

KAMU DÜZENİ KAVRAMI

Ar. Gör. Dr. Arda ATAKAN*

GİRİŞ

Bu çalışmada hemen her hukuk dalında önemli bir yer işgal eden kamu düzeni kavramının anlamını ve kapsamını incelemeye çalıştık. Kamu düzeni kavramı doğası itibarıyla sınırlarının nerede başlayıp nerede bittiği, kapsamına nelerin girdiğinin belirlenmesinde güçlüklerle karşılaşılan bir kavram. Bunun sebeplerinden birisi de, çeşitli hukuk dallarının kamu düzenine yükledikleri farklı anlamlardır. Her hukuk dalı kendi temel konusu ve amacına göre kamu düzenini farklı biçimde yorumlamakta ve kavramın sınırlarını diğer hukuk dallarına göre farklı şekilde belirlemektedir. Bu farklılıklar sadece kamu hukuku-özel hukuk ayrımı bağlamında doğan farklılıklar değildir. Bunun ötesinde, özel hukukun veya kamu hukukunun kendi alt dallarını oluşturan hukuk dalları arasında kamu düzeni anlayışına ilişkin önemli farklılıklar bulmak mümkündür. Çalışmamızda özellikle Devletler özel hukuku alanı ve kamu hukuku alanları olan Anayasa hukuku ve İdare hukuku alanlarında kamu düzeni kavramının taşıdığı anlam ve kapsam ele alınmıştır. Devletler özel hukukunda kamu düzeninin sahip olduğu büyük önem, bu alanda çalışan akademisyenlerin kamu düzeni kavramı üzerine detaylı ve geniş kapsamlı çalışmalar yapmalarına sebep olmuştur. Çalışmada Devletler özel hukuku ile Anayasa ve İdare hukuku alanlarının kamu düzeni anlayışları karşılaştırılmıştır. Kuşkusuz, ele alınan bu alanlarda da kamu düzeni kavramını her yönüyle incelemek, çalışmanın sınırlarının çok ötesine

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi

gider. Çalışma, kamu düzeni kavramının anlamı ve kapsamı ve bu kapsamı oluşturan unsurların nitelikleriyle sınırlıdır.

I - KAMU DÜZENİNİN TANIMLANMASI

Türk hukuk lügatına göre kamu düzeni kavramı şöyle tanımlanmaktadır: “Bir memlekette amme hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzuru ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin hepsi.”¹

Yargıtay ise kamu düzenini şu şekilde tanımlamaktadır: “Ahlak ve dürüstlük kurallarını, toplumun temel ilke ve yargılarını, adaleti, ahlak anlayışını, Anayasada yer alan temel hakları ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar kamu düzenini ihlal eden olgulardır.”²

Ökçün’ün tanımına göre: “Kamu düzeninin kesin bir tanımını yapmak güçtür. Genel olarak denilebilir ki, belirli bir ülkede, belirli bir zamanda kamu yararlarını, kamu vicdanı ile genel ahlakı çok yakından ilgilendiren hususlar kamu düzeninin içine girer.”³

Bir başka tanıma göre: “Kamu düzeni kavramı ise belirlenmesi güç bir kavramdır. Toplumun menfaatini koruyan hükümlerle ortaya çıkan hukuki düzenin bütünü kamu düzeni olarak ifade edilebilir.”⁴

Edis ise kamu düzenini şöyle tanımlamaktadır: “Bir kuralın uygulanmasında kamunun kesin yararının bulunması kamu düzeni kavramını ifade eder. Bir başka deyişle; kamu düzenini ilgilendiren kurallar, uyulmasında ve uygulanmasında kamunun kesin yararı olan kurallardır”.⁵ Tekinay’a göre: “Kamu düzeni toplumun önemli ve doğrudan doğruya menfaatlerini koruyan hukuk kurallarını kapsar.”⁶

¹ Aybay / Dardağan, s.113; Çelikel, s.130.

² Yar. HGK, 6.5.1998 [E.12-287 / K.325], Aktaran: Nomer, s.164.

³ Ökçün, s.9.

⁴ Oğuzman / Öz, s.74.

⁵ Edis, s.157.

⁶ Tekinay, s.540.

Eren'e göre: "Uyulmasında ve korunmasında toplum ve devletin genel menfaati bulunan hukuk kurallarına, kamu düzeni kuralları adı verilir."⁷

Hatemi'nin tanımı uyarınca kamu düzeni: "Örgütlenmiş toplumun temel yapısını ve temel çıkarlarını koruyan kanun kurallarıdır."⁸

Bir başka tanıma göre: "Kamu düzeni (ordre public), belirli bir ülkede, belirli bir zamanda ve belirli bir konuda kamu yararını, kamu vicdanını ve genel ahlakı çok yakından ilgilendiren, toplumun temel yapısını ve kamusal menfaatleri koruyan kurallar bütünüdür."⁹

Gözler'e göre: "Kamu düzeni, bireylerin güvenlik, huzur ve sağlık içinde yaşamaları durumudur."¹⁰

Anayasa Mahkemesi kamu düzeni kavramını şu şekilde tanımlamaktadır: "Kamu düzeni deyiminin; toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır."¹¹

Kamu düzenini kısaca; "Toplumun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan kuralların bütünü" olarak tanımlamak mümkündür.¹²

II- KAMU DÜZENİNİN KAPSAMI

Devletler özel hukuku alanında kamu düzeni kavramının kapsamı doktrinindeki bazı yazarlar tarafından aşağıdaki biçimlerde çizilmiştir.

Çelikel'e göre "kamu düzeni"nin kapsamı şu unsurlardan oluşmaktadır: Türk hukukunun temel ilkelerine aykırılık; yazara göre Türk toplumunun siyasi, sosyal, ekonomik anlayışının bir ürünü olan kanunlar toplumun

⁷ Eren, s.288.

⁸ Hatemi, s.42-43.

⁹ Ruhi / Kaplan, s.643.

¹⁰ Gözler, s.418-419.

¹¹ E: 1963/128, K: 1964/8, k.t.: 28.1.1964, T.C. Resmi Gazete, 17 Nisan 1964, Sayı: 11685, Sahife: 2.

¹² Gökyayla, s.26; Çelikel, s.130.

temel yapısını ilgilendirirler.¹³ Aynı konuda Alman hukukunda da benzer bir sınırlama mevcuttur. “Bir yabancı kanunun tatbiki adap ve ahlaka veya bir Alman kanununun gayesine aykırı düşecek ise o kanun tatbik edilemez.” (EGBGB [eski] m.30) Daha sonra 25.7.1986 tarihli kanunda ise kamu düzeni müdahalesi şu şekilde formüle edilmiştir: “Diğer bir devletin bir hukuk kaidesi, tatbik edildiğinde Alman hukukunun önemli temel prensipleriyle aşikâr bir uyumsuzluk meydana getirmekte ise uygulanmaz. Bu hukuk kaidesi, tatbik edildiğinde temel haklar ile uyuşmamakta ise özellikle uygulanmaz.” (EGBGB, m.6)¹⁴ Çelikel’e göre diğer bir unsur Türk adap ve ahlak anlayışına aykırılıktır. Genel ahlak ve adap, toplumun düzen ve devamı için uyulması zorunlu telakki edilmiş ahlak kurallarının tümüdür.¹⁵ Diğer bir husus da Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırılıktır.¹⁶

Dayınlar’a göre kamu düzeni şu unsurları kapsamaktadır: a- Türk yasalarının esas prensiplerine aykırılık, b- Türk adap ve ahlak anlayışına aykırılık, c- Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırılık, d- Devletler hukukuna aykırılıktır.¹⁷

Gürzumar’a göre, niteliği gereği ancak soyut ve genel bir şekilde tanımlanabilen kamu düzeninin kapsamını da önceden ve kesin bir şekilde tespit etmek mümkün değildir. Ancak doktrinde genel olarak bu kavramın kapsamına girdiği kabul edilen temel esasları-sınırlayıcı (numerus clausus) olmayacak bir biçimde ve bu sayılacak esasların da soyut ve yoruma açık esaslar olduğu önkabulü ile belirlemek olanaklıdır.¹⁸ Yazara göre kamu düzeni kavramının kapsamına giren en önemli esasları hukukun temel ilkeleri oluşturur. Bir ülkede belirli bir zamanda geçerli olan temel hukuk ilkelerine aykırılık, o ülkenin kamu düzenine aykırılık oluşturacaktır. Diğer bir unsur,

¹³ Çelikel, s.142.

¹⁴ Aktaran: Nomer, s.165.

¹⁵ Çelikel, s.142.

¹⁶ Çelikel, s.142.

¹⁷ Dayınlarlı, s.662-663. Dayınlarlı bu tasnifi, iç hukukta kamu düzeni başlığı altında yapmaktadır.

¹⁸ Gürzumar, s.22.

bir ülkede hukuken tanınan temel hak ve özgürlükler, o ülkenin kamu düzeninin kapsamı içinde yer alırlar. Son olarak da, toplumun geniş kesimlerince kabul gören vazgeçilmez nitelikteki temel ahlak kuralları da kamu düzeni kavramının kapsamı içine girerler. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, ahlak kurallarına ilişkin her aykırılığın kamu düzenine aykırılık oluşturmayacağı, sadece eğer sözkonusu aykırılık toplumda huzur ve uyumu bozacak veya kamu vicdanını derinden sarsacak nitelikteyse, kamu düzenine aykırılık durumunun oluşacak olmasıdır.¹⁹

Doktrinde ayrıca milletlerarası alanda geçerli olan ortak prensiplerin de MÖHUK madde 5 çerçevesinde etkili olabileceğini, 5. maddede sadece “Türk” kamu düzeninden bahsedilmesinin, “milletlerarası” alanda hakim olan (ortak) anlayışların dikkate alınmasını engellemeyeceği ifade edilmektedir. Örnek olarak İnsan Hakları Ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi gibi milletlerarası anlaşmalarla kabul edilmiş olan insan haklarına veya ortak hukuk prensiplerine dayanılarak kamu düzeninin müdahalesi sağlanabilir.²⁰ Dolayısıyla milletlerarası alanda geçerli olan ortak prensiplerin de kamu düzeni kavramının unsurlarından biri olarak düşünülebileceği kastedilmektedir.

Doktrinde yer alan kamu düzeninin kapsamına ilişkin görüşleri biraraya getirdiğimizde kamu düzeninin kapsamına giren unsurları şu şekilde ifade etmek mümkündür: Türk hukukunun temel ilkeleri veya temel değerleri, Türk yasalarının temelinde yer alan temel adalet anlayışı, Türk yasalarının dayandığı genel siyaset, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler, milletlerarası alanda geçerli ortak prensipler, özel hukuka ait hüsnüniyet prensibine dayanan normlar, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine,

¹⁹ Gürzumar, s.22-23.

²⁰ Nomer, s.164. Şunu da belirtmek gerekir ki; İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, Türkiye bu sözleşmeyi usulüne uygun olarak imzalayıp onaylamış olduğu tarihten itibaren artık ulusal kamu düzenine ilişkin hale gelmiştir.

toplumun medeniyet seviyesine, siyasi rejimine, toplumun iktisadi düzenine, temel insan haklarına ilişkin kurallar kamu düzeni kapsamına girmektedir.²¹

Kamu hukuku doktrininde ise kamu düzeni kavramının kapsamı genel olarak kabul edildiği üzere üç unsurdan oluşmaktadır: a- Kamu Esenliği (kamu dirlik ve düzeni veya kamunun maddi düzeni), b- Kamu Güvenliği, c- Kamu Sağlığı. Genel ahlak kavramı ancak belli sınırlar içinde kamu düzeninin kapsamı içinde nitelendirilmektedir.²²

III- DEVLETLER ÖZEL HUKUKUNDA KAMU DÜZENİ

A- Genel Olarak

Doktrinde, Devletler Özel Hukukundaki kamu düzeni anlayışının iç hukuktaki kamu düzeni anlayışının taşıdığı anlamdan daha farklı bir anlama sahip olduğu ifade edilmektedir.²³ Bir başka deyişle kamu düzeni kavramına yaklaşım, iç hukukta ve milletlerarası özel hukukta birbirinden farklıdır.²⁴ Milletlerarası özel hukukun konusuna giren ihtilâflarda kamu düzeni anlayışı, iç hukukta ona verilen anlamdan farklıdır.²⁵ Devletler özel hukukunun konusuna giren ihtilâflarla ilgili olan kamu düzeni kavramının, iç hukuktaki kamu düzeni kavramına göre daha dar ve sınırlı olduğu ifade edilmektedir.²⁶ Öyle ki, iç hukukta kamu düzeninden kabul edilerek, emredici nitelikteki hukuk kurallarına bağlanan esaslar, devletler özel hukuku bakımından kamu düzeninden sayılamayabilir.²⁷ Bunun sebebi devletler özel hukuku alanının temel özellikleridir. Bir olay veya ilişki tek ve aynı hukuk düzeninin içerisinde oluştuğunda, sözkonusu hukuk düzeninin o olay veya ilişkiyi düzenlemesi gayet olağandır. Eğer bir olay veya ilişki hiçbir yabancı hukuk düzeni

²¹ Gökyayla, s.27-28.

²² Duran, s.255;Anayurt, s.166;Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s.137-138.

²³ Gökyayla, s.36.

²⁴ Akıncı, s.287.

²⁵ Dayımlarlı, s.663.

²⁶ Dayımlarlı, s.663; Akıncı, s.288.

²⁷ Dayımlarlı, s.663-664; Akıncı, s.288.

ile temas haline girmeksizin, sadece Türk hukuk sistemi içinde oluşmuş ise, Türk hukukunun bu olay veya ilişkiye tatbik edilmesi hususunda tereddüt duyulmaz. Buna karşın, belirli bir olay ve ilişki yabancı bir veya birden fazla sayıda hukuk düzeni ile temas halinde bulunmakta, yani bir yabancılık unsuru (milletlerarası) unsur taşımakta ise, hangi hukuk düzeninin, daha somut olarak ifade etmek gerekirse, hangi devletin maddî hukuk hükümlerinin sözkonusu ihtilafa uygulanacağı problemi ortaya çıkar.²⁸ Devletler özel hukuku, kişiler arasında doğan ve yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk niteliğindeki ilişkileri düzenleyen ve bunların hangi devletin hukukuna tabi olduğunu gösteren hukuk dalıdır.²⁹ Bu tip yabancılık unsuru taşıyan ihtilaflarda en adil ve en uygun hükmü getiren maddî hukuk kurallarını uygulamak gereklidir. Bu sebeple kendiliğinden Türk maddi (özel hukuk) kurallarının uygulanması sözkonusu olamaz. Türkiye ile ilişkisi az veya yeterli olmayan olay veya ilişkilerde Türk maddi (özel hukuk) hükümlerinin uygulanması; yol açacağı sonuçlar bakımından adil ve uygun düşmeyebilir. Örneğin iki İngiliz vatandaşının, Federal Almanya'da yaptıkları bir evlenmenin geçerliliğini Türk maddi hukukuna tabi tutmak mantıklı ve haklı olmayabilir.³⁰ Bu tip olay veya ilişkilerde en âdil ve uygun sonuçları sağlayacak maddi hukuk kurallarının, hükme bağlanması gereken hukuki olay veya ilişki ile yer, şahıs veya konu itibarıyla en sıkı bağlantıya sahip olan hukuk düzenlerinin maddi hukuk kaideleri olduğu ifade edilmektedir.³¹ İşte bu hukuk kurallarının hangileri olduğunu belirlemek devletler özel hukukunun görevidir.

Aybay'a göre kamu düzeni kavramını geniş ve katı bir biçimde anlamak, devletler özel hukuku (yasa çatışmaları) bakımından özellikle sakıncalıdır. Çünkü bu hukuk dalının temel varlık sebebi ulusal hukuk sistemlerinin farklı değerlerini yansıtan kurallar içermesidir. Bir ülkenin yargıcının, önüne gelen ve yabancılık unsuru taşıyan somut olaya, ilişkin olarak kendi hukukundan farklı değerlere dayanması olası olan her yabancı hukuk kuralı

²⁸ Nomer, s.5.

²⁹ Çelikel, s.11.

³⁰ Nomer, s.6

³¹ Nomer, s.6.

karşısında, (yargıçın) kendi kamu düzenini öne sürmesi, uluslararası düzeyde kurulması beklenen ahengi ve devletler özel hukukunu işlemez hale getirir.³²

Yukarıda, devletler özel hukukunun alanına giren ihtilaflarla ilgili olan kamu düzeni anlayışının iç hukuktaki kamu düzeni anlayışından farklı olduğunu belirtmiştik. Bu noktayı biraz daha açmak gerekir. Kamu düzenine ilişkin olarak verilen genel ve soyut nitelikteki tanımların, en azından bir bölümü, kavramsal çerçevede devletler özel hukuku alanında da benimsenebilecek tanımlar olarak kabul edilebilir. Öte yandan kamu düzeni kavramının geniş ve soyut nitelikteki tanımlarına nazaran, nisbeten daha somut olan “kapsama” gelince farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, devletler özel hukuku yönünden kamu düzeni-iç hukuk yönünden kamu düzeni ayrımı da tam olarak doğru değildir. Gürzumar devletler özel hukukunun, iç hukuk kapsamına giren özel hukuk dallarından biri olduğunu, dolayısıyla devletler özel hukuku kurallarının da iç hukuk kuralları olduğunu, bir başka deyişle devletler özel hukukunun da “iç hukuk” olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre bu sebeple, kamu düzeni kavramının devletler özel hukukunda ayrı, iç hukukta ayrı anlamlar taşıdığını kabul etmek mümkün değildir.³³ Öte yandan yazar devletler özel hukukunu, iç hukukun diğer bölümlerinden ayıran önemli bir farklılık olduğunu da kabul etmektedir. Bu farklılık, iç hukukun diğer bütün bölümleri yabancı hukuk düzenleriyle temas halinde olmayan olay ve ilişkileri kapsar iken, devletler özel hukuku kurallarının yalnızca yabancılık unsuru taşıyan olay ve ilişkileri düzenlemesidir.³⁴ Yazar, devletler özel hukukunun onu, iç hukukunun diğer tüm dallarından farklı kılan bu temel özelliği sebebiyle, kamu düzeninin devletler özel hukuku alanında göstereceği özelliklerinin ve ona bağlanan sonuçlarının farklı olacağı ama bu farklılığın, kamu düzeninin anlam ve içeriğinde değil, gösterdiği özellikler ve sonuçlarında kendini göstereceğini öne sürmektedir.³⁵ Bu görüş karşısında, öncelikle daha önce de belirttiğimiz üzere; kamu düzeninin bazı kavramsal tanımları, devletler özel hukuku dahil tüm iç kamu

³² Aybay/Dardağan, s.113.

³³ Gürzumar, s.23.

³⁴ Gürzumar, s.23.

³⁵ Gürzumar, s.23.

ve özel hukuk dallarını kapsayacak genişlik ve soyutluktur. Bir başka deyişle bahsettiğimiz tanımlar, tüm iç hukuk dalları bakımından kavramsal tanım seviyesinde daldan dala herhangi bir değişikliğe uğramasına gerek olmaksızın kullanılabilir. Esas sorun “geniş ve soyut tanım” seviyesinde değil, kapsamı belirleme, kapsamın sınırlarını çizme seviyesinde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla doktrinde söylendiği şekliyle kamu düzeni kavramının devletler özel hukukunda iç hukuktan farklı bir anlam taşıdığını söylemek yerine devletler özel hukuku açısından kamu düzeninin kapsamının, diğer iç hukuk dallarına göre daha farklı olduğu şeklinde ifade etmek nispeten daha doğru olur. Doktrinde belirtilen bir başka hususta devletler özel hukukunda kamu düzeni kavramının, iç hukuka nazaran daha dar ve sınırlı olmasıdır.³⁶ Bu ifadeyi şu şekilde cevaplamak mümkündür: Devletler özel hukuku açısından kamu düzeni “kavramı” değil ama kapsamı iç hukukun diğer dallarından daha farklı olabilir. Ancak bu durum sadece devletler özel hukuku alanıyla, diğer iç hukuk alanları arasında mevcut olan bir farklılık değildir. Diğer özel veya kamu hukuku alanlarının kendi arasında da kamu düzeninin kapsamını belirleme hususunda önemli farklılıklar mevcuttur. Örneğin devletler özel hukuku ile medeni hukuk arasında kamu düzeninin kapsamını belirleme açısından farklılık olduğu gibi devletler özel hukuku ve medeni hukukla, kamu hukuku dalları olan, İdare ve Anayasa hukuku arasında da kamu düzeninin kapsamını belirlemede önemli farklılıklar vardır. Sonuç olarak, iç hukuktaki kamu veya özel hukuka giren her hukuk dalının kamu düzeninin kapsamını çizerken veya bir başka deyişle kamu düzeninin “kavramsal” tanımına göre nispeten daha somut olan unsurlarını belirlerken, sözkonusu hukuk dalının temel özelliklerine veya temel amaçlarına göre hareket ederek kapsamı belirlediği söylenebilir. Dolayısıyla prensip olarak her bir iç hukuk dalının kamu düzeni için çizdiği kapsamın, geriye kalan diğer iç hukuk dallarının her birinin kendi alanı için çizdiği kapsamların (o kapsamlara giren unsurların) toplam sayısına göre daha az sayıda unsuru veya daha farklı unsurları barındırması sözkonusudur denilebilir.

³⁶ Gökyayla, s.37; Akıncı, s.202,288; Dayınlarlı, s.663.

İç hukukun bir dalında kamu düzeninin kapsamı içinde kabul edilen ve emredici kurallara bağlanan bazı konular devletler özel hukuku bakımından kamu düzeninin kapsamı içinde görülmeyebilir.³⁷ Örneğin ehliyetle ilişkin kurallar medeni hukukta kamu düzenine ilişkin sayılarak, emredici nitelikteki hükümlerle düzenlenmiştir. Taraflar arasında, farklı bir rüşt yaşı kararlaştırılması mümkün değildir. Buna karşılık devletler özel hukuku bakımından tarafların ehliyetine uygulanacak hukuk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) 8. maddesinde ilgili şahsın kendi milli hukukuna bağlanarak düzenlenmiştir.³⁸ Böylece medeni hukukta ehliyetle ilgili hükümler, kamu düzeni kaydı olarak, yabancı hukukun ilgili hükümlerinin uygulanmasını engellemez.³⁹ Konuya ilişkin olarak Ökçün'ün verdiği bir örnek daha çarpıcıdır. Gerçi Ökçün bu örneği daha farklı bir konuyu açıklamak için vermektedir. Ancak kamu düzeninin devletler özel hukuku açısından kapsamına ilişkin bir örnek olarak da kullanılabilir. Ökçün'e göre, her kamu düzeni kuralı emredici bir hukuk kuralı olmakla birlikte, emredici kurallardan bazıları kamu düzenini doğrudan doğruya ilgilendirmeyebilir. Örneğin ülke içinde uyulması zorunlu olan trafik kurallarının kamu düzenini doğrudan doğruya ilgilendirmediğinin söylenebileceğini ifade etmektedir.⁴⁰ Gerçekten her emredici kural aynı zamanda kamu düzenine ilişkin bir kural olmayabilir. Bu husus diğer özel hukuk dalları içinde geçerlidir.⁴¹ Öte yandan Ökçün'ün bu konuya ilişkin verdiği örnek aynı zamanda devletler özel hukukunun kamu düzenine bakış açısıyla bir başka hukuk dalının kamu düzenine bakış açısı arasındaki farkı göstermek bakımından iyi bir örnektir. Trafik yasasında düzenlenmiş olan çeşitli trafik kurallarının bir kısmı trafikte seyreden motorlu araçlardaki sürücü ve yolcuların, yayaların ve taşınan eşyaların (aynı zamanda motorlu araçların oluşturduğu malvarlığının) meydana gelebilecek kazalara karşı korunması amacıyla alınan ve uygulanan tedbirlerdir. Örneğin, motorlu araç ehliyeti alabilmek için belli koşulları taşıma zorunluluğu, yollarda uygulanan hız sınırlamaları,

³⁷ Gökyayla, s.37; Dayınlarlı, s.664, Akıncı, s.202.

³⁸ Gökyayla, s.37-38; Dayınlarlı, s.664.

³⁹ Ökçün, s.10.

⁴⁰ Ökçün, s.9-10.

⁴¹ Gürzumar, s.24.

trafik kurallarını ihlal edenlere verilen cezalar gibi. Kısaca trafik kurallarının bir kısmı, bireylerin can ve mal güvenliğini sağlamak için konulmuş olan emredici nitelikte kurallardır. Bu kurallar kamu hukuku bağlamında kamu düzeninin kapsamı içine girerler. Ancak devletler özel hukukunun kendi alanı için belirlediği kamu düzeninin kapsamı içine girmez. Devletler özel hukukunun doğası gereği, bu alanda kamu düzeninin kapsamını sosyal, siyasi veya ekonomik düzene ilişkin temel prensipler ve bireylerin hukuki statüleri ve bireyler arası hukuki ilişkiler oluşturmaktadır. Elbette ülkenin hukuk düzenine ilişkin temel prensipler ve değerler ülke vatandaşı bireyin hukuki statüsünü biçimlendirmekte, bu statüye rengini vermektedir. Buna karşın bireyin günlük yaşamı içinde karşılaşabileceği önemli tehlikelere karşı korunmasına ilişkin emredici nitelikteki hukuk kuralları, bireylerin can ve mal güvenliğinin sağlanmasına ilişkin hükümler, emniyet ve asayişe ilişkin yasa hükümleri, devletler özel hukukunun kamu düzeni kapsamına girmemektedir. Oysa bu tip kurallar idare hukukunun veya ceza hukukunun kamu düzeni kapsamı içine girmektedir.

Devletler özel hukuku doktrininde, emniyet ve asayişe ilişkin kurallar yasaların mülkiliği (ülkeselliği) prensibiyle ilişkilendirilmektedir. Bu yaklaşıma göre emniyet ve asayişe ilişkin hükümler, bir devletler özel hukuku kuralına bağlı olmaksızın ülke sınırları içinde bulunan her kişi için uygulanma niteliğine sahiptir.⁴² Dolayısıyla bu tip kuralların yabancılık unsuru taşıyan olaylara da uygulanmaları için bu kuralların kamu düzeninin kapsamı içinde görülmelerine gerek yoktur.⁴³ Emniyet ve asayişe ilişkin kuralların yasaların mülkiliği prensibi uyarınca ülkedeki herkese uygulanacağı doğrudur.

Emniyet ve asayişe ilişkin kuralların yasaların mülkiliği prensibi uyarınca ülke sınırları içindeki herkese uygulanacak olmaları, bu kuralların ayrıca kamu düzeninin kapsamı içinde görülmelerine gerek olmadığı sonucuna varılmasını gerektirmez. Doğru olan açıklama, emniyet ve asayişe ilişkin kuralların kamu düzeninin kapsamı içinde yer aldıkları ancak devletler

⁴² Nomer, s.161.

⁴³ Gökyayla, s.26.

özel hukuku alanının temel amacı yabancılik unsuru taşıyan olay ve ilişkilerde prensip olarak o olay veya ilişkinin en yoğun bağlantı içinde olduğu (yabancı) ülkenin konuyla ilgili hukuk kurallarının uygulanmasını sağlamak olduğu için devlet özel hukuku alanına giren ihtilaflarla ilgili olarak, “kamu düzeninin” kapsamının devletler özel hukukunun temel amacına uygun olarak daha dar olarak çizilmesi ve dolayısıyla emniyet ve asayiş kurallarının bu kapsamın dışında bırakıldığıdır. Aslında söylenmesi gereken şudur: her hukuk dalı kendi doğasına ve temel amacına uygun düşen bir biçimde kamu düzeninin kapsamını belirlemektedir. Her hukuk dalı (kamu hukuku ve özel hukuk dalları) için geçerli olan üst seviyede soyut bir kamu düzeni kavramsal tanımı mümkün olmakla birlikte, kamu düzeninin kavramsal tanımına göre, nisbeten daha somut olan kapsamını (unsurlarını) tespit aşamasına gelindiğinde her hukuk dalı kendi temel amaç veya fonksiyonuna göre kamu düzeninin kapsamını belirlemektedir.

B- Kamu Düzeninin Fonksiyonu

Devletler özel hukuku bakımından kamu düzeninin fonksiyonuna ilişkin olan iki görüş vardır. Birinci görüş; kamu düzenini bağımsız bir bağlama kuralı olarak görmektedir.⁴⁴ Bu yaklaşım uyarınca mahalli (ulusal) kanunların niteliklerine göre kamu düzenine ilişkin olarak görüldüğü bir konuda, kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği yabancı hukuk uygulanmaz. Onun yerine her zaman için doğrudan doğruya ulusal hukuk sisteminin emredici ve kamu düzeni kuralı niteliği taşıyan hükümleri uygulanır. Böylece kamu düzeni pratik yönden doğrudan doğruya kendi hukukunun tatbiki sonucunu doğuran müstakil, tek taraflı bir kanunlar ihtilafı normu fonksiyonunu görür.⁴⁵ İkinci görüş uyarınca, kamu düzenine ilişkin kurallar doğrudan doğruya değil, fakat yetkili yabancı hukukun uygulanmasının bir istisnası olmalıdır. Esas olan yetkili yabancı hukukun uygulanmasıdır.⁴⁶ Bu yaklaşıma göre sözkonusu ihtilafın kamu düzenine ilişkin bir konu olup ol-

⁴⁴ Nomer, s.160; Çelikel, s.130; Gökyayla, s.32.

⁴⁵ Nomer, s.160.

⁴⁶ Çelikel, s.131.

madığının araştırılmasından önceki aşamada, bağlama kurallarının gösterdiği yabancı hukuk tespit edilmeli ve bu hukukun konuyla ilgili olan hükümlerinin uygulanmasının kamu düzenine aykırılık yarattığının belirlenmesi durumunda bir başka deyişle sözkonusu yabancı hukuk kuralının uygulanması, yargılamayı yapan mahkemenin bağlı olduğu ülkenin kamu düzenine aykırı sonuç verecek ise bu durumda, o yabancı kural uygulanmaz.⁴⁷ Böylece bu görüş uyarınca kamu düzeni yabancı hukukun uygulanmasına engel olan bir istisna fonksiyonu görür. Bu ikinci görüşün kaynağı Alman hukukçusu Savigny'dir. Bu yaklaşıma göre kamu düzeninin müdahalesi, kanunlar ihtilafı kuralları tarafından yetkilendirilen yabancı hukuk normlarının uygulanması prensibinin istisnası olarak ortaya çıkar.⁴⁸ Savigny tarafından ifade edilmiş ve Amerikalı hukukçu Story tarafından benimsenmiş olan bu yaklaşım, Alman hukukunda, İngiliz ve Amerikan hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir. Savigny iki çeşit hukuk kuralı olduğunu, birinci kategoriye giren kuralların şahısların menfaati, ikinci kategoriye giren kuralların ise kamunun menfaati ve ahlaki sebeplerle oluşturulduğu görüşündedir. İkinci kategoriye giren kurallara aykırı olan yabancı hukukun uygulanması kamu düzenine aykırılık sebebiyle mümkün olmayacaktır.⁴⁹

Modern devletler özel hukuku doktrinde, kamu düzeninin "istisna" fonksiyonu göstermesinin, ağırlıklı olarak kabul edildiği ifade edilmektedir.⁵⁰ Buna göre kural; yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta hangi yetkili hukukun uygulanacağına öncelikle tespit edilmesi ve ancak tespit edilen bu hükmün uygulanmasının, kamu düzenine aykırı olması durumunda, kamu düzeninin devreye sokulması yoluyla, yabancı hukukun konuya ilişkin hükmünün uygulanmasının bertaraf edilmesidir.⁵¹

Devletler özel hukukunun önemi ve geçerliliğinin ancak kamu düzeninin istisnaî karakterinin kabul edilmesiyle haklılık kazanacağı çünkü ancak böyle bir yaklaşımın yetkili yabancı hukuka hakkaniyet gereği ve milletlere-

⁴⁷ Çelikel, s.131; Gökyayla, s.32.

⁴⁸ Nomer, s.160-161; Çelikel, s.131

⁴⁹ Çelikel, s.131.

⁵⁰ Gökyayla, s.33.

⁵¹ Gökyayla, s.33.

rası ahenk menfaatine öncelik tanınmanın bir belirtisi olabileceği ifade edilmektedir.⁵²

C- Kamu Düzeninin Çeşitleri ve Etkisi

Kamu düzeninin kapsamının devletler özel hukuku alanında diğer iç hukuk alanlarındaki kapsamından farklı olması sebebiyle devletler özel hukukunun kamu düzeni kapsamıyla, diğer iç hukuk alanlarındaki kamu düzeninin kapsamı arasındaki farkı belirtebilmek için devletler özel hukuku doktrininde “milli veya iç kamu düzeni (ordre public interne) - milletlerarası kamu düzeni (ordre public international)” biçiminde ikili bir ayırım yapılmıştır.⁵³ Brocher’e göre iç kamu düzeni, âmir mahiyette bulunan ve kişilerin iradeleriyle bertaraf etmeleri mümkün olmayan kuralları içerir. Milletlerarası kamu düzeni ise, sosyal güvenliği muhafaza için yetkili kanunun tatbikine engel olan hukuk kuralından ibarettir.⁵⁴ Weiss’e göre, bu ikili ayırım zorunludur. Çünkü iç hukukta kamu düzenine ilişkin her hüküm, yabancı hukukun uygulanmasına engel olmaz. Fakat milletlerarası kamu düzenine ilişkin her hüküm aynı zamanda iç kamu düzenine de ilişkin olur.⁵⁵ Osman Fazıl Berki, kamu düzenini iç ve milletlerarası kamu düzeni olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Hıfzı Timur’a göre, kamu düzenini bu şekilde ikiye ayırmak gerek kullanılan terimler bakımından, gerek uygulamada yol açtığı karışıklıklar bakımından tamamen yersizdir. “Milletlerarası kamu düzeni” terimi ile ifade edilen kamu düzeni yabancılık unsuru taşıyan bir ihtilafa ilişkin olarak uygulanması gereken yabancı hukuk kuralını bertaraf eden kamu düzenidir. Bu bakımdan oynadığı rol, yabancı hukuk kuralının olaya müdahalesine engel olmaktadır. Dolayısıyla “milletlerarası” terimi uygun bir terim değildir. Milletlerarası kelimesi ile sıfatlandırılan bu kamu düzeninde hiçbir uluslararası unsur mevcut değildir.⁵⁶

⁵² Nomer, s.162; Dayınlarlı, s.684.

⁵³ Ökçün, s.10.

⁵⁴ Dayınlarlı, s.669.

⁵⁵ Dayınlarlı, s.669.

⁵⁶ Dayınlarlı, s.669-670

Niyobet'in ifade ettiği üzere kamu düzeni bilakis tamamıyla millidir.⁵⁷ Devletler özel hukukunda kamu düzeni sözkonusu olduğunda, mutlaka karşımıza iç hukukun emredici bir hükmü çıkmış demektir. Bu hüküm, yabancılık unsuru taşıyan bir ihtilafa, kanunlar ihtilafı kuralları yoluyla belirlenen ve uygulanması gereken yabancı hukuk kuralının, uygulanmasını engeller. Fakat yabancı hukuk kuralının uygulanmasını engelleyen kamu düzeni ile, iki Türk'ün iradelerinin uyuşması sonucu gerçekleşen bir tasarrufu hükümsüz hale getiren kamu düzeni hep aynı kamu düzenidir.⁵⁸ Bir başka deyişle devletler özel hukuku alanındaki kamu düzeni ile iç hukuktaki kamu düzeni arasında bir farklılık yoktur. Her zaman için sözkonusu olan ulusal kamu düzenidir.⁵⁹

Yukarıda ifade edilen sebeplerle milli-milletlerarası kamu düzeninin doğru bir ayırım olmadığı görüşünden hareketle, bu ayırımın yerine mutlak kamu düzeni (ordre public absolu) - nispi kamu düzeni (ordre public relatif) ayrımı önerilmiştir.⁶⁰ Bu ayırım da doktrinde eleştirilmiştir. Niyobet'e göre iç hukukta ve devletler özel hukukunda kamu düzeninin etkisi mutlaklıktır. Kamu düzeni tarafların iradesine veya yabancı bir hukukun uygulanmasına müdahale ettiği zaman, sözkonusu iradeyi ya da yabancı hukuku mutlak olarak bertaraf eder. Ayrıca, mutlak kamu düzeni deyimi, devletler özel hukuku alanında kamu düzeninin yer, zaman ve konu bakımından nisbi (görel) olma özelliğini de iyi bir biçimde yansıtmadığı gerekçesiyle kabul görmemiştir.⁶¹ Buna karşılık daha yeni bir öneri olan "Devletler özel hukuku yönünden

⁵⁷ Köse, s.1279.

⁵⁸ Dayınlarlı, s.670; Köse, s.1279-1280.

⁵⁹ Doktrindeki biraz daha farklı ama aynı sonuca ulaşan bir görtüşe göre de, milli-milletlerarası kamu düzeni ayrımı kabul edildiğinde, esas alınacak kamu düzeni kıstasları değişmemektedir. Her durumda, esas olarak alınacak kamu düzeni kıstasları, aynı milli, ahlaki, kültürel değerler olacaktır. Milli-milletlerarası kamu düzeni ayrımının getirdiği farklılaşma sadece kamu düzeni kurallarının gösterecekleri etkilerin görüleceği sahanın ve etki derecelerinin farklılaşması anlamına gelir. Altuğ/Yasan, s.141-142.

⁶⁰ Ökçün, s.10-11

⁶¹ Ökçün, s.11; Gökyayla, s.36.

kamu düzeni - iç hukuk yönünden kamu düzeni” ayrımının benimsenmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁶²

Ökçün’e göre kamu düzeni kavramı, diğer hukuk kavramları gibi, hangi hukuk dalında incelenecekse, o hukuk dalı açısından ele alınmalıdır. Hukuki müesseselerin görevsel (fonksiyonel) açıdan incelenmesini öngören bu yaklaşım, bu müesseselerin çeşitli hukuk dallarında yerine getirdikleri göreve göre farklı özelliklere sahip olabilecekleri sonucunu doğurur. Dolayısıyla, devletler özel hukuku bakımından kamu düzeni, bu alanda yerine getirdiği görev farklı olduğu için, iç hukuktaki kamu düzeni kavramından farklı özelliklere sahip olabilecektir. Ökçün, bu gerekçeye dayanarak “iç hukuk bakımından kamu düzeni” ve “devletler özel hukuku bakımından kamu düzeni” ayrımının daha güvenilebilir bir ayrım olduğunu öne sürmektedir.⁶³ Köse de kamu düzeninin ikili fonksiyonunu vurgulamaktadır. Yazara göre milletlerarası kamu düzeni olsun veya milli kamu düzeni olsun, daima iç hukukun sınırları içinde yer alan tek bir kavramı ifade etmektedir. Sonuç olarak kamu düzeninin iki cephesi vardır ve bu kavram iki rol oynamaktadır. Birinci rol; kanun koyucunun iradesinin bireysel iradeye üstünlüğünü sağlamak, ikincisi ise, yine milli kanunun iradesinin yabancı kanunun hükümlerine üstünlüğünü temin etmektir.⁶⁴ Öte yandan aynı yazar kamu düzeni kavramının fonksiyonlarından hareketle tanımlanmasını doğru bulmamakta ve bu durumun kamu düzeninin birbirinden çok farklı tanımlarının ortaya çıkmasına sebep olduğunu ifade ederek, Ökçün’ün kamu düzeni kavramını, çeşitli hukuk dallarının her birinde gördüğü işleve göre ele alma yönündeki yaklaşımına katılmamaktadır.⁶⁵

Gürzumar’a göre devletler özel hukukunu iç hukukun diğer bölümlerinden ayıran önemli bir farklılığın bulunduğunu teslim etmek gerekir. Bu farklılık; devletler özel hukuku kurallarının yalnızca yabancılik unsuru taşıyan olay ve ilişkileri düzenlerken, iç hukukun diğer bütün bölümlerinin yabancı hukuk düzenleriyle temas halinde bulunmayan olay ve ilişkileri dü-

⁶² Gökyayla, s.36; Ökçün, s.11.

⁶³ Ökçün, s.11.

⁶⁴ Köse, s.1279.

⁶⁵ Köse, s.1273.

zenlemesidir. Yazara göre bu önemli farklılığa rağmen, yabancılık unsuru taşımayan olay ve ilişkiler için sözkonusu olan kamu düzeni kavramı ile yabancılık unsuru taşıyan bir başka deyişle devletler özel hukuku alanına giren olay ve ilişkiler için sözkonusu olan kamu düzeni kavramı arasında, anlam ve içerik açısından bir farklılık olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Devletler özel hukukunu, iç hukukun diğer tüm alanlarından ayıran temel farklılığı sebebiyle, kamu düzeninin bu hukuk alanında gösterdiği özellikler ve ona bağlanan sonuçlar farklılık arzedecektir. Fakat bu farklılık, kamu düzeni kavramının anlam ve içeriğinde değil, gösterdiği özellikler ve sonuçlarda kendini gösterecektir. Kamu düzeni kavramının gösterdiği özellikler ve bu kavrama aykırılığa bağlanan sonuçlar, karşılaşılan olay ve ilişkilerin yabancılık unsuru taşıyıp taşıyamamasına göre değişse de; bu durum kavramın anlam ve içeriğinin değişmesi sonucunu doğurmaz.⁶⁶

D- Kamu Düzenine İlişkin Ayrımların Değerlendirilmesi

Devletler özel hukuku doktrininde kamu düzeninin devletler özel hukukundaki konumu ile diğer iç hukuk dallarındaki konumunun farklılığı gerekçesine dayanarak kamu düzenine ilişkin farklı ayrımlar önerilmiştir. Milletlerarası kamu düzeni - milli kamu düzeni, mutlak kamu düzeni - nisbi kamu düzeni ve son olarak da devletler özel hukukuna göre kamu düzeni - iç hukuka göre kamu düzeni. İlk iki ayrıma doktrinde yöneltilen eleştirileri yukarıda açıkladık. Devletler özel hukukuna göre kamu düzeni - iç hukuka göre kamu düzeni ayrımı kendisinden önceki iki farklı ayrıma göre nisbeten doğru olmakla birlikte aslında bu ayrım da tam anlamıyla doğru bir ayrım değildir. Her şeyden önce devletler özel hukuku kuralları, iç (ulusal) hukuk kurallarıdır ve devletler özel hukukunda kamu düzeni müdahalesi sözkonusu olduğunda uygulanacak olan kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilen kurallar da, bir başka ülkenin yasaları değil, ulusal nitelikteki yasalardır. Dolayısıyla devletler özel hukukuna göre kamu düzeni - iç hukuka göre kamu düzeni ayrımı doğruyu yansıtmamaktadır. Doktrinde ifade edildiği

⁶⁶ Gürzumar, s.23.

üzere devletler özel hukukunu iç hukukunun diğer alanlarından (dallarından) ayıran önemli bir farklılık olduğu ve bu farklılığın devletler özel hukuku alanının kapsamına yalnızca yabancılık unsuru taşıyan olay ve ilişkiler girerken, iç hukukun diğer bütün alanlarının yabancı hukuk düzenleriyle temas halinde olmayan olay ve ilişkileri kapsıyor olması sözkonusudur. Ancak bu önemli farklılığa karşın devletler özel hukukunda kamu düzeni - iç hukukta kamu düzeni ayrımı bir başka açıdan da sorunludur. Bu ayrım sanki devletler özel hukuku alanına özgü olan kamu düzeni ve bir de diğer tüm iç hukuk alanlarında geçerli bir kamu düzeni varmış intibasını yaratmaktadır. Oysa diğer iç hukuk alanlarında da kamu düzeninin kapsamı birbirinden az-çok farklıdır. Örneğin idare hukukuna göre kamu düzeninin kapsamı ile medeni hukuka göre kamu düzeninin kapsamı birbirinden farklıdır. Dolayısıyla daha doğru bir ifade tarzı devletler özel hukukuna göre kamu düzeni - diğer iç hukuk dallarına göre kamu düzeni şeklindeki bir ayrım yapılmasıdır. Ayrıca devletler özel hukuku doktrininde hangi ayrım yapılırsa yapılsın gerçekte kamu düzeni kavramının anlam ve içeriğinin değişmediği, sadece kamu düzeninin gösterdiği özellikler ve sonuçlarında farklılık olduğu ifade edilmektedir.⁶⁷ Oysa gerçek durum böyle değildir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, kamu düzenine ilişkin olarak verilen genel ve soyut nitelikteki tanımların en azından bir bölümü kavramsal çerçevede gayet kapsayıcıdır. Öyle ki bazı tanımlar devletler özel hukuku dahil tüm iç (ulusal) kamu ve özel hukuk alanlarında geçerli olarak kabul edilebilecek tanımlardır. Bu noktada kamu düzenine ilişkin kavramsal tanımlar ile kamu düzeninin kapsamı arasında farklılık olduğunu, bu ikisinin birbiriyle özdeş unsurlar gibi görülemeyeceğini belirtelim. İşte esas sorun; kamu düzeni kavramının geniş ve soyut nitelikteki (bazı) tanımlarına nazaran, nisbeten daha somut olan "kapsama" gelince ortaya çıkmaktadır. Örneğin devletler özel hukuku alanında genel olarak kabul edilen kamu düzeninin kapsamı ile idare hukukunda, kamu düzenine çizilen kapsam birbirinden önemli ölçüde farklıdır.

⁶⁷ Gürzumar, s.23; Altuğ/Yasan, s.142.

Bu kapsam farklılığını sadece “kamu düzeninin göstereceği özellikler ve sonuçlarında farklılık” olarak açıklamak mümkün değildir. Devletler özel hukuku bakımından kamu düzeninin kapsamı diğer iç hukuk dallarından daha farklı çizilmektedir ve kapsama çizilen sınır aynı zamanda içeriğe de çizilen sınır anlamına gelir. Dolayısıyla devletler özel hukuku alanında kamu düzeninin içeriği diğer iç hukuk dallarının içeriğine göre farklıdır. Ama aynı içerik (kapsam) farklılıkları diğer iç hukuk dalları arasında da (kamu veya özel hukuk dalları) mevcuttur. Örneğin medeni hukukun kamu düzenine çizdiği kapsam ile devletler özel hukukunun kamu düzenine çizdiği kapsam birbirinden farklı olduğu gibi medeni hukukla, idare hukuku arasında da kamu düzenine çizilen kapsamda farklılık vardır.

E- Kamu Düzeni Müdahalesinin Etkisi

Kamu düzeninin iki türlü etkisi vardır. Kamu düzeninin olumlu etkisi ve olumsuz etkisi. Kamu düzeninin olumlu etkisi; yabancılık unsuru taşıyan somut uyuşmazlıkla ilgili olarak kanunlar ihtilafı kurallarının belirlediği yabancı hukukun uygulanmaması onun yerine mahalli yasanın (lex fori) uygulanmasını yetkili kılan etkidir.⁶⁸ Buna göre kamu düzeninin olumlu etkisi iç hukukun belirli bir hükmünün öncelikle uygulanmasını emreder. Türk hukuku, kamu düzeninin etkisi yoluyla uygulanacak olan hukuk durumundadır. Kamu düzeninin olumlu etkisi, kamu düzeninin, yabancı hukuk yerine mahalli hukuku uyuşmazlığın çözümünde yetkili kılan etkisidir.⁶⁹ Kamu düzeninin olumsuz etkisi ise, kanunlar ihtilafı kuralları gereğince uygulanması gereken yabancı hukukun uygulanmasını engellemesidir.⁷⁰ Kamu düzeninin gösterdiği etki ister olumlu ister olumsuz yönde olsun, her durumda kamu düzeni, kanunlar ihtilafı kuralları tarafından tespit edilen yabancı hukukun doğrudan doğruya yapısı ile ilgilenmez daha ziyade o yabancı hukukun uygulanması durumunda doğacak olan somut

⁶⁸ Dayınlarlı, s.672-673; Gökyayla, s.34.

⁶⁹ Gökyayla, s.34.

⁷⁰ Gökyayla, s.35.

sonuçla ilgilenir.⁷¹ Kamu düzeninin olumsuz etkisine örnek olarak; bir Suudi Arabistanlı erkeğin mevcut evliliği devam ederken, Türkiye’de ikinci bir defa evlenme talebinin reddedilmesinde, kamu düzeninin olumsuz etkisi sözkonusudur.⁷² Öte yandan, millî hukukları uyarınca usul ve furuu arasında nafaka yükümlülüğü olmayan bir babanın, Türkiye’deki çocuğundan nafaka talep etmesi, Türk Medeni Kanunu’na göre kabul görür. Böylece bu olayda, Türk hukukunun ilgili hükümleri uygulanır. Bu durum kamu düzeninin olumlu etkisini ortaya çıkartır. MÖHUK madde 5 uyarınca: “...gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır.” denilmek suretiyle kamu düzeninin olumlu etkisi öngörülmüştür.⁷³ Doktrinde kamu düzeninin somut olayda sadece olumsuz yönde olabileceği gibi önce olumsuz etkisinin gerçekleşeceği ve sonra olumlu etkisinin gerçekleşebileceği ifade edilmektedir.⁷⁴ Milli hukukları uyarınca usul ve furuu arasında nafaka yükümlülüğü bulunmayan bir babanın çocuğundan nafaka talep etmesi durumunda, sözkonusu yabancı yasa, Türk hukukunda böyle bir durum kamu düzenine aykırı olduğu için bertaraf edilir (kamu düzeninin olumsuz etkisi). Fakat sonuca ulaşabilmek için hakimin bir işlem daha yapması gereklidir. Nafaka borçlusunun millî hukukunda konuyla ilgili bir hüküm olmadığı için ortaya bir boşluk çıkar. Bu boşluğun doldurulması gerekir. İşte bu noktada, hakim Türk hukukunun konuyla ilgili hükmünü olaya uygulamak suretiyle nafaka talebini çözüme ulaştırır (kamu düzeninin olumlu etkisi).⁷⁵

F- Kamu Düzenine Açıkça Aykırı Olma Koşulu

Türk hukukunda kamu düzeni (ordre public, amme intizamı) yabancı hukukun uygulanmasını önlemede istisnai bir göreve sahiptir. Devletler özel hukuku kuralları uyarınca yetkilendirilen konuyla ilgili yabancı hukuk

⁷¹ Altuğ/Yasan, s.146; Dayımları, s.671.

⁷² Çelikel, s.140; Dayımları, s.674.

⁷³ Dayımları, s.674.

⁷⁴ Çelikel, s.140.

⁷⁵ Dayımları, s.660,674; Çelikel, s.140.

Türkiye'nin kamu düzenine "açıkça" aykırılık oluşturmaması koşuluyla uygulanma imkanına sahip olabilir. MÖHUK madde 5 uyarınca "Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır."⁷⁶

Somut bir olayda yabancı hukukun yetkili kılınması Raape'nin deyimini ile "karanlığa sığrama" halidir. Bir başka deyişle, kanunlar ihtilafı kurullarının belli bir olayda yabancı hukuku yetkilendirmesi, nasıl doldurulacağı önceden bilinmeyen "açık çek" gibidir. Bu sözle kastedilen yabancı maddi hukuk kurallarının içeriğinin bilinmemesi değildir. Yabancı maddi hukuk normlarının belirli bir olaya uygulanması sebebiyle meydana çıkabilecek somut sonuçlar kamu düzenimize uymayabilir. İşte bu sebeple, yabancı maddi hukuk kuralının uygulanmadan önce Türk kamu düzeninin "pasaport kontrolünden" geçmesi gereklidir.⁷⁷

Kamu düzeninin uygulanmasında hakimın takdir yetkisi mevcuttur. Ancak bu takdir yetkisi MÖHUK m.5 uyarınca "Açıkça" terimi ile sınırlanmıştır.⁷⁸ Bu noktada önemli bir hususu belirtmek gerekir; yabancı hukukun, hakimın kendi hukukuna nazaran farklı bir düzenleme getirmesi ile, kamu düzenine aykırılık birbirinden farklı olan konulardır. Yabancı hukuk aynı konuyu düzenleyen Türk hukukuna göre, farklı bir düzenleme öngörmüş olduğu halde, kamu düzenimize aykırı olmayabilir.⁷⁹ Sadece yabancı hukukun, ulusal hukukun düzenlemesine uygun olmaması, kamu düzeninin müdahalesini gerektirmez. Zaten genellikle, yabancı hukuk ile ulusal hukuk düzenlemeleri arasında tam bir uygunluk beklemek de yerinde bir yaklaşım olmaz. Çünkü yabancı hukuku oluşturan yabancı yasa koyucuların sosyal, siyasal ve ekonomik amaçları, ulusal yasakoyucularinkinden çoğu kez farklıdır. Çeşitli ülkelerin yasakoyucuları arasında mevcut olan birbirinden farklı görüş ve amaçlar yabancı hukukla, ulusal hukuk arasında düzenleme farklılıklarına yol açacaktır. Sadece bu

⁷⁶ Aybay/Dardağan, s.288.

⁷⁷ Nomer, s.163; Dayınlarlı, s.658.

⁷⁸ Çelikel, s.138.

⁷⁹ Çelikel, s.139.

düzenlemelerde görülen farklılık, kamu düzeninin müdahale etmesini gerekli kılmaz. Kamu düzeninin müdahale edebilmesi için, kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği yabancı hukukun uygulanması durumunda, bunun doğuracağı somut sonuçların, Türk kamu düzenini ihlal etmesi gerekir. Ancak böyle bir durumda kamu düzeninin müdahalesi sözkonusu olabilir.⁸⁰ Ayrıca MÖHUK madde 5 uyarınca kamu düzenine “açık” aykırılık sözkonusu olmalıdır. Yabancı hukukun uygulanması Türk kamu düzenini tahammül edilemez bir biçimde ihlal sonucunu meydana getirmekte ise, yabancı hukukun ilgili kuralları somut olayda uygulanmaz.⁸¹ Nomer’e göre mademki kamu düzeninin müdahalesi hukukumuzda istisnâî nitelik taşımaktadır, o halde kamu düzenine ilişkin uygulamada ihtiyat ve çekimserlik göstermek gerekir. Bir başka deyişle, hakim kamu düzenini bahane olarak öne sürerek, kendi hukukunu uygulama kolaylığından yararlanmak amacıyla, yabancı hukukun uygulanmasını engellememelidir.⁸² Örneğin, boşanmayı Türk Medenî Kanunundan farklı sebeplere bağlayan yabancı kanun, Türk kamu düzenine aykırı olmayabilir veya Türk hukukundan daha küçük bir evlenme yaşı kabul eden yabancı kanun, kamu düzenine aykırı düşmeyebilir.⁸³ Ancak sözkonusu örneklerde, Türk hukukunda olmayıp yabancı hukukta mevcut olan boşanma sebebi niteliği gereği Türk kamu düzenine açıkça aykırı düşebilir veya yabancı kanunun öngördüğü; Türk hukukuna göre daha küçük olan evlenme yaşı ile Türk hukukundaki evlenme yaşı arasına büyük bir fark mevcut ise, Türk kamu düzenine açık aykırılık sebebiyle yabancı hukuk uygulanmayabilir.

G- Kamu Düzeninin Özellikleri

Kamu düzeninin içeriği zaman içinde ve toplumdan topluma değişir.⁸⁴ Kamu düzeninin kapsamını oluşturduğu kabul edilen, temel hukuk

⁸⁰ Dayınlarlı, s.676.

⁸¹ Nomer, s.161.

⁸² Nomer, s.162.

⁸³ Çelikel, s.139.

⁸⁴ Çelikel, s.138; Dayınlarlı, s.673.

ilkeleri, temel hak ve özgürlükler ve temel ahlak kurallarının içeriği toplumdan topluma değişir.⁸⁵ Aynı zamanda belli bir toplum içinde belli bir dönem boyunca kamu düzeninin kapsamı içinde düşünülen bir husus, zaman içinde kamu düzeninin kapsamı dışına çıkabilir.⁸⁶ Bunun sebebi toplumun sosyal, siyasal, ekonomik, kültürel ve ahlaki yapısında zaman içinde gerçekleşen değişimlerdir. Dolayısıyla kamu düzeni içeriği zamana ve mekana göre değişen bir kavramdır.⁸⁷

Kamu düzeninin içeriğinin değişkenliği hususunda bir noktayı aydınlığa kavuşturmak gereklidir. Kamu düzeninin kapsamını oluşturduğu kabul edilen unsurlar, kamu düzeni kavramının genel ve soyut tanımlarına göre nisbeten daha somuttur. Ancak bu unsurlar da, belli ölçüde soyutluk ve genellik özelliği taşımaktadırlar. Bu unsurlar sayılarak kamu düzeninin kapsamı, sınırları genel olarak çizilir. Buna karşın bu unsurlardan her birinin ayrıca her ülkenin kendi hukuk sistemi açısından içeriğinin belirlenmesi gerekir. Bu somut içerik toplumdan topluma farklı olabileceği gibi aynı toplumda zaman içinde farklılaşabilir. Örneğin temel hukuk ilkeleri, kamu düzeninin unsurlarından biridir. X toplumunda geçerli olan temel hukuk ilkeleriyle, Y toplumunda geçerli olan temel hukuk ilkeleri birbirinden farklı olabilir. Bir başka unsur olan temel ahlak ilkelerinin somut içeriği de toplumdan topluma değişebileceği gibi, aynı toplumda da dönemden döneme değişebilir.

Doktrinde bazı yazarlar kamu düzeninin zaman ve yere göre değişken olmasının yanısıra konu itibariyle de değişken olduğu görüşünü öne sürmektedirler.⁸⁸

1- Kamu Düzeninin Zaman Bakımından Değişken Oluşu

⁸⁵ Gürzumar, s.25.

⁸⁶ Altuğ/Yasan, s.144.

⁸⁷ Gökyayla, s.28.

⁸⁸ Gürzumar, s.24; Ökçün, s.112.

Kamu düzeninin zaman bakımından değişken oluşunun bariz bir örneği kendi hukuk sistemimizde gerçekleşmiştir. Medeni Kanununun 1926'da yürürlüğe girmesinden önce, ülkemizde islami hukuk kurallarını içeren Mecelle uygulanmaktaydı. Mecelle'de bir erkeğin dört kadına kadar evlenmesine cevaz vardı. Medeni Kanun tek kadınla evlilik esasını getirmiştir. Günümüzde birden çok kadınla evlenme (poligami) imkanını kabul eden bir yabancı yasa, ülkemizin kamu düzenine aykırı düşer.⁸⁹

Türk Medeni Kanununun kabulü ile Türk kamu düzeni anlayışında önemli değişiklikler meydana gelmiştir. Tek kadınla evlilik esasının yanısıra, kişi haklarının korunması, boşanmanın yargı yoluyla gerçekleşmesi gibi genel esasların, Türk devletler özel hukukunda da kamu düzenini ilgilendiren hususlar olduğu ifade edilmektedir.⁹⁰ Kamu düzeni sadece yasama işlemleri yoluyla değişmez, temel ahlak kurallarının, kanunların dayandığı genel siyasetin zaman içinde değişmesiyle de kamu düzeninin içeriğinin değişmesi mümkündür. Örneğin belli bir emredici yasa hükmü, belli bir dönem boyunca, hukukun belli bir temel ilkesine dayandığı için, Anayasadaki belli bir temel hakka dayandığı için veya temel bir ahlak kuralına dayandığı için aynı zamanda kamu düzenine ilişkin bir hüküm olarak kabul edilirken, zaman içinde sözkonusu yasa hükmünün dayandığı; temel hukuk ilkesinde veya temel ahlak anlayışında meydana gelen değişimler sonucu artık o yasa hükmü, yasakoyucunun iradesinden bağımsız olarak, değiştirilmediği ya da yürürlükten kaldırılmadığı halde, artık kamu düzenini yansıtan veya kamu düzeninin bünyesinde cisimleştiği kural olma niteliğini fiilen kaybedebilir.⁹¹

Kamu düzeninin zaman içinde değişken oluşu, Fransız doktrininde Pillet tarafından "kamu düzeninin güncelliği" olarak isimlendirilmiştir. Hakim somut uyuşmazlığa ilişkin olarak ülkesinin dava anındaki kamu düzeni anlayışını dikkate alır.⁹² Kamu düzeni anlayışının bir uyuşmazlığın dava konusu olması ile hakim tarafından karara bağlanması arasında geçen

⁸⁹ Dayınlarlı, s.673; Çelikel, s.138.

⁹⁰ Ökçün, s.108; Gökyayla, s.28-29

⁹¹ Gökyayla, s.29.

⁹² Gökyayla, s.29.

süre içinde değişmesi mümkündür. Böyle bir durumda, prensip olarak hüküm zamanındaki kamu düzeni anlayışı hakim tarafından esas alınır.⁹³

2- Yer Bakımından Kamu Düzeninin Değişken Oluşu

Kamu düzeninin somut içeriğinin zaman bakımından olduğu gibi, yer bakımından da değişken olma özelliği vardır. Kamu düzeninin somut içeriği, ülkeden ülkeye, toplumdaki topluma farklılık göstermektedir.⁹⁴ Örneğin Suudi Arabistan hukuku uyarınca, bir erkek en fazla dört kadınla aynı anda evli olabilir. Buna karşın Türk hukukunda, halen evli olan bir erkeğin, ikinci defa bir kadınla evlenmesi mümkün değildir.⁹⁵ Bir başka örnek, kendi vatandaşı olduğu ülkenin hukukunda ırk esasına veya din esasına dayalı evlenme engeli bulunan bir kimse, kendisinden ırk olarak farklı olan veya farklı bir dine inanan başka bir kişiyle Türkiye’de evlenmek isterse, bu kişinin vatandaşı olduğu ülkenin evlenmeye ilişkin ırk veya din esasına dayalı engelleri Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğu için, kişinin vatandaşı olduğu ülkenin hukuku değil, Türk hukuku uygulanır ve bu kişi Türkiye’de kendisine göre farklı bir ırka veya dine mensup olan kişiyle evlenebilir.⁹⁶

3- Konu Bakımından Kamu Düzeninin Değişken Oluşu

Kamu düzeninin zaman ve yer bakımından değişken oluşu bütün yazarlar tarafından kabul edilmektedir.⁹⁷ Bazı yazarlar kamu düzeninin konu bakımından da değişken olduğunu ileri sürmüşlerdir.⁹⁸ Gürzumar’a göre kamu düzeni kavramının değişkenliği konu açısından da kendini göstermekte ve kamu düzenine aykırılığın her somut olayda ayrı ayrı tesbiti

⁹³ Nomer, s.172.

⁹⁴ Ökçün, s.110; Gökyayla, s.30.

⁹⁵ Ökçün, s.111; Çelikel, s.138.

⁹⁶ Çelikel, s.138; Altuğ/Yasan, s.148; Dayınları, s.662.

⁹⁷ Ökçün, s.112.

⁹⁸ Ökçün, s.112.

gerekmektedir. Bunun olağan sonucu olarak da, kamu düzenine aykırılık hallerini önceden tek tek sayarak kamu düzenini konu açısından sınırlamak mümkün değildir.⁹⁹

Kamu düzeninin konu bakımından değişken olduğunu öne süren yaklaşıma göre; hakimin her somut olay için kamu düzeni düşüncelerini ayrı ayrı gözönünde bulundurması gerekir. Kamu düzenini ilgilendiren belirli bir olayın bazı unsurları değiştiği takdirde, artık o olayın kamu düzenine ilişkin olma özelliği ortadan kalkabilir. Konuya ilişkin olarak şöyle bir örnek verilebilir: Müslüman bir Suudi Arabistanlı erkek birden çok kadınla evlidir. Birden çok kadınla evlilik (poligami) Türk kamu düzenine aykırıdır. Fakat Suudi Arabistanlı erkek ikinci ve üçüncü evliliklerini Türkiye’de değil, Suudi Arabistan’da yapmıştır. Bu durum doktrinde “kazanılmış hak” olarak nitelendirilmektedir. Kazanılmış hakların tanınmasında kamu düzeninin etkisinin daha sınırlı ve daha hafif olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, bir hukuk birimi içinde kazanılması kamu düzenine aykırı olan bir hak veya durum o hukuk biriminin dışında kazanıldığı takdirde, daha sonra aynı hukuk biriminde kamu düzenine aykırı sayılmayarak tanınabilir.¹⁰⁰ Ancak kazanılmış hakların tanınmasında kamu düzeninin hiç bir etkisi olmaması sözkonusu değildir. Bazı durumlarda kazanılmış bir hak kamu düzenine açıkça aykırı görülerek tanınmayabilir.¹⁰¹ Örneğimize dönersek, Türkiye dışında Suudi Arabistan’da üç kadınla evlenmiş olan Suudi Arabistanlı erkeğin bu evlilikleri kazanılmış hak olarak kabul edilip, kamu düzenine de aykırı sayılmayabilir. Kamu düzeni kazanılmış hakkın doğrudan kendisiyle değil kazanılmış hakkın doğuracağı sonuçla ilgilenir.

Bu evliliklere ilişkin olarak, Türk hakimi ikinci veya üçüncü karının nafaka taleplerini kabul etmelidir. Çünkü bizim hukukumuzda göre kamu düzenine açıkça aykırı olan poligami, somut olayda Türkiye’de değil daha önceki bir zaman dilimi içinde Suudi Arabistan’da gerçekleşmiştir. Burada sözkonusu olan kamu düzenine aykırılığın konusu poligamik evlilik değil,

⁹⁹ Gürzumar, s.25.

¹⁰⁰ Ökçün, makale, s.36-37.

¹⁰¹ Ökçün, makale, s.37.

artık karıların bu evlilikten doğan haklarıdır ki, bu durumda hakların kabul edilmemesi Türk kamu düzenine aykırı düşer. Bu örnekte artık kamu düzeninin konusunun değiştiği ifade edilmektedir.¹⁰²

Bu konuyla ilgili olarak verilen bir başka örnek; yabancı ülkede meydana gelmiş hukukî işlemle gerçekleştirilen boşanmalardır. Bu tür boşanmaların tespit davası yoluyla Türk hukuku bakımından da sonuç doğurması mümkündür.¹⁰³ Bu işleme ilişkin olarak kamu düzeninin müdahalesi düşünülebilir. Örneğin; bir Türk vatandaşı kadının, tek taraflı bir işlemle (tâlâk) kendi rızasına aykırı olarak, sadece kocasının iradesi doğrultusunda, yabancı bir ülkede boşanmanın gerçekleşmesi ve bu boşanmanın da Türk hukukunda sonuç doğurmasının talep edilmesi üzerine, Türk kamu düzeninin olumsuz etkisi devreye sokularak, sözkonusu boşanmanın Türk vatandaşı olan kadın aleyhine sonuç doğurması engellenebilir. Türk vatandaşı kadının, Türk mahkemelerinden infak ve iâşesi için gereken masrafı talep etmesi halinde yabancı koca, tâlâk işlemi öne sürse de, bu boşanma tanınmaz ve Türk vatandaşı olan karı lehine hüküm verilebilir.¹⁰⁴ Bu duruma karşılık, varsayalım ki, yine bir Türk vatandaşı kadın, tâlâk yoluyla ama kendi rızası da bu boşanma yönünde olarak, boşanmış olsa ve Türkiye’de bir başkasıyla evlenebilmek için daha önceki tarihte yabancı ülkede gerçekleşmiş olan tâlâk yoluyla boşanmanın Türkiye’de de tanınmasını istese, böyle bir durumda, Türk vatandaşı kadının arzusuna ve lehine bir tutum alınarak, artık kamu düzeni müdahale etmez ve boşanmanın Türk vatandaşı kadının nüfus siciline tescilinin yapılması yoluyla yeniden bir başkasıyla evlenebilmesi sağlanabilir.¹⁰⁵ Bu örnek bakımından da, kamu düzeninin konusunun değiştiği ifade edilmektedir.¹⁰⁶

Gürzumar’a göre yabancılık unsuru taşıyan boşanma davalarında yetkili yabancı hukuk hükümlerinin uygulanmasının kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edip etmediği hususu, taraflardan birinin Türk vatandaşı olup

¹⁰² Gökyayla, s.31.

¹⁰³ Gökyayla, s.31.

¹⁰⁴ Gökyayla, s.32.

¹⁰⁵ Gökyayla, s.32.

¹⁰⁶ Gökyayla, s.32.

olmamasına göre farklılık gösterir. Taraflardan birinin Türk vatandaşı olduğu bir boşanma davası, Türk toplumunun temel hukuki, ahlâki ve vicdani ilkelerini, dolayısıyla Türk kamu düzenini yakından ilgilendirecektir. Bu sebeple, böyle bir davada yetkili yabancı hukukun uygulanmasıyla oluşacak sonuçların kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturma olasılığı, tarafların ikisi de yabancı olan bir boşanma davasına göre daha fazla olacaktır.¹⁰⁷

Kamu düzeninin yer ve zaman bakımından değişken olmasının yanısıra “konu” bakımından da değişken olduğunu savunan görüşün dayanağı şudur: Kamu düzenini ilgilendiren bir olayın bazı unsurları değiştikten sonra, bu olay kamu düzenine ilişkin olma özelliğini yitirebilir. Bu sebeple, hakim her somut olayda kamu düzeni anlayışını ayrı ayrı değerlendirmek zorundadır.

Prensip şudur: Yabancı bir hukuk kuralının veya yabancı ülkede, yabancı hukuka göre yapılmış bir işlemin sırf soyut anlamda yapısının veya içeriğinin kamu düzeninin müdahalesine uğraması sözkonusu değildir. Yabancı hukuk kuralının uygulanmasının veya yabancı ülkede, yabancı hukuka göre yapılmış bir işlemin tanınmasının doğuracağı somut sonuçların Türk kamu düzenini tahammül edilemez bir biçimde ihlal etmesi aranır. Bu bakımdan kamu düzeni müdahalesinin gerçekleşebilmesi için yabancılık unsuru taşıyan ilişki veya olayın belirli bir ölçü içinde Türkiye ile ilişkisinin bulunması şarttır. Kural olarak, yabancı ülkede etkisini gösteren ve yabancı ülkede, yabancı hukuka tabi olarak yapılan işlemler Türk kamu düzeni müdahalesini gerektirmez. Ülke ile ilişki arttıkça, kamu düzeninin müdahale etme olasılığı da aynı oranda artar.¹⁰⁸

Kamu düzeninin “konu” bakımından değişken olduğunu savunanların verdikleri örnekler incelendiğinde, örnek olarak verilen somut olayların özelliklerinde veya unsurlarında farklılıklar olduğu görülür. Elbette bir olayın unsurlarıyla, benzer görünen bir başka olayın unsurları arasında doğal olarak önemli farklılıklar bulunabilir. Yabancılık unsuru taşıyan

¹⁰⁷ Gürzumar, s.38.

¹⁰⁸ Nomer, s.175.

olayda ve ilişkide taraflardan birinin Türk vatandaşı olması veya olmamasına göre Türk vatandaşını korumak için kamu düzeni müdahalesi duruma göre olabilir veya olmayabilir. Bir olasılık; taraflardan biri Türk vatandaşı olmasa bile, sonuçtan etkilenecek kişi Türk vatandaşı veya Türk toplumu olabilir ve bu durum dikkate alınarak kamu düzeni müdahalesi olabilir. Bazı durumlarda ise yabancı unsurlu olay veya ilişkinin ülke (Türkiye) ile hemen hiçbir bağlantısı olmamasına rağmen, doğacak sonuçlar, Türk hukukunun öyle esaslı, temel bir ilkesini zedeleme tehlikesi gösterir ki, Türk kamu düzeni müdahale eder. Ancak tüm bu durumlarda gerçekte değişen kamu düzeninin somut içeriği değildir. Kamu düzeninin somut içeriği karşısında değişmekte olan, birbirinden farklı unsurlar taşıyan somut olaylardır. Dolayısıyla belli bazı unsurları taşıyan bir olay taşıdığı en azından bir unsur sebebiyle kamu düzeninin müdahale alanı veya menzili içine girebilirken, benzer bir başka olay o unsuru taşımadığı için, kamu düzeninin müdahale alanı dışında kalabilmektedir. Ama bu husus, kamu düzeninin somut içeriğinin “konu” bakımından değişken olması anlamına gelmez. Sadece birbirine benzer somut olayların, birbirine benzemeyen yönleri olabileceği ve benzemeyen unsurlar sebebiyle, kamu düzeninin müdahale alanı içine girip girmemenin, olaydan olaya değişebileceğini gösterir.

H- Kamu Düzeninin Yazılı Olması ve Hakimın Takdir Yetkisi

Bu konuda öncelikle, kamu düzeni kurallarının tahdidi olmadığını öne süren görüşü ele almak gerekir. Ökçün'e göre, yetkili yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen kamu düzeni kaydı zaman, konu ve yer bakımından değişebilir. Bu durum ise, kamu düzeninin muhtevasını önceden sayarak kesin bir şekilde tesbit etmeyi imkansız kılar. Yazara göre, devletler özel hukuku alanında, yabancı hukukun kullanılmasının hangi durumlarda kamu düzenine aykırı olacağı hususu önceden kesin bir biçimde tesbit edilemez.¹⁰⁹ Doktrinde kamu düzeni kurallarının tahdidi şekilde

¹⁰⁹ Ökçün, s.98.

düzenlenmesini amaçlayan kodifikasyon çalışmalarının her zaman başarısızlıkla sonuçlandığı ifade edilmektedir.¹¹⁰

Kamu düzenine ilişkin kuralların tahdidi olması demek; yasakoyucunun kamu düzenine ilişkin olan somut durumları önceden tek tek belirlemesi ve sonrasında bu durumları yasa hükümleri haline getirmesidir. Böylece yasakoyucu kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilen durumları sınırlayıcı bir biçimde yasa yoluyla sayıp belirtecek, bir başka deyişle kamu düzenine ilişkin durumların hangileri olduğunu yasa hükümleri olarak düzenleyip açıkça belirterek sınırlayacaktır. Kamu düzenine ilişkin oldukları yasa hükümlerinde yasakoyucu tarafından açıkça belirtilen durumların dışında kalan bir durum hukuken kamu düzenine ilişkin olarak kabul edilemeyecektir. Kamu düzenine ilişkin durumların somut içeriğinin tek tek yasakoyucu tarafından açıkça belirlenip, yasa hükümleri yoluyla sınırlanması doğru bir yaklaşım olarak kabul edilemez. Çünkü kamu düzeninin kapsamına giren unsurlar ancak belli bir soyutluk derecesinde belirlenebilir ve kamu düzenine geniş sınırlar çizilebilir. Öte yandan, kamu düzenine ilişkin somut durumların tek tek sayılarak, hukuken sınırlanması mümkün değildir. Çünkü kamu düzeninin somut içeriği zaman içinde meydana gelen değişimler sonucu değişebilir. Bu sebeple hakime takdir yetkisi tanınmıştır.

Hakim her bir somut olayın koşullarıyla bağlantılı olarak Türk hukukundaki hangi emredici kuralların aynı zamanda kamu düzenine ilişkin olduğunu ve hangi emredici kuralların, kamu düzenine ilişkin olmadığını tespit etme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Hakim bu takdir yetkisini Medeni Kanun madde 4'e uygun olarak kullanmalıdır.¹¹¹

Yukarıda ele aldığımız hususların yanısıra ele alınması gereken önemli bir husus daha vardır. Hakim önüne gelen somut olaya ilişkin olarak, o somut olayla ilgili bir emredici yasa hükmünün aynı zamanda kamu düzenine ilişkin bir norm olup olmadığını saptama yönündeki takdir yetkisinin ötesine geçerek, yazılı ve yürürlükte olan bir emredici yasa

¹¹⁰ Altuğ/Yasan, s.143; Dayınlarlı, s.671-672.

¹¹¹ Altuğ/Yasan, s.143.

hükümünü değil de; yazılı olmayan bir kuralı kamu düzenine ilişkin olarak kabul ederek, doğrudan doğruya o yazılı olmayan kurala dayanarak kamu düzenine aykırılık kararı verebilir mi?

Doktrinde bu konuda iki farklı görüş öne sürülmüştür. Birinci görüş göre; yasa kurallarında ifadesini bulmamış, yazılı bir hukuk kuralı haline gelmemiş “Kamu Düzeni Kuralları” yoktur.¹¹² Borçlar Kanunu (BK) madde 19 gereğince, bir sözleşmenin konusu, yasanın çizdiği sınırlar içerisinde serbestçe belirlenebilir. Yasanın emredici hükümlerine aykırı olmamak, ahlaka aykırı olmamak veya kamu düzenine yahut kişilik haklarına aykırı olmamak koşuluyla tarafların yaptıkları sözleşmeler geçerlidir.

Hatemi’ye göre BK madde 20’de ahlaka yapılan atfa benzer bir atıf, kamu düzenine yapılmış değildir. Yazara göre Fransız Medeni Yasasının 6. maddesinde olduğu gibi BK madde 19’da da kamu düzenine ilişkin ve ihlâl edilmeleri kamu düzenine aykırı olan yasa kurallarından söz edilmektedir; yoksa yazılı hukuk kuralı haline gelmemiş kamu düzeni kurallarından değil. Dolayısıyla bir hukuki işlem, dar anlamı ile “hukuka aykırı” (=kanuna aykırı) değil ise, kamu düzenine de aykırı olmaz.¹¹³ Bir başka deyişle emredici yasa kuralları kapsayan küme ve kamu düzenine ilişkin emredici yasa kuralları kapsanan kümedir. Ahlaka aykırılıkta ise durum daha farklıdır. Ahlaka ilişkin yazılı hukuk kuralları olduğu gibi, BK madde 20 atfından anlaşılacağı üzere yazılı bir hukuk kuralı (yasa kuralı) haline gelmemiş ahlak kuralları da vardır.¹¹⁴ Tüm emredici yasa kuralları aynı zamanda kamu düzenine ilişkin olma özelliğini taşımazlar. Emredici yasa kurallarından sadece bir bölümü aynı zamanda kamu düzenine ilişkin olma özelliğini taşırlar. Ancak hangilerinin kamu düzenine ilişkin oldukları önceden belirlenmiş değildir, önceden belirlenmesi de mümkün değildir. Hangi emredici kuralın aynı zamanda kamu düzenine ilişkin olduğunu tespit etme yetkisi her bir somut olayda hakim in yetkisindedir.

¹¹² Hatemi, s.39.

¹¹³ Hatemi, s.39.

¹¹⁴ Hatemi, s.39.

Buna karşın doktrindeki ikinci görüşe göre eğer kamu düzenine ilişkin kurallar sadece yazılı-emredici kuralların alt kümesi ise bir başka deyişle yazılı olmayan kamu düzeni kurallarının varlığı mümkün değilse BK 19'da niçin sadece emredici yasa kurallarına aykırılık sebebi yer almayıp, ayrıca kamu düzenine aykırılık sebebi de yer almaktadır? Eğer kamu düzeni kurallarının hepsi, emredici-yazılı kuralların bir alt kümesi ise BK 19'da, ayrıca "kamu düzenine aykırılık" sebebinin yer alması gerekmez.¹¹⁵

Hakimin yazılı olmayan bir kamu düzeni kuralına dayanamayacağını savunan Hatemi'ye göre BK madde 19 ve BK madde 20. maddeler birlikte yorumlandıklarında, emredici ve yazılı yasa kuralları dışında kalan yazılı olmayan kamu düzeni kuralı sözkonusu olamaz.¹¹⁶ Hakim sadece emredici yasa kuralının aynı zamanda bir kamu düzeni kuralı olup-olmadığını tespit edebilir. Öte yandan Fransız Yargıtayının 4 Aralık 1929 tarihli bir kararında "kanunda yasaklanmış olmasa bile, bir sözleşme kuralı kamu düzenine aykırı olabilir." denmiştir. Hatemi'ye göre, kişilik hakları ve temel haklar kavramı Anayasa'da ve Türk Medeni Kanunu madde 23 ile Borçlar Kanunu madde 19'da tanınmış ve korunmuş olmasaydı ve iktisaden zayıf olanı güçlüye karşı koruma düşüncesi de "ahlâk" değil, kamu düzeni ile ilişkili görülseydi, açık yasa kuralları bulunmayan durumlarda hakimin sözleşme özgürlüğü alanına müdahalesini sağlamak ve iktisaden zayıf olanı korumak amacıyla "kamu düzeni" kavramını yazılı olmayan hukuk kuralları alanına taşımak, teorik açıdan doğru olmasa bile, uygulamada yararlı görülebilirdi. Ama temel haklar Anayasa'da yer alırken, kişilik hakları Medeni Kanunda (madde 23) ve Borçlar Kanununda (madde 19) korunurken, zayıf olanın korunması da, genel ahlak kavramı içinde kabul edilirken, yazılı hukuk kuralları dışına taşan bir kamu düzeni kavramına Türk Hukuku'nda gerek yoktur.¹¹⁷

Yazara göre 1961 Anayasasının 11. maddesi temel hak ve hürriyetlerin "kamu düzeni"nin korunması gibi amaçlarla ancak yasayla

¹¹⁵ Oğuzman/Öz, s.74 ve 111 no'lu dipnot; Köse, s.1283.

¹¹⁶ Hatemi, s.39-40.

¹¹⁷ Hatemi, s.40.

sınırlanabileceğini belirtmektedir ve bu ibare “yazılı olmayan kamu düzeni kuralı yoktur” ilkesini açıklamaktadır ve yine aynı madde bu sınırlamanın “Anayasa’nın sözüne ve ruhuna uygun olması” gereğini de ifade etmektedir.¹¹⁸ Sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan bir kuralın bulunduğunu, bir başka deyişle, somut olayda ileri sürülen veya hakimın görevinden ötürü, re’sen gözönünde tutacağı bir kamu düzeni kuralının varlığını belirlemek için de “Anayasa’nın sözünden ve ruhundan” çıkarılabilen ölçütleri kullanmak gereklidir. Yazara göre bu husus kabul edilmedikçe, Anayasa’nın üstünlüğü ilkesi de ancak sözde kalacaktır.¹¹⁹

Bu konuyla ilgili olarak öncelikle şu hususu açıklığa kavuşturalım; kamu düzeninin kapsamı içine çeşitli unsurlar girdiği kabul edilmektedir. Temel hukuk ilkeleri, temel ahlak ilkeleri, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlükler, Türk kanunlarının dayandığı genel siyaset, toplumun iktisadi düzeni gibi.¹²⁰ Bu unsurların bir bölümü Anayasa’da belli maddeler halinde cisimleşmiştir. Örneğin 1982 Anayasasının 2. maddesinde yer alan Cumhuriyetin nitelikleri gibi. Buna karşın doğrudan doğruya yazılı bir hukuk normu formunda olmayan unsurlar da mevcuttur. Kamu düzeninin kapsamını oluşturan bu tipteki unsurların her biri, yazılı hukuk normlarının esin kaynağını oluşturmaktadır. Hakim kamu düzeninin kapsamını oluşturan bu tipteki unsurları doğrudan doğruya kullanamaz. Ancak somut bir olayla ilgili olarak bir emredici yasa kuralının aynı zamanda bir kamu düzeni kuralı olup olmadığını belirlerken, bu unsurları ölçüt olarak kullanabilir.

Medeni hukuk doktrininde yazarlar, emredici yasa hükümlerini bu kuralların konuluş amaçlarına göre tasnif etmektedir. Medeni hukuk doktrininde üçlü veya dördümlü ayrımlar yapılmaktadır. Üçlü ayırım uyarınca emredici yasa hükümlerinin alt kategorileri: a- Kamu düzenine ilişkin hükümler, b- Genel ahlaka ilişkin hükümler, c- Zayıfların korunması¹²¹ veya

¹¹⁸ Hatemi, s.41. 1982 Anayasasında bu maddenin karşılığı olan madde, 13. maddedir.

¹¹⁹ Hatemi, s.41-42.

¹²⁰ Gökyayla, s.27-28.

¹²¹ Edis, s.157-161.

a- Kamu düzenine ilişkin hükümler, b- Genel ahlaka ilişkin hükümler, c- Kişiliğin korunmasına ilişkin hükümler.¹²²

Dörtlü ayırım uyarınca emredici yasa hükümlerinin alt kategorileri: a- Kamu düzenine ilişkin hükümler, b- Genel Ahlaka ilişkin hükümler, c- Şahsiyet haklarına ilişkin hükümler, d- Zayıfların korunmasına ilişkin hükümler.¹²³ Bilge, daha farklı bir yaklaşım sergileyerek, kamu yararının korunması, genel ahlak ve adabın korunması ve zayıfların korunması alt kategorilerini kamu düzeninin kapsamını oluşturan unsurlar olarak nitelendirmektedir.¹²⁴

Doktrindeki ağırlıklı yaklaşım, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu bakımından, genel ahlaka ilişkin hükümleri ve şahsiyet haklarına ilişkin hükümleri “kamu düzeninin kapsamı dışında kabul etmektedir.”¹²⁵ Buna karşın zayıfları koruma amacını güden kuralların çoğu kez kamu düzeni ve genel ahlakla da ilişkili olduğu ifade edilmektedir.¹²⁶ Hatemi’ye göre şahsiyetin korunması düşünceleri ahlak ve kamu düzeni kavramları ile ilişkilidir.¹²⁷

Yukarıda açıkladığımız Medeni Hukuk doktrininin yaptığı tasnifler uyarınca genel ahlak, kamu düzeninin kapsamı dışında kabul edilmektedir. Aynı şekilde şahıs haklarını koruyan hükümler de kamu düzeninin kapsamı dışında değerlendirilmektedir. Bazı yazarlar zayıfların korunmasını ayrı bir başlık altında incelerken, diğer bazıları da zayıfların korunmasını, şahıs haklarının korunması kategorisi içinde kabul etmektedir.¹²⁸

¹²² Hatemi, s.37-54; Eren, s.288.

¹²³ Oğuzman/Öz, s.74; Oğuzman/Barlas, s.69; Oğuzman, s.65-66.

¹²⁴ Bilge, s.61-63. Bilge’ye göre, zayıfların korunması derinliğine incelendiğinde, bu tip hükümler sonuç olarak genel ahlakı veya kamu yararını koruma amacına yönelmiştir. Bilge, s.62.

¹²⁵ Oğuzman/Öz, s.74; Oğuzman/Barlas, s.69; Oğuzman, s.65; Eren, s.288; Hatemi, s.37-54

¹²⁶ Oğuzman/Barlas, s.69; Oğuzman/Öz, s.74; Oğuzman, s.66.

¹²⁷ Hatemi, s.54.

¹²⁸ Eren, s.289; Hatemi, s.37-56.

Geleneksel kamu düzeni anlayışı uyarınca kamu düzeni temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmak için siyasi iktidar tarafından kullanılan bir sebep, bir gerektirir. (Yasakoyucu kamu düzenine sebebine dayanarak temel hak ve özgürlükleri sınırlandırabilir. Elbette modern Anayasalarda dolayısıyla 1961 ve 1982 Türk Anayasalarında da, temel hak ve özgürlükleri sınırlamak için yasakoyucunun dayanabileceği, kamu düzeninin yanısıra başka sınırlama sebepleri de mevcuttur.) Nisbeten daha yeni sayılabilecek bir yaklaşıma göreyse; kamu düzeni, sadece yasakoyucu tarafından toplum için büyük öneme sahip olduğu ileri sürülen belli bir kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla temel hakların sınırlanma gerekçesi olarak değil, temel hakların korunmasını sağlayan, insan onurunun korunmasına hizmet eden bir kavram olarak nitelendirilmektedir.¹²⁹ BK madde 19 uyarınca kişiliğin korunması güvence altındadır. İnsan onurunun korunması da kişiliğin korunması kapsamı içinde düşünüldüğünde BK 19 ve MK 23. maddeler yoluyla korunmaktadır.¹³⁰ Zayıfların korunması BK 19’da yer alan genel ahlak sebebine dayandırılabilir gibi, medeni hukuk doktrinindeki bazı yazarların yaptığı gibi kişiliğin korunması kapsamı içinde de düşünülebilir. Temel hakların korunması hususunda özel hukuk hakimi doğrudan Anayasanın emredici nitelikteki temel hak normlarına dayanabilir. Çünkü Anayasa tüm kişileri ve kurumları dolayısıyla yargı organlarını da bağlar. Zayıfların korunmasına ilişkin olarak özel hukuk hakimi, doğrudan Anayasa madde 2’ye dayanabilir. Bu madde uyarınca Türkiye Cumhuriyeti Devleti Sosyal Hukuk devletidir. Açıkça görüldüğü üzere temel hakları, insan onurunu, kişilik haklarını korumak amacıyla hakimin BK 19’daki kamu düzeni sebebine başvurmasına gerek kalmamaktadır. Hakim, tüm bu konularda, doğrudan doğruya Anayasadaki, Medeni ve Borçlar kanunundaki emredici hükümlere dayanabilir. Genel ahlaka aykırılık sebebi de zaten BK madde 19 ve 20’de ayrıca yer almaktadır. Dolayısıyla, hakimin BK 19. maddedeki kamu düzenini gerçekten kullanmaya ihtiyaç duyabileceği bir tek

¹²⁹ Gözler, s.421.

¹³⁰ Ayrıca 1982 Türk Anayasasının başlangıç kısmında; 6. paragrafı uyarınca her Türk vatandaşının onurlu hayat sürme hakkı olduğu belirtilmektedir. Anayasa başlangıcı da Anayasanın 176.maddesi uyarınca Anayasa metnine dahil olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla bağlayıcılığı vardır.

konu geriye kalmaktadır: Geleneksel kamu düzeni anlayışının göstereceği fonksiyon. Daha önce belirttiğimiz üzere geleneksel kamu düzeni anlayışı, siyasi iktidarın kendi görüşüne, tercihine göre, önemli olarak nitelendirdiği, topluma büyük yararı olacağını düşündüğü konularda, bu yararın sağlanabilmesi amacıyla temel hak ve özgürlükler üzerinde sınırlamalar yapmasıdır.

Dolayısıyla geleneksel kamu düzeni anlayışıyla, temel hakları sınırlama fonksiyonu yasakoyucular tarafından yapılagelmektedir. Günümüzün modern, liberal, demokratik hukuk devletlerinde yasakoyucunun kamu düzeni sebebiyle (veya Anayasada yer alan diğer sınırlama sebeplerine dayanarak) temel hak ve özgürlüklere sınırlamalar getirmesi de çeşitli sınırlamalara tabidir. İşte BK 19. maddede yer alan kamu düzeni sebebinin gerçekten kullanılabilmesi tek seçenek münhasıran parlamentoya ait olan temel hakları sınırlama fonksiyonudur. BK 19. madde bağlamında hakimın kamu düzenini gerçekten kullanabileceği tek fonksiyon (seçenek) aslında sadece yasama organına ait bir yetki olan, temel hakları geleneksel anlamda kamu düzenine dayanarak sınırlamadır.

Hakimin gerçekte yasama organına ait olan bu yetkiyi kullanarak üstelik yazılı-emredici nitelikteki hukuk kurallarına dayanmadan, kendi şahsi kanaatine göre tespit edeceği yazısız kamu düzeni kurallarına dayanarak sınırlayabilmesi imkanını kabul etmek mümkün değildir. Sözleşme özgürlüğü Anayasada sosyal ve ekonomik haklar kategorisi içinde yer alan bir temel haktır (Anayasa madde 48). Hakimin yukarıda açıkladığımız üzere BK 19. maddede yer alan kamu düzeni sebebinin kullanmaya gerçekten ihtiyaç duyabileceği tek konu, tek seçenek, kamu düzeninin geleneksel kullanılış biçimidir. Geleneksel kullanılış biçimi ise yasakoyucunun kendisine göre, önemli olarak takdir ettiği belli bir kamu yararını sağlamak üzere temel hakka yasa yoluyla sınırlama getirmesidir. Kuralın kamu düzenine ilişkin olmasının sebebi, alelade bir kamu yararını hedeflemenin ötesinde, büyük önemde olan bir kamu yararını hedeflemesi ve doğrudan kamu yararını hedeflemesidir. Hangi konunun büyük öneme sahip olduğunu takdir etmek ise siyasi bir fonksiyondur ve güçler ayrılığı ilkesi gereğince

yasama organına aittir. Yasama organı da bu yetkiyi usulüne uygun olarak yürürlüğe koyduğu yasa ile yani yazılı hukuk normuyla yapabilir. Sonuç olarak hakim BK 19. madde bağlamında herhangi bir yazılı olmayan kuralı kamu düzenine ilişkin olarak kabul ederek, somut olayda, bireylerin Anayasanın 48. maddesinde yer alan sözleşme-özgürlüğü temel hakkına sınırlama getirmemelidir.

1- Kamu Düzeni ve Temel Haklar

Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler devletler özel hukuku doktrininde; Türk kamu düzeninin kapsamını oluşturan unsurlardan birisidir.¹³¹ Yabancı yasanın somut uyumsuzluğa uygulanmasıyla meydana gelen bir temel hak ihlâli, kamu düzeni müdahalesine yol açar. Türk Mahkemesi yabancı yasayı uygularken bu yasa hükümlerinin Anayasada yer alan temel haklara uygunluğunu göz önünde bulundurmak zorundadır.¹³² Ancak Nomer'e göre, yabancılık unsuru taşıyan bir hukuki ilişkide temel hakların konumu, yabancılık unsuru taşımayan hukuki ilişkilere göre daha farklıdır. Yabancılık unsuru taşımayan bir hukuk olayında bir kuralın uygulaması temel hakkı ihlal ederken, yabancılık unsuru taşıyan bir olayda benzer bir kuralın uygulanması temel hak ihlali oluşturmayabilir. Anayasal bir hakkın, bir yabancı için, bir Türk vatandaşına nazaran daha farklı bir etkileme kuvvetine sahip olacağı gözönünde tutulmalıdır. Bunun yanında bir temel hak, niteliği itibariyle Anayasanın uygulama alanı içinde yer alan yaşam düzeni ile belirli bir ilişki yoğunluğunu da gerektirir. Bu ilişkinin konumu dikkate alınmaksızın, temel bir hakkın yabancılık unsuru taşıyan bir hukuki ilişkiye sınırsız biçimde uygulanması, yabancıya ihtiyacı ve gereği olmayan anayasal bir korunma sağlanması sonucunu doğurabilir.¹³³ Eğer yabancılık unsuru taşıyan bir davanın taraflarından biri Türk vatandaşı ise, Türk vatandaşının temel hakkını ihlal eden yabancı hukuk kuralının aynı

¹³¹ Gökyayla, s.27; Gürzumar, s.22; Çelikel, s.142; Ruhi/Kaplan, s.644; Akıncı, s.203,288; Şanlı, s.206.

¹³² Nomer, s.172.

¹³³ Nomer, s.172-173.

zamanda Türk kamu düzenine aykırılık oluşturacağını söylemek mümkündür.

Nomer'e göre bir yabancıнын hangi hukuki ilişkilerde ve ne ölçüde Türk Anayasasında yer alan bir temel hakkın korunması altında kabul edileceği, genel bir kurala bağlanamaz. Konuyla ilgili temel hak normunun lafzı ve ruhuyla yorumlanması yoluyla, bir yabancıнын bu temel hak normunun hangi ölçüde korunması altında olduğu tespit edilir.¹³⁴

Çelikel'e göre, Türk Anayasasında yer alan temel hak ve özgürlüklerin özünü ortadan kaldıran ve kanun önünde eşitlik esasına aykırı yabancı yasa, kamu düzeni engellemesi ile karşılaşır. Örneğin ırk ve din esasına dayalı evlenme engelleri getiren yabancı kanun Anayasaya aykırıdır. Böyle bir yasa aynı zamanda kaynağını Anayasadan alan kamu düzenine de aykırıdır.¹³⁵ Kanaatimizce, Çelikel'in temel haklara ilişkin getirdiği, temel hakkın özünü ortadan kaldırma ölçütü, kamu düzenine aykırılık eşliğini (çıtasını) aşırı yükselten bir ölçüttür. Çünkü temel hakkın özünün ortadan kaldırılması demek, temel hakkı ortadan kaldırmak veya tanımamak, inkar etmek anlamına gelir. Kamu düzeninin müdahale etmesi, yabancı kanunun bir temel hakkın özünü ortadan kaldırması önkoşuluna bağlanır ise, yabancı bir kanunun temel hakların üzerinde yol açabileceği ağır ihlaller bile önlenemez hale gelir. Bu sebeple kamu düzeni müdahalesi için temel hakkın özünün ortadan kaldırılması koşulunu getiren Çelikel'in görüşü kabul edilemez.

Eğer yabancılık unsuru taşıyan olay veya ilişkilerde, taraflardan birinin Türk vatandaşı olmasına veya yabancı ülke vatandaşı olmasına göre temel hak korumasının farklı olması gerektiği yönündeki görüş¹³⁶ kabul edilirse, Türk yargıcın uygulanacak yabancı hukuk kuralının, temel hakkı ihlal ettiği; dolayısıyla Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle kamu düzeni müdahalesini devreye sokarken, Türk vatandaşının temel hakkı sözkonusu olduğunda müdahale eşliğini, yabancıya göre nisbeten daha

¹³⁴ Nomer, s.173.

¹³⁵ Çelikel, s.142-143.

¹³⁶ Nomer, s.172-173.

alçakta tutması gerektiği söylenebilir. Ancak Türk Anayasasında yer alan bir temel hakka yönelik ağır bir ihlal, etkilenen kişi yabancı ülke vatandaşı olsa dahi, Türk kamu düzenine aykırılık teşkil eder.

MÖHUK madde 5 uyarınca yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, yabancı hukukun uygulanmayacağını öngörmektedir. Dolayısıyla MÖHUK madde 5 hükmünü de gözönünde tutarak; Türk Anayasasında yer alan bir temel hakka yönelik açık (bariz) bir aykırılığın, aynı zamanda Türk kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturduğu söylenebilir. Bunun yanısıra Türk Anayasasının temel prensiplerine açıkça aykırı olan bir yabancı hukuk kuralının aynı zamanda Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğu ifade edilebilir.

Uygulanacak yabancı hukuk kuralının Türk Anayasasına aykırılığı sebebiyle, davanın taraflarından birinin davada uygulanan yabancı hukuk kuralının Türk Anayasasına aykırı olduğu yönündeki itirazının hakim tarafından ciddi bulunması veya davaya bakan hakimin sözkonusu yabancı kuralın Türk Anayasasına aykırılığına re'sen kanaat getirmesi sebebiyle, hakim Anayasa Mahkemesinin vereceği karara kadar davayı geri bırakırsa (Anayasa madde 152), böyle bir durumda Türk Anayasa Mahkemesinin yabancı kanunu Anayasaya aykırılık denetimine tabi tutma yetkisi olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır.¹³⁷ Bu konuyu bu makale içinde ele almayacağız.

IV- KAMU HUKUKUNDA KAMU DÜZENİ

A- Genel Olarak

¹³⁷ Çelikel, s.143; Nomer, s.173-174; Aybay/Dardağan, s.118-124; Dayımları, s.665;Rona Aybay, “Türk Mahkemesince Uygulanacak Yabancı Yasanın Anayasaya Aykırılığı Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi; Yıl:17, Sayı:54, Eylül/Ekim 2004, s.139-145.

Anayasa ve İdare hukuku doktrinde genel olarak kamu düzeninin kapsamının üç unsurdan oluştuğu kabul edilmektedir. Kamu güvenliği, kamu sağlığı, kamu esenliği (kamu huzuru veya kamunun dirliği ve dinginliği).¹³⁸

İdare hukuku alanında, kolluk faaliyetlerinin amacının kamu düzeni (âme nizamı, ordre public)'nin korunması olduğu ifade edilmektedir.¹³⁹ Kamu düzeni klasik olarak idarenin yasal çerçevede alabileceği tedbirlerin amaçlarıyla tanımlanmaktadır. Bu amaçlar, kamunun maddi düzeninin, kamu güvenliğinin ve kamu sağlığının korunmasıdır. Bu unsurları yoluyla kamu düzeni, bir yandan her toplumun asgari birlik ve uyum koşulu ve öte yandan siyasal iktidarın varlık sebebidir.¹⁴⁰ Tanör'e göre, kamu düzeni üzerine söylenecek ilk söz, tıpkı kamu yararı kavramı gibi, bu kavramın da belirsiz (müphem) oluşu, içeriğinin (muhtevasının) önceden belirlenemezliği ve tarif edilemezliğidir. Yazara göre, bunun sebebi, kamu düzeni kavramının hukuki esaslardan ziyade, sosyal faktörlere bağlı olarak kalması, bu faktörlerin uğradıkları değişime göre içerik kazanmasıdır.¹⁴¹

Buna karşın, kamu düzeni kavramı, içeriği bakımından değişken ve görelî (nisbi) olmasına rağmen, yine de değişmeyen bir leitmotiv özünde yer alır. Bu da, toplum yaşamı içinde maddi bir karışıklığın, kargaşanın olmaması, kaba kuvvetin, şiddetin, kaos ve anarşinin hüküm sürmemesi, aksine toplum yaşamında belli bir düzenliliğin ve barış durumunun hakim olmasıdır. Kamu düzeninin klasik ve değişmeyen anlamını bu husus oluşturur.¹⁴² Yazara göre, karışıklık veya kaos kavramlarına verilecek olan anlam, barış ve sükundan anlaşılacak olan anlam, ülkeden ülkeye, toplumdaki topluma değişebilir veya aynı toplumda zaman içinde bu kavramlara verilen anlam değişebilir. Ancak "kamu düzeni" kavramıyla ifade edilmek istenen husus hep aynı olacaktır: Toplum yaşamının devamlılığı için gerekli olan

¹³⁸ Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s.134 -138; Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s.93-94; Uygun, s.126; Yayla, s.52-53; Tanör, s.138; Günday, s.261-262; Gözübüyük/Tan, s.712-713; Giritli/Bilgen/Akgüner, s.745-748; Atalay, s.124-125; Anayurt, s.166; Kıratlı, s.32-34; Duran, s.254-255.

¹³⁹ Gözler, s.418; Kıratlı, s.32.

¹⁴⁰ Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s.134.

¹⁴¹ Tanör, s.137.

¹⁴² Tanör, s.137-138.

minimum (asgari) yaşamsal temelin (minimum vital), bunu sağlayan belli bir siyasi ve sosyal hukuk düzeninin, düzensizliklere karşı korunması.¹⁴³ Kaboğlu'na göre de, kamu düzeni, bir insan grubunun gerçek anlamda bir toplum olarak yaşamasına imkan sağlayan iç barıştır. Asgari huzur, herkese özgürlüklerden faydalanma güvencesi sağlar. Bir taraftan, kamu düzeninin unsurları, kolluk makamlarının müdahale alanlarının sınırlarını belirler. Kolluk gücü, ancak toplumun dirliği, dinginliği, huzuru, güvenliği ve sağlığı unsurlarında somutlaşan “olağan” düzeni korumak amacıyla harekete geçebilir. Yazara göre bu unsurlar, kamunun “maddi” düzenini ifade eder. Kamu düzeni kavramının üç özelliği vardır. Maddi olması, kamusal ve sınırlı (dirlik, güvenlik ve sağlık) olması. Öte yandan, kamu düzeninin bozulması veya buna yönelen tehditler, idari kolluk işlemlerinin gerekçesini oluşturur.¹⁴⁴

B- Kamu Düzeninin Unsurları

1- Kamu Güvenliği

Kamu düzeninin kapsamını oluşturan unsurlardan güvenlik, eski mevzuatta “emniyet” veya “emniyet ve asayiş” terimleriyle ifade edilen, kişilerin umumi veya umuma açık olan mekanlarda saldırıya, zorlamaya, itilip kakılmayla, kazayla veya engellemelere (durdurulma, bekletilme veya alıkonma) karşılaşmadan bulunmaları veya dolaşabilmeleri, can ve malları için hiçbir zaman endişe duymamaları ve bu yönde inanç ve kanaate sahip olmalarıdır.¹⁴⁵ Bir başka deyişle topluma, kişilere, eşyaya tehdit oluşturan tehlikelerin veya kazaların mevcut olmaması anlamına gelir.¹⁴⁶

Trafik tedbirleri; trafik kanunundaki can ve mal güvenliğini sağlayan trafik kuralları, iş kazalarının önlenmesine yönelik tedbirler, kişi güvenliği ve konut dokunulmazlığının sağlanması için alınan önlemler, binaların

¹⁴³ Tanör, s.138.

¹⁴⁴ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s.93-94.

¹⁴⁵ Duran, s.254; Yayla, s.52.

¹⁴⁶ Kıratlı, s.34.

yanma veya yıkılmasına karşı alınan tedbirler, yıkılmaya yüz tutmuş binalar için alınan tedbirler, hep bireylerin can ve malları için endişe duymadan yaşayabilmesi için alınmış tedbirler olarak kamu düzeninin güvenlik unsuruna ilişkindir.¹⁴⁷

Kıratlı'ya göre güvenlik unsuru, devletin komplolara karşı korunmasından, kazaların önlenmesine kadar bütün toplum yaşamını kapsar.¹⁴⁸ Tanör, isyan, ihtilal, komplo, fesat çıkarma ve her türlü şiddet eyleminin, kamu huzur ve sükununun bozulması durumlarına gösterilebilecek en iyi örnekler olduğu görüşündedir. Dolayısıyla Tanör, isyan, ihtilal, komplo gibi eylemleri kamu güvenliğinin kapsamı içinde değil, kamu esenliğinin (kamunun maddi düzeni, kamu dirliği ve dinginliği) kapsamı içinde görmektedir.¹⁴⁹ Tanör'ün bu görüşünden hareketle, Kaboğlu ülke dışından ülkeye yönelen tehditler dışında, ulusal güvenlik kavramının da kamu düzeni kavramı çerçevesinde düşünülebileceğini ifade etmektedir.¹⁵⁰ Öte yandan biraz daha farklı bir yaklaşıma göre, kamu düzeninin unsurlarından birisini oluşturan kamu güvenliğinin en geniş anlamda, devletin ve devlet kuruluşlarının temel unsurlarını güvence altına aldığı görüşünden hareketle, kamu düzeninin kapsamına, Anayasa ve devlet düzeninin anarşiye, iç ve dış saldırılara karşı korunmasının da dahil olması sözkonusudur.¹⁵¹ Böylece kamu güvenliği unsurunun geniş biçimde yorumlanmasıyla, kapsamı önemli ölçüde genişletilmekte ve kamu güvenliği bireyin veya birey gruplarının can ve mal güvenliğinin sağlanması çerçevesi dışına çıkarak, Anayasa ve devlet düzeninin de korunması anlamına gelmektedir. Ayrıca, devlete yönelik iç saldırıların yanısıra dış saldırılara karşı korunmanın da, kamu güvenliği kapsamında düşünülmesi durumunda ulusal güvenlik kavramıyla, kamu düzeni kavramı arasında nasıl bir fark kalacağı sorulabilir. Bu yaklaşım karşısında, kamu düzeni kavramıyla, ulusal

¹⁴⁷ Günday, s.262; Onar, İkinci cilt, s.1109; Gözübüyük/Tan, s.712; Atay, s.521-522; Giritli/Bilgen/Akgüner, s.746.

¹⁴⁸ Kıratlı, s.34; Gözübüyük/Tan, s.712.

¹⁴⁹ Tanör, s.138.

¹⁵⁰ Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s.135 ve 81 no'lu dipnotu.

¹⁵¹ Atalay, s.125.

(milli) güvenlik kavramının, her ne kadar kamu düzeninin, ulusal güvenliğin iç güvenlik olarak tanımlanan yönüyle benzerliği olsa da, özdeş kavramlar olmadıkları ifade edilmektedir.¹⁵²

Akgüner'e göre bu iki kavram arasındaki fark, ulusal (milli) güvenliğin iç güvenliği ilgilendiren kısmı ile kamu düzeni arasındadır. Yazara göre iç güvenliği bozan her olgunun, kamu düzenini de bozduğu söylenebilir de, kamu düzenini bozan her olgunun ayrıca ulusal güvenliği de bozduğu, pek kolaylıkla söylenemez. Kamu düzenini bozan bir olgunun ayrıca ulusal güvenliği de bozabilmesi için birtakım ek ve fazladan koşulların da gerçekleşmesi gerekir. Bu koşulların neler olduğunu her zaman için kolaylıkla söylemek ve somut olarak saymak mümkün değildir.¹⁵³ Kamu düzeni bir ülkede yaşayan halkın günlük yaşantısının, güvenlik, sağlık ve sükûn içinde devam edebilmesi için alınan tedbirlerin bütünü ve gerekli koşulların oluşturulması anlamına gelir. Ulusal güvenlik ise yalnız halkın değil, ülkenin ve yerleşmiş düzenin devamını sağlayan üst düzeyde siyasi nitelikte olan bazı tedbirlerin alınmasını gerektirir. Bu sebeple, ulusal güvenlik kavramı kapsam bakımından, kamu düzeni kavramına göre daha geniş kapsamlı olan; siyasi, ekonomik ve hukuki yönleri bünyesinde barındıran bir kavramdır.¹⁵⁴ Yazara göre, kamu düzeni ile ulusal güvenlik arasındaki bir başka farklılık da, zaman ve yer açısından mevcuttur. Kamu düzenini bozucu nitelikteki faaliyetler genellikle geçici bir süre için ortaya çıkar ve süreklilik göstermez, buna karşın ulusal güvenliği bozan nitelikteki faaliyetlerin ise genellikle daha uzun süre devam eden, ülke içinden ve dışından gelebilen tehlikeler ve eylemler olarak nitelendirilebilir. Yer açısından farklılık ise, kamu düzenini bozan faaliyetlerin genellikle belli bir yörede, bölgede gerçekleşen sadece o bölgeyi ilgilendiren nitelikte eylemler olurken, ulusal güvenliği bozan faaliyetlerin, genellikle devletin bir bütün olarak varlığını ve ülkeyi ilgilendiren, fiilen sadece bir bölge içinde gerçekleşse bile, tüm ülke halkını etkileyen, yoğun, siyasi, üst düzeyde gerçekleşen ve amacı siyasi, sosyal ve ekonomik düzeni ortadan kaldırmaya

¹⁵² Uygun, s.126.

¹⁵³ Akgüner, s.69-70.

¹⁵⁴ Akgüner, s.70.

yönelik olan faaliyetlerdir.¹⁵⁵ Dolayısıyla, kamu düzeni bir ülkede günlük yaşama egemen olan ilkeleri, kuralları, kişilerin, uyması zorunlu olan sistemi ifade ederken, ulusal güvenlik ise devletin varlığını, ülkesel ve ulusal bütünlüğünü, halkın yaşamını, anayasal planda sosyal yapıyı, sistemi ilgilendirir. Bu sebeple kamu düzenini (kamu güvenliğini) bozan faaliyetler genellikle olağan hukuk düzeninin öngördüğü kurallar yoluyla önlenabilir. Ulusal güvenliği bozan faaliyetler ise genellikle olağanüstü hukuki rejimlerin uygulanmasına yol açar.¹⁵⁶

2- Kamu Sağlığı

Kamu sağlığı veya genel sağlığın korunması, bireylerin bulaşıcı ve salgın hastalıklara karşı korunması ve toplumun uygun sağlık koşulları içinde tutulmasıdır.¹⁵⁷ Kamu sağlığı, toplumun salgın hastalıklardan uzak yaşaması demektir.¹⁵⁸ Kamu düzeninin bir unsuru olan kamu sağlığını tıbbi bakım ve tedavi görme ile karıştırmamak gerekir. Kamu sağlığı ile kastedilen hastalıkların önlenmesidir. Bir başka deyişle kolluk faaliyeti çerçevesinde olan “kamu sağlığı”, toplumun bütününe tehdit eden bulaşıcı, salgın hastalıklarla mücadele anlamını taşır.¹⁵⁹ Kamu sağlığının anlamı, bireylerin teker teker yakalandıkları hastalıkların tedavi edilmesi değil, toplumun bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan korunması ve toplumun uygun sağlık koşulları içinde tutulmasıdır.¹⁶⁰ Örneğin, suların, her türlü yiyecek ve içecek maddelerinin denetimi,¹⁶¹ kanalizasyon veya fosseptik yaptırılması için alınan önlemler,¹⁶² sivrisineklere karşı ilaçlama yoluyla mücadele edilmesi, bataklıkların kurutulması, insan sağlığını bozan mikroplara karşı korunma amacıyla bireylerin aşılınması gibi tedbirlerin yanısıra örneğin

¹⁵⁵ Akgüner, s.70.

¹⁵⁶ Akgüner, s.71; Uygun, s.127.

¹⁵⁷ Kaboğlu, Kollektif Özgürlükler, s.135; Gözübüyük/Tan, s.713.

¹⁵⁸ Yayla, s.52; Günay, s.262-263.

¹⁵⁹ Atay, s.523; Yayla, s.52; Günay, s.262.

¹⁶⁰ Duran, s.255.

¹⁶¹ Günay, s.262, Atay; s.523.

¹⁶² Giritli/Bilgen/Akgüner, s.746.

insandan insana kolayca bulaşabilen ve ölümcül etkisi olan bir virüs türünün toplum içinde bireyden bireye yayılmasını önlemek üzere, seyahat özgürlüğüne getirilecek sınırlamalar¹⁶³ kamu sağlığının (genel sağlık) kapsamı içine girer. Genel sağlığın korunmasına yönelik tedbirler, insanlar ve hayvanlar üzerinde uygulandığı gibi, taşınır veya taşınmaz eşyalar üzerinde de uygulanabilir.¹⁶⁴

Kamu sağlığı gerekçe gösterilerek, kamu makamlarının bireylerin özel faaliyet alanlarına sızdıkları ifade edilmektedir.¹⁶⁵ Buna istinaden Atalay, kamu sağlığının yeterince sağlanmadığını öne süren kamu makamlarının keyfi ve ayrımcı uygulamalarda bulunabileceklerini ifade etmektedir.¹⁶⁶ Yazarın bu konuya verdiği örnek; toplantı düzenlenecek olan bir binada kamu makamlarının bir kusur bulmaları (yangın yönetmeliğine aykırılık) gibi ve kamu sağlığının tehlikede olduğu gerekçesiyle toplantıyı ertelemeleridir.¹⁶⁷ Bu örnekle ilgili olarak öncelikle şunu belirtmek gerekir; örneğin konusunu oluşturan yangın tehlikesi, kamu sağlığı unsurunun kapsamına değil, kamu güvenliğinin kapsamı içine girer. Kamu makamlarının yangın yönetmeliğine aykırılık sebebiyle toplantıyı engellemeleri somut olayın koşullarına göre değerlendirilir. Öncelikle ortada gerçekten önemli bir yangın tehlikesi mevcut olmalıdır, bunun yanısıra sözkonusu işlem ölçülülük ilkesine uygun olarak yapılmalıdır. Ayrıca kamu makamlarının önemsiz, tehlikesiz bir kusuru bahane ederek toplantının yapılmasına engel olmaya çalışmaları, yapılan idari işlemi yetki saptırması sebebiyle sakatlar.

3- Kamu Esenliği

¹⁶³ Yayla, s.52; Atay, s.523.

¹⁶⁴ Kıratlı, s.34; Günday, s.263.

¹⁶⁵ Livet, s.40'dan aktaran Kaboğlu, Kollektif Özgürlükler, s.135.

¹⁶⁶ Atalay, s.125.

¹⁶⁷ Atalay, s.125; Tanör de kamu sağlığına ilişkin olarak aynı örneği vermektedir: "Yangın talimatnamelerine uygunsuzluk sebebiyle toplantı salonlarının kapatılması kararı buna verilebilecek örneklerdendir." Tanör, s.139.

Kamu esenliği, kamunun maddi düzeni, kamu dirliği ve dinginliği yani “iyi düzen” (la tranquillité publique, le bon ordre) anlamına gelir ve toplum halinde yaşayışın alışıl gelmiş olan sakinlerini aşan ölçüde rahatsızlıkların, düzen bozukluklarının önlenmesini veya giderilmesini ifade eder.¹⁶⁸ Maddi düzen, bireylerin her yerde ve günün yirmidört saatinde, herhangi bir dış etkenle (gürültü, toz, duman, ışık vb.) rahatsız edilmemeleridir.¹⁶⁹ Dolayısıyla kamu dirliği toplumda düzensizliğin veya kargaşanın olmaması, toplum yaşamının normal bir durumda olması anlamına gelir.¹⁷⁰

Doktrinde kamu düzeninin sadece sokaktaki düzen olmadığı ifade edilmektedir.¹⁷¹ Bu kavram zaman içinde zenginleşmiş, içerik yönünden genişlemiştir. Doğa ve çevrenin korunması, ekonomik kamu düzeni, estetik, kamu düzeninin kapsamı içinde düşünölmeye başlanmıştır.¹⁷² Tanör, özel yasa metinlerde, kamu düzenini korumanın, özel bazı biçim ve hedeflerine de yer verilebileceğini belirtmektedir. Örneğin, estetik kaygılarla, afiş asma özgürlüğünün düzenlenmesi gibi.¹⁷³

Kıratlı, fiyatların denetimi, manzaranın korunması gibi iktisadi ve estetik alanlara da kolluğun müdahale yetkisinin kabul edildiğini ve bu itibarla idarenin korumak görev ve amacında olduğu kamu düzeni kavramının gittikçe genişlediğini, esenlik, güvenlik ve sağlık gibi klasik unsurların dışına taşıdığını aktarmaktadır.¹⁷⁴ Buna karşın Yayla'ya göre, kamu esenliği kavramının içine, kamunun huzurunu, dirliğini ihlal edebilen, estetik, iktisadi, hatta ahlaki konuları da sokmak mümkündür. Yeter ki, bu ihlaller, topluma yani kamuya yansısın.¹⁷⁵

¹⁶⁸ Tanör, s.138; Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s.134-135.

¹⁶⁹ Duran, s.254-255.

¹⁷⁰ Kıratlı, s.33; Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s.135.

¹⁷¹ Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s.137.

¹⁷² Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s.137.

¹⁷³ Tanör, s.139.

¹⁷⁴ Kıratlı, s.34.

¹⁷⁵ Yayla, s.53.

4- Genel Ahlak

Kamu düzeninin esas itibariyle üç unsurdan; kamu güvenliği, kamu sağlığı, kamu esenliği ibaret olduğu ifade edilmektedir.¹⁷⁶ Ancak bazı durumlarda, ahlak alanındaki bir tutum ve davranışın, toplumun maddi (dışsal) düzenini hemen veya yakın bir gelecekte bozma tehlikesi sözkonusu olduğunda, idarenin (kolluk) sözkonusu tehlikeyi, yasaların verdiği açık yetkiye dayanarak önleyebileceği belirtilmektedir.¹⁷⁷

Anayasa Mahkemesi bir kararında genel ahlak kavramını şu şekilde tanımlamıştır: “Genel ahlak deyimi, belli bir zamanda bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlâk kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılan bir anlam taşımaktadır.”¹⁷⁸

Esen, Anayasa Mahkemesinin genel ahlak tanımından şu unsurları çıkarmıştır. a- Belli bir zaman, b- Toplumun büyük çoğunluğu, c- Benimseme, d- Ahlak kuralı olma unsurlarıdır.¹⁷⁹ Uygun’a göre, Mahkemenin bu tanımına göre, ahlak kuralları ile ilgili hareketlerin “genel ahlak” kavramının kapsamı içinde görülmesi için üç unsur biraraya gelmelidir. Birinci unsur zamandır ve bu bağlamda ahlak kurallarının zaman içinde değişebilirliği sözkonusudur. İkinci unsur, ahlak kurallarıyla ilgili davranışların niceliği, yani toplumun büyük çoğunluğunun dikkate alınmasıdır. Üçüncü ve son unsur ise benimsemedir. Bu unsur sübjektif unsurdur. Sonuçta ahlaki kurallar toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş olmalıdır.¹⁸⁰

Bulut’a göre, Uygun’un belirlediği bu üç unsura aslında tanımdan çıkan dördüncü bir unsur eklenebilir. Bu unsur; “kolayca anlaşılabilirlik” unsurdur. Tanımda geçen “kolayca anlaşılan” ibaresi hangi anlama gelmektedir? Yazara göre, Mahkeme bu ibareyi kullanarak, belli bir anda ve

¹⁷⁶ Duran, s.255.

¹⁷⁷ Giritli/Bilgen/Akgüner,s.747.

¹⁷⁸ Esas no: 1963/128, Karar no: 1964/8, k.t.: 28.1.1964, Resmi Gazete, 17 Nisan 1964 Cuma, Sayı: 11685, Sahife: 2.

¹⁷⁹ Esen, s.54.

¹⁸⁰ Uygun, s.131.

belli bir toplumda bireylerce benimsenen etik düşüncelerin asgarisine, ilk bakışta gözlenebilen temel değerlere dikkat çekmektedir. Böylece Mahkemenin toplum yapısının manevi yönünü ve etik çatısını ifade eden genel ahlak kavramını, nisbeten daha açık bir kavram olan kamu düzenine yaklaştırarak belirsizliği önlemek istediği görülmektedir.¹⁸¹

İdarenin müdahalesi, kişilerin düşünce, inanç, anlayış, duygu alanlarını düzenlemek ve denetlemek yetkisini içermez. Sadece kişilerin davranışlarının kamu düzenini bozacak biçimde dışarıya yansması ile ortaya çıkan durumu önlemek içindir.¹⁸² İdare bireylerin ahlak alanındaki davranışlarına, bu davranışların toplumun dış ve maddi düzeninde derhal veya çok yakın bir zamanda önemli bir düzensizlik, kargaşa meydana getirebilecek nitelikte ise¹⁸³ bir başka deyişle, bireyin davranışı ile dış, maddi düzende meydana gelebilecek karışıklık arasında sıkı bir nedensellik bağı mevcut ise,¹⁸⁴ idare düzenin bozulmasını önlemek için müdahale edebilir. Eğer böyle bir açık ve mevcut tehlike sözkonusu değil ise, bireylerin ahlak anlayışlarının dışa yansımaya biçimi olan davranışlara idari kolluğun müdahale etmesi yetki aşımı sonucunu doğurur.¹⁸⁵

Kamu düzeni kavramı, toplum yaşamının maddi dayanaklarının korunması anlamına gelirken, kamu ahlakı ya da genel ahlak toplumun etik, manevi dayanağının korunmasını ifade eder.¹⁸⁶ Maddi düzenin bir başka deyişle kamu düzeninin korunması gereği kabul edilmekle birlikte, asgari bir ortak etik temelinin korunmasının gerekip gerekmediği veya hangi ölçüde korunması gerektiği tartışmalı bir meseledir. Liberal geleneğe göre prensip olarak, sadece maddi düzenin korunması gerekir, bu kapsama manevi düzen girmez. Öte yandan, toplumda asgari ortak etik temelini korunmasının, maddi düzeninin korunması yönünden de gerekli olduğu ifade edilmektedir.¹⁸⁷

¹⁸¹ Bulut, s.33.

¹⁸² Duran, s.255.

¹⁸³ Günday, s.261; Onar, İkinci cilt, s.1107.

¹⁸⁴ Onar, ikinci cilt, s.1107; Kıratlı, s.34.

¹⁸⁵ Günday, s.261.

¹⁸⁶ Tanör, s.143.

¹⁸⁷ Tanör, s.143.

Kamu ahlakı ya da genel ahlak gerekçesiyle düşünceyi ifade özgürlüğü alanında girişilebilecek sınırlamaların en bariz örneklerini, müstehcen nitelik taşıyan, genel adab ve aile düzenine aykırı olan ifadelerin yasaklanması oluşturur. Çocukların ve gençlerin ahlakının korunması amacı da bazı sınırlamalar yapılmasına sebep olmaktadır.¹⁸⁸

Kamu ahlakını korumak, belli bir ahlak anlayışını korumak ve buna karşı olan anlayışları da yasaklamak anlamına gelmez. Liberal ve demokratik bir devlet, belli bir ahlak felsefesinin bekçisi olarak görülemez. Liberal ve demokratik devlet sadece toplumda mevcut olan, ortaklaşa paylaşılan ahlaki değerlerin kurduğu dış maddi düzenin, barış ve huzur içinde sürdürülmesinden sorumludur.¹⁸⁹ Düşünce ve anlayışlar, yürürlükte olan hukuk kurallarına veya toplumca benimsenmiş olan ahlak kurallarına uyup uymadıklarına ya da bu kuralları değiştirme amacı taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın korunur. Liberal ve demokratik bir devlet, belli bazı ahlak anlayışlarını, sırf anti-konformist, sırf devrimci bir yapıya sahip oldukları için yasaklayamaz. Ancak anti-konformist bir ahlak anlayışının veya yerleşmiş ahlak kurallarına aykırı olarak görülen bir görüşün açıklanması, yayılması, toplumun dış maddi düzeninde açık ve mevcut bir tehlike oluşturuyor ise, kamu makamları müdahale etme yetkisine sahip olabilirler.¹⁹⁰ Bir başka deyişle üzerine sınırlama tedbiri uygulanan, ifade edilen düşüncenin kendi soyut yapısı değildir. Belli bir düşünceye, ahlak anlayışına ilişkin açıklama ve dışa yansıyan davranışın nedensellik ilişkisiyle, dış maddi düzene etkide bulunarak, dış maddi düzeni bozacak olması sebebiyle sınırlanması sözkonusudur.¹⁹¹ Dolayısıyla aslında, bireylerin düşünceleri, kanaatlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesi değil, somut olayın koşullarına göre kamunun dış maddi düzeninin korunması sözkonusudur.¹⁹²

¹⁸⁸ Tanör, s.143-144.

¹⁸⁹ Tanör, s.144.

¹⁹⁰ Tanör, s.144.

¹⁹¹ Duran, s.256; Tanör, s.144.

¹⁹² Duran, s.256; Tanör, s.144.

Kaboğlu'na göre ahlakilik ya da etik değerler hukuki olanla hukuki olmayan alanın sınırında yer alır. Farklı alanlarda etik normlar özgürlükleri sınırlayıcı bir fonksiyon gösterebilir: Tıp etiği, çevre etiği, çeşitli mesleklerin ahlak kuralları gibi. Bu noktada hukuki ve hukuk ötesi alanlar içiçe geçmiş gibidirler. Öte yandan genel ahlak kavramıyla ilgili önemli bir tehlike de mevcuttur. Bu tehlike genel ahlakın belli geleneksel ya da dinsel değerlerle özdeşleştirilmesi ve namus kavramına, cinselliğe indirgenmesidir. Genel ahlak kavramının Türkiye'de bu şekilde algılanması ölçüsünde, genel ahlak kavramı özgürlükler için tehlike teşkil etmektedir.¹⁹³

Genel ahlaka aykırılıkta sadece toplumun belli bir kesiminin benimsediği ahlak anlayışı veya toplumun çoğunluğunun benimsediği ahlak anlayışı esas alınmaz. Belli bir yörede yaşayanların ahlak anlayışı da baz olarak alınmaz. Anayasa Mahkemesinin tanımında belirttiği üzere, toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş olan temel ahlak değerleri ölçüt olarak alınmalıdır. Kamu ahlakı (genel ahlak) sebebine dayanılarak temel hak ve özgürlükler üzerinde gerçekleştirilecek sınırlamalar bakımından sınırlanmak istenen faaliyetin toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenen, paylaşılan temel etik değerlere açıkça aykırı olması koşulu aranmalıdır. Günümüzde sadece ulusal etik değerleri ölçüt almak da yeterli değildir. Türkiye yaklaşık olarak tanzimat döneminden beri yönünü batı medeniyeti olarak belirlemiştir. Dolayısıyla genel ahlaka aykırılık hususunda da, çağdaş batı medeniyetinin benimsediği temel etik ilkeleri ve değerleri kıstas olarak kullanılmalıdır. Neyin genel ahlaka aykırı olduğu belirlenirken, batı medeniyetinin temel etik ilkeleri ve değerlerine aykırı olma ölçütü kullanılmalıdır.¹⁹⁴

Handyside-Birleşik Krallık davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğüne ve demokratik toplum yapısına ilişkin olarak şu değerlendirmeyi yapmıştır: "İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esash koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde,

¹⁹³ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s.96-97.

¹⁹⁴ Özey, s.484; Kıratlı; s.34.

sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ‘haber’ ve ‘düşünceler’ için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir, bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz.”¹⁹⁵

Anayasa Mahkemesi, 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanunu ile, Türk Ceza Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi ve 1117 sayılı Kanuna ek maddeler ilavesine dair 3266 sayılı Kanunun iptali için açılan davada “...bir yandan hukuk devleti ilkesine sadık kalarak demokratik hak ve özgürlükler içinde önemli bir yer işgal eden basın özgürlüğünü zedelememek, öte yandan da sağlıklı bir toplumda insan ögesinin başlıca kaynağı olan çocukların ve gençlerin bedensel, ruhsal ve ahlaki gelişmelerine zarar verecek ya da onları suça itecek yayınlardan korumak zorunluluğunun ... çağdaş bir kaygıya dönüştüğünü” ve bu “gerekli ve duyarlı dengeyi” kurmak ve korumanın “önemi yadsınamayacak bir Anayasa sorunu” halini aldığını belirtmiştir.¹⁹⁶

Anayasa Mahkemesi, “maneviyat” ve “muzır” kavramlarını belirleyen unsurların, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun genel amaç ve temel ilkelerinde ayrıntılı olarak gösterildiği ve bu düzenlemelere aykırılığın “yayım suçu” doğurduğu sonucuna varmış, basın özgürlüğüne kamusal ahlakın korunması amacıyla sınırlama getirilmesini Anayasaya uygun bulmuştur. 1739 sayılı Kanunun 2. maddesinde, bireylerin “...Türk milletinin milli, ahlaki, insani, manevi ve kültürel değerlerini benimseyen... kişiler olarak” yetiştirilmesi öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi, Anayasa ile uyum içinde olan bir direktif kural olarak kabul etmiştir.”¹⁹⁷

¹⁹⁵ Handyside-Birleşik Krallık, 7.12.1976, 5493/72 (Çeviren: Osman Doğru), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları (İHAMİ), Cilt.1, s.174.

¹⁹⁶ E: 1986/12, K: 1987/4, k.t.: 11/2/1987, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 23, s.68; Çağlar, s.88.

¹⁹⁷ Aynı karar, s.70-71: Çağlar, s.88.

Anayasa Mahkemesinin iffetsiz kadınlara karşı gerçekleştirilen eylemlerde ceza indirimini getiren Ceza Kanununun 438. maddesinin Anayasaya uygunluğunu denetlediği davada, iffetsiz kadınlara karşı gerçekleştirilen eylemlerle, bu tür kadınların kişi ve cinsel özgürlükleri iffetli kadınlar kadar bozulmuş sayılamaz sonucuna varmış¹⁹⁸ ve Çağlar'ın deyişiyle ceza indiriminin haklı sebebini "özgürlüklerde bozulma ölçüsünde" bulmuştur.¹⁹⁹

Handyside-Birleşik Krallık davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), sözleşmeye taraf olan devletlerin iç hukuklarında tek biçimli bir Avrupa ahlak anlayışı bulmanın mümkün olmadığını ifade etmiştir. Mahkemeye göre; her bir ülke hukukunun ahlaki değerlere yaklaşımı zamana ve yere göre değişmektedir. Ulusal makamlar, ülkelerin yaşamsal güçleriyle doğrudan ve sürekli ilişkide oldukları için, ahlaki gereklerin içerikleri ve bunları karşılamak için tasarladıkları yasak veya cezanın "gerekliliği" hakkında bir görüş ifade ederken, uluslararası yargıçtan genellikle daha iyi bir durumdadırlar.²⁰⁰ Buna karşın bu takdir yetkisi sınırsız değildir. Ulusal takdir alanı, Avrupa denetimiyle el ele yürümektedir.²⁰¹

Avrupa Topluluk Mahkemesi önüne gelen Van Duyn davasında ise, "Church of Scientology"nin iş ilanına cevap veren Van Duyn'e Büyük Britanya'ya giriş izni verilmemiş ve bu karar bu mezhebin faaliyetlerinin kamu düzenini tehdit eden sosyal bir tehlike teşkil ettiği gerekçesine dayandırılmıştır. 1974 tarihli "Van Duyn C. Home Office" davası, İngiliz yurttaşlarının ahlak sağlığını koruma amacını esas almıştır. Avrupa Topluluk Mahkemesi, her devletin kendi ülkesinde kendi değer ölçülerine göre kamusal ahlak gereklerini belirleme yetkisini tanımış ve Van Duyn davasında devletlere tanınan bu takdir yetkisinin, aynı devletlerin muhtar bir hukuk düzenine, topluluk düzenine aidiyetinden kaynaklanan

¹⁹⁸ E: 1988/4, K: 1989/3, k.t.: 12/1/1989, Resmi Gazete, 10 Ocak 1990, Sayı: 20398, Sayfa:13.

¹⁹⁹ Çağlar, s.89.

²⁰⁰ Handyside-Birleşik Krallık, 7.12.1976, 5493/72 (Çeviren: Osman Doğru), İHAMİ, Cilt: 1, s.173.

²⁰¹ Aynı karar, s.173.

zorunlulukların dikkate alınmasını engellemeyeceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre iç ahlak çekincesine başvurma, anlaşma ile tanınan temel prensipleri ihlal edemez. Van Duyn kararında Mahkeme, ahlaki değerleri tehdit gerekçesinin geçerli sayılabilmesi için, tehdidin açık (manifeste) olması koşulunu da aramıştır.²⁰²

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen Dudgeon-Birleşik Krallık davasında bir homoseksüel olan Dudgeon'un başvurusu, yetişkin erkeklerin kendi rızalarıyla gerçekleştirdikleri bazı homoseksüel eylemlerin, Kuzey İrlanda'da suç olmasına ilişkindir. Başvurucu, Kuzey İrlanda'da yürürlükte olan mevzuat gereğince, eşcinsel faaliyetleri sebebiyle takibata maruz kaldığını ve bu konuda yasaların varlığı sebebiyle şantaj ve taciz korkusu dahil olmak üzere korku ve psikolojik sıkıntı yaşadığını ve acı çektiğini ifade etmiştir.²⁰³

Mahkeme daha önce Sunday Times kararında belirtildiği üzere, ulusal makamlara bırakılan takdir yetkisinin alanının, bir hakkın sınırlanmasını haklı duruma getiren amaçlara göre değiştiğini, takdir alanının Handyside kararında belirtildiği üzere, ahlaki değerlerin korunması durumu sözkonusu olduğunda daha geniş olduğunu, buna karşın sadece sınırlamanın amacının niteliği değil, aynı zamanda kapsadığı eylemin doğasının da ulusal takdir yetkisinin kapsamını etkileyen bir faktör olduğunu belirtmiştir. Dava konusu olan olay, özel yaşamın en mahrem yönlerine ilişkindir. Dolayısıyla ulusal makamlar tarafından bu konuda yapılan müdahalenin sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrası anlamında haklı olabilmesi için, özel olarak ciddi nedenlerin mevcut olması zorunludur.²⁰⁴ Mahkeme, sözkonusu yasanın kabul edildiği dönem ile bugünkü durum karşılaştırıldığında, Avrupa Konseyine üye devletlerin büyük çoğunluğunda eşcinsel davranışlara ilişkin olarak daha fazla anlayış ve hoşgörü gösterildiğini, homoseksüel davranışların artık ceza hukuku tedbirlerinin konusu olmaktan çıkmış olduğunu ve bu hususta üye devletlerin iç hukuklarında meydana gelen değişikliklerin görmezden

²⁰² Çağlar, s.87-88.

²⁰³ Dudgeon-Birleşik Krallık, 22.10.1981, 7525/76 (Çeviren: Sibel İnceoğlu), İHAMİ, Cilt.1, s.426-429.

²⁰⁴ Aynı karar, s.430-431.

gelinemeyeceğini ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca, kuzey İrlanda'daki yetkililerin bir süredir sözkonusu yasayı uygulamadıklarını ve Kuzey İrlanda'da ahlaki standartların zarar gördüğüne ilişkin bir delil de gösterilmediğini gözönüne alarak, mevcut koşullar altında, bu tür davranışların cezalandırılmasına ilişkin “toplumsal ihtiyaç baskısının” olmadığı ve sözkonusu davranışlar nedeniyle toplumun korunması gereken kesiminin zarar görme riskinin veya bu davranışların toplum üzerindeki etkilerinin, sözkonusu yaptırımların sürdürülmesini haklı çıkarmak için yeterli olmadığı sonucuna varmıştır.²⁰⁵

Dudgeon davasında mahkeme sadece sınırlama amacının niteliğinin değil, aynı zamanda kapsadığı eylemin doğasının da takdir yetkisinin kapsamını etkileyen bir faktör olduğunu vurgulamıştır. Bunun yanısıra, mahkeme “ahlak” alanında sözleşmeye taraf devletlere geniş bir ulusal takdir alanı tanımasına rağmen, eğer spesifik bir konuda sözleşmeye taraf devletler arasında ortak bir temel mevcut ise, bu ortak temeli dikkate almaktadır. Dudgeon davasında da Avrupa Konseyine üye devletlerin büyük çoğunluğunda eşcinsel davranışlara daha fazla tolerans gösterilmesi şeklindeki ortak temeli dikkate almıştır.

C- Klasik Kamu Düzeni - Modern Kamu Düzeni Anlayışı Ayrımı

Türk İdare Hukuku doktrininde, Gözler tarafından yapılan bir ayrıma göre, kamu düzeni klasik kamu düzeni ve modern kamu düzeni anlayışı olmak üzere ikiye ayrılır. Hauriou tarafından 1900'lerin ilk çeyreğinde savunulmuş olan ve klasik anlayış olarak nitelendirilen görüş uyarınca kamu düzeni “maddi ve dış düzen” olarak tanımlanır.²⁰⁶ Bu anlayış uyarınca kamu düzeni, ahlak düzeni anlamına gelmez. Polis, kolluk yetkisini ahlaki korumak amacıyla kullanamaz. Ahlaki alandaki davranışlar kolluğu ilgilendirmez. Klasik anlayış yani kamu düzenini maddi ve dış düzen olarak

²⁰⁵ Aynı karar, s.432.

²⁰⁶ Gözler, s.418.

kabul eden anlayış, Fransa’da 20. yüzyılın ilk yarısında mahkemeler tarafından benimsenmiş ve uygulanmıştır.²⁰⁷ Bu konuda verilen bir örnek karar Fransız Danıştayının, boks karşılaşmalarıyla ilgili olarak verdiği 1924 tarihli Club sportif chalonais kararıdır. Bu kararda mahkeme “ahlaki düzensizliğin” (désordre moral) ancak “maddi düzensizliğe” (désordre matériel) sebep olması halinde, bu tür düzensizliğe kolluk gücünün müdahale edebileceğini belirtmiştir.²⁰⁸

Klasik anlayışta, maddi ve dış düzen olarak kamu düzeninin kapsamı; kamu güvenliği, kamu sağlığı ve kamu esenliği (huzuru) oluşan unsurlarla belirlenir.²⁰⁹ Dolayısıyla klasik anlayışa göre kamu düzeni bireylerin güvenlik, huzur ve sağlık içinde yaşamaları durumudur.²¹⁰

Modern anlayış, klasik kamu düzenini oluşturan üç unsura ek olarak yeni unsurlara da yer verir. Bu unsurlar Genel Ahlak, Kamusal Estetik, İnsan Onuru ve Bireylerin Kendilerine Karşı Korunması olarak adlandırılan unsurlardır.²¹¹

1- Genel Ahlak

Gözler’e göre genel ahlak unsuru, modern anlayış sayesinde kamu düzeninin kapsamı içinde görülmeye başlanmıştır. Klasik anlayış genel ahlakı kamu düzeninin bir unsuru olarak saymayı kesin olarak reddederken, modern anlayış bunu kesin olarak reddetmez, bazı durumlarda genel ahlakı da kamu düzeninin bir unsuru sayar.²¹² Fransız Danıştay 1959 tarihli Société “Les films Lutetia” kararında belediye başkanlarının, yerel koşulların gerektirmesi durumunda filmin “ahlak dışı niteliği” nedeniyle kamu düzenine zarar verebilecek filmlerin kendi belediyelerinde gösterilmesini

²⁰⁷ Gözler, s.418.

²⁰⁸ Aktaran: Gözler, s.418.

²⁰⁹ Gözler, s.418.

²¹⁰ Gözler, s.418-419.

²¹¹ Gözler, s.419-422.

²¹² Gözler, s.419.

yasaklayabileceğine karar vermiştir.²¹³ Genel ahlak unsurunun Türk kamu hukuku doktrininde de, “sınırlı ölçüde” kamu düzeni kavramının bir unsuru olarak veya kamu düzeniyle ilişkili bir unsur olarak kabul edilmesi sözkonusudur. Genel ahlak kavramını daha önce ele almış olduğumuz için bu konu üzerinde durmayacağız.

2- Kamusal Estetik

Fransız Danıştayının birçok durumda kolluk yetkisinin umumi yerlerin estetiğini sağlamak amacıyla kullanabileceği yönünde kararlar verdiği ifade edilmektedir.²¹⁴ Buna karşın bazı hallerde, örneğin eski otomobillerin kaldırılması, mezar taşlarının belirli tipte yapılması zorunluluğu gibi, kamu güvenliği, sağlığı ve esenliği açısından tehlike oluşturmayan durumlarda kolluk makamlarının müdahaleye yetkisi olmadığı yönünde kararlar da vermiştir.²¹⁵

3- İnsan Onuru

İnsan onuru kavramının, kamu düzeninin unsurlarından biri olarak kabul edilmesi, 1995 tarihli Commune de Morsang-Sur-Orge kararında gerçekleşmiştir. Bu karara konu olan oyun “cüce fırlatma” olarak isimlendirilmektedir. Bu oyun, isminden anlaşılacağı üzere oyuncuların bir cüceyi mümkün olan en uzak noktaya fırlatması şeklinde oynanmaktadır. Cüce, özel giysiler giymiş olduğu için yere düştüğünde bir zarar görmez. Cüce bu oyundan para kazanmaktadır. Morsang-Sur-Orge Belediyesi Başkanı, belde sınırları içinde cüce fırlatma oyununun oynanmasını yasaklamıştır. Belediye Başkanının bu yasaklama kararına karşı açılan iptal davasında Versailles İdare Mahkemesi Belediye Başkanının almış olduğu bu kararını kolluk yetkisini aşan bir karar olarak değerlendirmiş ve iptal kararı vermiştir. Bu iptal kararını temyizden inceleyen Fransız Danıştay, sözkonusu

²¹³ Aktaran: Gözler, s.419-420.

²¹⁴ Gözler, s.420.

²¹⁵ Gözler, s.420-421.

oyunun insan onuruna aykırı bir pratik olduğuna ve insan onuruna saygının kamu düzeninin unsurlarından biri olduğuna, dolayısıyla Belediye Başkanının kolluk yetkisine dayanarak sözkonusu oyunu yasaklayabileceğine hükmetmiştir.²¹⁶ Bu kararlar birlikte insan onurunun da kamu düzeninin bir unsuru olduğu kabul edilmiştir.²¹⁷

Gözler sözkonusu oyunun, klasik kamu düzeni anlayışına göre yasaklanamayacağını, çünkü cücenin fırlatılmasında kamu güvenliğine aykırılık olmadığını, çünkü cücenin herhangi bir zarar görmediğini, aksine para kazandığını belirtmektedir. Oyunun kamu esenliğini bozan bir yönü de yoktur, çünkü kapalı mekanlarda (diskoteklerde) oynanmaktadır.²¹⁸ Gözler'e göre sözkonusu oyunun genel sağlığa da bir zararı yoktur, çünkü cüce giydiği elbiseler sayesinde korunmaktadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, cücenin bedensel (cismani) zarara karşı korunması meselesi kamu sağlığının (genel sağlık) kapsamına değil, kamu güvenliğinin kapsamı içine girer.

Ortiz'e göre kişinin temel hakkı mertebesine yükseltilebilir güvenlik, sihirli bir şekilde özgürlük düşüncesiyle uzlaştırılmakta, öte yandan insan haysiyeti ise, Fransız Danıştay tarafından idari kamu düzeninin bileşenlerinden birine indirgenmektedir.²¹⁹

4- Bireylerin Kendilerine Karşı Korunması

Kolluk makamlarının yetkilerini bireyleri kendilerine karşı korumak amacıyla kullanmaları mümkün müdür? Motosiklet sürücülerinin kazalara karşı kendi güvenliğini sağlamak amacıyla, sürücülere kask takma zorunluluğu getirilmesi mümkün müdür? Otomobil sürücülerine veya otomobildeki diğer yolculara emniyet kemeri takma zorunluluğu getirilebilir mi? Fransa'da bu tedbirler yasa yoluyla değil, Başbakanın yetkisine

²¹⁶ Aktaran: Gözler, s.421.

²¹⁷ Gözler, s.421-422.

²¹⁸ Gözler, s.421.

²¹⁹ Ortiz, s.142.

dayanarak çıkardığı 1973 tarihli bir kararnameyle düzenlediği için tartışma konusu olmuştur.²²⁰

Gözler, klasik kamu düzeni anlayışında kolluk yetkisine dayanılarak motosiklet sürücülerine kask takma veya otomobil sürücülerine emniyet kemeri takma zorunluluğu getirilemeyeceği görüşündedir. Çünkü bu tip tedbirler, başkalarının güvenliğini ya da sağlığını değil, sürücünün kendi güvenliğini ve sağlığını korumak amacını taşırlar.²²¹ Gerçekten motosiklet sürücüsünün kask takması veya otomobili kullanan kişinin emniyet kemeri takması zorunluluğu, başka kişileri cismani zararlara karşı korumak amacıyla değil, sürücünün kendisini korumak amacını taşır. Emniyet kemeri takmayan bir otomobil sürücüsü kaza yapıp yolda bir yere veya başka bir araca çarptığında, emniyet kemeri takmamış olan sürücünün arabanın ön camından dışarı fırlayarak, yoldan geçen başka bir şahsa çarparak zarar verme olasılığı az da olsa vardır. Ama sürücüye kemer takma zorunluluğu, amaçsal bir yorumla denilebilir ki, sürücünün başka bir kişiye zarar vermesini önlemek için değil, sürücünün kendisini bir kaza anında korumak için getirilmiş bir kuraldır. Gözler, bu tip tedbirlerin klasik anlamda kamu düzeni kavramı içine dahil edilip edilemeyeceğini sormaktadır.²²² Fransa'da bu tedbirleri getiren 1973 tarihli Başbakanlık Kararnamesi sebebiyle ortaya çıkan uyumsuzluklarda, gerek Fransız Danıştay gerek Fransız Yargıtayı, kask ve emniyet kemeri takma zorunluluğunun getirilmesini hukuka uygun bulmuşlardır.²²³ Eğer bir kural fiziksel olarak, zihinsel olarak veya iktisaden engelli veya zayıf olanı yahut yaş küçüklüğü sebebiyle, doğruyu yanlış ayıramayacak olan tecrübesiz, zayıf durumda olan şahısları korumak amacıyla yürürlüğe konmuş ise böyle bir kuralın, özellikle kamu hukuku bakış açısıyla kamu düzeninin kapsamı içine girdiğini söylemek mümkündür. Anayasamızın 2. maddesi uyarınca Türkiye sosyal bir hukuk devletidir. Ancak sürücü için kemer veya kask takma zorunluluğu, zayıf veya engelli olan kişileri korumak için konulmamıştır. Kişiyi kendi

²²⁰ Gözler, s.422.

²²¹ Gözler, s.422.

²²² Gözler, s.422.

²²³ Gözler, s.422.

ihmalkarlığına karşı korumak için konulmuştur. Öte yandan şu şekilde düşünmek de mümkündür. Kamu düzenine ilişkin çeşitli tanımlarda kamu düzeni: Uygulanmasında kamunun kesin yararı olan kurallar, toplumun önemli ve doğrudan doğruya menfaatlerini koruyan hukuk kuralları; kamu yararını, kamu vicdanı ve genel ahlakı çok yakından ilgilendiren hususlar şeklinde ifade edilmektedir.²²⁴ Bu tanımlardan hareketle kamu düzeninin; toplumun, büyük öneme sahip olan ve toplum için büyük öneme sahip olması sebebiyle emredici nitelikte hukuk kurallarıyla korunan yararlar olduğunu söylemek mümkündür. Trafik kazaları ülkemizde her yıl çok sayıda kişinin ölümüne veya sakat kalmasına yol açmakta, çocukları yetim, öksüz bırakmaktadır. Ayrıca ulusal servette önemli kayıplara sebep olmaktadır. Trafik kazaları ülkemiz için halen önemli bir sosyal sorundur. Dolayısıyla trafik kazalarının önlenmesinde ve kazalarda can ve mal kaybının en aza indirilmesinde “büyük” bir kamu yararı vardır. Bu sebeple sürücünün kask veya kemer takması zorunluluğunu getiren kuralların da,²²⁵ kamu düzeni kapsamı içine girdiğini söylemek mümkündür. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir; sürücüye, yolcuya emniyet kemeri veya kask takma zorunluluğu getiren tipte kuralların haricinde, trafik kanunundaki çok sayıda kural bireyin başkalarının can ve mal güvenliğine zarar verebilecek davranışlarda bulunmasını önlemek amacıyla konulmuştur. Bu bakımdan bu

²²⁴ Kamu Düzenine ilişkin tanımlar için bu makalede:”Kamu Düzeninin Tanımlanması” başlıklı bölüme bakınız.

²²⁵ Karayolları Trafik Kanunu, Sürücülerin ve Yolcuların Koruyucu Tertibat Kullanma Zorunluluğu kenar başlığını taşıyan 78. maddesi uyarınca belirli sürücülerin ve yolcuların, araçların sürülmesi esnasında koruyucu tertibat kullanmaları zorunludur. Kullanma ve yolların özelliği gözetilerek hangi tip araçlarda sürücülerinin ve yolcularının şehiriçi ve şehirlerarası yollarda hangi şartlarda hangi koruyucu tertibatı kullanacakları ve koruyucuların nitelikleri ve nicelikleri ile emniyet kemerlerinin hangi araçlarda hangi tarihten itibaren kullanılacağı yönetmelikte belirtilir. Karayolları Trafik Yönetmeliğinin konuyu düzenleyen 150. maddesinin a bendi uyarınca, üç tekerlekli yük motosikletleri hariç, motorlu bisiklet ve motosikletlerde sürücülerin koruma başlığı ve koruma gözlüğü, yolcuların ise koruma başlığı ve b bendi uyarınca belli özellikleri taşıyan diğer motorlu araçlarda sürücünün ve aracın özelliklerine göre belli konumlarda oturan yolcuların emniyet kemeri takması zorunluluğu vardır. Gündoğan/Koç/Özbudak, s.63,220.

tip kurallar kamu güvenliği kapsamı içine girerler, dolayısıyla kamu düzenine ilişkin kurallardır.

D- Kamu Düzeni ve Temel Haklar

Anayasa Mahkemesi sadece bir yıl arayla verdiği iki kararında kamu düzeni kavramını birbirinden farklı olarak nitelendirmiştir. İlk kararında Mahkeme “amme emniyeti” (kamu güvenliği), “amme intizamı” (kamu düzeni) ve “mülhaza” gibi deyimler ve sözcüklerin itiraz yoluna başvuran mahkemenin kararında ileri sürdüğü gibi kesinlik taşımayan yoruma muhtaç, kişilerin bakış açısına göre değişiklik gösteren sözcüklerden ibaret olmayıp tersine anlamları uygulamalar yoluyla belirmiş, hukuk ve Anayasa diline girmiş kavramlar olarak nitelendirmiştir.²²⁶ 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununda Değişik Yapılmasına Dair 26/6/1973 günlü, 1775 Sayılı Kanunun muhtelif maddelerinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla yapılan başvuruda ise “kamu düzeni” kavramına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi şöyle demektedir: “...Oysa “milli güvenlik” ve “kamu düzeni” uygulayıcılarının kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilir çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açacak genel kavramlardır...”²²⁷

Anayasa Mahkemesi daha sonraki bir tarihte verdiği bir kararda, soyut ve genel bazı sebeplere dayanılarak mahalli mülki amirlere toplantı ve gösteri yürüyüşlerini erteleme yetkisi veren bir yasa hükmünü “yasal sınırlama” olarak görmemiştir. Anayasa Mahkemesine göre:

“Anayasa Mahkemesinin bir kararında da belirtildiği gibi Anayasanın temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında kanun koyucuya tanıdığı ölçünün sınırını belirleyen 11. maddesindeki “kamu düzeni, milli güvenlik” gibi deyimler, uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişletilebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek

²²⁶ E: 1973/12, K: 1973/24, k.t.: 7/6/1973, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD), Sayı: 11, s.269.

²²⁷ E: 1973/41, K: 1974/13, k.t.: 25/4/1974, AMKD, Sayı: 12, s.152.

varabilen çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açabilecek kapalı, genel kavramlardır. Bu nitelikteki kavramların olduğu gibi yasaya geçirilmesinin, Anayasa koyucunun ereğine ve yönergesine uygun düşeceği ve bir yasal düzenleme işini göreceği düşünülemez. Başka bir anlatımla bu, Anayasa koyucunun amacı doğrultusunda kanunla yapılmış bir sınırlama niteliğinde kabul edilemez.”²²⁸

Anayasa Mahkemesi bu kararıyla “kamu düzeni”, “milli güvenlik” gibi Anayasada yer alan sınırlama sebeplerinin doğrudan doğruya yasaya konulmasını, yasal sınırlama hükümlerinin açık, belirgin olması özelliğine aykırı bulmuştur.²²⁹

Kaboğlu’na göre kamu düzeni kavramının kapsamını oluşturan unsurlar olan kamunun maddi düzeni (esenliği), kamu güvenliği ve kamu sağlığı kavramlarına anayasalarda ayrıca sınırlama sebepleri olarak yer verilmesi yerinde bir davranış değildir. Kamu düzeni kavramı özünde bütünüyle hukuki nitelik taşımadığı için yansız bir kavram değildir. Yazara göre bu olgu dikkate alındığında kamu düzeninin birer unsuru niteliğinde olan kavramlara ayrı sınırlama sebepleri olarak yer verildiği ölçüde özgürlüklerin güvencesi azalacaktır.²³⁰ Yazara göre, kamu düzeninin yansız bir kavram olmayışı, bu kavramın genişlik ve yoğunluk bakımından, toplumlara göre, her toplum içinde de dönemden döneme, hükümetlere ve koşullara göre değişmesindedir.²³¹ Dolayısıyla çoğunluğun benimsediği görüşün korunması ve garanti altına alınmasına hizmet eden normlar bütünü olarak, bu kavramın antiplüarist bir içerik taşıdığı ve düşüncelerin çoğulculuğu ve plüralizm prensibinin gerçekleşmesine hizmet eden toplantı ve yürüyüş özgürlüğü gibi bir özgürlüğün sınırlandırılmasında ölçüt olarak kullanılamayacağı ileri sürülmüştür.²³²

²²⁸ E: 1976/27, K: 1976/51, k.t.: 18 ve 22/11/1976, AMKD, Sayı: 14, s.364-365.

²²⁹ Uygun, s.96-97.

²³⁰ Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s.135-136.

²³¹ Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s.136.

²³² Förster, s.38-39’dan aktaran Atalay, s.123.

Fransa'da özellikle 1970'li yıllarda, kamu düzeninin genişletici yorumuyla birçok özgürlüğün içeriğinin boşaltıldığı ifade edilmektedir. Yenelenen toplantılarla, belli bir siyasal eğilime sahip olan basın kuruluşlarına getirilen yayın engelleriyle, 'seçmeci' nitelik taşıyan yasaklamalarla toplantı, gösteri ve yürüyüş özgürlükleri önemli sınırlamalara maruz kalmıştır.²³³ Türkiye'de de 1970'li yıllarda mülki idare amirleri, dernek ve toplantı, gösteri ve yürüyüş özgürlüklerinin kullanılmasını, kamu düzeni kavramını öznel değerlendirmelerle geniş yorumlamaları sonucunda, bu özgürlüklere sınırlamalar getirmişlerdir.²³⁴ Bu sebeple, kamu düzeni kavramı her ne pahasına olursa olsun, mevcut, kurulu düzenin savunulması olarak kabul edilmemelidir.²³⁵

Kamu düzeni kavramının batılı hukuk sistemlerinde belli bir devlet ideolojisini, resmi bir devlet doktrinini temsil etmediği ifade edilmektedir. Kamu düzeninin korunması ile anlatılmak istenen, belli bir siyasi iktidar felsefesinin dokunulmazlık zırhına bürünmesi, değiştirilememesi, tenkit ve tartışmalara konu olmaması değil, toplum yaşamını karışıklığa, anarşiye boğacak nitelikteki faaliyetlerin engellenmesidir. Bu yaklaşım uyarınca kamu düzeninin belli bir ideolojik içeriği yoktur. Kamu düzeninin korunması, belli bir ideolojinin her ne pahasına olursa olsun korunması değil, belli bir sosyal ve hukuki düzenliliği korumaktır.²³⁶

İdare hukuku bakımından kolluk tedbirleri ancak kamu düzenini bozan veya bozacak nitelik gösteren gerçek somut bir tehlikenin mevcut olması durumunda hukuka uygun olur. Böyle bir somut tehlike mevcut değilken, uygulanan kolluk tedbirleri sebepsizdir ve dolayısıyla gereksiz özgürlük sınırlamalarıdır. Düşmanlık veya siyasi saiklere dayanan kolluk tedbirleri açıkça hukuka aykırıdır.²³⁷

²³³ Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s.136 ve 84 no'lu dipnotu.

²³⁴ Kaboğlu, Kolektif Özgürlükler, s.136 ve 84 no'lu dipnotu.

²³⁵ Atalay, s.123.

²³⁶ Tanör, s.139-140.

²³⁷ Kıratlı, s.42.

İdarenin bir toplantıyı veya gösteriyi yasaklama yetkisini kullanabilmesi için öncelikle kamu düzenine yönelik somut ve ciddi bir tehlikenin varolması gerekir. Karışıklık, kargaşa çıkması ihtimali, tek başına toplantıyı yasaklamak için yeterli değildir.²³⁸ Çünkü kamu düzeninin bozulması, soyut bir olasılığı değil, somut ve fiili bir tehlikenin varlığını ifade eder.²³⁹ Tehlikenin somut ve mevcut bir tehlike olduğuna dair açık belirtilerin ortaya çıkmış olması gerekir.²⁴⁰ Ayrıca idarenin toplantıyı yasaklayabilmesi için kamu düzenine yönelik açık ve mevcut tehlikenin, toplantıyı düzenleyenlerin veya toplantıya katılanların davranışlarından kaynaklanması gerekir. Toplantıya katılmayan şahısların davranışlarından kaynaklanan kamu düzeni bozulması tehlikesi sebebiyle toplantıların yasaklanması, sözkonusu toplantıların yapılmasını istemeyen ve isteklerine ulaşmak için olay çıkarıcı kişi veya grupların isteklerine boyun eğmek anlamına gelir. Böylece toplantıyı yapmak isteyen bireylerin temel haklarını kullanmaları engellenmiş olur. İdare bilakis toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullanmak isteyen bireylerin, bu haklarını kullanabilmeleri için güvenli, uygun bir ortamı sağlamalıdır.²⁴¹

İsviçre Federal Mahkemesi, kamu düzeninin bozulması tehlikesinin toplantıya katılanlardan değil de, toplantının yapılmamasını isteyen, toplantıya karşı olan kişilerden kaynaklanması durumunda, sözkonusu toplantının yasaklanamayacağına karar vermiştir. Mahkemeye göre, toplumun bir kısmının, yapılacak toplantıdan hoşnut olmaması olgusu, böyle bir toplantının kamu düzeninin bozulması tehlikesi doğuracağı gerekçesiyle idare tarafından yasaklanması için yeterli bir gerekçe oluşturmamaktadır.²⁴² Federal Mahkemenin bu içtihatı, özellikle azınlıkların veya marjinallerin düşüncelerini ifade özgürlüğünü korumaya olanak tanınması sebebiyle önemlidir. Böylece, belli bir yörede yaşayanların çoğunluğunun, toplantıyı düzenleyecek olan gruba düşmanca duygular beslemesi sebebiyle, kamu

²³⁸ Anayurt, s.176.

²³⁹ Tanör, s.141,197.

²⁴⁰ Anayurt, s.176.

²⁴¹ Anayurt, s.176.

²⁴² Malinverni, s.62'den aktaran Anayurt, s.177.

düzeninin bozulacağı gerekçesine dayanılarak sözkonusu toplantı yasaklanamayacaktır.²⁴³

“Arzte Für Das Leben” davasında, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da, toplantı ve yürüyüşü engelleme, veya bozma niyeti olanların karşı gösterilerine karşı, devletin bu hakkın kullanımını korumakla yükümlü olduğunu ifade etmiş ve aynı davada İnsan Hakları Mahkemesi, bir toplantı veya gösteriye katılanların, rakiplerinden gelebilecek kaba kuvvet korkusu olmadan bu hakkı kullanabilmelerinin sağlanması gerekliliğini ifade etmiştir.²⁴⁴

Kamu düzenine ilişkin olarak Benjamin kararına da değinmek gerekir. René Benjamin tanınmış bir edebiyatçıdır ve Nevers şehrinde “İki komik yazar; Courteline ve Guitry” konulu edebi nitelikte olan bir konferans vermek üzere bu şehre gelmiştir. Bu konferans öncesinde, eğitimcilerin üyesi oldukları bir dernek, Benjamin’in anti-laik eğitim düşüncesine sahip olduğu ve bu görüşün savunulacağı bir konferansa karşı her türlü karşı gösteriyi gerçekleştireceklerini belediye başkanına bildirmiştir. Belediye Başkanının sözkonusu derneğin bu kesin tavrı karşısında, gerçekleştirilecek konferansı yasaklamasının üzerine, konferansın düzenleyicileri kamuya açık bir konferans yerine aynı konuda özel bir toplantı yapılacağını afişler asarak ve basın aracılığıyla halka duyurmuştur. Ancak, Belediye Başkanı ikinci bir karar daha alarak bu konferansı da, kamu düzenini bozacağı gerekçesiyle yasaklamıştır. Benjamin, Fransız Danıştayına (Conseil d’Etat) başvurarak Belediye Başkanının verdiği her iki yasaklama kararının da iptalini talep etmiştir.²⁴⁵ Yüksek Mahkeme, Belediye Başkanının kamu düzenini sözkonusu toplantıları yasaklamadan da, başka kolluk tedbirleri olarak

²⁴³ Malinverni, s.62’den aktaran Anayurt, s.177.

²⁴⁴ Pettiti-Decaux-İmbert, s.422’den aktaran Anayurt,s.177. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan hak ve özgürlüklerin birey tarafından kullanılabilmesi için devletin gerekli tedbirleri alması zorunluluğu devletin pozitif yükümlülüğü olarak isimlendirilir.

²⁴⁵ Long/Weil/Braibant, s.212 vd.’dan aktaran Erkut, s.106.

koruyabileceği gerekçesiyle, Belediye Başkanının yetkisini saptırdığı sonucuna ulaşmış ve her iki işlemi de iptal etmiştir.²⁴⁶

Benjamin kararı ölçülülük prensibinin, alt ilkesi olan gereklilik ilkesinin kullanımına iyi bir örnektir. Yüksek Mahkeme, Belediye Başkanının kamu düzenini korumak için konferansı yasaklamanın dışında, toplanma özgürlüğü üzerine daha hafif sınırlama getirecek ve aynı zamanda kamu düzenini koruma amacını da sağlayabilecek alternatif mevcut iken, bu alternatif yöntemi kullanmadan doğrudan yasaklama yoluna gitmesi sebebiyle Belediye Başkanının yasaklama işlemlerini iptal etmiştir.²⁴⁷

Kolluk tedbirleri olarak kullanılan yöntemler, araçlar, önlenmek istenen tehlikenin önemiyle, ağırlığıyla orantılı olmalıdır. Tehlikenin önlenmesi amacıyla yeterli olandan daha ağır ve sert tedbirler, özgürlükleri ihlal anlamına gelir.²⁴⁸ İdare, kamu düzenini korumak, somut olayın koşullarında daha hafif tedbirlerle olanaklı ise, daha ağır, özgürlüğü daha fazla sınırlayan tedbirleri kullanmamalıdır.²⁴⁹ Örneğin yasaklama tedbiri ancak bu yasaklamayı gerektirecek bir zorunluluk sözkonusu ise hukuki bir nitelik taşır. İdarenin kamu düzenini korumak hususunda gerekli araçlardan yoksun olması veya elindeki mevcut başka araçları kullanarak kamu düzenini koruyamayacağını ortaya çıkması, yasaklama tedbirinden başka bir çözüm yolunun olmaması gerekir. Bir “ultimum remedium” halinin varlığı şarttır.²⁵⁰ Örneğin, Fransız Danıştay, bazı belediye başkanlarının şipşakçı fotoğrafçıların sokaklarda çalışmasını yasaklayan kararlarını, gerekli olandan daha ağır bir tedbir olarak değerlendirerek iptal etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre sokaklarda gidiş gelişin engellenmemesi için (kamonun dış maddi düzeni, kamu esenliği), sözkonusu fotoğrafçıların

²⁴⁶ Aynı karar, aktaran Erkut, s.106; Anayurt, s.177-178 ve 263 no’lu dipnotu.

²⁴⁷ Anayurt, s.187.

²⁴⁸ Kıratlı, s.42.

²⁴⁹ Kıratlı, s.42; Onar, üçüncü cilt, s.1510.

²⁵⁰ Anayurt, s.177.

faaliyetinin belli yer ve saatlerde yasaklanması yeterli olacaktır. Hedeflenen amaca ulaşmak için mutlak, toptan bir yasaklama zorunlu değildir.²⁵¹

Toplantı ve gösteri yürüyüşünün kamu makamları tarafından ertelenmesi ancak o toplantı ve yürüyüşle ilgili olarak ortaya çıkabilecek düzensizliğin, kargaşanın idare tarafından önlenebilmesi için elindeki mevcut araçların, imkanların yeterli olmadığı gerekçesine dayanacağından, erteleme süresinin uzunluğu da, erteleme kararını veren idarenin kamu düzeninin bozulmasını önlemeye yetecek araçları, imkanları sağlaması için gerekli olan süreden daha fazla olmamalıdır.²⁵²

Ortiz, özgürlüğün düzensizlik ve savaş ortamında yaşayamayacağı su götürmez bir gerçek olduğunu, barışın ve güvenliğin, toplum içinde yaşamın temel ve vazgeçilmez haklarını meydana getirecek ölçüde değerli varlıkların olduğunu ifade etmektedir. Öte yandan güvenliğin “insanın temel hakkı” mertebesine yükseltilmesini de eleştirmektedir: “Güvenlik hakkı, iktidara çağrıda bulunularak çözüm buluyor, oysa özgürlüklerin sağlayıcısı iktidar ise, mezarıcısı da odur. Güvenliğin, kişinin temel hakkı mertebesine yükseltilmesi iki terim arasında sihirli bir uzlaşma yaratıyor ama tecrübelerin bize gösterdiği gibi bu uzlaşma güvenlik pahasına özgürlüğün dumura uğramasıyla sağlanıyor.”²⁵³ Yazar, Gözler’in, modern kamu düzeni olarak adlandırdığı yaklaşımı şüpheyle karşılıyor. Yazara göre kamu düzeni kavramının çağımızda uğradığı değişiklik, Avrupa hukukunun etkisinden kaynaklanmaktadır. Artık kamu düzeni sadece toplumsal yapıların savunulması ve toplumsal ilişkilerin zorunlu pasifikasyonu düşüncesini kapsamıyor, aynı zamanda insana, insan onuruna ve özgürlüğüne ilişkin belli bir anlayışın savunulmasını da içeriyor. Kamu düzeninin bileşenleri arasında siyasal düzenin kurucu değerlerinin yerleştirilmesi oldukça meşru olarak görülebilir. Avrupa hukukunda kamu düzeninin kazandığı anlam, sözleşmenin (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi olarak tanımlanmasında ifadesini

²⁵¹ Vedel, s.605-606’dan aktaran Kırath, s.42.

²⁵² Atalay, makale, s.17.

²⁵³ Ortiz, s.142-143.

buluyor.²⁵⁴ Yazara göre Avrupa hukuku sözleşmenin koruma altına aldığı temel haklara devletin saygılı davranmasını, kamu düzeninin gerektirdiği bir zorunluluk haline getirmiştir. Buna karşın, sorun kamu düzeni kavramının farklı hukuk dallarında farklı anlamlara gelmesinden doğmaktadır. İdare hukuku alanında kamu düzeni kavramı, siyasal düzeni ifade etmek ve bu siyasal düzenin felsefi içeriğini belirlemek amacını taşıyan bir kavram değildir. İdare hukuku açısından sözkonusu olan işlevsel bir kavramdır ve bir özgürlüğün belli koşullarda sınırlanmasını amaçlayan bir kamu idaresi yetkisine (ayrıcalığına) başvurulmasını, haklı kılmaya yarar. Bu bakımdan kamu düzeni kavramı hiç bir zaman bir özgürlüğün kabul edilmesinin hukuki faktörü olmamıştır, sadece idari polisin aldığı bir tedbire gerekçe sağlar, temel oluşturur. Dolayısıyla kamu düzeninin asli bir unsuru olarak “güvenlik” tedbiri, bir özgürlüğün birey tarafından kullanılabilmesinin güvence altına alınmasında değil, derhal engellenmesinde anlamını bulur.²⁵⁵ Kamu düzeni kavramının içeriğindeki bu anlam kaymaları, temel hak kavramını da etkilemektedir. Temel hakların kamu düzeni ile bütünleştirilmesi, devleti temel hak ve özgürlükler karşısında daha saygılı bir tavır almaya ve hakların gerçekten korunmasına ilişkin somut tedbirler almaya zorlamaktadır. Buna karşın olumsuz etkisi, güvenliğin temel haklar ile bütünleştirilmesiyle hak ve özgürlüklerin zarar göreceği türden sınırlamalara meşruluk sağlamasıdır.²⁵⁶

Özgürlükler ile kamu düzeni arasındaki dengenin doğru bir biçimde kurulması gerekir. Liberal demokratik bir yapıda özgürlük kural, sınırlama ise istisnadır. Bu sebeple, özgürlükle kamu düzeni arasında kurulacak bir dengede, her ikisine eşit önem, eşit ağırlık verilmesi sözkonusu olamaz. Elbette bu dengeleme işlemi her bir somut olayın kendi koşulları değerlendirilerek yapılacaktır. Ama prensip olarak özgürlükler, kamu

²⁵⁴ Ortiz, s.143-144; Louizidou davası (ilk itirazlar) Karar sıra no: 508, Karar tarihi: 23/03/1995, Başvuru no: 15318/89 (Çeviren, Osman Doğru, Sibel İnceoğlu), Paragraf 75: “...aynı zamanda Avrupa Kamu Düzeninin (ordre public) anayasal bir belgesi olan sözleşmenin etkililiğini de azaltır.” Bu karar için bakınız: <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihgoster.asp?id=508>, Erişim tarihi: 13.06.2007.

²⁵⁵ Ortiz, s.144.

²⁵⁶ Ortiz, s.145.

düzenine nisbeten daha önemli, ağırlıklı bir pozisyona sahip olarak kabul edilmelidir.

Yasakoyucunun temel hak ve özgürlüklere kamu düzeni sebebine dayanarak (veya Anayasada yer alan bir başka sınırlama sebebine dayanarak) getireceği sınırlamaların kendisi de sınırlamalara tabidir. Anayasanın 13. maddesi uyarınca, temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın ve yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak yasa yoluyla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Sınırlamanın sınırını oluşturan ölçütlerden birisi olan ölçülülük ilkesi üç alt ilke veya unsurdan oluşur. Elverişlilik, gereklilik ve orantılılık. Alman Anayasa Mahkemesinin içtihatına göre, bir sınırlamanın ölçülülük ilkesi açısından geçerli olabilmesi için;

- (a) Sınırlama için başvuru araç, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır,
- (b) Sınırlama için başvuru araç, sınırlamanın amacı için gerekli olmalıdır,
- (c) Sınırlama aracı ve amacı ölçüsüz bir oran içinde bulunmamalıdır.²⁵⁷

Ölçülülük ilkesinin birinci alt ilkesi olan elverişlilik ilkesi gereğince, sınırlama için kullanılan yasal tedbirin, ulaşılmak istenen sonucu (amacı) gerçekleştirmeye elverişli olması gerekir. İkinci alt ilke olan gereklilik ilkesi uyarınca, sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olan, amaca ulaşmada aynı derecede etkili olan, birden fazla sayıda araç (yöntem) mevcut ise, içlerinden temel hak ve özgürlüğü en az sınırlayan aracın kullanılması gerekir. Üçüncü

²⁵⁷ Sağlam, s.114. Türk Anayasa Mahkemesi de Avukatlık Kanunu ile ilgili 1989/27 karar sayılı kararında ölçülülük ilkesini unsurlarıyla birlikte hemen hemen aynı biçimde tanımlamıştır, E: 1988/50, K: 1989/27, k.t.: 23/6/1989, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 25, s.312.

ve son alt ilke olan orantılılık ilkesi gereğince, sınırlama aracı ile amacı birbirine karşı ölçüsüz bir oran içinde olmamalıdır.²⁵⁸

Orantılılık ilkesi somut olarak yasanın amacı (sınırlama amacı)'nın önemi, ağırlığı ile somut sınırlama aracının, temel hak üzerinde oluşturduğu veya oluşturacağı sınırlamanın büyüklüğü, ağırlığı arasında karşılaştırma yapılmasını bu iki unsurun ağırlıklarının karşılıklı olarak tartılmasını gerekli kılar. Terazinin bir kefesinde sınırlama amacı somut içeriğinin önem derecesiyle yer alır, terazinin diğer kefesinde ise somut sınırlama aracı temel hak üzerindeki sınırlayıcı etkisinin büyüklüğüyle (büyüklük derecesiyle) yer alır. Tartım sonucunda bu iki unsurun ağırlıkları arasında büyük, açık bir farklılık sözkonusu olmamalıdır.

Yasakoyucunun, sınırlama sebebi olarak kamu düzenine dayanması durumunda ölçülülük ilkesinin (ilk iki testi olan elverişlilik ve gereklilik unsurlarının yanısıra) üçüncü unsuru olan orantılılık testine tabi tutulacak olan somut sınırlama amacının öneminin büyüklüğü açısından bir derecelendirme yapmak mümkündür. Kamu düzeni sınırlama sebebinin kapsamı içinde yer aldığı kabul edilen çeşitli somut sınırlama amaçları arasında sahip oldukları önemin büyüklüğü açısından bir derecelendirme yapmak aynı zamanda gereklidir de. Dolayısıyla somut sınırlama amacının içeriği, kamu düzeni kavramına göre nisbeten daha spesifik, belirgin ve sınırlı olmakla birlikte yine de belli ölçüde soyut olma özelliği taşıyabilir. Öyle ki, kendi içinde de, kendi kapsamını oluşturan unsurlar, ona (somut sınırlama amacı) göre daha somut bir içeriğe sahip olacaktır.

Kamu düzeni kavramının kapsamı içinde kabul edilebilecek olan çeşitli somut sınırlama amaçları arasında nasıl bir derecelendirme yapılabilir? Somut sınırlama amaçlarını farklı önem dereceleri olan kategoriler halinde sınıflandırmak mümkündür. Bu sınıflandırmaya geçmeden önce Kapani'nin özgürlüklerin hangi gerekçeyle sınırlandırılması gerekir sorusuna verdiği yanıtla başlayalım:

²⁵⁸ Sağlam, s.113-116.

Kapani'ye göre özgürlüğün sınırlanmasında daima göz önünde tutulması gereken bir ölçü, özgürlüğün sınırlanmasındaki amaç'tır. Toplum yaşamında özgürlüğün sınırlanmasını zorunlu kılan sebepler, aynı zamanda sınırlamanın amacını da oluşturur. Dolayısıyla, özgürlük ancak toplum yaşamının bozulmamasını sağlamak, yani geleneksel anlamıyla kamu düzenini sağlamak; toplumun kargaşa, düzensizlik, huzursuzluk içinde olmamasını sağlama ve özgürlükten herkesin, her bireyin yararlanabilmesini sağlayabilmek amacıyla sınırlanabilmelidir. Bu amacı aşan, ne toplum düzenini korumak ne de özgürlüğün "kamulaştırılması" yani toplumda yaşayan her yurttaşın (bireyin) özgürlükten eşit ölçüde yararlanabilmesini sağlama amacıyla ilgili olmayan sınırlamalar gereksizdir, aşırıdır ve dolayısıyla meşru değildir.²⁵⁹ Waline'e göre, sınırlamanın tek amacı özgürlüğü sadece güçlülerin tekelinde bir ayrıcalık, imtiyaz olmaktan çıkarıp, özgürlükten herkesin yani kamu'nun yararlanabileceği bir biçimde özgürlüğü düzenlemektir. Bu bağlamda özgürlük amaç, sınırlama ise onu (toplumda yaşayan her birey için) gerçekleştirecek araç'tır. Yazara göre, sınırlamayı yapan yetkililer bu hususu gözardı ederek amacı, araca feda ettikleri zaman yani aşırı, ölçüsüz bir düzenleme yaparak özgürlüğü kullanılamaz hale getirdikleri zaman görevlerini kötüye kullanmış olurlar.²⁶⁰

Kapani'nin ve Waline'in görüşlerini temel olarak aldığımızda temel hak ve özgürlükler üzerinde kamu düzeni sebebine dayanan bir yasal sınırlamanın başlıca iki unsura dayanması gerektiği sonucuna ulaşabiliriz. Birincisi geleneksel anlamda kamu düzeni anlayışı olarak nitelendirilen veya çekirdek kamu düzeni içeriği olarak nitelendirilebilecek olan unsur: Toplum yaşamında kargaşanın, düzensizliğin, huzursuzluğun önlenmesi veya bozulmuş olan dış maddi düzenin yeniden eski, normal haline getirilmesi(kamu güvenliği,kamu sağlığı,kamu esenliği). İkincisi ise her bireyin sahip olduğu temel hak ve özgürlükleri eşitlik ilkesine uygun olarak, diğer bireylerle eşit ölçüde kullanabilmesi için yapılması zorunlu olan düzenlemelerin yapılması. Kamu düzeni kavramının kapsamı içinde kabul

²⁵⁹ Kapani, s.233.

²⁶⁰ M. Waline, s.383'ten aktaran Kapani, Kamu Hürriyetleri, s.233.

edilen somut sınırlama sebeplerinin önem derecelerine göre kategorizasyonu bakımından Kapani ve Waline'in görüşlerinden faydalanılabilir.

Sınıflandırmamızda üç kategori mevcut. Elbette bu üç kategoriye sırasıyla dördüncü, beşinci ve başka kategoriler eklemek de mümkündür. Ancak bu üç kategorinin önem derecesi bakımından diğer eklenebilecek kategorilere göre daha üst seviyede yer aldığını düşünmekteyiz.

Birinci kategori:Günümüzün çoğulcu-liberal demokratik düzenlerinde birey temel değerdir ve amaç bireyin temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması ve korunmasıdır.Bu sebeple birey merkezli bir kamu düzeni anlayışının uygulanması gereklidir.Dolayısıyla birinci kategorinin içeriği şu şekilde ifade edilebilir: Bireyin temel hak ve özgürlüklerinin tehlikelere, ihlallere karşı korunması, her bireyin temel hak ve özgürlüklerinden diğer bireylerle eşit ölçüde faydalanabilmesi için gerekli olan tedbirlerin alınması, bu bağlamda temel hak ve özgürlükler ile doğrudan bağlantılı kamu hizmetlerinden de her bireyin eşit ölçüde faydalanabilmesi için zorunlu olan düzenlemelerin yapılması. Temel hak ve özgürlüklerin birinci derecedeki önemi (önceliği), değeri sebebiyle bireylerin temel hak kullanımlarının birbirleriyle çatışması durumunda bu çatışmayı çözecek yasal düzenlemeler veya muhtemel çatışmaları baştan önlemeye yönelik yasal düzenlemeler de birinci kategoride kabul edilebilir.²⁶¹

İkinci kategori: Anayasada yer alan temel ilkelerin ve değerlerin ihlaline yönelik açık ve mevcut bir tehlike olması durumunda, bu ihlali önlemeye yönelik tedbirlerin alınması.

Üçüncü kategori: çok sayıda bireyin yaşamını, yaşam kalitesini çok olumsuz yönde etkileyebilecek nitelikteki olayların veya durumların önlenmesi. Örneğin kısa veya orta vadede büyük olasılıkla gerçekleşebilecek ve tek tek her bireyin ekonomik yaşamını çok olumsuz yönde etkileyecek ve dolayısıyla çok sayıda bireyin yaşamında ciddi zararlara yol açacak olan bir ekonomik krizin önlenmesi için alınması zorunlu olan tedbirlerin alınması

²⁶¹ Temel hak çatışmalarının çözümlenmesi hususunda bakınız; O. Korkut Kanadoğlu, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, I. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2000, passim.

veya başlamış olan bir ekonomik krizin doğuracağı zararları hafifletmek için uygulanması zorunlu olan tedbirlerin uygulanması.

Bu sınıflandırmada kamu düzenine ilişkin olarak birinci derecede öneme sahip olan kategoriler, birinci ve ikinci kategorilerdir. Üçüncü kategori nisbeten ikinci derecede öneme sahiptir. Bu üç kategorinin kapsamı dışında kalan somut sınırlama amaçları prensip olarak bu kategorilerin kapsamı içinde yer alan somut sınırlama amaçlarına göre, nisbeten daha düşük derecede öneme sahiptirler. Ancak bu kategorilerin arasındaki sınırların katı, mutlak bir anlamda görülmemesi gerekir. Örneğin üçüncü kategoride yer alan bir somut sınırlama amacı, somut olayın koşulları uyarınca çok büyük öneme sahip olabilir ve böylece birinci kategoriye denk bir önemde kabul edilebilir. Bu sınıflandırmaların anlamına veya işlevine gelince; kanaatimizce yasakoyucu birinci, ikinci veya üçüncü kategori kapsamına giren somut sınırlama sebeplerinden birisine dayanarak yasal bir sınırlama yapmaya kalktığında ve bu yasal sınırlamanın Anayasaya uygunluk denetimi sözkonusu olduğunda ölçülülük ilkesinin ilk iki alt ilkesine (elverişlilik ve gereklilik) uygun olmak koşulu ile, üçüncü alt ilke olan orantılılık testine sıra geldiğinde, birinci, ikinci veya üçüncü kategoriye giren bir (kamu düzenine ilişkin) somut sınırlama amacının büyük öneme sahip olduğu ve hukuki anlamda meşruiyet taşıdığına ilişkin bir tür karinenin sözkonusu olduğu söylenebilir. Elbette sözkonusu somut olayın koşulları incelendiğinde bu karinenin aksi ispat edilebilir ancak birinci, ikinci veya üçüncü kategori içinde yer almayan bir somut sınırlama sebebinin (orantılılık tartımı aşamasında) önem derecesini ve haklılığını kanıtlamak için yasakoyucunun daha yoğun bir ispat yükümlülüğü altında olacağı söylenebilir.

SONUÇ

Kamu düzeni kavramı üç farklı boyutta veya düzlemde ele alınabilir. Birinci boyutu; kamu düzeni kavramının tanımıdır. Doktrinde ve yüksek mahkeme kararlarında birbirinden az çok farklı tanımlar yapılmıştır. Bu tanımlar içinde hemen her hukuk dalında önemli yer işgal eden kamu düzeni

kavramını belli bir soyutluk seviyesinde ifade eden ve böylece kamu ve özel hukukun tüm dalları tarafından kamu düzenine ilişkin tanım olarak kullanılabilir nitelikte tanımlar mevcuttur. En kısa ve öz tanım; kamu düzeninin toplumun temel yapısını ve temel çıkarlarını koruyan kurallar bütünü olmasıdır. Bu tanımın yanısıra kamu düzenine ilişkin çeşitli tanımlarda kamu düzeni; uygulanmasında kamunun kesin yararı olan kurallar, toplumun önemli ve doğrudan doğruya menfaatlerini koruyan hukuk kuralları; kamu yararını, kamu vicdanı ve genel ahlaki çok yakından ilgilendiren hususlar olarak ifade edilmektedir. Bu tanımlardan yola çıkarak kamu düzeninin; toplumun, büyük öneme sahip olan ve toplum için büyük öneme sahip olması sebebiyle emredici nitelikte hukuk kurallarıyla korunan yararları olduğunu söylemek mümkündür. Elbette kamu düzeninin kapsamı içinde kabul edilen veya edilecek olan bu yararlar da kendi aralarında bir önem sırasına, önem açısından derecelendirmeye tabi tutulabilirler. Her yasa az veya çok kamu yararına olma özelliği taşımak zorundadır. Kamu düzeninin kapsamı içine giren kamu yararları ise alelade kamu yararı olmayıp, deyim yerindeyse yoğunlaşmış kamu yararlarıdır.

İkinci boyut olan kapsam meselesine gelince, esas sorun kamu düzenine ilişkin geniş ve soyut tanım seviyesinde değil, tanıma göre, nisbeten daha somut olan kapsamı belirleme, kapsamın sınırlarını çizme seviyesinde ortaya çıkmaktadır. Kamu düzeninin kapsamını, kamu veya özel hukuk kapsamı içinde olan her bir hukuk dalı, diğer hukuk dallarına göre az çok farklı bir biçimde belirlemektedir. Böyle olmasının sebebi her hukuk dalının kendi temel amacına, temel fonksiyonuna göre kamu düzeninin kapsamını şekillendirme çabasıdır. Dolayısıyla her bir hukuk dalının kamu düzeni için çizdiği kapsamın, diğer hukuk dallarının çizdiği kapsamın içine girmeyen bazı unsurları barındırması veya diğerlerinin çizdiği kapsam içinde yer alan bazı unsurları da barındırmaması söz konusu olmaktadır. Kamu düzeninin kapsamını belirleme bakımından en bariz farklılık kamu hukuku dalları ile özel hukuk dalları arasındadır. Kanaatimizce, her bir hukuk dalının kamu düzeninin kapsamını kendi temel amacına veya fonksiyonuna göre çizmesinin yerine tek bir kapsamın içeriğinin ortaya konulması daha uygundur. Kamu düzeninin kapsamını oluşturduğu kabul edilen unsurlar,

kamu düzeni kavramının genel ve soyut tanımlarına göre, nisbeten daha somuttur. Ancak bu unsurlar da, belli ölçüde soyutluk ve genellik özelliğini taşımaktadırlar. Bu unsurlar sayılarak kamu düzeninin kapsamı, sınırları genel olarak çizilir. Hemen hemen bütün hukuk dalları için geçerli olabilecek bir kapsamın, şu unsurlardan oluştuğu söylenebilir: “Türk hukukunun temel ilkeleri ve değerleri, Türk yasalarının temelinde yer alan temel adalet anlayışı, Türk yasalarının dayandığı genel siyaset, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler, milletlerarası alanda geçerli ortak prensipler, dürüstlük ilkesine dayanan normlar, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışına ilişkin ilkeler, siyasi rejime, iktisadi düzene ilişkin ilkeler, kamu güvenliği, sağlığı ve esenliğine ilişkin kurallar”. Her bir hukuk dalının, kamu düzeninin kapsamını oluşturan unsurların içinden, sadece kendi faaliyet alanıyla etkileşim içinde olanları dikkate alması doğaldır. Ama bu durum diğer unsurların, kamu düzeninin kapsamı dışında olduğu anlamına gelmez.

Üçüncü ve son boyut ise kamu düzeninin somut içeriğidir. Somut içerik yasa hükümleri yoluyla ortaya konur veya yasa hükümlerinde somutlaşma gerçekleşir. Kamu düzeninin kapsamını oluşturan her bir unsur yasada cisimleşir. (Bazı unsurlar doğrudan Anayasa normlarında cisimleşmiştir.) Somut içerik toplumdaki farklı olabileceği gibi aynı toplumda da zaman içinde değişebilir.

KAYNAKÇA

A. Gündüz ÖKÇÜN, *Devletler Hususi Hukuku'nun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, 2. Baskı, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara 1997.

A. Gündüz ÖKÇÜN, “Devletler Hususi Hukukunda Kazanılmış Hakların Tanınması ve Kamu Düzeni”, *Milletlerarası Hukuk Yazıları*, Birinci Baskı, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara 1998.

A. Şeref GÖZÜBÜYÜK / Turgut TAN, *İdare Hukuku (Cilt 1), Genel Esaslar*, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.

Ahmet Cemal RUHİ / Yavuz KAPLAN, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)”, *Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB)*, Yıl: 22, Sayı: 2, İstanbul 2002.

Aydanur GÜRZUMAR, “Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl: 14, Sayı: 1-2, 1994, Prof. Dr. Vedat Reşat Seviğ’e Armağan (MHB Özel Sayı), İ.Ü. Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul 1996.

Aysel ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2004.

Bakır ÇAĞLAR, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi”, *Anayasa Yargısı* 7, Ankara 1990.

Bülent Nuri ESEN, *Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 1966.

Bülent TANÖR, *Siyasi düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*, Öncü Kitabevi, İstanbul 1969.

Celal ERKUT, *Hukuka Uygunluk Bloku*, Birinci Basım, Kavram Yayınları, İstanbul 1996.

Cemal ŞANLI, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, Üçüncü Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2005.

Cemile Demir GÖKYAYLA, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni*, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.

Ender Ethem ATAY, *İdare Hukuku*, I. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.

Ergin NOMER, *Devletler Hususî Hukuku*, 14. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2006.

Esra ATALAY, “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Özgürlüğünün Anayasal Sınırları”, *İzmir Barosu Dergisi*, Ekim 1995, Sayı: 1-4 (4).

Esra ATALAY, *Türkiye’de Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Özgürlüğü*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 1995.

Fazıl SAĞLAM, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara 1982.

Fikret EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9.Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2006.

Gülşen KÖSE, “Kamu Düzeni Kavramı ve Kamu Düzenine Aykırılığın Sonuçları”, *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

Hüseyin HATEMİ, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1976.

İbrahim Ö. KABOĞLU, *Kolektif Özgürlükler*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır 1989.

İbrahim Ö. KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2002.

İlhan ÖZAY, *Gün Işığında Yönetim*, Alfa Yayınları, İstanbul 1996.

İsmet GİRİTLİ / Pertev BİLGİN / Tayfun AKGÜNER, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul 2006.

Kadir GÜNDOĞAN / Cihan KOÇ / Coşkun ÖZBUDAK, *Trafik Mevzuatı*, 3. Baskı, Kartal Yayınevi, Ankara 2007.

Kemal DAYINLARLI, “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65’inci Yaş Armağanı*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1988.

Laure ORTIZ, “Demokratik Bir Rejimde Terörizme Karşı Zorunlu Önlemler”, *İnsan Hakları ve Güvenlik*, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, (Yayın No: 1), Ankara 2001.

Lütfi DURAN, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

M. Kemal OĞUZMAN / Turgut ÖZ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Üçüncü Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2000.

M. Kemal OĞUZMAN, *Medeni Hukuk Dersleri*, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.

M. Kemal OĞUZMAN / Nami BARLAS, *Medeni Hukuk*, 13. Bası, Arıkan Yayınları, İstanbul 2006.

Kemal GÖZLER, *İdare Hukuku*, Cilt II, Ekin Yayınları, Bursa 2003.

Metin GÜNDAY, *İdare Hukuku*, 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2003.

Metin KIRATLI, *Koruyucu İdari Hizmetler*, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara 1973.

Münci KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, Yedinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1993.

Necip BİLGE, *Hukuk Başlangıcı*, 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.

Nihat BULUT, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılma Nedeni Olarak Genel Ahlak”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: IV, Sayı: 1-2.

Oktay UYGUN, *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı Kitabevi, İstanbul 1992.

Ömer ANAYURT, *Toplanma Hürriyeti Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Toplanma Hürriyeti*, Kazancı Kitabevi, İstanbul 1998.

Osman DOĞRU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, Cilt-I, 2.Bası, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara 2003.

Rona AYBAY / Esra DARDAĞAN, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2005.

Selâhattin Sulhi TEKİNAY / Sermet AKMAN / Haluk BURCUOĞLU / Atillâ ALTOP, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988.

Seyfullah EDİS, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993.

Sıddık Sami ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, III. Cilt, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.

Sıddık Sami ONAR, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, İkinci Cilt, İkinci Tabı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1960.

Tayfun AKGÜNER, *1961 Anayasasına Göre Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1983.

Yıldızhan YAYLA, *İdare Hukuku*, İkinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.

Yılmaz ALTUĞ / Mustafa YASAN, “Milletlerarası Hukukta Kamu Düzeni”, *Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan*, Birinci Basım, Alkım Yayınları, İstanbul 2003.

Ziya AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.