. Avrupa Konseyi'nin ana görevi kendine üye ülkelerde insan haklarını korumaktır.

AB çerçevesinde insan hakları koruması esas olarak AT vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. AT'nin ana görevinin ekonomi ve üye ülkelerin ekonomik birliğini ve para birimlerinin birliğini güçlendirmektir. İnsan hakları ise AİHS'nin konusu olup topluluk hukukunun ana hedefi, değildir. Topluluğun diğer topluluk temel hak ve özgürlüklerine ilişkin temel hukuk ilkeleri bu yüzden AİHS'nin yorumundan ve yine topluluğun yapısı ve amaçlarından farklı olduğu dikkate alınmalıdır. Topluluk hukuku açısından temel hakların korunması, topluluğun ekonomik hedeflerini gerçekleştirmeye hizmet ettiği ölçülerle sınırlıdır.

AGİT de üyeleri arasında temel hakların korunması alanı bakımından sorumludur. AGİT'in temel hakları koruma sistemi, neredeyse hiçbir bağlayıcılığı olmayan düzenlemeler içermekte ve fakat diplomatik yollarla oluşturulmuş bulunmaktadır. Bu yüzden AGİT için Avrupa Konseyi ve AB'den farklı olarak

AGİT'in temel hakların korunmasıyla ilgili kararların uygulanmasını sağlayacak bir mahkemesi bulunmamaktadır. Bu tür kararların uygulanıp uygulanmayacağını kontrolü AGİT'in Demokrasi Kurumları ve İnsan Hakları Ofisi tarafından münhasıran sağlanmaktadır. Bu ofisin raporları ancak uygulamada maalesef dikkate alınması gerekirken görmezden gelinmektedir. AB ve Avrupa Komisyonu, mahkemeleri vasıtasıyla esaslı, daha güçlü ölçütleriyle kendi üye ülkelerinde, garanti edilen temel hakların sağlanıp sağlanmadığını kontrol edebilmektedirler. AGİT'in temel haklar koruması ise buna karşın sadece düzenleyici bir rol oynamaktadır.

Topluluk Hukukunda temel hakların korunmasına ilişkin genel prensipler, kurucu anlaşmalarda herhangi bir ipucu bulunmaması dolayısıyla Avrupa Mahkemelerinin kararlarıyla şekillenmiştir.

ATA md. 6'da yer verilen "Demokrasi, İnsan haklarına, temel özgürlüklere Saygı ve Hukuk devleti" temel prensiplerinin tanınması AİHS'de kabul edilen şekliyle temel Haklara saygı prensibi tanınmıştır. Temel Haklar böylece Avrupa Birliği Anlaşması ve toplulukları için de Avrupa Birliği'nin bir mütemmim cüzü olarak hükme bağlanmıştır. Böylelikle üyelik başvurusu yapmadan AİHS'nin bir üyesi olduğunu tek taraflı olarak açıklamıştır.

Temel hakların korunmasının da belli sınırları bulunmaktadır. Koruma sınırsız değildir. Avrupa Adalet Divanı da sürekli olarak zaten topluluğun hedeflerine ulaşması açısından "kamu esenliğinin temin edilmesi" amacıyla, belirli sınırlamalara tabi tutulabileceğini vurgulamıştır. Bu sınırlamanın orantısız olmaması ve ilgili temel hakkın özüne dokunacak derecede tahammül edilemeyecek bir müdahale teşkil etmemesi gerekmektedir.

Temel Hakları koruma görevi öncelikle topluluğun kendisine aittir. Topluluğun her türlü hareketin temel haklara saygılı ve uygun olması, onları zedeleyici nitelikte olmaması gerekmektedir. Bu yükümlülük topluluğa üye her devlet bakımından da geçerlidir. Üye devletlerin icra organları, icra organlarının eylemlerinin tasarruflarını kontrol eden mahkemelerce denetleme sırasında da

geçerliliğini korumaktadır. Topluluk temel haklarının korunmasının kapsamı, herhangi bir üye devletin iç hukukunda düzenlenmiş olan temel hakların korunmasının kapsamından daha geniş olduğu müddetçe, bu alanda herhangi bir sorunla karşılaşılmamaktadır. Böyle bir durumda topluluk hukukunun milli hukuktan önce uygulanması yani, öncelik prensibi gereği , daha geniş kapsamlı olan topluluk hukukundaki temel hakların korunması esas alınacaktır.

Topluluk temel haklarının korunmasının, milli temel hakların korunmasının gerisinde kaldığı durumlarda bir takım spesifik problemlerle karşılaşılabilir. Her ne kadar topluluk temel hakları, bahsettiğimiz gibi üye devletlerin müşterek anayasa geleneklerine dayanarak geliştirilen temel haklardan da olsa ve bu anlamda maksimum standart esas alınmış olsa ve son yıllarda topluluk temel haklarının ileri derecede tekamül ettiği gerçeği de göz önünde tutulsa dahi, yine de her bir üye devletler için bir koruma eksikliği söz konusu olabilmektedir. Örneğin Federal Alman milli hukukunda iki temel hak, konut dokunulmazlığı ve mülkiyet garantisi topluluk hukukundakinden daha geniş algılanmaktadır. Bu spesifik problem topluluk yönergelerinin hayata geçirilmesinin düzenlemelerin çok yoğun olması nedeniyle neredeyse yok denecek kadar küçük bir uygulama serbestisi bırakıldığı ve bu düzenlemelerin topluluk temel hakları standartlarına uymasına rağmen iç hukuktaki temel hak standartlarına uymadığı durumlarda özellikle belirginleşmektedir. Böyle bir durumda federal Alman Anayasa Mahkemesi prensip olarak topluluk hukukuna öncelik verilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Ancak bu öncelik Avrupa Adalet Divanı'nın kabul ettiği kayıtsız ve şartsız mutlak öncelik değildir. Anayasa Mahkemesi Alman Anayasası'nda AB lehine yapılan yetkilendirmenin başka bir anlatımla topluluğa ulusal egemenlikten doğan yetkilerin kullanımının devredilmesinin de bir sınırı olacağını belirtmiş, ve kendisinin alman milli hukukundaki temel hakların özünün zedelenip zedelenmediği konusunda denetleme yetkisine sahip olduğunu dile getirmiştir.<sup>141</sup>

---

<sup>141</sup> Volker Behr, "Avrupa Kamu Düzeni", Hukuk Kurultayı Ocak 2000 c.2  
Kamuran Reçber, Çiğdem Aydın "Avrupa Birliğinde Üye Devletler Tarafından İnsan Haklarının İhlal Edilmesi Durumunda Öngörülen Yaptırımlar" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 53 S.1, 2004. Mahmut Göçer "Avrupa Birliği ve Temel Hakların Korunması"  
[http://www.anayasa.gov.tr/\\_anayargigocer.pdf](http://www.anayasa.gov.tr/_anayargigocer.pdf) ( 13 Aralık 2005)



Bu çerçevede topluluk hukuku açısından AİHS büyük anlam ve önem taşımaktadır. Burada topluluk hukukundaki temel hakların, topluluğun amaçlarına ve bünyesine oturtulması gerekmektedir. Hem milli anayasalar, hem de insan haklarının korunmasına ilişkin sözleşmeler hukuki kaynaklar olmaları sebebiyle, daha çok spesifik hak ve hürriyetler olan topluluk temel hak ve özgürlüklerinin ortaya çıkmasına ve tanınmasını sağlamaktadırlar.

Temel Hakların ATAD Kararlarına konu olmasında çıkış noktası ilk Rutilli Kararı olmuştur. Mahkeme bu davada “obiter dictum” uygulamıştır. Mahkemenin görüşüne göre, topluluk hukukundaki çekince şartları ile AİHS’de garanti altına alınan temel hak ve özgürlüklerin sınırları paralellik arz etmektedir. Avrupa Adalet Divanı bu kararıyla topluluk hukuk düzeninde temel hak ve özgürlüklerin aynı seviyede olduğunu ortaya koymuştur. Aynı zamanda topluluk hukukunda Temel hak sınırlamalarının ve özellikle kamu düzeninin AİHS’de temel hak ve özgürlüklerin sınırlarının yorumlanmasındaki aynı kurallara tabi olduğunu ortaya koymuştur.

Rutilli kararı kamu düzeninin temel insan haklarının Adalet Divanı tarafından açıklanan somut biçimini öncelikle ortaya koyduğu bir karardır. Rutilli kararından kısa bir süre sonra savcı Trabucchi Rutilli formülünü daha yakın bir açıyla yeniden somutlaştırmayı denemiştir. Rutilli kararındaki analize göre:

“Adalet Divanının diğer mahkemelerin yetkilerine dikkat etmesi gerektiği ve milli makamların insan hakkı ihlallerini aynı genişlikle denetleyemeyeceği” sonucuna varmıştır.

AB dört temel özgürlük üzerine kurulmuştur. Bunlar malların, kişilerin (işçilerin), hizmetlerin, sermayenin serbest dolaşımıdır. Bir başka özgürlük ise yerleşim hakkıdır, emeğin ve hizmetlerin serbest dolaşımı için olmazsa olmaz nitelik taşımaktadır. AB bir ekonomik bütünleşme modelidir. Serbest dolaşım özgürlüğü olmadan ekonomik bütünleşmeden söz edilemez<sup>142</sup>.

---

<sup>142</sup> Özkan, s.

Temel özgürlükler alanında ATA kamu düzenini içeren ya da kamu düzenine atıfta bulunan toplam beş kayıt içermektedir. Bunlar; malların serbest dolaşımı; işçilerin serbest dolaşımı; yerleşme özgürlüğü; hizmetlerin serbest dolaşımı; ve son olarak para ve ödeme araçlarının serbest dolaşımı ile ilgili maddeleridir. Bu özgürlükleri düzenleyen maddelerde kamu düzeni, sistematik bir şekilde temel hak ve özgürlüklerin istisnai vakıaları ve ayrıca temel hakların sınırlanma sebebi olarak görülmektedir. Bunlar, milli hukuklarda temel hak ve özgürlüklerin sınırlama nedeni olarak ya da söz konusu üye devletin hukuka uygunluk sebebi olarak kamu düzenine dayanması durumunda kendisini göstermektedir.

Kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu ahlakı ve kamu sağlığı kavramları özerk topluluk hukuku kavramlarıdır. İçerikleri üye devletlerde ilgili değer mülahazaları nedeniyle birbirinden farklı olabilmektedir. Çünkü, kamu düzeni ve kamu güvenliği kavramları, genel olarak organların işlevselliği veya suç fiillerinin ortaya çıkarılması ve soruşturulması gibi devletin önemli menfaatlerini koruyan temel kamu hukuku kurallarının tümünü ifade etmektedir<sup>143</sup>.

Avrupa Topluluğu direktiflerinin uygulama alanı öncelikle temelde yatan garantinin uygulama alanını izlemektedir. Bunların yukarıda saydığımız 5 temel hak ve özgürlük için birebir düzenlenmesi gerekmektedir.

#### **1.3.1.1.1. Malların Serbest Dolaşımı ve Kamu Düzeni**

Malların topluluk içi serbest dolaşımını düzenleyen alan AT Anlaşması md. 30'a göre garanti altına alınan haklar; dış alım, dışsatım ve transit alım satımı kapsamaktadır. Söz konusu özgürlükler, kamu ahlakı, düzeni ve güvenliği kavramları, bunun yanı sıra topluluk içi ticari işlemleri iradi ayırım aracı ve örtülü sınırlamalar olarak kendini göstermektedir.<sup>144</sup>

<sup>143</sup> Hacı Can “ Avrupa Birliği İç Pazar Hukuku” Adalet Yayınları Ank. 2008, s. 263.

<sup>144</sup> Schneider Hartmut, Die Öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten im EG- Vertrag, Nomos Verlagsgesellschaft Baden – Baden, 1. Auflage, Berlin, 1998., s. 26.

Kamu düzeni, ATA md. 30' da sayılan diğer kısıtlama nedenleri ile ilişkide bir toplanma unsuru mahiyetindedir ve bu nedenle diğer özel kısıtlama nedenlerinin bulunmadığı hallerde incelenir. Kamu düzenine dayalı kısıtlamalarda, devletin temel menfaatlerine dokunan yeterince ağır bir tehlikenin söz konusu olması gerekir. Kamu düzeni önlemleri ile bunun kapsamına girmeyen önlemler arasındaki sınırlandırma, düzenlenmesi gereken konunun önemi vasıtasıyla yapılmaktadır.<sup>145</sup> Lafzi bakımdan tamamen anlaşılır olmamasına rağmen sınırlama için sayılan ölçütler sınırlı sayıda düzenlenmiştir<sup>146</sup>. ATA md. 30 anlamındaki üye devletlerarası ilişkilerin, sınırlı sayıdaki sebeplerle sınırlanmalarına ilişkin ölçütler resmi ölçütlerdir; ancak uygulamada fazla görülmemektedir.

Mal ya da ürün, bir ATAD Kararına göre, parasal değeri olması sebebiyle ticari işlere konu olabilen türden mahsullerdir<sup>147</sup>. Topluluk ürünü kapsamına, AB'ye üye olmayan üçüncü ülkelerin ürünleri de ATA md. 10'daki şartlara uygun olarak AB içerisinde serbest dolaşabildiği takdirde girebilmektedir. Bu durumda üye olmayan üçüncü ülkelerle yapıldığı takdirde serbest dolaşıma ilişkin sözleşmesel hükümler uygulama alanı bulmayacaktır.

Malların serbest dolaşımı, bizatihi kamu düzeninin bozulması nedeni olamaz. Fakat bir üye devletin ekonomik ve toplumsal düzenin varlığı ve temel seyri ileriye dönük olarak zarar uğratılması söz konusu olduğunda alınan önlem, ( ATA md 30) anlamında kamu düzeni çekincesinin kapsamına girer. Bu bağlamda, ekonomide oluşan rahatsızlıkların ve krizlerin kamu düzenini tehdit eder boyutuna ulaşması halinde dikkate alınıp alınamayacağı hususunda tartışmalar çıkmaktadır.<sup>148</sup> Ekonomik kamu düzeninin ciddi bir şekilde bozulması durumunda kısıtlama önlemlerine başvurulması kaçınılmazdır. Malların serbest dolaşımı, Topluluk hukuku

---

<sup>145</sup> Can H., s. 263.

<sup>146</sup> Sınırlı sayıda düzenlenmiş olduğu Thompson ve diğerleri ile ilgili ceza yargılaması kararında ATAD tarafından da vurgulanmıştır. (7/78nolu; 1978 tarihli karar.) Bkz. Sermayenin serbest dolaşımı ile ilgili açıklamalar.

<sup>147</sup> 7/68 nolu 1968 tarihli Komisyon Kararı ( İtalya- Kunstschaetze )

<sup>148</sup> Tekinalp, Tekinalp, s.321; Can H., s. 264.

bakımından bir özgürlük olduğundan her özgürlük gibi sınırları olup, meşru kamu menfaatlerinin bir gereği olarak kısıtlanabilmesi gerekmektedir.<sup>149</sup>

ATAD'ın *Dasonwille* kararından<sup>150</sup> bu yana isitkrarlı olarak vurgulandığı üzere, topluluk hukukuna aykırı olmayan milli ticaret kuralları; topluluk içi ticarete doğrudan doğruya ya da bölünebilir olarak uygulanabilmekte ve milli kaidelerle sınırlandırılabilir. Bunun istisnası, sürümü ve ticareti yapılan mallara ilişkin olarak salt satış usulüne ilişkin düzenlemelerdir.

ATA md 28. madde, milli ölçütlerin iç ve dış ürünler için aynı suretle geçerli olup olmamasını (milli hukuk ve topluluk hukuku arasında fark olmaksızın geçerli ölçütler) gözetmemektedir. Düzenleme her iki formda da milli ürün dolaşımı sınırlamasını da hukuka uygun hale getirebilir. ATAD'ın *Cassis de Dijon*<sup>151</sup> kararına göre, kuşkusuz, farksız olarak uygulanan milli düzenlemeler hukuka uygunluğun sınanmasından önce md. 28'in milli hukukun zorunlu şartları vasıtasıyla hukuka uygun hale getirilebilip getirilemeyeceği sorunu sebebiyle değinilmektedir. Bu tür durumlarda somut olayın md. 28'e uygunluğunu gereklilikleri, ticari alışveriş trafiğinin selameti, tüketicinin korunması etkili vergi kontrolü ve çevrenin korunmasının sağlanması bakımından sınanmaktadır.

Eğer bu sebepten dolayı bir müdahalenin hukuka uygunluğu onaylanıyorsa *Dasonwille* kararındaki anlamıyla aynı etkili ölçüt bulunmamaktadır. ATA md. 28'e göre hukuka uygunluk sorunu bu tür bir olayda bulunmamaktadır. Bunun karşısında kamu düzeni sebebinin ayrıntılı bir şekilde sınırlanabileceği hiçbir zorlayıcı şart bulunmamaktadır. Mamafih şimdiye kadar ATAD, buna benzer olaylarda bu sebeplerden dolayı hukuka uygunluğu onaylamamıştır<sup>152</sup>.

---

<sup>149</sup> Can H., s. 264. "Bir yandan topluluğun ekonomik bütünleşmesi ve bireylerin özgürlükleri ve diğer yandan üye devletlerin kamu düzenlerini korumak hakkı olmak üzere, bunlar arasında ortaya çıkan menfaat uyumsuzluğu karşısında genel bir saptama yapmak pek mümkün değildir. İstismara da oldukça açık bir durum söz konusu olduğundan somut olayın özellikleri çerçevesinde ayrıntılı bir irdeleme yapılmalıdır."

<sup>150</sup> Ünal, ( AB ),s. 46. " Bu karara göre, iç pazardaki serbest ticareti doğrudan veya dolayısıyla gerçekten ya da muhtemelen engellemeye elverişli her türlü önlemin alınması yasaktır." Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Can H. s. 245.

<sup>151</sup> 120/78,1979 tarihli karar. Bkz. Can H. s. 247, 267.

<sup>152</sup> Schneider, s.

Temel hak ve özgürlüklerin düzenlenme alanındaki diğer kamu düzeni ölçütleriyle karşılaştırıldığında md. 36'da kamu düzeninin yanı sıra tek tek bir çok hukuka uygunluk sebebi düzenlenmiştir. Buradaki sorun, bu kavramın hangi ölçüde md. 36 ile korunan faydaya ulaşmak için kullanılacağıdır. ATAD şimdiye kadar kararlarında bu soruya ayrıntılı bir cevap vermemiştir. ATAD'ın bu husustaki görüşleri maalesef en son 1984 yılında verilen *Campus Oil* kararından çıkarılmaktadır.<sup>153</sup> . Söz konusu olayda bir İrlanda düzenlemesi gereğince petrol ithalatçılarının belli bir kısmını İrlanda' da sadece tek olarak bulunan rafineriden karşılamaya yükümlü kılınmışlardı. İrlanda hükümeti bu düzenlemeleri dış güvenlik çıkarlarına dayandırmıştı. Görüşüne göre en azından bir ulusal rafinerinin muhafaza edilmesi ve bununla da İrlanda' nın kriz dönemlerinde petrol ürünleri tedarikinin sağlanması güvence altına alınmaktaydı. Bu davada sorun, İrlanda'daki hukuki düzenlemelerin, topluluk hukuku ile uyumlu olup olmaması, petrol ithalatçılarının sorumlulukları ve resmi makamlarca belirlenen maktu fiyatlarla belirli ihtiyaçların belirli yüzdelerinin karşılanması oluşturmaktadır. Davaya konu firmanın amacı, İrlanda'nın petrol ihtiyacını güvence altına almaktır. İrlanda Petrol rafinerisinin ürünlerinin piyasası da "satın alma yükümlülüğü" vasıtasıyla sağlanmaktaydı. Davada İrlanda hükümeti tarafından satın alma yükümlülüğünün kamu düzeni ve güvenliği nedeniyle hukuka uygun olup olmadığı ve bu duruma tekabül eden ölçütlerin hukuka uygunluğu esaslı olarak ileri sürülmüştür. ATAD, bu argümanla, Satın alma zorunluluğunun, kamu düzeni ve güvenliği nedeniyle hatta kamu düzeninden daha çok kamu güvenliği nedeniyle önemli olduğunu, petrol rafinerisinin asgari bir kapasitesinin muhafaza edilmesinin ulusal ekonominin işlemesine değil, daha ziyade kamu kurumlarının varlığına ve kullanılabilirliğine hizmet ettiğine karar vermiştir. Bu temelde en azından bir ulusal rafinerinin varlığı, halkın petrol tedarikini kriz zamanlarında da güvence altına alınabilmesini sağlayacağını ve bu nedenle İrlanda düzenlemesi hukuka uygun görülmüştür.<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup> 1984 , 2727 nolu karar.

<sup>154</sup> Schneider, ss. 27-29. ; Can H., s. 265.

ATAD, *Conegate* olayında<sup>155</sup> kamu ahlakı kavramını mercək altına almıştır. Kamu ahlakı altında, belirli bir bölgede belirli bir zamanda ortak yaşama hakim olan ahlaki düşüncelerin tamamıdır. Ahlaki düşüncelerin ve toplumsal etik değerlerinin sürekli bir değişim içerisinde bulunması ve üye devletler arasında bu bağlamda kısmen farkların mevcut olması nedeniyle ATA md 30 anlamında “ kamu ahlakı ” kavramının kapsamını ve sınırlarını belirlemek mümkün değildir. Her üye devlet kamu ahlakı düşüncelerini bizzat kendi değer düzeniyle uyumlu bir şekilde belirleyebilir. Bununla birlikte, kavramın içeriği keyfi şekilde doldurulamaz. Bir üye devlet ancak hukuk düzeninin uygun yasakları veya kısıtlamaları koyması ve tutarlı şekilde icrasını sağlaması halinde bu düzenlemeye dayanabilir. Dolayısıyla ahlaka aykırı gösterimlerin, yazıların veya materyallerin ithalat yasağı, ancak ilgili üye devletin benzer yerli malları piyasaya sürülmesine karşı ciddi ve etkili önlemler almış olduğunda hukuka uygun olabilir. Böyle bir durumda, söz konusu ürünlerin menşei itibariyle bir kısıtlaması yoktur; aksine ürünler ticarete konu olamamaktadır.<sup>156</sup>

Malların serbest dolaşımının kamu sağlığı nedeniyle sınırlanması genellikle gıda maddelerinin tüketilmesinden ve diğer maddelere temastan ortaya çıkan soyut tehlikelerin tümünü kapsamaktadır.<sup>157</sup> Yukarıda kısaca değinilen *Casis de Dijon* olayında kamu sağlığı nedeniyle malların serbest dolaşımına getirilen kısıtlamaların çerçevesini çizilmiştir. Üye devletler kamu sağlığı için fiili tehlikelerin bulunması ve boyutunun belirlenememesi halinde kesin kanaati beklemeden geçici olarak koruyucu önlemler alabilirler.

---

<sup>155</sup> Conegate Kararı Slg. 1986, 107, pn. 15 vd , Söz konusu olayda Britanya gümrüğü görevlileri, şişme mankenler ve diğer erotik maddelerden oluşan bir mal siparişine umumiyetle el koymuşlardır ve bu mallar, 1876 tarihli gümrük yasasına göre ahlaka mugayir ve muzip olarak değerlendirilmiştir. Dava açan ithalatçı firma, diğer gerekçelerinin yanı sıra Büyük Britanya’ da bu malların ticaretinin yapılmasının serbest olduğunu ileri sürmüştür. Adalet Divanı bir malın ahlaka aykırılığının değerlendirilmesinin üye devletlerin alanında bulunduğunu vurgulamakta birlikte bir malın kepezelik uyandırıcı etkisinin, ilgili üye devletin kendi ülkesinde üretilen ve piyasaya sürülen benzer mallar karşısında ticareti engellemek için ceza veya diğer ciddi müeyyidelere başvurmadığında yeterince ağır olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.

<sup>156</sup> Can H. s. 266.

<sup>157</sup> Can H. s. 267.

### 1.3.1.1.2. Kişilerin Serbest Dolaşımı, Yerleşim Hürriyeti ve Kamu Düzeni

#### 1.3.1.1.2.1. Kişilerin Serbest Dolaşımı ve Kamu Düzeni

ATA md. 39/1'de topluluk içerisinde işçilerin serbest dolaşımının sağlanacağı öngörülmüştür. İlgili maddenin 2. fıkrasında, serbest dolaşım konusunda üye devletler işçileri arasında istihdam, ücret ve diğer çalışma koşulları konusunda, vatandaşlık esasına dayalı her türlü ayrımcılığın kaldırılacağı belirtilmiştir.

Md. 39'un düzenlemesinde, ayrıntılı bir düzenleme bulunmamakla beraber, serbest dolaşım kapsamında geçici işçiler açısından da ayrı ayrı seyahat, ikametgah ve başvuru hakları da yer almaktadır. Yine bu haklar açısından da kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı kavramları hukuka uygunluk sebepleri olarak uygulama alanı bulmaktadırlar.

Md. 39 anlamında işçi kavramı temel hak ve özgürlüklerin uygulama alanıyla ilgili olduğundan, topluluk hukukunun da niteliği gereği geniş yorumlanmaktadır. Buna göre, işçi, her bir üye ülke vatandaşı olabilir. Maaşla ya da ücretle çalışması, aynı ya da başka bir üye ülkenin milli topraklarındaki uğraşıda uygulanan ya da uygulanmak istenen emirlere bağlı olup olunmaması önem taşımamaktadır. Uğraşılan işin ekonomik hayatta kapladığı yer de yine önem taşımamaktadır. Bu durum, para karşılığı olmaksızın yapılan bir iş ya da görülen bir hizmet söz konusu olduğunda da geçerlidir<sup>158</sup>.

Düzenleniş sistematigi nedeniyle kamu düzeni kaydının 48/3' te düzenlenmiş olması; md 39' da ( eski md. 48/2' de) düzenlenen ayrımcılık yasağının kayıtsız şartsız uygulanamayacağını düşündürmektedir. Alman literatüründe bazı yazarlar, md 48/3' ün md 48/2 için de uygulanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir<sup>159</sup>. Ancak bu görüş, 48. md. nin düzenleniş amacına sadece aykırı olmamakta; 2. ve 3.

<sup>158</sup> ATAD, 53/81, 1982 tarihli *Levin / Staatsecretaris* kararı.

<sup>159</sup> Schneider, s. 31.P. Karpentstein, in G/B/T/E. 3. Aufl. Art. 48 Rn. 38 Entsprechend hat auch das VG Köln in einem Fall, der die Beschäftigungsbedingungen eines Italiener in einem sicherheitsrelevanten Bereich in Deutschland betraf, eine Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit bejaht; vgl. VG Köln DVBI 1980, S. 383 (384)

fikranın ilgili düzenleniş amacının desteklenmesine izin vermemektedir. 3. fıkra öncelikle içerik açısından serbest dolaşım ve ikametgah sorununa karşılık vermekte ve serbestileri politik açıdan ilgilendirmektedir. Kabul eden devletler bu suretle, yabancı vatandaşların kendi milli topraklarında bulunmalarına göz yumma yükümlülüğü altına girmektedirler<sup>160</sup>. Yalnız dar sınırlarda direktif ölçüleri sebebiyle, kişisel hareketlerinin sürekli ve kesintisiz bağlama noktası, yabancı AB vatandaşı olmaları gerekmektedir. Buna karşın md 48/2, serbestinin iktisadi boyutunu yani uğraşı, ücretlendirme ve diğer iş koşullarını daha güçlü korumaktadır. Ayrımcılık açısından bağlantı noktası burada, tehlikeli bulunan davranıştan ziyade mesela her birinin eğitimi, ya da iş deneyimidir.

Toplulukta işçilerin serbest dolaşımı, sınır kontrollerinin kalkması ve yerleşme serbestisi ile ilgilidir. İşçilerin serbest dolaşımı ilke olarak vatandaşlık unsurunun hiçbir ayrımcılığa sebep olmaması gerektiğinin ifadesidir<sup>161</sup>. Bu bağlamda AB’de işçilerin dolaşım serbestisi, AB bünyesinde mevcut düzenlemeler uyarınca işçilerin kendi ülkelerinden ayrılma, üye başka bir ülkeye gitme, buradaki iş pazarına girme ve mesleki faaliyette bulunma hakları yanında, bu ülkelerde oturma ve bu ülkelerin kendi vatandaşları ile aynı muamelelere tabi olma hakları olarak tanımlanabilmektedir.

Üye devletler arasında oluşturulmaya çalışılan ortak Pazar, malların ve hizmetlerin yanında üretim faktörlerinin de serbest dolaşımını üzerindeki bütün engellerin kaldırılmasını gerektirdiğinden, topluluk içerisinde, işçilerin serbest dolaşımı, ekonomik bir amacın gerçekleşmesinin ön koşulu olarak görülebilir<sup>162</sup>. Zira emeğin marjinal verimliliğinin düşük olduğu ülkelere yüksek olduğu bölgelere işçi akımıyla, bu üretim faktörünün topluluk içinde etkin dağılımının sağlanması amaçlanmıştır<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> G.A M. Darmon, Schlussantaege zur Rs. C- 379/87 Gröner J. Minister for Education u.a. Slg. 1989, S. 3985 Rn. 35 vgl. Auch den Titel der RiL. 64/221/EWG; Richtlinie zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern.

<sup>161</sup> Tekinalp, Tekinalp, s.320.

<sup>162</sup> Enver Bozkurt, Mehmet Özcan, Arif Köktaş, “Avrupa Birliği Hukuku”, Ank., 2001, s. 205.

<sup>163</sup> Rıdvan Karluk, “Avrupa Birliği ve Türkiye”, İstanbul, 2002, s. 263.



Topluluk içerisinde işçilerin serbest dolaşımıyla ilgili hükümler, ekonomik hedeflere yönelik olmasının yanı sıra, kişilere somut haklar doğurması bakımından sosyal bir amaç da içermektedir. Ayrıca AT'nin temel amacının üye devletler arasında yakın işbirliğinin gelişmesi olduğundan, işçilere serbest dolaşım hakkı tanınmasının siyasi bir amaç taşıdığı da ileri sürülebilecektir. Bu amaçlar, Avrupa bütünleşmesini sağlama üst amacı altında toplanabilir. Söyle ki, topluluğun her yerinde ekonomik faaliyetlerin uyumlu, dengeli, ve sürdürülebilir gelişmesi, yüksek bir istihdam ve sosyal koruma düzeyi, erkek ve kadınlar arasında eşitlik, enflasyon yaratmayan büyüme, yüksek derecede bir rekabet gücü, ekonomik performans yaklaşması, çevre kalitesinin yüksek düzeyde tutulması, ü yaşam standardının ve kalitesinin yükselmesi ve üye devletler arasında ekonomik ve sosyal kaynaşma ve dayanışma sağlamakla görevli olacağı belirtilmiştir.<sup>164</sup>

AB Vatandaşlığı ATA. Md.17'de tesis edilmiş olup, md.18'de *“bütün birlik vatandaşları, bu Antlaşma'da ve Antlaşma'nın uygulanmasıyla ilgili olarak yapılan düzenlemelerde öngörülen sınırlamalar ve koşullar saklı kalmak kaydıyla, üye devletlerin topraklarında serbestçe dolaşmak ve ikamet etmek hakkına sahiptir.”* hükmü getirilmiştir. Serbest dolaşım ile tanınan haklar, işçiler, serbest çalışan kimseler, emekli işçiler, öğrenciler gibi değişik kategorilerdeki kişiler için geçerlidir<sup>165</sup>. Genel olarak bakıldığında vatandaşlığın bir kişinin bir devlete ait bulunduğunu ifade eden bir kavram olduğu görülmektedir. Diğer bir ifadeyle vatandaşlığın bireyi devlete bağlayan siyasi ve hukuki bir araç olduğu söylenebilir. İçerdekilerle dışarıda bırakılanları ayıran bir kurallar, haklar ve sorumluluklar bütünü olan vatandaşlık, aynı zamanda içerdekilerin paylaştıklarını tanımlar ve düzenler.<sup>166</sup>

Bu noktada işçinin tanımını yapmak, hakkın temel taşıyıcısını tespit etmek bakımından önemlidir.

---

<sup>164</sup> Schneider, ss.31-32

<sup>165</sup> Arif Köktaş, “ AB' de İşçilerin Serbest Dolaşım Hakkı ve Türk Vatandaşlarının Durumu”, Ank., 1999, s. 133

<sup>166</sup> Demir, “ Avrupa Birliğinde Demokrasi” s. 109.

Andlaşma hükümlerinde işçi tanı yapılmamış olmakla beraber genel olarak, ücret elde etmek için bir ekonomik faaliyetin içinde, fiilen ya da potansiyel olarak yer alan üye devlet vatandaşları olarak belirlenmiştir. Topluluk hukuku içerisinde kavramın içeriğinde ATAD'ın buna yüklediği anlam belirleyici olmaktadır. ATAD, işçi kavramını geniş yorumlamaktadır.

Kendi ülkesi dışında çalışan işçinin eşi ve reşit olmayan iaa ve ikametinden sorumlu olduğu çocukları da 1612/68 sayılı Tüzük md. 11'e göre serbest dolaşım hakkından yararlanacaklardır. Yani, aile üyelerinin vatandaşlığı göz önünde tutulmaksızın, aile birliğinin korunması amacıyla, eşe bağılı olarak serbest dolaşım hakkı tanınmaktadır. Bu tüzüğün 10. maddesinin 2. fıkrasına göre üye devletler, işçinin bakmakla yükümlü olduğu ya da ülkesindeyken aynı çatı altında yaşadığı diğer aile üyelerini kabul etmede kolaylık göstermekle yükümlüdür. Ancak göçmen işçi bu aile üyeleri için uygun konut sağlamak zorundadır. Tüzüğün hükümlerinde yer alan "eş" kavramı işçiyle evli olan kişi anlamına gelmekte olup işçinin birlikte yaşadığı kimseyi kapsamaktadır<sup>167</sup>. Öte yandan bu durum, AİHM'in içtihatlarındaki aile kavramında birlikte yaşayanlar arasında nikah koşulunun aranmamasına ters düşmektedir.

Göçmen işçinin kendisiyle birlikte yaşamasına izin verilen aile üyeleri topluluk üyesi olmayan bir devletin vatandaşı olsalar dahi, ev sahibi ülkede ekonomik faaliyette bulunma, bir başka deyişle çalışma hakkına sahiptirler. Ancak, üçüncü ülke vatandaşı olan aile üyelerinin topluluk vatandaşı olan işçiden dolayı çalışma haklarının olması, onlara bu işçinin statüsünden bağımsız olarak oturma hakkı vermez<sup>168</sup>.

Tüzük md. 12'de, başka bir üye devlette çalışan bir işçinin çocukları ev sahibi ülkenin genel eğitim, çıraklık ve mesleki eğitim kurslarından, bu ülke vatandaşlarıyla

---

<sup>167</sup> Köktaş, s.110-112. " göçmen işçilere sağlanan haklar, aile üyelerinin değil işçinin statüsüne bağlıdır."

<sup>168</sup> Köktaş s.111.

aynı koşullarda yararlanma hakkına sahiptir. Bu hak aynı zamanda, bir başka üye devlette çalıştıktan sonra ölmüş işçinin çocukları için de geçerlidir<sup>169</sup>.

68/360 sayılı direktife göre göçmen işçilerin ve aile üyelerinin, bir üye devlette serbest dolaşım hakkından yararlanabilmeleri için geçerli bir kimlik kartı ya da pasaport göstermeleri yeterlidir. Üye devlet vatandaşlarının işçilerinden bir başka üye devlet ülkesine girişte vize ya da benzeri belge istenemez. Göçmen işçilerin topluluk vatandaşı olmayan aile üyeleri için bu tür belgelere gerek olmasına rağmen, bu tür belgelerin verilmesinin ev sahibi ülke tarafından kolaylaştırılması öngörülmüştür.

Bu serbestinin hukuki boyutunun temelinde, vatandaşlığın topluluk üyesi ülkeler arasında ayrımcılık yaratmaması ilkesi bulunmaktadır. Zira ATA md. 12'de vatandaşlık esasına dayalı ayrımcılık yasağı öngörülmektedir. Konuyla ilgili özel hüküm niteliğindeki md. 39/II'ye göre de serbest dolaşım, üye devletlerin işçileri arasında, istihdam, ücret ve diğer çalışma koşulları bakımından uyrukluksuz esasına dayalı ayrımcılığın kaldırılmasını gerektirir.

İşçilerin serbest dolaşımı ATA'da tarif edilmemiş olmakla beraber md. 39/III' te bentler halinde serbestinin kapsamının neler olduğu belirlenmiştir. Buna göre:

*“ \* bir işe talip olma*

*\* bu amaçla üye devletlerin topraklarında serbestçe dolaşma,*

*\* üye devletlerden birinde devlet uyruklarının istihdamını düzenleyen, yasa tüzük ve idari düzenlemelere uygun olarak, bir işi yapmak amacıyla oturma,*

*\* bir üye devlette çalıştıktan sonra, komisyonca hazırlanacak uygulama tüzükleri ile belirlenecek koşullar içinde o üye devlet topraklarında kalma,” hakları tanınmıştır.*

ATAD, *Carmelo Angelo Bonsignore* kararında sırf Almanya'da bulunan diğer üye devlet vatandaşlarına göz dağı vermek ve söz konusu kişiler üzerinde caydırıcı etki yaratmak amacıyla, ruhsatsız tabancası ile taksirle kardeşinin ölümüne

---

<sup>169</sup> Köktaş, ss.111-112.

sebebiyet veren bir İtalyan vatandaşın Almanya'dan sınır dışı edilemeyeceğine hükmetmiştir. ATAD, genel nitelik taşıyan bu tür gerekçeleri o dönemde yürürlükte bulunan 64/221 sayılı direktife aykırı bulmuştur. Burada kişisel durum ile kastedilen bizzat ilgilinin tavır ve davranışlarının bulunduğu üye ülkenin kamu düzeni veya güvenliği için, gerçek ve ciddi bir tehlike teşkil etmesidir. 64/221 sayılı direktifin 3. maddesinde ayrıca ilgilinin ülkeye giriş ve oturma izni almak için kullandığı kimlik belgesini veya pasaportunun süresinin dolmasının, kişinin sınır dışı edilmesi için bir sebep teşkil etmeyeceği ve bu durumda, söz konusu kimlik belgesi ya da pasaportu veren üye devlet makamının, ilgili kişinin ülkesine giriş yapmasına izin vereceği, ilgili kişinin vatandaşlığı konusunda tereddüt bulursa bile bu zorunluluğun ortadan kalkmayacağı hükme bağlanmıştır.<sup>170</sup>

AT Anlaşması md. 39 ile gerçekleştirilmek istenen işçilerin serbest dolaşımı garantisi, yapısal olarak malların serbest dolaşımına ilişkin kaidelerden esaslı olarak ayrılmaktadır.

Md. 30'da münhasıran malların serbest dolaşımının sınırlandırılmasına ilişkin olarak düzenlenen yasakları md. 39'da düzenlenen iki farklı garantiden ayırmak gerekmektedir. Özellikle 2. fıkrada düzenlenen vatandaşlığa bağlı olarak, üye ülkelerin işçilerine farklı muamelelerinin ortadan kaldırılması, "eşit muamele" ilkesi açısından sivri bir noktada yer almaktadır. Her hal ve şartta sözleşme metninin tarafsız parçalarından olan bu kural; çekincesiz kabul edilmekte ve kamu düzeni dışında hiçbir sınırlamaya izin vermemektedir<sup>171</sup>.

Ayrıca md. 42'de Konsey'e, işçilerin serbest dolaşımını sağlamak amacıyla sosyal güvenlik alanında gerekli önlemleri alması yüklenerek dolaşım serbestisinin sosyal yönü de kuvvetlendirilmek istenmiştir.

Daha kapsamlı olarak, AB içerisinde işçilerin serbest dolaşımı, AT üyesi ülkelerin egemenlik alanında, bir işte çalışmak amacıyla serbestçe dolaşma, açık işyerlerine başvurma ve buralarda çalışma hakkını, çalışma, ücret ve diğer iş

---

<sup>170</sup> Schneider, s. 32.

<sup>171</sup> Ünal (AB) s. 47.

koşullarıyla ilgili olarak topluluk üyesi ülkeler içerisinde değiştirilmesi halinde sosyal Sigortalar Hukuku açısından kazanılmış hakların güvence altına alınmasını, diplomalarını ve diğer eğitim öğretim belgelerinin karşılıklı tanınmasını içermektedir.

ATA md. 39/III'e göre işçilerin serbest dolaşımı kamu düzeni, kamu güvenliği ya da kamu sağlığı gibi nedenlerle sınırlanabileceği öngörülmektedir. Ayrıca hükmün 4. fıkrasında, serbest dolaşım ile ilgili hükümlerin, kamu hizmetlerindeki istihdamı uygulanamayacağı hükmü getirilmiştir.

Kamu düzeni, güvenliği ile alınabilecek tedbirler dar bir kapsamda anlaşılmalı ve salt o kişinin kişisel davranış biçimiyle ilgili olmalıdır. Kişisel davranıştan kasıt, kişinin bizzat o davranış içerisinde bulunması ve o kişisel davranışın toplum içinde halihazırda ağır ve ciddi bir tehlike teşkil etmesidir<sup>172</sup>.

Kamu düzeni kavramının kapsamı ile ilgili olarak ATAD'ın *Duyn* Kararı dikkat çekicidir. Olayda Hollanda vatandaşı olan Yvonne van Duyn, Scientology kilisesinin tesislerinde sekreter olarak çalışmak üzere, Gatwick hava alanına gelir; ancak Scientology'ün toplumsal bakımdan zararlı bir tarikat olduğu gerekçesiyle, söz konusu kişinin İngiltere'ye girmesine izin verilmemiştir. ATAD önüne gelen davada, bu olayla ilgili olarak, illegal olmayan ve İngiliz vatandaşlarının üyeliğine de açık olan, ancak toplumsal bakımdan zararlı olduğu belirtilen bu örgüte bağlı olan diğer ülke vatandaşlarının girişine kamu düzeni gerekçesiyle izin verilemeyebileceğine karar vermiştir.

Yine ATAD'ın *Adoui v Cournaille* kararında ise bu yorumundan açıkça ayrıldığı görülmektedir. Buna göre, üye devletler kendi vatandaşlarına yasak olmayan bir davranıştan dolayı ( fahişelik ) diğer üye devlet vatandaşlarının serbest dolaşım hakkına kamu düzeni gerekçesiyle sınırlama getiremezler<sup>173</sup>.

---

<sup>172</sup> Tekinalp, ss. 340-341.

<sup>173</sup> Köktaş, s.121.

Kamu sağlığı konusunda diğer üye devlet vatandaşlarına giriş ve oturma izni verilmesini engelleyen hastalık ve sakatlıklar 2004/38 sayılı Konsey Direktifi ile mülga 64/221 sayılı direktifin ek listesinde sayılmıştır. Bu listeye göre; kamu sağlığını tehdit eden hastalıklar; Dünya Sağlık Örgütü'nün 1951 tarihli Uluslar arası Sağlık Tüzüğünde yer alan karantinaya tabi hastalıklar, tüberküloz, frengi; kamu düzenini ve kamu güvenliğini tehdit eden hastalık ve maluliyetler de: uyuşturucu bağımlılığı, ileri derecede zihinsel engelli olma şeklinde belirlenmiştir<sup>174</sup>.

ATAD, *Atonissen* Kararında md 39' un eski md. 48' in aynı zamanda iş arama amacıyla ikametgah edinme hakkını ve bu hakkın 3. fıkranın uygulama alanına girdiği görüşünden hareket etmiştir. Başsavcı Dormon buna karşın *Gröner* kararındaki bakışla, kamu düzeni kavramının işe giriş hazırlığı için geçerli olmayacağını, bunun burada serbestinin iktisadi boyutuyla ilgili olduğunu savunmuştur. Sonuç olarak savcının görüşü benimsenmiş e işe girişte ikametgah hakkına ilişkin sorunda, yani özellikle başka bir üye ülke içerisinde iş bulma amacıyla bulunmak, sistematik olarak eski md 48/III' te düzenlenmiştir. İktisadi bakış açısıyla serbesti olması sebebiyle, takribi seçim kriterlerine yabancılar, vatandaşlara göre daha fazla rastladıklarından, yalnızca ilk önce bahsedilen üye devletlere ilişkin sınırlamalar, kamu düzeni sebebiyle hukuka uygun hale getirilebilir.<sup>175</sup>

Yukarıda belirtildiği üzere işçilerin serbest dolaşımına ilişkin md 39/4' te sayılan kayıtlar yalnızca 1. fıkrada belirtilen haklar açısından uygulanabilmektedir. Bu haklar, yabancıların dolaşım ve ikametgah edinme sorunlarına tekabül etmektedir. Bu çerçevede, milli kıstaslar işin doğası gereği her zaman ayrıntılı vurgulandığı gibi; sınırdışı edildiği üye devletçe daha önceden men edilmişse, kendi vatandaşlarına karşılık gelen bir ülkenin davranışına atıfta bulunuyorsa ya da dolaşımı reddetmek, ikametgah hakkının sınırlaması ölçütleri, sadece yabancıların ihtiyaçlarına yönelik olarak gündeme gelir. Bunun istisnası, üye bir ülkenin kamu düzeni sebebine mekansal olarak kendi milli hukukuna göre kendi vatandaşlarına

---

<sup>174</sup> Köktaş, s.130.

<sup>175</sup> Schneider, s. 32.

karşı ileri sürebileceği bir sebebi, bir topluluk vatandaşına karşı ikametgah sınırlamaları olabilir.<sup>176</sup>

Bu konuda *Bouchereau* kararında bir dönüm yaşanmıştır.<sup>177</sup> Başsavcı Warner, bu yargılamada öncelikle korunan hukuki yararların birbirleriyle ilişkilerini ayrıntılı olarak vurgulamıştır. Savcı, her ne kadar birbirleri ile iç içe geçmiş kavramlar gibi gözükseler de, yan yana düzenlenen kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu sağlığı kavramlarının sözleşmenin bu maddesinin çıkış noktası da göz önüne alındığında birbirinden farklı üç farklı kavramın düzenlendiği sonucuna varmıştır. ATAD, gerçi bu dava ile ilgili yargılamada savcının bu yorumlarından yola çıkmamıştır; ama 5 yıl sonra *Adoui ve Cournaille* kararında,<sup>178</sup> üye devletlerde izin verilen “ kamu düzeni” sebebinden etkilenmektedir<sup>179</sup>. Söz konusu kararlarda kamu düzeni kavramı her yasa ihlali teşkil eden kamu düzeninin bozulmasının ötesinde toplumun temel bir çıkarına dokunan gerçek ve yeteri ağırlıkta bir tehlikenin bulunmasına bağlıdır.<sup>180</sup>

### 1.3.1.1.2.2. Yerleşim Hürriyeti ve Kamu Düzeni

ATA md. 43, üye ülkelere, yerleşim hakkını kullanan yabancıların taşıdığı ve kamu düzeni, güvenliği ve sağlığı nedenleriyle sınırlanabilen ya da hukuka uygunluğu sağlanan hukuki ve idari kurallarını kazanmaya ve adaleti sağlamaya izin vermektedir. Bu konuda md 46 I’de düzenlenen kaideler hizmet özgürlüğünün sınırlanmasında da uygulanabilmektedir.

Avrupa yabancıları için yerleşme özgürlüğü md 43’e göre teşebbüslerin kuruluşu, idaresi gibi müstakilen kazanç getirici faaliyetlerin başka bir üye ülkenin milli topraklarında başlanmasını ve icrasını da içermektedir. Md. 58’de bu hak sadece gerçek kişiler için değil aynı zamanda tüzel kişiler için de tanınmıştır.

---

<sup>176</sup> Schneider, s. 32.

<sup>177</sup> 1977/1999 *Bouchereau* kararı

<sup>178</sup> 1982/1665 *Adoui* kararı.

<sup>179</sup> Başsavcı Capotprti, topluluk hukukunda kamu düzeni, kamu sağlığı ve kamu güvenliği sebeplerini özerk olarak tanımlamayı ve tanımlama iddiası taşımayarak, bu kavramların ayırt edilmesi gereken her birini kendi başına yükselen değerler olarak değerlendirmektedir. Schneider, s.

<sup>180</sup> Schneider, s. Can H. s. 312.

Md.56'nın uygulamasını gösteren tüzüğü bunun sonucu olarak sadece özel şahıslar için değil aynı zamanda şirketler açısından da uygulama alanı bulmaktadır.

Md. 52'de düzenlenen serbesti alanında iki karakteristik özellik/emare göze çarpmaktadır. Bunlardan birincisi müstakil kazanç getirici faaliyetler , yerleşme özgürlüğünü işçilerin serbest dolaşımı hürriyetinden ayırmaktadır. Kazanç elde etme amaçlı faaliyet, yani her türlü iktisadi amaca yönelik faaliyet kavramının md 48' deki gibi geniş yorumlanması gerekmektedir. Bunlar kendi nam ve hesaplarına çalışıldığı ve kendi risklerini taşıdığı faaliyetlerdir. İkinci olarak md. 52'de karakteristik özellik/emare sürekli yerleşmedir.

Apriorik olarak sınırlamada diğer hukuki koruma alanlarının sınırlaması açısından daha üstün olmasına rağmen, yabancılar polisinin amacının direkt imtiyazlı bir uygulamada bulunmasını gerektirdiğinde altında yatan sebepleri göz önünde bulundurulduğunda anlaşılması güç olabilmektedir.

ATA md. 2. ve 3. maddelerinde iç pazarın gerçekleşmesi için amaçlar belirlenmiştir. 3. maddenin (c ) bendinde, bu amaçlar arasında malların, sermayenin ve işçilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümler tarafından düzenlenmeyen edimleri, hizmet olarak değerlendirilmiştir. Sayılan hizmetler özellikle sınaî, ticari nitelikteki faaliyetler, küçük el sanatları ve serbest meslek faaliyetleridir. Önemli olan faaliyetin bir kazanç temin etmesidir.

Hizmetlerin serbest dolaşımından yararlanacak kişiler üye devletlerin vatandaşlarıdır. Kimin vatandaş olduğunu her üye devlet kendi iç hukukuna göre saptayacaktır. Üye devlet vatandaşlarının, üye devlet vatandaşı olmayan aile üyeleri için bazı şartlarla serbest dolaşım imkanı sağlanmıştır. Buna karşılık 3. devlet vatandaşlarının bu devletlerle üye devletlerin 01.01.1958'den önce veya katılımdan önce yaptıkları anlaşmalarla elde ettiği avantajları devam etmektedir.

ATA'ya Avrupa Birliği (Maastricht) Antlaşmasıyla eklenen 2. kısımda yer alan "Avrupa Vatandaşlığı" kavramı tamamlayıcı nitelikte olup, milli



vatandaşlıkların yerini almaz. Bir üye ülkenin vatandaşı olan herkes aynı zamanda Birlik vatandaşıdır. 2. kısımda Birlik vatandaşlarına tanınan haklar ifade edilmiştir. 18. maddenin (eski 8/a) Nice Antlaşması ile değişik 1. paragrafı bu haklar arasında Birlik vatandaşlarının üye ülkeler topraklarında serbest dolaşım ve yerleşme hakkını, bu Antlaşmanın getirdiği şartlar ve sınırlamalar dahilinde kabul etmektedir. Ayrıca 29.04.2004 tarihli ve 2004/38 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi, Birlik vatandaşlarına ve onların ailesi üyelerine üye ülkelerde serbestçe dolaşım ve yerleşme hakkı tanımaktadır.

Üye devlet vatandaşı kavramı, şirketler ve firmaları da kapsamaktadır. Yerleşim hakkına ilişkin 48. maddede (eski 58) bir üye ülke hukukuna göre kurulan ve kayıtlı ofisi, idare merkezi veya esas işyeri Topluluk içinde olan şirket ve firmaların, üye devlet vatandaşları gerçek kişilerle aynı muameleye tabi olacağı kabul edilmiştir. “Şirket veya firma” terimi, medeni hukuk veya ticaret hukukuna göre kurulan, özel hukuk veya kamu hukukuna tabi olan (Kooperatifler dâhil) ve kazanç sağlama amacıyla çalışan tüm tüzel kişileri kapsar. Antlaşmanın hizmetlere ilişkin 55. maddesi (eski 66), 45–48 maddelerin hizmetler için de uygulanacağını ifade etmektedir. Bu gönderme nedeniyle yukarıdaki tanıma uyan şirket ve firmalar da hizmetlerin serbest dolaşım ve yerleşme hakkından yaralanacaktır. Şirketler için teşebbüs hakkından söz edilecektir<sup>181</sup>. İkamet ve serbest mesleği icra etme hakkı ATA md 55 I’ e göre bir üye devlette sürekli veya geçici olarak kamu hizmetiyle bağlantılı olan mesleki faaliyetleri kapsamamaktadır. Üye devletler yabancının bu haklarını, kamu düzeni ve güvenliği veya sağlığının korunması amacıyla da kısıtlayabilirler. Bu bağlamda kamu düzeni, güvenliği ve sağlığının haklı kıldığı durumlarda, yabancının giriş ve ikametlerine ilişkin fevkalade hükümler öngören, 25 Şubat 1964 tarih ve 221/64 sayılı direktifin Türk Vatandaşları bakımından taşıdığı önem özellikle vurgulanmalıdır.<sup>182</sup>

<sup>181</sup> Işıl Özkan, Avrupa Birliğinde Hizmet Edimi Serbestisi Bağlamında Avukatların Serbest Dolaşımı, İzmir Barosu Dergisi 2005 Temmuz Sayı: 3 s.18

<sup>182</sup> Ünal ( AB), ss. 49-50. “ Örneğin Türkiye Kıyılarında deniz taşımacılığı yapma hakkı 19 Nisan 1926 tarih ve 815 sayılı Kabotaj Kanunu ile sadece Türk vatandaşlarına tanınmıştır. Aynı şekilde, 11 Haziran 1932 tarih ve 2007sayılı kanunla bazı sanat ve hizmetlerin sunulması Türk vatandaşlarına hasredilmiştir”

Serbest dolaşım, terimden de anlaşılacağı üzere, bir serbesti, özgürlük ifadesidir. Bu kavramı anlamak için, bu serbestiden yararlanma koşullarını ve serbestinin kapsamını tespit etmek gerekmektedir.

Serbest dolaşımın vuku bulacağı fiziksel alan, AT üyesi devletlerin, içinde malların, kişilerin, hizmet edimlerinin ve sermayenin serbest bir biçimde dolaşmasının güvence altına alındığı, iç sınırların bulunmadığı, alanlar toplamıdır<sup>183</sup>. AT bünyesinde bu alana ortak Pazar, iç Pazar, tek Pazar gibi ifadeler kullanılmakla beraber, bu ifadelerin tümü üye devletlerin arasındaki sınırların kaldırıldığı ortak alanı ifade etmektedir.

Dolaşımdan yararlanacak kişi, ATA md. 17’de düzenlenen AB vatandaşlarıdır. Buna göre, AB vatandaşlığını kazanmak için üye devletlerden birinin vatandaşlığına sahip olmak gerektirir. Amsterdam Anlaşması ile ATA’da zaten olan emeğin, sermayenin ve hizmetlerin dolaşımıyla ilgili serbesti genişletilmiş ve AB vatandaşlarına üye devletlerin egemenlik sahası içerisinde hareket etme ve oturma serbestileri getirilmiştir.

#### **1.3.1.1.2.3. 2004/38 Sayılı Direktif ve Kişilerin Serbest Dolaşımı ve İkamet Hakkına Sınırlama Getirilmesi**

29 Nisan 2004 tarihli ve 2004/38 sayılı direktif 30 Nisan 2004 Tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>184</sup>

Direktifin altıncı bölümü, giriş hakkına ve ikamet hakkına kamu düzeni, kamu güvenliği ve ya kamu sağlığı nedenlerine dayalı olarak getirilen sınırlamalar başlığını taşımaktadır. Bu bölümde yer alan hükümlere bağlı olarak üye devletler,

<sup>183</sup> Ünal Tekinalp, Gülören Tekinalp, “Avrupa Birliği Hukuku”, İst., s.13.

<sup>184</sup> Birlik Vatandaşlarının ve aile fertlerinin Üye Devletlerin ülkelerinde serbestçe dolaşım ve ikamet hakkına dair Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi, 1612/68 sayılı tüzüğü değiştirmekte 64/221, 68/360, 72/194, 73/148, 75/34, 75/35, 90/364, 90/365, 93/96 sayılı direktifleri yürürlükten kaldırmaktadır. Bkz. Pınar Baklacı, Esen Akıntürk “ Avrupa Birliği Vatandaşlarının ve Aile Fertlerinin Üye Devlet Ülkelerinde Serbestçe Dolaşımına İlişkin 2004/38 sayılı direktif Hakkında Genel Bilgilendirme” İzmir Barosu Dergisi, Yıl. 72, S.2, ss. 116 – 135.

birlik vatandaşlarının ve aile fertlerinin serbest dolaşım ve ikametini kamu düzeni kamu güvenliği veya kamu sağlığı nedenleriyle sınırlandırabilirler.

ATA, kamu düzeni kamu güvenliği veya kamu sağlığı nedenleriyle serbest dolaşım ve ikamet hakkına sınırlamalar getirilmesine izin vermektedir. Kamu düzeni kamu güvenliği veya kamu sağlığı gerekçeleriyle serbest dolaşım hakkına getirilebilecek kısıtlamaların koordinasyonuna ilişkin 64/221 sayılı direktif 25 Şubat 1964 yılında çıkarılmıştır. 2004/38 sayılı direktif 30 Nisan 2006 tarihinden itibaren 64/221 sayılı Konsey Direktifi'nin yerine geçecektir<sup>185</sup>. 2004/38 sayılı direktif, birlik vatandaşlarını ve aile fertlerini ve üye devletlerin ülkesinde sürekli ikamet hakkına ve belirtilen haklara kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı nedenleriyle konulan sınırlamalara yer vermektedir. Bu kapsamda direktifte kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı nedenleriyle ülkeye girme ve ikamet hakkına getirilen sınırlamalara ilişkin hükümler yer almaktadır.

Serbest dolaşımın istisnaları kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı sebepleri ile kamu idaresine ait işlerdir. Kamu düzeni işçilerin serbest dolaşım ilkesinin istisnası için haklı sebep olmaktadır. Bu yüzden çok sıkı yorumlanmalı ve kapsamı her bir üye devlet tarafından topluluk kurumlarının denetimine tabi olmadan belirlenmemelidir. Bununla birlikte “ kamu düzeni” kavramı bir devletten diğer bir devlete değişebileceği gibi zaman içinde de farklılık gösterebilmektedir. Bu konuda yetkili milli makamlara ATA ile getirilen içerisinde bir alan bırakılmalıdır. 64/221 sayılı direktif kamu düzeni kamu güvenliği veya kamu sağlığı sebepleri ile yabancıların dolaşım ve ikametine ilişkin özel önlemlerin koordinasyonuna ilişkin düzenleme getirmiştir. Üye devletler dolaşım ve ikamet özgürlüğünü haklı durumlarda kamu düzeni kamu güvenliği veya kamu sağlığı gerekçeleri ile sınırlayabilirler. 64/221 sayılı direktif b istisnaların uygulanma koşullarını ortaya koymuştur. Söz konusu direktif ücretli veya bağımsız olarak çalışan ve bir üye devlette ikamet eden veya diğer bir üye devlete giden ya da üye devletlerde faaliyet gösterdikten sonra ikamete devam eden kişileri eşlerini ve aile bireylerini kapsama almaktadır. 2004/38 sayılı direktif 64/221 sayılı direktifi kaldırarak onun yerini

---

<sup>185</sup> Baklacı, Akıntürk, s. 120.

almıştır. 64/221 sayılı direktife yapılan atıflar 2004/38 sayılı direktife yapılmış sayılacaktır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi 2004/38 sayılı direktifin 6. bölümü kamu düzeni kamu güvenliği veya kamu sağlığı nedenleriyle ülkeye giriş ve ikamet hakkına getirilen sınırlamalara ilişkin düzenlemelere ayrılmıştır. Direktifin bu bölümdeki hükümlerine bağlı kalarak üye devletler birlik vatandaşlarının ve aile fertlerinin dolaşım ve ikamet özgürlüğünü vatandaşlığa bakmaksızın kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı sebepleriyle sınırlayabilirler. Ekonomik amaçlarla bu sınırlama sebeplerine başvurulamaz. (md. 27/1)

Kamu düzeni veya kamu güvenliği nedenleriyle alınacak önlemler oranlılık prensibine uygun olmalı ve özel olarak ilgili kişinin kişisel davranışına dayanmalıdır. Önceki cezai mahkumiyetler tek başlarına bu gibi önlemlerin alınması için neden olamaz ( Md. 27/2) . İlgili kişinin kişisel davranışı gerçek, mevcut ve toplumun temel menfaatlerinden birini etkileyen oldukça ciddi bir tehlike oluşturmalıdır. (Madde 27/2-2) Burada kişisel davranışlar ile anlatılmak istenen “kişinin kendisinin o davranış içinde bulunması ve mevcut o kişisel davranışın toplum için ağır ve ciddi bir tehlike oluşturması”dır.

Direktifin 28. maddesi “sınır dışı edilmeye karşı koruma” başlığını taşımaktadır. Birlik vatandaşlarının ve aile fertlerinin kamu düzeni ve kamu güvenliği nedenleriyle sınır dışı edilmesi ilgilinin üye devlette entegrasyonu, ikamet süresi, yaşı, sağlık durumu, aile ve ekonomik durumu ve orijin ülkesiyle ilişkileri göz önüne alınarak oranlılık ilkesine uygun olarak sınırlandırılmalıdır. Ev sahibi üye devlet kamu düzeni veya kamu güvenliği nedenlerine dayalı olarak sınırdışı etme kararı almadan önce ilgili kişinin ülkesinde ikamet süresini yaşını, sağlık durumunu, ailesinin durumunu, ekonomik durumunu, ev sahibi üye devlete sosyal ve kültürel entegrasyonunu ve orijin devletiyle ilişkilerini göz önüne alır. ( Md. 28/1) Ev sahibi üye devlet ülkesinde daimi ikamet hakkı sahibi olan birlik vatandaşlarının ve aile fertlerinin sınırdışı edilmesine, kamu düzenini veya kamu güvenliğini ciddi tehdit eden durumlar olmadıkça karar veremez. ( Md. 28/2 )

Kamu sağlığı konusunda serbest dolaşımı sınırlandıran haklı önlemlere gerekçe olabilecek hastalıklar sadece dünya sağlık örgütünün belgelerinde yer alan salgın ihtimali olan hastalıklar, ve diğer bulaşıcı hastalıklardır. ( Md. 29/1) Ülkeye giriş tarihinden 3 ay sonra ortaya çıkan hastalıklar, ülkeden sınırdışı edilmek için neden oluşturmaz. (Md. 29/2)

İlgili kişiler kamu düzeni kamu güvenliği veya kamu sağlığı nedenleriyle alınan kararların temyizi veya yeniden incelenmesi için ev sahibi (kabul eden) üye devlette adli veya idari yollara başvurabileceklerdir.

#### **1.3.1.1.4. Çalışma Özgürlüğü ve Kamu Düzeni**

Çalışma özgürlüğü de md. 46’da sayılan sebeplerle md. 56’nın göndermesi ile sınırlandırılabilir. O bakımda burada da az önce yerleşim özgürlüğü açısından sayılan ilkeler geçerlidir. Burada ATA’nın konseptine göre bahsedilen hizmet, hali hazırda diğer temel haklar vasıtasıyla müstakilen düzenlenmesi gereken başlangıç vakıasıdır. İşçilerin serbest dolaşımına oranla sınırlandırma problemi daha az zuhur etmektedir.<sup>186</sup> Yabancılar için öngörülen ve kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı nedenleriyle kısıtlamalar söz konusu olabilmektedir. Kavramların içeriğinin doldurulmasında üye devletlere, kamu düzeni veya güvenliği olarak neyin anlaşılması gerektiği hususu bakımından belirli bir takdir alanı kalmaktadır. Fakat üye devletler burada büsbütün serbest olmayıp, ATAD kontrolüne tabidirler ve özellikle orantılılık ilkesine uymak zorundadırlar.<sup>187</sup>

Öncelikle hizmet edimi serbestîsi konusunda genel kurallar koyan AB kurumları, daha sonra doktorlar, mimarlar, avukatlar gibi bazı serbest faaliyetleri için de özel düzenlemeler getirmiştir<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> Schneider, s.37.

<sup>187</sup> Can H. s. 356.

<sup>188</sup> Özkan, s. 20.

Hizmetlerin serbest dolaşımı için ticari trafiğin berraklığı ve tüketicilerin korunması, sermaye piyasalarının itibarı, tarihi ve sanatsal mirasın muhafaza edilmesi gibi kültür politikası hususları, fikri ve sınai mülkiyetin korunması, işçilerin korunması, sosyal politika talepleri ve şans oyunları ve loto çekilişlerinin düzenlenmesi çerçevesinde dolandırıcılıkla mücadele, hizmet alanlarının korunmasına ilişkin mesleki ve sınıfsal kurallara uyulması, ulusal vergi sistemlerinin tutarlı olması ve etkin vergi denetimi, sosyal sigorta sistemlerinin mali dengesi sayılabilir.<sup>189</sup>

#### **1.3.1.1.5. Sermayenin ve Ödeme Araçlarının Serbest Dolaşımı ve Kamu Düzeni**

ATA'nın sermayenin ve ödeme araçlarının serbest dolaşımına ilişkin kuralları Maastricht Antlaşmasıyla yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenlemelerle bundan sonra sermaye ve ödeme araçlarının serbest dolaşımına ilişkin tüm sınırlamalar topluluk içerisinde ve üçüncü ülkeler arasında yasaklanmıştır. İstisnalar ölçüt olarak md. 73d'de mümkün kılınmıştır. Md.73d'de kamu düzeni kamu güvenliği gibi hukuka uygunluk nedeni olan diğer sınırlama nedenlerine izin verilmektedir.

Md. 73 d'nin uygulamasını gösteren Hem daha önce uygulanan 67 vd hem de sonradan eklenen ikincil kurallarda taşınan hukuka uygunluk kısıtlamaları Ordnungsvorbehalt öncelikle Maastricht antlaşmasına uygun olarak uygulanmalıdır. Gerçi çok daha önceden istisna belirlemelerine tekabül eden istisnalar sermaye dolaşımının liberalize edilmesinde var olmuştur.

AT üyelerinin nihai amacı olan tam entegrasyon, üretim araçlarının ve mal ve hizmetlerin serbestçe mübadele edilebildiği tek bir ekonomik bölgeyi temin etmeden gerçekleştirmeleri mümkün olmayacaktır. Temel üretim araçlarından olan sermayenin AET üyesi devletlerde serbest dolaşımı konusu Roma Andlaşması'nda

---

<sup>189</sup> Can H. s. 356. dipnot. 297.

ve daha sonra da ikincil nitelikli mevzuatta düzenlenmiştir. ATA md. 56 ve üye devletlerin kendi ararındaki ve üye devletler ile üçüncü devletler arasındaki sermaye hareketlerindeki ve ödemelerdeki bütün kısıtlamalar yasaklanmıştır.

AB içerisinde sermayenin serbest dolaşımının üç temel amacının bulunduğu ileri sürülmüştür.

\* Topluluk içinde sermaye hareketlerinin öncelikle bir üye devletten diğerine serbestçe hareket etmesi ve devamında üye devletler ile üçüncü ülkeler arasında aynı hedefin gerçekleştirilmesi

\* Sermayenin serbest dolaşımının sağlanmasıyla ortak pazarın oluşmasında etkili diğer üç serbestiye altyapı oluşturmak,

\* Sermayenin daha akılcı ve etkili olarak yatırıma dönüştürülmesi sayesinde topluluk içerisinde ekonomik gelişmenin canlandırılması

Sermayenin serbest dolaşımının kapsamı oldukça geniştir. Ortaklık hisseleri, gayrimenkuller, yatırımlar, kıymetli evrak, kredileri banka işlemleri, borsa işlemleri, ödünç, kefalet ve garantiler bu serbestinin kapsamındadır. Ayrıca ATA md. 56'da bütün kısıtlamaların kalkmasından bahsedilmektedir. Kısıtlamalar, doğrudan, dolaylı, yasal veya idari olabilir. Buna göre sermayenin girişi, çıkışı ve geçişindeki tüm kısıtlamalar hem üye devletler hem de üçüncü devletler ile olan ilişkilerde kaldırılacaktır. Bu kapsamda sermaye, menkul kıymetler ve dövizle ilişkin engellerin kalkmasından çok kıymetli evrak, borsa, şirketler ve vergi hukukundaki kısıtlayıcı üye devlet düzenlemelerinin kaldırılması önemli olacaktır<sup>190</sup>.

Ödeme araçlarının serbest dolaşımı sadece paranın değil, çek, bono, akreditif gibi ödeme araçlarının da dolaşım serbestisini beraberinde getirir. Ödeme araçlarının serbest dolaşımı, malların, hizmetlerin ve işçilerin serbest dolaşımının anlam kazanması bakımından gerekmektedir.

---

<sup>190</sup> Tekinalp, Tekinalp, ss.367-368.

Paranın serbest dolaşımının içeriği sonuçta paranın hareket karakterine göre belirlenmektedir. Hizmetlerin konusu tek taraflı olarak bir sermaye yatırımı ve parça parça ödemelerle çıkarılmaması gereken kıymetlerin devri üzerinde geçmektedir.<sup>191</sup>

Ancak, sermayenin ve ödemelerin serbest dolaşımına getirilen düzenlemeler, doğrudan yatırımları, teşebbüs kurmayı, mali hizmetlerin sunumunu ya da sermaye piyasasına menkul kıymetlerin kabulünü içeren, üçüncü ülkelere yönelik veya üçüncü ülke menşeli sermayenin serbest dolaşımına ilişkin olarak ulusal hukukta ya da topluluk hukukunda 31 Aralık 1993 tarihinde mevcut olan kısıtlamaların üçüncü ülkelere karşı uygulamasına hanel getirmeyecektir. Konsey de üye devletler ile topluluk arasında sermayenin serbest dolaşımı hedefini mümkün olan en geniş ölçüde ve bu anlaşmanın diğer kısımlarını ihlal etmeksizin gerçekleştirmeye gayret göstermek şartıyla, Komisyon' un teklifi üzerine ATA md. 57'ye göre bazı tedbirler alabilecektir. Örneğin, üçüncü ülkelere yönelik sermaye hareketlerinin ekonomik ve parasal birliğin işleyişinde ciddi güçlükler doğurması veya doğurma tehdidi yaratması durumunda Konsey, Komisyon'a ve Avrupa Merkez Bankası'na danıştıktan sonra ve kesinlikle gerekli olması kaydıyla bazı korum tedbirleri alabilecektir. (md. 59) Keza Konsey, Komisyon' un önerisiyle üçüncü ülkelere karşı sermaye hareketleri ve ödemelerle ilgili gerekli ve acil tedbirleri alabilir. Bu son durumda, Konseyi' in bir tedbir almamış olması halinde üye devlet de, ciddi politik sebeplerle ve acil olması koşuluyla, üçüncü ülkelere karşı sermaye hareketleri ve ödemelerle ilgili tek taraflı tedbirler alabilmektedir. (md. 60)

Ayrıca topluluğa üye devletlerin ikametgahları ve sermaye yatırım yerleri farklılık gösteren vergi mükellefleri arasında ayırım yapan mali mevzuatları uygulamaya devam edebilecektir. Üye devletler, vergilendirme ve mali kurumların denetimine ilişkin ulusal yasaların ihlalini önlemek için gerekli bütün tedbirleri alma ya da idari veya istatistiki bilgi alma amacıyla sermaye hareketlerinin beyan usullerini düzenleme ya da kamu düzeni veya kamu güvenliği sebepleriyle tedbirler alma hakkına sahiptir. Ancak sermayenin ve ödeme araçlarının serbest dolaşımı

---

<sup>191</sup> Schneider, s.37.



konusundaki bu tedbirler kısıtlayıcı tedbirler, keyfi bir ayrımcılık aracı veya gizli bir kısıtlama sebebi olarak kullanılamaz. (md. 58)

Sermayenin serbest dolaşımı, ATA md. 68III'e göre bir üye ülkede hükümetin ya da bölgesel bir kurumun doğrudan veya dolayısıyla finansmanı için yapılan yatırım ve verilen ödünçleri kapsamaz. Bunun için ilgili devletin rızası şarttır. Sermayenin serbest dolaşımı bakımından diğer bir istisna, ilgili devleti koruma amacıyla md.73'te öngörülmüştür. Buna göre Komisyon, bir devlete Parasal Danışma Konseyi'nin görüşünü aldıktan sonra, sermaye hareketlerinin o devletin sermaye pazarının işleminde dalgalanmalar yaratarak zarar vereceği kanısına varırsa o devlete koruma önlemleri almak üzere izin verebilir; ancak bir devlet kendiliğinden önceden koruma önlemi alarak sermaye trafiğini engelleyemez<sup>192</sup>.

ATAD, bir üye devletin artık yasak ödeme aracı teşkil etmeyen ve eritilmesi yurt içinde yasaklanan gümüş alaşımli sikkelerinin ihracat yasağına ilişkin olayda, sikkelerin korunma altına alınmasını kamu düzeninin parçası olarak kabul etmiştir.<sup>193</sup> ATAD, her devletin para politikasını korumaya hakkı olduğunu buna aykırı olan eylemlerin yasaklanmasının kamu düzeninin kapsamına girdiğini ve bu yüzden haklılık unsurunu taşıdığını vurgulamıştır.

### **1.3.1.2. AB İdare ve Ceza Hukuklarında Genel Olarak Kamu Düzeni**

İdare Hukuku'nu ilgilendiren durumlarda Topluluk hukuku asli bir öneme sahip bulunmaktadır. Üye devletlerce müştereken hükme bağlanan ve tüzük ve yönerge şeklinde ortaya çıkan kurallar da ikincil olarak idare hukuku açısından önem taşımaktadırlar. Bu bakımdan topluluk hukukunun iç hukuklara etkisi sorununun çözümü büyük önem taşımaktadır. Ayrıca üye devletlerce müşterek hukuka ilişkin görevlerin organizasyon, prosedür ve usul hukuku açısından ne şekilde yerine getirileceği ve topluluk hukukunun nasıl bir etkisinin olacağı da önem arz etmektedir.

---

<sup>192</sup> Ünal ( AB ) s. 51.

<sup>193</sup> 1978, 2247 Thompson ve diğerleri kararı

Sadece üye devletlerin kendileri değil, aynı zamanda devletlerdeki merkezi ve ademi merkeziyetçi kurumları da topluluk hukuku ile bağlıdırlar. Bu kurumlar topluluk hukukunu, milli hukuklarını uygularken göz önünde bulundurmaları zorundadırlar. Ancak Federal Almanya gibi federal şekilde organize olmuş devletler için federe devletlerin, federal devletin ve belediyelerin birbirlerinden bağımsız ve münferit yetkilerinin olduğu alanlarda bir takım problemlere karşılaşmak mümkündür. Bu durumlarda dahi üye devletlerin ilgili hukuk kurumlarının topluluk hukukuyla bağlılığı prensibi geçerliliğini korumaktadır. Bu prensip eyleme geçirildiği müddetçe pratik önemini devam ettirir. Ancak topluluğun çoğu zaman kendi normlarının ilgili üye devlet tarafından uygulanıp uygulanmadığı konusunda denetlemeyi sağlama olanağı bulunmamaktadır. Topluluk bu konuda yalnızca tüzük ve yönerge çıkarabilmektedir. İhlallerin söz konusu olduğu durumlarda davalar sadece üye devletler aleyhine yürütülebilmektedir. Münferit kurumların sözleşme ihlali, o devlete isnat edilmektedir. Topluluğun bu durumda müdahale edebilmesi, sadece özel sözleşme ihlallerinin ihbar edilmesi durumlarında söz konusu olabilmektedir.

Yönergenin direkt ve açık olması hallerinde bireyler ilgili yönergenin zamanında hayata geçirilebilmesini, yönergeden çıkan hak ve menfaatleri devletten talep edebileceğine yönelik Avrupa Adalet Divanının kararları bulunmaktadır. Avrupa adalet Divanı tarafından topluluk kurallarına uyma yükümlülüğü esaslı bir şekilde sağlanabilmiştir. Divan yönergelerin hayata geçirilmesi konusunda “zararın tazmini mekanizması”nı araç olarak kullanmaktadır. Bu mekanizmanın da işleyebilmesi için şu koşullar gerekmektedir.

- \* Yönerge zamanında hayata geçirilmelidir
- \* Yönerge bireye ilişkin bir takım subjektif hakları öngörmelidir.
- \* Yönergede bu hakların içeriği yeterince açıklığa kavuşturulmuş olmalıdır
- \* Topluluk Anlaşmasının ihlali ile bireyin zararı arasında illiyet bağı bulunmalıdır.

Adalet Divanı zararı tazmin yükümlülüğünün milli hukuktan bağımsız Topluluk Hukukundan kaynaklandığını belirtmiş ve sayılan bu 4 şartı da böylece tespit etmiştir.

Üye devletlerin kurumlarının yanı sıra iç hukukun da topluluk hukukuna uyumunun sağlanması gerekmektedir. Organlar topluluk hukukunu evleviyetle uygulamak durumundadırlar. İç hukukun topluluk hukuku ile uyuşmaması durumunda da iç hukuk kuralları uygulanmayacaktır.

Ayrıca topluluk hukuku idarenin çalışma usulleri ve organizasyonu konusunda da etkilidir. Üye devletlerin idareleri topluluk hukukunu icra etmen zorundadırlar. Topluluğun, uygulamanın usul ve tarzını belirlediği durumlarda da bu hükümlere uyulacaktır.

Ayrıca topluluk, üye devletlerin haklarının denkleştirilmesine ilişkin yönergeler çıkararak topluluk hukukunun icrasına ilişkin prosedüre doğrudan doğruya etkide bulunabilir. Bu şekilde kısmen de olsa yeknesak hukukun yaratılması temin edilmiş olmaktadır<sup>194</sup>.

Geleneksel olarak ceza ve ceza yargılama hukukunun üye devletlerin ulusal egemenliğine keskin ifadesi olduğu ve bu iki hukuk dalının ilgili üye devletin münferit tasarrufunda olduğu kabul edilmektedir. Üye devletlerin imtina edememeleri nedeniyle topluluk bağımsız bir ceza ve yargılaması hukukuna sahip bulunmamaktadır.

Topluluğun düzenleme yetkisine sahip olmama durumu sadece ceza hukuku ile sınırlıdır. Topluluk kural koyma yetkisine sahip olmasa da bazen direkt olarak topluluk hukukunun milli ceza hukukuna etki ettiği de olmaktadır.

İdari ceza hukukunun şekillendirdiği İktisadi ceza hukuku eskiden beri topluluk hukuku tarafından düzenlenmektedir. Uygulama alanı da eskiden beri

---

<sup>194</sup> Behr, s.212.

rekabet hukukudur. Avrupa Konseyi Topluluk rekabet Hukuku' nun oluşturulabilmesi için maksada uygun olan her türlü tüzük ve talimatname çıkarma konusunda tam olarak yetkilendirilmiştir. Buna dayanarak özellikle zorlama parası, ve hafif para cezasını içeren cezalar öngörülebilmektedir. 6.2.1962 tarihli Konsey 17 nolu Tüzükte de belirtildiği üzere tüzükteki bu tür normların ceza hukuku normları olmadığı belirtilmiştir.

Pek çok açıdan topluluk hukuku iç ceza hukukuna etki edebilmektedir. Bu etkinin olumlu ve olumsuz olmak üzere iki boyutu bulunmaktadır. Olumsuz etkisine göre, topluluğa üye devletlerin kanun koyucuları topluluk hukukuna aykırı ceza normu koyamazlar Bu bağlamda üye devletlerin kanun koyucuları ifrat derecesinde ağır cezalar öngörememektedirler. Yine milli hukuku uygulayan hakim de işlenen suça oranla çok ağır cezalara hükmedememektedir. Bu açıdan oranlılık ilkesi kabul görmüştür. Aşırı ağır cezaların uygulanması oranlılık ilkesine aykırılığı gündeme getirirken temel hak ve özgürlüklerin ihlaline ya da malların serbestçe dolaşması serbestisine halel getirmiş olur. Olumlu etkisinde ise iç hukukta yargıç, mevcut olan milli ceza normlarını geniş yorumlayacaktır.

Topluluk Hukuku, topluluğun ekonomik menfaatlerinin korunması bağlamında tüm topluluk üyelerine her türlü dolandırıcılıkla mücadele için gerekli önlemleri alma hususunda yükümlülük yüklemiştir. Buna göre her devlet topluluk menfaatini zedeleyecek nitelikte olan dolandırıcılık eylemlerine, tıpkı kendi finansal menfaatine yönelik olan dolandırıcılık olaylarında aldığı tedbirlerin aynısını almakla mükelleftir.

Topluluk hukuku kaynaklarının iç hukuktaki bir takım yasalara yapmış olduğu atıflar da etkili olmaktadır. Bu atıflar sayesinde milli hukukun uygulama alanı doğrudan doğruya genişletilmiş olmaktadır.

Kısmen de olsa topluluk hukukunun ceza hukuklarına etkisinin olduğu söylenebilir. Yönergelerde , yönerge hükümlerinin uygulanmasını temin edici etkili yaptırımların bulunması durumlarında bu etki doğrudan doğruya olmaktadır.

Avrupa Adalet Divanı'nın milli hukuktaki herhangi bir ceza hukuku normunun topluluk hukuku ile bağdaşır bağdaşmadığı hususunda denetlemeye tabi tuttuğunda, topluluk hukukunun dolaylı etkisi görülmektedir. Böyle bir durumda esasa ilişkin inceleme sırasında sadece topluluk hukuku yorumlanmaktadır. Fakat yapılan bu yorum, daha sonradan iç hukuktaki ceza normunun uygulanmasına dolaylı olarak bir etkide bulunmaktadır<sup>195</sup>.

### **1.3.2. Avrupa'da Bazı Milli Hukuklarda Kamu Düzeni Kavramına Genel Bakış**

#### **1.3.2.1. Alman Hukukunda Kamu Düzeni Kavramına Genel Bakış**

Kamu düzeni kavramı Alman hukukunda hem kamu hem özel hukuk alanında uygulama alanı bulmaktadır.

Kamu düzeni kavramı Polis hukuku açısından önemlidir. Kamu düzeninin sağlanması ve kamu düzeni nedeniyle özgürlüklerin sınırlanabilmesi yazılı olmayan birlikte yaşam kuralları çerçevesinde Polis hukuku açısından kodifiye edilmeye çalışılmaktadır.<sup>196</sup>

Milletlerarası özel hukuk açısından da kamu düzeni kavramı, yabancı hukukun uygulanması açısından sınırlayıcı bir fonksiyona sahiptir. Bu durum Alman Medeni Kanunu'nun uygulanışına ilişkin kanunda yer almıştır ( Art. 6 EGBGB)<sup>197</sup>

Alman Anayasa Mahkemesi 1974 yılında vermiş olduğu *Solange I* kararında topluluk düzeyinde formüle edilmiş bir temel haklar katalogunun çıkartılması hususunu hatırlatarak, Topluluk Hukuku hükümlerinde temel hak

---

<sup>195</sup> Behr, Temel, s.1167-1774

<sup>196</sup> Örneğin Saarland, Nordrhein Westfalen 1979, Bremen ( Das Neue Bremische Polizei Gesetz)1983, Sachsen Anhalt eyaletlerindeki düzenlemeler Polis hukukuna ilişkin düzenlemelerinde kamu düzeni kavramına kanunlarında yer vermişleridir. Schneider, s.97.

<sup>197</sup> Schneider, s 97.

kontrolü yapma yetkisini kendisinde görmüştür. Alman AYM, Solange I kararında ilk defa Alman Anayasa Hukuku ile Avrupa Toplulukları'nın hukuk normları arasındaki aykırılıkları inceleyerek Alman Hukuku ile Avrupa Hukuku'nun uygunluğunun her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğine karar verilmiştir<sup>198</sup>. Bu kararda Alman AYM, Topluluk Hukuku'nda kodifiye edilmiş bir temel haklar kataloğunun eksik olduğu düşüncesiyle, Topluluk hukuku hükümlerinde temel hak kontrolü yapma yetkisini kendisinde görmüştür. Alman Anayasası, 1986 yılında vermiş olduğu Solange II kararında da Avrupa Toplulukları hukuku ile Alman Hukukunun uyumu konusundaki daha önceki içtihadını gözden geçirmiştir. Bu kararında Mahkeme, daha önce vermiş olduğu Solange I kararından farklı olarak, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı vasıtasıyla gerçekleştirilen korumanın Alman Hukukunda temel hakların korunması bakımından gerekli ölçütleri karşıladığını belirtmiştir<sup>199</sup>.

### **1.3.2.2. Fransız Hukukunda Kamu Düzeni Kavramına Genel Bakış**

Fransız Kamu Hukukunda kamu düzeni (ordre public) öncelikle “police administrative générale”nin görev alanına ve bununla beraber polisin genel tehlikeleri bertaraf edici görevlerini yerine getirmesine hizmet eder.

Bu çerçevede “kamu düzeni” korunan bir çok hukuki yarardan bir tanesi değil, polisin müdahale edebildiği kamusal yararları açıklayan bir üst kavram olarak vasıflandırılmaktadır.

Anayasa Hukuku açısından, polis hukukuna görece daha dar bir anlam taşıyan kamu düzeni spesifik bir fonksiyona sahiptir. Burada toplumsal düzeni değil; normun karakterini oluşturur.

Türk Hukuku'nda olduğu gibi Fransız Medeni Hukuku açısından da kamu düzeni sözleşme serbestisinin sınırını oluşturmaktadır. Fransız Medeni Kanunu'nun 6. maddesinde “on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois

<sup>198</sup> Patrick Schäfer, Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention durch Europäisches Gemeinschaftsrecht und dessen Vollzug, Verantwortlichkeit und Haftung der Mitgliedstaaten”, Nomos, Bonn, 2005, s. 99.

<sup>199</sup> Şimşek, ( Makale ) ss. 118-119

intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs" düzenlemesiyle, sözleşmelerin, kamu düzenine ya da ahlakına aykırı olmaları halinde geçersizliği ortaya konmuştur. Kamu düzeni, bu bağlamda, sözleşme serbestisinin sınırını oluşturmaktadır.<sup>200</sup>

### 1.3.2.3. İngiliz Hukukunda Kamu Düzeni Kavramına Genel Bakış

Kamu düzeni kavramı İngiliz Hukukunda da çeşitli uygulama alanları bulmaktadır. Fransa' dan ve Almanya' dan farklı olarak İngiliz Hukukunda kamu düzeni kavramının uygulanışı özel hukukta ve kamu hukukundaki uygulama alanları bakımından kesin bir şekilde ayrılmamıştır. Bunun sebebi İngiliz gelenek hukukunda kamu hukuku ve özel hukuk ayrımının belirgin olmamasıdır.

Kamu düzenine aykırı sözleşmelerin geçersiz sayılması bir common law prensibidir. Bu çerçevede kamu düzeni kavramının fonksiyonu Fransız ve Alman hukukundaki bağlamıyla paralellik göstermektedir. Buna göre sözleşmeler,

- \* Common law prensiplerine ya da spesifik kanunlara aykırıysa,
- \* İç ve dış idari düzeni tehlikeye sokacak nitelikteyse
- \* Yargılamanın selametini etkileyecek nitelikteyse
- \* Ahlaki açıdan aşağılık bulunuyorsa ya da
- \* Ekonomik kamu yararlarına aykırı ise geçersiz sayılacaktır.<sup>201</sup>

Gelişmekte olan bir common law ilkesi de kimsenin suç sayılan bir fiilden dolayı maddi yarar sağlayamamasıdır. Buna dayanan sözleşmeler kamu düzeni düşüncesiyle geçersiz sayılmaktadır.<sup>202</sup>

Genel olarak İngiliz İdare ve Anayasa hukukunda kamu yararı, kamusal fayda kavramlarının pek tanımlanmamıştır. Kamu düzeni kavramı, hukuk düzeninin temel ilkelerinden ve toplum düzenini sağlamayı amaçlayan kamu güvenliği kavramından daha dar yorumlanmaktadır. Bu anlamda kamu düzeni, kamu yararı kavramlarının

---

<sup>200</sup> Schneider ss. 90-93.

<sup>201</sup> Schneider , ss. 98-99.

<sup>202</sup> Bu düşünce 80' li yılların başında Kara Avrupası Hukukunun bakış açısıyla kamu hukukunda uygulanmasının gerektiği düşünülmeye başlanmıştır. Bkz. Schneider, s. 99.

özgürlüklerin sınırlama nedeni olarak düzenlendiği alan toplantı ve dernek kurma özgürlüğüdür.<sup>203</sup>

#### 1.3.2.4. Değerlendirme

Yukarıda üç hukuk düzeninde çeşitli fonksiyonlarına değinilen kamu düzeni kavramı temel olarak 3 grupta kendisini göstermektedir. Bunlardan birincisi vatandaş haklarının sınırlama nedeni olması, ikincisi yabancı hukuk normunun uygulanmasının sınırı olması ve de emredici normları belirleme fonksiyonudur.

Milli kamu hukuklarında kamu düzeninin vatandaş haklarını sınırlama nedeni özellikle en somut haliyle Polis hukukunda karşımıza çıkmaktadır. Fransa ve İngiltere’de (her iki milli hukukta da ayrıntıları farklı düzenlenmiş olmakla beraber ) polisin koruduğu hukuki yarar olarak değerlendirilmektedir.

Her üç hukuk düzeninde de kamu düzeni kavramı kanunlar ihtilafi hukukunda uygulanması gereken yabancı hukukun milli hukuktaki kesin ilkelere aykırı olması durumunda devreye girerek o yabancı hukukun uygulanmasını engelleyici ya da ona cevaz verici bir fonksiyona sahiptir. Her üç hukuk düzeni de kamu düzeni kavramını yabancılık unsuru taşımayan olaylara göre daha dar yorumlamaktadırlar.

Ayrıca kamu düzeni kavramı, Fransız ve İngiliz hukuklarında emredici hukuk normlarının belirlenmesi ve bu suretle sözleşme serbestisinin sınırlarının çizilmesi açısından belirleyici rol oynamaktadır.<sup>204</sup>

---

<sup>203</sup> Public Order Act 1986. Bkz. Schneider, s. 100.

<sup>204</sup> Schneider, ss. 103-104.



## **İKİNCİ BÖLÜM**

### **AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE EK PROTOKOLLERDE**

### **KAMU DÜZENİ**

#### **2.1. AİHS'TE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI SİSTEMİ**

Mutlak özgürlüğün mümkün olamaması nedeniyle özgürlüklerin az ya da çok tanındığı her ülkede sınırlama sorunu doğmuştur.

Doğada, toplumla iç içe bulunmak zorunda olan insan, ne derece özgürlüklü bir siyasal rejim içerisinde yaşarsa, sahip olduğu hakların hem yapısında hem de kullanılmasında bazı sınırlamalara katlanmak zorundadır.

Yaşama hakkı gibi belli başlı insan haklarında sınırlamanın olmaması gerekir; ancak diğer bazı özgürlüklerde belli sınırlamaların getirilmesinden kaçınılamaz. Örneğin mülkiyet hakkı, sayılamayacak kadar çok sınırlamaya tabi tutulabilen bir özgürlüktür. Kaldı ki modern demokratik devletlerde kamu özgürlüklerinin sınırlandırılması da bir zorunluluktur. Ancak sınırlandırmada sınırlandırmanın esas değil istisna olmasına, sınırlamanın kamu otoritesinin ifadesi olması nedeniyle yasa ile yapılmasına, sınırlamanın demokratik koşulların sağlanabilmesi için belli sınırlamalar içinde kalmasına ve özgürlüğün temeline dokunulmamasına, sınırlandırmanın geçici olmasına ve sınırlandırmada muhakkak kamunun çıkarının bulunmasına dikkat edilmelidir<sup>205</sup>. Çünkü tarihte demokrasinin korunması bahanesiyle siyasal iktidarların aşırı anti demokratik yöntemler kullandıkları hatta susturmak istedikleri fikirleri dahi yasaklama olanağını bulabilmişlerdir. Demokratik düzene yönelen tehlikeyi önleme çabası birçok defalar gerçek tehlikeye dönüşebilmiştir. Bu yüzden hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasının engellenmesi için sınırlandırılması, zorunludur.

---

<sup>205</sup> Ahmet Mumcu, Elif Küzeci, “İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri”, 4. Baskı, Ank., 2007 s.139.

Hakların sınırlandırılması ancak sınırlama ölçütlerine dayalı olarak yapılabilmektedir. Bu ölçütler, hakların keyfi şekilde sınırlandırılmasını temine yöneliktirler. Sınırlama ölçütlerinin ana eksenini iki ana grupta toplanmaktadır. Sınırlama ölçütleri bir yanda, halkın olası kullanımının tekil olarak başka kişilerin haklarına zarar vermesini önlemeye yönelmektedir. Öte yandan hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, sadece kötüye kullanımı önlemek bakımından değil, aynı zamanda özgürlükleri bir düzene sokmak bakımından da önemlidir. Sınırlamalar, kamu düzeninin korunması gibi belli bir amaçla olabileceği gibi, bir özgürlüğün diğerlerini engellemesi ihtimalini ortadan kaldırmak nedenine de dayanabilir<sup>206</sup>.

Çağdaş demokrasilerde düşünce özgürlüğü dışında sınırsız hürriyet bulunmamaktadır. Esasen hürriyetlerin var olabilmesi, kişi yönünden pratik bir değer taşıyabilmesi için bir takım kayıtlarla çerçevelenmesi yani tanzim edilmesi gerekmektedir. Çağdaş demokrasilerde hürriyetler, toplum yaşamının bozulmamasının ve hürriyetlerden herkesin faydalanmasının sağlanması amaçlarıyla sınırlandırılabilir.

Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında temel sorunlardan bir diğeri de, sınırlamanın hangi ölçülerle ve nasıl yapılacağıdır. MİLL'e göre özgürlükler ancak hukuksal bir zorlama ile sınırlandırılabilir; bireyin kısıtlanması ancak diğer bireylerin zarar görmesini engellemek amacıyla meşruluk kazanabilir. Bireyin kısıtlanması gerçekten zorunlu olmalıdır. Hak ve özgürlükler ancak ve ancak bireylerin birbirlerine zarar vermelerini önlemek amacıyla sınırlandırılabilir. Devletin hak ve özgürlükleri sınırlamadaki rolü son derece dar bir şekilde ve kamu düzenini sağlamakla sınırlı tutulmalıdır. Başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin tanınması ve saygı gösterilmesi amacıyla özgürlüklerin sınırlandırabileceği kuralı açıkça belirlenmemiş olsa bile bu sınır tartışmasız bir şekilde kabul görür nitelik taşımaktadır<sup>207</sup>.

---

<sup>206</sup> Gemalmaz, s. 1083.

<sup>207</sup> Yokuş, ss. 65-66. "İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 29. maddesine göre "herkes, hak ve özgürlüklerini kullanırken, ancak başkalarına hak ve özgürlüklerin tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması ve demokratik bir toplumda genel ahlak ve kamu düzeniyle genel refahın haklı gereklerinin karşılanması amacıyla yasayla belirlenmiş sınırlamalara bağlı olabilir."

Hürriyetlerin sınırlandırılması konusunda değişik sistemler, değişik şekiller benimsemişlerdir. Sınırlandırmaya ilişkin önleyici ve düzeltici sistem olmak üzere iki ana grup vardır.

Önleyici sistem kendi içinde yasaklayıcı sistem, düzenleyici sistem ve bildirim esaslı sistemleri olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

**Yasaklayıcı sistem** bir hürriyetin kullanılması için izin verip vermemekte kamu otoritesinin tam ve mutlak takdir yetkisine sahip olduğu sistemdir<sup>208</sup>. Tamamen yönetimin takdiri ile özgürlüğü kullanacak olanın izin isteminin gerekçesiz ve kesin bir şekilde reddinin olanaklı olduğu bu sistemde, özgürlüğün pratik olarak varlığından söz etmek olanaklı değildir<sup>209</sup>.

**Düzenleyici önleme sistemi** bazı teknik şartların yerine getirilmesi halinde hakkın kullanılabilirdiği kamu otoritesinin mutlak takdir hakkının bulunmadığı sistemdir<sup>210</sup>. Bu sistemde istenen iznin verilmemesi yönetimin takdirinde değildir. Burada önceden belirlenen şartlar yerine getirilmişse iznin verilmesi zorunludur<sup>211</sup>.

**Bildirim esaslı sistem** de kullanılacak bazı hak ve hürriyetlerin önceden kamu otoritesine bildirilmesidir. Bir özgürlüğün önceden izin alınmadan kullanılması türündeki önleyici rejim, özgürlüğün kullanılacağı ve bu konuyla ilgili bilgilerin yetkili makamlara bildirilmesini gerektirir. Bildirimde bulunulmasının istenmesindeki amaç, özgürlüğün kötüye kullanılması ve yasaya aykırı davranılması halinde sorumluların saptanabilmesini sağlamaktır. Ayrıca bildirim; kamu düzenini yakından ilgilendiren özgürlüklerin kullanımında, yetkililere düzeni korumak için gerekli önlemleri alma olanağını kazandırmaktadır. Ancak demokratik bir rejimde alınması gereken önlemler kapsamında, özgürlüğün kullanılmasının sağlanması da bulunmalıdır.

---

<sup>208</sup> Hamza, Yaman, s:Temel Hak Ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Ve Durdurulması" başlıklı makalenin tüm hakları yazarı Hamza Yaman'a aittir ve makale, yazarı tarafından Türk Hukuk Sitesi (<http://www.turkhukuk sitesi.com>) kütüphanesinde yayınlanmıştır. ( 08.02.2008 )

<sup>209</sup> Yokuş, s.69.

<sup>210</sup> Yaman, <http://www.turkhukuk sitesi.com>

<sup>211</sup> Yokuş, s.69.

Düzeltilici sistemde de hürriyetlerin kullanılması için önceden herhangi bir izin alınmasına gerek yoktur. Sorumluluk kullananın kendisine ait olmak üzere herhangi bir bildirimde bulunulması gerekmeden hürriyetlerin kullanıldığı sistemdir<sup>212</sup>.

Bu sistemlerin dışında sınırlama açısından sınırlayıcı kuralın yeri açısından iki farklı teknik daha bulunmaktadır. Birincisi hak ve özgürlüklerin koruma alanının ya da sınırlamanın anayasa ile düzenlenmesi tekniğidir. İkincisi ise hak ve özgürlüğün sınırlanmasında anayasa ile yasa koyucuya yetki verilmesi tekniğidir. Birinci tekniğin geçerli olduğu haklara da yasa kayıtlı haklar denmektedir. Bu haklar, yasa koyucuya tanınan yetki bakımından yasa kaydında sebep gösterilip gösterilmemesine göre, sebepli ya da nitelikli yasa kaydı ve niteliksiz (basit) yasa kaydı olarak ayrılmaktadır<sup>213</sup>.

Hakların sınırlandırılması sadece sınırlama ölçütlerine dayanılarak yapılmamaktadır. Bunun yanı sıra bazı koşullara ve tekniklere de uyulması gerekmektedir. Bu standartlarla olası bir sınırlamanın hangi koşullar ve şartlar altında ve nasıl yapılabileceği hususları belirlenmektedir<sup>214</sup>.

AIHS; genel olarak hakların sınırlandırılmasını olağan ve olağanüstü dönemleri birbirinden ayırarak düzenlemiştir.

### **2.1.1. AIHS’te Olağan Hallerde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması**

AIHS’te tanınan temel hak ve özgürlüklerin bir kısmı (işkence yasağı, yaşama hakkı gibi) mutlak niteliktedir. Her halde ve her ortamda, her zaman ve herkes için geçerli olan bu haklar sınırlama kapsamında değildirler.

AIHS’te olağan dönemler açısından genel bir sınırlama hükmü bulunmamakla beraber, mutlak olmayan diğer temel hak ve özgürlükler bakımından bazı sınırlama

---

<sup>212</sup> Kapani, ss. 236-237; Yaman, <http://www.turkhukuksitesi.com>

<sup>213</sup> Yokuş, s. 67.

<sup>214</sup> Gemalmaz, ss.1084-1085. “Avrupa topluluğu anlaşmalarına uygun olma koşul olarak ve yasaya dayanma da teknik olarak örnek gösterilebilir.”

ölçütler sayılmış ve sınırlamaya yer verilmiştir<sup>215</sup>. Özgürlüğün kapsamını belirleyen sınırlandırmalar, AIHM tarafından 17. madde başta olmak üzere her bir maddede münhasıran düzenlenen temel hak ve özgürlükler ışığında denetlenmektedir. 17. maddede “*sözleşmede düzenlenen hükümlerden hiç birinin, bir devlete, bir topluluğa veya kişiye, sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir faaliyete girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağladığı şeklinde yorumlanamayacağı*” düzenlenmiştir.

Özel hayatın gizliliği, din ve vicdan özgürlüğü, düşünceyi ifade hürriyeti, toplantı ve dernek kurma, seyahat ve yerleşme hürriyeti gibi hak ve özgürlükler, demokratik bir toplumda, milli güvenlik, kamu güvenliği, ülke bütünlüğü, düzensizliğin ve suçların önlenmesi, sağlık veya ahlakın korunması, başkalarının hak ve şöhretlerinin korunması, gizliliği gerektiren bilgilerin açıklanmasının önlenmesi, adliyenin otorite ve tarafsızlığının korunması gibi sebeplerle, yasayla da düzenlenmiş olmak şartıyla sınırlanabilir.

AIHS’te temel hak ve özgürlüğü düzenleyen her bir madde içerisinde yer alan bu sınırlamalarla, ilke olarak tanınmış olan hak ve hürriyetlerin, gerektiğinde devlet tarafından sınırlandırılabilmesi ifade edilmiştir. Devletlerin bu sınırlama yetkisi, gerek madde itibarıyla gerekse yoğunluk itibarıyla sıkı kural ve ölçütlere tabi tutulmuştur.

Öncelikle sınırlandıran tedbir veya cezanın AIHS’te düzenlenmiş sınırlandırma sebebi grubuna girmesi gerekmektedir. Sınırlama sebeplerinin ve tiplerinin AIHS’te düzenlenmiş olması sınırlamanın meşruluğunu sağlamaktadır. Açıkça sınırlamanın meşru bir amaca yönelmiş olması gerekmektedir<sup>216</sup>.

---

<sup>215</sup> Döner, s. 86. “ fakat bu sınırlandırma yetkisi sözleşmede bulunan tüm haklar için söz konusu değildir. Bu açıdan AIHS md 8,9,10 ve 11leirin milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği genel sağlık veya ahlakın korunması ve başkalarının haklarının korunması gibi nedenlerle sınırlandırılabilmesi mümkündür.

<sup>216</sup> Said Vakkas Gözlügel, “ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz Etkisi” Yetkin Yayınları 2. Baskı, Ank., 2002, s. 248.

İlgili maddelerde yer alan meşru sınırlama sebepleri, kamu yararı, kamu güvenliği, kamu düzeni, ülke bütünlüğü, genel sağlık, ahlakın korunması, başkalarının haklarının korunması, suçun önlenmesi gibi ölçütlerden oluşmaktadır. Ayrıca sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak, kanunla yapılması kuralı getirilmiştir.

AİHS md. 17’de<sup>217</sup> iki ayrı hüküm bulunmaktadır. Birincisi sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını yasaklamakta, sözleşmeden yararlanarak bunları yok etme girişiminde bulunamayacağını belirtmekte; ikinci yönü ise, sınırlama yapacak devletlerin yine sözleşmedeki şartlar dahilinde sınırlama yapabileceğini tespit etmektedir. Nitekim AİHK Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan Alman Komünist partisinin başvurusunu bu gerekçe ile kabul edilemez bulmuştur<sup>218</sup>. Yine AİHD, *Lawless/İrlanda* davasında bu yönde karar vererek sözleşme ile tanınan hakların, bu hakları yok etmek için kullanılamayacağını belirtmiştir<sup>219</sup>. Bu kararda, AİHD bireyin önemi üzerinde ısrar ederek komisyonun, başvuruçunun argümanlarını kendisine izah ederek onun bir anlamda şikayetlerine tercüman olmasını kabul etmiş ve AİHS md5 ile ilgili olarak verdiği yorumun AİHS’ nin bireyin keyfi alıkonmalara ve tutuklamalara karşı özgürlüğünün korunması amacıyla uyum içinde olduğu ifade edilmiştir.<sup>220</sup>

AİHS md. 17’nin iki yönü bulunmaktadır. Birinci yönü, sözleşmenin hiçbir hükmünü yok etme özgürlüğü yönünde yorumlanamayacağını, ikinci yönü ise

---

<sup>217</sup> “sözleşme hükümlerinden hiçbiri bir devlete, topluluğa, veya ferde, iş bu sözleşmede tanınan hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya mezkur sözleşmede derpiş edildiğinden daha geniş ölçüde tahditlere tabi tutulmasını istihdaf eden bir faaliyete girişmeye veya harekette bulunmaya matuf herhangi bir hak sağladığı şeklinde tefsir olunamaz.”

<sup>218</sup> Şeref Ünal, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri” (TİH), <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anayargi/unal.pdf>, s.78, (17.06.2008). AİHK’ya göre hür demokratik temel düzeni tahribe yönelik totaliter eğilimler, hiçbir şekilde AİHS çerçevesinde himaye edilemez. Komünist partisi anayasada öngörülen yollarla iktidara geleceğini kanıtlaya bile, bu partinin geleneksel hedefi olan işçi diktatörlüğü amacını terk ettiği anlamına gelmez. Bir rejim kurmak için diktatörlüğe başvurmak, AİHS ile bağdaşmayacağından, Alman Komünist Partisinin kuruluş ve işleyişi 17. madde anlamında yasak bir faaliyetdir.

<sup>219</sup> Seri A No: 1-3 ve 01.07.1961 tarihli karar.

<sup>220</sup> Göçer, s. 124. “ Lawless kararını hatırlatan Loizidou kararı da sözleşmeyi, Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi olarak niteleyerek ( eski ) 25. ve 46. madde hükümlerini yorumlarken sözleşmenin özel niteliğini göz önüne almak zorunda olduğunu dile getirmektedir.”

devletlerin sözleşmede belirtilen hakları sınırlarken ancak sözleşmenin izin verdiği ölçüde sınırlamalarda bulunabileceğini göstermektedir<sup>221</sup>.

AİHS’te tanınan temel hak ve özgürlüklerin milli hukuklarca müdahaleye uğramasının, ilgili temel hak ve özgürlüğün ihlali olup olmadığını değerlendirebilmek için öncelikle müdahalenin, özgürlüğün düzenlendiği maddede sınırlı sayıda belirtilen amaçlara yönelik olup olmadığı sınırdır. Sınırlamanın hukukun üstünlüğü ilkesi gereği yasada belirlenmiş olması ve de demokratik bir topluma aykırı olmaması gerekmektedir. Yapılan sınırlama, hangi amaçla yapılıyorsa sınırlama ile o amaç arasında orantının bulunması gerekmektedir. Bu durum da AİHS’nin 18. maddesinde, sözü edilen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların ancak öngörülen amaçlar için kullanılabileceği belirtilmiştir<sup>222</sup>. 18. madde taraf devletlere sözleşmede öngörülen hak ve özgürlükler konusunda kendilerine tanınan sınırlandırma yetkisini iyi niyet ilkesi içerisinde kullanmaları yükümlülüğünü getirmektedir<sup>223</sup>.

Herhangi bir yasa kaydı öngörülmeleyen hak ve özgürlükler bakımından da sınırlamanın olanaklı olduğu “genel sınırlama tezi” çerçevesinde ileri sürülmüş ve bu görüş AYM tarafından da kabul görmüştür.

AİHS’te, özel hayat ve aile hayatının korunması hakkı (md. 8) düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (md. 9) ve toplantı ve dernek kurma özgürlükleri (md), milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, genel sağlık veya ahlakın korunması ve başkalarının haklarının korunması gibi nedenlerle sınırlandırılabilir mümkündür. Bu sınırlama nedenleri, AİHS’te md. 8’den 11’e kadar tüm ikinci fıkralarda tekrarlanmakta ve demokratik bir toplum çerçevesine bağlı kılınmışlardır. Bu düzenlemelerle yaratılan durum ile Avrupa demokratik hukuk devleti standardına işaret edilmektedir<sup>224</sup>. AİHS’te demokratik toplum kavramı, gerek AİHS’nin

<sup>221</sup> Şeref Gözübüyük, A. Feyyaz Gölcüklü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması – Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi” Turhan Kitapevi, 6. Bası, Ank., 2005, s. 413 ; Ayhan Döner, İnsan Haklarının Uluslar arası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Seçkin Yayınları Ank., 2003.s.88.

<sup>222</sup> Gözübüyük, Gölcüklü, s.18, “yetki tecavüzü yasağı (amaç sapıtma yasağı) olarak anılmaktadır”.

<sup>223</sup> Döner, s. 88.

<sup>224</sup> Grabenwarter, s. 223.

başlangıç bölümünde gerekse yukarıda sayılan maddelerde, korunan hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında bir güvence olarak yer almaktadır. Söz konusu maddelerin 2. fıkraları ilgili özgürlüklerin kamu yararı, ulusal güvenlik veya başkalarının hakları gibi gerekçelerle sınırlandırabileceğini fakat bu kısıtlamaların kanunla öngörülmesi ve demokratik toplumda zorunlu olmasını öngörmektedir<sup>225</sup>.

#### **2.1.1.1. Sınırlandırmanın Kanunla Olması ( Yasallık )**

Çağdaş demokrasilerde hürriyetler, yasama organları tarafından kanunla mümkün olabilmektedir. Kanun koyucular belli hal ve şartlarda belli amaçları gerçekleştirmek için temel hak ve özgürlükleri sınırlayabilmektedir. AİHS anlamında kanun, milli hukuklarda otonom olarak belirlenen kuralları ifa etmektedir. Uluslararası bir anlaşma olan AİHS'nin ilke olarak milli hukuklarda tanındığı varsayılmaktadır. Bu durumun da AİHS'nin ana amacına uygun bir şekilde yorumlanması ve tüm milli hukuklarda uygun bir şekilde yorumlanması ve tüm milli hukuklarda karşılıklı ve efektif bir temel hak korumasını sağlayacak şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir<sup>226</sup>. Buradan hareketle, AİHS anlamında diğer uluslararası anlaşmalar da yasa hükmündedir ve yasa gibi değerlendirilmektedir<sup>227</sup>.

Demokratik devlet ve hukuk devleti ilkelerinde temel hakların sınırlandırılmasının yasa ile yapılması ilkesi; bireylere, gruplara ve örgütlere belirli oranda güvence oluşturmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması, demokratik hukuk devletlerinde öteden beri kabul edilen bir kuraldır<sup>228</sup>. Yasalar yapılırken mecliste açık görüşme ve tartışma yolu ile hazırlanır ve yasalaşmadan toplumun çeşitli katmanlarından gelen tepkiler göz önüne alınarak yapılırlar. Bu suretle, açık görüşme ve tartışma yöntemlerinin ardından yapılmış olan kanunlar sayesinde belli kişi ya da grupların hedef alınmasını önleyerek keyfiliğe karşı tedbir alınmış olur<sup>229</sup>.

---

<sup>225</sup> Göçer, s. 125.

<sup>226</sup> İbng, s. 112.

<sup>227</sup> İbng, ss. 113-115

<sup>228</sup> Tijen Dünder Sezer, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Dernek Kurma Özgürlüğü, Yayınlanmamış Doktora Tezi s. 263.

<sup>229</sup> Sezer, ss.263 – 265. “Kanunun maddi ya da şekli anlamda tanımlanmasının uygunluğu doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bazı yazarlar kanunun yalnızca yasama işlemlerine karşılık gelmesi gerektiğini savunurken, başka yazarlar da yasama yetkisi verilen tüm organların işlemlerini



Yasama organı, demokratik ilke ve kurumların yerleştiği bir toplumda keyfi bir biçimde temel hak ve özgürlükleri sınırlayamaz. Yasama ilkesinin diğer önemli bir güvencesi de yasaların genel ve objektif biçimde olmasıdır. Bu şekilde yasaların belirli grup veya bireyleri hedef alması bir ölçüde önlenmiş olmaktadır. Yasama ilkesinin en önemli ögesi düzenleyici işlemler ile temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanamamasıdır.

AİHS'nin anladığı anlamda kanun, şekli anlamda değil maddi anlamda kanundur. Bu anlamda , soyut norm koyan düzenleyici işlemler kanun olarak anlaşılmaktadır<sup>230</sup>. Özgürlüklerin yasa ile sınırlanması ilkesinin bireylere güvence sağlaması için sınırlamaya ilişkin yasal düzenlemelerin yürütmeye hiçbir keyfi yetki tanımayan açık ve kesin nitelikte olması gerekmektedir.

Yasaların kamu yararını korumak amacıyla, yapılmasını buyurduğu işlemlerin hiç yapılmaması ya da aynı amaçla konulmuş hükümlerin ağır biçimde çiğnenmesi durumlarında, yapılan işlemler kamu düzenine aykırı sayılacaklardır.

Anılan sınırlayıcı tedbirin, formalitenin veya cezanın bir kanunla konulması gerekmektedir. Söz konusu sınırlandırıcı kanunun erişilebilir ve öngörülebilir olması gerekmektedir. Normun ulaşılabilir olması, ilgililerin yasaya kolayca ulaşabilmesi, normun varlığından haberdar olabilmesi anlamına gelmektedir. Bir kural, eğer iç hukukta ilgililerin ulaşamayacağı bir tarzda çıkarılmış ise, bu kurala dayanarak yapılan sınırlama meşru olamayacaktır<sup>231</sup>. Normun anlaşılabilir olması da kişilerin, gerektiğinde bir hukukçunun yardımıyla normun ne demek istediğinin anlayabilmesidir. Bunun için normun, kişinin davranışlarını düzenlemesini sağlamak üzere yeterli açıklıkta formüle edilmiş olması gerekmektedir<sup>232</sup>. Başvurucunun siyasi

---

kapsayacak şekilde geniş tanımlanması gerektiğini ileri sürmüşleridir. Bir görüşe göre de önemli olan kuralın yapılma biçimi değil, yürütme gücünün kötüye kullanılmalara yönelik getirilmiş olan sınırlamaların etkililiğidir.”

<sup>230</sup> Gölcüklü, Gözübüyük ss.375-376 ; Sezer, s. 264.

<sup>231</sup> Sezer, s. 266. “Hapishane yönetmelikleri, bir takım yönergeler, iç düzen kuralları yayınlanmadıkları sürece yasallık kriterini sağlamazlar.”

<sup>232</sup> Sezer, s. 267, “Normun tam olarak anlaşılabilmesi için bir hukukçuya danışılmak zorunda kalınması, bu kriteri ihlal etmez.”

parti üyesi olması nedeniyle öğretmenlik görevinden çıkarılması üzerine AİHM önüne gelen *Vogt/ Almanya*<sup>233</sup> başvurusunda, başvuran müdahalenin kanunla öngörülmemiş ve belirsiz olduğunu savunmuştur. AİHM ise yasallık unsuru ile ilgili olarak, iç hukuktaki kanunun gerektiği belirliliğin derecesi her durumda tüm olasılıkları öngörmese de önemli ölçüde söz konusu aracın kapsamına, kapsaması tasarlanan alana ve yöneldiği kişilerin sayısına ve statüsüne bağlı olduğunu belirtmiştir. İç hukuku öncelikle yorumlayıp uygulayacak olan ulusal makamlardır. Kamu görevlilerine yüklenen siyasi sadakat görevi de dikkate alındığında, işten çıkarılma cezası ile karşılaşılacağı öngörülebilmelidir.

Böyle bir kanunun yapılması demokratik bir toplumda zorlayıcı bir sosyal ihtiyaç haline gelmiş olması şartını aramaktadır. Sınırlayıcı tedbir, zorlayıcı bir sosyal ihtiyacın varlığından kaynaklansa bile alınan sınırlayıcı tedbir ile korunan meşru amaç arasında bir orantı olup olmadığı da önemlidir<sup>234</sup>.

Burada önem taşıyan bir husus da Anglo Amerikan hukuk sistemine dahil olan ülkeler açısından yasa kavramının ne anlama geleceğidir. Bu ülkelerde mahkeme içtihatları birinci derecede bağlayıcı hukuk kaynağı olduğundan, hakimin yarattığı hukuk ilke olarak yasa kavramı içerisinde değerlendirilebilmektedir<sup>235</sup>. Yazılı olmayan içtihat hukuku, devletlerin uygulamak durumunda oldukları uluslararası hukuki yükümlülükler, kraliyet kararnameleri, olağanüstü durum kararnameleri ve belirli iç düzenlemeler gibi çeşitli ikincil kaynaklar kanun gibi kabul edilmektedir<sup>236</sup>.

#### **2.1.1.2. Sınırlandırmanın Demokratik Bir Toplum İçin Gerekli Olması**

Demokrasi ve insan hakları kavramı birbiriyle çok sıkı bağlantılı konulardır. İnsan hakları, demokrasinin düşünsel temelini oluşturmaktadır. Demokrasi, insana ve insanlığa bağlı temel hakların gerçekleştirildiği ve güvence altına alındığı siyasal düzenleri ve yönetim biçimlerini temsil etmektedir. “Demokrasi, çağdaş dünyanın

<sup>233</sup> 26.08.1995 tarihli Seri A 323 nolu karar, Bkz. Sezer, s. 268.

<sup>234</sup> Gözlügül, s. 248, Sezer, ss. 266 -268.

<sup>235</sup> İbıng, ss. 140-141.

<sup>236</sup> Sezer, s. 265.

hakim siyasal doktrinidir.”<sup>237</sup>. Bu bakımdan AİHS’ye üye devletlerin demokratik anayasalara sahip olmaları ve iç sistemikleri bakımından yorumun AİHS ve ek protokollere aykırılık taşımaması bir zorunluluktur<sup>238</sup>. Özgürlükler için “siyasal ve hukuksal bir demokratik düzenin varlığı” gerekir. Bu ifade çok temel bir gerçekliği dile getirmekle birlikte, demokratik özgürlüklere dayanmak için demokratik düzenin ön koşul olarak kabul edilmesi gerekir. Demokratik düzenin reddi ve ortadan kaldırılması ereğini güden bir girişimin, demokratik bir düzenin varlığıyla anlam ifade eden, özgürlüklere dayanması etik bir duruş olmadığı gibi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir<sup>239</sup>.

Demokrasi için öncelikle önemli olan; hem kişiler hem de toplum açısından özgürlükleri temsil ediyor olmasıdır. Demokrasi öncelikle özgürlükler ve doğal haklar rejimidir<sup>240</sup>. Nasıl ki kişiler kendi istekleri ve bilinçleri ile davranışlarını ve yaşan düzenlerini belirliyorlarsa, toplum da kendi istencine ve kararlarına göre kendisini yönettiği zaman özgürlük içerisinde bulunuyor demektir. Toplumun kendisini yönetmesi demek, hiçbir kişinin, grubun ya da çoğunluğun istencine göre yönetilmemesidir<sup>241</sup>.

İnsan kavramının daha net bir kavram ve gerçeklik olarak ön plana çıkmasıyla demokrasi, insan haklarının gerçekleştiği ve en ileri düzeyde geliştirilebildiği bir düzen olarak tanımlanmaktadır<sup>242</sup>. Klasik demokrasi, insanın insan olması sebebiyle sahip olduğu hak ve özgürlükleri kutsal kılan; bunları olabildiğince çağdaş boyutlarda geliştirmeye çalışan ve devlet mekanizmasını bu amacı sağlamak doğrultusunda oluşturan; insanların doğuştan gelen temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alan, kişileri her türlü baskıya karşı koruyan, ideal özgürlükler ve haklar düzenine genel olarak özgürlükçü yoldan gitmeye çalışan bir

<sup>237</sup> Ergun Özbudun, “Türk Anayasa Hukuku” Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ank., 2003, s.82.

<sup>238</sup> İbng, s. 161.

<sup>239</sup> Osman Can, “Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması”, Seçkin, Ank., 2005, s. 75. “Siyasal siyasal özgürlükleri sınırlayabilmesi için, kendisinin demokratik olması gerekir. Siyasal düzen, demokratik ve özgürlükçü değilse, bu gerekçeye dayanmakla, esasen özgürlük ve demokrasi yönündeki meşru toplumsal talepleri bastırır. Başka bir anlatımla kendisi, temel hakları korumak için verilen “ yetkiyi” kötüye kullanmış olur, ki AY md 14’te 2001 değişikliği farklı okumak olası değildir”

<sup>240</sup> Anıl Çeçen, “İnsan Hakları”, 3. Baskı, Savaş Yayınları, Ank., ss. 53-58

<sup>241</sup> Çeçen, s. 58.

<sup>242</sup> Çeçen, ss. 63-64.

rejimdir. İnsanların yalnız kendilerinin değil başkalarının da haklarını savunabildikleri yerde demokrasi vardır. Çünkü demokrasinin temelinde insan hakları bulunmaktadır<sup>243</sup>.

Gerek AİHS'te gerekse Anayasamızda temel hakların sınırlandırılmasının sınırı olarak demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü kabul edilmiştir. Anayasamız batılı demokrasi anlayışını benimsemiştir. Çağdaş anlamda demokratik toplumlar insan haklarına dayanan, çoğulcu ve katılımcı toplumlardır. Bu demokrasilerde özgürlük asıl, sınırlama ise istisnadır.

Demokrasi, özgürlükler ve insan hakları genel olarak, insanların idealize ettikleri hedefler olarak bir başlıkta toplanabilirler. İnsanların birey olarak özgürlükleri toplumsal çevre ile kurdukları ilişkilere ve içinde yaşadıkları toplumun koşullarına uyum gösterebilmelerine bağlıdır. Özgürlükler ve insan hakları nasıl toplumsal koşullara bağlı ise, toplumun genel durumu da özgürlükler ve temel hakların tanınma ve güvence düzeyine doğrudan doğruya bağlıdır<sup>244</sup>.

Anayasamızın benimsediği demokrasi anlayışı, insan haklarına saygılı, liberal demokrasi, batı demokrasisi, hürriyetçi demokrasi gibi terimlerle anılan demokrasi türüdür<sup>245</sup>.

Demokratik toplum düzeninin bütün kurum ve kurallarıyla işlerliğinin sürdürülebilmesi için kanunen öngörülmüş sınırlandırma neden veya amaçlarından birinin zorunlu kıldığı bir toplumsal ihtiyacın doğması gerekmektedir. Bunun dışında sınırlandırma ya da müdahale yapılamaz. Zorunlu toplumsal ihtiyaç, demokratik toplumda, ancak bu sınırlandırma ya da müdahale ile karşılanabilmeli, bu sınırlandırmadan başka bir önlem olmamalıdır<sup>246</sup>.

Demokratik toplumda gereklilik kriteri, AİHM tarafından müdahalenin haklı ya da haksız olduğunu belirlemede en geniş takdir yetkisini veren ilkedir. Hak ve

---

<sup>243</sup> Çeçen, ss. 60-61.

<sup>244</sup> Çeçen, s. 65.

<sup>245</sup> Özbudun, s. 82.

<sup>246</sup> Erdiç, s. 216.

özgürlüğe yapılan müdahalenin gerekli olması ve nitelik bakımından demokrasi anlayışıyla uyumlu olması gerekmektedir<sup>247</sup>.

Demokratik toplum düzeni, hem hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında kullanılan bir ilke hem de anayasal bir ilkedir. AİHS anlamında sınırlamanın sınırı olarak yahut da bir başka genel sınırlama nedeni olarak nitelendirilebilmektedir<sup>248</sup>.

Komisyon ve Divan ayrımının olduğu dönemde, her iki organın da kararlarında, hakların özüne dokunulmaması, orantılılık, ölçülülük, makullük, öngörülebilirlik, yeterince açık olma meşru amaç sınırlamalarının demokratik bir toplumda gerekli olması gibi ölçütleri kullanmaktadır<sup>249</sup>. AİHS eşliğinde iç hukukumuzda da uygulanan “demokratik toplumda gereklilik” ilkesinin AİHM kararları ile ortak standardı yaratılmaya çalışılmaktadır. AİHM, sözleşmeye taraf ülkelerin iç hukuk düzenlerini de göz önüne alarak demokratik düzenin unsurlarını ortaya koymaya çalışmaktadır<sup>250</sup>.

AİHM’e göre “gereklilik” zorlayıcı bir toplumsal gereksinimin varlığı anlamına gelmektedir. Zorlayıcı toplumsal gereksinimin takdiri kural olarak ulusal makamlara ait olmakla birlikte; takdir yetkisinin mahkeme tarafından ortak standarda uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı denetlenmektedir. *Young, James and Webster/İngiltere* başvurusunda<sup>251</sup>, müdahalenin gerekliliği durumu için, “gereklilik” ifadesinin esnek bir ifade olmadığı vurgulanmıştır. Çoğulculuk, tolerans ve açık fikirlilik demokratik toplumun yapı taşlarıdır. Her ne kadar bazı durumlarda, bireyin çıkarları grubun çıkarlarına feda edilse de, bu çoğunluğun görüşlerinin her zaman hakim olacağı anlamına gelmez. Azınlıklara adil ve uygun bir şekilde davranılmasını sağlamak ve hakim durumda olanlar tarafından kötüye kullanmaları önlemek için denge kurulmalıdır. Bununla birlikte hakka yapılan sınırlamanın, güdülen amaçla orantılı olması gerekmektedir<sup>252</sup>.

<sup>247</sup> Gölcüklü, Gözübüyük, s.378; Sezer, s. 284.

<sup>248</sup> İbng, s. 162.

<sup>249</sup> Gözlügöl, s.246.

<sup>250</sup> Yokuş, s. 75.

<sup>251</sup> Seri: A No: 44 13.08.1981 tarihli karar.

<sup>252</sup> Sezer, s. 285; “Gereklilik testi AİHS md11’e ilişkin davalarda ilk kez *Young, James and Webster / İngiltere* kararında uygulanmıştır.”

Kamu düzeni ve özgürlükler demokratik toplum yaşamının iki temel unsurunu oluşturmaktadır. Demokratik bir toplumda bu iki temel unsurun dengelenmesi sırasında; kamu düzenine gereğinden fazla ağırlık verilmesi özgürlüklerin zararına olacaktır. Kamu düzeni gereklerini ihmal etmek de toplumda kargaşaya neden olabilecektir. Demokratik bir düzende; gerçekte düzen ile özgürlük arasında zıtlık değil bağıllık vardır. Çünkü demokratik bir düzen özgürlük temeli üzerine kuruludur. Özgürlük temelinin ortadan kalkması demokratik düzen olma niteliğini de ortadan kaldıracaktır<sup>253</sup>. Devletin temel hak ve özgürlüklere yaptığı müdahalelerin AİHS'ye uygunluğu için işleyen bir demokrasinin varlığı ön koşuldur.<sup>254</sup> AİHS organlarına göre, çoğulculuk, tolerans ve açık fikirlilik demokratik toplumun yapıtaşlarıdır. Düşünce özgürlüğü demokratik bir toplumda olmazsa olmaz bir unsurdur. Düşünce özgürlüğünün sınırlanması, demokratik bir toplumda, taciz eden, şoke eden, rahatsız eden bir nitelik taşıdığına söz konusudur. Demokrasi, Avrupa kamu düzeninin temel bir unsurunu temsil etmektedir<sup>255</sup>.

AİHM, demokratik bir toplumun zorunlu unsurlarını “ çoğulculuk, hoşgörü ve açıklık” olarak belirlemektedir. AİHM; çoğulculuğu, birey açısından farklı olma hakkı çerçevesinde; örgütsel alanda da siyasal ve sosyal çoğulculuğu koruma şeklinde belirlemektedir. Bu bakış açısı büyük oranda, sözleşme ile tanınan hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında sınırı oluşturan “demokratik toplum düzeninin gerekleri”nin içeriğini oluşturmaktadır. Sözleşmeye taraf devletler bakımından demokrasi, çoğulcu demokrasi olup, bu temelde demokrasi hiçbir zaman çoğunluğun görüşlerinin hakim olması anlamına gelmemekte, herkesin temel hak ve özgürlüklerinin korunması ile nitelendirilmektedir<sup>256</sup>.

*Handyside/Danimarka* kararında <sup>257</sup> demokratik toplumun olmazsa olmaz koşullarının , çoğulculuk hoşgörü ve açık görüşlülük olduğunu ifade etmiştir.

<sup>253</sup> Yokuş, s. 70; Sezer, s. 286.

<sup>254</sup> Sezer, s. 286.

<sup>255</sup> Vogt/ Almanya p. 52 ; TBKP / Türkiye p. 44.45; Bkz. Sezer, ss. 286-287

<sup>256</sup> Yokuş,s.76. “Demokratik toplum düzeni ilkesi; “özgürlükçü demokratik temel düzen” adıyla Alman Federal Anayasa Mahkemesi İçtihatlarında, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırı olarak değil, korunan bir ilke olarak yerini almıştır.

<sup>257</sup> Seri A No: 24 ve 7.12.1976 tarihli karar. Göçer, s. 125.

Mahkemeye göre ifade özgürlüğü ile demokratik toplum arasında organik bir bağlantı bulunmakta ve ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun vazgeçilmez dayanaklarından birini oluşturmaktadır. AİHM, AİHS ile korunan haklara getirilen sınırlamaları yorumlarken “ demokratik toplumda zorunlu olma” ölçütünü, her olayın kendi şartları içerisinde değerlendirmekle birlikte *Silver/ Birleşik Krallık* <sup>258</sup> davasında demokratik toplumda zorunlu olma ifadesinin, haklara yönelik müdahalenin Sözleşme ile uyumlu olabilmesi için, zorlayıcı bir sosyal ihtiyacı karşılaması ve izlenen meşru amaçla orantılı olması gerektiği anlamına geldiğini belirtmektedir <sup>259</sup>.

Türkiye Birleşik Komünist Partisi Kararı ile ilgili olarak AİHM’in verdiği karar da demokrasinin özüyle ilgili olarak, demokrasinin kendisine zarar vermemek koşuluyla bir devletin mevcut örgütlenme şeklini tartışmaya çağırsa bile çeşitli politik programların önerilmesine ve tartışılmasına izin vermektedir<sup>260</sup>.

Amaç ve yasallık unsuru açısından değerlendirme güçlük arz etmezken, asıl zorluk “orantılılık” ve “takdir marjı” değerlendirmesinin söz konusu olduğu “demokratik toplumda gereklilik” koşulunun irdelenmesinde ortaya çıkmaktadır<sup>261</sup>. Ancak burada demokratik toplum gerekleri ölçütü *soyut* ve *genel* bir nitelik arz etmektedir. Bu nedenle Mahkeme, kimi boşluk veya esnekliklerin kaynaklık edebileceği olası zorlukları ve sakıncaları aşabilmek için “zorlayıcı bir toplumsal gereksinimin (*pressingsocial need*) varlığını aramaktadır; yani müdahalenin çok önemli nedenlerden kaynaklandığı ortaya konulmalıdır. Aynı zamanda söz konusu ihtiyacı kanıtlayan “uygun, inandırıcı, yeterli gerekçe”lerin ortaya konması, müdahale teşkil eden tedbirin orantılılığı, bireysel ve genel yarar arasındaki denge ve tercih ölçütleri de davalar süresince göz önünde bulundurulmalıdır<sup>262</sup>.

---

<sup>258</sup> Seri A No: 61 ve 25.03.1983 tarihli karar.

<sup>259</sup> Göçer, s.126.

<sup>260</sup> Başvuru No: 19392/92 30 Ocak 1998 tarihli karar, bkz. Özdek, s.266,

<sup>261</sup> Gözübüyük, Gölcüklü, s. 380; Gözlügül, s. 246.

<sup>262</sup> Ozan Değer, “AİHS’nin 10. Maddesi Çerçevesinde Şiddet Unsuru İçeren İfade: Güneydoğu Davalarından Örnekler” Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 62-1.

AİHS, demokratik bir toplum düzeni olmaksızın temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınıp gelişemeyeceği fikrinden hareketle; demokratik toplum düzeni kavramıyla sadece üye devletlerin ortak olarak üzerinde anlaşabilecekleri asgari bir demokrasi düzeyi vurgulanmaktadır.

Anlaşılacağı üzere demokrasi kavramının, üzerinde görüş birliğine varılmış bir tanımı bulunmamaktadır. Tanımlarda demokrasinin bir veya birkaç boyutu göz önüne alınarak ilişkilendirilmiş olduğu görülmektedir.

Demokrasinin en önemli özelliği insan hak ve özgürlüklerinin tanınarak güvence altına alınması ve belli aralıklar ile genel ve gizli oy ile seçimlerin yapılması, kamuoyunun serbestçe oluşumunun sağlanması üzerine kurulu bir rejim olmasıdır.

1982 Anayasası, temel hakların korunması düzenlemesinde 1961 Anayasası'nda yer alan öz kavramını terk etmiş, bunun yerine demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünü getirmiştir. AY md. 13/2'ye göre "*temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz*" Ancak son değişiklikle anayasanın ruhu kavramını getirerek öz kavramını bir ölçüde tanımış bulunmaktadır. Çağdaş demokrasilerde, bir hak ve özgürlüğün özüne dokunma, özünü ortadan kaldırma kabul edilemez. Bu nedenle, "*demokratik toplum düzeni gerekleri*" kavramı içinde "*öze dokunma yasağı*" ölçütü de bulunmaktadır. Aslında bu iki ölçüt, tek bir ölçütün iki ayrı görünüşüdür<sup>263</sup>. Demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı, 1961 Anayasasında yer alan öze dokunma kıstasından daha belirgin, uygulanması daha kolay bir kıstastır. AİHS'te de bu ölçüt kabul edilmiştir. 1982 Anayasasında da bu ölçütün kabul edilmiş olması, AYM'nin yargısal denetimine güç kazandırıcı ve özgürlükler rejiminin korunmasını kolaylaştırıcı nitelik taşıdığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu güvence, sınırlamanın ancak kanunla öngörülmüş olma durumuyla sınırlı olarak değerlendirilebilecek; sınırlamanın doğrudan Anayasanın kendisinden kaynaklandığı durumlarda güvence sağlamayacaktır. Bu halde bile Anayasanın yorumlanmasında Anayasanın

---

<sup>263</sup> Özbudun, s. 107. ; Şenoğlu, [http://www.turkhukuk sitesi.com/makale\\_493.htm](http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_493.htm) ( 17.06.2008 )



bütünlüğünün ve Anayasa hükümleri arasındaki uyumun korunması ilkesi gereğince, o hürriyeti sınırlayıcı Anayasa hükmüne, eğer mümkünse, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşmeyecek bir anlam vermek gerekecektir<sup>264</sup>.

Anayasa Mahkemesi bazı kararlarda sınırlamalarda temel hak ve özgürlüklerine dokunulamayacağını belirtmiştir. Bu kararda “*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 kullanılmaz duruma getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindendir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilir. Özgürlükler, ancak istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırılmamasıdır*”<sup>265</sup> denilerek “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” ölçütü yanında “*öz güvencesi*” ne de yer verilmiştir.

1982 Anayasasının uyum yasaları ile değiştirilmeden önce hangi demokrasi anlayışını benimsediği hususunda öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre 1982 Anayasası kendi içerisinde kapalı Anayasanın belirlediği ilkelere çerçevesinde bir demokrasi olduğu kabul edilmekte idi. Bunun dayanağı olarak da Anayasanın başlangıç hükümlerinde bulunan “...hiçbir kişi ve kuruluş bu Anayasada belirlenen hürriyetçi demokrasi ve bunun icapları ile belirlenmiş hukuk düzeninin dışına çıkamayacağı... “hükmünü göstermekte idiler. Bundan yola çıkarak Anayasanın demokrasiyi kendisi ile özdeşleştirdiğini, sınırlı demokrasi anlayışını benimsediği sonucu çıkarılmıştır. Bu anlayışa göre 1982 Anayasası, Hukuk, Hukuk devleti, Demokrasi, İnsan hakları ve özgürlük gibi temel kavramların Anayasadaki

<sup>264</sup> Özbudun, s. 106.

<sup>265</sup> AYM, 1985/8; 1986/27 K sayılı 26.11.1986 tarihli kararı.

anamlarından farklı biçimde anlaşılmasını önlemek istemiştir<sup>266</sup>. 2001 yılında yapılan değişikliklerden sonra 1982 Anayasasındaki değişiklikler göz önüne alındığında ve Anayasanın bütünlüğü ilkesi de gözetilerek sistematik yorum yapıldığında Anayasadaki demokratik devlet anlayışının çağdaş batılı demokrasi anlayışı olduğu kabul edilmelidir. Çağdaş uygarlığı esas almış bir Anayasanın demokrasiyi kendisi ile özdeşleştirip sınırlı demokrasi anlayışını benimsediğini söylemek çelişkili olur. Ayrıca Anayasanın demokrasiyi kendisi ile özdeşleştirdiği kabul edilirse, bu durumda demokratik toplum düzeni ölçütünün temel haklar için bir güvence oluşturmayacağı, bir kısır döngüye yol açabileceği söylenebilir. Bu durumda ise Anayasa kendisi ile çelişmiş olur. Bu ise, Anayasamızın bütünlüğü ilkesine aykırıdır. Buna karşılık demokratik toplum düzeni ilkesini batılı demokrasi anlayışı ile açmaya çalıştığımızda temel hakların korunmasında Avrupa ölçütünü yakalamak olanaklı olacaktır. Kaldı ki AIHM'in yargı yetkisinin tanınması da Anayasamızın Batılı demokrasi anlayışını benimsediğini göstermektedir. Sonuç olarak Anayasamızın sözü ve ruhu ile çağdaş, çoğulcu ve özgürlükçü demokrasi anlayışını benimsediğini söylemek doğru kabul edilmelidir.

Batılı demokrasilerin en önemli özelliği temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmış olmasıdır. Bu devlette temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmış olmasının yanı sıra hoşgörü ve uzlaşma da önemli bir özelliktir. Azınlıkta kalanların haklarına saygı göstermek ve bireylerin farklı olma hakkını benimseyen batı demokrasilerinde, en önemli özelliklerden biri de çoğunluğun azınlığa baskı yapamaması, azınlığın yasal yollardan ve demokratik düzlemleri kullanarak çoğunluk olabilmesine izin verilmesidir. Batılı demokraside bireyin özgürlüğü korunur ve bireyin özgürlüğü bütünü iktidarına bağımlı olmaktan çıkarılarak bunun için gerekli güvenceleri kabul eder. Demokratik toplum düzeni; hukukun genel ilkelerini, toplumda bireyin amaç olarak ele alındığı ve bu amacı sosyal bir hukuk devletinde kişinin maddi ve tinsel varlığını geliştirmesi için gerekli koşulların hazırlanmasını sağlayan toplum düzeni olarak açıklanabilir. Çağdaş demokrasi

---

<sup>266</sup> Tanör, "Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu" BDS Yayınları, 3. Basım, s. 132.

bireyin özgürlüğünü korur ve bireyin özgürlüğünü iktidara bağımlı olmaktan koruyarak bunun için gerekli güvenceleri kabul eder<sup>267</sup>.

Demokrasi, siyasal erdemi gerektirmektedir. Siyasal erdem yurt sevgisi, yurt çıkarlarının kişisel çıkarların üstünde tutulmasıdır. Bu da sürekli olarak kendinden, bencillikten, tutkularından, hırs ve isteklerden, aç gözlülüğünden fedakârlık etmeyi gerektirir. Siyasal erdem yasalara saygıdır. Yasalara saygının bittiği yerde demokrasinin de devletin varlığından da söz edilemez. Demokrasiyi ayakta tutan tek güç bu siyasal erdemdir. Bununla beraber, yönetimlerin bozulması ilkelerin bozulmasıyla başlamaktadır. Demokrasi eşitlik düşüncesinin kaybolmasıyla bozulur; ama aşırı eşitlik de aynı şekilde demokrasiyi yıkar. Herkesin egemen gücü kullanmak üzere seçtiği kimselerle eşit olmak istemesi, demokrasiyi yıkacaktır; çünkü siyasal erdem bozulacaktır<sup>268</sup>.

Batılı demokrasilerin en önemli özelliklerinden birisi de ifade özgürlüğünün geniş bir biçimde uygulanmasıdır. Bu konuda AİHM oldukça kapsamlı içtihat oluşturmuştur. İchtihatlarında özellikle toplumun geneline uymayan, toplumu rahatsız hatta şok edici görüşlerin de ileri sürülebileceği kabul edilmiştir. Bu husus aşağıda ifade hürriyeti ile ilgili açıklamalarda ayrıntılarıyla incelenecektir.

### **2.1.1.3. Sınırlandırmanın Meşru Bir Amaca Yönelmiş Olması**

Bir temel hakkın ya da özgürlüğün koruma kapsamına giren bir davranış, bireye devlet tarafından yasaklanması ya da kısıtlanması devletin temel hak ve özgürlüğe müdahalesi anlamına gelmektedir. İşte yasalarda yer alıp, bu sınırlamanın hukuka uygunluğunu sağlayan sebepler meşru sebeplerdir. Sınırlamanın meşruluğunu sağlamaya hizmet etmektedirler.

<sup>267</sup> Değer, [http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/62/1/Deger\\_Ozan.pdf](http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/62/1/Deger_Ozan.pdf), (17.06.2008 ) s. 46.

<sup>268</sup> Göze,s.182.

Şiddeti dışlama, kötüye kullanamama, kamu düzenini ihlal etmeme, çatışmayı uzlaştırmaya dönüştürme ve ölçülülük ilkesi hemen her hak ve özgürlük için geçerli sınırlamalardır<sup>269</sup>.

Kamu düzeninin korunması, suçların önlenmesi, milli güvenlik, ülkenin bütünlüğü, ülkenin ekonomik refahı, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçları meşru amaçlar olarak belirlenmiştir. Çalışmamızın asıl konusunu oluşturan kamu düzeni kavramı, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması açısından meşru bir sınırlama nedenidir.

Meşru amaçlar ve bunların yorumu büyük önem taşımaktadır. Söz konusu amaçlar geniş ve belirsiz deyimlerle ifade edildiklerinden bu kavramların somutlaştırılması yargı organları tarafından yapılmaktadır. Amaçların geniş şekilde yorumlanması, sıradan anlamlarının ötesinde kendilerine anlam yüklenmemelidir. Herhangi bir meşru amaç, aslında AİHS 8.,9.,10. ve 11. maddelerin 2. fıkralarında öngörülme-yen bir amacın gerçekleştirilmesine yönelik bir müdahale için bahane olarak kullanılamaz<sup>270</sup>. Aşağıdaki tabloda AİHS 8.9.10.11. maddelerde bu maddelerde yer alan özgürlüklerin sınırlanma sistemleri ve hangi meşru sınırlama nedenleri ile sınırlanabilecekleri gösterilmiştir.

---

<sup>269</sup> Gözlüöl, s. 247.

<sup>270</sup> Sezer, s. 276; AİHS md. 18 “Bu sözleşmenin hükümleri gereğince sözü edilen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ancak öngörülen amaçlar için kullanılabilir.”

|  | <b>AIHS md. 8</b>   | <b>AIHS md. 9</b>                               | <b>AIHS md. 10</b>  | <b>AIHS md. 11</b>                                   |
|--|---|---|---|--|
|  | Özel Hayatın ve Aile Hayatının Gizliliği                    | Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü                | İfade Özgürlüğü   | Dernek Kurma ve Toplantı Özgürlüğü                   |
| <b>kamu yararını ilgilendiren nedenler</b> | "yasaya uygun olarak"                                       | "yasayla düzenlenme"                            | "yasayla düzenlenme"  | "yasayla düzenlenme"                                 |
|  | "demokratik toplumda gereklilik"                            | "demokratik toplumda gereklilik"                | "demokratik toplumda gereklilik"  | "demokratik toplumda gereklilik"                     |
|  | "ulusal güvenliğin korunması"                               |   | "ulusal güvenliğin korunması"   | "ulusal güvenliğin korunması"                        |
|  | "kamu güvenliğinin ve ülkenin ekonomik refahının korunması" | "kamu güvenliğinin korunması"                   | "kamu güvenliğinin korunması"   | "kamu güvenliğinin korunması"                        |
|  | "suç işlenmesinin ve toplumsal kargaşanın önlenmesi"        | "kamu düzeninin korunması"                      | "suç işlenmesinin ve toplumsal kargaşanın önlenmesi"  | "suç işlenmesinin ve toplumsal kargaşanın önlenmesi" |
|  | "genel ahlak ve sağlığın korunması"                         | "genel ahlak ve sağlığın korunması"             | "genel ahlak ve sağlığın korunması"   | "genel ahlak ve sağlığın korunması"                  |
|  |   |   | "Gizli bilgilerin açıklanmasının önlenmesi, yargı gücünün tarafsızlığının ve otoritesinin sağlanması" |  |
| <b>özel yarar</b>                          | "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması"             | "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" | "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması"   | "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması"      |

Bir özgürlüğün sınırlandırılmasında ve kötüye kullanımı karşısında yaptırım uygulanmasında, ilgili özgürlüğün amacına uygun olarak kullanımını sağlamak asıl alınmaktadır. Özgürlüğün kullanımında öne çıkan amaç ne olursa olsun, bireysel

<sup>271</sup> Ömer Anayurt, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Toplanma Dernek ve Sendika Özgürlüğü" [http://www.akader.info/KHUKA/2003\\_mart/Avrupa\\_insan\\_hak.htm](http://www.akader.info/KHUKA/2003_mart/Avrupa_insan_hak.htm) (21.5.2008); Sezer, s. 277, "Sayılan meşru nedenlerin çok kesin sınırları olmamakla birlikte, bu nedenler kamu yararını ve özel yararı ilgilendiren nedenler olarak kabaca ikiye ayrılabilir. İlk gruba "ulusal güvenlik", "kamu emniyeti (güvenliği)", "nizamın muhafazası ve suç işlenmesinin önlenmesi", "sağlığın ve ahlakın korunması" girerken ikinci gruba, "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" girmektedir., Döner, s. 86.

çıkar ile toplum çıkarı arasındaki denge korunmak zorundadır. Özgürlüğün kötüye kullanılması karşısında bu dengeye bağlı kalınarak uygulanacak yaptırımında kamu düzeni ölçüt olarak alınabilir<sup>272</sup>.

Hak ve özgürlüklerin kullanılması alanındaki hukukun genel ilkeleri ile kamu düzeni arasındaki çatışmalarda, hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların, hukukun genel ilkeleri ile uzlaşabilir olması gereği aranmaktadır. Buna göre, kamusal düzenin sağlanması yönündeki amaç ile sınırlama dengesinin korunması gerekmektedir<sup>273</sup>.

#### **2.1.1.4. Sınırlamanın Sınırı**

Sınırlandırmanın sınırı öze dokunma yasağıdır. AİHS’te sınırlandırmanın sınırı olarak hakkın özü kavramından bahsedilmemiştir. Ancak AİHS’nin sistemi gereği hakkın özüne dokunma bir ölçüttür. Almanya, Fransa gibi ülkelerin anayasalarında bulunan hakkın özü kriteri demokratik toplum düzeni gerekleri ile birlikte değerlendirilmiştir<sup>274</sup>.

#### **2.1.2. AİHS’de Olağanüstü Hallerde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması**

Sözleşmenin 15. maddesinde savaş veya milletin varlığını tehlikeye sokan diğer genel tehlike hallerinde taraf devletlerin AİHS’te düzenlenen yükümlülüklerine aykırı tedbirler alabileceği düzenlenmiştir. Savaş hali, olağanüstü hal ve sıkıyönetim hallerinde devletlere sözleşmede tanımlanan hak ve özgürlükleri sınırlandırma yetkisi verilmiştir. Ne var ki, bu hallerde bile sözleşmeye taraf devletler, meşru savaş fiilleri sonucu ortaya çıkan ölüm halleri dışında sert çekirdekli temel haklar ya da dokunulmaz haklar olarak anılan yaşama hakkı, işkence yasağı kölelik ve zorla

---

<sup>272</sup> Yokuş, s. 71. “örneğin, ölçü olarak “ kamu düzeni” alındığında siyasal liberalizm alanındaki özgürlüklerin kötüye kullanımının “ geçici nitelikli kamu düzeni ihlali”ni doğurduğu halde, ekonomik alandaki girişim özgürlüğünün kötüye kullanılmasının “ kalıcı kamu düzeni ihlalleri” ne neden olduğu sonucu görülebilecektir.

<sup>273</sup> Yokuş, ,s. 71.

<sup>274</sup> Erdinç, s. 216.

çalıştırma yasağı ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı sınırlandırma yetkisini taşımamaktadırlar.

Olağanüstü hal kavramı, AİHM içtihatlarında toplumun varlığını tehdit eden genel tehlike olarak nitelendirmiştir<sup>275</sup>. Olağanüstü hal, ülkede yaşayan tüm insanları etkileyen ve toplumun düzenli hayatı için tehdit oluşturan istisnai ve yakın bir tehlikedir<sup>276</sup>. Bu tespitler dikkate alındığında, olağanüstü haller açısından kamu düzeninin olağanüstü hallerde edilgen, olumsuz yönde etkilenen ya da tehlikede bulunan bir kavram olarak anlam kazanmaktadır.

Olağanüstü hal rejimlerinde iki nokta üzerinde durulması önem arz etmektedir. Öncelikle bu rejimin geçici karakterinin unutulmaması gerekmektedir. Öbür husus da olağanüstü durumu karşılamak üzere, yürütme organına tanınan yetkilerin kullanılması hem siyasal yönden hem de yargı yönünden bir denetime tabi tutulmasının gerekliliğidir<sup>277</sup>.

### **2.1.2.1. Savaş Hali, Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim**

Savaş hali ve olağanüstü hal rejimlerinde temel hak ve özgürlükler, olağan dönemlere göre daha büyük ölçüde sınırlandırılabilir ve hatta geçici olarak kısmen veya tamamen durdurulabilir.

AİHS md. 15 ile demokratik toplum yapısına aykırı olmayacak tedbirler ile bireysel hak ve hürriyetlerin korunması amacı arasındaki hassas denge gereği sözleşme, olağanüstü hallerde hak ve hürriyetlerin taraf devletlerce askıya alınabileceği kabul edilmiştir. Yani savaş hali veya diğer olağanüstü hallerde normal zamanlara göre tanınan hak ve hürriyetlere aykırı tedbirlerin alınabilmesi mümkündür. Olağanüstü hallerde AİHS'te öngörülen hak ve hürriyet düzeninin askıya alınabilmesi olasılığı, taraf devletlerin sözleşmede öngörülen hak ve hürriyet

<sup>275</sup> Gözübüyük, Gölcüklü, s. 406, Kaboğlu, s.67, Döner, s. 86.

<sup>276</sup> Döner,s.87; İbing,s. 109.

<sup>277</sup> Kapani, s. 243.

düzeninin askıya alınabilmesi imkanı, taraf devletlerin sözleşmede öngörülen yükümlülüklerine aykırı tedbirler alınabilmesi anlamına gelmektedir.

“AİHS md. 15 genel nitelikte ve genel kapsamlı bir hükümdür. Bu hüküm, normal düzenleme niteliğindeki normal sınırlama tedbirlerinin yetersiz kaldığı hallere çare getirmektedir ve demokratik devletlerin korunması amacına yöneliktir. Burada söz konusu husus, birey menfaati ile genel yararın tartılmasıdır. Devlete, üstün ve önemli kamu görevini yerine getirirken muhtaç olduğu makul yetki, kuvvet ve hareket imkanının sağlanmasıdır<sup>278</sup>. Sözleşmenin 15. maddesi hükmü, devlete geniş yetkiler tanımakta, bireyleri önemli güvencelerden yoksun bırakmaktadır. Bununla beraber, bu hükümle diğer özel sınırlama halleri arasındaki farkı sırf bir dozaj farkı olarak görmemek gerekir. Zira, bu hükmün uygulanmasında da “durumun gerektirdiği ölçüde” ölçütüne bağlı kılınması gerekmektedir.”<sup>279</sup>.

### 2.1.2.2. Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılması veya durdurulması için başvuru aracının, amacı gerçekleştirmeye elverişli, gerekli olması ve araçla amacın ölçülü bir oran içinde bulunması olarak tanımlanmıştır<sup>280</sup>.

Ölçülülük ilkesi aslında bir Yönetim Hukuku ilkesidir<sup>281</sup>. Yönetim Hukuku açısından yargının ölçülülük ilkesi gereğince yaptığı denetim; bir yönetsel kararın neden-sonuç ve amaç unsurları kapsamında olan olguların araştırılması ve yönetimin bu alandaki takdir yetkisinin hukuksal ölçüler içerisinde gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi.

Alman Hukuku'na göre belli bir amaca (veya sonuca) ulaşmak için uygulamaya konan önlem zorunlu olarak deyimden geniş anlamında belirli orantılılığa

<sup>278</sup> Gözlüçöl, s. 249. AİHD Kararı, Branningan ve McBride- Birleşik Krallık Davası, 26.5.1993, Seri A 258-B, par.58-59 ( dipnot 429 );

<sup>279</sup> Gölcüklü, Gözübüyük, s. 405,410.; Gözlüçöl, s. 249.

<sup>280</sup> 10.01.1991 tarihli AYM Kararı 1990/25E; 1991/1 K; AYMKD, sy.27.C.1, s.97

<sup>281</sup> Kaboğlu, s. 115, Yokuş, s. 77.



uygun düşmelidir; yani önlem elverişli ve zorunlu olmalıdır, amaca göre dengeli bir orantı içinde kalmalıdır.

Hak ve özgürlükleri sınırlarken yasa koyucu dayanacağı sınırlama nedenlerinden dilediğini seçmekte serbesttir. Sınırlama nedenleri de genellikle kamu düzeni, kamu yararı gibi geniş kapsamlı kavramlar şeklinde belirtilmektedir. Yasa koyucunun hak ve özgürlükleri sınırlarken, sınırlama nedenleriyle birlikte yasadaki amacın da somutlaştırılması gerekmektedir. Aksi halde belirsizlik nedeni ile amaç-araç ilişkisinin denetlenmesi de güçleşir. Anayasa yargısının gelişmesiyle birlikte anayasa hukukunda da yaygınlık kazanan ölçülülük ilkesi hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını belli ilkelere bağlayarak bir yandan hukuka bağlılığı güçlendirmekte; diğer yandan hukuk devletinin önemli bir unsuru olan “devlete karşı temel hak ve özgürlükleri korumak” düşüncesinin yerleşmesine katkıda bulunmaktadır. Ölçülülük ilkesinin Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nce belirlenen alt ilkelerini oluşturan elverişlilik, gereklilik ve oranlılık ilkelerinden elverişlilik ilkesine göre; hak ve özgürlüğü sınırlamak için kullanılan araç sınırlama aracını sağlamada elverişli olmalıdır. Bu açıdan denetleme, yasal önlemin sınırlama amacına bir katkısının olup olmadığının araştırılmasıdır. Gereklilik ilkesine ilişkin denetimde ise sınırlamada başvuru olan aracın (alınan yasal önlemin) amaca ulaşmada gerekli olması aranır. Gereklilik ilkesi çerçevesinde sınırlamada istenen aracın gerçekleşmesi daha az etkili araçlarla olanaklı ise ya da hak ve özgürlüğü daha az sınırlayan önlemlerle de aynı amaca ulaşabiliyorsa, daha az sınırlayıcı olan önlem tercih edilmelidir. Oranlılık ilkesi bakımından denetimde, amaç ile aracın ölçülü olması değil, alınan önlemin ölçsüz olmaması gerektiği aranmaktadır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, oranlılık ilkesini, alınan önlemin yöneldiği kişiye ölçsüz bir yükümlülük getirmemesi şeklinde açıklamaktadır<sup>282</sup>.

1982 Anayasası ile birlikte Türk Hukuku’nda pozitif bir temele kavuşan ölçülülük ilkesi, Anayasanın yürürlüğe girdiği ilk yıllarda fazla bir kullanım alanı bulmamıştır. Bu ilke AYM’nin 1982 Anayasası döneminde, ölçülülük ilkesini tanımlayan kararları ile daha geniş bir kullanım alanı bulabilmiştir.

---

<sup>282</sup> Özbudun, s. 104.

AYM, “önleyici ve caydırıcı düzenleme gereksinimi ile bulunana çare arasında adaletli ve kabul edilebilir denge; araç ile amaç arasındaki mantıki bağ”<sup>283</sup>; “yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasındaki hakkaniyete uygun denge; amaçla araç arasındaki makul ölçü”<sup>284</sup> ifadeleriyle ölçülülük ilkesi açıklanmaya çalışılmıştır. AYM kararlarında, temel hakların özüne dokunulma yasağı, önceden 1982 Anayasasında açık bir hüküm şeklinde yer almasa da, demokratik toplum düzeni gereği olarak geçerli sayılmıştır. Ölçülülük ilkesinin ise unsurları belirlenmiştir. Nihayet 2001 Anayasa değişiklikleri ile beraber AY. md. 13’te açık bir şekilde yerini bulmuştur<sup>285</sup>.

Özgürlüklerin güvencesi olarak hukukun genel ilkelerinden biri olan ölçülülük ilkesi, AİHM tarafından sıkça kullanılmaktadır. AİHS’nin hiçbir maddesinde ölçülülük ilkesinin bir tanımı yapılmamaktadır. Sadece Sözleşmenin 15. maddesinde “durumun gerektirdiği ölçüde” ifadesiyle bu unsura yer verilmiştir. Hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında hedeflenen amaç ile bu doğrultuda kullanılan araç arasında bir denge bulunması zorunluluğunu içeren ölçülülük ilkesi, genel olarak bir yorum ilkesi olarak kullanılmaktadır. AİHM denetimi çerçevesinde “meşru amaç”, “demokratik toplum” ve gereklilik kavramları bağlantılı kavramlar olarak ortaya çıkmaktadır. Ölçülülük ilkesi açısından yapılan denetimde AİHM, bir hakka getirilen sınırlamanın, öngörülen meşru amaçla oranlı olmasını zorunlu görmektedir. Mahkeme, ölçülülük ilkesini denge kavramı açısından da incelemiştir. Buna göre, terazinin bir tarafına korunmak istenen kamu yararının önem ve ağırlığı, diğer tarafına ise kamu yararını korumak için kişi hak ve özgürlüğüne getirilen sınırlamaların önem ve ağırlığı konulmakta ve bunlar arasında bir denge olup olmadığı aranmaktadır. Denge bulunduğu takdirde sınırlamanın “demokratik bir toplum için gerekli olduğu” sonucuna varmaktadır.

<sup>283</sup> AYM 1986/12 E; 1987/4 K, 11.2.1987 tarihli karar, AYMKD, S. 23, s. 85.

<sup>284</sup> AYM 1986/17E; 1987/11 K, 22.5.1987 tarihli karar, AYMKD, S. 23. s. 222.

<sup>285</sup> Caniklioğlu, s.484.

### **2.1.3. Türk Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi**

#### **2.1.3.1. Türk Hukukunda Olağan Hallerde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması**

1982 Anayasasının 13.maddesi "temel hak ve hürriyetler, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağliğin korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerde öngörülen özel sebeplerle Anayasanın özüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir" Bu madde ile Anayasa genel bir sınırlama sistemi getirmiştir. Bazı yazarlar bu sınırlama sisteminin niteliği gereği, Anayasa 25. maddedeki "düşünce ve kanaat hürriyetine" uygulanamayacağı görüşündedirler. Anayasa bu madde ile 1961 Anayasasında tartışma konusu olan 11. maddeye karşılık olarak ve tartışmaya son vermek gayesi ile konmuştur. 1961 Anayasasının 11.maddesi "kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın özüne dokunulamayacağı" hususunu düzenlemiştir. Bu dönemde bunun bir sınırlama maddesi mi yoksa, bu hallerde bile bu haklara dokunulamayacağını belirten bir teminat maddesi mi olduğu tartışılmıştır. 1982 Anayasası bu tartışmalara son vermiş ve bu sınırlama hükmünün bütün maddelere şamil olduğunu açıkça belirtmiştir. Bu maddedeki sebeplerin ilgili maddede belirtilmese bile 13. Maddedeki sebeplerle sınırlandırılacağı tespit edilmiştir. Bu madde ile artık sınırlanmayacak hak ve özgürlük yok gibidir, sınırlama nedenleri çok geniş kavram sayısı fazla ifade olarak belirsiz ve geneldir. Bu durum keyfiliği arttırdığı gibi yargısal denetimi de zorlaştırmaktadır.

Genel sınırlama nedenlerinin yanında Anayasa, bizzat hakkın tarifini yaparak o hakkı sınırlarını gösterdiği gibi o hakkı düzenlendiği maddelerde o hakkın nasıl kullanılacağını ve kullanılmasının sınırlandırılmasını da göstermiştir. Bu Anayasanın en temel özelliği de hakların doğrudan Anayasa tarafından geniş ölçüde kısıtlanmasıdır. Hakların norm alanını doğrudan daraltama anlamına gelen bu tür

sınırlamaları hakların asli içeriğine anayasal müdahale olarak nitelendirme mümkündür. Bu sınırlandırmaların büyük çoğunluğu kolektif özgürlüklere ilişkindir. Anayasa, sınırlamaları kanuna bırakmaktansa kendi sınırlarını koyarak detaylı ve kazuistik bir düzenlemeyi tercih etmiştir.

1961 Anayasası 11/3 maddesine göre haklar "insan hak ve hürriyetleri devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü ve nitelikleri anayasada yazılı cumhuriyeti ortadan kaldırmak amacı ile kullanılamaz" demek suretiyle bir sınırlama sebebi oluşturmuştur. Esasen çağdaş demokrasilerde bu tür düzenlemeler mevcuttur. Bu sınırlamalar, eşyanın tabiatı gereğidir. 1982 Anayasası da bu hükme paralel ve biraz daha kapsamlı bir hüküm getirmiştir. AY. md.14'te " *Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetlerin hiçbirisi devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü bozmak Türk devletinin ve cumhuriyetinin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini sağlamak veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, din ırk, mezhep ayrımı yaratmak veya sair bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzeni kurmak amacı ile kullanılamaz.*" demek suretiyle bir sınırlama maddesi getirmiştir. Bu maddeden hariç olarak bazı hakları düzenleyen özel maddelerde de yine özel kötüye kullanma yasakları getirilmiştir. Örneğin:

-Siyasi partiler AY. md. 68/4'te sayılan eylemlerin<sup>286</sup> odağı haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince saptanması halinde kapatılabilirler. (AY. md.69)

-Kimse dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz. (AY. md.24/5)

-Grev hakkı ve lokavt iyi niyet kurullarına aykırı tarzda ,toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek tarzda kullanılamaz.(AY. md.54/2)

"AY. md. 14'te yer alan deyimler bozmak, tehlikeye düşürmek, yok etmek, sağlamak ve kurmak gibi eylem ifade eden deyimlerdir. Dolayısıyla temel hak ve

---

<sup>286</sup> *Siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez.*

hürriyetler ancak bu maddedeki amaçları gerçekleştirmek için kullanıldıkları zaman, diğer bir anlatımla hürriyetin kullanılması ile maddede yer alan eylemler arasında açık ve yakın bir nedensellik bağı bulunduğu takdirde hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması sayılmalıdır"<sup>287</sup>.

Örneğin, bu konuda Anayasa mahkemesi ise "Düşünce ve kanaat hürriyetinin kapsamı, içinde Anayasanın dayandığı insan hakları, milli dayanışma, sosyal adalet, fert ve toplum huzuru gibi temel ilkeleri yıkmaya yok etmeye varacak düşünce ve kanaatlerin açıklanması ve yayınlanması serbestisinde bulunduğunu kabule imkan yoktur" diyip düşünce ve kanaat hürriyetinin sınırlamasını yaparak kendine özgü bir kötüye kullanma biçimi tespit etmiştir<sup>288</sup>.

Yani ilgili hürriyet nesnel sınırlar içinde mevcuttur. AY. md. 14 bakımından hürriyetlerin kullanılması ile bu maddedeki eylemler arasında açık ve yakın bir illiyet bağı bulunduğu takdirde haklar kötüye kullanılmış sayılmalıdır.

Temel hakların özü kavramı, Hukuk literatürümüze ilk kez 1961 Anayasası ile girmiştir. 1982 Anayasası ile de uyum yasaları ile yapılan değişikliklerle düzenlenmiş bulunmaktadır. Öz güvencesi içeriği bakımından temel hakkın öznesine asgari bir dokunulmaz ve çekirdek alan bırakılmaktadır. Bu kavram her temel hakta bir öz, bir cevher bulunduğunu varsayar. Bir hakkın özüne dokunulmaz demek, onu belli bir içerikte saymak demektir. Her temel hak, kendi norm alanında aynı yoğunlukta korunmamıştır. Bir hakkında ya da özgürlüğün kullanılmasını açıkça yasaklayıcı ya da örtülü bir biçimde kullanılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici etkisini ortadan kaldırıcı hükümler o hak ve özgürlüğün özüne dokunmaktadır. Anayasa Mahkemesi bir kararında bir hak ve özgürlüğün amacına uygun biçimde kullanılmasını zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tabii tutulması durumunda, o hak ve özgürlüğün özüne dokunulmuş olduğu yönünde karar almıştır<sup>289</sup>. 1961 Anayasası döneminde öz kavramı Anayasa Mahkemesince açıklanmış, bu konuda önemli içtihat geliştirmiştir.

---

<sup>287</sup> Özbudun, s.110.

<sup>288</sup> AYM, 1963/ 25E; 1963/87 K; 8.4.1963 tarihli kararı, AYMKD, Sayı 1; s. 227.

<sup>289</sup> AYMKD, 1964/ 228.

1982 Anayasası ise temel hakların korunması düzenlemesinde öz kavramını terk etmiş, bunun yerine Demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünü getirmiştir. Ancak son değişiklikle anayasanın ruhu kavramını getirerek öz kavramını bir ölçüde tanımış bulunmaktadır. Çağdaş demokrasilerde, bir hak ve özgürlüğün özüne dokunma, özünü ortadan kaldırma kabul edilemez. Bu nedenle, "demokratik toplum düzeni gerekleri" kavramı içinde "öze dokunma yasağı" ölçütü de bulunmaktadır. Aslında bu iki ölçüt, tek bir ölçütün iki ayrı görünüşüdür. Anayasa Mahkemesi bazı kararlarda sınırlamalarda temel hak ve özgürlüklerine dokunulamayacağını belirtmiştir. AYM'nin 26.11.1986 günlü, E. 1985/8, K.1986/27 sayılı 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 kullanılmaz duruma getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindedir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilir. Özgürlükler, ancak istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırılmamasıdır" denilerek "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ölçütü yanında "öz güvencesi" ne de yer verilmiştir.

### **2.1.3.2. Türk Hukukunda Olağanüstü Hallerde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması**

Anayasamıza göre de "olağanüstü hal" ve "sıkıyönetim" olmak üzere iki çeşit olağanüstü hal rejimi vardır. Anayasanın 15'inci maddesine göre, "savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde... temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için *Anayasada öngörülen güvencelere aykırı önlemler alınabilir*. "Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya

olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile ölüm cezalarının infazı dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz”. Görüldüğü gibi, Anayasanın 15’inci maddesine göre, bazı şartlar altında “savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen *durdurulabilir*”. Burada 15’inci maddede öngörülen şartları görmeden önce “sınırlama” ve “durdurma” kavramları üzerinde durmak gerekir.

Temel hak ve özgürlükler konusunda durdurma, sınırlamayı aşan bir kavramdır. “Sınırlama” halinde, sınırlamadan sonra da genellikle, temel hak ve hürriyet tamamıyla ortadan kalkmamakta, temel hak ve hürriyetin bazı kullanım olanakları yine de devam etmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin durdurulmasında ise durdurulan hak ve özgürlükten artık yararlanılamamaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin durdurulması AY. md.15’e düzenlenmiştir. Buna göre; “Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.”

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile, ölüm cezalarının infazı dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar

kimse suçlu sayılamaz. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere 15. maddenin uygulanması için dört koşul bulunmaktadır.

Bunlar:

- Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerden birinin varlığı,
- Uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlâl edilmemesi,
- Ölçülülük ilkesine uygun davranılması ve
- AY. md. 15/2 de sayılan hak ve ilkelerden oluşan çekirdek alana dokunulmaması olarak sayılmıştır.

AY. md. 15/2'ye göre, “savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde... temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen ve tamamen durdurulabilir. Ancak bunun için çekirdek haklara dokunulmaması ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlâl edilmemesi gereklidir. Uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin içine öncelikle uluslararası hukukun genel ilkeleri, sonra da devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğan yükümlülükler girmektedir. 15. maddenin uygulanması için diğer bir koşul da ölçülülük ilkesidir. Yani haklar kısıtlanırken, olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlükler ancak “durumun gerektirdiği ölçüde” sınırlandırılabilir. Bir sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olabilmesi için; başvuru araç, sınırlama amacını gerçekleştirmeye *elverişli* olmalıdır; yine aynı araç, sınırlama amacı açısından *gerekli* (zorunlu) olmalıdır; araç ve amaç ölçüsüz bir *oran* içinde bulunmamalıdır”<sup>290</sup>. Ölçülülük ilkesi sınırlandırmada başvuru aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye *elverişli* olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından *gerekli* olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir *oran* içinde bulunmamasını ifade eder<sup>291</sup>. Anayasamızda hukuk devleti ilkesi ve adalet düşüncesinin doğal bir uzantısı olarak ölçülülük ilkesi yer almıştır. Ölçülülük ilkesi üç alt ilkeye ayrılmaktadır. Bunlar *elverişlilik*, *gereklilik* ve *oranlılık* ilkeleridir.

Elverişlilik ilkesi, sınırlamayı oluşturan yasal önlemin, sınırlamanın amacı açısından elverişli sayılabilmesi için bu önlemin istenilen amaca ulaşmaya bir katkı getirmesi gerektiğini içermektedir. Yani sınırlamanın, sınırlama ile elde edilmek istenen amaca ulaşmaya elverişli olması gerekmektedir. Ancak bu elverişlilik amaca

<sup>290</sup> Değer, [http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/62/1/Deger\\_Ozan.pdf](http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/62/1/Deger_Ozan.pdf) , (17.06.2008 )

<sup>291</sup> Özbudun, s.81



ulaşmaya kesinlik değil, kısmen gerçekleşmesinde yeterli olmasını gerektirir. Amacı gerçekleştirmeye hiç elverişli olmayan, amaca bir katkı sağlamayan sınırlamalar elverişlilik ilkesine aykırı olur.

Gereklilik ilkesinde ise, amaç ile araç arasındaki ilişkinin niceliği önemlidir. Bu ilkeye göre sınırlamada başvuru olan araç, sınırlama amacının gerçekleştirmek bakımından gerekli olmalıdır. Bu ilke, sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için ilgili temel hak açısından en yumuşak aracın seçilmesi gereğini belirtmektedir. Eğer amaca ulaşacak nitelikte birden çok araç varsa, bunlardan temel hak ve özgürlüğü en az sınırlayan önlem kullanılmalıdır. Hangi önlemin temel hak ve özgürlüğü daha az sınırladığı her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmektedir<sup>292</sup>.

Oranlilik ilkesine ise, sınırlama amacı ile araç arasındaki ilişkiye bakılmaktadır. Bu ilkeye göre amaç ile araç arasında, belirli ve makul bir oran bulunmalıdır. Amaç ile araç arasında birbirine karşı ölçsüz bir oran olmamalıdır. Gereklilik ilkesinde bir amaç ile, bir ya da birden çok araç arasındaki bir ilişki söz konusu iken, oranlilik ilkesinde, amaç ile araç ikilisinin karşılıklı niteliksel ilişkisi söz konusudur.

Anayasa'mızın 15. maddesine göre, 1982 Anayasası savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde dahi milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlâlini engellemektedir. Olağanüstü durumlar dışında kalan normal dönemlerde ve hakların kullanımının durdurulmasından daha hafif bir etkiye sahip hakların sınırlandırılması söz konusu olduğunda ise, milletlerarası yükümlülüklerin ihlâl edilmesinin evleviyetle mümkün olmadığı açıktır. Uluslararası yükümlülükler içine nelerin girdiği Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenmiştir. Buna göre, "milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler içine öncelikle milletlerarası hukukun genel ilkeleri, sonra da Devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğan yükümlülükler girer"<sup>293</sup>. Kısaca, Türk hukuk sisteminde temel hak ve özgürlükler bakımından milletlerarası yükümlülüklerin ihlâl edilemeyeceği bizzat Anayasa tarafından öngörülmüştür. Dolayısıyla 1982 Anayasasının 90. maddesini 15. madde ile birlikte

<sup>292</sup> Değer, [http://ihm.politics.ankara.edu.tr/Calisma\\_Metinleri/Ozan\\_Deger%2062sbf44.pdf](http://ihm.politics.ankara.edu.tr/Calisma_Metinleri/Ozan_Deger%2062sbf44.pdf).

<sup>293</sup> AYM, 1991/1E sayılı kararı,AYMKD, Sayı.27, C.1, ss.65,96-98.

ele almak gerekir. Anayasanın 15. maddesi 90. madde karşısında özel bir hüküm içermektedir.

Anayasanın 15. maddesi ile 90. maddesi arasında lex specialis derogat legi generali, yani özel normun genel normun yerini alması ve tek başına uygulanması genel ilkesi geçerlidir. Bu açıdan bakıldığında, Türk hukuk sisteminde antlaşmaların genel statüsü, kanunlar ile eşit olmakla birlikte, 15. maddenin kapsamına giren uluslararası antlaşmalar açıkça kanun üstü bir statüye sahiptir. Hukuk sistemimizde kanun üstü düzenleme ise Anayasa'dır. Bu hiyerarşik yapı karşısında 15. maddede zikredilen milletlerarası yükümlülükleri öngören uluslararası antlaşmaların da anayasal norm niteliğinde olduğu sonucuna varılabileceği gibi en azından iç hukuk hükümlerinden önce uygulanması zorunluluğunu doğurduğu açıktır<sup>294</sup>.

## **2.2. AİHS'TE YER ALAN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASINDA KAMU DÜZENİ VE AİHM'İN KAMU DÜZENİNE BAKIŞI**

AİHS'te tüm haklar için olmamakla beraber genel bir sınırlama hükmüne yer verilmiş olmakla beraber; sınırlanabilen haklar, spesifik olarak o hakkı düzenleyen madde içerisinde, kendi ölçüt, koşul ve tekniklerine uygun olarak sınırlandırılabilir. Dolayısıyla sınırlandırılabilen hakları düzenleyen maddelerde, önce o hak tanınır ya da tanımlanır. Maddenin izleyen bentleri ya da fıkralarında ise sınırlamaya ilişkin hüküm yer alır.

Sınırlandırılabilen hakların hepsi, aynı kapsamda yahut aynı sınırlama ölçütleriyle sınırlandırılmazlar. Genellikle sınırlandırmanın teknikleri ve koşulları açısından ortak öğeler görülmekle birlikte sınırlandırmanın ölçütleri bakımından görünüm öyle değildir. Bunun sebebi de her bir hakkın özel olması; spesifik bir durumu, imkanı, konuyu düzenlemesidir. Dolayısıyla her bir hakkın mahiyeti,

---

<sup>294</sup> Haşim Kılıç, Fazilet Partisi Kapatma Davası Karşı Oy Yazısı, [http://www.belgenet.com/dava/fpdava\\_g24.html](http://www.belgenet.com/dava/fpdava_g24.html) ( 17.06.2008 )

niteliği onun olup olmamasını belirlediği gibi; eğer sınırlandırılabilir türden ise yine mahiyetine uygun olan sınırlama ölçütünü zorunlu kılar<sup>295</sup>.

Çalışmamız açısından önem arz eden haller AİHS 8, 9,10 ve 11. maddelerde düzenlenen özel hayatın gizliliği, aile hayatının ve konut dokunulmazlığının korunması; düşünce vicdan din ve inanç özgürlüğü, ifade hürriyeti ile örgütlenme ve toplantı özgürlüğüdür. Adil yargılanma hakkı her ne kadar öğretilerde sınırlanamayan hak ve özgürlükler grubuna dahil edilse de; mahkemelerin niteliği, yargılamanın kamusalılığı nedeniyle, genel ahlak ve kamu düzeni sebepleriyle sınırlandırılabilir.

### **2.2.1. Adil Yargılanma Hakkının Sınırlandırılmasında Kamu Düzeni (AİHS Md. 6)**

Adil yargılanma hakkı AİHS md. 6’da düzenlenmiştir. AİHS md. 6/1’ de herkesin, gerek medeni hak ve hükümlülükleri ile ilgili davalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasa ile kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içerisinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahip olduğu belirtilmiş, hükmün açık oturumda açıklanacağı düzenlenmiştir. Adil yargılanmayı güvence altına alan bu düzenleme, hiçbir şekilde sınırlanamaz. Bir hukuk devletinde bir kimsenin bu hakkından mahrum bırakılması düşünülemez.

Adil yargılanma hakkı, silahların eşitliği, kararların gerekçeli olması, yargılama dilinin anlama ve çevirmen hakkı, sanığın duruşmada şahsen hazır bulunma hakkı, yargıcın savunma makamına dürüst davranması ve onu hataya düşürmemesi yükümlülüklerini ihtiva etmektedir.

AİHS md. 6’da adil yargılanma hakkı genel olarak sınırlandırılmayan sert bir temel hak olarak düzenlenmiş olmakla beraber, yargılamanın aleniliği hakkı açısından sınırlanabilme mümkündür. Adil yargılamanın sağlanmasına hizmet eden,

---

<sup>295</sup> Gemalmaz, ss. 1088, 1089.

açık yargılama ve duruşmaların aleniliği ilkesi, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmaların davanın tamamı süresince veya kısmen sınırlandırılabilir. Bu durum AİHS md. 6/1 c. 2’de yer almaktadır. Bu nedenler, aynı zamanda, duruşmaların kapalı olarak yürütülmesinin zorunlu olduğu haller olarak da nitelendirilmektedir<sup>296</sup>.

Aleni duruşma hakkı, duruşmanın, kural olarak, tarafların bu anlamda özel bir talebi olmaksızın, sözlü ve alenen icra edilmesi anlamına gelir. Mahkeme veya yargı mercii, diğer hususların yanı sıra, toplumun ilgili fertlerini, makul sınırlar içerisinde, mevcut aleni duruşmanın zamanı ve yeri hakkında bilgilendirmek ve katılım için yeterli imkanlar sağlamak zorundadır<sup>297</sup>.

Alenilik ilkesi davanın sözlü duruşma ve kararın açıklanması kısımlarını kapsamaktadır. Bu süreç, duruşmaların aleni oluşundan, kararların yayınlanmasına kadar uzanan, yalnızca taraflar ve ilgililer açısından değil herkes açısından duruşmaya dinleyici olarak katılmayı güvence altına almaktadır.

Aleni yargılanma hakkı vazgeçilebilir bir haktır. Bunun için vazgeçmenin açık olması ve kamu yararına aykırı olmaması gerekmektedir. AİHM, *Hakansson und Stureson/İsveç* başvurusunda, iç hukukta sözlü yargılama talep üzerine vuku buluyor ise İnsan Hakları Mahkemesi böyle bir talepte bulunulmasını, geçerli bir vazgeçme olarak kabul ettiğini vurgulamıştır<sup>298</sup>.

AİHS md. 6/1-2’de aleniliğin kaldırılmasını meşru kılan sebeplere yer vermiştir. Bunlar kamu düzeni ahlak ve ulusal güvenlik nedenleridir. Bu nedenlerin

---

<sup>296</sup> Ladewig, s.89 “Bu hallerin dışında da aleniyeti sınırlandırmayı gerektirecek nedenler olabilir; örneğin şahitlerin güvenliğini veya özel hayatlarını korumak veya serbest bilgiye fikir alışverişini desteklemek ve korumak amacıyla da duruşmaların aleniyeti sınırlandırılabilir.”

<sup>297</sup> İnsan Hakları Avukatlar Komitesi

<sup>298</sup> Ladewig,s. 89. 1992, 5 Nr. 66 21.02.1990 tarihli karar.

uygulanabilirliği açısından da, önlemin ölçülülüğü, yargılamanın aleniyetini sınırlamada ön koşuldur. Sınırlama nedeni olarak sayılan ahlak, kamu düzeni, kamu yararı kavramları yargılamanın aleniliğine özgü anlamlara sahiptir<sup>299</sup>.

Kamu, “demokratik bir toplumdaki ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik veya tarafların özel yaşamlarının menfaatinin gerektirmesi” sebepleriyle dışarıda bırakılabilir. Kamu, “mahkemenin görüşüne göre, aleniliğin adaletin gereklerine zarar vereceği özel koşullarda kesinlikle zorunlu olan ölçüde” de dışarıda bırakılabilir. Kamunun dışarıda tutulmasına ilişkin ahlaki sebepler, genellikle cinsel suçlarla ilgili davalarda ileri sürülür. “Kamu düzeni” terimi, bu özel durumda, her şeyden önce mahkeme salonu içindeki düzenle ilişkili yorumlanmıştır, zira ulusal güvenlik sebepleri askeri sırları korumak için ileri sürülebilir. Son iki durumda, yine de, uygulanan sınırlama, yargılamaları kapayan kararlarda keyfiliği önlemeye çalışan bir nitelik olarak, demokratik bir toplumda gözlemlenen ilkelere uymalıdır. Tarafların özel yaşamları, aile, velayet ve vesayet gibi aleni yargılamada, zarar görebilecek diğer ilişkiler anlamında yorumlanmaktadır. Son olarak, kamu, adaletin gerekleri içerisinde, fakat sadece özel koşullarda ve mahkemenin görüşüne göre kesinlikle zorunlu olan ölçüde yargılama dışında bırakılabilir. Yargılamanın seyircileri tarafından gerçekleştirilen duygusal çıkışlar bu hükmün uygulanabileceği ana ilişkin bir örnek olarak gösterilmektedir<sup>300</sup>.

Ahlaki yarar, aleniliği kaldırma nedenlerinin başında yer almaktaysa da pratik açıdan en az öneme sahiptir. Bu yönde bir tehlike hem davanın konusundan, hem de açıklamanın yönteminden kaynaklanabilir<sup>301</sup>. Bu nedenin ana uygulama biçimi, küçüklerin özellikle şiddet içerikli ya da ahlaka aykırı suçlarda dava sürecine katılmalarının engellenmesidir<sup>302</sup>. Bunun dışında yine kamunun belirli kanıtların sunulmasında istisnai olarak davaya katılımının engellenmesi düşünülebilir. Halkın hiçbir kesiminin dava sürecine doğrudan maruz kalmak zorunda olmadıkları ve yalnızca ihtiyari katılımı davanın gidişatına tanık olabilmeleri sağlanmalıdır<sup>303</sup>.

---

<sup>299</sup> Grabenwarter, s. 223. çev.

<sup>300</sup> İnsan Hakları Avukatlar Komisyonu

<sup>301</sup> Grabenwarter, s. 223. çev.

<sup>302</sup> Dinç, s. 114.

<sup>303</sup> Grabenwarter, s. 223. çev.

Yargılamaya bizzat iştirak etmek hakkı AİHS, md. 6'da açıkça zikredilen bir hak değildir; fakat maddenin genel anlamından bir hak olarak çıkartılabilmektedir. Tüm yargılamalarda bizzat katılmadan vazgeçme mümkündür. Fakat bu durumun açık olması gerekmektedir<sup>304</sup>. Medeni yargılamada, bizzat katılma md. 6/1'e göre sağlanmaktadır. Bununla birlikte bu hak, somut olayda karar vermek için davacının kişisel etkisi önem taşıyorsa adil yargılanma hakkından çıkarılabilir. Ceza yargılamasında da kural olarak sanık, ilk derece yargılamasına bizzat katılmalıdır. Hatta sanığın yurtdışındaki ikametgahı hakkında araştırma yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bununla birlikte hazır bulunmama hakkı, mutlak olarak güvenceli değildir. Eğer sanığın bulunması mümkün değilse ceza yargılamasındaki kamu yararı ile karşılaştırılmalıdır. Sanığın yokluğuna rağmen bir duruşmanın yapılması, sözgelimi delil araçlarının ortadan kaldırılmasını engellemek için zorunlu olabilir. Şayet sanığın uzun süre hazır bulunmaması bizzat kendi kusurundan kaynaklanıyorsa o zaman da sanığın yokluğunda yapılması hukuka uygundur. Kanun yolu yargılamasında da resmi makamların hazır bulunma yükümlülüğü bakımından geniş takdir yetkisine sahiptirler. Örneğin eğer yeniden fiilin saiki ve icrası hakkında karar verilecekse , bizzat hazır bulunma ikinci derecede gerekmektedir<sup>305</sup>.

Yargılamanın aleniliği, gizli yargılamalardan korumak, mahkeme kararlarında güveni sağlamak ve adil bir yargılamayı güvence altına almaktadır. Yargılamanın aleniliği prensibinin ihlali, hukuksal veya fiili dışlanma durumunda söz konusu olabilir. Duruşmanın zamanı ve yeri hususunda bilgilere ulaşılabiliriyorsa ve duruşma yeri herkes için kolayca ulaşılabilir bir yerde ise, yargılamanın aleniliği garanti altına alınmış demektir<sup>306</sup>.

Küçüklerin korunması, davaya taraf olanların özel yaşamlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin gerçekleşmesine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde,

---

<sup>304</sup> Peters, s. 122.

<sup>305</sup> Peters, ss. 122 – 123.

<sup>306</sup> Ladewig, s. 87. "Yeteri büyüklükte bir duruşma salonu, dileyen / ilgilenen herkesin girebileceği büyüklükte bir yerdir ve böylece yeterlidir."

duruşmaların dava süresince tamamen veya kısmen halka kapalı olarak yürütülmesi mümkündür<sup>307</sup>.

Ulusal güvenlik, aleniliği kaldırmak açısından engellenebilecek her türlü güvenlik riskini kapsamamaktadır. Burada anlaşılması gereken güvenlik, devletin tümüne yönelik yararlıdır. Örneğin bir davada istihbarat elemanlarının tanıklıklarıyla kamuoyuna yansıyacak devlet sırlarının ya da silahlı kuvvetlerin tedarik sürecine yönelik askeri sırların korunması düşünülebilir. Bu tür bir açıklamanın yapılmış olduğu gerçeği başlı başına aleniliği kaldırmayı meşru kılmamaktadır. Dava taraflarının özellikle davalının tehlikeliliği ya da duruşma salonunun kamuya açıklığından doğabilecek ve endişe duyulmasını gerektirecek güvenlik riskleri, her zaman ulusal güvenlik yararının geçerli olabileceği düzeye ulaşmaz Böyle bir yarar istisnai olarak bir teröriste yönelik ceza davasında söz konusu olabilir. Bu durumda da ölçülülük ilkesi gereği en azından medya temsilcilerinin katılımına izin verilmesinin düşünülebilmesi gerekir<sup>308</sup>. Tipik olarak kamu düzeni nedeniyle yargılamanın aleniliğinin sınırlandırılması, bir ceza yargılamasında davalının kişiliğinden kaynaklanan bir tehlikenin varlığıdır. Kaldırmayla, kaçma riski ya da göz altında tutulan davalının dış dünya ile bağlantısını engelleme amaçlanmış olabilir. Ancak bu tehlikeler aleniliği kaldırmayı her zaman meşru kılmaz. Bu tehlikeler, çeşitli güvenlik önlemlerinin alınmasıyla da ortadan kaldırılabilir.

Kamu düzeni kavramı da yargılamanın aleniliği bakımından diğer temel haklarda olduğundan farklı bir anlam taşımaktadır.

Duruşmaların aleniliği, halka açık yapılması, duruşmanın herkese açık olmasını ve kararın da açık duruşmada verilmesi anlamına gelmekte, önce tarafların

---

<sup>307</sup> Dinç, s. 108. İnsan Hakları Avukatlar Komisyonu..... “Küçüklerin menfaatlerinin aksini gerektirmesi veya çocukların velayetine ilişkin evlilik uyumsuzluklarına ilişkin davalar dışında , hükümler, “aleni verilecektir”. Aleniliğe ilişkin olası istisnalar, bu şekilde çok dar ve kesin bir biçimde belirtilmiştir. İster mahkemede tefhim edilmiş olsun, isterse yayınlanmış veya bu metotların birleşimi yoluyla aleni hale getirilmiş olsun, bir hükmün aleni hale getirilmesinde dikkate alınır. Her halükarda bunun herkesçe ulaşılabilir olması belirleyici faktördür. Karar, sanığın temyize başvurmasına imkan verecek yeterli gerekçeleri içermeli ve duruşmanın makul bir anında tebliğ edilmelidir.” Vesile Sonay Evik, “ Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı” .Prof. Dr. Nurullah Kunte’e Armağan, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Seçkin, 2004.

<sup>308</sup> Grabenwarter, s. 224.

ve üçüncü şahısların, sonra kamunun duruşmaya kabulü ile duruşmaların yorumlanması yani, iletişim araçlarıyla duruşma hakkında yorum yapıp kamuyu bilgi sahibi yapmak olarak tanımlanmaktadır<sup>309</sup>. Bu bakımdan alenilik, kararın bildirimini de kapsamaktadır. Ahlakın, kamu düzeninin veya ulusal güvenliğin çıkarları gerektirdiğinde, fakat sadece demokratik bir toplumda, çocukların çıkarları gerektirdiğinde veya tarafların özel hayatlarını korumak gerektiğinde, adaletin çıkarları gerektirdiğinde fakat sadece mahkemenin, özel durumlarda çok gerekli olduğu görüşünde olduğu hallerde özel olarak, alenilik ilkesi, söz konusu meselenin belirlenmesinde etkili olan her hukuk işleminin tüm süreçlerinde geçerlidir<sup>310</sup>. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin temyiz talebini, dayanaksız gördüğünden ve ayrıca yargılamaya katılanlar daha önce dinlendiğinden, sözlü duruşma yapmaksızın oybirliği ile reddetmesi üzerine yapılan *Axen/Almanya* başvurusunda AİHM, bu açıdan 6. maddeyi esnek uygulamış ve kararın tefhimini değil, tebliğ edilmesini, hatta mahkeme kaleminde kararı görme imkanına sahip olunmasını veya talep üzerine bir kopyasının alınmasının mümkün olmasını yeterli görmüştür. AİHM, ilk derece yargılamada mahkemelerin kararlarını açık oturumda okumaları nedeniyle, mahkeme kaleminde açıklığın sağlanması koşuluyla, üst mahkemede okunmasına gerek bulunmadığını belirtmiştir<sup>311</sup>.

Adil yargılama hakkında belirtilen mahkeme tarafsız bir mahkemedir. Tarafsız kavramı objektif ve sübjektif olmak üzere iki açıdan ele alınmaktadır. Sübjektif tarafsızlık mahkeme üyesi yargıcın kişisel tarafsızlığı; objektif tarafsızlık ise kurum olarak mahkemenin tarafsız bir görünüme sahip olması yani tarafsızlığı sağlamak için alınmış bulunan önlemlerin bu kurumun tarafsızlığı konusunda makul her türlü şüpheyi ortadan kaldırır nitelikte olmasıdır.

Açık yargılama hem ceza hem de hukuk davalarını kapsayan alenilik yargılama sürecinde yargılamanın açık olması, yargılamanın yüz yüze yapılması,

---

<sup>309</sup> Evik, s.298.

<sup>310</sup> Martin Kuijer, **Netherlands Institute of Human Rights (Hollanda İnsan Hakları Enstitüsü)** *Le Compte, Van Leuven ve De Meyere v. Belçika* 1981: tüm tarafların duruşmayı kameraya kaydetmeye izin vermeleri yeterli değildir. Dinç, s. 108.

<sup>311</sup> 1985, 225, 08.12.1983 tarihli karar. Ladewig, s. 90; Dinç, s.114.



kararın açık duruşmada okunması ve de verilen kararın gerekçeli olması gerekmektedir<sup>312</sup>.

Yargılamanın aleniliği, duruşmanın herkese açık olması ve hükmün de açık duruşmada verilemesidir. Diğer bir deyişle isteyen hazır bulunması ve yapılanmaları görmesi kadar, söylenenleri işitmesi ve gösterilenleri görmesidir. Bu açıklık, kontrolü sağlayarak insanları gizli yargılamalara karşı koruduğu, adil yargılanmayı gerçekleştirdiği, mahkemelere güveni sağladığı için demokratik rejimlerin vazgeçilmez ilkelerindedir. Böylece, yargılamada saydamlık, diğer bir deyişle adalet dağıtmada, adli mekanizmanın işleyişinde kamu denetimi sağlanmış, keyfiliğe müsait gizli yargılama önlenmiş olmaktadır. Anayasamız, “mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır” demekle, açıklığı duruşma bakımından kabul etmiştir; ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde (ulusal güvenliğin, küçüklerin veya özel yaşamın korunması gibi bazı özel nedenlerle) duruşmalarının tamamının veya bir kısmının kapalı yapılmasına karar verilmesine olanak tanınmıştır. Bu şekilde duruşma kamunun ve basın yokluğunda yapılabilecektir. Ancak duruşmada bulunması zorunlu unsurlar, bu kapsama girmeyecektir. AİHM kararlarına göre önemli olan husus, açık duruşma yoluyla ulaşılmak istenen amacın gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Bu ilke her ne kadar yargılamanın her derecesi için geçerli ise de önemli olan, davanın esasını karara bağlayan ilk derece mahkemesinin aleni yargılama yapmasıdır. İlk derece yargılamasından sonraki kanun yollarında söz konusu alenilik kuralı daha yumuşak uygulanabilmektedir<sup>313</sup>.

İlk derece mahkemelerinde kural olarak ancak katılımcıların onayı ile sarfınazar edilebilir. İlk derece mahkemesindeki yargılama kamuya açık ve sözlü değilse, bu eksikliğin daha yüksek bir mahkeme tarafından düzeltilebilmesi için sıkı şartlar belirlenmelidir. Burada delillerin ikamesi de dahil olmak üzere tam bir tekrarın yapılması gerekmektedir. AİHM, ceza yargılaması için açıklık ilkesine önem vermekte, delillerin kural olarak şüphelinin sözlü yargılama sırasında hazır

---

<sup>312</sup> Dinç, ss. 108-113.

<sup>313</sup> Evik, s. 298.

bulundurulacak ileri sürülmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu durumun diğer yargılamalar açısından da geçerli olması gerekmektedir<sup>314</sup>.

Yargılamanın açıklığı, yargılananlar için olduğu kadar toplumun esenliği yönünden de önemli bir güvencedir. Bu ilke, davanın taraflarını, kamu denetiminin bulunmadığı gizli adalet dağıtımına karşı korumaktadır. Bu ilke vasıtasıyla mahkemelere olan güveni sağlamaktadır<sup>315</sup>.

AIHM'in süreklilik arz eden içtihatlarına göre duruşmadan feragati haklı kılacak istisnai durumlar olmadığı sürece ilk ve üst derecede mahkemedeki yargılamada AIHS md. 6/1'deki açık yargılanma hakkı yüz yüze yargılanma hakkının da tanınmasını gerektirmektedir<sup>316</sup>.

### **2.2.2. Özel Hayatın, Aile Hayatının Gizliliği ve Konut Dokunulmazlığı'nın Sınırlandırılmasında Kamu Düzeni (AIHS Md.8)**

AIHS md. 8'de bireysel yaşamı, "özel hayat ve aile hayatı" zemininde "haberleşme hürriyeti" ve "konutu" koruma altına alınmıştır. AIHS'nin genel karakterinin bir örneği olarak 8. maddede koruma altına alınan kavramların tanımına yer verilmemiştir<sup>317</sup>.

Bireyin özel yaşamı farklı alanlara ayrılmaktadır ve bunların kamuya açık alandan, özel alandan ve giz alanından oluştuğu ifade edilmektedir. Özel yaşamın giz alanı, insan özgürlüklerinin ve özellikle özel yaşamının gizliliği temel hakkının kamusal organların iktidar alanı karşısında, kişilik hakkının dokunulmaz alanını oluşturmaktadır ve her türlü kamusal müdahaleye kapalıdır.<sup>318</sup>

<sup>314</sup> Ladewig, ss.87-88; III. Seksiyon, 14.11.2000; Slg. 2000- XII Nr. 40 – Riepan / Avusturya.

<sup>315</sup> Dinç, s. 108.

<sup>316</sup> Fredin/ İsveç 1990; Hakansson ve Stureson / İsveç, 1990; Allan Jacobsson / İsveç, 1998 tarihli kararları, Bkz. Dinç, s. 111.

<sup>317</sup> Gölcüklü, Gözübüyük s. 330. "Hükümdeki özellikle özel hayat ve aile hayatı gibi kavramların, hukuki uygulamaya kesinlik kazandıracak kadar belirgin içerik ve belli sınırlara sahip bulunmadığını kabul gerekir."

<sup>318</sup> Oğuz Şimşek, " Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması" Beta, 2008. ( Kişisel Veri ) s. 140. "Bu alanın temel karakteristiği dokunulamayan iç alan olarak iletişime kapalı olmasıdır. Özel yaşam içerisindeki özel alan, özellikle kişinin ailesine ve yakın çevresine açık olan alanı ifade

AIHM organları geniş bir kavram olan “özel hayat”ın her zaman geçerli genel bir tanımını yapmanın güçlüğü nedeniyle bu konuda kazuistik bir yol izlemişlerdir. Önlerine gelen her somut olayı kendisine özgü koşulları içinde değerlendirerek bunun özel hayat kavramına dahil olup olmadığını saptamayı yeğlemişlerdir. Bu sayede özel hayat kavramı belli ölçüde açıklık kazanmıştır<sup>319</sup>.

AIHM, AIHS md. 8’de yer alan hakların açık ve kesin bir dille veya davranışla yapılmış olmak şartıyla feragat edilebilir olduğunu kabul etmiştir<sup>320</sup>

AIHS md. 8’e göre üye devletler, bireysel yaşamı koruma altına almakla, kişilerin özel hayatlarını, aile hayatlarını, konutlarını ve haberleşmelerini gerçek ya da tüzel başka şahıslardan gelecek müdahalelere karşı korumakla yükümlüdürler<sup>321</sup>. Buna göre herkesin özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterileceği; bunların bir hak olduğu belirlenmiş bulunmaktadır.

“Kamu makamlarınca kişilerin telefonlarının dinlenmesi, konuşmalarının kaydedilmesi, hangi telefon numaralarıyla, hangi saatte, ne kadar konuşulduğunun tespit edilmesi; mektuplarının açılıp okunması, bir kısım mektup ya da belgelerin alıkonularak sahiplerine verilmemesi; bireylerin özel hayatına ilişkin bilgilerin toplanması, resimlerinin çekilmesi kişilerin konutlarına girilmesi; özel belgelerin incelenmesi ve belgelere el konulması, AIHS md. 8/1 ile getirilen korumaya aykırıdır. Sözleşmenin ihlali niteliğindedir<sup>322</sup>. ”

---

etmektedir. Bu özel alan içerisinde insan, kendi çevresi ile iletişim içerisinde olabilir ve bu alanda insan, toplumdaki izole olmuş olarak değil, bilakis topluma ait ve topluma bağlı bir öz olarak kabul edilir. Bunun sonucu olarak da bu alan nispi olarak korunmaktadır. Bu alana ancak ölçülülük ilkesine uyularak kamu yararı nedeniyle ve çok sıkı koşullar altında girilebilmektedir. Nihayet insanın yaşamının bir de sosyal ve kamuya açık alanı bulunmaktadır. Bu alanın mevcudiyeti insanın yaşamının dar alan ve özel alan olarak ayrılmasının mantıksal bir sonucu olarak kabul edilmektedir. Bu alanın dışı açık olması nedeniyle bu alana müdahale sıkı olmayan koşullara bağlıdır.

<sup>319</sup> Gözübüyük, Gölcüklü, s.334.

<sup>320</sup> 27 Ağustos 1997 tarihli M.S. İsveç Kararı.

<sup>321</sup> Safa Reisoğlu, “ Uluslar arası Boyutlarıyla İnsan Hakları”, Beta, İst., 2001 s.87.

<sup>322</sup> Reisoğlu, s. 88.

AİHM, *Dudgeon*<sup>323</sup> kararında, kişinin özel yaşamının cinsel yaşamını da kapsadığı ve yetişkin erkekler arasında eşcinsel eylemleri yasaklayan mevzuat nedeniyle mağdur olan şikayetçinin başvurusunu incelemiştir<sup>324</sup>. Daha önceleri 18 ya da 21 yaşından küçükler açısından, homoseksüel ilişkilerin yasaklanmasını ahlak ve genel sağlık açısından hukuka uygun gören komisyon; Dudgeon kararıyla 21 yaşından büyükler açısından sınırlamanın AİHS md. 8’i ihlal edeceğini ortaya koymuştur. Kararda Kişiliğin cinsel boyutunun Avrupa ülkelerinin çoğunluğunda özel hayatın gizliliğini ihlal edecek boyutta kamusal olmadığı vurgulanmıştır. İkinci fıkrada belirtilen hukuka uygunluk sebeplerinin zorlayıcı sosyal zorunluluktan kaynaklanması durumunda uygulanması gerektiği ortaya konmuştur<sup>325</sup>.

Bu tür örnekler AİHS md. 2’de düzenlenen istisnalarla hukuka uygunluk saptanmaktadır<sup>326</sup>. Fıkra metninden anlaşılacağı üzere kamu makamlarının bu hakka müdahalesi, müdahalenin yasada öngörülmüş olması; AİHS md. 8/2’de öngörülen meşru amaçlardan birinin somut olayda bulunması ve müdahalenin o toplum içerisinde başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunabilmesi açısından “gerekli” bir nitelik taşıması koşullarının bir arada gerçekleşmesine bağlıdır.

AİHS md. 8/2’de belirtilen meşru amaçların elde edilmesi için yapılan kısıtlamanın ilk elde, ulusal makamlara ait olduğu; ancak bunun sınırsız olmadığı belirtilmiştir. Sınırlamanın yalnızca kamusal makamlarca yapılacak olmasının doğal sonucu olarak tek tek şahısların 2. fıkrada sayılan şartların bir arada gerçekleşmiş olması durumunda dahi özel hayatın gizliliğine, aile yaşamı, konut ve haberleşme dokunulmazlıklarına, müdahale edemeyecekleri sonucu çıkarılmaktadır.

Kamu makamlarına, yasalarla kişilerin özel yaşamlarına, konut ve haberleşmelerine müdahale ederlerken, keyfi müdahalelerin de önlenmesine özellikle

---

<sup>323</sup> Başvuru No: 1983/488,499.

<sup>324</sup> Christoph Grabenwarter, Europäische Menschenrechtsconvention, C.H Beck MANZ ,2003, s.218; Frowein, Peukert, s. 346; Özdek s. 223.

<sup>325</sup> Frowein, Peukert, s. 346; Grabenwarter, s. 223; “Avusturya Anayasa Mahkemesi’nin görüşü de paralel olarak genel ahlak sebebiyle dayanarak md. 8/1 in sınırlanmaması gerektiği yönündedir”.

<sup>326</sup> AİHS md. 8/2 “ Kamu makamları, bu hakkın kullanılmasını ancak, demokratik bir toplumda, ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik yararı, kamu düzeninin korunması suçun önlenmesi, sağlık ve ahlaki, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olduğu ve yasada öngörüldüğü ölçüde müdahale edebilirler.”

yer vermelidirler. Örneğin bir kişinin hangi şartlarda evinin aranacağı açık olarak yasalarla düzenlenmelidir. Özel yaşamın gizliliği hakkının, temel bir hak olduğundan tüm diğer temel hak ve özgürlükler gibi, müdahale hallerinin idarenin takdirine bırakılmaması, ve bu hususun idarenin düzenleyici işlemlerine konu edilmemesi gerekmektedir. “Kamu makamlarına, yasayla da olsa genel bir denetim yetkisi verilmemesi gerektiği, ancak belli şartlarda belli şüpheli şahısların örneğin telefonlarının dinlenebilmesi, müdahalenin olayın niteliğinin elverdiği durumlarda yargı kararlarıyla yapılması ve her halde tüm müdahalelerin ve müdahale sonucunda elde edilen bilgilerin kullanılmasının, bir üst makamın denetimine tabi olması gerekmektedir<sup>327</sup> .

AIHM de sözleşmedeki yükümlülüklerin yerine getirilmesinden sorumlu olması nedeniyle, ulusal takdir hakkıyla beraber son değerlendirmeyi yapmaktadır. Sözleşmeye taraf devletlerin ulusal mevzuatlarının ortak bir amaçta birleştiği oranda, AIHM’in takdir payı azalacak; ortak bir mevzuatın bulunmadığı durumlarda ise bu takdir payı artacaktır<sup>328</sup> .

AIHM’in önüne AIHS md. 8’in ihlal edildiği iddiası geldiğinde, ihlal edilen hakkın md. 8 kapsamında olduğu tespit edildikten sonra; ilgili devletin bu hakla ilgili pozitif bir yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı incelenmektedir. Pozitif yükümlülüğün varlığı tespit edildiğinde de bu yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediği kontrol edilmektedir. Bundan sonra yapılan inceleme, müdahalenin yasalara uygun, meşru bir amaca dayanan ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına yöneliktir.

AIHS md. 8/2’de devletlere özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine müdahale açısından devletlere sınırlı da olsa bir takdir hakkı tanınmıştır. Ne var ki AIHS’ ye üye herhangi bir devlet, herhangi bir suç tipi ile savaşırken, varılmak istenen amaç ile vatandaşların haklarına saygı gösterilmesi arasındaki dengeyi koruyacak bir tutum ve dikkat içerisinde olmalıdırlar. AIHM kararlarında da sıkça vurgulandığı üzere müdahalenin demokratik toplum düzeni ile bağdaşırılığı

---

<sup>327</sup> Reisoğlu, s.89.

<sup>328</sup> Abdülkadir Kaya, Adalet Erişim İçin Sürekli Mesleki Gelişim: İnsan Hakları s.88.

müdahalede göz önünde tutulmalıdır. Bu kararlardan bazılarında aşağıda değinilecektir.

### 2.2.2.1. Özel Hayat'ın Gizliliği Hakkı ve Kamu Düzeni

Özel hayat kavramını açıklayabilmek için kamusal alan ile özel alan arasındaki sınırı iyi çizmek gerekmektedir. Çünkü bu alanlar birbirlerine kolayca karışıp, birbirlerinin alanlarına girebilmektedirler. AİHM, bu kavramı tanımlamanın güçlüğünü çeşitli kararlarında vurgulamıştır<sup>329</sup>.

Özel hayat, bireye içinde kişiliğini oluşturabileceği ve geliştirebileceği garanti edilmiş bir alan anlamına gelmektedir<sup>330</sup>.

AİHS md. 8 düzenlemesine göre; herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

Maddeden de anlaşılacağı üzere 1. bentte özel hayata müdahalenin önlenmesine kişinin talep etme hakkının olduğu kabul edilmiş, 2. bentte ise bu kuralın istisnaları sayılmıştır. Bu maddede, özel yaşamın, bireyin kişiliğini oluşturabileceği ve geliştirebileceği bir alan olarak kabul edilmiştir. Bu amaçla bireyin diğer insanlar ile ilişkileri de md. 8 kapsamına girmektedir. Buna göre istisnaların geçerli olabilmesi için, istisnalarda belirtilen nedenler ile yasa ile ve demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde bir sınırlandırma yapılması gerekmektedir. Sınırlandırmaların md. 8 kapsamında olup olmadığı yönünden takdir hakkı ise AİHM'e aittir. Ancak md. 8/2'de belirtilen durumlarda bu hakkın kısıtlanması ve sınırlandırılması yönünden ilgili sözleşmeciler devletlerin de takdir hakkı olduğu kabul edilmektedir. Bu takdir hakkı hem sözleşmeciler devletlerin kanun

---

<sup>329</sup> Kaya, s. 90. Niemitz–Almanya davası, 16.12.1992 tarihli karar: "...özel hayat kavramının kapsamlı bir tanımını yapmanın ne mümkün ne de gerekli olduğu düşünülmektedir. Ancak bu kavramı, bireyin kendi özel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir "iç alanla" kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Özel hayata saygı, başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar içermelidir."

<sup>330</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok, "İnsan Hakları El Kitabı", Seçkin, Ank., 2006, s. 168.

koyucu organlarını hem de yürürlükteki kanunları yorumlama ve uygulama durumunda olan adli veya diğer kurumlara verilmiştir. Ancak bu takdir hakkının sınırsız olmadığı da AİHM'in çeşitli kararlarında belirtilmiştir. Mahkeme sözleşmecî devletlerin takdir haklarını md. 8'deki koşullarda kullanıp kullanmadığını denetlemektedir.

Hangi ilişkilerin özel hayata gireceği konusunda öğretide, AİHM' in çeşitli kararlarını dikkate alarak:

- “\* Evlat edinenler, vasiler ile çocuklar arasındaki ilişkiler,
- \* Evli olmayan çifteler arasındaki ilişkiler,
- \* Kişinin cinsel kimliğini belirlemesi ve benimsemesiyle ilgili hususlar, transseksüellerin isim ve cinsiyet değişikliği işlemlerinin resmi evraklara yansımaya izin verilmemesi
- \* Cezaevindekilerin bir araya gelmeleri, başkalarıyla görüşmeleri,
- \* İş yaşamındaki kişisel ilişkiler,
- \* Haberleşmeye müdahale (işyeri ve konuttaki haberleşmeye müdahale edilmesi),
- \* Devletin kişiler hakkında rızaları olmaksızın bilgi toplaması (cinsiyet, medeni hal, doğum yeri ve diğer kişisel bilgileri içeren nüfus sayımı, polis kayıtları, parmak izi, fotoğraf ve diğer kişisel bilgilerin kaydedilmesi, tıbbi verilerin toplanması ve kayıtlarının tutulması, vergi makamlarının kişisel harcamaların detaylarını açıklama zorunluluğu getirmesi, sağlık, sosyal hizmetler ve vergi gibi idari ve sivil konularla ilgili kimlik belirleme sistemleri),
- \* Devletin kişisel bilgilerine ilişkin kayıtlarına ulaşamaması,
- \* Ad ve soyadı kimlik belirleme ile ilgili durumlar (hem özel hayatla hem de aile hayatı kapsamında değerlendirilir)
- \* Yasal zorunluluk sonucu yapılan kan, alkol ve idrar testleri, aşılama, tüberküloz testleri, açlık grevinde zorla beslenme
- \* Zorunlu olan ve kişinin güvenliğiyle ilgili, emniyet kemeri takma zorunluluğu, iş güvenliği için elzem önlemler<sup>331</sup> şeklinde sıralama yoluyla tespit yapılmıştır.

---

<sup>331</sup> Kaya, ss. 90-91.

Özel yaşam hakkı, bireylerin birbirleri ile her türlü ilişkilerini de kapsamakta olup, bu anlamda bireylerin cinsel ilişkilerini de güvence altına almaktadır<sup>332</sup>. Devlet tarafından bu yönde yapılan bir düzenleme 8.maddeye müdahale oluşturmakta, bunun 2. bentte yazılan koşullara uyup uymadığı yönünden ise AİHM denetleme yapmaktadır. AİHM Bu konuda birçok karar vermiştir. Özellikle eşcinsel ilişkiler konusunda birçok başvuruyu sonuçlandırmış, eşcinsel ilişkilerin de 8. maddedeki korunmadan yararlanabileceğini belirtmiştir. Tamamen kamuya kapalı ortamlarda toplu eşcinsel ilişkilerde bulunmanın da bu madde kapsamında değerlendirileceği ve bu tür ilişkilerin cezalandırılmasının özel yaşama müdahale oluşturduğu ve ihlal ettiği yönünde kararları bulunmaktadır<sup>333</sup>.

Eşcinsel veya transeksüellere ilişkin tedbirlerin meşrulaştırılması genellikle ahlakın korunması nedenine dayandırılmaktadır. Yukarıda değinilen *Dudgeon* kararında AİHM, ahlakın korunması ve başkalarının haklarının korunması şeklinde hükümet tarafından belirtilen müdahalenin dayandığı meşru amaçları değerlendirmiş ve bu iki amaç arasında ayırım yapmamayı tercih etmiştir. Başkalarının hakları ve özgürlüklerinin korunması ile, ahlakın korunması arasında kesin bir ayırım yapmanın yapay olduğunu belirtmiştir<sup>334</sup>.

AB Komisyonunda çalışan bir Hollandalı memur bir gün Komisyon'a müracaat edip Hollanda'daki mevzuat çerçevesinde kendisi gibi erkek bir eşle hayatını birleştirdiğini belirterek, çalışmayan eşe yapılan yardım parasından yararlanmak istediğini belirtmiştir. İstemi reddedilince AB' de çalışan memurlarla ilgili uyuşmazlıklara da bakan ATAD'ın ilk derece mahkemesine dava açıp AİHS' nin 12. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. ATAD ilk derece mahkemesi de, AİHM içtihatlarına uygun olarak, Sözleşmenin 12. maddesini incelemiştir. Maddede "evlenme çağına gelen erkek ve kadın, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar uyarınca evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir" denilmektedir. İç hukuka baktığımızda Hollanda Kanunu bu tür eşcinsel evliliklere yani kadının kadınlara,

<sup>332</sup> Tezcan ve diğerleri s.168.

<sup>333</sup> Tezcan, Erdem, Sancakdar, s.224.

<sup>334</sup> Sultan Üzeltürk, " 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı" Beta, İst., 2004, ss. 241-242.



erkeğin erkekle evlenmesine izin vermektedir; yani bu konuda bir engel yoktur. Fakat mahkeme, Sözleşmenin anladığı anlamda evlilik, farklı cinsten iki kişinin evlilik sözleşmesiyle kurduğu bir birliktelik olduğundan, ulusal kanunla kabul edilen evlilik adı altındaki eşcinsel birleşmelerin ve buna dayalı ihlal iddiasının, 12. maddenin ihlalini oluşturmayacağına ve getirilen bu düzenlemenin AB kurumlarını bağlamayacağına karar vererek davayı reddetmiştir<sup>335</sup>.

Özel hayatın korumasına yönelik incelenmesi gereken diğer bir konu da operasyon ile cinsiyetini değiştiren ve bu yüzden de dış görünüşü nüfus kaydına uymayan kişilerin başvurularıdır. Bu konuda da AİHM'in kararları bulunmaktadır. Mahkeme *Norris/İrlanda* kararında<sup>336</sup>, başvuran kişilerin eşcinsel ilişkide bulunmasının cezalandırılmasının yine İngiltere'ye karşı açılan bir davada da eşcinsel olmaları nedeni ile ordudan atılmaların 8. maddeye aykırı olduğuna karar vermiştir<sup>337</sup>. Eşcinsel ilişkilerin cezalandırılması ve bu kişilere farklı ölçütlerin uygulanmasının özel hayatın korunmasına yönelik 8. maddeye aykırı olduğuna karar verilmiş ise de bu tür eşcinsel durumdaki kişilerin evlenmelerine ilgili devletlerce izin verilmesi zorunluluğu doğurduğu yönündeki iddiaları ise kabul etmemiş ve bu konudaki kararı sözleşmecî devletlerin takdirine bırakmıştır<sup>338</sup>. Yine AİHM bir kararında bu şekilde geçirdiği ameliyat sonucunda cinsiyet değişikliği yapan kişinin nüfus kaydındaki cinsiyet kısmındaki kaydın düzeltilmemesini de sözleşmenin 8. maddesine aykırı bulmuştur. Burada Mahkemeye göre eşcinsel davranışların suç olarak nitelendirilebilmesi için “*acil bir toplumsal gereklilik*” bulunması zorunludur. Halkın bir bölümü tarafından eşcinselliğin ahlak dışı görülmesi tek başına bu tür davranışın suç sayılmasını haklı göstermez<sup>339</sup>.

Kişilerin kayıtlarının fişlenerek tutulması da özel hayata müdahale oluşturmakta olup, bu konuda da AİHM önemli kararlar vererek içtihat oluşmasına katkıda bulunmuştur<sup>340</sup>. Mahkemeye göre bu şekilde kişilerin özel hayatına ilişkin

<sup>335</sup> Tezcan ve diğerleri s.169.

<sup>336</sup> 26.10.1988 tarihli, 6/87/129/180 sayılı kararı.

<sup>337</sup> 27.09.1999 tarihli *Lustig – Praen, Beckett, Smith ve Grady* Kararları

<sup>338</sup> Grabenwarter, s. 218.

<sup>339</sup> Tezcan, Erdem, Sancakdar, s.383.

<sup>340</sup> Grabenwarter, s. 207.

kayıtların tutulmasının 2. bentte belirtilen amaçlara yönelik yasa ile demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak acil bir toplumsal gereksinim dolayısı ile gerektiği ölçüde sınırlandırılması durumunda yapılan müdahalenin 8. maddeye aykırı olmadığı yönünde kararları bulunmaktadır. Ancak müdahalenin ihlal niteliğinde olmaması için bu konudaki yasa hükmünün ayrıntılı bir biçimde, bilgilerin toplanmasını, saptanmasını, kaydedilmesini, saklanmasını ve gereksiz hale geldiğinde imha edilmesini düzenlemesi gerektiği mahkeme içtihadı ile belirlenmiştir. İç hukuktaki bu yasanın ilgililerce hukuken ön görülebilir olmasını da gerekli koşullar arasında saymıştır. Buradaki mekanizmanın önlemlerin kötüye kullanılmasına karşı yeterli ve etkin güvenceler getirmesi gerektiği de birçok mahkeme kararında belirtilmiştir. Özellikle işitsel ve görsel araçlar ile gizli gözlemlemeye yönelik önlemlerin 8. maddeye müdahale niteliğinde olduğu, kamu organları tarafından gözetlenmeksizin açık alanda bile olsa hareket etme özgürlüğünün 8. madde kapsamında olduğu AİHM birçok kararında belirtilmiştir<sup>341</sup>. Mahkemeye göre bir görevlinin yardımı ile şüpheli kişi ile özel bir kişi tarafından yapılan telefon konuşmasının kayda alınmasının da 8. madde kapsamında müdahale oluşturduğu kabul edilmiş, bu konuda gerekli yasal şartların oluşmaması halinde 8. maddenin ihlal edildiği yolunda da kararları mevcuttur. Ancak bu müdahale gerekli etkin güvenceler getiren yasaya dayanarak meşru bir amaç için ve demokratik toplumda gerekli olan acil gereksinimler doğrultusunda gerekli ölçüde yapılmış ise ihlal niteliğinde olmadığı yönünde içtihatlar oluşmuştur. Burada incelemesi gereken diğer bir konuda bireyin kişiliğini geliştirme olanağını sınırlayan her düzenlemenin 8. maddenin koruma alanına müdahale olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği hususudur. Bu konuda da AİHM kararları ile bir takım içtihatlar oluşmuştur. Bireyin davranışlarını kamuoyuna açması durumunda kamuoyuna açtığı alandaki özel yaşamını terk etmiş sayılacağı mahkeme kararında belirtilmiştir, ancak bu şekilde açıklama uzun süre önce yapılmış ve artık kamuoyunca bilinmiyorsa, bu takdirde 8. maddedeki koruma alanı yeniden gündeme gelmektedir.

---

<sup>341</sup>Tezcan, Erdem, Sancakdar, ss.386-387..

Kişisel nitelikli verilerin korunması da özel yaşamın önemli bir parçası, uzantısıdır<sup>342</sup>. Birey hakkında verilerin toplanması ve depolanması 8. maddeye yönelik bir müdahale oluşturduğu yönünde mahkemenin kararları vardır. Bu şekilde kişisel nitelikli verilerin toplanmasının 8. maddeyi ihlal etmemesi için bunun yasa ile 2. bentte belirtilen meşru amaçlar doğrultusunda, kötüye kullanmayı engelleyecek mekanizmanın oluşturulması ile gerekli ölçülük ilkesi doğrultusunda yapılması gerekmektedir. AIHM'in *Sederstedt-Wiberg/İsveç*<sup>343</sup> kararında, İsveç polisi tarafından haklarında tutulan kayıtları görme yönündeki talebin, ulusal güvenliği tehlike altına sokacağı ve kolluk faaliyetlerine zarar verebileceği gerekçesiyle, 1981 tarihli bir kanuna dayanarak geri çevrilmesini AIHS' ye aykırı bulmuştur<sup>344</sup>.

Ad seçmenin de özel hayatın korunmasına ilişkin güvence kapsamında olduğu kabul edilmektedir. Kişinin serbestçe hayatına yön verebilme hakkı da AIHS md. 8 kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak bu hakkın sınırsız olmadığı da benimsenmiştir. AIHM bir kararında isim seçme hakkının isim değiştirme konusunda mutlak bir hak içermediğini kabul etmiş, bu konuda ulusal makamların düzenleme yetkisine sahip olduğu da belirtilmiştir<sup>345</sup>.

#### **2.2.2.2. Aile Hayatı'nın Gizliliği Hakkı ve Kamu Düzeni**

Aile kavramı ülkeden ülkeye değişebileceği gibi, bir ülke içinde bölgeden bölgeye göre bile değişebilmektedir. Bu yüzden ailenin standart bir tanımını yapabilmek mümkün değildir.

Aile, kan bağına yani karı kocanın yaptıkları çocuklara, kardeşler arasındaki ilişkilere dayanan toplum çekirdeği; kişiliğin gelişmesinde, en önemli kurumdur. Dıştan kişilere ve nesnelere oranla, ailenin etkisi derindir. Özellikle çocuğun aile üyeleriyle, ana- babasıyla kardeşleriyle sıkı ve sürekli ilişkisi en genel davranış ve dizgelerinin oluşmasında, kesin bir rol oynamaktadır<sup>346</sup>. Aile toplumun doğal ve

---

<sup>342</sup> Tezcan ve diğerleri, s.169.

<sup>343</sup> 6.6.2006 tarihli karar.

<sup>344</sup> Tezcan ve diğerleri, s.169.

<sup>345</sup> Grabenwarter, s.207.

<sup>346</sup> Timuroğlu, s.16.

temel birimi olduğundan toplum ve devlet tarafından korunmalıdır. Bu nedenle ailenin korunması devletin temel görevleri arasındadır. Anayasa bu konuda devlete, ailenin huzur ve refahı için özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulamasını sağlamak için gerekli tedbirleri alma görevi yüklemiştir<sup>347</sup>.

AİHM, somut olaylarda aileyi saptayabilmek için şekil şartları yerine getirilmiş bir evliliği aramamakta, bilakis, aile yaşamının varlığını sınınamaktadır. AİHS md. 8 anlamında aile, birlikte yaşayan ve aralarındaki ilgi ve alaka itibariyle eş olan, müşterek çocukları olan kimseler anlamına gelmektedir<sup>348</sup>.

Bir ailenin varlığı için aile bireylerinin her zaman bir arada oturmaları gerekmemektedir<sup>349</sup>. Örneğin reşit olan çocukların, anne babalarıyla bir arada oturmamaları, onların aynı ailenin mensubu olmadıkları anlamına gelmemektedir. AİHM'in istikrarlı kararlarına göre de ebeveyn ile birlikte oturmak aile yaşamının temel unsuru değildir. Aile büyükanne–büyükbabalar ile torunlar arasındaki, en azından yakın akrabalar arasındaki ilişkiyi de kapsamaktadır. Bir aileden bahsedebilmek için mutlak suretle kan bağıının varlığı aranmamalıdır. Örneğin yapay dölleme ile dünyaya getirilen çocuk anne ve babasıyla bir aile oluşturmaktadır. Bunun gibi evlat edinilen ve evlilik dışı çocuklar da aileyi oluştururlar ve dolayısıyla AİHS md. 8'de yer alan korumadan faydalanırlar. Aile hayatı bir kez oluştuktan sonra bir daha boşanma, ayrılma gibi nedenlerle bir daha sona eremeyecektir<sup>350</sup>.

AİHS md. 8/2'de güvence altına alınan haklar arasında aile hayatına saygı hakkı da düzenlenmiştir. 2. bentte belirtilen sınırlamalar bu hak için de geçerlidir. Burada incelenmesi gereken ilk konu aile kavramının kapsamı konusudur. Bu bağlamda Mahkeme aile kavramını da yorumlayarak oluşturmuş, öğelerini belirtmiştir. Mahkeme aile kavramını geniş yorumlamıştır. Aile anne, baba ve ister meşru ister gayri meşru olsun, bunların çocukları, ayrıca yakın akrabalar arasındaki

---

<sup>347</sup> Doğan, s. 248.

<sup>348</sup> Grabenwarter, s. 208.

<sup>349</sup> Grabenwarter, ss.212-213.

<sup>350</sup> Grabenwarter, s. 211, Kaya, s.91.

ilişkiyi, yine hukuki olmayan ancak fiili sıkı kişisel ilişkiler içerisinde bulunan kişilerin de aile kavramına dahil olduğu mahkeme kararlarında belirtmiştir<sup>351</sup>.

Aile hayatı açısından, başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması sebebi, özel hayata nazaran daha çok uygulama alanı bulan bir meşru sınırlama sebebidir<sup>352</sup>.

Aile kurma hakkı, prensipte birlikte yaşama ve çocuk dünyaya getirme hakkını da içermektedir. Aile kavramına öncelikle yasal ve gerçek evlilikler girmekle birlikte resmi olmayan evliliklerdeki ilişkilerinde aile kavramına girebileceği belirtilmiştir. Örneğin, çocukları ile birlikte yaşayan, evli olmayan çiftlerin de aile olduğu mahkemece kabul edilmiştir. *Boughanemi/Fransa* kararında<sup>353</sup> mahkeme, bir arada yaşanmadığında bile çocuk meşru olsun veya olmasın, bir anne veya baba ve çocuğu arasındaki bağın aile hayatı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine, söz konusu bağın ortaya çıkan olaylardan dolayı bozulması halinde bile bunun aile hayatı kapsamında değerlendirilmesi kararını vermiştir. Bu hususun evlatlık yönünden de geçerli olduğu mahkemece kabul edilmiştir. Bir anne veya babanın bir çocuk ile ilişkisinin engellendiği durumlarda 8. maddenin kapsamında korunması için aile hayatının kurulması potansiyeli olmasının yeterli olduğu belirtilmiştir. Bundan dolayı verilen başka bir kararda, çocuğun annesi tarafından evlatlık olarak verildiği ve böylece babanın çocuk ile yakın kişisel bağlar kurmasının engellendiği ile ilgili bir başvuruda, AİHM, baba ve çocuk arasındaki potansiyel aile hayatının daha önce sadece bir kez görüşmüş olmalarından ibaret olmasına rağmen, aralarındaki ilişkinin 8. madde kapsamına girdiği ve korunması gerektiği, kararını vermiştir<sup>354</sup>.

Boşanma davasından sonra velayet hakkının kullanılmasına ilişkin önlemlerin de 8. maddeye uygun olması gerektiği mahkeme kararlarında belirtilmiştir. Velayet hakkı kendisine bırakılmayan anne veya baba ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasının aile yaşamının temel unsuru olduğu belirtilmiştir. Mahkeme bir kararında çocuğu üzerindeki velayet hakkının boşanmadan sonra eşin, eşcinsel

<sup>351</sup> Tezcan ve diğerleri, s.171.

<sup>352</sup> Üzeltürk, s. 242.

<sup>353</sup> 24.04.1996 tarihli karar.

<sup>354</sup> Grabenwarter, ss.218 – 219.

olması nedeni ile diğer e e bırakılmasının sırf eşcinsel gerekçesine dayandırılan 8. maddenin bununla bağlantılı olarak AİHS md. 14'ün ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştı<sup>355</sup>.

Aile hayatının korunması hakkı devlete olumlu ve olumsuz yükümlülükler yüklemektedir. Devlet aile hayatının oluşmasında aile hayatını engelleyici düzenlemelerde ve eylemlerde bulunmamak zorunluluğu yanında ayrıca aile hayatının korunmasına yönelik gerekli önlemleri ve yasal düzenlemeleri de yapmakla yükümlüdür.

Burada özellikle anne ve baba ile  ocuk arasındaki ilişkiler konusunda farklı uyuşmazlıklar  z mlenmiş, anne ile babanın boşanmış olmaları halinde bile çocuklar ile diğer eş arasındaki ilişkinin sürdürülmesi hakkını da içerdiği kabul edilmektedir.

Mahkeme her bir davadaki bilgilere dayanarak aile hayatının var olup olmadığını belirtmekte, bu değerlendirilmelerde özellikle ilgili taraflar arasında yakın kişisel bağlar olup olmadığına bakmaktadır. Aile kavramına öncelikle yasal ve gerçek evlilikler girmekle birlikte resmi olmayan evliliklerdeki ilişkilerinde aile kavramına girebileceği belirtilmiştir. Örneğin, çocukları ile birlikte yaşayan, evli olmayan çiftlerin de aile olduğu mahkemece kabul edilmiştir.

Aile hayatının korunması hakkı devlete olumlu ve olumsuz yükümlülükler yüklemektedir. Devlet aile hayatının oluşmasında aile hayatını engelleyici düzenlemelerde ve eylemlerde bulunmamak zorunluluğu yanında ayrıca aile hayatının korunmasına yönelik gerekli önlemleri ve yasal düzenlemeleri de yapmakla yükümlüdür. Kamu makamları kişinin özel hayatına ve aile hayatına saygı göstererek her türlü müdahaleden kaçınmakla yükümlüdür.

Aile hayatının korunması zaten var olan ailelerin hayatları ile ilgili olup, aile kurma özgürlüğünden ayrılmaktadır.

---

<sup>355</sup> Grabenwarter, s. 212.

AİHM meşru ve gayrimeşru aile arasında ayırım yapmayıp, ailenin varlığına esas olarak yakın kişisel bağların gerçekten var olup olmadığını araştırmaktadır. Resmi evlilik gerekli olmadığından, bu tür ailelerin bireylerinin, resmi bir evlilik birliği içerisindeki aile bireylerinden ilişki itibariyle farklılık göstermemeleri gerekmektedir.

AİHM, *Linguistics/Belçika*<sup>356</sup> başvurusunda, md. 8'in uygulamasında, hakkın kullanılmasının çerçevesini çizirken düzenleyici rol oynayan devlete, etkin olarak da çok önemli görevler düştüğünü vurgulamıştır. Davanın incelendiği dönemde, Belçika Medeni Kanunu'na göre, evlilik dışı çocuklarla anaları arasında doğum ile nesep ilişkisi kurulamadığından, çocuğa aile statüsü kazandırmak için ananın çocuğu tanınması gerekir. AİHM'e göre bu düzenleme, "çocuğu doğuran anadır" doğal ilkesine aykırıdır. Bundan da öte, ana, somut olayda bir ikileme karşı karşıyadır. Çünkü çocuğu tanıdığı takdirde, Belçika Medeni Kanunu'nun 908. maddesine göre miras yoluyla mallarını ona bırakamayacaktır. Çocuğu tanımadığı takdirde, mallarını ona bırakabilecek ve fakat bu durumda da onu aile çevresine alamayacaktır. Çocuğun ana tarafından evlat edinilmesi de sorunu çözememektedir.

AİHM'e göre aile hayatına saygı, devlete, bazı aile bağlarını düzenlerken, aile bireylerinin normal bir aile hayatı yaşamalarını sağlamak görevini de yükler. Dolayısıyla somut davada da devlet ana ile evlilik dışı çocuğu arasındaki bağı kurarken, doğumdan kaynaklanan her türlü ayrımcılıktan kaçınmak zorundadır. Sonuçta Belçika hükümeti, 31 Mart 1987 tarihli kanunla, Medeni Kanunda gereken değişiklikleri yapmış ve nesep hukukunu ve evlat edinme hukukunu AİHM kararının ışığında yeniden düzenlemiştir. AİHM yine daha sonra *Vermeire/Belçika*<sup>357</sup> başvurusuna ilişkin olarak verdiği 29 Kasım 1991 tarihli kararında da, bu kez babası tarafından tanınan evlilik dışı çocuğun, Belçika Medeni Kanunu'nun 756. maddesine göre büyükbaba ve annesinin mirasından mahrum edilmesini ayrımcılık olarak nitelendirerek bu görüşünü doğrulamıştır. Keza AİHK da kabul edilebilirlik kararı

<sup>356</sup> AİHM, Seri A, No: 6, 23.07.1968 tarihli karar.

<sup>357</sup> Başvuru No: 12849/87, 11.07.1990 tarihli karar.

verdiği *Stoutt* başvurusunda<sup>358</sup> evlilik dışı doğan çocuğun, İrlanda Hukuku'na göre tabii babasının mirasından yararlandırılmamasını AİHS md. 8'e aykırı bulmuştur. Yine *Kroon*<sup>359</sup> başvurusunda, evli bir kadının başkasıyla ilişkisinden doğan çocuğun, evlilik ilişkisi ortadan kalktıktan sonra, anne tarafından tabii baba adına tescil talebinin Hollanda nüfus idaresi ve mahkemelerince reddedilmesi AİHS'ye aykırı bulunmuştur.

AİHM, *Johnston ve diğerleri/İrlanda*<sup>360</sup> başvurusunda, başkalarıyla evli olmalarına rağmen birlikte yaşayan İrlandalı bir çiftin çocuklarına ilişkin olarak da aynı sonuca varmakla beraber İrlanda'nın 8. madde çerçevesinde boşanmayı mümkün kılabilecek bir mevzuat değişikliği yapmasına gerek olmadığını da belirtmiştir. Mahkeme yine İrlanda ile ilgili başka bir kararında ana baba ile evlilik dışı çocuk arasındaki ilişkinin önemini tekrar vurgulamıştır. Davada, şikayetçinin, bir kadınla evlilik dışı ilişkisinden olan çocuğunun doğumdan hemen sonra kendi bilgisi ve rızası olmaksızın evlatlık verilmek üzere bir yerde saklanması AİHS md. 8'e aykırı bulunmuştur. Mahkeme aile bağlarının önemini kabul etmekle beraber bu konuda somut olayın özelliklerine göre karar vermektedir. Örneğin, *Hokkanen/Finlandiya*<sup>361</sup> başvurusuna ilişkin olarak vermiş olduğu kararında, annesinin ölümü üzerine büyük anne ve babası tarafından bakılıp gözetilen bir çocuğu babasının görmesinin engellenmesi Sözleşmeye aykırı bulunmamıştır. AİHM, küçüğün uzmanların tavsiyesi ile büyük anne ve babasının yanına yerleştirildiğine işaret ederek, onlara sıkı bir şekilde bağlandığını, orasını evi bildiğini ve geleceğinin orada yaşamasına bağlı olduğunu belirterek babanın şikayetini reddetmiştir.

Boşanma sonrasında çocukların velayetinin kime verileceği hususunda AİHM ulusal makamlara geniş bir takdir hakkı tanımaktadır. Ancak dini nedenlerle velayet hakkının belirlenmesini kabul etmemektedir. *Hoffmann/Avusturya* başvurusunda<sup>362</sup>, çocukların velayeti, Yehova Şahidi olan annenin, inançları gereği kan naklini ve resmi tahlilleri kabul etmemesi nedeniyle Katolik olan babaya

<sup>358</sup> Başvuru No: 10978/84, Ünal, AİHS-İlkeler s.213.

<sup>359</sup> Başvuru No: 18535/91, 03.07.1993 tarihli karar, Seri A 297 C

<sup>360</sup> 18 Aralık 1986 tarihli karar, Seri: A no. 112, 51.

<sup>361</sup> 23.09.1994 tarihli karar.

<sup>362</sup> A- 255-C, 23.06.1993 tarihli karar..



verilmiştir. AİHM de din ayırımına dayanılarak tesis edilen bu ulusal kararı AİHS md. 8'e aykırı bulmuştur. Aile hayatı ilişkileri kamu düzeni ile doğrudan ilişkili olup hatta kamu düzenini oluşturan başat unsurlardan olduğundan; dini sebeplerle bu ilişkilerin belirlenmesine sınır getirilmesi aynı zamanda kamu düzeninin etkisinin de sınırlarını oluşturmaktadır<sup>363</sup>.

AİHM, çocukların bir koruma kurumuna alınmasında da ulusal makamların geniş yetkilerinin olduğunu kabul etmekte, ancak bu tür ulusal kararlardaki gerekçelerin yetersiz bulunması ya da tedbirin ölçülülük ilkesine uygun olmaması durumunda müdahale edilebileceğini açıklamaktadır.

Aile hukukuyla ilgili ulusal mahkemelerde açılan davaların uzun sürmesi halinde, aile hayatında geri döndürülemeyecek zararlar oluşabileceğinden, AİHM bu davaların öncelikle görülmesi gerektiğini sık sık vurgulamaktadır.

AİHM özellikle sınır dışı edilen aile üyeleri ile ilgili olarak başvuru sonucunda birçok kararlar vermiştir. Bu kararlarda sınır dışı edilen kişi ile sözleşmecî devlette bulunan yakınlarının sınır dışı kararının uygulanması nedeni ile aile ilişkilerinin düzenli olarak kurulup kurulamayacağı yönünde somut olaylara göre kararlar vermiştir. Mahkeme bir kararında konut ve iş sahibi olduğu ve hiçbir suç işlemediği Hollanda'dan, bu ülkeye yapmış olduğu evlilikten doğan kızı ile çok yoğun ilişkisi olmasına rağmen, boşanmadan sonra başvuranın sınır dışı edilmesinin aile birliğini bozduğu gerekçesi ile 8. maddeyi ihlal ettiği sonucuna ulaşılmış, bir başka kararında bir suç nedeni ile sınır dışı edilmenin genel olarak mümkün olduğu ancak izlenen amaç ile alınan önlemin orantılı olması gerektiği belirtilerek sınır dışı edilmenin olayda ağır sonuç doğuracağı ortaya çıkmış ise yine aile hayatının ihlal edildiği sonucuna varmıştır<sup>364</sup>.

Ailenin yabancı bir ülkede yaşadığı durumlarda, aile bireylerinin sınır dışı edilmesi, oturma izninin kaldırılması durumlar aile hayatına müdahale anlamına gelmektedir. Bu tür önlemler, kamu düzeni ve AİHS md. 8/2'deki diğer meşru

<sup>363</sup> Frowein, Peukert, s.371; Kaya, s.104.

<sup>364</sup> Şenoğlu, [http://www.turkhukusitesi.com/makale\\_493.htm](http://www.turkhukusitesi.com/makale_493.htm) (17.06.2008)

sebeplere uygun olduğu ölçüde hak ihlalini ortadan kaldırmaktadır. Abdülaziz, *Cabales ve Balkandalı/Birleşik Krallık* davasında evlendikten sonra İngiltere'ye gelmek isteyen eşe, aile hayatı çerçevesinde; İngiltere'nin bunu sağlama yükümlülüğünün olup olmadığı tartışılmıştır. Davanın incelenmesinde, başvuranların evlendikleri sırada, İngiltere'ye giriş konusundaki sorunu bilip bilmedikleri, evlendikten sonra eşlerin kendi memleketlerinde yaşamalarına engel herhangi bir sorunun olup olmaması ile bu konuda özel nedenlerin bulunması, dikkate alınmıştır<sup>365</sup>. Yabancı ülkede yaşayan çocukların da ailenin yanına getirilmesinin istemi halinde, bulunulan ülkede ailenin yaşamını zora sokan bir engelin olup olmadığı incelenmektedir<sup>366</sup>.

Aile hayatının korunması ile ilgili olarak diğer bir güncel durum ise ünlü kişilerin ve siyasilere özel hayatına ilişkin hususların kitle iletişim araçları vasıtasıyla kamuoyuna duyurulması durumunda, ilgili kişilerin özel hayatlarının ve aile hayatlarının gizliliğinin ihlali sorunudur. Bu tür durumlar, ifade özgürlüğü kapsamında basın özgürlüğü açısından değerlendirilmelidir. “Gazetecinin, bilinmesinde kamu yararı bulunan ve kamunun ilgisini çeken güncel olayları, gerçekleri araştırdıktan sonra kamuya aktarma hakkı vardır. Bu koşulun gerçekleşmiş sayılması için de: a) bu olayın gerçek olması; b) güncel bulunması; c) açıklanmasında kamu yararının bulunması; d) bilinmesinin kamunun ilgisini çekmesi; e) haber ile kullanılan ifadelerin içerdiği düşünce ile bağlantısı olmayan küçültücü ifadelerin, değer yargılarının yazıya eklenmemiş olması<sup>367</sup> gerekir”<sup>368</sup>.

---

<sup>365</sup> Kaya s. 105.

<sup>366</sup> 28.11.1996 tarihli Ahmut-Hollanda ve 19.2.1996 tarihli Gul-İsviçre kararında, çocuğun yaşadığı ülkesi ile güçlü dil ve kültür bağlarının olması nedeniyle, aile hayatının daha önce olduğu gibi kendi ülkesinde devam etmesine engel olmadığına karar vermiştir.

<sup>367</sup> Tezcan ve diğerleri, s. 173, “Verilen haberlerle kullanılan ifadeler arasında fikri bir bağın bulunması; haberin yazılış şekli, kişilik hakkını zedeleyecek üslup ve tarzda olmaması anlamına gelir. Kullanılan ifadeler, cümle ve kelimeler haberin konusu kimseleri küçük düşürücü nitelikte bulunmamalıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da belirttiği gibi, haber ve eleştiri doğru olsa ve bunda kamu yararı bulunsa bile üslup, uygun ve nazik değilse ve özellikle aşağılayıcı, küçük düşürücü, amaç dışı veya amacı aşan ya da abartılı nitelikte ise, haber ve eleştiri salt bu yönden hukuka aykırı olabilir.(YHGK 13.1.1988, 1987/47405)”

<sup>368</sup> Tezcan ve diğerleri, s.172.

Olayın yayınlanmasında kamu yararının bulunması, haberin verilmesindeki yararın üstün ahlaki ve hukuki değerleri korumaya yönelik olması anlamına gelmektedir<sup>369</sup>.

### 2.2.2.3. Konut Hayatı'nın Dokunulmazlığı Hakkı ve Kamu Düzeni

“Konut, bir kişinin yerleşik olarak yaşadığı yerdir. Yaşanan tüm mekanlar konut niteliği taşıyabilir. Ancak, konutla ilişki, konut sayılabilecek düzeyde devam etmiş olmalıdır. Arama yapılması açısından işyerleri de konut kabul edilmiştir.”<sup>370</sup>

Başka bir tanımla, konut barınmak için oturlan yerdir<sup>371</sup>. Herkesin kendisi ve ailesi için yeterli bir yaşam standardına sahip olma hakkı bulunmaktadır. Yaşamaya elverişli bir konutta yaşama hakkı da öncelikle, diğer tüm ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanılabilmesi açısından büyük öneme sahiptir.

AİHS md. 8 anlamında konut, kendi kullanım amacı ve doğrultusunda yaşamın merkezinde yer almak şartıyla evin çevresi, müstemilat, kileri, garaj, teras, tavan arasını da kapsamaktadır. Yine yaşam merkezinde yer almak koşulu ile bir karavan da 8. maddenin korumasından yararlanabilmektedir<sup>372</sup>.

Konut dokunulmazlığı ile ilgili olarak Türkiye aleyhine verilen kararların önemli bir kısmı mülkiyet hakkı kapsamında da değerlendirilebilmekle beraber köy yakma ve zorunlu göç davalarına ilişkindir<sup>373</sup>. Çünkü, konut dokunulmazlığından yararlanabilmek için konutun sahibi olma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Sürekli olarak bir yerde oturmak bu haktan yararlanabilmek için yeterlidir. *Buckley/Birleşik Krallık*<sup>374</sup> başvurusunda, kendi arsası üzerinde imar izni verilmemiş olsa bile, karavanda uzun süre ve aralıksız oturulması halinde, kalıcı bir bina olmamasına rağmen karavan, konut olarak değerlendirilmiştir. Bu tür kararlardaki başvurular her

<sup>369</sup> Tezcan ve diğerleri, s.173.

<sup>370</sup> Kaya, s.91.

<sup>371</sup> Tezcan ve diğerleri, s.175.

<sup>372</sup> Grabenwarter, s. 214.

<sup>373</sup> Örneğin, 21893/93 nolu, 16.09.1996 tarihli Akdivar ve diğerleri Kararı; 58/1996>/677/867 nolu, 28.11.1998 tarihli Mentş karar; 23819/94 nolu, 16.11.2000 tarihli Bilgin kararı.

<sup>374</sup> 25.09.1996 tarihli karar. Kaya, s.103.

iki ülkede de geçirilen süreye, hangi ülkenin dil ve kültürünün daha iyi bilindiğine, devletlerin mevcut aile bağları ve sosyal çevrelerine, geride bırakılacak olan aile mensupları ile olan ilişkilere ve sınır dışı etmenin bu ilişkilere ne oranda etki edeceğine göre, sınır dışı edilmenin kişi üzerinde bırakacağı etkiler de dikkate alınarak değerlendirilmektedir<sup>375</sup>.

Türkiye açısından konut dokunulmazlığı ile ilgili kararların çoğunu köy yakmalarına ilişkin kararlar oluşturmaktadır.

*Akdivar/Türkiye Kararı'nda* güvenlik kuvvetleri, bölgedeki yoğun terörist faaliyetlerin baskısı altında şikayet konusu evlerin yakılmasına sebebiyet verdiğini inandırıcı bir biçimde açıklamışlardır. Olayın geçtiği Kelekçi, Köyü sakinleri evlerini boşaltmak ve de başka yere göç etmek zorunda kalmışlardır. Hükümet söz konusu olayda her ne kadar kamu emniyeti, ulusal güvenlik ülkenin düzeni sebeplerine dayanmış olsa da AİHK, söz konusu olay açısından ileri sürülen sebepleri yeterli görmemiş, AİHS md. 8 çerçevesindeki haklarına hiçbir meşruluk/haklılık gerekçesi gösterilmediğinden bahisle, ciddi ve ölçüsüz bir müdahalenin vuku bulduğu görüşüyle, Türkiye'nin mahkumiyetine karar vermiştir<sup>376</sup>.

Bir diğer sık rastlanan konu da konutlardaki aramalardır. Konutlarda arama yapılabilmesi için AİHS'nin genel sınırlama ilkeleri doğrultusunda öncelikle yasal bir dayanağı bulunması, bu yasanın da belli nitelikleri taşıması gerekmektedir. Söz konusu ulusal yasanın da kalitesi AİHM'in kontrolüne tabidir. AİHM kararlarında konutlardaki aramaların mahkeme kararlarıyla olması gerektiğini, bu konudaki incelemelerde daha titiz bir inceleme yapacağını açıklamaktadır. Tabii ki hakim kararının varlığını AİHM 8. maddeye uygunluk açısından yeterli görmemektedir<sup>377</sup>.

---

<sup>375</sup> Kaya, s.105.

<sup>376</sup> Mehmet Semih Gemalmaz, "Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Önünde Türkiye – 2 Nihai Raporlar" (Raporlar ) Beta, s .189. AİHK, Başvuru No: 21893/93,

<sup>377</sup> Kaya, s. 103. 16.12.1992 tarihli Niemitz–Almanya Kararında mahkemeden alınan bir avukatlık bürosunun aranmasına ilişkin kararın, aramanın kapsamının iyi belirlenmemiş olması nedeniyle, incelenen belgelerin bazılarının avukatlık mesleğinin gerektirdiği mahremiyete uygun düşmediği, bu nedenle aramayla ilgili mahkeme kararının amacıyla orantısız olduğuna karar vermiştir.

Yine aynı şekilde Funke–Fransa Kararında, Gümrük Memurlarının, ilgili yasa uyarınca adli karar olmaksızın, çok geniş arama yetkisiyle donatılmış olmaları ve yetkilerin keyfi kullanılmaması için yeterli bir düzenleme olmaması nedeniyle, 8. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Söz konusu kararda AİHM, konut kavramını geniş yorumladığını ortaya koymuş ve bir avukatın bürosunda yapılan aramayı da konut dokunulmazlığına müdahale olarak değerlendirmiştir<sup>378</sup>.

#### 2.2.2.4. Haberleşme Özgürlüğü ve Kamu Düzeni

Haberleşme, her türlü vasıtayla yapılabileceğinden, AİHS md. 8'de haberleşme özgürlüğü açısından her türlü vasıtayı kapsamaktadır. Vasıtaların resmi ya da özel olması bir ayırım yaratmamaktadır. Haberleşme özgürlüğü vasıtasıyla esas olarak kişinin yaptığı haberleşmenin veya iletişiminin gizliliğinin ve güvenilirliğinin korunması gerekmektedir. Bu temel hak, hem kamusal organların müdahalesi karşısında bireye bir savunma hakkı vermekte hem de devlete haberleşmenin gizliliğini koruma ve müdahale etmeme yükümlülüğü getirmektedir. Bireyin kişisel verilerinin aynı zamanda iletişim sürecinde de korunması gerekmektedir. Özellikle kişinin telefon, e-posta, mektup vb araçlarla haberleşmesi sırasında gelişen teknoloji vasıtasıyla haberleşmenin gizliliğine ve içeriğine müdahale olanakları artmış bulunmaktadır. Bir temel hak olarak haberleşme özgürlüğü haberleşmede kullanılan teknik araçlardan bağımsız olarak ( posta, telefon, mektup vs.) yapılan haberleşmenin içeriğini ve gizliliğini korumaktadır.<sup>379</sup>

Milli güvenliğin korunması, vücudun muayenesi, kişisel verilerin korunması, saklanması ve kamu emniyeti daha çok arama ve el koyma gibi ceza usul hukukuna ilişkin tedbirlere başvurulmasında yapılan müdahalelerin meşruluğunu sağlayan sınırlama sebepleri olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>380</sup>. *Klass ve diğerleri Almanya*<sup>381</sup> başvurusunda, şikayetçiler, polis tarafından gizli yöntemlerle izlenmelerinin ve haklarında bilgi toplanmasının, özel hayat ve haberleşme haklarının gizliliğini ihlal ettiği gerekçesiyle AİHK'ya başvurmuşlardır. AİHK, gizli izleme konusundaki Alman G10 mevzuatının yeterli açıklıkta ve AİHS md. 8/2 gereklerine uygun olduğunu tespit etmiş ve devletin hür, demokratik temel düzenini doğrudan tehdit eden tehlikelerle mücadele zorunda ve bunun demokratik bir toplumda milli

<sup>378</sup> Tezcan ve diğerleri s.175.

<sup>379</sup> Şimşek ( Kişisel Veri ) s. 149.

<sup>380</sup> Grabenwarter, s. 223; Üzeltürk, s. 240.

<sup>381</sup> Başvuru No. 1979/278,284.

güvenliğin bir gereği olduğunu belirleyerek, bu tür yöntemlerin ilke olarak yargı denetimine tabi tutulması gerektiğine işaret etmiştir<sup>382</sup>. Bu davada Komisyon ve Divan sadece milli güvenliğin ve suç işlenmesinin önlenmesi açısından durumu değerlendirmemiş aynı zamanda değerlendirmesinde, müdahalelere karşı elverişli güvenliğin sağlanması açısından “gereklilik” unsurunun bulunması gerektiğini vurgulamıştır<sup>383</sup>. AİHM, casusluk ve terörizm nedeniyle mektup, posta ve telekomünikasyon üzerinde gizli denetim yetkisi veren yasanın ulusal güvenlik nedeniyle suç ve düzensizliği önlemek için demokratik toplumda zorunlu olduğunu kabul etmektedir<sup>384</sup>.

*Malone*<sup>385</sup> davasında şikayetçi telefon ve posta haberleşmesinin polis denetimi altında tutulmasının AİHS’ye aykırı olduğundan yakınmıştır. AİHK, bu konuyla ilgili İngiliz mevzuatının, telefon dinleme ve mektup açmanın hangi şartlarla yapılması gerektiğini yeterli açıklıkta belirlediğini, hukukun üstünlüğü ilkesi gözetilerek uygulanması gereken bu yöntemlerin daha çok idari makamların takdirine terk edildiğini, dolayısıyla bu uygulamanın AİHS md. 8/2’de belirtilen, hukuka uygunluk ilkesine aykırı olduğunu belirlemiştir<sup>386</sup>. Aynı şekilde, *Kruslin ve Huvig/ Farnsa* davasında<sup>387</sup> da AİHM, şikayetçinin özel hayatına ve haberleşme özgürlüğüne saygı ilkesine aykırı bulmuş ve Fransa’nın AİHS md. 8’i ihlal ettiğini kararlaştırmıştır. AİHM, kararında telefon dinlemenin Fransız CMUK’un 81,151 ve 152. maddeleri olduğunu, Fransız sorgu hakimlerinin bu hükümlere dayanarak dinleme emri verdiklerini tespitle, Fransız Hukukunda yer alan bu kuralların, bu yetkilerin kullanılmasında kamu makamlarının takdir haklarının sınırlarını yeterli açıklıkta çizmemesinin, demokratik hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığını belirtmiştir<sup>388</sup>.

<sup>382</sup> Ünal, AİHS-İlkeler, ss.220-221, Özdek, s. 223.

<sup>383</sup> Frowein, Peukert, ss.345,363.

<sup>384</sup> Üzeltürk, s. 240.

<sup>385</sup> 02.08.1994 tarihli karar.

<sup>386</sup> Ünal, AİHS- İlkeler, s. 221.

<sup>387</sup> 24.04.1990 tarihli karar; Reyhan Sunay, Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Ltd Yayınları , 2001, s 122; Gözübüyük, Gölcüklü, s. 342.

<sup>388</sup> Ünal, AİHS-İlkeler, s. 221. Sonuçta Fransız Hükümeti şikayetçilere tazminat ödemiş ve konuyu mahkeme kararının ışığı altında yeniden düzenlemiştir. 26 Nisan 1991 tarihli kanunla Fransız CMUK md 100’e eklenen yeni hükümlerle telefon dinlenmesi, amaç kapsam ve süre açısından yeni esaslara bağlanarak kısıtlanmıştır. Ayrıca, söz konusu kanunun ilgili maddesine eklenen yeni bir hükümle, bir avukatın ev ve büro telefonunun dinlenmesi de yasaklanmıştır.

*Elçi ve diğeri/Türkiye*<sup>389</sup> davasında 5 avukatın 1993'te evlerinin ve bürolarının güvenlik güçlerince yetkisiz biçimde aranmasının ve evraklarına el konulmasının 8. maddeyi ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Polisin el koyduğu evraklardan bir kısmının avukatların AİHK'ya müvekkilleri adına yaptıkları başvurularla ilgili olmasıdır. AİHM, bu davada haberleşme hakkına uygun olmayan bir müdahale bulunduğu görüşüne varmıştır<sup>390</sup>. *Niemitz/Almanya* kararındaki gibi yorum yapan AİHM, önce müdahalenin yasallığını değerlendirmiştir. AİHM, başvurucuların göz altına alınarak ev ve işyerlerinin aranması ve bazı belgelere jandarma tarafından el konulmasını tedbir öncesi ve sonrası savcı tarafından verilen bir onay olmadığı için yasal kabul etmemiştir. Aynı şekilde, savcı veya yargıç tarafından aramaya ilişkin bir garanti gündeme gelmemiş ve aramanın amacını ve kapsamını belirten yasal belge veya hiçbir sözlü yönlendirme önceden veya sonradan herhangi bir yasal otorite tarafından verilmemiştir. Ayrıca arama ve el koyma yaygın bir şekilde yapılmıştır ve imtiyazlı mesleki belgelere özel bir onay olmadan el konulmuştur. Bu sebeple AİHM, öncelikle yasallık unsurunun gerçekleşmediğine karar vermiştir<sup>391</sup>.

AİHK, Bern'de faaliyet gösteren Sovyet Novosti Haber Ajansı'nın İsviçre Makamlarınca kapanmasıyla ilgili olarak yapılan başvuruda, sözleşmenin 8. maddesinde herhangi bir aykırılık görmemiştir. Kapatılan ajansta çalışan İsviçre İşçi Partisi üyesi iki İsviçre'li gazeteci, ajansın kapatılması için gereken bilgilerin, İsviçre polisince ev ve işyeri telefonlarının dinlenerek toplandığından bahisle, özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğinden yakınmışlardır. AİHK, demokratik bir toplumda emniyet makamlarının milli güvenliği koruma amacıyla bu tür yöntemlerle bilgi toplama ihtiyacında olduğunu kabul ederek şikayeti reddetmiştir<sup>392</sup>.

Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve

<sup>389</sup> Başvuru No: 23145/93 ve 25091/94, 13.03.2004 tarihli karar.

<sup>390</sup> Özdek, s. 226.

<sup>391</sup> Üzeltürk, s. 253.

<sup>392</sup> Ünal, AİHS- İlkeler, s. 222.

özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasa ile öngörölmüş olmak koşulu ile söz konusu olabilir.

Komünikasyon, insan kişiliğine ilişkin boyutuyla kişiliğin gelişimi için son derece önemlidir. İnsanın kendisini mümkün olan en fazla kaynaktan bilgilendirmesi ve böylelikle kişiliğini geliştirmesi en temel ihtiyaçlarındandır. İnsanın medyayı kullanımına ilişkin davranışları hakkında kapsamlı bir bilgi sahibi olduğunda bile genellikle onun tüketim alışkanlıkları, politik yönelimleri, kişisel tercihleri veya antipatileri hakkında kapsamlı bilgi sahibi olunabileceği gibi, sadece somut olarak kişinin medyayı kullanması dahi bireyin özel yaşamına ilişkin çıkarımlar yapılmasına imkan verebilmektedir.

Bu çerçevede haberleşmeye katılan tarafların rızası olmaksızın haberleşmenin içeriğini öğrenilmesi haberleşmenin gizliliği hakkında bir müdahaledir. Özellikle kamusal organlar tarafından gerçekleştirilen haberleşme sürecinin hukuka aykırı olarak dinlenilmesi, temel haklar bakımından bir müdahale oluşturmaktadır. Bu nedenle haberleşmenin gizliliğinin hukuka aykırı olarak ihlal edilmesi suretiyle kişisel verilerin kaydedilmesi kullanılması devri gibi davranışlar aynı zamanda kişisel verilerin korunması hakkına da bir müdahale teşkil edecektir.<sup>393</sup>

#### **2.2.2.5. Türk Hukukunda Kamu Düzeni Nedeniyle Özel Hayatın ve Aile Hayatının Gizliliği'nin ve Konut Dokunulmazlığı'nın Sınırlandırılması**

Özel hayatın ve aile hayatının korunması ile konut ve haberleşme dokunulmazlıklarının korunmaları ve korunmalarının sınırları AY md. 20,21 ve 22'de düzenlenmiştir.

2001 Anayasa değişiklikleri ile AY. md. 20'de sayılan sınırlama sebepleri 21 ve 22 maddelerde tek tek sayılarak, özel sınırlama sebeplerinin diğer maddelere de şamil olup olmadığı tartışması son bulmuştur. Bu yeni sınırlama sebepleri Anayasa Komisyonu gerekçesinde belirtildiği üzere, AİHS md. 8/2 çizgisine daha yakındır.

---

<sup>393</sup> Şimşek ( Kişisel Veri ) ss. 148-153.



Değişiklikten sonraki haliyle AİHS md. 8'e paralel olan özel hayatın gizliliğine dair sınırlama sebepleri arasında AİHS de olduğu halde Anayasada bulunmayan kavramlar “kamu emniyeti, ülkenin iktisadi refahı, dirlik ve düzenin korunması”dır. Buna karşın Anayasada bulunup AİHS’de bulunmayan kavram ise “kamu düzeni”dir. Zaten kamu emniyeti, dirlik ve düzen ifadeleri kamu düzeni üst kavramı altında değerlendirilebilmektedir<sup>394</sup>. Zira öğretide de güvenlik, esenlik ve sağlık kamu düzeninin üç temel unsuru olarak kabul edilmektedir<sup>395</sup>.

İdari kolluğun sağlamak ve korumak durumunda bulunduğu kamu düzeni yukarıda açıkladığımız gibi, üç temel unsuru içermektedir. Bunlardan ilki, devletin korunmasından kazaların önlenmesine kadar geniş bir alana yayılan güvenlidir. İkincisi ise, maddi düzensizlik ve rahatsızlıkları engelleyen esenlik ve nihayet, bireylerin bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan korunması ve toplumun sağlık koşulları içinde tutulmasını öngören sağlıktır<sup>396</sup>.

Anayasa açısından yapılan sınırlamanın da Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması gerekmektedir. Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk öğretide özgül güvence olarak nitelendirilmiştir<sup>397</sup>.

2001 yılında AY. md. 20 ve 21’de yapılan değişiklikle arama için kural olarak hakim kararı; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de yetkili kılınan merciin yazılı emri gerekmektedir. CMK 119’da “hakim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler” demek suretiyle anayasadaki düzenlemeye paralel bir düzenleme getirilmiştir. Yine CMK md.120’ ye göre aranacak yerlerin sahibinin veya eşyanın zilyedi hazır bulunabilir; kendisi bulunmazsa temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri ya da kendisiyle birlikte oturan bir kişi ya da

---

<sup>394</sup> Er, s.123

<sup>395</sup> Üzeltürk, ss. 69-70; Er, s. 123 “Biyometrik yöntemlerin kullanımı açısından da kamu düzeni önemli bir sınırlama sebebidir. Ancak, kamu düzenini sağlamak için biyometrik yöntemlerin tercih edildiği alanların, milli güvenlik ve suç işlenmesinin önlenmesi gibi sebepleri de ilgilendirebileceği açıktır”

<sup>396</sup> Üzeltürk, s.70.

<sup>397</sup> Üzeltürk, s.82.

komşusu hazır bulundurulur. Bu zorunluluk rızai aramalar da dahil her tür konut ve işyeri aramaları için geçerlidir.

AY md 22’de garanti altına alınan haberleşmenin gizliliğine yine md. 22/2 de belirtilen sebeplerle müdahale mümkündür. Bu çerçevede Türk hukukunda çeşitli özel kanunlarda, alana özgü olarak bireyin haberleşmesinin gizliliğine müdahale imkanı tanındığı görülmektedir.<sup>398</sup>

Özel yaşamın gizliliği hakkı vasıtasıyla kişilik hakkına getirdikleri koruma boyutuyla bireyin kişisel verilerinin korunması hakkına da hizmet etmektedirler. Ancak Anayasa Hukuku bakımından sadece bu haklardan hareketle bireyin kişisel verilerinin korunması hakkı doğrudan doğruya çıkarılamamakta ve bütün boyutlarıyla korunamamaktadır. Bu haklar tek başlarına bireyin kişisel verilerinin yeni teknolojik gelişmeler karşısında korunması için kapsamlı bir korunmayı ancak kendi asıl koruma alanı içerisinde gerçekleştirebileceklerdir. Bunlar ise ilgili temel hakların kısmi garantileri şeklinde söz konusu olabilecektir. Ayrıca bu münferit temel haklar için AY’da da özel sınırlama sebepleri öngörülmüştür. Ancak bireyin kişisel verilerinin korunması hakkı, esas olarak kaynağını AY’daki kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı ve insan onurunda bulunan bağımsız bir temel hak olarak tanınması ve özellikle de bu konuda çıkarılacak özel bir kanun ile pratik bir anlam ve işlerlik kazanacaktır<sup>399</sup>.

Konuta ve eklentilere yönelik saldırılar aynı zamanda Konut dokunulmazlığını ihlal çerçevesinde TCK md. 160’da suç olarak düzenlenmiştir.

Devletin yükümlülüğü, yalnızca bu haklara yönelik müdahaleleri önlemekle sınırlı olmayıp aynı zamanda bu hakları güvence altına alma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Devlet bu çerçevede özel kişiler tarafından özel yaşama yönelik

---

<sup>398</sup> Şimşek ( Kişisel Veri ) s. 149. “Buna karşılık, iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması gibi haberleşmenin gizliliğine yapılacak müdahaleler karşısında, bireyin kişisel veriler üzerindeki hakkını yeteri derecede koruyan ve bu faaliyetler sırasında elde edilen kişisel verilerin tabi olacağı hukuksal esasları belirleyen temel bir yasal düzenlemeye gereksinim bulunmaktadır.”

<sup>399</sup> Şimşek ( Kişisel Veri ) s. 153.

müdahalelere karşı gerekli tedbirleri almak ve bunu ihlal eden kişi için gerektiğinde ceza yaptırımları öngörmekle yükümlüdür<sup>400</sup>.

### 2.2.3. Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü' nün Sınırlandırılmasında Kamu Düzeni (AİHS Md. 9)

Düşünce din ve vicdan özgürlüğü geniş kapsamlı bir özgürlüktür. Bu özgürlük her konuda kişisel görüşlerle birlikte bir dine ya da inanca sahip olmakta özgür olabilmeyi ve bunları bireysel ya da toplu olarak ortaya koyabilme özgürlüğünü içermektedir.

AİHS md. 9/2'de düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün hangi hallerde kısıtlanabileceğini belirtmektedir. Bu haklar ancak kamu düzeni, kamu güvenliği, genel sağlık, genel ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla kısıtlanabilir.

AİHS md. 9/2'den de anlaşılacağı üzere sınırlanmasına izin verilen hak ve özgürlükler burada sadece kişinin din ve inancını açıklama özgürlüğüdür. Düşünce ve vicdan özgürlüğü kişinin iç dünyasını ilgilendiren konular olarak kısıtlama kapsamı dışında bırakılmıştır<sup>401</sup>. Buradan hareketle, açıklanmadığı sürece, kişinin belli bir düşünceye vicdani ya da dini kanaate sahip olma ve bu kanaatleri değiştirme özgürlüğü sınırsızdır. Çünkü dışa vurulmayan düşüncenin farkında olabilmek mümkün değildir<sup>402</sup>. Düşünce, din ve vicdan özgürlükleri bireyin en gizli iç alanında

<sup>400</sup> Tezcan ve diğerleri s.168.

<sup>401</sup> Ünal, AİHS- İlkeler, s.235.

<sup>402</sup> Özdek, ss. 230-231, Mustafa Duran, "Düşünce Din ve Vicdan Özgürlüğü" "**İç yönü:** Bu haklara niteliği gereği kamu düzeni nedeniyle dokunulamaz. İnsani kişiliğe ilişkin bütün kanılar ahlaki, felsefi, dini, sosyal, politik, ekonomik ve bilimsel düzenler tarafından korunmuştur. İç görünüm bakımından AİHS 9 maddesinin ilk fıkrası olan "herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir" cümlesinde korunma altına alınan özgürlükler hiçbir sınırlamaya tabi tutulamaz. O kadar ki birinci fıkrada belirtilen bu haklara kamu düzeni gerekçesiyle dahi dokunulması mümkün değildir. AİHS 9. maddesinde tanınan düşünce, vicdan ve din özgürlüğü devletin müdahalesine tamamen kapalıdır. **Dış yönü:** Din ve vicdanın bireysel yada kolektif olarak kamusal ya da özel alanda çeşitli yöntemlerle açıklanabilmesi bu maddenin dış görünümünü içerisinde değerlendirilmelidir. Ancak pratikte bu bazı sorunlar doğurabilir. Örneğin, dini nikahın 9. madde nedeniyle gerekliliği ileri sürülemez. Dini ve vicdani inancın açıklamanın doğrudan yada dolaylı olarak engellenmesi 9. maddeye aykırılığı oluşturur.

yer alırlar. İnsanın kendi iç dünyasına ve akıl ile sezgilerine dayanan düşünme yolu herkese, tarih boyunca ve tüm rejimlerde açık olmuştur. Dışarıya vurulmadığı takdirde düşünce ürünlerini keşfetmek henüz bilimsel bir imkan içinde değildir. Bundan dolayı, düşünce hiçbir biçimde önlenemeyen en mutlak bir özgürlüktür. Dışarıya vurulmadığı sürece düşünce hukuk düzeninin konusu değildir<sup>403</sup>.

Bununla birlikte söz konusu özgürlüklerin açıklanmasına ilişkin dış yönün sınırlanması 9. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir.

### 2.2.3.1. Düşünce ,Vıdan Özgürlüğü ve Kamu Düzeni

Düşünce/kanaat özgürlüğü, demokratik bir toplumda, yasal teminat altında bulunması gereken temel özgürlüklerden biridir. AİHS md. 9 ile devletler, bireylerin “düşünce ve dini inanç özgürlüğünü” sağlayacak önlemleri almayı yüklenmişlerdir.

Düşünce özgürlüğü, kimsenin müdahalesi olmadan istediği düşünceye sahip olması anlamına gelmektedir. “Düşünce özgürlüğü, insan için, kişisel ve toplumsal yaşamın getirdiği bütün sorunlara vermek istediği yanıtları, kendi kendine seçme ve yanıtlama, davranış ve işlemlerini bu yanıtlara uygun hale getirme ve gerçek addettiğini başkalarına iletme olanağıdır<sup>404</sup>.

Vıdan veya inanç özgürlüğü ise bireyin Tanrı ve dinler konusunda dilediği tercihi yapabilmesi, siyasal iktidar sahipleri ya da diğer kişilerce yahut yasalar ya da herhangi başka araçlarla baskıya uğramaksızın bir dine inanma veya inanmama konusunda özgür olunması anlamına gelmektedir<sup>405</sup>.

AİHS md. 9 ile garanti altına alınan haklar, iç ve dış yönleriyle ikili görünüm ar etmektedirler. Bu özgürlükler bireyin en gizli iç alanında yer almaktadır<sup>406</sup>. Din ve

<sup>403</sup> Nicolaus Blum “Die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach Art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention, Duncker& Humblot, Berlin, 1990, s.83; Mumcu, Küzeci, s. 134.

<sup>404</sup> Kaboğlu, s.334 “ J. Rivero, Les Libertés publiques, Le – régime des principales libertés, PUF, 1980, s:130,131.

<sup>405</sup> Kaboğlu, s.364; Blum, s. 161.

<sup>406</sup> Tezcan, Erdem, Sancakdar, s. 416 ( forum internum )

inanç özgürlüğü çerçevesinde her şeyden önce forum internum olarak ifade edilen ve inanç özgürlüğünü kapsayan alan sınırsız olarak korunmaktadır. Bu alan özel alanın mutlak olarak korunan çekirdek bir alanını oluşturmaktadır ve bireyin bu alanı içerisinde kendisinin belirleme hakkı bulunmaktadır. Buna karşılık din ve inanç özgürlüğünün “forum externum” adı verilen dış alanı ise diğer insanlar karşısında belirli bir din veya inanca mensubiyeti ifade edebilme gibi hakları içermektedir.<sup>407</sup> Buna göre, iç görünüm bakımından taşınan temel özellik, bu özgürlüklere kamu düzeni nedeniyle dokunulamamasıdır. Din, vicdan ve düşünce özgürlüğünün dış yönü ise din ya da vicdanın bireysel ya da kolektif, kamusal ya da özel alanda çeşitli yöntemlerle açıklanmasıdır. Bu durumun pratikte sorunlar doğurmaması için sözleşmecî devletlerin iç hukuk düzenlemeleri de gereklidir. AİHS md. 9/2’ de sınırlanmasından söz edilen, bu özgürlüklerin açıklanmasıyla ilgili dış yönleridir. AİHS md. 8’de düzenlenen sınırlama nedenlerinden farklı olarak ekonomik nedenlerle ve kamu düzeni gerekçelerinden söz edilmemekle birlikte; kamu düzeni açısından bu durumun değişebilir. Kamu sağlığının korunmasına aykırılık nedeniyle, dini gerekçelerle tıbbi müdahalenin reddedilmesi, AİHS md. 9/2 vasıtasıyla korunmamaktadır<sup>408</sup>.

Düşüncenin özgür olması nedeniyle dışarıya vurulmadıkça düşünce sahibi olmanın ayrıca korunması yahut da sınırlanması mümkün değildir<sup>409</sup>. Dışa vurulmadığı sürece düşünce, herhangi bir istisna yada sınırlamaya izin vermemektedir.

Düşünce özgürlüğü ile ifade özgürlüğü arasında ayırım yapmayan anlayışa göre düşünce özgürlüğünün en önemli unsuru düşüncenin serbestçe açıklanabilmesidir. Açıklama kavramı, düşüncüyü savunma, başkalarına anlatma yayınlama, telkin etme ve önermeyi de içermektedir. Yani insanın serbestçe bilgilere ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden ötürü kınanamaması ve bunları tek başına ya da başkalarıyla birlikte dernek, sendika, toplantı vb. yollarla ve söz, basın, resim, tiyatro vb. araçlarla açıklayabilmesi, savunabilmesi ve yayabilmesi anlamına

---

<sup>407</sup> Oğuz Şimşek ( Kişisel Veri ) s. 137. “Kişinin din ve inancına ilişkin bilgiler onun “forum internum” u çerçevesinde bir çok uluslar arası belge tarafından hassas veri olarak kabul edilmiş ve kural olarak veri işleme yasağına tabi tutulmuştur.”

<sup>408</sup> Tezcan, Erdem, Sancakdar, ss. 416,417.

<sup>409</sup> Frowein, Peukert, s.368.

gelmektedir<sup>410</sup>. İfade hürriyeti, düşünce hürriyetinin uzantısı olarak ele alan görüşe göre ise bu iki özgürlük birbirinden ayrılması gereken iki amaca hizmet etmektedir. Düşünce özgürlüğü insanın kendisini entelektüel ve iletişimsel açıdan geliştirmesinde sağlarken; ifade özgürlüğü, kişinin bulunduğu toplumun demokratik olarak biçimlenmesinde pay almasını sağlamaktadır<sup>411</sup>.

Düşünce ve kanaat hürriyeti md. 9’da güvence altına alınan özgürlüklerden olmakla beraber, md. 10’da düzenlenen ifade özgürlüğü ile daha bağlantılıdır. Kaldı ki düşünce özgürlüğü AİHS md. 9’da düzenlenmiş olmasına rağmen 10. maddede de yer almaktadır. Çünkü ifade özgürlüğü, insanda var olan düşüncenin dışa vurumu olduğundan, yukarıda belirttiğimiz gibi, düşünce özgürlüğünün bir uzantısıdır. Düşünce özgürlüğü ilk bakışta hukuk alanında kendini göstermez. Düşünce, kişinin içsel yaşamının en gizli alanından kaynaklanmaktadır. Bu özgürlük maddede güvence altına alınan diğer özgürlüklerden farklı olarak herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın, mutlak anlamda korumaya sahiptir. Hukuk, amacı gereği ilke gereği sadece dışa vurulan toplumsal davranışlarla ilgilenmektedir ve bireyin iç alanı hukukça düzenlenemeyecek, sınırlanamayacak bir alan olduğundan iktidarın da müdahale alanı dışında kalmaktadır. Bu sebeple, salt düşünce özgürlüğüne getirilecek sınırlamalar demokratik toplumun gerekleriyle bağdaşmayacaktır.

Öte yandan düşünce kendiliğinden oluşmaz. Düşünceyi büyük ölçüde dış belirleyiciler hazırlar. Genel olarak toplumsal yapılar, iktisadi koşullar, kültürel miraslar ve kültür kodları düşünce yaşamını yönlendirmektedirler. Kitle iletişim araçlarının ve bunların tabi oldukları rejimin de düşüncenin oluşumunda etkisi büyüktür. Düşünce, doğası gereği iletişimsel ve geçişlidir. Sözle, yazıyla, öğretim yoluyla “düşünce ve kanaatlerin iletişimi”, toplumsal bir fenomen olarak doğrudan doğruya hukuk alanına girmektedir<sup>412</sup>. Buna rağmen, devletlerin vatandaşlarına bir ideoloji aşımaları ya da yanlı olarak bilgi yaymaları bu hürriyete ciddi bir müdahale olabilecektir. Ayrıca devletin tarafsızlığı bir yana bırakıp belli kanaatleri

---

<sup>410</sup> Tanör, s. 89.

<sup>411</sup> Tezcan, Erdem, Sancakdar, s.425.

<sup>412</sup> Kaboğlu, s.334. “iletişimin ilksel biçimleri olarak mektuplaşma, özel bir yerde ya da toplantıda konuşma vb. etkinlikler “özel yaşam alanı” çerçevesinde yasal korumadan yararlanmaktadır.”

taşıyan insanları farklı muamelelere tabi tutması da bu özgürlüğe müdahale anlamına gelecektir<sup>413</sup>.

Öğretide, düşünce özgürlüğü açısından AIHS md. 9 ve 10 arasındaki farklılığı *Campbell ve Cossans /İngiltere*<sup>414</sup> davasındaki değerlendirmelerden yararlanarak, şu şekilde ifade edilmiştir: “AIHS’nin 9. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemeye göre , herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir.. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. Sözleşmenin 9. maddesinde yer alan “düşünce” veya “düşünme” özgürlüğü kavramı, aynı maddede kullanılan “din”, “vicdan”, “inanç”, “ibadet” ve “ayin” kavramlarından da anlaşıldığı üzere felsefi öğreti bütünlüğüne sahip bir inanç anlamına gelmektedir”<sup>415</sup>. Bu konuda, hangi alanda olursa olsun, bireyin kendi gerçeğini tercih etme özgürlüğünün, ahlak ve din karşısında insan davranışını konu aldığı anda vicdan özgürlüğü adını aldığı belirtilmiştir. Kanaat özgürlüğünün din alanında dışa vurumu da ibadet özgürlüğünün kullanılması anlamına gelmektedir<sup>416</sup>.

Genel bir tespit olarak bir çok özgürlük, düşünce özgürlüğü için aracı bir işlev görmektedir. Buna karşın düşünce özgürlüğü de diğer özgürlüklerin önemli bir kısmı için besleyici bir niteliğe sahiptir. Diğer özgürlükler açısından da eksen bir konuma sahip olduğundan, düşünce özgürlüğüne ilişkin hukuki rejim diğer özgürlükleri de doğrudan etkileyecektir. Düşünce özgürlüğü ile özellikle ifade özgürlüğü arasında sıkı bağlar bulunmaktadır.

AIHS’te tanınan bu özgürlük, kanaatleri açıklanmasından dolayı kınanmamayı ve kanaatlerini açıklamaya zorlanmamayı da kapsar. Kanaat hürriyeti çoğulcu, demokratik rejimin ön şartıdır. Bu nedenle düşüncenin açıklanmasından

---

<sup>413</sup> Ali Okumuş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye’ de İfade Hürriyeti” Adalet, Ank., 2007, s.85.

<sup>414</sup> 25.02.1982 tarihli karar.; Gölcüklü ,Gözübüyük s.346.

<sup>415</sup> Şahbaz, s.49;Blum, s. 111; Grabenwarter, s. 258.

<sup>416</sup> Kaboğlu, s.335.

dolayı kınanma, düşünceyi açıklamamaya zorlanma vs gibi müdahaleler, düşünce özgürlüğünün anlamını kaybettirecektir.

### 2.2.3.2. Din veya İnançını Açıklama Özgürlüğü ve Kamu Düzeni

Din özgürlüğünün temelini inanç alanı oluşturmaktadır. İnanç özgürlüğü ise, hiçbir tanrısal ya da dinsel inanca sahip olmama, bundan ötürü kınanmama veya ayrıma tabi tutulmama hak ve dokunulmazlıklarını kapsamaktadır. Kimse dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz. Değişik din ve mezheplere tabi olma ya da bunların dışında kalma, dini inanç özgürlüğü kapsamında anlam kazanmaktadır<sup>417</sup>. 9. madde ateistler, agnostikler, septik ve inançsızlar açısından da değerli bir koruma sağlamaktadır<sup>418</sup>. AİHS md. 9'un kapsamına anne babaların kendi inançlarına ya da dünya görüşlerine göre çocuklarını eğitmek ve o yönde eğitim almalarını isteme hakları bulunmaktadır<sup>419</sup>.

AİHS md. 9'un sağladığı garanti, inanç sahibi olmayı ve özel alanda ya da kamuya açık olarak yalnız ya da başkalarıyla inancını açıklamayı ve tanıtmayı da kapsamaktadır<sup>420</sup>.

AİHM'e göre konviksiyon basit kanaat ve fikirlerden ayrılır. Ve belli derecede gücü, ciddiyeti, önemi ve uyumu yansıtan görüşleri ifade eder. Konviksiyonlar uhrevi ya da felsefi olabilir.

Bir inanca sahip olma hakkı, farklı dinsel konviksiyonlar karşısında devletin yansızlığı ilkesini gerekli kılar. Önce, herkes için veya dine kendi tercihihine göre sahip olma veya onu benimseme özgürlüğü gelir. Sonra dinsel konviksiyon ya da inancı bulunmama serbestliği geçerlidir. Hiçbir zorlama veya zarara uğramaksızın konviksiyon veya din değiştirme özgürlüğü vardır<sup>421</sup>.

<sup>417</sup> Tezcan, Erdem, Sancakdar, ss.416-417 ; Gölcüklü, Gözübüyük, s. 350;Kaboğlu, s:364.

<sup>418</sup> Grabenwarter, s. 256.

<sup>419</sup> Frowein Peukert,,s.368.

<sup>420</sup> Grabenwarter, s. 257. Bkz. Kalaç / Türkiye Kararı.

<sup>421</sup> Kaboğlu, s.365.



Din ve inanç özgürlüğü, bireylerin istedikleri din ve inancı benimseme özgürlüğü kadar, dini bir inanca sahip olmama, dinlere karşı ilgisiz kalma özgürlüğünü de içermektedir. Devletler, belli bir dini ya da inancı benimsemiş bireylerin -benimsedikleri dini inancın o ülkedeki yaygınlık derecesi ne olursa olsun- farklı din veya inançtaki bireyleri baskı altına almasını, onların din ve inanç özgürlüğünü zedelemesini önlemekle görevlidirler<sup>422</sup>. Din veya inancı ortaya koyma özgürlüğü, tapınma, ibadet etme, dinin ya da inancın kurallarını uygulamayı, dinin veya inancın gereklerini öğrenme gibi geniş ölçüde bir çok fiili kapsamaktadır. Tapınma, inancı doğrudan açıklamaya yönelik ayinsel ve törensel eylemleri ve bu tip eylemlerin bir parçasını oluşturan ibadet yerleri inşa etme, törensel objelerin kullanılması, sembollerin teşhiri, tatillere ve dinlenme günlerine uyulmasını da içermektedir. Bunun yanı sıra beslenme ile ilgili belirli adetleri, belirli kıyafetlerin giyilmesini veya başörtüsü takılmasını, hayatın belirli aşamalarıyla ilgili törenlere katılmayı, belirli bir grubun kullandığı belli bir dili konuşmayı içerebilir. Yine inancın uygulanması ve öğretilmesi, belirli din gruplarının temel faaliyetlerinin ayrılmaz bir parçasını oluşturan dini liderleri, rahipleri, din eğitimini verecek olan öğretmenleri seçme, seminerler düzenleme veya dini okullar açma, dini metinler ve dini yayınlar hazırlama ve dağıtma özgürlüğünü de kapsamaktadır<sup>423</sup>.

Bu suretle kendi dini inançlarına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olan bireyler, çağdaş ve demokratik bir ülkede, farklı din ve inançlara saygı göstermekle yükümlüdürler<sup>424</sup>. AİHS'te din ve inanç özgürlüğü din veya inancını seçme özgürlüğünü içerdiği gibi, bir kimsenin din veya inancını değiştirme, ateist olma ve aynı zamanda din veya inanç değiştirmeme hakkını da içerir.

AİHM, sözleşmenin 9. maddesinde korunan düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü, demokratik bir toplumun temeli olarak kabul etmektedir<sup>425</sup>. Din özgürlüğü, demokratik toplumların çoğulculuk ilkesi çerçevesinde yorumlayarak,

---

<sup>422</sup> Reisoğlu, s. 59.

<sup>423</sup> Blum, s. 111; Uyar ss.56-57, BM. Düşünce Vicdan ve Din Özgürlüğü Yorumu 1993, Genel Yorum No 22.

<sup>424</sup> Blum, s. 114.

<sup>425</sup> Frowein Peukert, s. 368.

yalnız inananlar için değil, inançsızlar için de gerekli ve değerli bir özgürlük olarak değerlendirilmektedir<sup>426</sup>.

Bireylerin farklı din ve inançları benimseyebilmesi özgürlüğünün ve devletlerin farklı din ve inançlar karşısında yansız bir tutum içinde bulunma zorunluluğunun doğal bir sonucu olarak, demokratik bir toplumda kimse devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzeninin, tamamen veya kısmen, belli bir dini inancın kurallarına dayandırılmasını istemek hakkına sahip değildir. Bununla beraber devletlerin bireyleri, belli bir inanca yöneltmeye, belli bir dini faaliyete katılmaya, belli bir dini inançtan veya faaliyetten uzaklaştırmaya yönelik etkinliklerden kaçınmaları gerekmektedir<sup>427</sup>.

AİHS md. 9'da dini inancı değiştirme özgürlüğü de dini inanç özgürlüğünün kapsamındadır. Ne var ki dini inanç özgürlüğü mutlak bir hak değildir. AİHS md. 9/2'de bu özgürlüğün sınırlanma şartları ve sebepleri öngörülmüştür.

Diğer hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında olduğu gibi dini inanç özgürlüğü açısından da sınırlamanın her halde kanunla olması gerekmektedir. Kamu düzeni, kamu güvenliği, genel sağlık ve ahlak yine özgürlüğün sınırlandırılmasında hukuka uygunluk sebebi yani meşru amaç olarak karşımıza çıkmaktadır. Aslında tıpkı “din” gibi içinde bulunduğu toplumun tarihi ve sosyopolitik şartlarına göre bir ülkeden diğerine farklılık göstermektedir<sup>428</sup>. “Dini inancı açıklamada izlenen yol (ayinler, kıyafet vs.), belli bir ülkenin koşullarında kamu güvenliğine, kamu düzenine aykırı bir nitelik taşımadığı halde, başka bir ülkenin sosyopolitik şartlarında, yaygınlık derecesi, olası etki ve gelişmeler dikkate alındığında, kamu güvenliğine, kamu

---

<sup>426</sup> 25.05.1993 tarihli karar, Gözübüyük, Gölcüklü, s.347, Özdek, s. 231. “Mahkeme Kokkinakis kararında 9. maddede tanınan hakkın dinsel boyutunun, yalnız inananların kimliği ve yaşam anlayışlarının en hayati unsurlarından birini oluşturmakla kalmadığını, aynı zamanda ateistler, agnostikler, şüpheçiler ve ilgisizler için de değerli olduğunu dile getirmiştir. Aynı kararda AİHM, 2. fıkrayı yorumlarken de demokratik toplum ilkesinden hareket etmiş ve muhtelif dinlerin birlikte bulunduğu demokratik toplumlarda çeşitli grupların çıkarlarını uzlaştırmak ve herkesin inancının saygı görmesini sağlamak için bu özgürlüğün sınırlanmasının gerekli olabileceğini belirtmiştir.”

<sup>427</sup> Reisoğlu, s. 60.

<sup>428</sup> Blum, s.84.

düzenine aykırı olabilecektir. Önemli olan nokta, din ve inanç özgürlüğüne şartlarının haklı kılmadığı sınırlamaların getirilmemesidir<sup>429</sup>.

İbadet özgürlüğünün sınırlanması açısından, sınırlamanın uygun, gerekli ve ölçülü olmasının kontrolü çok büyük önem taşımaktadır<sup>430</sup>.

Din ve inançtan kaynaklanan tüm davranışlar, din ve inanç özgürlüğünün kapsamında, din ve inancın uygulaması olarak değerlendirilemez. Din ve inanç ilke olarak bireyin kişisel dünyasına ilişkin bir olaydır. Dini inançtan kaynaklansa bile, kişisel sınırları aşarak, kamusal alana yönelen politik bir amaca ya da akıma hizmet eden tutum ve girişimler dini inancın bireysel uygulaması olarak nitelendirilemez ve AİHS md 9’ da bildirilen korumadan yararlanamaz<sup>431</sup>.

Din özgürlüğüne yönelik tehditlerin çok yönlülüğü, ona saygı için alınacak önlemlerde de hukukun sınırlarından taşarak toplumsal boyutlar kazanmaktadır.

AİHK’ye yapılan *Arrowsmith* <sup>432</sup> başvurusunda, şikayetçi Kuzey İrlanda’daki İngiliz askerleri arasında bildiri dağıtarak, onları inançları yüzünden askerlikten kaçınmak için teşvik etmiş ve bu yüzden yargılanarak cezaya çarptırmıştır. Şikayetçi, kendisinin pasifist olduğunu da belirterek İngiltere’ nin AİHS md. 9’a aykırı hareket ettiğini bildirmiştir. Pasifizmin de 9. maddenin korumasından faydalanacağını belirleyen Komisyon, bildiri dağıtılarak bu inancın açığa vurulmasının, bu çerçevede değerlendirilemeyeceğini, milli güvenlik ve orduda düzenin sağlanması açısından yapılan müdahalenin meşru ve yerinde olduğunu belirtmiştir<sup>433</sup>. Komisyon aynı doğrultuda, daha önce vermiş olduğu kararlarda da, askerlikten kaçmak için vicdani

<sup>429</sup> Blum, s.102; Reisoğlu, s. 62.

<sup>430</sup>Frowein, Peukert, s. 381, Grabenwarter, s. 257. “ AİHM, Kokkinakis incelemesinde sınırlamanın kontrolünün önemli olduğunu vurgulamış ve de kararda Yunan ceza kanunlarının Yehova Şahitlerine karşı ölçüsüz bir şekilde uygulandığı sonucuna varmıştır.

<sup>431</sup> Buraya bir karar eklenecek ve de altına o karardan örnekleme yapılacaktır.

<sup>432</sup>

<sup>433</sup>Başvuru No: 7050/75 Ünal, AİHS – İlkeler, s. 234; Frowein, Peukert, s. 381;.

kanaat ve dini inançlarını öne sürerek bu görevden kurtulamayacaklarını belirtmiştir<sup>434</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu zamanında, 9. md. çerçevesinde dini icaplarını yerine getirmek için zorunlu araçlardan bazılarını talep eden hükümlülerin bu isteklerinin reddedilmesi, kamu düzeni, hükümlülerin güvenliği ve cezaevi disiplini açısından AİHS md. 9/2 anlamında haklı görülebileceği yönünde karar verilmiştir<sup>435</sup>. Dini inanç icaplarının cezaevi disiplinini bozmadığı sürece yerine getirilebileceği yine belirtilmiştir<sup>436</sup>. Tutuklu ve hükümlüler açısından, AİHK, kamu düzeni, güvenliği, kimlik teşhisi açısından bir hükümlüye sakal bırakma yasağı koyulmasının, ya da hücre cezası çektiği sürece ibadet yasağı koyulmasının sözleşmeye aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Hollanda aleyhine yapılan başvuruda<sup>437</sup>, Hollanda Yargıtay'ı 30 Kasım 1848 tarihli Hollanda Anayasasının 184. md. si ile AİHS md. 9'un bağdaşp bağdaşmadığını incelemiştir. Hollanda Anayasa Mahkemesi incelemesinden geçen davada 19 Ocak 1962 tarihli kararda Hollanda Anayasasının 184. maddesinin kamu düzenini koruma amacına yönelik olduğu maddenin AİHS md. 9 ile çelişmediği sonucuna varılmıştır.

Hollanda aleyhine Komisyona yapılan bir başvuruda başvurucu, sığırlarda veremin önlenmesi için aşı yapılmasını öngören Hollanda mevzuatının AİHS md. 9'a aykırı olduğundan bahisle, Protestan Klisesi'nin sütçü çiftçilere genel yasal yükümlülükler getirilmesine karşı çıktığını ve kendisinin de bu kilisenin üyesi olduğu için bu zorunluluğun dini inanca aykırı olduğunu bildirmiştir. Komisyon, demokratik bir toplumda bu tür yükümlülüklerin zorunlu olduğunu, kamu sağlığının

---

<sup>434</sup> Ünal, AİHS- İlkeler, s. 234 “aynı şekilde İsviçre’yle ilgili bir olayda (baş. No: 0640/83) askerlik görevini yapmayı reddeden şikayetçinin yargılanarak cezalandırılmasında da 9. md. Ye aykırılık görmemiştir. Keza benzer bir olayda (baş. No: 7705/76 askerlik görevinden kaçınan şikayetçiye alternatif olarak sivil bir hizmet önerilmiştir. Şikayetçinin bu görevden de muhaf tutulması talebinin Alman makamlarınca reddedilmesi, sözleşmeye uygun bulunmuştur.

<sup>435</sup> Frowein, Peukert, s.380, Ünal, AİHS- İlkeler, s.235.

<sup>436</sup> Frowein, Peukert, s.380. “Yahudilikten Budizme geçen birinin, dininin buyruğu olan çene sakalı uzatması, kimlik teşhisini zorlaştırdığı için, yasaklanması gereklilik olarak görülmüştür. Aynı kararda, güvenlik ve cezaevi disiplininin korunması sebebiyle cezaevine tesbih sokulması yasaklanmış ve cezaevi koşullarında yapılan sınırlamanın ölçülü ve gerekli olduğu tespit edilmiştir.

<sup>437</sup> Ünal, AİHS- İlkeler, s. 236; 1848 Tarihli Hollanda Anayasası’ nın 184. maddesi şöyledir: “Bina dahilinde ve kapalı yerlerdeki bütün dini törenlere, kamu düzeni ve sükuneti sağlayacak gerekli önlemler alınmak şartıyla izin verilmelidir./Bu yerler dışındaki törenlere ise, mevcut kanun ve düzenlemeler elverdiği ölçüde, aynı şartlarla izin verilmeye devam edilecektir.”

korunması gerektiğini belirterek Hollanda mevzuatındaki söz konusu durumun modern bir toplumda kamu yararına alınmış bir önlem olarak AİHS'ye aykırı olmadığı sonucuna varmıştır<sup>438</sup>.

Komisyon yine kamu sağlığı (genel sağlık) gerekçesiyle “motor kullanırken türbanını çıkartmaya zorlanmasının kendi güvenliği açısından haklı bir müdahale olduğu görüşündedir”<sup>439</sup>.

*Kalaç/Türkiye* başvurusunda<sup>440</sup> başvuru, askeri yargıçlık görevinden zorunlu olarak emekli edilmesinin, dini inanç ve uygulamalarına dayandığını ve bu nedenle din özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvuru, zorunlu emekliliğine gerekçe olarak gösterilen<sup>441</sup> “kanun dışı fundamentalist fikirler”in ne şekilde anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak iç hukukta herhangi bir hüküm bulunmadığını ileri sürmüştür. Dininin gereklerini yerine getiren bir Müslüman olarak günde beş vakit namaz kılmış ve Ramazan ayında oruç tutmuştur. Hükümetin, ilk kez, yargılama usulleri henüz Mahkeme önündeyken sunduğu belgeler, varlığından bile haberdar olmadığı, fundamentalist Süleymancılık tarikatının bir üyesi olduğuna dair herhangi bir kanıt oluşturmamaktadır. Bunun ötesinde Yüksek Askeri Şura'nın kararı Anayasa'nın 139. Maddesinde öngörülen hakimlik teminatı ilkesini ihlal etmiştir. Hükümet, Mahkeme'ye, Kalaç'ın Silahlı Kuvvetlerin bir üyesi olarak kalmasına izin verilip verilmeyeceğinin, sorunun temelini teşkil ettiğini belirtmiştir. Zorunlu emeklilik kararı, din, vicdan veya inanç özgürlüğüne bir müdahale olmayıp, aksine Türk ulusunun temeline yani Silahlı Kuvvetlerin güvence altına almakla sorumlu olduğu laikliğe karşı bağlılık duymayan bir kişinin askeri hukuksal hizmetten uzaklaştırılmasını amaçlamaktadır. Başvuru Süleyman tarikatına bağlı olup, resmi olmasa da hukuk dışı fundamentalist eğilimlere sahip olduğu bilinen Süleyman topluluğunun faaliyetlerine katılmıştır. Dilekçeye eklenen çeşitli belgeler göstermektedir ki, başvuru, bu topluluğa hukuki yardımda

---

<sup>438</sup> Ünal, AİHS- İlkeler, s.235.

<sup>439</sup> Ünal, AİHS- İlkeler, s.235. “Komisyon, İngiltere’ de cezaevinde bulunan bir Hintli Sihe hücresinin tabanının temizletirilmesinin de, diğer hükümlülerin sağlığı açısından gerekli bir önlem olduğu görüşündedir.

<sup>440</sup> Başvuru No: 61/1996/680/870 1 Temmuz 1997 tarihli AİHM kararı.

<sup>441</sup> Kalaç- Türkiye kararı ( p. 8)

bulunmuş, eğitim toplantılarına katılmış ve tarikat üyesi olan kişilerin hizmet görevlisi olarak atanmasına yardımcı olmuştur. Bu belgeler doğrultusunda üst düzey beş ordu mensubundan oluşan bir komite, grup lideri Kalaç'ın, tarikat liderlerinden talimat alarak ve bunları uygulayarak askeri disiplini bozduğu ve Askeri Personel Kanunu'nun 50(c) bölümü uyarınca zorunlu olarak emekli edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Yüksek Askeri Şura, kararını, Yüksek Komuta ve Hava Kuvvetleri Komutanının da kabul ettiği bu görüşe dayandırmıştır.

Son olarak, Türkiye'de ister Müslüman ister başka inançlara sahip olsun, Silahlı Kuvvetlerde görev yapan herkese dininin gereklerini yerine getirme imkanı sağlanmıştır. Bununla birlikte, 9. maddenin sağladığı koruma, bir hizmet görevlisine ilişkin davada, üyelerinin faaliyetlerinin ordudaki hiyerarşik dengeyi bozması muhtemel olan kökten bir hareketin üyeliği yönünde genişletilemez.

Komisyon, Hükümetin sunduğu belgelere dayandırdığı görüşünde, başvuruçunun zorunlu emekliliğinin md. 9/1 gereğince güvence altına alınan hakka müdahale niteliği taşıdığını belirtmiş ve ilgili hükümleri keyfi kararlara karşı korumada yetersiz görerek, söz konusu müdahalenin ikinci paragraf bağlamında kanunda yer almadığı Delege, Hükümetin, Mahkemeye verdiği dilekçesine dayanarak, Komisyon önündeki işlemler süresince, "ulusal güvenlik açısından sır" olarak ifade edilen belgeler ortaya attığını gözlemlemiştir. Her halukârda, bu belgeler, Bay Kalaç'ın bir tarikatla bağlantısı olduğu iddiasını desteklememektedir.

Mahkeme, din özgürlüğünün esas olarak bireysel bir vicdan meselesi olduğunu yinelemekle beraber, bir kişinin sadece toplum önünde kendisiyle aynı görüşü paylaşan kişilerle birlikte değil, tek başına ve özel olarak da dinini açıklama hürriyetine sahip olduğunu belirtmiştir<sup>442</sup>. AIHS md. 9, ibadet ve ayin veya öğretimini yapmak suretiyle bir kişinin dinini veya inancını açıklama biçimlerini içermektedir. Buna karşın 9. madde bir din veya inanç tarafından yönlendirilmiş her

---

<sup>442</sup> Bkz. 25 Mayıs 1993 tarihli Kokkinakis-Yunanistan davası, Seri A, s.17, p.31

hareketi korumamaktadır. Bununla birlikte bir bireyin, dinini açıklama hürriyetini kullanırken, özel durumunu göz önünde bulundurması gerekebilir<sup>443</sup>.

Kalaç, askeri bir görev seçerek, doğası itibariyle Silahlı Kuvvetler mensuplarının belli hak ve özgürlüklerine, sivillere uygulanması mümkün olmayan sınırlamalar getirilmesi olasılığını içeren askeri disiplin sistemini kendi isteğiyle kabul etmiş olmaktadır.<sup>444</sup> (bkz.8 Haziran 1976 tarihli Engel ve diğerleri-Hollanda davası, Seri A, no.22, s.24, p.57) Devletler, özellikle askeri hizmetin gereklerini yansıtan kurulu düzene aykırı şu veya bu şekilde bir tutumu yasaklayarak, orduları için disiplin kuralları benimseyebilirler.

Başvurucunun, askeri yaşamın getirdiği sınırlamalar çerçevesinde, bir Müslümanın dininin gereklerini yerine getirebilmesine itiraz edilmemektedir. Örneğin, özellikle günde beş vakit namaz kılmasına ve Ramazan ayında oruç tutmak, Cuma günleri camide vaazlara katılmak gibi diğer dini görevlerini yerine getirmesine izin verilmiştir.

Yüksek Askeri Şura'nın kararı, grup lideri Bay Kalaç'ın dini fikirleri, inançları ya da dini vazifelerini yerine getirme tarzı değil tutum ve davranışları dikkate alınarak verilmiştir. (bkz. P.8 ve 25) Türk yetkililere göre Bay Kalaç'ın bu tutumu askeri disiplini bozmuş ve laiklik ilkesini ihlal etmiştir.

Mahkeme, buna göre, başvurucunun zorunlu emekliliğinin, böyle bir karara başvurucunun dinini açıklama şeklinin neden olmamasından ötürü, md. 9'da güvence altına alınan hakka müdahale anlamına gelmediği sonucuna varmıştır.

Komisyonunda azınlık görüşü olarak, dini bir inancın reklamının yapılmasının cezalandırılmasının mümkün olmaması yönünde görüş belirtilirken yine dini ibadethanelerin imar normlarının ve bu binaların kullanılmasının da 9. maddeye göre sınırlandırılması mümkün görülmektedir<sup>445</sup>.

---

<sup>443</sup> Blum,s. 64.

<sup>444</sup>

<sup>445</sup> Frowein, Peukert,s. 381.

### 2.2.3.3. Türk Hukukunda Kamu Düzeni Nedeniyle Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü'nün Sınırlandırılması

Kişinin dinsel alanında kişisel verileri üzerindeki hakkı, forum internum alanında mutlak olarak korunurken, ibadet özgürlüğü alanında belirli koşullara altında korunmaktadır. Anayasa'nın 24. md. sinde inanç boyutuyla din ve inanç özgürlüğünü sınırsız olarak korurken, ibadet özgürlüğünü, AY md14 hükümlerine aykırı olmamak yani md 14'te korunan değerler bakımından kötüye kullanılmamak şartıyla garanti etmiştir<sup>446</sup>. Hatta din ve inancı açıklamaya zorlanamama ve bunlardan dolayı kınanamama olağanüstü dönemlerde dahi korunmuştur. Gerek AİHS md15'te gerekse 1982 AY md 15'te olağanüstü dönemlerde dahi “kimsenin düşünce, din ve vicdani kanaatleri açıklamaya zorlanamama ve bunlardan dolayı kınanamama” garanti altına alınarak, bu alan mutlak olarak korunmuştur<sup>447</sup>.

AYM, semavi olmayan dinlerin de Anayasanın koruması altında bulunduğu, dinleri semavi–semavi olmayan şeklinde ayırmanın Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir<sup>448</sup>. Buna karşın 1587 sayılı nüfus kanununun 43. maddesinde yer alan ve bireye “dinini” açıklama zorunluluğu getiren hükmü, din özgürlüğüne ve Anayasa ya aykırı bulmamıştır<sup>449</sup>. Anayasa Mahkemesi, Anayasada yasaklanın, kişinin dininin bir ayırım ve eşitsizlik ögesi olarak kullanılması ve laik devlet düzenine ters düşecek uygulamaların yapılması olduğunu, burada dini inanç ve kanaatler yönünden herhangi bir zorlama olmadığı gibi bir kınama ve suçlamanın

---

<sup>446</sup> Özbudun, s. 77vd, Tanör, Yüzbaşıoğlu, s.153 vd.

<sup>447</sup> Şimşek ( Kişisel Veri ) ss. 137- 138.

<sup>448</sup> Kaboğlu, s,365.

<sup>449</sup> Kaboğlu, s.366.Nüfus kütüğündeki “İslam” kaydını mahkeme kararıyla sildiren davacının, “Bahai” kaydının işlenmesi istemini reddeden Nüfus Müdürlüğü işlemi iptal amacıyla İdare Mahkemesi' nde dava açılmış, ancak mahkeme Bahailiği bir tarikat olarak addetmiş ve istemi reddetmiştir. Bu kararın bozulması amacıyla yapılan temyiz başvurusunda Danıştay, 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 43. maddesindeki “dini” sözcüğünün Anayasanın 2. ve 24. maddelerine aykırı olduğu görüşüyle , anılan yasa maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesi' ne başvurmuştur.Anayasa Mahkemesi ise 5 e karşı 6 oyla iptal istemini reddetmiştir. Anayasa mahkemesi 1979 ve 1995 te verdiği kararlarda Anayasa' ya aykırılık iddiasını reddetmiştir. 1979/9 E, 1979/44K AYMKD-17,s:341; 1995/17E, 1995/16K, 21.6.1995.



söz konusu olmadığı sonucuna varmıştır. AY. md. 24/2 hükmünün inanç ve kanaate öğrenme biçiminde de olsa müdahale edilemeyeceğini öngörmektedir.<sup>450</sup>

AYM ayrıca, dini inanç ve kanaat kavramını, sadece demografik bir bilgi olarak ya da kişilik bilgisi olarak aile kütüğüne yazılacak “dini bilgisi” ile sınırlamanın olanaklı olmadığını ifade etmiştir. AYM’ye göre AY’da yasaklanan, kişinin dininin öğrenilmesi değil dini inanç ve kanaatlerin zorla açıklattırılmamasıdır. Ayrıca kişi dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamayacak ve suçlanamayacaktır. Bu iki husus birbirini tamamlamaktadır. Dolayısıyla mahkemeye göre nüfus Kanunu’nun 43. maddesi Kanun’un Tümüyle birlikte incelendiğinde AY md. 24’te ifadesini bulan dini inanç ve kanaatlerin zorla açıklanamaması ve dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kişinin suçlanmaması kınanmaması ile hiçbir ilgisinin olmadığı anlaşılacaktır. Dolayısıyla burada dini inanç ve kanaatler yönünden herhangi bir zorlama olmadığı gibi, bir kınama ve suçlama da söz konusu değildir. Sonuç olarak mahkemeye göre nüfus kanununun 43. maddesi zorlayıcı bir hüküm içermemektedir. Kişinin dini kanaatlerinin değil bilakis kamu yararı, kamu düzeni ve sosyal gereksinimlerle ilgili olarak göz önünde bulundurulmak üzere dininin ne olduğunun açıklanması söz konusu olmaktadır ki, bu kuralın zorlayıcı bir niteliği ve zorlama ile bir ilişkisi bulunmamaktadır. Bu nedenlerle AYM; Nüfus Kanunu’nun 43. maddesini AY’ye aykırı bulmamıştır<sup>451</sup>.

Dini açıklamanın yasal zorunluluğa bağlanması, din özgürlüğünü zedelemektedir. Kişi kanaat ve dinini veya dine inançsızlığını ortaya koymak istemeyebilir. Bunlar insan için kutsal ve dokunulmaz alanlardır ve Anayasanın dini

---

<sup>450</sup> Şimşek (Kişisel Veri ) s. 138. “AYM’ye göre AY md 24/3’te ifadesini bulan “kimse... dini inancı ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz” hükmünden, kişilerin hangi dine bağlı olduklarının bir bilgi olarak resmi kayıtlara geçirilemeyeceği anlamı çıkmamaktadır. AYM, AY’nin zorlamayı ve yasaklamayı yasakladığını, zorlamanın ise “dini inanç ve kanaatlerin açıklanması”yla ilgili olduğunu belirtmiştir.

<sup>451</sup> Öte yandan AYM’nin bu karara muhalif kalan üyeleri, Nüfus Kanunu’nun 43. maddesinin AY md 24’te ifadesini bulan dini inancı veya kanaati açıklamama özgürlüğünü ortadan kaldırdığını, kişinin iç dünyasında kalması gereken bir durumun, açıklanması anlamına geldiğini, bu yasal düzenleme ile kişinin dinini nüfus idarelerine beyan ve açıklamak zorunda bırakıldığını ifade etmişlerdir. Öğretide de bu hükmün kişinin dininin yasal olarak açıklamaya zorlanması anlamına geldiği ve din özgürlüğünü zedelediği ifade edilmiştir. Bkz. Şimşek, ( Kişisel Veri ) s. 139.

inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanmama ve suçlanmama ilkesi ancak açıklamama ile geçerli kılınabilir<sup>452</sup>.

#### 2.2.4. İfade Özgürlüğü'nün Sınırlandırılmasında Kamu Düzeni (AİHS Md.10)

AİHS md. 10'da düzenlenen ifade özgürlüğü, görüşleri açıklayabilme, düşünce ya da kanaat sahibi olabilme, bilgi ve fikir alıp vermeden oluşan bir bütündür. AİHS md. 10'da vücut bulan özgürlükler, demokratik bir toplumun dayanakları ve de toplumdaki bireylerin ilerlemesi ve gelişmesinde en etkili özgürlüklerdir. Bu özgürlükler bilgi edinme hürriyeti ile başlayıp AİHS md. 9'da düzenlenen düşünce ve kanaat özgürlüğü ile devam eden ve daha sonra ifade özgürlüğü ile doruk noktasına ulaşan bir doğru izlemektedir.

İfade özgürlüğü, ülkesel sınırlarla bağlı olmaksızın her çeşit bilgi ve fikri, sözlü, yazılı ya da basılı biçimde sanat eserleri biçiminde ya da kişinin kendi seçeceği herhangi bir başka biçimde araştırma, edinme ve iletme özgürlüğünü de içermektedir<sup>453</sup>.

Siyasal ve sivil toplum kanaatlerin serbest değişimiyle beslenmektedir. Bu açıdan demokrasinin işleyişini sağlayan fikri tartışmalar doğru ya da yanlış değerlendirmesinin dışında kalmaktadır. Çünkü fikirlerin çatışması, bireylerin kendilerine özgü kanaat oluşturmalarına olanak verir<sup>454</sup>. AİHM'in *Lingens/Avusturya*<sup>455</sup> kararında da belirtildiği üzere, felsefi, ideolojik ya da dinsel olsun, denetim dışı kalan bireysel kanaatler ve toplu anlayışlar karşısında devlet ve organları tarafsızlık göstermekle yükümlüdürler<sup>456</sup>.

---

<sup>452</sup> Kaboğlu; s.367.

<sup>453</sup> BM Düşünce Özgürlüğü Yorumu 1993, Genel Yorum No: 10. , Lema Uyar, Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları, İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları s. 18.

<sup>454</sup> Kaboğlu, s. 339. *Lingens/ Avusturya* Kararı

<sup>455</sup> 08.07.1986 tarihli karar, seri A no:103.

<sup>456</sup> *Ibing*, s. 163.

Yargıtay, ifade özgürlüğü ile ilgili olarak sınırlama olmadan dirlik ve düzen sağlanamayacağı için, düzen ve özgürlük arasında makul bir denge kurulması gerektiği görüşündedir<sup>457</sup>. Hak üzerindeki sınırlandırmalar, diğer bireylerin menfaatleri ya da genel olarak tüm toplumun menfaatinin söz konusu olduğu hallerde mümkün olmaktadır.

AİHS’te ifade hürriyeti sınırlandırılabilen bir özgürlük olarak düzenlenmiştir. Öyle ki AİHS md. 10/2’de en uzun sınırlama nedeni kataloğu bulunmaktadır<sup>458</sup>. İfade hürriyetinin sınırlandırılması, bu hürriyetin gerçekleştirilebilmesi için bir gerekliliktir. Öte yandan öğretilerde İfade hürriyetinin diğer hürriyetler için bir nevi lokomotif hürriyet olması nedeniyle daha az sınırlandırılması gerektiği<sup>459</sup> de savunulmuştur. Pratik bir önem arz edebilmesi açısından ifade özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. İfade özgürlüğünün kişi ve toplum bakımından taşıdığı önem ve sağladığı faydalarla diğer taraftan toplumsal düzenin sağlanması arasındaki denge ifade hürriyetinin sınırlarını belirlemek açısından önemlidir. Bu menfaatlerin dengelenmesi aynı zamanda ifade hürriyetinin sınırlarını da belirlemektedir. Bu denge hem bu hürriyetin kötüye kullanımını önleyecek, hem de bu özgürlükten herkesin yararlanmasını sağlayacaktır. Bu bakımdan ifade özgürlüğü zorunlu bir tedbir olarak sınırlanmalıdır<sup>460</sup>. Ancak bu şekildeki bir müdahalede bile getirilecek sınırlamaların düşüncenin açıklanış biçimi ile ilgili olmalıdır. Düşüncenin içeriğine getirilecek bir sınırlama, toplumdaki değişik düşünceleri, izin verilen içeriğe doğru kaydırmak zorunda bırakacak ve toplumda farklı içeriklerdeki düşüncelerin ifade edilebilmesini önleyecektir. Böyle bir sınırlama ise demokratik toplum düzeni ile bağdaşmayacaktır<sup>461</sup>.

AİHS md. 10/2’de ifade hürriyetinin hangi amaç ya da nedenlerle sınırlanabileceği belirlenmiş ve bu nedenler dışında ifade özgürlüğünün sınırlanamayacağı açıkça belirlenmiştir. Bu nedenlere dayanarak ifade özgürlüğünün

---

<sup>457</sup> “Yargıtay’ ın İfade Özgürlüğü Yorumu” [http:// www.abgs.gov.tr/index.php?p=36308&l=1](http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=36308&l=1) , (17.06.2008 )

<sup>458</sup> Frowein, Peukert, s.397.

<sup>459</sup> Sunay, 73.

<sup>460</sup> Sunay, s.74; Erdem, s.24

<sup>461</sup> Okumuş, s.108.

sınırlanabilmesinin sınırı da demokratik toplumda zorunlu olması ve kanunla öngörölmüş olması olarak belirlenmiştir.

Sınırlamanın amacının başında öncelikle madde metninde sayılan sebepler gelmektedir. Anlamli ve karakteristik bir diğer amaç da başkalarının nam ve şöhretlerinin korunması olabilir. AİHM'in tüm ölkelerden edindiği tecrübeye göre hakaret içeren ifadelerin büyük ölçüde sınırlandırılabilmesi mümkündür.

İfade özgürlüğünün sınırlanması; kurallar, koşullar, sınırlamalar ya da cezai yaptırımlar şeklinde mümkün olabilmektedir. Bu katalog dahilinde sınırlamalar saptanmaktadır. Sansürlemenin bu anlamda AİHS md. 10/1. ve 10/2 anlamında sınırlama formu ya da istisnası sayılabiliş sayılamayacağı tartışılmıştır. AİHM, yayınlarda sansür uygulamasını, ifade özgürlüğü açısından AİHM md. 19 uygulamasını tamamen tersine çevirebileceğine işaret etmiştir. Yine bu görüşüne paralel olarak AİHM çeşitli kararlarında sınırlama nedenleri açısından md. 10'un dikkatli değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamış ve de sınırlama şekillerinin tahdidi olarak yorumlanması gerektiğini ortaya koymuştur. 1990'da da AİHM ayrıntılı olarak sansürün ölçütlerini belirlemiş ve özellikle daha ağır denetlemeye tabi tutmuştur. *Observer-Guardian* Kararında AİHM 10. maddede kamuya yayınlama açısından bir yasaklayıcı düzenleme getirmediğini ama buna ek olarak incelemede tek tip ve itinalı kontrolün yapılması gerektiğini karara bağlamıştır. Sansüre ilişkin sınırlamalar 10. maddede sayılan formlardan daha çok "demokratik toplumda olması gereken" ve "demokrasinin temel ilkeleri" merkez kavramları ölçüsünde toplanmaktadır<sup>462</sup>.

10/2. maddede belirtilen nedenler, "kamusal menfaatlerin korunmasını amaçlayan nedenler" ve "özel menfaatlerin korunmasını amaçlayan nedenler" olarak iki kategoriye ayrılabilir. Özel menfaatlerin korunmasına yönelik sınırlama nedeni, başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması olarak ifade edilebilir. Kamusal menfaatlerin korunması amacıyla sınırlama nedenleri ise kamu düzeninin, milli güvenliğin korunması, devlete ait gizli bilgilerin açıklanmasının önlenmesi ve yargı

<sup>462</sup> Frowein, Peukert s. 397. Grabenwarter, s. 279.

gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması gibi nedenlerdir. Bu nedenlere dayanarak toplumdaki insanları suç işlemeye teşvik eden ya da devletin varlığına son vermeyi amaçlayan fikirlerin önüne geçilmesi ve yargı organlarının görevlerini gereği gibi yerine getirmeleri için ifade hürriyetine sınırlamalar getirilebilecektir<sup>463</sup>.

İfade özgürlüğünün kullanılmasının görev ve sorumluluk gerektirdiği yine md. 10/2’de belirtilmiştir. Bu düzenlemeden de, görev ve sorumluluk gerektiren bazı mesleklerde çalışan kişilerin ifade hürriyetinin otomatik olarak sınırlanabileceği sonucunu çıkarmak mümkündür. Fakat AİHM kararlarında bu düzenlemenin ayrı bir sınırlama nedeni olmadığı, diğer sınırlama nedenleri varsa bu durumun göz önüne alınacağı hükme bağlanmıştır<sup>464</sup>.

Ne var ki, sınırlama nedenlerinin sınırlayıcı sayıda belirtilmiş olması, ifade hürriyetinin sınırlanması açısından yeterli değildir. Sınırlama nedenlerinin soyut nitelikte olmaları sebebiyle içeriklerinin tam olarak tespiti mümkün olamamıştır. İçeriğin belirlenmesi hususu, taraf devletlerin takdir yetkisine bırakılmıştır. Bununla beraber AİHM, ifade özgürlüğüne getirilecek meşru sınırlamaları belirleyen kavramlara taraf devletlerin yüklemiş olduğu kavramlarla bağlı değildir. Örneğin Sunday Times/İngiltere davasında AİHM, İngiliz Hükümetinin sözleşmenin 10/2. maddesindeki “yargılama gücünün otorite ve tarafsızlığını koruma” kavramı ile İngiliz Hukuku’ndaki mahkemeye saygısızlık kurumundan alınmış olsa bile 10/2. maddenin bu kurumu olduğu gibi benimsemeyerek bağımsız bir bağlam dönüştürdüğü değerlendirmesinde bulunmuştur<sup>465</sup>.

Daha önce de belirttiğimiz gibi sınırlama nedenlerinin soyut olması nedeniyle, bu kavramların içeriğinin belirlenebilmesi için AİHM, kararlarına ve içtihatlarına başvurmak gerekecektir.

---

<sup>463</sup> Okumuş, ss. 108-109.

<sup>464</sup> Wille – Liechtenstein, Başvuru No: 28396/95 ,28.10.1999 tarihli karar; Okumuş, s.110.

<sup>465</sup> Sunday Times – İngiltere, Başvuru No: 6538/74, 26.04.1979 tarihli karar; Okumuş, s.112,.

### 2.2.4.1. İfade Özgürlüğü ve Kamu Düzeni

AIHS md. 10' da ifade hürriyetinin olmazsa olmaz unsurları olan “kanaatlere sahip olma hürriyeti”, “bilgi ve kanaatleri açıklama ve anlatma hürriyeti” ve “bilgi ve kanaatlere ulaşma hürriyeti”<sup>466</sup> teminat altına alınmıştır. Buna ek olarak “basın hürriyeti” ve “radyo televizyon ve sinema hürriyeti” dolaylı olarak teminat altına alınmıştır.

İfade, bireyin iç dünyasında oluşan düşüncüyü açıklaması anlamına gelmektedir. İfade özgürlüğü AIHS md. 10'da gerçek ve tüzel kişilerin yanı sıra hükümet dışı kuruluşlar ve gruplar için de tanımlanmış bir özgürlüktür. Bunun yanı sıra ifadenin içeriği kadar ifadenin dışavurum şekli de önem taşımaktadır. İfade edilen düşünce ya da kanaatin içeriği siyasal, sosyal, ekonomik vb. olabileceği gibi ifade edilmiş şekli de yazı, resim söz, sinema vb. şekillerinde karşımıza çıkabilir. İfade özgürlüğü de, her türlü inanç, fikir ve düşüncenin açığa vurularak serbest bir tartışma ortamı yaratılması esası üzerine kuruludur<sup>467</sup>.

İfade özgürlüğü her insanın düşüncesini söz, yazı, resim, gibi araçlarla serbestçe açıklama ve yayma haklarını kapsamaktadır. Bu özgürlük bireyin kendi başına karar verebilmesinin ve kendisini ifade edebilmesinin temel unsurudur. Bu çerçevede birey, düşüncesinin konusu, açıklamasının içeriği, düşüncesini açıklayacağı kişi konusunda serbestçe karar verebilmeli ve toplum içerisinde kendisini ifade edebilme şansına sahip olmalıdır.<sup>468</sup>

AIHS'nin hak ve özgürlükleri belirleyip, bu hak ve özgürlüklerin tanımlarına yer vermemesinin bir sonucu olarak, somutlaştırma ve hürriyetin kapsam ve sınırlarını belirlemek AIHM'in karar ve içtihatlarının incelenmesi ile mümkün olabilmektedir.

---

<sup>466</sup> Ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğü.

<sup>467</sup> Ünal, AIHS- İlkeler, s. 242.

<sup>468</sup> Şimşek ( Kişisel Veri ) s. 145.

AIHS md. 10’da bahsedilen düzen kamu düzeni olmakla beraber; bunun yanı sıra spesifik sosyal gruplar ya da topluluklar için de olabilir. Sözü edilen düzen aynı zamanda ordudaki ve cezaevlerindeki düzen açısından da geçerlidir<sup>469</sup>.

#### **2.2.4.2.Bilgi, Fikir ve Kanaat Edinme Özgürlüğü ve Kamu Düzeni**

Demokrasi kamuoyunun ortaya çıkması esasına dayalıdır. Düşünceler açığa vurulmadığı sürece kamu oyu oluşmayacağından, düşünceyi ve düşünceleri açığa vurmaya elverişli araçlar olmaksızın demokrasiden söz edilemeyecektir<sup>470</sup>.

Düşünceyi açıklama ve bilgi edinme özgürlüğü düşüncenin ve bilginin serbestçe açıklanmasıyla birlikte, açıklanan düşünce ve bilginin engellenmeksizin, başkalarına ulaşmasını da içerir. Böylece devletler, resmi görevlilerin ve üçüncü kişilerin, düşünce ve bilgilerin topluma ulaşmasını engelleyici veya kısıtlayıcı girişimlerini önlemekle yükümlüdürler. Demokratik bir rejimde, devletler, ayrıca, düşünce ve bilgileri başkalarının rahatlıkla öğrenebilmesini sağlayacak koşulları da yaratmalıdırlar<sup>471</sup>. Bilgi edinme özgürlüğü olarak bilinen bu özgürlük, ifade hürriyetinin ilk basamağını oluşturmaktadır. İfade özgürlüğünün gerçekleşebilmesi için kişilerin serbest bir şekilde bilgiye ulaşabilmeleri gerekmektedir.

Fikir ve kanaatlere ulaşabilme olanağı ve serbestlik, düşünce yetisini geliştirmekte ve düşünceye hammadde sağlamaktadır. Haber, bilgi ve belgelere ulaşabilme hakkı, kanaat oluşturduğundan ve düşünme olanağı sağladığından, düşünce özgürlüğünün temelini oluşturmaktadır.

Bilgi edinme hürriyetinin kapsamı idareden bilgi istenmesi söz konusu olduğunda daralabilmektedir. Bilgi edinme hak ve özgürlüğünün gerçekleşebilmesi , bilgi verme ödevi devletçe tanınmışsa mümkündür. Gerçek ve tüzel kişilere tanınan bu hakkın başlıca muhatabı devlettir. Bu durumda, devlet bir “enformasyon ağı” kurmakla yükümlü kılınmakta, hem bilgi toplamakta hem de elindeki bilgileri,

---

<sup>469</sup> Frowein, Peukert, s. 403.

<sup>470</sup> Ünal, AIHS- İlkeler, s. 242.

<sup>471</sup> Reisoğlu, s. 67.

ilgililere ve kamuoyuna iletme yükümlülüğüne girmektedir. Bu durumda konunun üç boyutu gündeme gelmektedir. Birincisi, ilgili bilgi ve haberleri iletme özgürlüğü; ikincisi karşılıklı olarak bilgi alışverişinde bulunma hak ve özgürlüğü, üçüncüsü ise bilgilendirilme hakkıdır<sup>472</sup>.

AIHM, *Leander* davasında, hassas işlerde çalışan kişiler için yapılan güvenlik soruşturmasının milli güvenliği koruma amacı taşıdığı için haklı bulunmuştur<sup>473</sup>. İdareden bilgi istenmesi ile ilgili olarak, askeri müzede geçici işçi olarak çalışırken burada sürekli memur olarak çalışmayı talep eden başvurusunun, güvenlik soruşturması gerekçe gösterilerek başvurusunun kabul edilmemesi üzerine hükümetten kendisi ile ilgili olarak hazırlanan raporun içeriği hakkında bilgi istemesinin hükümet tarafından reddedilmesi nedeniyle yaptığı başvuruyu reddederek 10. madde hükmünün başvurucaya kendi hakkında tutulan kayıtlara ulaşma hakkını vermediğini, hükümetin de bunları bildirmekle yükümlü olmadığını belirtmiştir<sup>474</sup>. AIHM, bu davadaki yorumunu daha sonraki bir kararında da tekrar etmiş fakat somut olayda yetkili makamlar tarafından bilgi edinme talebinin reddedilmesi halinde başvurusunun hakkını arayabileceği etkili bir hukuk yolunun hükümet tarafından sağlanmaması nedeni ile başvurusunun özel ve aile hayatına yönelik bir ihlal olduğuna karar vermiştir<sup>475</sup>.

*Guerra ve Diğerleri/İtalya* başvurusunda<sup>476</sup> AIHM, başvuranların civardaki bir kimya fabrikasında meydana gelebilecek bir kazada alınacak önlemler ve bu kazanın halkı tehdit derecesi hakkında devletin kendilerini bilgilendirmediği yönündeki şikâyetlerini AIHS md. 10 kapsamında değerlendirmeyerek, 10. maddenin devleti bilgileri toplayıp yaymakla görevli kılmadığını, Bilgi edinme özgürlüğü bakımından devletin pozitif bir yükümlülüğünün bulunmadığını, devletin bu türden bilgileri toplayıp yaymakla görevli olmadığını belirtmiştir<sup>477</sup>.

---

<sup>472</sup> Kaboğlu, s.337.

<sup>473</sup> Üzeltürk, s. 240.

<sup>474</sup> Başvuru No: 9248/81, Seri A no: 116, 26.03.1987 tarihli karar. Okumuş, s.84.

<sup>475</sup> Okumuş, s.84, Gaskin/İngiltere, 10454/83, 07.07.1989.

<sup>476</sup> Başvuru No: 14967/89, 19.02.1998 tarihli karar.

<sup>477</sup> Okumuş, s.85.



Haber alma özgürlüğü açısından ele alındığından bilgi alışverişi özgürlüğü siyasal, dinsel, felsefî söylemleri de kapsamına almaktadır. Bu özgürlük, verilen bilginin içeriğiyle değil, bunun formülasyon biçimiyle tanımlanır. Enformasyon özgürlüğü, haber ve bilgi alma ve bunları iletme özgürlüğü olmak üzere iki kurucu öğeyi içinde barındırmaktadır. Bu özgürlük ses yazı, görüntü ve benzeri yollarla bilginin ülke sınırları göz önüne alınmaksızın serbest dolaşımının sağlanmasını ve iletişimin teknik araçlarına herkesin serbest giriş olanağının tanınmasını gerekli kılmaktadır.

#### 2.2.4.3. Bilgi, Fikir ve Kanaatleri İfade Etme Özgürlüğü ve Kamu Düzeni

AİHS md. 10'da "herkes görüşlerini açıklama ve anlatma özgürlüğüne sahiptir" demek suretiyle belirlenen ifade özgürlüğü düşüncelerin dış dünyaya yansıtılması faaliyetidir.

İfade özgürlüğü, AİHM'in çeşitli kararlarında da belirtildiği üzere sadece toplumca ve devletçe benimsenen görüşleri değil; yadırganan hatta kaygı verici bulunan değişik düşünceleri de kapsamaktadır<sup>478</sup>. Bütün hak ve özgürlükler gibi, demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün de sınırları bulunmaktadır.

AİHS md. 10 çerçevesinde AİHK'ya yapılan en eski başvurulardan biri de *Becker*<sup>479</sup> başvurusudur. AİHK, Belçika Ceza Kanunu'nda yer alan bazı hükümlerin AİHS md. 10'u ihlal edip etmediğini incelemiş ve 1960 tarihli raporunda Belçika Ceza Kanunu'nun olayda uygulanan hükmünün AİHS md. 10'u temelden yok ettiğini ve dolayısıyla md 10 ile çeliştiğini tespit etmiştir. Komisyona göre somut olayda yapılan kısıtlama kamu düzeni, sağlık ve ahlakın korunması, suçla mücadele, başkalarının şeref ve haysiyetlerinin korunması amaçlarını taşımamaktadır.

<sup>478</sup>Okumuş, ss.98-99. Örneğin Aydın Tatlav – Türkiye Davası ( 506/92/99 – 2 Mayıs 2006 ); Otto Preminger İnstitut – Avusturya Davası ( 20 Eylül 1994,A/295/A). Lingens/ Avusturya, 9815/82, 24.06.1986. Sunday Times/ İngiltere, 6538/74,26.04.1979 ( Thalidomide isimli ilaçla ilgili davada mahkeme, "AİHS md 10/2 sınırları içinde sadece lehte olduğu kabul edilen zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, ayrıca devlet veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, ona çarpıcı gelen veya rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır")

<sup>479</sup> 27.03.1962 tarihli karar.

İfade özgürlüğü, demokrasinin gerçekleşmesi ve devamlılığın sağlanması bakımından çok önemlidir. Bu konuda AİHM, *Lingens/Avusturya* başvurusunda: “İfade hürriyeti sözleşmenin 10/2. maddesinde güvence altına alındığı şekliyle demokratik bir toplumun en önemli temellerinden bir tanesini oluşturmaktadır. Demokratik toplumun gelişimi ve bireylerin kendi kişiliğini gerçekleştirmesinin temel koşuludur. İfade hürriyeti yalnız lehte olduğu kabul edilen veya zararsız ya da ilgilenmeye değmez görülen haber veya düşüncelerin ifadesi değildir. Aynı zamanda aleyhte olan çarpıcı gelen ya da ilgilenmeye değmez görülen haber veya düşüncelerin ifadesi değildir. Aynı zamanda aleyhte olan çarpıcı gelen ya da rahatsız eden haber ve düşüncelere de uygulanmalıdır. Çünkü bunlar demokratik toplumun olmazsa olmaz unsurları olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gerekleridir.” tesbitinde bulunmuştur<sup>480</sup>.

“AİHM, *Chorherr–Avusturya*<sup>481</sup> kararında, kamu düzeninin korunması ile ilgili olarak bir değerlendirmede bulunmuştur. Söz konusu olayda, fikirlerin bildiri yoluyla açığa vurulması incelenmiştir. Başvuran, Viyana Belediye Meydanında yapılan ve 50 bin kişinin katıldığı 30. yıl kutlama töreninde, Avusturya Ordusuna avcı uçaklarının alınmasını protesto eden bir pankart açmıştır. Bunun üzerine seyircilerin görüş alanını sınırladığı, huzuru bozduğu ve karışıklığa yol açabileceği gerekçesiyle engellenmiş ve para cezasına çarptırılmıştır. AİHM bu müdahalenin çıkabilecek karışıklıkların önlenmesi amacıyla yapıldığını ve demokratik toplumda gerekli olduğunu belirterek kamu düzenini koruma amaçlı değerlendirmiş ve ifade hürriyetinin ihlal edilmediğine karar vermiştir<sup>482</sup>.

Türkiye, AİHM önünde bu konuya ilişkin savunmalarını, “zorlayıcı toplumsal gereksinim olgusunun varlığı” tezine dayandırmaktadır. Bu da, “zorlayıcı bir toplumsal gereksinim”in varlığı söz konusu olduğunda, “müdahalenin gerekliliğinin değerlendirilmesi bağlamında, devletlerin Strazburg organlarının denetiminde bulunan “takter marjı”na sahip olmalarını beraberinde getirmektedir. Bu konu ile ilgili olarak

<sup>480</sup> Okumuş, s.89.

<sup>481</sup> Başvuru No: , 13308/87, 25.08.1993 tarihli karar.

<sup>482</sup> Sunay, ss.85-86’, Okumuş, s.115, Ünal, AİHS- İlkeler, s. 262.

AİHM önüne gelen başvurularda, Türkiye'nin Zana/Türkiye Davası'ndaki<sup>483</sup> savunusunda olduğu gibi, toprak bütünlüğünü tehdit edecek derecede terör durumuyla karşılaşan bir devletin, sadece bireyler bakımından sonuç doğuran bir terör durumuyla karşılaşan devlete göre, daha geniş bir takdir marjına sahip olması gerektiği şeklinde değerlendirmek gerekmektedir<sup>484</sup>.

Mahkeme kararlarında, ifade özgürlüğünün aleyhte, çarpıcı, rahatsız edici haber ve düşünceleri de kapsadığı, bunların çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülüğün gerekleri olduğu, bunlar olmaksızın demokratik bir toplumun olamayacağını altı çizilmektedir; ayrıca sınırlamanın gerekli ve orantılı olma hususunun, olay hakkında *zaman ve şartlar bütünlüğü* çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme ile netleştirilebileceği de vurgulanmaktadır. Bu bağlamda incelenen davalar sonucunda görülmüştür ki Mahkeme, denetim yetkisini kullanırken şikâyet konusu müdahaleyi, başvuruçunun aleyhinde görülen *ifadelerin içeriği* ile bu ifadelerin sarf edildiği *bağlam* da dâhil olmak üzere, *olayın bütünlüğü* içerisinde incelemektedir. Mahkeme, geliştirdiği kimi ölçütler ışığında, bir davada söz konusu ifadenin muhalefet estetiği dâhilinde ele alınıp alınamayacağını tartışırken şu unsurlara dikkat etmektedir:

- Şiddetin tahrik ve teşvikinin, ayaklanma, isyan ve/veya silahlı direnişe kaynaklık edip etmediği,
- İfadenin sarfedildiği an ve/veya dönemdeki koşullar, ifadenin etki derecesi ve alanı (ülkenin hassas ve gergin bir bölgesinde yapılan bir açıklama, Mahkeme'ye göre bu bölge bağlamından bağımsız ele alınamaz),
- Kişinin konumunun, unvanının ve tanınırlık düzeyinin ifadenin etki derecesine katkısı,
- İfadenin aldığı şekil (kitap, bildiri, konuşma vs.) ve büründüğü edebi "kılık". Bu ölçütlerin ilk üçünün içtihatla belirlendiği dava *Zana Davası*'dır. Bu davada Mahkeme, müdahalenin yasayla öngörüldüğünü saptadıktan sonra, Mehdi Zana'nın sarfettiği ifadeleri yukarıda maddelenen ölçütler dâhilinde ele almış ve ulusal mercilerin aldığı tedbirleri, davaya konu olan koşulların *özgüllüğü* ve devletin sahip olduğu varsayılan *takdir marjını* da göz önünde bulundurarak incelemiş, terörle

<sup>483</sup> Başvuru No: 69/1996/688/880, 25.11.1997 tarihli karar.

<sup>484</sup> Değer, [http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/62/1/Deger\\_Ozan.pdf](http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/62/1/Deger_Ozan.pdf), s. 46. ( 17.06.2008 )

savaşında alınan tedbirler ile ifade özgürlüğünün korunması ihtiyacı arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanmadığını, müdahalenin gerekli ve güdülen meşru amaçla orantılı olup olmadığını, denetim görevi gereği araştırıp değerlendirmiştir. Mahkeme bu davaya kaynaklık eden ifadenin *yalnız başına* ele alınamayacağına kanaat getirmiş ve demecin, PKK'nın sivillere yönelik olduğu ileri sürülen eylemlerinin *yoğun olduğu döneme* rast gelmesini de bizzat PKK'ya verilen destek olarak değerlendirmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, ifadenin, “bölgedeki patlamak üzere” olduğu ileri sürülen durumu daha da vahim hale getirebileceğini ileri sürmüştür. Mahkeme tarafından davacıya verilen cezanın “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca cevap verdiği” ve cezanın yerinde olduğu saptamasının yapılmasının ardından 10. maddenin ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Bu davanın can alıcı noktaları, varılan içtihadın özgünlüğü ve ifadenin yalnızca basit bir fikir sunumu olarak algılanmamasıdır. Aynı ya da benzer ifadelerin farklı kişiler tarafından dillendirilmesi, görüldüğü kadarıyla aynı ya da benzer sonuçları doğurmayabilmektedir. Mahkeme içtihadından anlaşılacağı üzere, bir ifadenin sokaktaki sıradan vatandaş tarafından dillendirilmesi ile belli bir üne, konuma ve toplumu etkileme potansiyeline sahip bir kişi tarafından, o potansiyeli hayata geçirebilecek şekilde dile getirilmesi arasında bariz farklar vardır. Yine aynı karardan anlaşıldığı üzere *dönemin şartları* da, ifadenin değerlendirilmesi noktasında çok önemli rol oynamaktadır. Yani,

- Zana'nın Kürt kimliği ve eski Diyarbakır Belediye Başkanı olması,
- Dönemin, PKK'nın etkin olduğu ve eylem düzeyinin yoğun olduğu döneme rast gelmesi,
- Verilen demecin Cumhuriyet Gazetesi gibi önemli sayılan ve kitlelere birebir hitap etme olanağına sahip bir yaygın organında yer alması, gibi unsurlar, kararın dayanaklarını oluşturmuştur.

Bir diğer önemli konu ise, Türkiye ile Mahkeme'nin “terör” kavram ve olgusuna yükledikleri anlamların oldukça örtüşür nitelikte olmasıdır. Zana'nın PKK'yı bir “ulusal kurtuluş hareketi” olarak değerlendirmesi AİHM'i ikna etmemiş, örgütün “terör örgütü” olarak algılanmasını engellememiştir. AİHM, gerekçeli kararda “...çünkü bir kimsenin amaçlarına ulaşmak için şiddete başvuran bir *terör*

örgütü olan PKK'yı desteklemesi..."<sup>485</sup> "...Mahkeme'nin daha önce de not ettiği gibi röportaj, söz konusu dönemde aşırı gerilimin bulunduğu Türkiye'nin güneydoğusunda, PKK'nın sivillere yönelik *kanlı saldırıları* ile aynı döneme rastlamaktadır..."<sup>486</sup>. Olayın geçtiği dönemin somut koşulları içerisinde değerlendirildiğinde incelemeye konu olan ifadeler, kamu düzeni açısından tehlikelidir.

AIHS md. 10/2'de sayılan diğer meşru sebeplerle sınırlanması konusunda ilginç örneklerinden biri *Gerger/Türkiye* başvurusudur<sup>487</sup>. Gerger, 22 Haziran 1994 yılında AIHM'e AIHS md. 6, 9 ve 10'un ihlal edildiği gerekçesiyle başvurmuştur. Başvuru konusu, başvurucunun Deniz Gezmiş, Yusuf Aslan ve Hüseyin İnan için düzenlenen anma törenine okunmak üzere yollanmış olduğu "konuşma metni"dir<sup>488</sup>. Mahkeme yaptığı değerlendirmelerde başvuruyu 9. madde açısından değil yalnızca 10. madde açısından değerlendirmeyi uygun görmüştür. AIHM, değerlendirmesine *Fressoz ve Roire – Fransa*<sup>489</sup> kararında belirlediği temel ilkelere atıf yaparak ifade özgürlüğünün esaslarını şu şekilde belirlemiştir:

**i-** Demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden birini ve toplumun ilerlemesi ve her bireyin öz-güveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil etmektedir. 10. Madde'nin 2. paragrafı uyarınca, bu kabul gören veya zararsız veya kayıtsızlık içeren "bilgiler" veya "fikirler" için değil aynı zamanda kırııcı, sok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar, bir "demokratik toplumun" olmazsa olmaz çokseslilik, tolerans ve hoşgörünün gerekleridir. 10. maddede belirtilen şekilde bu özgürlük, ancak harfiyen uyulması gereken ve ikna edici bir şekilde tespit edilmesi gereken bazı istisnalara tabidir."

**ii-** AIHS md. 10/2'de belirtilen anlamda "zaruri" sıfatı "acil bir sosyal ihtiyaç" anlamındadır. Akit Devletler anılan ihtiyacın mevcut olup olmadığının

<sup>485</sup> İlgili karar 58. paragraf.

<sup>486</sup> İlgili karar 53. paragraf.

<sup>487</sup> Başvuru No:24919/94; 8.07.1999 tarihli karar.

<sup>488</sup> "...Türkiye Cumhuriyeti işçi ve Kürt haklarının inkarına dayalıdır. Bu ülkenin coğrafi sınırları dahilinde, herhangi bir insan eylemi belirtisi, herhangi bir özgürlük isteği, işçi ve Kürtlerin haklarının iddia edilmesine yönelik herhangi bir talep her zaman inkar ve yıkımlarında acımasız olan yöneticilerin açısından tepkiyle karşılanmıştır... günlerde ekilen Kürt halkının özgürlük tohumlarından Kürdistan dağlarındaki gerilla savaşı doğmuştur."

<sup>489</sup> Başvuru No: 29183/95, 1999-I

değerlendirilmesi konusunda belli bir marja sahiptir, ancak bağımsız bir mahkeme tarafından verilenler de dahil olmak üzere, tabii olduğu yasama ve kararları kapsayacak şekilde Avrupa denetimi ile iç içe olmalıdır. Mahkeme bu sebeple, bir “sınırlamanın” AİHS md. 10’un güvencesinde olan ifade özgürlüğü ile bağdaşık bağdaşmadığı konusunda nihai kararı verme yetkisini haizdir.

**iii-** Denetim salahiyetinin uygulanmasında Mahkeme müdahaleyi, suçlanan ifadeler ve bunların ifade edildiği bağlam da dahil olmak üzere davayı bir bütün olarak ele alarak incelemelidir. İlk olarak müdahalenin “meşru amaçlar ile orantılı” ve ulusal otoriteler tarafından anılan müdahalenin meşru gösterilmesi için belirtilen gerekçelerin “ilgili ve yeterli” olup olmadığı tespit edilmelidir. Bunu yaparken de Mahkeme, ulusal otoritelerin md. 10 kapsamında bulunan ilkelere uygun standartları uyguladığı ve ilgili bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayalı oldukları konusunda olumlu kanaate varmalıdır<sup>490,</sup>

AİHM, davanın esasına ilişkin yaptığı incelemede, başvuranın yorumlarının “isyan” ve “baskı” gibi kelimelerin kullanılmasının belirli bir sert duygular eklediği Türk Otoritelerine yönelik eleştirileri teşkil ettiği kanısına varmıştır.

*Tatlav/Türkiye*<sup>491</sup> davasında, davaya konu “İslamiyet Gerçeği – Kur’an ve Din” kitabının yazarı olan başvuru, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle

---

<sup>490</sup> Fressoz ve Roire – Fransa Davası Başvuru No: 29183/95; İçerik için bkz. Gerger – Türkiye Davası; gerekçeli karar prg.46, <http://www.mahkemeler.net/mahkeme-web-t/aihm/tcyagerger.html> (17.06.2008 )

<sup>491</sup> Başvuru Aydın TATLAV 1957 doğumlu bir gazetecidir. İstanbul’da ikamet etmektedir. Beş cilt olarak yayımlanan “*İslamiyet Gerçeği*” adlı kitabın yazarıdır. “*Kur’an ve Din*” başlığı taşıyan birinci cildin ilk baskısı, 1992 yılı Kasım ayında yayınlanmıştır. 1996 yılı Ekim ayında, Kur’an’ın eleştirel yorumunu ve tarihsel incelemesini yapan sözkonusu cildin yüz doksan altı sayfalık beşinci baskısı çıkmıştır. Dört yılda kitabın toplam 16.500 nüshası basılmıştır.

Bir şahsın şikayeti üzerine Şişli Savcılığı’na yaptığı ihbarın ardından, başvuran Ankara Cumhuriyet Başsavcısı tarafından sorgulanmıştır. Başvuran, kitabın 1992 yılında çıktığını ve ilk dört baskısının hiçbiri hakkında soruşturma yapılmadığını ileri sürmüştür.

Ankara Cumhuriyet Başsavcısı, 9 Haziran 1997 tarihli iddianameyle Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 175§3 maddesi gereğince başvurunu “dinlerden birini tahkir etmek amacıyla yayın yapmakla” suçlamıştır.

Başvuran, Asliye Ceza Mahkemesi önünde aleyhinde yapılan suçlamalara itiraz etmiş; kitabının dinler ve peygamberler hakkında yapılan bilimsel bir kitap olarak okunması gerektiğini ifade etmekte; kitabın önsözünde kişilerin inançları ve din adına devleti yönetme olgusu arasında kesin bir ayırım yapıldığını ve inancın değil dine dayalı siyasetin eleştirisini yaptığını belirtmiştir.

Ankara 2. Asliye Ceza Mahkemesi, 19 Ocak 1998 tarihli kararla başvurunu on iki ay hapis ve 840.000 Türk Lirası (TL) para cezasına çarptırmıştır. Mahkeme hapis cezasını para cezasına çevirerek, başvurunu 2.640.000 TL “ağır” para cezasına çarptırmıştır. Başvuran, kararın temyizine

AIHM 'e başvurmuştur. Davada Türk Hükümeti, ahlak, başkalarının hakları ve kamu düzeni meşru amaçlarıyla orantılı olan dava konusu müdahalenin, devletin takdir payı olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur.

AIHM, yukarıda Gerger/ Türkiye davasını incelerken değindiğimiz md. 10'a ilişkin içtihatlarından<sup>492</sup> çıkan genel ilkeler doğrultusunda bu dava için de; ifade özgürlüğünün, kişilerin her birinin gelişimi ve ilerlemesi için gerekli başlıca şartlardan biri olan demokratik toplumun en önemli temellerinden biri olduğunu, AIHS md. 10/2'de belirlenen şartlar saklı kalmak kaydıyla sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız yahut ilgilenmeye değmez görünen haber veya düşünceler için değil, aynı zamanda kırıncı, çarpıcı veya rahatsız edici olanlar için de geçerli olduğunu ileri sürmüştür.

İngiliz yayıncı *Handyside*<sup>493</sup> 1971 yılında "Küçük Kırmızı Okul Kitabı" başlıklı Danimarka kaynaklı bir kitabın İngilizce çevirisini yayınlama hazırlığına başlamıştır. Kitap eğitim ve öğretimle ilgili olmakla beraber, cinsel konuları da incelemektedir. Kitabın yayınlanmasından kısa bir süre önce, kamuoyundaki şikayetler üzerine, İngiliz makamları müstehcen yayın mevzuatı çerçevesinde gereken önlemleri almış, basılan kitaplara el koyarak dağıtımını engellemiş ve yayıncıya para cezası uygulamıştır. Daha sonra mahkeme de kitapların imha edilmesine karar vermiştir. Yayıncı mahkemeye başvurmuşsa da mahkeme, yayının müstehcen olduğu ve gençlerin ahlakını bozacağı gerekçesiyle başvuruyu geri çevirmiş ve bunun üzerine konu komisyona intikal ettirilmiştir. Olayı inceleyen AIHM, İngiliz Makamlarınca alınan önlemlerin AIHS'nin öngördüğü, gençlerin ahlakını korumak amacına yönelik olduğunu belirttikten sonra, bu tür bir önlemin demokratik bir toplumda ahlaki değerleri korumak için gerekli olup olmadığı konusu üzerinde durmuş ve şu sonuçlara varmıştır: "İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun en esaslı temellerinden birini oluşturur. Bu özgürlük sadece toplumda

---

gitmiştir. Başvuran temyiz gerekçelerinde ifade özgürlüğü hakkını dile getirmiştir. Yargıtay, 9 Şubat 1999 tarihli nihai kararında ilk derece mahkemesinde verilen kararı onamıştır. Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi İkinci Dairesi, 21 Temmuz 2004 tarihinde Adli Sicil Kanunu'nun 8. maddesi gereğince başvuranın mahkumiyetinin adli sicil kaydından silinmesi kararı almıştır.

<sup>492</sup> Handyside – Birleşik Krallık ( 7 Aralık 1976); Fressoz ve Roire – Fransa ( no: 29183/95).

<sup>493</sup> Seri A No:24 ve 7.12.1976 tarihli karar.Grabenwarter, s. 279. " Ahlakın korunması, çocukların ve gençliğin korunması ile bağlantılı olarak mümkün olabilmektedir."

beğeni ve hoşgörü ile karşılanan bilgi ve düşüncelerin açığa vurulmasını değil, devleti veya halkın bir kesimini rahatsız eden, şoka uğratan bilgi veya fikirleri de kapsar. Çoğulculuğun, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereği olan bunlar olmaksızın, demokratik bir toplum düşünülemez.”<sup>494</sup>

Mahkeme, özellikle terörle mücadele ile ilgili olan sorunlarda kendisine sunulan davaların geçmişini dikkate aldığını ve Türk Yetkililerin, uzun süredir Türkiye’de devam eden ciddi karışıklığı şiddetlendirebileceğini düşündükleri fikirlerin yayılmasına yönelik endişelerini göz önünde bulundurduğunu kararında belirtmiştir. Bununla beraber mahkeme, başvuranın mesajının, bir anma törenine katılan bir grup insana okunduğu ve bu durumun belirgin bir şekilde “*devlet güvenliği*”, *kamu düzeni*” ya da “*toprak bütünlüğü*” üzerindeki potansiyel etkisini kısıtladığı kanaatinde olduğunu belirtmiştir. Ayrıca mahkeme, “direnış”, “mücadele” ve “özgürlük” gibi kelimeleri içermesine rağmen bu mesajın şiddete, silahlı direnişe ya da bir isyana teşvik eder nitelikte olmadığı unsurunun göz önünde bulundurulması zorunlu bir etken olduğu sonucuna varmıştır. Bu değerlendirmeler sonucunda mahkeme iç hukukta verilen cezanın fahiş olduğu ölçülülük ilkesi ile bağdaşmadığı sonucuna varmış ve AİHS md. 10’un ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Yine *Zarakoğlu ve diğeri/Türkiye* davasında<sup>495</sup> Türk Hükümeti, savunmasını, kanuna ve kamu düzeni, ülkenin bütünlüğü ve milli güvenlik gibi meşru amaçlara dayandırmıştır. AİHM ise Türkiye’nin bu amaçlarla hareket ettiğini kabul etmekle beraber yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı sorusuna yanıt aramıştır. Buradan hareket eden AİHM, yaptığı incelemede “orduya karşı direnişi ya da ayaklanmayı teşvik etmediğinden” ve de *Sürek-Türkiye ve Gerger-Türkiye*<sup>496</sup> davalarında da belirtildiği gibi “kinci” bir söylem içermediğinden Türkiye’nin müdahalesinin haksız olduğu sonucuna varmıştır.

<sup>494</sup> Ünal, AİHS- İlkeler, ss. 244-245.

<sup>495</sup> Başvuru No:26971/95 ve 37933/97) başvuru no’lu davanın nedeni T.C. uyruklu Ayşenur Zarakolu’nun hem kendi adına hem de olaylar sırasında sahibi ve yayıncısı olduğu Belge Uluslararası Yayıncılık yayınevi adına sırasıyla 13 Mart 1995 ve 9 Eylül 1997 tarihlerinde “ Bizim Ferhat, Bir Cinayetin Anatomisi” adlı kitabın toplanması ve yapılan yargılamaları müteakip hükmedilen ceza ve temel hakka müdahale edildiği gerekçesiyle yaptığı başvurudur.

<sup>496</sup> Sürek-Türkiye (no:1), no- 26682/95, §62, 1999-IV ve Gerger-Türkiye, no: 24919/94, 150, 8 Temmuz 1999



*Karataş/Türkiye davası*,<sup>497</sup> AİHS'nin 10. maddesi kapsamında başvuran lehine sonuçlanan bir diğer davadır. Hüseyin Karataş, Kasım 1991 tarihinde İstanbul'da "Dersim - Bir İsyanın Türküsü" başlıklı bir şiir antolojisi yayımlamıştır. Ardından 8 Ocak 1992 Tarihinde, İstanbul DGM Savcısı tarafından kitabın yazarı ve yayıncısı aleyhinde 1991 tarihli TMK'nın 8. maddesi uyarınca, bölücülükten dolayı suç duyurusunda bulunulmuştur ve eserin toplatılması talep edilmiştir. Karataş, DGM önünde özellikle davaya konu olan şiirin içeriğini benimsemediğini iddia etse de DGM, Karataş'ı suçlu bulmuştur. Karataş, kararı temyiz etmiş fakat Yargıtay kararı onamıştır. Daha sonra Karataş, 27 Ağustos 1993 tarihinde AİHK'ya başvurmuş ve AİHS'nin 6/1, 9, 10, ve 14. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Dava, Karataş'ın mahkumiyetinin hedeflenen amaçlar açısından orantısız olduğu ve "demokratik bir toplumda gerekli olmadığı" gerekçesi ile AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiği yönünde sonuçlanmıştır. Ancak Mahkeme, bu keskin, şiddeti öven ve insanları şiddete davet eden dizeleri<sup>498</sup> Türkiye'den farklı bir bakış açısı ile ele almıştır. Mahkeme, "...şiirler okuyucuları nefret, isyan ve şiddet kullanmaya teşvik ediyor şeklinde yorumlanabilir..." diyerek şiirlerde suç unsurlarının varlığını tespit etmiştir; fakat belirtildiği üzere 10. maddenin uygulanma ölçütleri, şiddet unsuru içeren bir olgunun var olup olmamasının tespitinden öte bir anlam teşkil etmektedir. Mahkeme tespiti yaptıktan sonra diğer ölçütlere başvurarak, demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı yönünde bir analiz yapmıştır. Mahkeme "...başvuran tarafından kullanılan aracın *sadece Okuyucuların azınlığına hitap eden bir sanatsal ifade türü olan şiir* olduğu göz önünde bulundurulmalıdır..."<sup>499</sup> diyerek sanatsal bir ifadenin etki gücünün sınırlılığına göndermede bulunmuştur. Ayrıca Mahkeme, "...Sanat eseri yaratanlar, gerçekleştirenler, dağıtanlar ya da sergileyenler

<sup>497</sup> Başvuru No: 23168/94, 08.07.1999 tarihli karar.

<sup>498</sup> Söz konusu şiirde "şiddeti teşvik eden ve "şiddeti yücelten" birçok açık ve hatta çok keskin-Mahkeme'nin deyimiyle agresif-ifadeler yer almaktadır. Şiir şu tür dizeleri içermektedir: "...Gün ışığında Munzursuyu kanımızla ala bulanmadıkça/Osmanlı fahişesinin eniklerinin ezmesine izin vermeyeceğiz...ve şimdi zulüm adım adım yayılıyor/kanımız akan kana karışacak/Direnış ve ihanet/Özgürlük ve esaret yan yana...Bir kanun olarak kabul etmedik mi binlerce yıldır/Kan kanla yıkanır diye?...Kürdistanımız için, Dersim'imiz için/İsyan ateşiyile sarhoş kelleimizi veririz...bizi özgürlüğe götürecek yüce dağlar...Yüreğimde sınırsız bir öfke/Dilsiz bir nefret...Genç Kürtler intikam alacak... Kürdistan şehitlerine katılmak ne mutlu...Sizi çağırıyorum özgürlüğe, ölüme bu dağlarda, bu kutsal baharda/ölümle yürüyoruz/özgürlük ölümle kutsal/Sizi çağırıyorum ölmeye..."

<sup>499</sup> İlgili karar, par.49. <http://www.mahkemeler.net/mahkeme-web-t/aihm/tcyakaratas.html>, 17.06.2008

demokratik bir toplum için gereklilik olan fikir ve görüş alışverişine katkıda bulunmaktadır. Bundan dolayı, Devletin yükümlülüğü anılan kişilerin ifade özgürlüklerine *aşırı derece tecavüz etmemektir...*”diyerek sanat eserlerinin demokratik bir toplumdaki “etkin” ve “olumlu” işlevine vurgu yapmış ve devletin müdahalelerinin bu anlayış ekseninde konumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Yine AİHM “...Bu davada-Mahkeme’nin onaylamadığı-şairlerin tonuna ilişkin olarak madde 10’un sadece ifade edilen fikir ve bilgilerin *özünü değil* aynı zamanda *ifade ediliş şekillerini* de koruma altına aldığı göz önünde bulundurulmalıdır...” diyerek ifadenin aldığı şekil ve büründüğü kılığın değerlendirme sırasındaki önemine dikkat çekmiştir; ki aslında bu tür davalarda AİHM’in en çok gönderme yaptığı ve kararlarını varlığı üzerinden şekillendirdiği olgu budur. Çünkü edebi bir eserin ulaştığı ve hitap ettiği kitlenin sınırlı olduğu Mahkeme tarafından kabul edilmiştir: “...Mahkeme, ancak, başvuranın görüşlerini ‘devlet güvenliği’, kamu ‘düzeni’ ve ‘toprak bütünlüğü’ üzerindeki potansiyel etkilerini önemli ölçüde sınırlayacak şekilde *kitle iletişim yolu yerine şiir yoluyla* açıklayan bir birey olduğunu göz önünde bulundurmaktadır<sup>500</sup> ..Sonuç olarak Mahkeme, bu davada da, ifadeyi bağlamdan kopuk bir şekilde ele almamış ve şiddet unsurlarının amacını ve belli bir amaç mevcut ise, ifadenin bu amacın hayata geçirilmesi noktasındaki etki derecesini dikkate alıp karara varmıştır.Bu dava ile ilgili bir diğer önemli nokta, başvurucu lehine sonuçlanan diğer davaların aksine birçok yargıcın, 10. maddenin ihlali ile ilgili karşıoy yazılarıdır. Yargıçlar Pastor, Rıdruejo, Costa ve Baka, kısmi muhalefet şerhinde söz konusu şiirdeki şiddet içeren ve şiddete davet eden dizelerin, *ifadenin aldığı şekilden daha önemli* olduğunu vurgulamışlar ve bunu “...bizim görüşümüze göre Mahkeme, şiirsel şekli özünden yani ton ve içeriğinden daha önemli olarak görmüştür. Mahkeme’nin *sırça bir fanus* yaklaşımını benimsemekten kaçınması gerektiği kanaatindeyiz...” diyerek ifade etmişlerdir<sup>501</sup>. Ayrıca yargıçlar, bu şiirin, herhangi başka bir şiirden farklı olduğunu “...metaforik olmasından öte, yazarın dili

---

<sup>500</sup> Değer, “Nitekim, şiirlerin bazı bölümlerinin ton açısından Gayet *agresif* olmasına ve *şiddet kullanmaya davet etmesine rağmen* Mahkeme, doğası Açısından *şiirlerin sanatsal olmalarının ve sınırlı bir etkiye sahip olmalarının* bir Ayaklanmaya davetten ziyade zor siyasi konum itibarıyla *derin bir üzüntü ifadesini* içerdiklerini göz önünde bulundurmaktadır...” (par. 52). Ayrıca Mahkeme, “...Karataş’ın Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından şiddete teşvikten ziyade Türkiye’nin belli bir bölgesini “Kürdistan” olarak adlandırarak *bölücü propaganda yapmak* ve bu bölgedeki *ayaklanma hareketlerini övmek* sebebiyle mahkum edildiğini...” (par. 52) belirtmiştir.

<sup>501</sup> <http://www.mahkemeler.net/mahkeme-web-t/aihmtcyakaratas.html>, 17.06.2008

dolaysızdır ve anlamı kesin bir şekilde açıktır. Anlaşılabilir bir şekilde kültürel bir seçkin sınıfa özgü değildir. Aksine, itibari kıymeti anlamaya eğilimli halkın büyük bir bölümü tarafından ulaşılabilir...” diyerek temellendirmişlerdir. Yani yargıçlar, bu davaya kaynaklık eden şiirin, ifadenin şekli ölçütleri dâhilinde değerlendirilebileceği Taraftarı değildirler. Dolayısıyla yargıçlar, Mahkeme'nin iddia ettiği “edebi anlatımın sınırlı etki gücü” tezinin bu şiirdeki dolaysız ve açık anlatım nedeni ile geçerli olmadığı görüşündedirler ki gerçekten de bu şiirdeki ifadeler ile Sürek ve diğer davalardaki ifadeler, şiddet unsurları ve üslup açısından oldukça farklıdır<sup>502</sup>.

Almanya ile ilgili Barthold olayında, veteriner olan şikayetçi hayvanlara acil yardım servislerinin durumu ile ilgili olarak, basınla bir röportaj yapmıştır. Aynı bölgede görev yapan bazı veterinerler, bu davranışın meslek kurallarıyla bağdaşmayan reklam niteliğinde olduğu gerekçesiyle şikayette bulunmuşlardır. Bunun üzerine Veterinerler Birliği, adı geçene basınla bu tür röportajlardan kaçınmasını ihtar etmiştir. Şikayetçi, birliğin koyduğu bu yasağın AİHS md. 10 çerçevesinde ifade özgürlüğünün kısıtlandığından bahisle Komisyona başvurmuştur. Daha sonra olayı inceleyen mahkeme, konuya ilişkin Alman mevzuatının, AİHS md.10 ile bağdaşmadığını tespit etmiştir. AİHM'e göre, bir meslek mensubunun bu şekilde kamuya açıklamada bulunmasının engellenmesi, ayrıca basının haber alma kaynaklarını da kurutmaktadır<sup>503</sup>.

#### **2.2.4.4. Basın Özgürlüğü ve Kamu Düzeni**

Basın hürriyeti ifade hürriyetinin en yaygın ve etkili kullanımlarından birisi olması nedeniyle özel bir yere sahiptir. Basın aracılığı ile ifade edilen fikirlerin geniş kitlelere ulaşmasının yanında kamuoyu oluşumunda çok etkilidir. Ayrıca basın fikirlerin ifadesine bir araç olmak dışında bilgilenme sürecini işletici toplumsal ve siyasal hayata bir güç ve denetim işlevini yerine getiren bir özelliğe sahiptir<sup>504</sup>.

<sup>502</sup> Değer, [http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/62/1/Deger\\_Ozan.pdf](http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/62/1/Deger_Ozan.pdf), ss.60-61. ( 17.06.2008 )

<sup>503</sup> Ünal, AİHS- İlkeler, s.246.

<sup>504</sup> Sunay, s.130.

Basın özgürlüğü, ifade özgürlüğünü kullanmanın “aracı” niteliğinde bir özgürlüktür. İfade özgürlüğü günümüzde özellikle radyo televizyon ve yazılı basın aracılığıyla gerçekleşmektedir. Bu sebeple ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü birbiriyle amaç araç ilişkisi içerisinde. AİHM de bu hususa çeşitli kararlarında yer vermiştir. AİHM basını, sadece bilgi ve fikirlerin açıklanmasında bir araç olarak görmemekte, basının bilgi edinme hakkı açısından önemine de dikkat çekmektedir. Daha önce çalışmamızda değindiğimiz *Lingens–Avusturya*<sup>505</sup> davasında mahkeme; “Basın başkalarının saygınlığını korumak için konulan sınırları aşmamakla yükümlü olmakla birlikte yine de halkı ilgilendiren diğer alanlarda olduğu gibi siyasi meseleler hakkında bilgi ve fikirleri iletmekle yükümlüdür. Basının görevi sadece bu tür bilgi ve fikirleri iletmekle sınırlı değildir. Halk da onları alma hakkında sahiptir” şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur<sup>506</sup>.

Haber ve fikirlerin basın yoluyla dile getirilmesi ya da haber alma hürriyeti siyasi fikir ve haberlerin alınması bir yana; kamuyu ilgilendiren her konu açısından söz konusudur ve AİHS korumasından yararlanmaktadır.

*Thorgeirson/İzlanda*<sup>507</sup> davasında başvuran, polisleri halka sert davrandıklarından dolayı “*üniformalı canavarlar*” olarak tanımlamış ve polislerin kişilere karşı güç kullanırken bar fedailerinin kullandıkları bir tekniği kullandıklarını, şiddete maruz kalan insanların zihninde hasar meydana geldiğini söyleyerek; polislerin davranışlarını “kabadayılık etmek”, “sahtekarlık”, “kanun dışı tutumlar”, “cüretkarlık” ve “beceriksizlik” gibi kavramlarla nitelendirmiştir. Bu fiiller sonucunda Thorgeirson para cezasında çarptırılmıştır. AİHM ise bu konuda, kamu yararını ilgilendiren konularda bilgi ve fikirleri açıklamanın basının görevi olduğuna

---

<sup>505</sup>Avusturyalı gazeteci Lingens’in editörü olduğu dergideki yazılarında, federal başbakanın, geçmişinde “Nazi SS Tugayı”nda görev yapan bir siyasetçinin yönettiği parti ile koalisyon kurmak isteğinde olduğunu belirterek federal başbakanı “vakarsız” yaptığı bu davranışı da “ahlaka aykırı” ve “en adi fırsatçılık” olarak tanımlamasıdır. Avusturya mahkemeleri Bu olaydan dolayı Liegens’i hakaret suçundan mahkum etmiştir.

<sup>506</sup>Okumuş, ss.95-96’ , AİHM daha sonra bu kararda yapmış olduğu değerlendirmelerini daha sonraki içtihatlarında da devam ettirmiştir. Blated Torms ve Stensaas/Norveç kararında mahkeme, basın hürriyetinin yalnızca haber ve fikirleri iletmeye hürriyetinden ibaret olmadığını, bunun yanı sıra kamuoyunun onları alma hakkının da olduğunu söylemiştir.

<sup>507</sup> Başvuru No: 137788/88, 25.06.1992 tarihli karar Seri A No: 239.

değirmiştir. Ulusal mahkemenin vermiş olduğu cezayı da, kamuyu ilgilendiren konularda açık tartışmayı engelleyici bir uygulama olarak nitelendirmiştir<sup>508</sup>.

Yine AİHK, *M. Kühnen-Avusturya*<sup>509</sup> davasında, gazetecinin, ırk ayrımcılığının ve nasyonal sosyalizmin yeniden kurulmasını öngören bildirimler yayımladığı için mahkumiyetini “ulusal güvenlik, kamu düzeni ve başkalarının haklarının korunması” bakımından demokratik bir toplumda zorunlu olduğu sonucuna varmıştır<sup>510</sup>.

AİHM’ ne göre kamuyu ilgilendiren konularda toplumun basın aracılığı ile bilgi alma hakkının mahkemelerde görülen davaları da kapsamaktadır. *Sunday Times/İngiltere davasında*<sup>511</sup> hamileler tarafından kullanılan Thalidomide isimli ilaç nedeniyle meydana gelen sakat doğumlardan dolayı ilaç firması aleyhine tazminat davaları açılmıştır. Davaların devam ettiği sırada Sunday Times gazetesi, ilacın neden olduğu tahribatı açıklayacağını okurlarına duyurmuştur. Bunun üzerine söz konusu ilacın satıcısı firması, yapılacak olan bu yayının görülmekte olan davaları etkileyebileceği gerekçesi ile mahkemeye başvurmuş ve ulusal mahkemeler de gazetenin bu ilaç konusunda yapacağı yayınlara yasak koymuştur. Gazetenin başvurusu üzerine AİHM; “*İfade hürriyeti, md. 10/2 sınırları içerisinde sadece lehte olduğu kabul edilen zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, ama ayrıca devlet veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, ona çarpıcı gelen veya rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Basın söz konusu olduğunda bu ilkeler özel bir önem kazanmaktadır. Bu ilkeler önemli ölçüde toplumun yararına hizmet eden ve aydınlatılmış bir halkın işbirliğini gerektiren adaletin dağıtılması alanında da aynı ölçüde uygulanır. Mahkemelerin boşlukta çalışmadıkları, genel kabul gören bir olgudur. Mahkemeler uyuşmazlıkların çözümünde bir forum durumundadırlar. Ama bu demek değildir ki, uzmanlaşmış*

<sup>508</sup> Sunay, ss. 95-96, Okumuş, s. 97, Thorgeirson/ İzlanda, 137788/88, 25.06.1992.

<sup>509</sup> 12 Mayıs 1988 tarihli karar.

<sup>510</sup> Kaboğlu, s.341, Ünal, AİHS- İlkeler, ss. 235-236. “AİHK, Avusturya Nasyonal Sosyalist Partisi üyesi şikayetçinin başvurusunu reddederken, şikayetçinin Avusturya’daki nasyonal sosyalist faaliyetleri göz önüne alındığında, hakkında uygulanan kısıtlamaların, kamu güvenliği, milli güvenlik ve başkalarının haklarının korunması açısından, demokratik bir toplumda alınması gereken önlemler olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle kendisi hakkında uygulanan ceza, sözleşmenin 9/2 ve 10/2 maddeleri anlamında haklı ve yasaldir.

<sup>511</sup> Sunday Times/ İngiltere 6538/74,26.04.1979.

*dergilerde, genel basında ya da halk arasında uyuşmazlıklar önceden tartışılmaz. Dahası, basın yayın organları adaletin usulüne göre dağıtılmasına tecavüz etmeyip, kamu yararının bulunduğu diğer alanlarda olduğu gibi, mahkemelerin önüne gelmiş sorunlarla ilgili haber ve düşünceleri vermekle yükümlüdür. Sadece basın yayın kuruluşları bu tür haber ve düşünceleri vermekle görevli değildir. Halkın da bu haber ve düşünceleri edinme hakkı vardır”*<sup>512</sup> şeklinde yorumunu bildirmiştir.

*Senatör Castells/İspanya* başvurusunda da<sup>513</sup> AİHM, demokratik bir sistemde eylemlerin ya da ihmallerin, sadece yasama ve yargı erklerinin değil, aynı zamanda basının ve kamuoyunun dikkatli bir denetimi altında bulunması gerektiğini vurgulamıştır. AİHM, 1979’da İspanya’nın Bask bölgesinin içinde bulunduğu durumu da göz önünde bulundurmuş ve davaya konu müdahalenin düzenin savunulması hedefine yönelik olduğunu tespit etmiştir. Siyasal tartışma özgürlüğünün mutlak bir özellik taşımasa da kabul edilebilir eleştiri sınırlarının hükümet karşısında, özel bir kişi karşısında olduğundan hatta politik bir şahsiyet karşısında olduğundan daha fazla olduğunu belirtmiştir.

Başkalarının şöhret ya da haklarının korunması amacı, AİHS tarafından basın özgürlüğünü kısıtlamayı mümkün kılan sebeplerden biri olarak değerlendirilmektedir. Kişilik hakları kapsamında, kişisel ve mesleki şeref ve haysiyet, kişi veya aile gizliliği ve kişilerin resimleri üzerindeki hakları sayılabilir. Kişisel veya mesleki şeref ve haysiyete tecavüz, bir kimsenin, toplumun değer yargılarına aykırı bir isnat ile küçük düşürülmesidir. Yine kişinin özel yaşamının ve özellikle de, başkalarıyla paylaşmak istemediği, belli şahıslar dışında herkese saklı tutmayı arzu ettiği sır alanının yayın konusu yapılması, kişilik hakkına tecavüz niteliğindedir. Kişilerin sır alanı dışında kalan ortak yaşam alanı da ancak basına açık bir nitelik taşıdığı ölçüde özel izne gereksiz yayınlanabilir. Kamuya mal olmuş kişilerin özel yaşamlarına ilişkin gizlilik alanı, diğer vatandaşlara nazaran daha dardır. Bu kişilerin özgeçmişleri, görevlerini ilgilendirdiği ölçüde, yayın konusu

<sup>512</sup> Okumuş, ss. 98-99.

<sup>513</sup> 23.4.1992 tarihli karar, Seri A. 236. çev. Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa İçtihatları, Kazancı Yayınları, İst., 1996, s:217. Kaboğlu, s.341. “Senatör Castells 1977’ den beri Bask bölgesinde bir çok saldırı gerçekleştirmiş olan aşırı grupların cezasız kalmış olmaları nedeniyle haftalık bir dergide hükümete ağır, hakaret içeren eleştirilerde bulunmuştur.

yapılabilir. Özel hayatına ilişkin bazı bilgiler dışı vurulan kişinin rızası olmasa da bu koşulların gerçekleşmesi ve bu haberin yapılmasında kamu yararının bulunması durumunda yayın hukuka uygun olacaktır<sup>514</sup>.

Kamuyu ilgilendiren konularda bir gazetecinin başkaları tarafından ileri sürülen fikirleri de basın hürriyeti kapsamındadır. *Sürek ve Özdemir/Türkiye* başvurusunda<sup>515</sup> davacılar tarafından yapılan açıklamaları değerlendiren AİHM, bu yazılarda şiddetin teşvik edilmediğinin anlaşıldığı gerekçesiyle bu kişilerin düşünceyi açıklama özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM’ce, ifadelerin sert tonu ve yasadışı bir örgüt lideri tarafından yapılmış konuşmaya dayanması, düşünceyi açıklama özgürlüğünü kısıtlamak için yeterli görülmemiş; ayrıca, vatandaşların Güneydoğu olayları ile ilgili olarak değişik açılardan bilgilendirilmesinin gerekliliği de vurgulanmıştır. Bu nedenle, ulusal güvenlik ve toprak bütünlüğünün korunması amaçlarının, davacılara verilen cezaların ağırlığı ve ölçülü olmadığı belirtilmiştir.

Radyo ve Televizyon vasıtasıyla kullanılan ifade özgürlüğüne ilişkin olarak AİHS md. 10’un ihlaline yönelik kamu düzeni ile ilgili kararlar içerik bakımından diğer vasıtaların konu olduğu kararlardan farklılık göstermemektedirler. Kamu düzeni gerekçesiyle yapılan müdahaleler yine “demokratik toplumda gereklilik” tartışması ile karşılaşmaktadırlar.

*Bakır/Türkiye* Davasında<sup>516</sup> başvuran, Diyarbakır DGM başsavcısı tarafından, nevrüz kutlamaları sırasında Med TV’de yapılan açıklamalarından ötürü, “*halkı sosyal sınıf, ırk ve bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik etmek*” le suçlanmıştır. Yapılan yargılama sonucunda başvuru o dönem yürürlükte olan TCK md. 312 uyarınca hapis ve para cezasına çarptırılmıştır. Başvuru aldığı cezanın ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini AİHM önünde ileri sürmüştür.

---

<sup>514</sup> Tezcan ve diğerleri s. 174.

<sup>515</sup> Başvuru No: 94/23927

<sup>516</sup> Başvuru no:54916/00; 25.10. 2005 tarihli karar.

AIHM, dava konusu mahkûmiyet kararının ve müdahalenin kanun tarafından öngörüldüğüne ve AIHS md. 10/2 bakımından milli güvenlik ve toprak bütünlüğünün korunması, düzenin sağlanmasının yanı sıra suçun önlenmesi gibi yasal amaç güttüğüne itiraz etmemektedir. Burada *Yağmurdereli/Türkiye* davasında<sup>517</sup> verdiği karara aynı yönde olduğundan atıf yaparak bu yöndeki değerlendirmeyi benimsediğini ifade etmiştir. Buna karşın uyuşmazlığı, bu müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığı sorununa dayandırmıştır. AIHM, dava konusu söylemi, başvuru kullandığı ifadeler ve yaptığı konuşmanın bağlamına bakarak incelediğinde “olaylara tanıklık etmek ve nevrüz kutlamaları sırasında güvenlik güçlerinin yürüttüğü operasyonların şekli üzerinde eleştiri yapmak” tan ibaret olduğunu tespit etmiştir. Sert üsluptaki bazı sözlerin, Türk Devleti hakkında negatif bir tablo çizse de, ne şiddet kullanmaya ne silahlı mücadeleye ne de ayaklanmaya teşvik eder bir nitelikte olduğunu tespit eden mahkeme, konuşmanın kin güden bir konuşma olmadığını tespit etmiştir ve çalışmamızda, yukarıda incelediğimiz *Zarakoğlu vd.* başvurusu ile paralel bir sonuca varmıştır<sup>518</sup>.

AIHM, *Sunday Times, The Observer ve Guardian* kararlarında<sup>519</sup> ismi geçen İngiliz gazetelerinde yapılan bir yayın dolayısıyla, ifade özgürlüğünün sınırlarını milli güvenlik açısından belirlemeye çalışmıştır. Olay, Avustralya’da yaşayan emekli bir İngiliz İstihbarat Teşkilatı mensubunun yazmış olduğu “*Spycatcher*” başlıklı, anılan gazetede yayınlanmaya başlaması ile ilgilidir. Observer ve Guardian gazeteleri 1986 Haziran ayında, aynı kitabın ayrıntıları hakkında bilgiler yayınlamışlardır. Bunun üzerine İngiltere başsavcılığı anılan gazeteler aleyhine milli güvenliği sarsmaktan dolayı dava açarak yayınların durdurulmasını talep etmiş ve mahkeme de yayınları durdurmuştur. Kitap aynı yıl Temmuz ayında ABD’de yayınlanmış ve en çok satan eser olmuştur. Kitabın bazı nüshaları İngiliz vatandaşları tarafından da satın alınmış, ancak İngiliz makamları kitabın yurda sokulmasının yasaklanması konusunda herhangi bir karar almamışlardır. Daha sonra Sunday Times gazetesi kitaptan bazı bölümleri yayınlamaya başlamıştır. Lordlar Kamarası, 30 Temmuz 1987’de daha önceki mahkeme kararlarına dayanarak, mahkeme kararlarının

<sup>517</sup> 04.06.2002 tarihli karar, Başvuru No: 29590/96, 40.

<sup>518</sup> Aynı yönde, Sürek-Türkiye (no:1), Başvuru No: 26682/95, §62, 1999-IV ve Gerger-Türkiye, Başvuru No:24919/94, §50, 8 Temmuz 1999, *Sürek-Türkiye* (no:4), no: 24762/94, §58, 1999-IV).

<sup>519</sup> Başvuru No: 13585 / 88, 26.11.1991 tarihli kararı. Frowein, Peukert,s. 397.



bağlayıcılığı ve saygınlığı açısından anılan gazete ve diğer bütün medya araçlarına yayın yasağı koymuştur. Kitap bu arada bir çok ülkede yayınlanmıştır. AİHM, İngiliz Mahkemesi'nin, Observer ve Guardian gazetelerine koyduğu geçici yayın yasağının milli güvenlik açısından gerekli olduğuna işaretle AİHS'ye aykırılık görmemiştir. Sunday Times ve diğer medya araçlarına konan ikinci yayın yasağı ise, demokratik bir toplumda gereksiz bir müdahale olarak nitelendirilmiştir. AİHM'e göre, anılar ABD'de yayınlandıktan sonra gizliliği kalmadığından, milli güvenliği koruma gerekçesi ortadan kalkmıştır. Geriye kalan, istihbarat teşkilatının etkinlik ve itibarının korunması ise, yayın yasağının konulması için tek başına yeterli bir gerekçe değildir.

*Observer ve Guardian/Birleşik Krallık*<sup>520</sup> davasında AİHM ifade özgürlüğünün basın açısından ortaya çıkardığı temel ilkeleri şöyle özetlemiştir:

**i-** İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temel unsurlarından biridir; 10. madde 2. fıkraya çerçevesinde ifade özgürlüğü yalnızca iyi karşılanan veya rahatsız edici bulunmayan veya kayıtsız kalınan “bilgi” ve “fikirler” için değil, aynı zamanda saldırgan bulunan, sarsıcı bir etki yaratan veya rahatsız eden türde bilgi ve fikirler için de geçerlidir. 10. maddede yer aldığı biçimiyle ifade özgürlüğü bir dizi sınırlamaya tâbidir, ancak bu istisnalar dar biçimde yorumlanmalı ve herhangi bir sınırlama ihtiyacı ikna edici biçimde gerekçelendirilmelidir.

**ii-** Basın söz konusu olduğunda bu ilkeler özel bir önem taşır. Her ne kadar basın, diğer unsurların yanı sıra, “ulusal güvenlik” ya da “yargı yetkisinin muhafazası” bakımından belirlenmiş sınırları aşmamakla yükümlü olsa da kamu yararını ilgilendiren bilgi ve fikirlerin açıklanması basının görevidir. Basının bu tür bilgi ve fikirleri açıklamakla görevli olmasının yanı sıra, toplumun da bu bilgileri alma hakkı vardır. Aksi takdirde, basın “kamunun gözü kulağı” olma şeklindeki hayati rolünü oynayamaz.

**iii-** 10. Madde 2. fıkraya çerçevesinde “gerekli” sıfatı ile “acil bir toplumsal ihtiyacın” mevcudiyeti kastedilmektedir. Sözleşmeciler devletler bu tür bir ihtiyacın var olup olmadığını değerlendirmede belirli bir takdir payına sahiptir; ancak takdir hakkı AİHM'in hem hukukî hem de bağımsız mahkemelerce verilmiş olsalar dahi, bu

---

<sup>520</sup> Başvuru No: 13585/88 26 Kasım 1991 tarihli karar.

hakkın kullanıldığı kararlara ilişkin denetimiyle birlikte değerlendirilir. Dolayısıyla Mahkeme, bir “sınırlamanın” md. 10 ile korunduğu biçimiyle ifade özgürlüğüyle bağdaşır bağdaşmadığına ilişkin nihai kararı vermekle yetkilidir.

iv- Denetim yetkilerini kullanırken Mahkeme'nin görevi, yetkili ulusal mercilerin yerini almak değil, onların değerlendirme yetkileri muvacehesinde vermiş oldukları kararları md. 10 ışığında gözden geçirmektir. Bu durum, denetimin davalı Devletin takdir hakkını makul biçimde, özenle ve iyi niyetle kullanıp kullanmadığını belirleme ile sınırlı olduğu anlamına gelmez; Mahkeme'nin yapması gereken, şikâyete konu müdahaleyi davanın bütünü ışığında incelemek ve bu müdahalenin “izlenen meşru amaçla orantılı” olup olmadığını ve ulusal merciler tarafından müdahaleyi haklı göstermek amacıyla ileri sürülen gerekçelerin “konuyla ilgili ve yeterli” olup olmadığını belirlemektir<sup>521</sup>.

AİHS md.10, yayınların önceden sınırlanmasını doğrudan doğruya (maddenin lafzına bakıldığında) yasaklamamaktadır. Bu sadece bu maddede yer alan “şartlar”, “sınırlamalar”, ve “önlenmesi” sözcüklerinin varlığından değil, aynı zamanda AİHM'in 26 Nisan 1979 tarihli *Sunday Times v. Birleşik Krallık* başvurusu kararından ve 20 Kasım 1989 tarihli *Markt Intern Verlag GmbH ve Klaus Beerman* başvurusu kararından da anlaşılmaktadır<sup>522</sup>.

#### 2.2.4.5. Sanat - Bilim Özgürlüğü ve Kamu Düzeni

İfade özgürlüğü yalnız sözlü ifade ve açıklamalar bakımından değil, düşüncelerin resim müzik gibi güzel sanat alanlarında da açığa vurulması açısından da geçerlidir<sup>523</sup>. Sanatın özgürlüğü temel hakkı hukuki niteliği itibariyle, bireysel bir subjektif temel hak niteliğindedir.

---

<sup>521</sup> İlgili karar par. 59-60.

<sup>522</sup> Öte yandan, yayınların önceden sınırlanmasının arz ettiği tehlikeler, bu tür sınırlamaların AİHM tarafından çok büyük bir dikkatle incelenmesini gerektirir. Bu durum özellikle basın için geçerlidir, zira haber bozulabilir bir maldır; dolayısıyla haberin yayını, kısa bir süre için bile olsa geciktirmek, haberi bütün değerinden ve ilginçliğinden yoksun hale getirebilir.

<sup>523</sup> Ünal, AİHS- İlkeler, s. 244.

Sanatın oluşum alanına ilişkin anayasal koruma mutlak olup, bu alan devletin her türlü müdahalesine karşı kesin olarak koruma altına alınmıştır. Örneğin, bir müzik eseri bestelenmesi sırasında ya da bir heykelin yontulması esnasında temel hakkın bu aşamadaki kullanımına devletin hiç bir şekilde müdahalesi düşünülemez. Bir piyanistin veya sarkıcının sahneleyeceği eserin prova çalışmaları sırasında bu temel haktan yararlanması gibi, bir ressam veya yazarın bir düşünceyi kağıda veya tuvale yansıtmasında da durum aynıdır. Sanatın etki alanında ise temel hak koruması mutlak değildir ve anayasal sınırlama ölçütleri çerçevesinde temel hakkın bu alandaki kullanımı sınırlandırılabilir. Örneğin, tiyatro eserinin sahnelenmesi veya filmin gösterimi ya da tabloların sergilenmesi aşamasında kişilik haklarının korunması, umumi ahlak ve adaba aykırılık ve benzeri sebeplerle bazı sınırlamalar getirilmesi mümkündür<sup>524</sup>. Sanatın bu etki alanında da umumi ahlak ve adaba aykırılık ve benzeri sebeplerle bazı sınırlamalar getirilmesi mümkündür.

Bilimsel düşünce açıklamaları, sadece bilimsel yayınları değil bilimsel öğretileri de kapsamaktadır. Sınırlama açısından bilim özgürlüğü sanat özgürlüğü ile aynı özellikleri taşımaktadır<sup>525</sup>.

#### **2.2.4.6. Türk Hukukunda Kamu Düzeni Nedeniyle İfade Özgürlüğü'nün Sınırlandırılması**

İfade özgürlüğü, 1982 AY'nın 26. md sinde düzenlenmiştir. Bireyin düşüncesini serbestçe oluşturması, açıklaması veya açıklamaya zorlanmaması onun insan olma olgusuyla yakından ilgilidir. Özgür bir toplumda insanların özgürce düşüncelerini açıklayabilmesi aynı zamanda insanların kişiliğini serbestçe geliştirebilmelerine de hizmet edecektir. Dolayısıyla bu özgürlük bireyin yalnızca kişinin düşüncelerini serbestçe açıklayabilmesini güvence altına almamakta, aynı zamanda kamu gücünün düşünceyi açıklama özgürlüğü üzerindeki müdahaleleri karşısında da bireye bir koruma getirmektedir.<sup>526</sup> AY md. 26'da ifade özgürlüğü,

<sup>524</sup> Esra Atalay, “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi” sa:10 D.E.Ü.H.F Hukuk Fakültesi Dergisi. C.6.S.1.

<http://www.web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz6-2/PDF/atalay1.pdf>. ( 17.06.2008 )

<sup>525</sup> Grabenwarter, s.274.

<sup>526</sup> Şimşek ( Kişisel Veri ) ss.145 -146.

düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti başlığı altında düzenlenmiştir. Diğer anayasalarımızda olduğu gibi ifade özgürlüğü 1982 Anayasasında da sınırlandırılabilen bir hürriyet olarak düzenlenmiştir.

AY. md. 26/2’de ifade özgürlüğünün hangi hallerde sınırlandırılacağı düzenlenmiştir. Burada düzenlenen özel sınırlama nedenlerinin yanı sıra yukarıda açıkladığımız üzere AY. md. 13 tüm hak ve özgürlüklerde olduğu gibi ifade özgürlüğü açısından da sınırlama nedenidir.

Anayasada ifade özgürlüğünü içerik yönüyle de sınırlayabilen düzenlemeler bulunmaktadır. AİHS uygulamasında ise içerik yönüyle değil, açıklanış biçimi bakımından sınırlama getirilebilmektedir. Öğretide içerikle ilgili sınırlamaların varlığı devletlerin ideolojik bir yapıya sahip olduğu anlamına geldiği vurgulanmıştır. Buna göre Anayasanın başlangıç kısmının 5. paragrafı içerik açısından getirilmiş bir sınırlamadır<sup>527</sup>.

Diğer bir içerik kısıtlaması da AY. md. 14’te söz konusu olmaktadır. Buna göre diğer hürriyetler gibi ifade hürriyeti de sınırlama kapsamına girmektedir<sup>528</sup>.

Türkiye’de bilgilendirme hak ve özgürlüğü konusunda Anayasanın kabul ettiği ölçüt, “resmi makamların müdahalesinin olmaması”dır. Bu, hakkı güvence altına alan bir formülden çok, devlete koruma yükümlülüğü getiren bir hükümdür. (AY. md. 26/2) İkinci fıkrasında devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin

---

<sup>527</sup> Okumuş, s. 143. “ Anayasaya hakim olan resmi ideolojinin açıklandığı başlangıç kısmının 5. paragrafındaki düzenleme ifade hürriyetine getirilmiş bir içerik sınırlamasıdır. “Değişik: 3.10.2001-4709/1 md.) ...Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevî değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı; ...”

<sup>528</sup> 2001 Anayasa değişikliklerinden sonra 14. maddenin son hali şu şekildedir.: (Değişik: 3.10.2001-4709/3 md.) Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılmaz. /Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz./Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.”

açıklanmasının önlenmesi amacıyla düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanabileceği ifade edilmektedir.

AİHS'ten farklı olarak sanat ve bilim özgürlüğü AY. md. 27/1' de herkesin bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahip olduğu sanat ve bilimle birlikte ele alınmıştır. Maddenin lafzından, düzenlemede sanat özgürlüğünden çok bilim özgürlüğünün esas alınmış olduğu görülmektedir.<sup>529</sup>

Özel Kanunlarda da ifade özgürlüğünün sınırlanma halleri düzenlenmiştir. En çok tartışılan maddelerden biri olan TCK'nın “devletin egemenlik alametleri ve organlarının saygınlığına karşı suçlar” başlığı altında düzenlenen 301. maddesi ifade özgürlüğünün içerik açısından özel sınırlanması nedenidir. Yine TCK md. 215'te düzenlenen “suçu ve suçluyu övme” suçu da ifade özgürlüğünü içerik bakımından sınırlamaktadır. Yine TCK'nın kamu barışına karşı suçlar başlığı altında düzenlenen 216. maddesi “halkı kin ve düşmanlığa tahrik ya da aşağılama” düzenlenen suç tipi de ifade özgürlüğünün sınırını oluşturmaktadır. Bu sayılan suç tiplerinde korunan hukuki yarar kamu düzeni ile doğrudan ilişkilidir.

#### **2.2.5. Dernek Kurma ve Toplantı Özgürlüğü' nün Sınırlandırılmasında Kamu Düzeni (AİHS Md.11)**

AİHS md. 11 toplanmanın tanımına yer vermemiştir. Sözleşmenin koruma alanına giren toplanmalar, düşünce alışverişinde veya ortak bir eylemde bulunmak üzere bir araya gelmiş toplanmalardır. Kişilerin bireysel veya kamusal çıkarlara yönelik konuları tartışmak veya gösteri de bulunmak amacıyla bir araya gelmesi toplantıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında toplanmayı “*kişilerin bir fikir yahut düşünceyi açıklamak amacıyla kapalı veya açık yerlerde gösteri, defile, yürüyüş, toplantı gibi biçimlerde bir araya gelmeleri*” olarak ifade etmiştir. Kanımızca maddede korunan özgürlüğün konusunu oluşturan toplanmalar, “*kişilerin ortak çıkarlarını korumak ve savunmak, bu amaçla fikir alışverişinde bulunmak*

<sup>529</sup> Atalay, <http://www.web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz6-2/PDF/atalay1.pdf>. ( 17.06.2008 )

üzere iradi ve geçici olarak özel veya kamusal alanlarda bir araya gelmelerini ifade eder<sup>530</sup>.

Bir ülkede, politik ve toplumsal hayatın demokratik bir toplumda olması gereken anlamlı parçasını oluşturmaktadır. Toplantı özgürlüğü düşünce ve ifade özgürlüğünün özel bir görünüş şeklidir<sup>531</sup>.

AIHS md. 11, herkesin toplanma ve örgütlenme özgürlüğünü tanımakta ve bu hak kapsamında bireylerin sendika kurma ve sendikalara girme hakkını güvence altına almaktadır. AIHS md. 11/2' de bu hakkın sınırlarına yer verilmiştir.

Kamu güvenliği ya da düzenini tehlikeye sokacak bir tehlike olduğunda, bilhassa toplantı özgürlüğünün sınırlanması önem taşımaktadır. Komisyon, ülkesel ölçütleri, kendi gereksinimlerine göre ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirebilirler.

Genel sınırlama ilkelerinin yanı sıra md. 11'in 2. fıkrasındaki düzenlemesi ile silahlı kuvvetler ve güvenlik güçleri üyeleri ile devlet yönetiminde çalışan görevlilerin toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün sınırlanabileceğini özel olarak belirtmektedir<sup>532</sup>. Komisyona göre iki durumda, toplantı özgürlüğünün sınırlanmasıyla özellikle ilgilenilmesi gerekmektedir.

Toplanma ve dernek kurma özgürlüğü, düşünceyi açıklama ve bilgi edinme özgürlüğünün bir uzantısıdır. İfade özgürlüğünün gerçekleşebilmesi açısından toplantı yapmak, dernek kurmak önemli vasıtalaradır.

Bu hakkın kapsamına toplanmak dernek kurmak ve dernek kurma hakkı kapsamına da derneklerin yanı sıra siyasi parti ve sendika kurmak bunlara üye

---

<sup>530</sup> Ömer Anayurt, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Toplanma, Dernek ve Sendika Özgürlüğü" [http://www.akader.info/KHUKA/2003\\_mart/avrupa\\_insan\\_hak.htm](http://www.akader.info/KHUKA/2003_mart/avrupa_insan_hak.htm) ( 17.06.2008 )

<sup>531</sup> Grabenwarter, s. 297.

<sup>532</sup> Özdek, s. 260 , AIHM, *Vogt* kararında Alman Komünist Partisi üyesi bir öğretmenin siyasal etkinlikleri nedeniyle görevden alınmasının, 11. maddeyi ihlal ettiği sonucuna ulaşmış 2. fıkradaki " devlet yönetimi" (administration of state ) kavramının ilgili kişinin görevi ışığında dar yorumlanması gerektiği görüşünü belirtmiştir. Başvuru no: 17851/91, 26 Eylül 1995 tarihli karar p.67.

olmak, üye olmaya zorlanmamak ve üyelikten çıkmak hak ve özgürlükleri de dahildir.

Siyasi parti, sendika, kooperatif, birlik ve dernek gibi örgütlenmelerin yasaklandığı ya da sınırlandırıldığı ülkelerde gerçek anlamda bir demokratik rejimden bahsetmek mümkün değildir. Demokrasinin korunması amacıyla getirilen sınırlamaların kısa süreli olması gerekmektedir. Bu hususta ölçülülük ilkesi göz önünde bulundurularak, uzayıp giden sınırlama ve kısıtlamaların önüne geçilmesi, antidemokratik bir durum yaratma tehlikesi karşısında önem arz etmektedir<sup>533</sup>.

AİHM'e göre 11. madde özerk bir role ve özel bir uygulama alanına sahip olmakla beraber, 9. ve 10. maddelerde güvence altına alınan “kişisel görüşlerin korunması” 11. maddenin de amaçlarından biri olduğundan AİHM, 11. maddeyi AİHS'nin 9. ve 10. maddeleri ışığında yorumlamaktadır. AİHM, md. 11/2'de düzenlenen sınırlama nedenlerinin de dikkatle yorumlanması ve sadece ikna edici ve zorlayıcı nedenlerin örgütlenme özgürlüğü üzerindeki sınırlamaları meşrulaştırabileceğini vurgulamaktadır<sup>534</sup>.

Buna karşın Divan kararlarında belirtildiği gibi, üyelerin mesleki onurlarını korumaya, mesleki deontolojiye uyulmasını sağlamaya ve denetlemeye yönelik olarak oluşturulan, kamu kurumu karakterindeki mesleki kuruluşlar (barolar, tabip odaları) AİHS md. 11 anlamında “dernek” niteliğinde olmadığından bu tür kuruluşlarca üye olma zorunluluğunun öngörülmesi AİHS md. 11'e aykırı sayılmamaktadır.

Bu özgürlüğe getirilebilecek sınırlamalar AİHS md. 11/2 'de düzenlenmiştir. Diğer hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında olduğu gibi toplanma ve dernek kurma özgürlüğü açısından da sınırlandırmanın kanunla öngörülme koşuluyla, 2. fıkrada belirtilen meşru nedenlerle, demokratik bir toplumun şartlarında “olmazsa olmaz” bir nitelik taşıması gerekmektedir.

---

<sup>533</sup> Çeçen, s. 68.

<sup>534</sup> Özdek, s. 260. *Sidiropulos ve diğerleri/ Yunanistan* kararı: Başvuru No: 26695/95, 10.07.1998 tarihli karar.

Bununla beraber AİHS md. 11/2’de “silahlı kuvvetler, güvenlik güçleri üyeleri ve devlet görevlileri” açısından özel bir hükme yer vermiştir. Düzenlemeye göre sayılan görevlerde çalışan şahısların toplanma ve dernek kurma özgürlüklerine yine yasayla “haklı” sınırlamalar getirilebilir. Bu sınırlamanın madde 11/2’de sayılan meşru amaçlardan birini sağlamaya yönelik olması ve demokratik bir toplumda zorunlu olması gerekmemektedir; ancak devletlerin, sayılan görevlilerin toplanma ve dernek kurma hakkını sınırlarken, görevlerin niteliğiyle bağdaşır “sınırlamayı haklı kılacak” bir ilişkinin varlığına özen göstermelidirler<sup>535</sup>.

AİHS md. 15 uyarınca ulusal yaşamı tehdit eden savaş veya başkaca olağanüstü durumlarda, toplanma ve dernek kurma özgürlüğünü 11. madde hükmüyle bağlı olmaksızın durumun gerektirdiği ölçüde kayıtlamak hakkına sahiptirler.

*Tunceli Kültür Dayanışma Derneği/Türkiye Davasında*<sup>536</sup> dernek, üyelerince yapılmış açıklamalar nedeniyle feshedilerek, AİHS’nin 10 ve 11. maddelerinde tanımlanmış dernek kurma özgürlüğü ve ifade özgürlüğü haklarının ihlal edildiği iddiasındadır. Başvuran, aynı olgulara istinaden, AİHS’nin 1. maddesine atıfta bulunmaktadır. AİHM, bu şikayetlerin md. 11’in uygun düşen bölümü yönünden incelenmesine karar vermektedir.

---

<sup>535</sup> Reisoglu, s. 93.

<sup>536</sup> Başvuru No: 61353/00 “30 Eylül 1995 tarihinde *Tunceli Kültür ve Dayanışma Derneği* yönetim kurulu, dernek başkanı Yeşilgöz’ü derneğe karşı açılan ya da dernek tarafından açılacak her türlü davada derneği temsil etmekle yetkili kılmıştır. 17 Kasım 1996 tarihinde derneğin yönetim kurulu kongreyle toplanmıştır. 18 Kasım 1996 tarihinde, bu toplantıya nezaret etmekle sorumlu polisler tarafından bir rapor hazırlanmıştır. Katılımcılar tarafından kongre esnasında yapılan açıklamalar Dernekler Bürosu Müdürlüğü’ne iletilmiştir. 26 Aralık 1996, 26 Mayıs 1997 ve 21 Nisan 1998 tarihlerinde Cumhuriyet Savcısı, başkan, iki büro görevlisi ve on bir yönetim kurulu üyesi hakkında, tartışmalı kongrede derneğin sosyal amacına aykırı olmasına rağmen siyasi içerikli açıklamalar yapmak ya da yapılmasına izin vermek suçlamasında bulunmuş ve 2908 no’lu Dernekler Kanunu’nun 5 § 6 ve 76. maddeleri uyarınca mahkumiyetlerini talep etmiştir. 18 Kasım 1998 tarihinde Fatih Ceza Mahkemesi, suçlananlardan beşinin beraatine karar verirken; Yeşilgöz’ ün de aralarında bulunduğu dernek yönetim kurulu üyesi dokuz kişiyi bir yıl hapis ve 1 890 000 TL ( yaklaşık 5 Euro) para cezasına çarptırmıştır. Bu cezalar, mahkumların ikisi hariç tamamı için ertelemeye uğramıştır. Bunun dışında Mahkeme, 2908 nolu kanunun 76 § 1. maddesi uyarınca derneğin feshine hükmetmiştir.



Hükümet ve başvuran derneğin feshinin dernek kurma özgürlüğüne bir müdahale olarak yorumlanacağını kabul etmektedirler. Bu, aynı zamanda AİHM'in de görüşüdür. Taraflar, müdahalenin “yasa tarafından öngörüldüğü” hususunda birleşmektedirler. Fatih Ceza Mahkemesi tarafından alınan tartışmalı tedbir, 2908 nolu eski yasanın 5, 37 ve 76. maddelerine dayanmaktaydı. AİHM, bu tahlili göz ardı etmek için hiçbir neden görmemektedir.

Hükümet, bu tartışmalı müdahalenin, ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin ayakta tutulması, suçun önlenmesi gibi 11/2. madde bakımından meşru bir hedefi gözettiğini ve zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca cevap verdiğinden gerekli olduğunu iddia etmektedir. Başvuran, görüş belirtmemektedir. AİHM, tartışmalı tedbirin, 11. maddenin 2. paragrafı anlamında ulusal güvenliğin korunmasını amacını taşıdığı için en azından meşru amaçlardan birini gözetmiş olarak kabul edilebileceğini takdir etmektedir.

Hükümet, tartışmalı tedbirin demokratik bir toplumda gerekli olduğu ve zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca cevap verdiğini ve meşru bir amaç taşıdığını ileri sürmektedir. Hükümet ayrıca, Dernekler Kanunu'nun değiştiğini belirtmektedir. Başvuran, iddialarını yinelemektedir. AİHM, 11. madde bağlamında siyasi partilerin çoğulculuk ve demokrasi açısından oynadıkları temel role sık sık vurgu yapmıştır. Ancak, özellikle kültürel ve manevi mirasın korunması, bir dinin tebliği ve öğretimi, etnik kimlik arayışı, yahut azınlık bilincinin ortaya konulması gibi başka türde sosyal ve ekonomik amaçlar güden, başka amaçlar için kurulmuş dernekler de demokrasinin düzgün işleyişi için aynı derecede önemlidirler. Aslında çoğulculuk, çeşitliliğe, kültürel geleneklerin dinamiğine, etnik ve kültürel kimliklere, dini inanışlara, sanatsal, edebi, toplumsal ve ekonomik düşünce ve anlayışlara karşı saygıya ve tüm bunların kabulüne dayanır. Farklı kimliklere sahip kişi ve gruplar arasındaki uyumlu etkileşim, toplumsal bütünlüğün sağlanmasının esasıdır. Sivil bir toplum düzgün bir biçimde işlediğinde, vatandaşların geniş ölçüde demokratik sürece, başkalarıyla biraraya gelerek, ortak hedefler etrafında birlikte hareket eden dernekler aracılığıyla katılmaları tamamen doğaldır<sup>537</sup>. AİHM, demokrasi ve çoğulculuk arasındaki

---

<sup>537</sup> Aynı yönde: *Gozelik ve diğerleri- Polonya*, Başvuru No: 44158/98.

doğrudan ilişkiye vurgu yaptığını ve ancak ve ancak ikna edici ve buyurucu nedenlerle bu özgürlüğe kısıtlama getirilebileceği ilkesini ortaya koyduğunu hatırlatmaktadır<sup>538</sup>.

AİHM, derneğin sosyal amacına aykırı olmasına rağmen siyasi içerikli açıklamalar yapmak suçlamasıyla derneğin yönetici ve üyelerine karşı ceza davası açıldığını gözlemlemiştir. Oysa ceza mahkemesi gerekçeli kararında, derneğin değil haklarında dava açılmış kişilerin cezai sorumluluğu bulunduğunu takdir etmiştir. Buna rağmen mahkeme, yalnızca yöneticileri mahkum etmemiş, ceza davasına konu olmadığı halde 2908 nolu eski yasanın 5 ve 76. maddeleri uyarınca derneği de feshetmiştir. Dernek, derhal ve kesin olarak feshedilmiştir. AİHM, alınan tartışmalı tedbirin aşırı derecede ağır olduğunu tespit etmiştir. AİHM, bu bakımdan verilmiş cezaların cinsi ve ağırlığı gibi unsurların da müdahalenin orantılılığı ölçmek gerektiğinde dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Yukarıda belirtilen hususlar göz önüne alındığında, AİHM, Fatih Ceza Mahkemesince derneğe verilen cezanın Hükümet tarafından zikredilen herhangi bir meşru amaçla orantılı olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır. Bu yüzden AİHM, derneğin feshinin ‘zorlayıcı toplumsal bir sebebe’ makul bir biçimde cevap veremeyeceğini ve bu nedenle ‘demokratik bir toplumda gerekli’ olmadığını takdir etmektedir.

### **2.2.5.1. Toplantı Özgürlüğü ve Kamu Düzeni**

Toplanma özgürlüğü, kişilerin, görüşlerini açıklamak, fikir alışverişinde bulunmak için, özel veya kamuya ait açık veya kapalı alanlarda bir araya gelmelerini ifade etmektedir<sup>539</sup>. Yani özel toplantıların yanı sıra halka açık toplantılar da güvence altına alınmaktadır. Buna toplu yürüyüş, gösteri hakları da dahildir. Bu özgürlük, toplantıya katılanlar kadar, toplantıyı düzenleyenler tarafından da kullanılabilir<sup>540</sup>.

Toplantı özgürlüğü de kişinin toplum içerisinde kendisini ifade edebilme hakkına hizmet etmektedir. Toplantı özgürlüğü kişilerin düşünce değişiminde

<sup>538</sup> *IPSD ve diğerleri/ Türkiye*, Başvuru No: 97, § 35, 25.10.2005 tarihli karar.

<sup>539</sup> Reisoğlu, s. 90.

<sup>540</sup> Kaya, s.108.

bulunmak, ortak çıkarlarını savunmak amacıyla bir araya gelmek suretiyle belli fikir ve kanaatler çerçevesinde kamuoyu oluşturma amacına yönelik olarak, toplantı düzenleme, toplantıya katılma ve serbestçe ifadede bulunma unsurlarını kapsamaktadır. Toplantı özgürlüğü bireyin diğer insanlarla iletişim içerisinde bulunmasını garanti eden bir temel haktır. Toplantı özgürlüğü AY md 34' te garanti edilmiştir. Birey toplantı özgürlüğünü kullanmak suretiyle kendisini bir grupla birlikte kamu karşısında ifade etmektedir<sup>541</sup>.

Gösteri de bir topluluğun hissiyat ve fikirlerini, topluma ve resmi makamlara ulaştırmak amacıyla yaptıkları bir toplantıdır. Bir işaret veya rozet takmak şeklinde görünebileceği gibi, sessiz kalınması suretiyle de görünebilir. Bir gösteri, göstericilerin destekledikleri fikirlere karşı olanları gücendirebilir ya da kızdırabilir. Bununla birlikte gösteriye katılanlar, karşıtları tarafından gelebilecek fiziksel şiddete maruz kalma korkusu taşımadan, gösterilerini korkusuzca yapabilmelidirler. Fiziksel bir şiddete maruz kalma korkusu taşımadan, gösterilerini korkusunun genelde yol açtığı eğilim, ortak ideal ve çıkarları destekleyen çıkarları destekleyen toplulukları, toplumu etkileyen tartışmalı konular üzerindeki düşüncelerini özgürce ifade etmekten caydırmasıdır<sup>542</sup>.

AİHS, hem bireylere barışçı bir şekilde, şiddete başvurmaksızın, kamu düzenini bozmaksızın toplantı haklarını kullanabilme özgürlüğü tanımış hem de devletlere, bireylerin bu haklarını kullanabilmelerini sağlama ve bu amaçla gerekli önlemleri alma yükümlülüğü yüklemiştir. Hatta bu bağlamda AİHM kararlarında, devletlerin özellikle kamu alanlarında yapılacak toplantıları, belli şartlara ve ön izne bağlayabilecekleri; devletlerin, toplantıların barışçı karakterlerini sağlamak üzere gerekli önlemleri alma konusunda haklı ve yetkili oldukları zaman zaman vurgulanmaktadır. Ön izin gerekliliği, ulusal güvenlik, sağlığın korunması, kamu ahlakı ve başkalarının hak ve ya özgürlüklerinin korunması nedenleri için olabilir. Yetkili makamların bu şekildeki uygulamaları, toplantının ya da gösterinin barışçıl olmasını sağlamak açısından gerekli olabilir. Ancak düzenlemenin, yalnızca her vatandaşın toplanma hakkını güvence altına almak için devreye girer. Devlet,

<sup>541</sup> Şimşek ( Kişisel Veri ) s. 146.

<sup>542</sup> Kaya, s.108. ( Platform ' Artzte für Das Leben - Avusturya, AİHM,1998 )

toplantı ve gösterileri yasaklama sonucunu doğuracak bir kural getiremez<sup>543</sup>. Ne var ki bu hakkın da kullanımının gelişigüzel, keyfi kontrol edilmesi bu hakka aykırıdır. Çünkü hakkın sınırlandırılması ancak AİHS md. 11/2’de sayılan, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin korunması kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla ve ancak yasayla sınırlanabilir.

“Barışçı metotlarla yapılacak bir toplantının, şiddete dayanan karşı girişimlere sebep olması olasılığı toplanma hakkını ortadan kaldırmaz. Yasalara uygun olarak toplanma hakkını kullanan gurupları, devletler, diğer kişi veya gurupların şiddete dayalı müdahalelerine karşı korumakla görevlidirler. Demokratik bir rejimde, karşı gösteride bulunma hakkı, gösteri özgürlüğünü paralelize edecek, ortadan kaldıracak bir şekilde kullanılamaz.”<sup>544</sup> Barışçı toplantı hukukunun korunması altındadır. Örgütleyenlerin ve katılımcıların şiddet kullanma niyeti taşıdıkları, dolayısıyla kamu düzeninin bozulmasına yol açabilecek bir gösteri “barışçı” bir gösteri değildir ve dolayısıyla koruma altında da değildir. Bir karşı gösteri olasılığı veya düzenleyen örgütün üyesi olmayan aşırı uçların şiddete başvurma niyetiyle gösteriye katılmaları, barışçı bir toplantı yapma hakkını ortadan kaldırmaya yetmez. Hatta gösteriyi düzenleyenlerin kontrolü dışında, gösterinin karışıklığa neden olacağı konusunda gerçek bir risk bulunsa bile bu tür gösteri veya toplantı korunmalıdır ve herhangi bir sınırlama uygulanacaksa, bu yasalara ve bu konuda belirlenmiş yararların maksadına uygun olmalıdır<sup>545</sup>.

Demokratik bir toplumda, toplantı özgürlüğünün kısıtlanması, AİHS md.11/2’de sayılan sebeplerin gerçekleştirilmesi amacına ulaşmak için mümkün olabilir. Bu aynı zamanda amaçla kısıtlama arasındaki oranlılığın gerekliliğini de ifade etmektedir. Korunan çıkarlar ile kamuya açık bir alanda toplanan insanların

---

<sup>543</sup> Kaya, s.109. (Kivenmaa- Finlandiya, B.M İnsan Hakları Komitesi, Karar No:41+2/1990,) 31.03.1994) (Rassemblement Jurassien and Unite Jurassien – İsviçre, AİHK Başvuru No:8191/78,1980)

<sup>544</sup> Reisoğlu, s.91. Kaya, s.108. dikkat buraya destekleyici karar da konulması gerekiyor.

<sup>545</sup> Kaya, ss.108-109. (G.V- Almanya, AİHK Raporları), (Christians Against Racism and Fascism – Birleşik Krallık, AİHK Raporları 1980 )

düşüncelerinin sözcüklerle, jestlerle hatta sesiz bir biçimde özgürce ifade edilmesi arasında bir denge olmalıdır. Sağlanacak bu denge, böyle durumlarda insanların inandıkları düşünceleri söylemekten ötürü herhangi bir cezaya çarpılma korkusuna kapılmaları veya kendilerini ifade etmekten caymaları sonucunun doğmasına izin vermeyecek bir denge olmalıdır<sup>546</sup>.

AİHS md. 11/2’de sayılan sebeplerin varlığının aranmasındaki zorunluluk, müdahalede bulunmanın kaçınılmaz bir toplumsal zorunluluk olduğu anlamına gelmektedir. Yani, bir toplantının engellenmesinin haklı görülebilmesi için, alınacak tedbirlerle önlenmesi mümkün olmayan gerçek bir kargaşaya yol açma tehlikesinin bulunması gerekmektedir<sup>547</sup>.

Bir gösteriye ya da toplantıya izin verilmemesi durumunda, kamu düzeni, güvenliği, sağlığı gibi AİHS md. 11/2’de sayılan bir nedene dayanılıyorsa, devletin bunu açıklamakla ve barışçı bir gösteri yapma hakkının kullanılmasına izin verecek tedbirlerin alınmasının neden olanaksız olduğunu göstermekle yükümlüdür. Örneğin Avusturya ile Almanya’nın birleşmesini savunacağı sanılan bir mitingin polis tarafından yasaklanmasının “ulusal güvenliğin”, belediye sınırları içerisindeki bazı alanların siyasi mitinglere kapatılmasının “kamu emniyetinin”, metropoliten bölgede “kamu düzeninin” korunması gerekçeleriyle geçici süre engellenmesi AİHK tarafından kabul edilmiştir<sup>548</sup>. 2 ay boyunca geçerli olan Londra Metropolitan Police District’deki gösteri yasağı ile ilgili olarak Komisyon AİHS md. 11/2’ye göre hukuka uygun olabileceğini; ancak genel nitelikteki yasaklamaların istisnai karakterde olması gerektiğini ayrıntılı bir şekilde açıklamıştır<sup>549</sup>. Yine Trafalgar Square’deki Kuzey İrlanda ile bağlantılı gösterilerin yasaklanmasını Komisyon Hukuka uygun bulmuştur<sup>550</sup>.

<sup>546</sup> Kaya, s.110. (Ezelin – Fransa, AİHM, 1991,14 EHRR 362)

<sup>547</sup> Kaya, s. 110 (Christians against Racism and Facism – Birleşik Krallık, AİHK, 1980)

<sup>548</sup> Kaya, s. 110 (Christians against Racism and Facism – Birleşik Krallık, AİHK, 1980; Russemble Jurassien – İsviçre kararları )

<sup>549</sup> Frowein, Peukert s. 418. Başvuru No: 78/8440 “Christians against Racism and Facim” 81/216.

<sup>550</sup> Frowein, Peukert s. 418. Başvuru No: 94/25522.

### 2.2.5.2. Dernek Kurma Özgürlüğü ve Kamu Düzeni

Kaşgarlı Mahmut'un Divan-ı Lugat-it Türk'ünde dernek (ternek) işleri konuşmak için ulusun toplandığı yer olarak tanımlanmıştır. Kavram anlam genişlemesine uğrayarak, bir işi ortaklaşa çözmeyi amaçlayan insanlar topluluğuna dernek denmeye başlamıştır. Günümüzde ortak amaç için bir araya gelen insanların örgütüne dernek denmektedir<sup>551</sup>.

Birlikler, dernekler ve benzeri örgütlenmeler toplumsal yaşamın her alanında ve her aşamasında ortaya çıkabilmekte, değişik alanlarda çalışabilmekte ve etkinlikleri ile toplumsal ve siyasal yaşamı etkileyebilmektedirler<sup>552</sup>.

Dernek kurmak AİHM'e göre bireylerin ortak bir amaç için serbest iradeleriyle guruplaşarak örgütlenmesidir<sup>553</sup>. Toplantı özgürlüğünden farklı olarak dernek kurma özgürlüğü daha şekli ve istikrarlı bir toplanmayı ve gruplaşmayı ifade etmektedir.

Dernek kurma özgürlüğü beraberinde derneğe serbest bir şekilde üye olma, üyelikten çıkma ya da üye olmaya zorlanamama hak ve özgürlüklerini de beraberinde getirmektedir.

“Toplumda birden fazla örgüte üye olanlar kadar, hiçbir örgüte girmeyenler de bulunmaktadır. Benzer üyelerin mekanik dayanışması içindeki örgütler toplum içindeki belirli kesimlerin dünya görüşlerini yansıtırlar ve onların istemlerini, gereksinimlerini siyasal yaşamın gündemine getirirler. Çağdaş dünyanın demokrasileri yaygın ve karmaşık birlikler ağından oluşmaktadır. Toplumsal işlevler görmelerine karşın birlikler üyelerinin toplumsal etkilerini yansıtırlar. Üyeler, kendi dünya görüşlerine göre uygun olarak, sahip buldukları insan haklarını ve özgürlükleri bu tür birlikler aracılığı ile daha etkili yollardan kullanırlar. Kullanmayı yasaklayan ve sınırlayan siyasal girişimlere karşı bireyler üye oldukları birlikler

---

<sup>551</sup> Timuroğlu, s.124.

<sup>552</sup> Çeçen, ss. 67-68.

<sup>553</sup> Frowein, Peukert,s. 418.

aracılığı ile daha etkin ve güçlü savaşım verebilirler. İnsan hakları üzerindeki baskı ve sınırlayıcı girişimlere karşı direnme ancak örgütlü savaşım ile olanaklıdır. Üye sayısının çokluğu, birlikler tarafından gerçekleştirilen eylemlerin etkinliği açısından önemlidir. Örgütsel ilişki ağı hem birlikler hem de bireyler açısından yararlıdır. Örgütsel ilişkilere giren bireyler, güven, dayanışma ve yardımlaşma duyguları ile diğler ruhsal gereksinimleri doyrururlar. Çokluk içerisinde kendilerini daha güçlü hissederek sahip oldukları hak ve özgürlüklere somut bir anlam kazandırırılar. Güven ve dayanışma duyguları, özellikle birincil düzeyde önemli ilişkilerin söz konusu olduğu birliklerde güçlenir insanların toplumsal konumlarını olumlu boyutlarda etkiler. Bireyler kendi başlarına ve kendi güçleri ile gerçekleştiremeyecekleri toplumsal ve siyasal savaşımları bu tür dayanışma birlikleri aracılığıyla yaparlar. Demokrasilerin bireylere örgütlenme özgürlüğü tanıyan bu yönü insan haklarının gerçekleşmesinde, elde edilmesinde, genişletilmesinde ve geleceğe dönük geliştirilmesinde önemli yararlar sağlamaktadır<sup>554</sup>.

Dernek kurma ve toplantı özgürlüğü AIHS md. 11'de düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasında herkesin asayışı bozmayan toplantılar yapmak, dernek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkaları ile birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak hakkına sahip olduğu belirtilmiş, 2. fıkrasında ise bu hakkın sınırlandırılması nedenleri gösterilmiş ve sınırlandırma nedenleri olarak bu hakların demokratik bir toplumda zorunlu önlemler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağliğin veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçları ile ve ancak yasa ile sınırlandırılabilceği belirtilmiş, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, kolluk mensupları veya devletin idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında meşru sınırlamalar konmasına engel olmayacağı belirtilmiştir. AIHS md.11/2'de sosyal zararın ortaya çıkabileceği durumlarda bu zararın engellenmesi yada giderilmesi için devlete, özgürlüğün kullanılmasını engelleme yetkisi veren durumlar düzenlenmiştir<sup>555</sup>.

---

<sup>554</sup> Çeçen,ss. 69-70.

<sup>555</sup> Sezer, s. 262. AIHS md 11/2' de yer alan bu sınırlama hükmü, sözleşmenin aynı zmaanda 8,9 ve 10. maddelerinde bulunan genel modeli izlemektedir.

Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, burada düşünceyi açıklama özgürlüğünün önemli bir uzantısı olan örgütlenme ve toplantı hak ve özgürlüğü düzenlenmiştir. Her ne kadar madde metninde sadece dernek ve sendikalardan bahsetmiş ise de AİHM bu kavramı geniş yorumlamakta ve özellikle siyasi partiler ve diğer sivil örgütleri de bu madde kapsamına dahil etmektedir. Mahkeme birçok kararında örgütlenme ve toplantı özgürlüğünün düşünceyi açıklama özgürlüğünün öteki boyutu olarak kabul etmiştir<sup>556</sup>.

Toplantı özgürlüğü bireylerin bir amacı ya da düşünceyi gerçekleştirmek için kapalı veya açık yerlerde toplantı, gösteri veya yürüyüş gibi hangi biçimde olursa olsun bir araya gelmeleri olarak kabul edilmektedir<sup>557</sup>.

Toplantı kavramı AİHS’te tanımlanmamıştır. Bu kavram AİHM İçtihatları ile açıklığa kavuşmuştur. Birden fazla kişinin rastlantı sonucu bir araya gelmesi 11. madde anlamında toplantı olarak kabul edilmemektedir. 11. madde anlamında toplantı kabul edilebilmesi için belli bir düşünce veya amaç doğrultusunda bir araya gelinmesi gerekmektedir. Toplantı özgürlüğünün kullanılabilmesi için iç hukukta toplantıdan önce bilgi verilmesi veya izin koşuluna bağlanması 11. madde anlamında ihlal kabul edilmemektedir. Ancak toplantının yapılabilmesi için iç hukukta ileri sürülen sürecin, bu hakkın kullanılmasını durumun gereklerinden daha fazla zorlaştırması halinde 11. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu bağlamda yasal olarak yapılacak gösterilerin amacına uygun olarak ve dışarıdan müdahale olmaksızın yapılmasını güvence altına alacak ve trafiğin düzenli işlemlerini kolaylaştıracak önlemler alınması olanaklıdır. AİHM’ce devlete yalnızca bireylerin belli bir amaç ve düşünce doğrultusunda toplantı yapmalarına engel olmaması bakımından devlete yükümlülük getirmesinin yanı sıra ayrıca bu toplantının amaç doğrultusunda yapılmasını sağlamaya yönelik özellikle dışarıdan yapılabilecek müdahaleleri engellemek bakımından pozitif yükümlülüğü olduğu da kabul edilmektedir. Ancak buradaki pozitif yükümlülük sonuç yükümlülüğü değil, olanak yükümlülüğüdür. Yani sözleşmeci devlet gerekli bütün önlemleri almasından sonra

<sup>556</sup> Bkz. 13.8.1981 tarihli İngiltere’ye karşı Webster, 7.12.1976 tarihli Danimarka’ya karşı Pedersen, 26.4.1991 tarihli Fransa’ya karşı Ezelin kararları. Frowein, Peukert, s. 418.

<sup>557</sup> Gözübüyük/ Gölcüklü, s.369.



ön görülmeyen başka nedenlerle toplantı özgürlüğüne müdahale olması durumunda ihlal kabul edilmemektedir.

Toplanma özgürlüğünün en önemli koşulu gösterinin barışçıl amaçlar ile yapılmış olmasıdır. Barışçı amaçla yapılmayan toplantı ve gösteriler 11. madde kapsamında kabul edilmemektedir. Mahkeme Fransa'ya karşı Ezelin davasında 1991 yılında vermiş olduğu bir kararda toplantı ve gösterinin belirli bir amacın şiddete dayalı olarak gerçekleştirilmesine hizmet etmesi halinde artık barışçı olmadığı ve bu anlamda toplantı özgürlüğü hakkında yararlanamayacağını belirtmiştir. AİHS'nin 11. maddesinin kapsamında olan diğer hak ve özgürlük ise dernek kurmak yani genel bir deyim ile örgütlenme özgürlüğüdür. "Dernek, değişken şekil şartlarını yerine getirerek bir amaç etrafında iradi olarak bir araya gelen ve zaman içinde süreklilik gösteren bireyler topluluğudur"<sup>558</sup>. Dernek kapsamına sendika kurma ya da var olan bir sendikaya katılma hakkı da girmektedir. Örgütlenme demokratik toplumun vazgeçilmez koşullarından biridir. Sözleşmecî devlet dernek kurma özgürlüğünün kullanılması için gerekli önlemi almak ve yasal alt yapıyı oluşturmak yükümlülüğü altındadır. Bu özgürlük dernek ve sendika kurma ve üye olma özgürlüğü yanında aynı zamanda dernek ve sendika kurmaya veya bu şekilde kurulmuş olan dernek veya sendikaya üye olmaya zorlanamama özgürlüğünü de kapsamaktadır. Ayrıca AİHM bir kararında sendikaya üye olmama özgürlüğünü makul ve ölçülü bir biçimde düzenlemenin devletin görevi olduğuna karar vermiştir<sup>559</sup>.

Dernek kurma özgürlüğü aynı zamanda derneğin düşünce amaçları doğrultusunda faaliyette bulunmasını da kapsamına almakta, sendika da bu nedenle amaçları doğrultusunda faaliyette bulunma hakkına sahip olup buna yönelik engellemeler ise md. 11'in ihlali sonucunu doğurmaktadır.

Evlat edinen annelerin kurduğu derneğin yasaklanmasını komisyon 2. fıkraya cezalandırılması gereken eylemlerle mücadele sebebiyle hukuka uygun görmüştür<sup>560</sup>

<sup>558</sup> Gözübüyük, Gölçüklü, s.370.

<sup>559</sup> Tezcan, Erdem, Sancakdar, s. 475.

<sup>560</sup> Frowein, Peukert s. 418. Başvuru No: 88/14223.

### 2.2.5.3. Sendika Özgürlüğü ve Kamu Düzeni

Örgütlenme özgürlüğü sendikalar yönünden sendikaların kurulmasına engel olma eylemini yasaklamakla birlikte AİHM'e göre sendikalara grev hakkı veya toplu iş sözleşmesi yapma hakkını verdiğini kabul etmemiş, devletin böyle bir yükümlülüğü olduğunu benimsememiştir. Örgütlenme özgürlüğü kavramı içersine işverenlerin sendika kurma hakkı da dahil edilmiştir. Ayrıca siyasi parti kurma özgürlüğü de bu madde kapsamında değerlendirilebilir. Mahkeme siyasi partilerin demokrasi için önemini vurgulamış ve siyasi partilerin de örgütlenme özgürlüğü kapsamında olduğunu belirtmiştir. Dernek kurma özgürlüğü kişilerin sosyo-ekonomik yararlarını da korumak için sendika kurma hakkını da içerir. Derneklere ilişkin ilkeler, kural olarak sendikalar için de geçerlidir. Derneklerdeki gibi bireyler, bir sendikaya üye olmaya da zorlanamazlar. AİHM, işçinin işini korumasının, işine devam edebilmesinin bir sendikaya üye olmasına bağlanmasını AİHS md.11'e aykırı bulmuştur<sup>561</sup>.

AİHM, 11. maddenin lafzi yorumu karşısında sendika kurma ve sendikalara katılma hakkını md. 11'in koruma alanında görmüş ve bazı kararlarında da sendikalara danışılma, toplu sözleşme ve grev haklarını kapsamadığını açıklamıştır. *İsveç Makinistler Sendikası* kararında AİHS; "11. madde, devletin toplu sözleşme hakkını vermesi gerektiği gibi, devletin sendikalara ya da onların üyelerine belirli bir davranışını güvenceye almamaktadır. Bu haktan 11. maddenin 1. fıkrasında bahsedilmediği gibi, bütün sözleşmeciler devletlerin iç hukuklarında ya da uygulamalarında bu hakkı içselleştirdikleri ya da sendika özgürlüğünün etkili kullanımını için bu hakkın vazgeçilmez olduğu da söylenemez. Bu nedenle, toplu sözleşme hakkı, sözleşme tarafından güvence altına alınmış bir hakkın zorunlu olarak doğal bir unsuru değildir."<sup>562</sup> şeklinde 11. maddeyi yorumlamıştır.

<sup>561</sup>Bkz Joung, James, Webster Kararı. Başvuru No:81/559.

<sup>562</sup> Başvuru no: 564/72, 6 Şubat 1976 tarihli karar. Özdek, s. 261-262. " 11. maddenin 1. fıkrasında dile gelen herkesin çıkarlarını korumak için sendikalar kurma ve sendikalara katılma hakkının, devletleri bu hakkı gerçekleştirmek amacıyla seçecekleri araçlar konusunda serbest bıraktığı görüşüne varan mahkeme, bu araçların seçiminde devletlere geniş bir takdir yetkisi tanımıştır."

AİHS'nin bu şekilde sınırlayıcı yorumu, hem sözleşmeyi hazırlayanların iradesine sadıktır; hem de sözleşmenin liberal bireyci doğasına uygundur. Sözleşmeyi hazırlayanlar, sendika kurma ve sendikaya katılma biçiminde belirleyici ifade ederek, sendika hakkını yalnız “ dernek özgürlüğü” içeriğiyle kabul etmişlerdir. AİHM'in yorumu ise bu konuda genişletici yorum yapmaktan kaçındığını ortaya koymaktadır<sup>563</sup>.

*Young, James Webster* Kararında AİHM çalışanların, kapalı işyeri sözleşmesinin sona ermesinden sonra iş sözleşmelerinin fesih tehlikesi yaşamalarından kaynaklanan başvuru sonucunda yapılan Komisyon incelemesinde sınırlamayı hukuka uygun görmemiştir<sup>564</sup>.

#### **2.2.5.4. Siyasi Partiler ve Kamu Düzeni**

Siyasi Partiler, günümüzde siyasi rejimlerin en önemli unsurlarındandır. Siyasi partiler olmaksızın demokrasi düşünülemez. Siyasi partiler, üyelerinin düşünce ve menfaatlerini gerçekleştirmek için, iktidarı kısmen ya da tamamen ele geçirmek amacıyla, siyasi hayata katılan teşkilatlanmış gruptur<sup>565</sup>. SPK'nın tanımına göre, siyasi partiler, Anayasa ve kanunlara uygun olarak; milletvekili ve mahalli idareler seçimleri yoluyla, tüzük ve programlarında belirlenen görüşleri doğrultusunda çalışmaları ve açık propagandaları ile milli iradenin oluşmasını sağlayarak demokratik bir Devlet ve toplum düzeni içinde ülkenin çağdaş medeniyet seviyesine ulaşması amacını güden ve ülke çapında faaliyet göstermek üzere teşkilatlanmış tüzel kişiliğe sahip kuruluşlardır. SPK'nın tanımından, siyasi partilerin, toplum düzenini sağlamak olmasa da korumak yükümlülüğünün bulunduğu anlaşılmaktadır.

---

<sup>563</sup> Özdek, s. 263.

<sup>564</sup> Başvuru No: 81/ 559. Frowein, Peukert, s. 418. “Birleşik Krallığa karşı açılan davanın dayandığı olayda, toplu sözleşmenin öngördüğü iki sendikadan birine üye olma zorunluluğunun getirildiği, üye olmama halinde üye olmayanların işlerine son verildiği, bunun üzerine yapılan başvuruda AİHM verdiği kararda, sendika kurma hakkının dernek kurma hakkına dahil olduğu belirtildikten sonra, kişiyi belli bir sendikaya üye olmaya zorlamanın somut olayda 11. maddenin ihlali olduğuna karar vermiş ve İngiltere’yi mahkum etmiştir”

<sup>565</sup> Erdoğan Teziç, “ Anayasa Hukuku”, Beta, İstanbul 1998, s.305.

Türkiye'nin 11. maddeye ilişkin ihlal iddiaları en çok siyasi parti kapatmalarına ilişkindir. Bu konudaki ilk başvuru *Türkiye Birleşik Komünist Parti (TBKP) ve diğerleri* davasıdır<sup>566</sup>. Anayasa Mahkemesinin 16 Temmuz 1991'de kapatma kararı üzerine AİHK önüne gelen davada örgütlenme özgürlüğünün ihlal edildiği ileri sürülmüştür. AİHM yaptığı inceleme sonucunda yapılan sınırlamanın AİHS md. 11/2'de sayılan meşru amaçlardan ulusal güvenliğe dayandığını kabul etmiş; ancak ne var ki söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna varmıştır. Çünkü TBKP henüz faaliyetlerine başlamadan kapatılmıştır. Partinin isminde “komünist” sözcüğünün bulunması ve AYM'nin partinin tüzüğü ve programında devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırılık saptamış olması partinin kapatma kararının gerekçeleridir. Buna karşın AİHM, yalnız partinin ismine dayanan bir kapatma önleminin kabul edilemeyeceğini belirtmiş ve de Türk toplumuna ya da Türk devletine gerçek bir tehdidi temsil eden politikayı seçtiğini gösteren herhangi bir kapatma önleminin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Bununla beraber, bir siyasal grubun, nüfusun bir kısmının durumunu kamusal alanda tartışmaya ve demokratik kurallara uygun çözümler bulmaya çalıştığı için engellenmesinin meşru olmadığı vurgulanmıştır<sup>567</sup>.

Komisyon ayrıca, örgütlenme özgürlüğünün sadece bir siyasal parti kurma hakkı ile ilgili olmadığı; ama bir kez bir siyasal parti kurulduktan sonra, bu partinin siyasal faaliyetlerini özgürce yürütme hakkını da güvence altına aldığı görüşünde olduğunu bildirmiştir. AİHS md. 11 özerk ve özgün olmasına rağmen somut olayda, md. 9'un ve 10'un değerlendirilmesi gerektiği kanısındadır. *Young James Webster/ Birleşik Krallık*<sup>568</sup> davasına atıf yapan Komisyon, md. 11'in amacının md 9 ve 10'un da amacını kapsamaktadır<sup>569</sup>.

Yine *Sosyalist Parti (SP) ve diğerleri davasında*<sup>570</sup> da AİHM; Türkiye'nin 11. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. SP, AYM'nin 10 Temmuz 1992 tarihli kararıyla kapatılmıştır. Kapatılış gerekçesi de parti başkanı Doğu Perinçek'in

<sup>566</sup> Başvuru No: 19392/92, 30 Ocak 1998 tarihli karar.

<sup>567</sup> Gemalmaz, s.102.

<sup>568</sup> Seri: A No: 44 13.08.1981 tarihli karar.

<sup>569</sup> Gemalmaz, RAPOR, s. 101.

<sup>570</sup> Başvuru No: 21237/93, 25 Mayıs 1998 tarihli karar.

konuşmalarında yine “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırılık” saptamış olması ve bu doğrultuda SP’nin siyasal faaliyetlerinin amacı ile terör örgütlerinin amacının aynı bulunmasıdır. AİHM, ifade özgürlüğünün siyasal partiler açısından önemini vurgulamış ve parti başkanının konuşmalarının içeriğini dikkate alarak, demokratik toplumda gerekli olmadığı sonucuna varmış ve de dava edilen müdahaleyi orantısız bulmuştur. Siyasal partilerin demokrasinin işlemedeki önemli rolünü dikkate alan AİHM, md. 11’de düzenlenen sınırlama ölçütlerinin, meşru amaçların dar yorumlanması gerektiğini vurgulamıştır<sup>571</sup>.

AİHM, yine Anayasa mahkemesinin *Özgürlük ve Demokrasi Partisi (ÖZDEP)*, *Halkın Emek Partisi (HEP)* ve *Demokrasi Partisi (DEP)* ilgili verdiği kapatma kararını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne aykırı bulmuştur. Bu olaylarda AİHM, siyasal partilerin eylemlerinin şiddeti savunma veya şiddeti teşvik edip kışkırtma niteliğinde olmadıkça veya şiddet kullanılmasına yol açmadıkça demokrasinin temel nitelikleriyle çelişmeyeceğini açıklamıştır.

*Refah Partisi’nin (RP)* kapatılması davasında<sup>572</sup> AİHM, Anayasa Mahkemesinin kapatma kararını AİHS’ye aykırı görmemiştir. Demokratik bir toplumda gereklilik ölçütü açısından yapılan değerlendirmede, AİHM, Refah Partisinin özünde demokrasi ile bağdaşmayan dine dayalı çok hukuklu bir düzeni ve şeriat düzenini kurmayı amaçladığını, iktidara gelmek ve iktidarda kalmak amacıyla zor kullanmayı açıkça reddetmediğini, ayrıca eylemleriyle bu amaçları gerçekleştirme olanağına sahip bulunduğunu, dolayısıyla kamu düzenine yakın bir tehlike yarattığını açıklamıştır. AİHM’in bu kararı büyük daire tarafından da onanmıştır. Dine dayalı düzenin veya şeriat düzeninin dolayısıyla böyle bir düzeni kurmak amacıyla eylemlerde bulunan bir siyasal partinin özünde AİHS de ifade edilmek istenen demokrasi anlayışıyla bağdaşmadığı açıklanmıştır.

AİHM, müdahalenin “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca” karşılık düştüğü ve kapatmanın izlenen meşru amaçlarla (ulusal güvenlik, kamu düzeni, suçun ve düzensizliğin önlenmesi, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması) orantılı olduğu görüşüne varmıştır. AYM’nin gerekçesinde dayandığı üzere RP’nin inanç temelinde ayrımcılık içeren “çok hukuklu” bir sistemi kurmayı amaçlamasına atıf

<sup>571</sup> Özdek, s. 266.

<sup>572</sup> Başvuru No: 41340/98, 41342/98,41343,98, 41344/98, 31 Temmuz 2008 tarihli karar.

yapan AİHM, böyle bir sistemin bireyler arasında dine dayalı ayırım yaparak herkesi dinsel inancına göre kategorize edeceğini ve kişilere birey oldukları için değil, dinsel bağlılıklarına göre hak ve özgürlükleri tanıyacağını belirtmiştir. RP'nin şeriat uygulamaya çalıştığı görüşüne de katılan AİHM, şeriatın demokrasinin temel ilkeleriyle ve AİHS ile uzlaştırmanın mümkün olmadığını belirtmiştir. Özellikle Ceza Hukuku, Ceza Usulü, kadınların statüsü, kamusal yaşam ve özel yaşam dinsel kabullere göre düzenleneceğinden şeriatın AİHS'nin değerlerinden açıkça ayrılacağı için demokratik toplum düzeni ve AİHS ile bağdaşmayacağını belirtmiştir.

RP'nin İslam'ın egemenliğini kurmak için "cihat" kavramını kullanmaları ile ilgili olarak da mahkeme, İslami teokratik rejime dayalı böyle bir toplum görüşü Türk Hukuku'nun tarihinde zaten var olduğundan, RP'nin ifade ettiği amaçlarına ulaşabilmesinin mümkün olduğunu, politik bir parti olduğundan iktidarı ele geçirme şansı da olduğundan AİHM, kapatma gerekçelerini, zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı ve müdahalenin izlenen amaçla orantılı olduğunu belirterek AYM kararını uygun bulmuştur. AİHM, RP'nin politik planlarının kamu düzeni için daha hissedilir ve daha acil bir tehlike yarattığını yadsımaksızın, bu planları uygulama konusunda gerçek bir şansa sahip olduğunu düşünmektedir<sup>573</sup>.

AİHM kararları ışığında, siyasi partilerin eylemleri nedeniyle kapatılması konusunda başlıca uluslar arası standartlar Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu'nun 10-11 Aralık 1999 tarihli toplantısında karara bağlandığı şu şekliyle ifade edilmiştir: "Siyasi partilerin yasaklanması veya kapatılması, ancak şiddeti savunma veya şiddeti teşvik edip kışkırtma veya şiddeti teşvik edip kışkırtma veya şiddet kullanarak anayasal düzeni yıkmaya yönelme, dolayısıyla hak ve özgürlükleri tehlikeye düşürme hallerinde geçerli bir tedbir sayılabilmektedir. Bunların dışında, bir siyasi partinin, yalnızca anayasada bir takım değişiklikler yapılmasını savunması, kapatılması için yeterli bir neden değildir. Siyasi partilerin münhasıran tüzük ve programlarındaki amaç ve görüşleri nedeniyle kapatılmaları da ilke olarak doğru değildir. Bununla beraber, bir siyasi partinin silahlı çatışma, terör veya yıkıcı eyleme yönelik örgütlenme ile anayasal düzeni ortadan kaldırmayı amaçlaması gibi parti

---

<sup>573</sup> Özdek, ss. 269-270.

tüzüğünde ve programında şiddeti teşvik etmesi, ayrıca ırkçılığı benimseyip savunması ve böylece halk arasında kin ve düşmanlık yaratması da partinin kapatılmasına yol açabilir. Bir siyasi parti, üyelerinin bireysel eylemlerinden, bu eylemler partinin yetkili organlarınca benimsenip desteklenmedikçe veya eylemler partinin programının veya siyasi amacının bir sonucu olmadıkça sorumlu tutulmamalıdır. Bir siyasi partinin kapatılmasına, gerçekleştirdiği eylemlerin yarattığı tehlikenin önüne başka tedbirlerle geçilemediği takdirde, son çare olarak başvurulmalıdır. Tehlikenin başka tedbirlerle karşılanıp karşılanamayacağı gözden geçirilmeli ve ölçülülük ilkesine uyulmalıdır. Ayrıca yasaklama veya kapatma kararı, adil yargılama sonucunda verilmelidir”<sup>574</sup>. *Emek Partisi (EP) ve Şenol/Türkiye davasında*<sup>575</sup> başvuranlar, EP’nin kapatılmasının, AİHS md. 11’in güvence altına

<sup>574</sup> Merih Öden, “ Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Anayasaya Aykırı Eylemleri Nedeniyle Kapatılmaları” Yetkin Yayınları, Ank., 2003, s.183.

<sup>575</sup> Başvuru No: 39434/98 “ Birinci başvuran EP, Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan siyasi bir partidir. İkinci başvuran, Osman Nuri Şenol olayların geçtiği dönemde bu siyasi partinin başkanı idi. EP, 25 Mart 1996 tarihinde kurulmuş, ardından parti tüzüğü ve programına ilişkin bilgiler İçişleri Bakanlığı’na verilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, 22 Mayıs 1996 tarihinde, Anayasa Mahkemesi’ne EP’nin kapatılması yönünde talepte bulunmuştur. Cumhuriyet Başsavcısı, iddianamesinde partiyi, Anayasa’yı ve Siyasi Partiler Kanunu’nu ihlal etme suçuyla itham etmiştir. Cumhuriyet Başsavcısı’na göre, EP tüzüğünün içeriği ve hedefleri, toprak bütünlüğünü, milli birliği ve devletin resmi dilini ihlal etmektedir. Başvuran Parti’nin avukatı, 24 Haziran 1996 tarihinde, yazılı ön savunmalarını sunmuştur. Avukat, Cumhuriyet Başsavcısı’nın iddianamesinde, bir yandan milli birliğin korunması amacıyla Türk dilinin eğitimde ve kültürel faaliyetlerde kullanılan tek dil olmasını savunarak, Türkiye’deki gerçekleri görmezden geldiğini, diğer yandan EP’nin ise bu birliğe karşı azınlıkların oluşmasını hedeflediğini belirtmektedir. Avukat, azınlıklar gibi toplumsal oluşumların yapay olamayacağını ve siyasi söylemlerini dile getiren devlet adamları tarafından da kabul edilen tarihi olayların sözkonusu olduğunu hatırlatmıştır. Başvuran Parti’nin avukatı, kapatılma talebinin gerçek amacının, çalışanlara siyaset yapmayı yasaklamak olduğunu ve onları sadece birer seyirciye indirgemek isteğinin yattığı sonucuna varmıştır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı 27 Haziran 1996 tarihinde, esas hakkındaki görüşlerini sunmuştur. Başvuran Parti de, 15 Ağustos 1996 tarihinde, esas hakkındaki savunmalarını sunmuştur. Parti’nin avukatı, özellikle AİHS’nin 10, 11, 17 ve 18. maddeleri ile beraber 1 Nolu Ek Protokol’ün 3. maddesine atıfta bulunmuştur. Taraflar 7 Ekim 1996 tarihinde, Anayasa Mahkemesi önünde savunmalarını sözlü olarak sunmuşlardır. Anayasa Mahkemesi, 14 Şubat 1997 tarihinde, Siyasi Partiler Kanunu’nun 101. maddesi uyarınca, tüzük ve programı “devletin toprak bütünlüğünün yanı sıra milli birliği ve resmi dilini ihlal eden nitelikte” olduğu ve dolayısıyla sözüedilen Kanun’un 78 a) ve 81 a) ve b) maddelerini ihlal ettiği gerekçesiyle EP’nin kapatılması kararı vermiştir. Anayasa Mahkemesi, verdiği kararda, ilk olarak etnik kökeni ne olursa olsun Türk topraklarında yaşayan kişilerin, ortak kültürleri aracılığıyla birlik oluşturduğuna dair anayasal ilkeleri hatırlatmaktadır. Anayasa Mahkemesi’ne göre, bu kişilerin hepsi Türkiye Cumhuriyeti vatandaşıydı ve Türk milletini oluşturmaktaydı. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, Lozan Anlaşması’na göre, farklı bir dil veya etnik kökenin kendi başına, bir gruba azınlık niteliğini kazandırmaya yeterli olmadığını hatırlatmaktadır. EP programının, toprak bütünlüğünü ve milli birliğini ihlal eden nitelikte sözler içerdiğine dair iddia hakkında, Anayasa Mahkemesi, kürt kökenli vatandaşların, Türkiye’nin her bölgesinde diğer Türk vatandaşlarla aynı haklara sahip olduklarını belirtmiştir. Aksini söylemek terörist örgütlerin eylemlerini haklı bulma anlamına gelecektir. Anayasa Mahkemesi, “programın bütünlüğünü incelerken, emperyalizm’, ‘Kürt zulmü’, ‘Kürt ve Türk işçiler’, ‘devletin demokratikleşme şekli’ vs. gibi sözlerin anlamının açıkça anlaşıldığını” belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, EP programının

aldığı dernek kurma özgürlüklerini ihlal ettiğini iddia etmektedirler. AİHM, söz konusu parti kapatmanın, AİHS md. 11'in güvence altına aldığı başvuruların dernek kurma hakkına müdahale oluşturmasının taraflar arasında ihtilaf konusu olmadığını not etmektedir. Üstelik müdahalenin kanun tarafından öngörüldüğüne ve AİHS md. 11/2 bakımından toprak bütünlüğünün korunması gibi yasal amaç güttüğüne itiraz edilmemektedir<sup>576</sup>. AİHM, bu değerlendirmeyi benimsemektedir. Buna karşın uyuşmazlık, bu müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığı sorusuna dayanmaktadır. Hükümet, bu noktada, toprak bütünlüğünü tehdit eden ve binlerce ölüme yol açan bir terörizm döneminde, siyasi parti yöneticilerinin, teröristlere destek veren beyanlarda bulunmaktan, iddialarını dile getirmekten veya övgüler yağdırmaktan çekinmeleri gerektiğini savunmaktadır. Anayasa Mahkemesi tarafından dikkate alınan dava konusu sözlere atıfta bulunan Hükümet, bu koşullarda EP'nin kapatılmasının “demokratik toplumda gerekli” olduğuna ve kamu düzeninin korunması gibi zorunlu bir sosyal ihtiyaca cevap verdiği kanaat getirmektedir. AİHM, EP'nin, daha faaliyetlerini başlatmadan kapatıldığını dolayısıyla, bu önlemin sadece EP'nin programına dayanarak alındığını not etmektedir. Ulusal mahkemeler gibi AİHM de dava konusu müdahalenin gerekliliğini değerlendirirken EP'nin programına dayanarak karar verecektir.

Bu davada uygulanacak içtihat, *Refah Partisi ve diğerleri-Türkiye*<sup>577</sup> kararının 86-89 ve 96-100 paragraflarında tanımlanmıştır. Özellikle AİHM'e göre, bir siyasi parti ancak iki koşulda mevzuatın veya devletin yasal veya anayasal yapılarının değiştirilmesi yönünde kampanya yürütebilir. Bu amaçla kullanılan bütün yollar her bakımdan yasal ve demokratik olmalıdır ve önerilen değişikliğin kendisi, temel demokratik prensiplerle bağdaşmalıdır.

---

önerilerinin, Kürtçe'nin gelişmesini ilerletme maskesi altında, Türkiye'nin milli birliğini ve toprak bütünlüğünü bozacak azınlıkları oluşturmayı hedeflediğine kanaat getirmektedir. Sonuç olarak, EP'ninkine benzer bölücülüğü ve Türk milletinin bölünmesini destekleyici hedefler, kabul edilemez. Dolayısıyla bu hedefler sözkonusu partinin kapatılmasını haklı göstermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin, EP'nin kapatılması yönünde verdiği karar, 2820 sayılı Kanun'un 107§1 maddesine uygun olarak parti mallarının satılıp Hazine'ye aktarılmasına *ipso jure* neden olmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin verdiği karar 26 Haziran 1998 tarihinde, Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Verilen bu kararlar, parti kurucularının ve yöneticilerinin başka bir siyasi oluşumda benzeri görevlerde bulunmaları yasaklanmıştır (Anayasa'nın 69. maddesi ve 2820 sayılı Kanun'un 95§1 maddesi).

<sup>576</sup> Bkz. *Sosyalist Türkiye Partisi (STP) ve diğerleri-Türkiye*, 12 Kasım 2003, no: 26482/95, § 27 ve 28.

<sup>577</sup> Bkz. Başvuru No:41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, 2003-II.



Kaçınılmaz olarak buradan, sorumlularının şiddete başvurmayı teşvik eden veya demokrasinin bir veya birçok kuralına riayet etmeyen veya demokrasiyi yıkmayı amaçlayan ve de demokrasinin tanıdığı hak ve özgürlükleri tanımayan siyasi bir projeyi öneren siyasi partinin, bu gerekçelerden dolayı verilen yaptırımlara karşı AİHS'nin korunmasını ileri süremeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>578</sup>. EP'nin demokrasi ilkelerine aykırı amaç güdüp gütmeyeceği sorusu konusunda, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, EP'yi, milli ve toprak bütünlüğünü yıkmak amacıyla Türk milletini bir yanda Türkler diğer yanda Kürtler olmak üzere ikiye ayırmaya çalışmakla suçlamıştır. AİHM, EP'nin programının dava konusu bölümlerinin, işçi sınıfının Türkiye'de ve dünyada gelişmesi hakkındaki analizi ve Hükümet'in bölücü faaliyetlerle nasıl mücadele ettiği üzerine yapılan eleştiriyi içerdiğini saptamaktadır. AİHM, EP'nin savunduğu ilkelerin, ortaya konulduğu gibi, demokrasinin temel ilkelerine aykırı olmadığını kabul etmektedir. EP'nin hedeflerinin, terör faaliyetlerini meşru göstermek amacıyla PKK tarafından öne sürülen hedeflerle benzerlik gösterdiğine dair Hükümet'in savı konusunda, AİHM, yukarıda belirtilen ilkelerin siyasi bir oluşum tarafından savunulmasının, terör eylemlerine verilen bir destek olarak algılanmasına indirgenildiği takdirde, bu konuya ilişkin sorunları demokratik tartışmalar çerçevesinde inceleme olasılığını azaltacağını ve de silahlı hareketlerin bu ilkelerin savunmasını tekeline almasına neden olacağını, bunun da, 11. maddenin amacına ve dayandığı demokratik ilkelerle ters düşeceğini hatırlatmaktadır<sup>579</sup>.

EP'nin, ülkedeki demokratik rejimi tehlikeye sokacak nitelikte siyasi bir projesinin bulunmadığı ve/veya siyasi amaçlar için kuvvete başvurma çağrısının veya kanıtın bulunmadığı gözönüne alınırsa, sözkonusu partinin kapatılmasının, “zorunlu toplumsal bir ihtiyaca” cevap verdiği ve de “demokratik toplumda gerekli” olduğu makul olarak düşünülemez. Dolayısıyla AİHS md. 11 ihlal edilmiştir.

---

<sup>578</sup> *Yazar ve diğerleri-Türkiye*, no: 22723/93, 22724/93 ve 22725/93, 2002-II, § 49, sözü edilen *Refah Partisi ve diğerleri*, § 98).

<sup>579</sup> Bkz. *Yazar ve diğerleri* kararı, par. 57.

## 2.2.6. Ek Protokollerde Düzenlenen Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Kamu Düzeni

### 2.2.6.1. Mülkiyet Hakkı (AİHS 1. Ek Protokol Md.1)

Mülkiyet (propriete) genel olarak, bir nesne ya da nesnelere bütünü üzerindeki kişisel hak olarak tanımlanır. Mülkiyet hakkı, insan haklarının en önemlilerinden ve en çok tartışılan konularındandır. Mülkiyet hakkı, yasal ve felsefi güçlükler içeren bir kavramdır. Batı tarihinde mülkiyet hakkı, doğal bir hak olarak düşünülmüştür ve en köklü ideolojik ve siyasal hakların başında gelir. Özel mülkiyet çağdaş batı toplumunun temelini oluşturmaktadır<sup>580</sup>.

Ek protokollerde kabul edilen hakların başında mülkiyet hakkı gelmektedir. Bu hak AİHS'ne ek 1 nolu protokolde düzenlenmiştir. Protokolün 1. maddesinde mülkiyet hakkı şu şekilde düzenlenmiştir: “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıda AİHS md. 8/2 kapsamında ele alınan *Handyside* kararında ve *Marcx/Belçika*<sup>581</sup> kararında ilgili maddede mal dokunulmazlığının yanında mülkiyet dokunulmazlığının da yer aldığı vurgulanmıştır. Bu suretle mal kavramı, geniş anlamdaki mülkiyet hakkı gibi yorumlanmakta, taşınır ya da taşınmaz mallarla birlikte ekonomik değeri olan her şeyi kapsamaktadır. Öyle ki kamulaştırma bedellerinin geç ödenmesinden kaynaklanan enflasyon kaybı bile mülkiyet hakkı ihlali kapsamında değerlendirilmektedir<sup>582</sup>.

Ek 1 nolu Protokol'ün 1. maddesi devletlerin mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya

---

<sup>580</sup> Timuroğlu, s. 300.

<sup>581</sup> 13.06.1979 tarihli

<sup>582</sup> Tezcan, Erdem, Sancakdar, s. 528.

para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez. Her çağdaş ve demokratik devletin sosyal, demokratik hukuk devleti olma özelliğinden kaynaklanan ve yerine getirmek zorunda olduğu bir çok yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğünü yerine getirebilmek için her zaman kendi mevcut olanakları yeterli olmamakta ve özel mülkiyete tabi taşınır ya da taşınmazlara gereksinim duyabilmektedir. Bu durumda özel mülkiyet ile kamu gücünü bünyesinde barındıran devlet karşı karşıya gelebilmekte ve arada anlaşma olmadığı halde devlet, kamu yararına yönelik faaliyetleri yerine getirebilmek için özel mülkiyete müdahale edebilmektedir<sup>583</sup>.

AİHM, mülkiyet hakkıyla ilgili yapılan başvurularda mülk kavramını çok geniş yorumlamaktadır. Mülk kavramı taşınır ve taşınmaz mallar, elle tutulabilir veya tutulamaz varlıklar, hisseler, patentler, tahkim kararları, emeklilik maaşı hakkı, ev sahibinin kira olma hakkı, bir mesleği icra etme hakkı gibi haklar mülk kavramı içine girmektedir. Mülkiyet hakkına müdahalenin haklı olabilmesi için bunun kamu veya genel çıkarlar doğrultusunda meşru bir amaca hizmet etmesi gerekmektedir; bunun yanında müdahalenin amaçla orantılı olması da gereklidir. Bu konuda AİHM, *Sporrong/İsveç* kararında<sup>584</sup>, mahkemenin toplumun genel çıkarlarının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunması arasında adil bir dengenin korunup korunmadığını değerlendirilmesi gerektiği, bu dengenin AİHS'nin tamamında bulunduğunu belirterek bir ilke ortaya koymuş, bu ilkeye uygun olarak yaptığı değerlendirmede, mülk sahibinin yapılan düzenleme sonucunda aşırı bir yük üstlenmemesi gerektiği sonucuna ulaşmış ve ihlal kararı vermiştir.

Ek 1 nolu Protokol' ün 1/1 c.2'de mülkiyet hakkının sınırlandırılabilceği düzenlenmiştir. Diğer temel hak ve özgürlükler açısından öngörülen sınırlama şartları mülkiyet hakkı açısından da geçerlidir. Mülkiyet hakkının devlet tarafından sınırlandırılabilmesi için kamu yararının varlığı olmazsa olmaz şart niteliğindedir. Tanım ve kapsamının ne olduğu hususunda bir birlik olmamasına karşın, somut olayda kamu yararının tespiti büyük önem taşımaktadır.

<sup>583</sup> AYM, 1992/22E; 1992/40 K sayılı, 17.06.1992 tarihli karar. www.anayasa.gov.tr ( 20.02.2008 )

<sup>584</sup> 23.09.1982 tarihli, Seri A No: 52 s26 §69.

Dar anlamda kamu yararı, idare hukukuna ait teknik bir kavramdır. Buna göre, genel olarak kamu hukuku işlerinde aranan kamu yararı yani idarenin yürütmek ve işletmek zorunda olduğu kamu hizmetlerini gerçekleştirmek için aranan kamu yararı dar anlamda kamu yararadır. Geniş anlamda kamu yararı ise, iktidarın amacını göstermekte ve eylemlerine ölçüt olmaktadır. Kanunların konmasının altında yatan düşüncedir. Bu açıdan kamu yararı kavramı, idare hukukunun alanı içerisinden çıkıp geniş bir anlam kazanmaktadır<sup>585</sup>.

Önceleri sağlık, iskan nedenleri ve askeri nedenleri kamu yararının olduğu haller olarak sayılırken, sanayinin tarımın ve ekonomik hayatın gelişmesi neticesinde trafik, ulaşım, petrol, maden, su gibi kıt kaynakların da verimli olarak kullanılabilmesi, çağdaş şehircilik anlayışına ulaşma çabaları da kamu yararına dahil olmuştur. Kamu yararı kavramının gelişmesi neticesinde, idare mülkiyet hakkının özüne dokunarak sırf şehrin görünümünü bozan çirkin binalardan kurtulmak amacıyla dahi kamulaştırma işlemine başvurabilmektedir. Bu sebeple dar olan kamu yararı halleri, kamu yararı görülen her duruma yayılmaktadır<sup>586</sup>.

Kamu yararı kavramının dar kapsamından yavaş yavaş bu şekilde genişlemesinin sınırlandırılması gerekmektedir. Hangi hallerde kamu yararının bulunduğu kayıt ve şarta bağlanmadan, idare tarafından serbestçe takdir edilmesi veya bu yönde bir yetkinin idareye verilmesi sakıncalıdır. Bunu gidermek için de kamu yararının bulunduğu haller, kanunlarda bol bol örneklendirilmeli ve idareye sınırlı sayıda olmayan örneklerde gösterilen yol dahilinde hareket imkanı sağlanmalıdır. Bu şekilde kanun koyucunun kamu yararından ne anladığı açık bir şekilde görülebilir ve idare, kanun koyucunun iradesini hizmetin gereklerine daha uygun bir şekilde yorumlayabilir. İdarenin keyfi davranışının önlenmesi açısından da idarenin bağımsız ve tarafsız yargı organlarıncı etkin bir şekilde denetlenmesinin de sağlanması gerekmektedir<sup>587</sup>.

---

<sup>585</sup> Esin Örucü, “Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması”, İst., 1976, ss.66-67.

<sup>586</sup> Gözler, ss.882-883.

<sup>587</sup> Meltem Kutlu, “Bir İdari İşlem Olarak Kamulaştırma ve İptal Davaları” Ank., 1992. s.50.

*Loizidou/Türkiye Kararı*<sup>588</sup>, mülkiyet hakkı açısından AİHS'nin vermiş olduğu çok önemli kararlardan biridir. Olayda başvuru, Türkiye'nin 1974 Barış Harekatı sırasında mallarını ve taşınmazlarını bırakarak adanın güneyine göç etmek zorunda kaldığını ve geçen sürede mallarına ulaşabilmek için bir çok girişimde bulunduğunu ; ancak kendisinin Türk askerleri tarafından engellendiğini belirterek mülkiyet hakkının engellendiğini iddia etmiştir. AİHD, KKTC'nin askeri ve güvenlik bakımından Türk Ordusu'nun fiili kontrolünde olduğunu, KKTC'nin 1974'teki Türk Ordusu'nun fiili mücadelesi sonucu kurulduğunu, bu sırada meydana gelen hak ihlallerinden KKTC'nin politikalarından ve eylemlerinden kaynaklanmış olsa bile Türkiye'nin sorumlu olması gerektiği sonucuna vararak Louzidou'nun mülkiyet hakkına ulaşabilmesinin engellenmesinde Türkiye'nin yargılanmasının ve kendisine sorumluluk yüklenmesinin söz konusu olabileceğini belirtmiştir.

Loizidou kararı mülkiyet hakkının evrensel olma özelliği bakımından önem arz etmektedir. Bu kararla, Türkiye, sınırları dışında kalan bir alandaki mülkiyetten dolayı mahkûm olmuştur. AİHD, ilk inceleme sırasında AİHM'in yer bakımından yetkili olup olmadığını da tartışmış sonuçta da söz konusu müdahalenin Türkiye'nin fiili müdahalesi sonucunda olduğundan kabul edilebilirlik kararı vermiştir.

AİHD; 1974 yılından bu yana toprağı üzerindeki hakimiyetini, tüm kullanabilme olanaklarını kaybeden başvurunun halen topraklarının yasal sahibi olduğu görüşünü benimseyerek bahsedilen engellemelerin AİHS Ek 1 nolu Protokol md. 1 ile korunan mülkiyet hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

AİHM'in *Paramichalopoulos/Yunanistan Kararı*<sup>589</sup>, başvuru sahiplerinin deniz kıyısındaki arazileri 1967 askeri rejimine geçilmesinden sonra çıkarılan bir yasayla Deniz Kuvvetleri Vakfı'na intikal ettirilmiştir. Daha sonra bu yer üzerine Deniz Kuvvetleri personeli için sosyal tesis inşa edilmiştir. 1974 demokrasiye geçiş döneminden sonra başvuru sahipleri, yerlerini geri istemiş; ancak üzerinde tesis inşa edildiği için talepleri reddedilmiştir. AİHM, bu olay karşısında, yapılan müdahalenin

<sup>588</sup> Seri A Başvuru No: 310, 23.03.1995 tarihli karar.

<sup>589</sup> 24.06.1993 tarihli karar.

kamulaştırma kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirterek kamu yararı olmayan ve bedeli ödenmeyerek arazilerine vakıf tarafından el konulan başvuruçuların mülkiyet haklarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Türkiye aleyhine verilen kararlardan köy boşaltmaları ile ilgili kararlar da sayıca fazladır. Türkiye'nin doğu bölgesinde 80'li yılların sonu 90'lı yılların başında yoğun terör olayları yaşanmakta iken, insanlar yaşadıkları yerleri ve mallarını terk etmek zorunda kalmaktaydı.

*Öner Yıldız / Türkiye Kararında*<sup>590</sup> başvuruçusu, arazisi hazineye ait olan gecekondusunda uzun süreden beri ailesiyle birlikte ikamet etmekte iken meydana gelen metan patlaması sonucu evini ve ev içindeki eşyalarını kaybetmiştir. Bunun üzerine başvuruçusu mevcut zararının devlet tarafından karşılanması için iç hukuk yollarına başvurmuş; ancak idare mahkemesi zarara uğrayan taşınmazın hazineye ait bir arazide yasalara aykırı olarak bulunduğu, bu sebeple de mülkiyet hakkının söz konusu olmadığını belirterek talebi reddetmiştir. Bunun üzerine 1999 yılında mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden bahisle AİHM önüne gelen olayda, mahkeme, Ek Protokol md. 1/1'in sadece var olan mallar açısından geçerli olduğunu, mülk sahibi olma hakkını korumadığını vurgulamıştır. Öte yandan arazi üzerinde bulunan evin başka değerlendirmeye de tabi tutulması gerektiği belirtilmiştir. Mahkeme, kendisinin inşa ettiği evin başvuru sahibi için önemli bir ekonomik menfaat sağladığını kabul etmekte ve bunu Ek 1 nolu protokol md. 1/1 anlamında mülk olarak değerlendirmektedir. Söz konusu olayda, meydana gelen metan patlamasının devletin kayıtsızlığından meydana gelmiş olduğu iddia edilmektedir. AİHM, idari otoritelerin metan patlaması ve buna bağlı olarak toprak kaymasına ilişkin olarak önleyici tedbirler almamak gibi bir kayıtsızlıktan dolayı ve mülkiyet hakkının somut fiili hareketlerle ve mutlak olarak korunması gerekliliği ilkesini belirtmiştir. Başvuruçusu, ailesiyle birlikte meskeninden ve eşyalarından mahrum kalmıştır. Buna karşın hükümet de, öncelikle taşınmazın bulunduğu arazinin hazineye ait olduğunu, her an yıkım tehlikesiyle karşı karşıya olduğu ve ev içindeki elektrikli eşyaların, elektriğin yasal yollardan alınmadığı gerekçesiyle koruma altında olamayacağını

---

<sup>590</sup> Başvuru No: 48939/99, 18.06.2002 tarihli karar.

iddia etmiştir. AİHM ise idarenin bu zaman kadar yıkım işlemi yapmayarak başvuru ve ailesine mülkiyet hakkını serbestçe istifade etme hakkı verdiğini, yıkım kararı alınmış olsa bile bunun idarenin tek taraflı keyfi kararı ile olamayacağını, söz konusu işlemin karşısında olan mülkiyetin ancak belli şartlarda bireyin elinden alınabileceğini, bunun en önemlisinin kamu yararı ilkesi olduğunu belirterek mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mülkiyet Hakkının kullanılmasının sürüncemede kalması ile ilgili olarak *Bologna/İtalya Kararı*<sup>591</sup> da önemli kararlardandır. Başvuru, 22 Nisan 1998 tarihinde kira sözleşmesini feshederek kiracısını mahkeme önünde hazır bulunmaya çağırmıştır. 02.05.2998 tarihli karar ile, kira sözleşmesinin feshi kararı yerel mahkeme tarafından onanmış ve kiralanan yerin en geç 12.05.1989 tarihine kadar tahliye edilmesine karar vermiştir. 09.09.1989 tarihinde, başvuru kiracısına dairinin tahliye emrini imzalatmıştır. 31.09.1989 tarihinde de başvuru kiracısına tahliye işleminin 24.11.1989 tarihinde adli memurlar vasıtasıyla yerine getirileceğini ihtar etmiştir. 24.11.1989 ve 11.12.2001 tarihleri arasında, adli memurlar vasıtasıyla tam 45 kez tahliye girişiminde bulunulmuş; ancak her birisi başarısızlık ile sonuçlanmıştır. Çünkü tahliye kararının infazının ertelenmesine ilişkin yasalar başvurucuya zor kullanmak suretiyle tahliye işleminin gerçekleşmesine izin vermemiştir. Başvuru, 30.11.1999 tarihinde Komisyon'a başvurarak, tahliye işleminin uzun sürmesinden dolayı mülkiyet hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir. Hükümet, başvuru sahibine uğradığı maddi ve manevi zararların tazmini ve yaptığı tüm harcamaları ve mahkeme masrafları dahil olmak üzere tazminat ödemeyi taahhüt etmiştir.

Mülkiyet hakkı ile ilgili Türkiye hakkında yapılan başvuruların çok büyük çoğunluğu, kamulaştırma davaları ile ilgilidir. Kararların gerekçesinde genel olarak kamulaştırma dolayısıyla başvuru mallarının değerinden daha az kamulaştırma bedeli verildiği ayrıca kamulaştırma bedellerinin geç ödendiği ve uygulanan faiz oranlarının adil olmadığı gerekleridir. Bu hususu düzeltmek amacıyla 24.04.2001 tarihli 4650 sayılı yasa ile Kamulaştırma Yasasında önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin başında yasanın kamulaştırma koşullarını düzenleyen 3.

---

<sup>591</sup> Başvuru No: 53231/99; 20 Şubat 2003 tarihli karar.

maddesinin son fıkrası gelmektedir. Buna göre yeterli ödenek ayrılmadan kamulaştırma işlemlerine başlanamaz. Yapılan diğer bir değişiklik de md. 7/3'ün son cümlesidir. Buna göre; yönetim tarafından, kamulaştırma kararının tapuya şerh tarihinden itibaren altı ay içinde 10. maddeye göre kamulaştırma bedelinin tespitiyle idare adına tescili isteğinde bulunulduğuna ilişkin mahkemeden alınacak belge tapu idaresine verilmediği edilmediği takdirde, bu şerh tapu idaresince resen sicilden silinir. Bu düzenleme de Mülkiyet hakkının gereksiz yere tarihi belirsiz biçimde sınırlandırılmasını engelleyecek niteliktedir. Yasasında AİHM'in gerekçeleri doğrultusunda düzenlemeler yapılmış hak ihlalleri büyük oranda engellenmiştir. Ancak uygulamada sorunlar yaşanmakta ve davalar kısa sürede bitmemektedir. Bu yönden ileride açılacak davalarda ihlal kararları verilmesi olasılığı bulunmaktadır. Ülkemiz hakkında mülkiyet hakkı ihlaline yönelik başvuruların büyük çoğunluğu, kamulaştırma kararlarından kaynaklanmaktadır. Diğer başvuru nedeni de olağanüstü hal döneminde Güneydoğu bölgesindeki köy yakma olayları ile ilgili olarak yapılan başvurulardır. Kamulaştırma yasasında yapılan değişiklik ile kamulaştırma nedeniyle açılan davalar sonucunda AİHM'ce verilen kararların gerekçeleri doğrultusunda kamulaştırma yasaları değiştirilmiş ve Avrupa normlarına uyum sağlanmıştır.

AY. md. 35'te herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğu, temel hak ve özgürlük olarak düzenlenmiştir. Bu hakların, kamu yararı düşünülerek sınırlanabileceği de düzenlenmiştir.

AY. md. 43'te kıyıların devlet mülkiyetinde ve tasarrufunda olduğu belirtilmektedir. Denizlerin, akarsuların kıyılarından, bu kıyıları çevreleyen kıyı şeritlerinden ancak kamu yararı söz konusu olduğunda yararlanmak söz konusudur.

AY. md 44'te ise toprak mülkiyetinde özel bir biçim önerilmektedir. Devlet toprağın erozyonunu önlemek, tarımsal üretimi arttırmak, topraksız ya da az topraklı köylüyü üretken kılmak amacıyla, toprak mülkiyetinde özel önlemler alınabilmektedir.



### 2.2.6.2. Serbest Dolaşım Özgürlüğü (AİHS 4. Ek Protokol Md.2)

Ek 4 nolu protokolün 2. maddesinde serbest dolaşım özgürlüğü düzenlenmiştir. 2. maddenin 1. fıkrasında, bir devletin ülkesinde yasaya uygun olarak bulunan herkesin o ülkede serbestçe dolaşma ve ikametgahını seçme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. 2. fıkrada, herkesin herhangi bir ülkeyi terk etmekte serbest olması hakkı düzenlenmiş 3. ve 4. fıkralarda ise bu hakkın sınırlandırılması nedenleri belirtilmiştir. Bu hak yönünden yasalarımızda bir düzenleme dışında uyumsuzluk saptanmamıştır. Bu düzenleme ise, 5682 sayılı Pasaport Kanununun 22. maddesidir. Pasaport Kanununun “pasaport veya vesika verilmesi yasak olan haller” başlıklı 22. maddesinde, “Yurt dışına çıkmaları; mahkemelerce yasaklananlara, memleketten ayrılmalarında genel güvenlik bakımından mahzur bulunduğu İçişleri Bakanlığınca tespit edilenlere, vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere pasaport veya seyahat vesikası verilmez. Ancak, yabancı memleketlere gitmeleri mahkemelerce yasaklananlar dışında kalanlara, zaruri hallerde İçişleri Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile pasaport veya pasaport yerine geçen seyahat vesikası verilebilir” hükmü bulunmaktadır. Bu maddenin “memleketten ayrılmalarında genel güvenlik bakımından mahzur bulunduğu İçişleri Bakanlığınca tespit edilenlere, vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere pasaport veya seyahat vesikası verilmez” hükmü serbest dolaşım özgürlüğüne aykırıdır. Bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması için öncelikle sözleşmede belirtilen özel sınırlama nedenine dayanması, ölçülülük ilkesine uygun olması ve özellikle demokratik toplum düzeni ilkesine aykırı olmaması gerekmektedir. Kesinleşmiş mahkeme kararı olmadan ülkeden ayrılmaları genel güvenlik bakımından sakınca görülenler ile vergi borcu olanların seyahat özgürlüklerinin bu şekilde kısıtlanması ölçülülük ilkesi ve demokratik toplum ilkelerine aykırıdır. Bu nedenle Pasaport Kanununun 22. maddesinin Avrupa normlarına göre yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Ek 4 nolu protokolün 3. ve 4. maddelerinde vatandaşların sınır dışı edilmeleri ve yabancıların toplu olarak sınır dışı edilme yasakları düzenlenmiştir. Bu yönden mevzuatımızda uyumsuzluk saptanmamıştır.

### **2.2.6.3. Yabancıların Sınır Dışı Edilememesi (AİHS 7. Ek Protokol Md.1)**

1984 yılında yayınlanan, AİHS'ne ek 7 nolu protokolün 1. maddesinde yabancıların sınır dışı edilmelerine yönelik güvenceler düzenlenmiştir. 1. fıkrada, bir devletin ülkesinde kurallara uygun olarak bulunan bir yabancıнын, yasaya uygun biçimde verilmiş bir kararın uygulanması dışında sınır dışı edilemeyeceği belirtilmiş, bu durumda olan bir kimseye ise, sınır dışı edilme işlemine karşı gerekçeler öne sürme, durumunu yeniden inceletme ve bu amaçlarla yetkili bir merci önünde temsil ettirme haklarının kullanılacağı yazılmıştır. 2. fıkrada ise bu hakkın ayrıksı durumları belirtilmiştir.

## SONUÇ

İnsan haklarının en önemli özelliği devleti sınırlayıcı niteliğidir. Sınırlandırma, devletin siyasi meşruluğunun sağlanması açısından bir ölçüt ve de zorunluluktur. Devletin toplum düzeninin üzerinde inşa edildiği ve devletin ana amacının bu düzenin muhafazasını sağlamak olduğu göz önüne alındığında insan haklarının kamu düzenini, kamu düzeninin insan haklarını sınırladığı karşımıza çıkmaktadır. Çünkü temel hak ve özgürlüklerin kontrolsüz ve aşırı kullanılması, toplumun yararını ve başkalarının hak ve özgürlüklerini olumsuz yönde etkilemektedir. İnsan yaşamının toplumsallığı, insanların bir düzen içinde yaşamalarını zorunlu kılmaktadır. İnsanları toplum içerisinde yaşayabilmelerinin temelinde insan hak ve özgürlükleri yatmaktadır. Bu düzen ile insanın toplumsal varlığının meşru bir şekilde gerçekleşmesi, doğuştan sahip olduğu temel hak ve özgürlükleri arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Kamu düzeni ile insan hakları arasındaki ilişki birbirini doğuran niteliktedir, kamu düzeninin olmadığı yerde insan haklarından söz edilemez. İnsan haklarının bir yerde garantiye alınması da kamu düzeninin sağlanmasına büyük ölçüde yardımcı olur.

Kamu düzeni kavramı hukuk düzeninin temelini oluşturmaktadır. Genel olarak tüm hukuk düzenine kaynaklık eden; hukuk kurallarının temelinde bulunup onları besleyen bir kavram olan kamu düzeni, değişik hukuk dallarında farklı işlevler üstlenerek, farklı görünüş ve etki biçimleriyle karşımıza çıkmaktadır. Çünkü kamu düzeni, yere, zamana ve konuya göre değişiklik arz edebilen, kendi içerisinde dinamizm taşıyan bir kavramdır. Bunun doğal sonucu olarak da hemen her hukuk dalında farklı bir görünüşte karşımıza çıkmaktadır. Farklı hukuk dalları içerisinde kamu düzenini ilgilendiren kuralların tümü emredici niteliktedir. Kamu düzeni kurallarının ihlali halinde kamu düzeni kendi bütünlüğünün muhafazası için müdahale etmektedir. Bu noktada hukuk düzeni ve kamu düzeni aynı şeyi ifade etmektedir. Ancak bu görünüş İdare Hukuku ve Ceza Hukuku açısından daha yoğun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Medeni hukukta, şahsa ilişkin, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklara ilişkin kuralların tamamı kamu düzenine ilişkindir. Borçlar Hukukunda sözleşme özgürlüğünü sınırlayıcı bir görünüm arz eden kamu düzeni, İş hukukunun ana ilkelerinden biri olan işçinin korunması ilkesi doğrudan kamu düzenine dayanmaktadır.

İdare Hukukunda kamu düzeni, idari kolluk faaliyetinin amacını oluşturmaktadır. İdare kolluğun amacı, kamu düzenini sağlamaktır. İdari kolluk faaliyeti temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı bir görünüm de arz ettiğinden bu amaç itibariyle temel hak ve özgürlüklerin kamu düzeni nedeniyle sınırlandırılması uygulamasını oluşturmaktadır. Bu anlamda kamu düzeni, toplumun güvenliğini, genel asayişini, genel ahlakı sağlığı ve de insan onurunu, başkalarının haklarının korunması gibi kavramları da kapsayan bir üst kavramdır. İdare Hukukunda kamu düzeni, disiplin cezaları vasıtasıyla da kamu düzenini koruma amacı taşımaktadır. Ceza Hukukunda da bir fiilin suç olarak düzenlenmesindeki hukuki yarar istisnai haller dışında kamu düzenidir.

AİHS, bölgesel örgütlenmeler arasında kabul edilen insan hakları antlaşmalarının en önemlilerindedir. Bu antlaşmanın en önemli özelliği diğer uluslar arası insan hakları antlaşmalarıyla karşılaştırıldığında etkili ve benzeri olmayan bir denetim mekanizması öngörmüş olmasıdır. AİHS'nin öngördüğü temel hak ve özgürlüklerin sınırlama sisteminde temel hak ve özgürlükler yasa belirtilmiş olmak şartıyla; kanunda belirtilen meşru sınırlama sebeplerine dayanılarak, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmayacak şekilde ölçülülük ilkesi çerçevesinde sınırlandırılabilir.

Yasa kavramından sözleşmeye üye devletlerin kendi iç hukuklarına göre, özerk olarak düzenledikleri kurallar anlaşılmaktadır.

Demokratik toplum düzeninin gereklerinin belirlenmesinde, kişi özgürlüklerinin korunması ile demokratik toplum arasındaki dengeye dikkat

edilmelidir. Özgürlüklerin ne ölçüde sınırlandırıldığı değil, sınırlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, sınırlamaya karşı öngörülen kanun yolları demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı içerisinde değerlendirilebilen hususlardır. Öze dokunma yasağına uymayan ve özgürlükleri tamamen uygulanamaz hale getiren kısıtlamaların kuşkusuz demokratik toplum düzeninin gerekleri ile uyduğundan bahsedilemez. Bu da kısıtlamanın hukuka aykırılığı sonucunu doğurur.

Burada kamu düzeni kavramı AİHS'nin temel hak ve özgürlükleri sınırlama sistemi içerisinde, sınırlama kriterlerinden biri olan “meşru amaç” kriteri içerisinde bir yer işgal etmektedir. Özgürlükler ancak, toplum hayatının bozulmamasını ve de özgürlüklerden herkesin etkili bir şekilde yararlanmasını sağlamak amacıyla sınırlandırılmalıdır. Temel hak ve özgürlüklerin meşru amaç, muhakkak toplumun geneli için yararlı sayılabilecek bir amaç olmak zorundadır. Bu anlamda kamu düzeni kavramı, insan onurunu, genel ahlakı, genel sağlığı, kamunun güvenliğini ve kamuya yararlı özellik gösteren her alanı kapsayıcı bir üst kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kamu yararını sağlamaya yönelik tüm kurallar kamu düzenini oluşturmaktadır. Her ne kadar temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmak istense de kamu düzeni kavramının dinamikliği ve nispiyeti nedeniyle kavramın sınırlandırılması gerekmektedir. Kavramın belirgin olmaması temel hak ve özgürlükler açısından güvensiz bir ortam da yaratabilmektedir.

AİHS'te ilk altı maddede hiçbir şekilde sınırlandırılmayacak, yaşama hakkı, işkence yasağı gibi istisnasız haklara yer verilmiştir. Kamu düzeni nedeniyle sınırlandırılabilen haklar ise AİHS'te bu dokunulmaz haklardan sonra sınırlandırılabilen haklar düzenlenmiştir. Kamu düzeni nedeniyle sınırlandırılabilen hak ve özgürlükler özel yaşamın, aile hayatının ve konut dokunulmazlığının gizliliği hakkı, düşünce din ve vicdan hürriyeti, ifade özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü ve ek protokollerde düzenlenen mülkiyet hakkı, yabancıların sınır dışı edilememesi ve seyahat özgürlüğüdür.

AIHS md. 6'da yer alan adil yargılanma hakkı her ne kadar sınırlandırılmayan haklar arasında sayılsa da, yargılamanın aleniliği alt unsuru bakımından kamu düzeni nedeniyle sınırlandırılabilen bir haktır. Küçüklerin korunması, davaya taraf olanların özel yaşamlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin gerçekleşmesine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, ahlakın, kamu düzeninin veya ulusal güvenliğin çıkarları gerektirdiğinde, ve fakat sadece demokratik bir toplumda mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmaların dava süresince tamamen veya kısmen halka kapalı yapılabilmesi mümkündür.

Özel yaşamın gizliliği hakkı kişilik hakkı açısından ciddi anlamda koruma getiren bir haktır. Bu hakka, kamu düzeni gerekçesiyle müdahale edilebilir olması uygulamada özellikle kişisel verilerin korunması açısından sorunlar doğurabilmektedir. Bireyin kişisel verilerinin yeni teknolojik gelişmeler karşısında korunması oldukça zordur. Devletin hakların kullanılmasına yönelik müdahaleleri önlemesi görevinin yanı sıra bu hakları güvence altına alma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu sebeple bu konuda çıkarılacak bir kanun ile bireyin dokunulmaması gereken giz alanında bulunan yaşantısına çıkarılacak bir kanun ile müdahalenin minimuma indirilmesi sağlanabilecektir.

Dini açıklamanın yasal zorunluluğa bağlanması, din özgürlüğünü zedelemektedir. Kişi kanaat ve dinini veya dine inançsızlığını ortaya koymak istemeyebilir. Bunlar insan için kutsal ve dokunulmaz alanlardır ve Anayasanın dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanmama ve suçlanmama ilkesi ancak açıklamama ile geçerli kılınabilir.

İfade özgürlüğü her insanın düşüncesini söz, yazı, resim, gibi araçlarla serbestçe açıklama ve yayma haklarını kapsamaktadır. Burada belirtmek gerekir ki AIHS'te farklı madde başlıkları altında düzenlenmiş olsalar da md.9'da düzenlenen düşünce vicdan ve kanaatini açıklama özgürlüğü, md 10'un kapsamında bulunan bilimi sanat, basın özgürlükleri ve md. 11'de düzenlenen toplantı, dernek / sendika kurma ve siyasi partilere katılma özgürlükleri aslında ifade özgürlüğünün farklı

görünüş şekilleridir. Tüm bu kapsamıyla aslında ifade özgürlüğü bireyin kendi başına karar verebilmesinin ve kendisini ifade edebilmesinin temel unsurudur. Bu çerçevede birey, düşüncesinin konusu, açıklamasının içeriği, düşüncesini açıklayacağı kişi konusunda serbestçe karar verebilmeli ve toplum içerisinde kendisini ifade edebilme şansına sahip olmalıdır. Mahkeme kararlarında, ifade özgürlüğünün aleyhte, çarpıcı, rahatsız edici haber ve düşünceleri de kapsadığı, bunların çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülüğün gerekleri olduğu, bunlar olmaksızın demokratik bir toplumun olamayacağını altı çizilmektedir; ayrıca sınırlamanın gerekli ve orantılı olma hususunun, olay hakkında zaman ve şartlar bütünlüğü çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme ile netleştirilebileceği de vurgulanmaktadır

AİHM, ifade özgürlüğü ile ilgili olarak denetim yetkisini kullanırken şikâyet konusu müdahaleyi, başvuruçunun aleyhinde görülen ifadelerin içeriği ile bu ifadelerin sarf edildiği bağlam da dâhil olmak üzere, olayın bütünlüğü içerisinde incelemektedir. Mahkeme, geliştirdiği kimi ölçütler ışığında, bir davada söz konusu ifadenin muhalefet estetiği dâhilinde ele alınıp alınamayacağını tartışırken, Şiddetin tahrik ve teşvikinin, ayaklanma, isyan ve/veya silahlı direnişe kaynaklık edip etmediğine, İfadenin sarf edildiği an ve/veya dönemdeki koşullar, ifadenin etki derecesi ve alanına, kişinin konumunun, unvanının ve tanınırlık düzeyinin ifadenin etki derecesine katkısına, ifadenin aldığı şekle dikkat etmektedir. AİM, mercilerin aldığı tedbirleri, davaya konu olan koşulların özgüllüğü ve devletin sahip olduğu varsayılan takdir marjını da göz önünde bulundurarak incelenmektedir.

Türkiye, AİHM önünde, ifade özgürlüğüne ilişkin başvurulara karşı savunmalarını, “zorlayıcı toplumsal gereksinim olgusunun varlığı” tezine dayandırmaktadır. Kuşkusuz, toprak bütünlüğünü tehdit edecek derecede terör durumuyla karşılaşan bir devletin, zorlayıcı toplumsal gereksinim olgusunu daha geniş bir takdir marjı ile değerlendirebilmesi gerekmektedir.

Temel hak ve özgürlüklerin varlığı kadar onların sınırlandırılması da demokratik bir toplumun zorunlu temellerini oluşturmakta ve toplumun ilerlemesi ve her bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil etmektedir. Bunlar, bir

“demokratik toplumun” olmazsa olmaz çokseslilik, tolerans ve hoşgörünün gerekleridir.

Türk Hukuku’ndaki durum, temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi bakımından ilk bakışta AİHS ile paralellik göstermektedir. Ancak AİHS düzenlemeleri ve AİHS organlarının vermiş olduğu kararlar doğrultusunda yukarıda vardığımız sonuçlar Türk Hukuku’nun özgürlüklerin sınırlandırılması ve sınırlandırılmada dayanılan meşru amaçlar bakımından gerek mevzuatta gerekse uygulamada, AİHS’ye uygunluğunun sağlanması gerektiği sonucunu ortaya koymaktadır. Bu uygunluğun sağlanmasında da AİHS ve organlarının her bir temel hak ya da özgürlüğe ve kavramlara verdiği anlamın, içtihatlarından yararlanılmalıdır.



## KAYNAKLAR

AKAD, Mehmet, Genel Kamu Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1997.

ANAR, Erol, İnsan Hakları Küreselleşme Postmodernizm, Yeni Perspektifler, Özgür Üniversite Kitaplığı, 1. Basım, Kasım 1999.

ANDAÇ, Faruk, Hukukun Temel Kavramları, Detay Yayıncılık, 1. Bası, Ankara, 2004.

ATALAY, Esra, “Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi”, D.E.Ü.H.F Hukuk Fakültesi Dergisi. C.6.S.1.

BAKLACI, Pınar / AKINTÜRK, Esen, “Avrupa Birliği Vatandaşlarının Ve Aile Fertlerinin Üye Devlet Ülkelerinde Serbestçe Dolaşımına İlişkin 2004/38 Sayılı Direktif Hakkında Genel Bilgilendirme” İzmir Barosu Dergisi, S. 2 Nisan 2007.

BEHR, Volker, “European Public Order”, Hukuk Kurultayı Ankara, Ocak 2000.

BLUM, Nikolaus, Die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach Art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention, Duncker& Humblot, Berlin, 1990.

BOZKURT, Enver / ÖZCAN, Mehmet / KÖKTAŞ, Arif, “Avrupa Birliği Hukuku”, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2001.

BULL, Hans Peter, ( Mit Beiträgen von Helmut Bäuml, Alfred Dietel, Michael Kniesel, Hans Liskens, Andreas von Schoeler, Thomas Utecht) “Sicherheit durch Gesetze”, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, Hamburg, 1987.

CAN, Hacı, “Avrupa Birliği İç Pazar Hukuku” Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

CAN, Osman, “ Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması”, Seçkin, Ankara, 2005.

CANIKLIOĞLU, Meltem Dikmen, Anlamı Kapsamı ve Sınırlarıyla Temel Haklar ve Anayasalarımız, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel’ e Armağan, İzmir 2001.

ÇEÇEN, Anıl, İnsan Hakları, 3. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2000.

ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, 16. Bası, 2003.

ÇELİKEL, Aysel / NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku Örnek Olaylar – Mahkeme Kararları, Beta Yayınları, 7. Baskı, İstanbul, Ocak 2001.

DAYINLARLI, Kemal, Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri, Dayınlarlı Yayınevi, Ankara, 1994.

DEMİR, Nesrin, Avrupa Birliğinde Demokrasi Seçkin Yayınları, Ankara, Eylül, 2007

DİNÇ, Güney, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Adil Yargılanma Hakkı, İzmir Barosu Yayınları, Mart, 2006.

DOĞAN, İsmail, Modern Toplumda Vatandaşlık Demokrasi Ve İnsan Hakları İnsan Haklarının Kültürel Temelleri, Pegem Yayıncılık, 2001.

DOĞRU, Osman, İnsan Hakları Avrupa İçtihatları, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996.

DÖNER, Ayhan, İnsan Haklarının Uluslar arası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.

ER, Cüneyd, Biyometrik Yöntemler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı ( Parmak İzi, Göz ve DNA Tarama Gibi Teknolojik Denetleme Usullerinin Hukuki Statüsü ) Yetkin Yayınları, 2007.

ERDİNÇ, Tahsin, Batı Demokrasilerinde Klasik Kamu Özgürlüklerinde Görülen Sapmalar, Güven Kitapevi, İstanbul 2002.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 6. Bası, 1998.

ERYILMAZ, Bilal, Kamu Yönetimi, Erkam Yayıncılık, Üsküdar, 1999.

EVİK, Vesile Sonay, Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, Prof. Dr. Nurullah Kunter' e Armağan, Seçkin, Ankara 2004.

FROWEİN, Jochen Abr., Die Europäische Menschenrechtskonvention und das Europäische Gemeinschaftsrecht, Die Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Bonn, 1978.

FROWEİN, Joachen Abr, Wolfgang Peukert, “ Europäische MenschenRechtsKonvention (EMRK- Kommentar )”, N.P. Engel Verlag, Kehl, Staßburg, Arlington, 1996.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Önünde Türkiye - 2-, Nihai Raporlar, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 1998.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Legal Yayıncılık, Ekim 2005.

GÖKYAYLA, Cemile Demir, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.

GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara 2005.

GÖZE, Ayferi, Siyasi Düşünceler ve Yönetimler, Beta Yayınları, 9. Baskı, İstanbul 2000.

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2002.

GÖZLÜGÖL, Said Vakkas, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzda Etkisi, Yetkin Yayınları 2. Baskı, Ankara 2002.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, 2. Bası Ankara 2001.

GRABENWARTER, Christoph, Europäische Menschenrechtskonvention, Verlag C.H. BECK, Wien, 2003.

GRABENWARTER, Christoph, Yargılama Güvenceleri – Adil Yargılanma Hakkı ( Çev. Osman Can ) Prof. Dr. Nurullah Kunter' e Armağan, Seçkin, Ankara 2004.

GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Hukuku(Yeni İş Yasaları),Yetkin Yayınları, 3. Baskı, 2004.

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003.

HAKERİ, Hakan, Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Seçkin Yayınları, 2005.

HECKER, Bernd, Europäisches Strafrecht, Springer, 2. Auflage, Gießen, Januar 2007.

HILF, Meinhard, Der Gerichtshof der Europ Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaften als Integrationsfaktor, dargestellt anhand der Rechtsprechung zu den Grundrechten, Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft , Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Bonn, 1978.

HÖLAND, Armin., Rechts und Moralbildung in Europa durch die EMRK , Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht – Joachim Renzikowski ( Hrsg.) Manz, Nomos, Schultess, 2004.

IBING, Stefan, Die Einschränkung der europäischen Grundrechte durch Gemeinschaftsrecht- Anwendbarkeit der Einschränkungsvoraussetzungen der EMRK un der Europäischen Grundrechte – Charta auf Gemeinschaftsrechtsakte, Nomos, Nordheim, 2006.

KABOĞLU, İbrahim Ömer, Özgürlükler Hukuku , İmge Kitabevi, 6. Baskı, Kasım 2002.

KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 1993.

KAPLAN, Ayşe Burcu, Avrupa Birliğinde Türk Vatandaşlarının Serbest Dolaşımı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2008.

KARLUK, Rıdvan, Avrupa Birliği ve Türkiye, İstanbul, 2002.

KAYA, Abdülkadir, Adalet Erişim İçin Sürekli Mesleki Gelişim: İnsan Hakları.

KÖKER, Levent, Demokrasi Üzerine Yazılar, İmge Kitabevi, 1991.

KÖKTAŞ, Arif, AB’ de İşçilerin Serbest Dolaşım Hakkı ve Türk Vatandaşlarının Durumu, Ankara 1999.

KUTLU, Meltem, Bir İdari İşlem Olarak Kamulaştırma ve İptal Davaları, Ankara 1992.

LADEWİG, Hans- Meyer, Adil Yargılanma Hakkı, ( Çev. Hakan Hakeri ), Prof. Dr. Nurullah Kunter' e Armağan, Seçkin, Ankara 2004.

MEESSEN, Karl Matthias, Europäische Grundrechtspolitik, Die Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Bonn, 1978.

MÖSTL, Markus, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung – Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union, Mohr Siebeck, München, Januar 2002.

MUMCU, Ahmet, KÜZECİ, Elif, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Turhan Kitapevi, Ankara 2007.

OKUMUŞ, Ali, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye' de İfade Hürriyeti, Adalet Yayınları, Ankara 2007.

ONAR, Sıdık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 1966-1967.

ÖDEN, Merih, Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Anayasaya Aykırı Eylemleri Nedeniyle Kapatılmaları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

ÖRÜCÜ, Esin, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, İstanbul, 1976.

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara 2003.

ÖZDEK, Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye ( AİHS Sistemi AİHM Kararlarında Türkiye ) Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara, Mart 2004.

ÖZKAN, Işıl, Avrupa Birliğinde Hizmet Edimi Serbestisi Bağlamında Avukatların Serbest Dolaşımı, İzmir Barosu Dergisi, S. 3, Temmuz 2005.

ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005.

PEKCANITEZ, Hakan, ATALAY Oğuz, ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları.

QUASDORF, Peter, Dogmatik der Grundrechte der Europäischen Union, Peter Lang, Dresden, 2001.

REÇBER, Kamuran, AYDIN, Çiğdem “Avrupa Birliğinde Üye Devletler Tarafından İnsan Haklarının İhlal Edilmesi Durumunda Öngörülen Yaptırımlar “ Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 53 S.1

REİSOĞLU, Safa, Uluslar arası Boyutlarıyla İnsan Hakları, Beta, İstanbul, 2001.

RENZİKOWSKI, Joachim, Die EMRK im Privat-, Straf- und öffentlichen Recht – Grundlagen einer europäischen Rechtskultur, MANZ, Nomos, Schulthess, Genf 2004.

RUPP, Hans Henrich, Nationaler grundrechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften, Die Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Bonn, 1978.

SCAEFER, Patrick, Verletzungen der Europaeischen Menschenrechtskonvention durch Europaeisches Gemeinschaftsrecht und desen Vollzug, Verantwortlichkeit und Haftung der Mitgliedstaaten, Nomos, Bonn, 2005.

SCHNEIDER, Hartmut, Die Öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten im EG- Vertrag, Nomos Verlagsgesellschaft Baden – Baden, 1. Auflage, Berlin, 1998.

SEZER, Tijen Dünder, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Dernek Kurma Özgürlüğü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2004.

SUNAY, Reyhan, Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Ltd Yayınları , 2001.

ŞAHBAZ, İbrahim, Karşılaştırmalı Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

ŞENEL, Alâeddin, İnsanlık Tarihi Boyunca İnsan Hakları, Demokrasi İlişkisi, İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını, 1996.

ŞİMŞEK, Oğuz, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul, Şubat 2008.

ŞİMŞEK, Oğuz, Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması , Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 1991

ŞİMŞEK, Oğuz, Bir Temel Hak Kataloğu Olarak Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, İzmir Barosu Dergisi, S.1, Ocak 2008.

TANÖR, Bülent, Türkiye' nin İnsan Hakları Sorunu, BDS Yayınları, 3. Basım.

TEKİNALP, Ünal / TEKİNALP, Gülören, Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul,.....



TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye' nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2004.

TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz / ÖNOK, Rıfat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin, Ankara 2006.

TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 1998.

TİMUROĞLU, Vecihi, İnsan Hakları Sözlüğü, Özkan Matbaacılık, Ankara, 2007.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2004.

UYAR, Lema, Birleşmiş Milletler' de İnsan Hakları Yorumları, İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006, İnsan Hakları Hukuku Çalışmaları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, Eylül 2006.

ÜNAL, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi – İnsan Haklarının Uluslar arası İlkeleri, ( AIHS-İlkeler )TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No: 89.

ÜNAL, Şeref, Avrupa Birliği Hukukuna Giriş, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.

ÜZELTÜRK, Sultan, Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.

WINKLER, Sebastian, Der Beitritt der Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Nomos Verlagsgesellschaft Baden – Baden, 1. Auflage, Konstanz, 2000.

YAYLA, Yıldızhan, İdare Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, 5. Baskı.

YOKUŞ, Sevtap, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' nde ve 1982 Anayasası' nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002.

YÜKSEL, Saadet, Avrupa Birliğinde İşçilerin Serbest Dolaşımı ve Türk İşçilerinin Statüsü, Arıkan Kitap, 2007.

ZORN, Nikolaus / TWARDOSZ, Benjamin, Grundrechte in der Europäischen Union

### **İnternet Kaynakları**

ARNDT, Christina, Die Menschenrechte -partikularistische Ansätze zur Auswirkungen auf das Steuerrecht (Teil I),  
<http://www.dbj.at/publ433.pdf> (23.02.2008).

ARSLANTÜRK, Mustafa, “Düşünce, Vicdan ve Din Hak ve Özgürlüğü”,  
<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde9.htm> (12.01.2008).

ASBACH, Olaf, Demokratie und Menschenrechte : die Französische Revolution,  
[http://www.philso.uni-augsburg.de/lehrstuehle/politik/politik1/mitarbeiter/Prof\\_\\_Dr\\_\\_Olaf\\_Asbach/pdf/Handout\\_Franz\\_\\_\\_s\\_Revol.pdf](http://www.philso.uni-augsburg.de/lehrstuehle/politik/politik1/mitarbeiter/Prof__Dr__Olaf_Asbach/pdf/Handout_Franz___s_Revol.pdf) (23.02.2008).

BAİR, Johann, Religionsfreiheit als Individual- und Gemeinschaftsrecht aus

BAŞYİĞİT, Özgür, “Sözleşme Serbestisi ve Sınırlanması”  
[http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/sozlesme\\_serbestisi\\_ve\\_siniri.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/sozlesme_serbestisi_ve_siniri.htm)  
(17.06.2008).

BAYAZIT, Ülkü Köse, AİHS. Madde 9,  
<http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde9.htm> (12.01.2008).

BEHRNS, Ulrike, Seminar zum Rundfunk- und Telekommunikationsrecht,  
[http://www.jura.uni-rostock.de/Gersdorf/Seminar/WS02\\_03/Behrns.pdf](http://www.jura.uni-rostock.de/Gersdorf/Seminar/WS02_03/Behrns.pdf)  
(23.02.2008).

BULUT, Nihat, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlama Nedeni Olarak Genel Ahlak”,  
<http://www.caddex1.net/CaddeXL/hak-ve-ozgurluklerin-sinirlendirilma-nedeni-t3785.html?s=87cd7328bfd977a3b394ce5c5b77b9ef&> (23.02.2008).

ÇAKMAK, Engin, Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde9.htm> (12.01.2008).

DEĞER, Ozan “AİHS’ nin 10. Maddesi Çerçevesinde Şiddet Unsuru İçeren İfade: Güneydoğu Davalarından Örnekler” Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 62-1.  
[http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/62/1/Deger\\_Ozan.pdf](http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/62/1/Deger_Ozan.pdf) ( 23.02.2008 ).

DURAN, Mustafa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9. Madde, Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde9.htm>, 12.01.2008.  
Fressoz ve Roire – Fransa Davası Başvuru No: 29183/95; İçerik için bkz. Gerger – Türkiye Davası; gerekçeli karar prg.46, <http://www.mahkemeler.net/mahkeme-web-t/aihm/tcyagerger.html> ( 17.06.2008 ).

HONEGGER, Zoe, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten,  
[http://www.iusfull.ch/letztehefte/documents/basics\\_6\\_05.pdf](http://www.iusfull.ch/letztehefte/documents/basics_6_05.pdf) (23.02.2008).

[http:// www.abgs.gov.tr/index.php?p=36308&l=1](http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=36308&l=1) (17.06.2008 ).

[http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/sozlesme\\_serbestisi\\_ve\\_siniri.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/sozlesme_serbestisi_ve_siniri.htm)  
(17.06.2008 ).

<http://www.mahkemeler.net/mahkeme-web-t/aihm/tcyakaratas.html>, (17.06.2008 ).

<http://www.muhammedbalci.com/tebligler/aihm-dinozgurlu.doc> ( 20.05.2008).

<http://www.taa.gov.tr/proje/dersnotu/ifadeozgurlugu.pdf> (01.06.2008 ).

KAYA, Özgür Katip, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında, Din ve Vicdan Özgürlüğü, <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihs/madde9.htm> (12.01.2008).

KILIÇ, Haşim, Fazilet Partisi Kapatma Davası Karşı Oy Yazısı, [http://www.belgenet.com/dava/fpdava\\_g24.html](http://www.belgenet.com/dava/fpdava_g24.html) ( 17.06.2008 ).

KUÇURADI, İonna, Etik İlkeler ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/dkaynak/dkaynak.htm> ( 17.06.2008 ).

MATHIAS, Hildebrand, Menschenrechte und ihre Ideengeschichte, <http://regionalforschung-erlangen.de/Dokumente/02%20-%20Hildebrandt.pdf>. (23.02.2008).

Menschenrechte und Polizei Handbuch für Trainerinnen, <http://content.bmi.gv.at/siak/SIAK-Internet/Fortbildung/Neue%20Seiten/Handbuch%20Menschenrechte%20und%20Polizei%202005.pdf>, Bundesministerium für Inneres, (23.02.2008).

ÖZBAY, Seda, Medeni Usul Hukukunda Alenilik İlkesi <http://clubs.bilgi.edu.tr/herkesicinhukuk/kulup/belgeler/19.doc> (17.06.2008).

ÖZTÜRK, Bahri, Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı ( Yasak Sorgu Metodları ) <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/dkaynak/dkaynak.htm> ( 17.06.2008 ).

RİEDEL, Manuela, Die Verfassungsrechtliche Rechtsprechung in der Bundesrepublik Deutschland zu Fragen der Integration, [http://www.irp.uni-trier.de/09\\_riedel.pdf](http://www.irp.uni-trier.de/09_riedel.pdf), (23.02.2008).

RUHİ, Ahmet Cemal, “Talak ve Türk Kamu Düzeni”, e- akademi aylık internet dergisi, [http://www.e-akademi.org/makaleler/acruhi-1.htm#\\_ftn20](http://www.e-akademi.org/makaleler/acruhi-1.htm#_ftn20) (17.06.2008)

SUR,Melda, “İş Hukuku’ nun Amaçları ve Uygulaması”  
<http://web.deu.edu.tr/hukuk/hakkimizda/sonacilisMELDASUR.htm> (17.06.2008) .

ŞENOĞLU, Fuat.,Temel Hak Ve Özgürlükler, Bu Hakların Ve Özgürlüklerin Sınırlanması Ve Bunlarla İlgili Kavramların Açıklamaları, <http://www.turkhukusitesi.com> ( 17.06.2008 ).

ÜNAL, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri, (TİH), <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/anayargi/unal.pdf> (17.06.2008).

WEISS, Wolfgang, Europaeisches Wirtschaftsrecht,  
<http://www.oer.wiso.uni-erlangen.de/HSEIISkriptT2.pdf> (23.02.2008).

YAMAN, Hamza, Temel Hak Ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Ve Durdurulması  
<http://216.239.59.104/search?q=cache:LuGhxOrohV0J:dsmyo.ankara.edu.tr/4.doc+insan+onuru&hl=tr&ct=clnk&cd=1&gl=tr> ( 23.02.2008).