

# Avrupa Kamu Düzeni Kavramı

## Araştırma

### Özge OKAY TEKİNSOY\*

\* Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku ABD.

(Dr., Hacettepe University Faculty of Law, Administrative Law Department) (E-posta: oktekinsoy@hacettepe.edu.tr)

## ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin amacı, insan haklarını devletlerin tekelinden çıkarıp ulusal üstü organların yetkisi kapsamına geçirerek bir koruma sistemi organize etmektir. Bu özelliğiyle Sözleşme, diğer klasik uluslararası andlaşmalardan ayrılarak gelişkin bir kontrol aracılığı ile üye devletleri kolektif bir garanti sistemine bağlamaktadır. Böyle bir kontrolden doğan zengin bir içtihat temelinde AİHM, 23 Mart 1995 tarihli *Loizidou c/Türkiye* kararı ile Sözleşmeyi iddialı bir ifade kullanarak "Avrupa kamu düzeninin anayasal aracı" olarak nitelendirmiştir. Mahkeme, "anayasal" terimi ile üye devletlerin uymakla yükümlü oldukları temel kurallar bütünü'nün etkinliğine atıf yapmış; bunun dışında "Avrupa kamu düzenini" tanımlamamıştır. *Loizidou* kararından önce de öğretilerde bazı yazarlar tarafından, diğer uluslararası andlaşmalardan ve insan hakları metinlerinden farklı bir nitelikte olmasını vurgulamak üzere Sözleşme'nin "liberal demokrasilerin kamu düzenini" oluşturmaya yönelik hukuki bir metin olduğu belirtilmiştir<sup>1</sup>.

İdare Hukuku açısından Avrupa kamu düzeni kavramı, idare hâkimine kamu düzenini somutlaştırma işlevinde uygulayacağı kriterleri göstermesi açısından önemli bir kavramdır. Özellikle 1982 Anayasası'nın 90. maddesine 2004 yılında eklenen son fıkra ile idare hâkiminin, Avrupa kamu düzenini uygulaması konusunda normlar hiyerarşisi çerçevesinde yapılan tartışma bitmiştir; idare hâkimi bundan böyle usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde milletlerarası andlaşma hükümlerini uygulayacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, insan hakları, kamu düzeni, idare hukuku, liberal demokrasi.

## ABSTRACT

### The Concept of European Public Order

The aim of the "European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms" is to establish a protection system which ends the monopoly of the States on human rights by transferring them into the competence of supranational organizations. Thus, the Convention, unlike other traditional international treaties, provides a common system of guarantee by means of a well-established control mechanism. On the basis of the case law arising from such a mechanism, the European Court of Human Rights has strongly stated that the Convention is "a constitutional instrument of European public order" in the case of *Loizidou v. Turkey* on 23 March 1995. By using the term "constitutional", the Court refers to the effectiveness of the fundamental rules to which the contracting States are subject, whereas it does not define the concept of "European public order". Even before the above-mentioned decision of the Court, some authors, in order to emphasize the difference of the Convention to other international agreements and human rights documents, have already qualified it as a legal text of which the aim is to establish the "public order of liberal democracies".

In the administrative law, the concept of European public order is an important instrument providing the judge of the criteria to be used in concretizing the public order. The Article 90 of the 1982 Constitution amended in 2004, has ended the debate regarding the application of the European public order in the system of the hierarchy of norms. The judge shall apply the provisions of the Convention according to that Article stating that "in the case of a conflict between international agreements in the area of fundamental rights and freedoms duly put into effect and the domestic laws due to differences in provisions on the same matter, the provisions of international agreements shall prevail".

**Keywords:** European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, human rights, public order, administrative law, liberal democracy.

1 Süheyl BATUM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Sistemine Etkileri, İÜHF Yayını, İstanbul 1993, s. 55.

## GİRİŞ<sup>2</sup>

Uluslararası düzlemde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), insan haklarını ve temel özgürlükleri korumanın en önemli hukuksal araçlarından biridir. AİHS, insan haklarını ulaştırılması gereken idealler düzeyinden, uygulanması zorunlu hukuk kuralları düzeyine taşıyan en önemli uluslararası belge niteliğindedir. Bu Sözleşme'ye, Avrupa'nın ortak anayasası özelliği atfedilmektedir<sup>3</sup>. İnsan hakları alanında bu Sözleşme'nin kabulü ile ulusal özellikler ve farklılıklar meşru bir gerekçe olarak kabul edilmemektedir. Sözleşme, insan hakları konusunda bir standart teşkil etmektedir. Sözleşmeciler devletler bu standardı aşabilirler, fakat ihlal edemezler<sup>4</sup>.

AİHS, üye devletlerin bireylerin temel haklarını güvence altına almak amacıyla uymak zorunda oldukları ortak değerleri belirlemektedir. Sözleşme'nin Başlangıç kısmı üye devletlerin, insan haklarına ilişkin ortak bir anlayışa ve insan haklarına ortaklaşa bir saygıya bağlılığını; ortak bir kültürel ideal ve politik gelenekle hareket eden Avrupa hükümetleri olarak, hak ve özgürlükleri kolektif bir biçimde garanti altına almak için gerekli olan önlemleri alma yükümlülüklerini dile getirmektedir. Sözleşme'nin amacı, insan haklarını devletlerin tekelinden çıkarıp ulusal üstü organların yetkisi kapsamına geçirerek bir koruma sistemi organize etmektir. Bu özelliğiyle Sözleşme, diğer klasik uluslararası andlaşmalardan ayrılarak gelişkin bir kontrol aracılığı ile üye devletleri kolektif bir garanti sistemine bağlamaktadır. Böyle bir kontrolden doğan zengin bir içtihat temelinde AİHM, 23 Mart 1995 tarihli *Loizidou c/Türkiye* kararı ile Sözleşmeyi iddialı bir ifade kullanarak "Avrupa kamu düzeninin anayasal aracı" olarak nitelendirmekte tereddüt etmemiştir. Mahkeme, "anayasal" terimi ile üye devletlerin uymakla yükümlü oldukları temel kurallar bütününe etkililiğine atıf yapmış; bunun dışında "Avrupa kamu düzenini" tanımlamamıştır. *Loizidou* kararından önce de öğretide bazı yazarlar tarafından, diğer uluslara-

rası andlaşmalardan ve insan hakları metinlerinden farklı bir nitelikte olmasını vurgulamak üzere Sözleşme'nin "*liberal demokrasilerin kamu düzenini*" oluşturmaya yönelik hukuki bir metin olduğu belirtilmiştir<sup>5</sup>.

## I. Kavramın Anlamı

Avrupa kamu düzeni kavramına farklı açılardan farklı tanımlar getirilebilir<sup>6</sup>. AİHM'nin Sözleşme için "*Avrupa kamu düzeninin anayasal aracı*" demesi, Avrupa kamu düzeni kavramı ile kastettiği kamu düzeninin, kurumsal bir Avrupa'nın kamu düzeni olduğunu göstermektedir<sup>7</sup>. Bu düzeninin, ortak bir demokratik toplum anlayışı ve insan hakları rejimine ilişkin kurallardan oluşan bir düzeni ifade ettiği açıktır. Sudre'ye göre de Avrupa kamu düzeni kavramı AİHS'nin Başlangıç hükümlerine bir gönderme yapmaktadır. Bu hükümler, Sözleşme'yi imzalayan devletlerin, Sözleşme'nin kapsamında bulunan ortak değerleri tanıma ve korumanın vazgeçilmez olduğunu kabul ettiklerini öngörmektedir<sup>8</sup>. 7 Aralık 1976 tarihli ünlü *Handyside* kararında Mahkeme'nin altını çizdiği gibi, söz konusu edilen ortak değerler, çoğulcu, hoşgörülü ve açık bir demokratik topluma özgü ilkelere bünyesinde bulunan değerlerdir. Buradan, tıpkı Avrupa anayasaları kapsamında karşılaştırmalı anayasa hukukundan "insan hakları merkezli anayasal kamu düzeni" kavramının ortaya çıkması gibi, hakların korunmasında gerçek bir Avrupa standardı ortaya çıkmaktadır. Her iki durum da toplumsal değerler olarak insan haklarının devlete karşı üstünlüğünü ifade etmektedir<sup>9</sup>.

5 BATUM, Süheyl, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Sistemine Etkileri**, İÜHF Yayını, İstanbul 1993, s. 55.

6 Avrupa kamu düzeni, Avrupa devletlerinin ulusal kamu düzenlerinin ortak özelliklerini ifade edebileceği gibi kamu düzeninin Avrupa toplumunda geçerli olan anlayışı ve son olarak kurumsal bir Avrupa düzeni olarak kullanılabilir. İkinci anlamıyla kamu düzeni ulusal egemenliği dayatan bir direniş aracı iken üçüncü anlamıyla ulusal egemenliği aşmak için bir araçtır. Birbirine zıt bu iki perspektifi, benzer sorunsallar önererek birbirine uyumlu hale getiren ortak payda ise Avrupalılık'tır. Söz konusu sorunsallar hukuki olma niteliği ile ilgilidir. PICHERAL, Caroline, **L'ordre public européen: Droit européen et droit communautaire des droits de l'homme**, La Documentation Française, Paris 2001, s. 14.

7 SUDRE, Frédéric, "L'ordre public européen", **L'ordre public: ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux, Acte du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000**, Bruylant, Bruxelles 2001, s. 111.

8 SUDRE, s. 113.

9 Louis FAVOREU / autres (Ouvrage collectif). **Droit des**

2 Bu makale yazarın "İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı" adlı yayınlanmış doktora tezinden türetilmiştir. Özge Okay TEKİNSOY, İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011.

3 ERKUT, Celal, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, Yenilik Basımevi, İstanbul 2004, s. 121.

4 COHEN-JONATHAN, Gérard, **Aspects européens des droits fondamentaux**, Montchrestien, Paris 1996, s. 61.

Her ne kadar 1965 tarihli “*Accierie San Michel*” adlı kararnamede Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) bir topluluk kamu düzeninden bahsetmiş olsa da Topluluk hukuku bakımından Avrupa kamu düzeni kavramı için AİHM ile aynı anlamda bir referans yapılmamıştır. Bununla birlikte Amsterdam Andlaşması'nın adalet ve içişleri konularında Roma Andlaşması'na getirdiği değişiklikler, Konsey'in kamu düzeni tanımı sorununu tekrar gündeme getirmiştir. Bu açıdan Picheral'a göre, Avrupa kamu düzeni kavramını düşünürken Topluluk hukukunu dışarıda bırakmamak gerekir<sup>10</sup>. Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) Andlaşması, ilk halinde, bağımsız bir temel haklar bölümü içermemekteydi. Bu Andlaşma'da bazı temel haklar zikredilmiş ve bunların varlığı Topluluk tarafından açıkça tanınmıştır. ATAD, temel haklar ile ilgili içtihatlarında Topluluk hukukunda geçerli olan temel ilkelere dayanmış ve üye devletlerin ortak anayasa geleneklerine, uluslararası Andlaşmalara, özellikle de AİHS'ne başvurmuştur<sup>11</sup>. ATAD, bu konudaki içtihadını, kendisine Andlaşma'yı yorumlama ve Topluluk hukukunu uygulama yetkisi veren 220. maddeye dayandırırken aynı zamanda Avrupa Topluluğu'nun politik boyutunu da vurgulamıştır<sup>12</sup>. Divan 1969 yılında aldığı *Stauder* kararıyla temel hakları Topluluk hukuk düzeninin genel ilkeleri arasına yerleştirmiş ve bu haklara saygıyı sağlama konusunda kendini yetkili kılmıştır. ATAD 1974 ve 1979 yıllarında aldığı iki kararda üye devletler anayasalarının tanınan ve güvence altına alınan temel haklarla bağdaşmayan önlemleri kabul etmeyeceğini vurgulamış; böylece maksimum standart ölçüsünü benimsemiştir. Maksimum standart deyimi en üst ulusal güvencenin Topluluk düzenine uygulanmasını ifade eder. Ayrıca bu iki karar, AİHS'nin temel hakların güvence altına alınması ile

ilgili rolünü gündeme getirerek Sözleşme'yi Avrupa minimum standardı olarak nitelemiştir<sup>13</sup>.

İç hukukta kamu düzeninin fonksiyonel bir kavram olması gibi, Avrupa kamu düzeni kavramı da esas olarak fonksiyonel bir kavramdır. İlk bakışta, Avrupa kamu düzeni kavramının rolü iç hukuktan farklı gözükmemektedir. Kamu düzeni, birincisinde devletin yaptığı sınırlamalara karşı insan haklarını koruma fonksiyonunu yerine getirirken, diğerinde hak ve özgürlükleri sınırlama fonksiyonunu olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>14</sup>. Diğer taraftan Avrupa insan hakları hukukunda kamu düzeni, AET Andlaşması ve AİHS ile güvence altına alınan özgürlüklere karşı ileri sürülen bir araçtır. Kamu düzeninin bu fonksiyonu, ortak bir Avrupa kamu düzeni anlayışının ortaya çıkmasında bir engel olarak belirmektedir. Bu nedenle kamu düzeni için böyle bir ortak Avrupa anlayışının varlığının, topluluk çerçevesinde bugün henüz tamamlanamamış olan siyasi birliğe bağlı olduğu düşünülmektedir<sup>15</sup>.

Avrupa insan hakları hukukunda, Andlaşma'ya ya da Sözleşme'ye göre kamu düzeninden ne anlaşılması gerektiğini belirlemek konusunda yargıç yetkili olduğu halde, Lüksemburg ve Strazburg yargıçları ısrarla, bu alanda ortak bir anlayışın olmadığını ileri sürmüşler ve kamu düzeni kavramını açık bir şekilde sınırlandırmaktan kaçınmışlardır. Bu durum karşısında öğretilerde bazı yazarlar, kamu düzeni kavramında pratikte tanımlanamayan bir egemenlik kavramının saklı olduğunu ileri sürmüşlerdir<sup>16</sup>. Diğer taraftan, ortak bir kamu düzeni anlayışının varlığı da aynı anda savunulmuş ve özellikle topluluk hukukunda zaman içinde genel olarak kabul edilmiştir. Yargıç Pettiti, insan hakları Avrupa yargısının, ATAD'ın tanımına paralel olarak, belirli normların hazırlanmasında ve bir Avrupa kamu düzeninin kabul edilmesinde rol oynadığını ifade etmiştir. Bu yaklaşım yargıca göre AİHM'nin, Sözleşme'nin 8 ila 11. maddelerinin 2. paragrafları ile karşılaştığında, davalı devlet

**libertés fondamentales**, 4. éd., Dalloz, Paris 2007, s. 369-370.

10 PICALER, s. 14.

11 Volker BEHR / Erhan TEMEL, “Avrupa Kamu Düzeni”, içinde **Prof. Dr. Hayri Domanic'e 80. Yaş Günü Armağani**, C.2, İstanbul 2001, s. 1175.

12 [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/rights/treaties/fsj\\_rights\\_treaties\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/rights/treaties/fsj_rights_treaties_fr.htm), (erişim tarihi: 12.07.2009) 1 Mayıs 1999'da yürürlüğe giren Amsterdam Andlaşması ile AET Andlaşması ilk defa temel hakların korunmasına yönelik bir güvence sistemine kavuşturulmuştur. Bu konudaki ikinci önemli etap ise 2000 yılının Aralık ayında Temel Haklar Şartı'nın kabul edilmesi ve 2003 yılında yürürlüğe giren Nice Andlaşması'nın imzalanmasıdır. Nice Andlaşması 7. maddesi temel hakların ihlali riskine karşı önleyici bir mekanizmanın yanında ihlal durumu için bir yaptırım mekanizması öngörmektedir.

13 KABOĞLU, İbrahim Ö., “Avrupa Topluluğu ve İdari Yargı”, **I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap İdari Yargı**, 1-4 Mayıs 1990 Ankara, s. 307-308; Ayrıca bkz. İbrahim Ö. KABOĞLU, İbrahim Ö., “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, **Anayasa Yargısı**, C. 8, 1991, s. 302.

14 SUDRE, s. 111.

15 SUDRE, s. 111.

16 LYON-CAEN, Gérard, “La réserve de l'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation”, **Revue Trimestrielle de Droit Européen**, 1966, s. 693.

tarafından yapılan ulusal kamu düzeni savunması ile ilgili değerlendirme yapmaya davet edilmesi ile ortaya çıkmıştır<sup>17</sup>. Fakat şu açıktır ki, ne ilk görüşlerinde Komisyon, ne Mahkeme ne de öğreti, ulusal kamu düzeni ile ilgili Avrupa anlayışını Avrupa kamu düzeninin bir öncülü olarak görmüşlerdir. Picheral'a göre yine de iki tür kamu düzeninin yorumu arasında bir ilişki mevcuttur; birincinin yorumu ikincisi hakkında belirleyici olmaktadır<sup>18</sup>.

## II. Avrupa Kamu Düzeninin Unsurları

Ulusal yararlar kapsamında, Avrupa hukuk sistemlerinin ilik yerlerinden biri olan kamu düzeni, sadece özgürlük ve düzen arasında değil, birbirleriyle ilişki halindeki hukuk düzenlerinde bulunan emredici hükümler arasında da bir sentez gerçekleştirmektedir. Kamu düzeni kavramının ulusal bir boyuta sahip olması, açık bir gerçeklik olduğu kadar özel olarak korunan bir özelliktir. Kamu düzeninin Avrupa boyutu ise hukukun üstünlüğü, Sözleşme ile güvence altına alınan özgürlüklere saygı ve Avrupa bölgesine aidiyet fikri olmak üzere üç temel değerle etkisiyle zamanla gelişmiştir. Hukukun üstünlüğü ilkesi, hukuk devleti kavramı aracılığıyla öncelikle iç hukuk düzenlerinde benimsenmiştir. Bundan başka, Avrupa ve Topluluk insan hakları hukukları bu değere yeni bir içerik kazandırmıştır. Kısıtlandıkları durumlarda bile özgürlüklere saygı gösterme zorunluluğu, Fransız idare hâkiminin koyduğu klasik bir ilkedeki kaynağından kaynaklanmaktadır. Fakat bu zorunluluk, uluslararası sistemin etkililiği söz konusu olduğunda başka bir açılımı barındırmaktadır. Üçüncü eleman ise iç hukukta *a priori* yer almamaktadır ve bu nedenle göreceli olarak özgün bir karaktere sahiptir.

Farklı derecelerde de olsa bu değerler emredici niteliktedirler ve Avrupa kamu düzeninin unsurlarını oluştururlar. Gerek AİHM, gerekse ATAD tarafından hatırlatılan bu değerler, ulusal çıkarları ekarte etmeksizin, fakat bunların tanımlarına az çok yeni unsurlar ekleyerek ulusal makamları bağlamaktadırlar<sup>19</sup>.

17 PETTITI, Louis Edmond, "Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention - De l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui", içinde **sous la dir. L.E. PETTITI / E. DECAUX / P.H. IMBERT, La Convention européenne des droits de l'homme - commentaire article par article**, Economica, Paris 1995, s. 31.

18 PICHERAL, s. 20.

19 PICHERAL, s. 87.

## A) Hukukun Üstünlüğü İlkesi

Hukukun üstünlüğü öncelikle yasanın üstünlüğü anlamına gelmektedir. Bu ilke, Avrupa hukukunda, bir devletin koyduğu sınırlamaları ve istisnaları belirlemesi ölçüsünde hukuka uygunluk şartlarının bir unsurudur. Fakat ilkenin bu ilk anlamı, ölçülülük ve ayrımcılık yasağı gibi şartları kapsamadığından, onun anlamını, açık ve yargı denetimine tâbi bir hukuk kuralı ekseninde belirlemek daha uygun olacaktır.

Topluluk kendisine ait bir hukuku olduğunu iddia etse ve bu hukuk ile hukuki güvenlik ve etkili bir yargısal başvuru yolu garanti altına alınmış olsa bile AET Andlaşması AİHS'nin tersine, kamu düzeni tedbirlerinin, iç hukukta belirlenmiş niteliklere sahip bir temeli olmasını aramamaktadır. AET Andlaşmasında hukukun üstünlüğü ilkesine yapılan doğrudan atıflar çok nadir olmasına karşılık AİHS'de özgürlüklere yapılan tüm kamusal müdahalelerin yasayla öngörülmesi zorunluluğu getirilmiştir<sup>20</sup>.

### 1. Yasanın Anlamı

AİHS, kamusal makamların özgürlüklere müdahale etmesinin dayanağı olan "yasa"nın şekli ile ilgili bir kayıt içermemektedir. Bu anlamda Sözleşme kapsamında, yargı içtihadı kadar idari işlemlerin de "yasa" şartını yerine getirdiği kabul edilmektedir. Sözleşmede yer alan kurallarda "yasa" olarak adlandırılabilir. Sözleşme, insan haklarına getirilen sınırlamaların sadece yasakoyucu tarafından öngörülebileceğini savunan eski liberal anlayışı yansıtmamaktadır. Totaliter deneyimler göstermiştir ki, araçsal bir sebebin hizmetinde, yasa toplumun ideallerine ihanet edebilir ve bireyleri baskı altına alabilir. Sözleşmenin hazırlanması sırasında Danışma Meclisinde yapılan tartışmalar da ileri sürülen görüşler, Sözleşmeyi hazırlayanların bu gerçeği dikkate aldığını ortaya çıkarmaktadır<sup>21</sup>. Bu nedenle, sınırlamaların yasa ile öngörülme zorunluluğunun, demokratik toplum standardı açısından değil, hukuk devleti modeli bakımından anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür. Parla-

20 PICHERAL, s. 89.

21 "Öncelikle söz konusu olan, yasama organı tarafından yapılan ihlalleri ve kısıtlamaları önlemektir. Totalitarizmle mücadele değişmeli ve yürütme organından çok yasama organının aşırılıklarına karşı mücadele haline gelmelidir.", 8 Eylül 1949 günü yapılan oturumda M. BENVENUTTI'nin konuşmasından aktaran: PICHERAL, s. 96.

mento kontrolünün sağladığı korumanın yok sayılmaması için, seçilmiş bir yasama organı ile temel hakların sınırlanması arasındaki ilişkiye öncelik tanınmamıştır; asıl mesele vatandaşların kimi yetkilendirdiği değil, yasal normun açık, anlaşılır ve Sözleşmede öngörüldüğü biçimde insan haklarına uygun olmasıdır. Hukukun üstünlüğü ilkesinin gerektirdiği asgari bir korumayı gerçekleştirmek için, organik ve şekli kriterler yerine maddi kriterler belirleyici olmaktadır.

## 2. Yasanın Özellikleri

Sözleşme, yargı kararlarına göre, öncelikle yasanın ilgililer tarafından ulaşılabilir olmasını, ikinci olarak ilgilinin yasanın kendine uygulanması ile ortaya çıkacak sonuçları bilebilmesi anlamında anlaşılır olmasını ve hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmasını aramaktadır<sup>22</sup>. Burada, yasanın uygulanması niteliğindeki kararların içeriğinin önceden belirli olmaması ölçüsünde, normun öngörülebilirliğini etkilediği için takdir yetkisi sorunu gündeme gelmektedir. Maddi olguyu izlediği varsayılan hukukun değişik durumlara olduğu kadar hayatın değişen şartlarına da uyarlanabilmesinin zorunlu olduğu AİHM içtihatları ile kabul edilmiştir. Bireylerin korunması ve idari faaliyetlerin etkili olması gerekliliğinden kaynaklanan sebeplerle, genel terim ve kavramların kullanılması kaçınılmaz ve bazı durumlarda özellikle tercih edilir olmaktadır. Örneğin daha az belirsiz olduğu gerekçesiyle; çocuğun bakımını anne-babadan alma yetkisini, idarenin somut durumun koşulları içinde yaptığı değerlendirme ile belirlediği sebepler yerine, gerçekleşmiş olan belirli bir zararın varlığı şartına bağlayan bir düzenlemenin tercih edilmesi uygun değildir. Bununla birlikte, öngörülebilirlik şartı, takdir yetkisini inkâr etmeden yasanın belirli sınırlar çizmesini gerektirmektedir<sup>23</sup>.

AİHM bu konuda, söz konusu hukuk kuralında alınacak önlemin süresi, sebebi, amacı ve kapsamı gibi unsurlarının belirlenmesinin gerektiğini kabul etmektedir. Belirlilik derecesi ise müdahalenin ağırlığı ve sınırlanacak özgürlüğün önemine göre değişecektir. Mahkeme bir kararında, öngörülebilirlik kavramının kapsamının, söz konusu yasal

hükmün düzenlediği alana, içeriğine, ilgililerin sayısı ve niteliğine bağlı olduğunu söylemektedir<sup>24</sup>. Mahkemeye göre, örneğin organize suçlarla etkili bir mücadele veya milli güvenlikle ilgili gereklilikler daha esnek düzenlemeleri meşrulaştıran nedenlerdir<sup>25</sup>. Bununla birlikte yasa, keyfiliğe karşı bireye uygun bir koruma sağlamak için Yürütme yetkinin takdir yetkisinin kapsamını ve kullanıma biçimini, izlenmesi gereken meşru amaç bakımından yeterince net bir şekilde belirlemek zorundadır<sup>26</sup>. Mahkemenin, yasakoyucunun idareyi gerektiği kadar sınırlayıp sınırlamadığı konusundaki denetimi iç hukuk sisteminin bu alandaki bazı eksikliklerini telafi etmektedir. Sözleşme kapsamında öngörülebilir olma şartı, yasal düzenlemeden maddi anlamda yasa kastedildiği için daha genel bir içeriğe sahiptir. Yeterli ve etkili garantiler içermeyen yasal hükümlerin konusunu incelerken Mahkeme, yasanın kaleme alınışından kaynaklanan sorunları da değerlendirmektedir.

## B) Özgürlüklere Saygı

Kamu düzeni, ne AET Andlaşması'nda ne de AİHS'de, kendisi ile ilgili yasal düzenlemelerin çerçevesini aşan, genel nitelikte bir istisna olarak kabul edilmediği gibi, bu düzenlemelerde öngörülen hak ve özgürlüklerin aksini öngöremeyeceği bir ilke de değildir. Tam tersine istisna niteliğinde olduğu için dar yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir. Gerek ATAD gerekse AİHM içtihatları, kamu düzeninin, korumayı amaçladığı yarar bakımından gerekli olacak ölçüyü aşmayacak şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmişlerdir<sup>27</sup>. Fakat iki uluslararası yargı yerinin Avrupa hukukunun gerekleriyle ulusal çıkarlar arasındaki çatışmayı tartışma biçimleri farklıdır. ATAD'da ikisini birbirine yaklaştırma çabası hakim iken, AİHM hakların üstünlüğünü dayatmaktadır. Bununla birlikte iki sistem için de geçerli olan ortak kural, karar verme sürecinin hiçbir aşamasında ulusal makamların AET Andlaşması ve AİHS ile güvence altına alınmış olan özgürlükleri dikkate almama ser-

22 FABRE-ALIBERT, Véronique, "La Notion de la société démocratique dans la jurisprudence de la CEDH", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 1998, s. 485.

23 PICHERAL, s. 90.

24 CEDH, 28/03/1990, *Groppera Radio AG*, A/173, § 68, PICHERAL, s. 104.

25 CEDH, 02/08/1984, *Malone*, A/82, § 67; CEDH, 26/03/1987, *Leander*, A/116, § 51, PICHERAL, s. 98.

26 CEDH, 02/08/1984, *Malone*, A/82, § 68.

27 CJCE, 12/10/1978, 13/78, *Eggers*, Rec. s. 1935; CEDH, 26/04/1979, *Sunday Times I*, A/30, § 65, PICHERAL, s.

bestinin bulunmamasıdır. Söz konusu özgürlükler, kamu düzeni önleminin temelindeki gerekçeyi ve kullanılacak aracı belirlemektedirler<sup>28</sup>.

### 1. Sınırlama Sebebinin Uygunluğu

AİHM'nin istikrar kazanmış olan bir içtihadına göre, bir üye devletin müdahalesinin meşruiyeti, uygun ve yeterli sebeplere dayanmasına bağlıdır. Topluluk hukuku, buna ek olarak bu müdahalenin dayandığı sebeplerin diğer üye devletlerin vatandaşları ve malları bakımından bir ayrımcılık içermemesi şartını getirmektedir.

İlk bakışta yeterli sebep bulunması şartının Sözleşme ve Andlaşma tarafından öngörülmemiş olduğu söylenebilir de bu izlenim yanıltıcıdır. Belirli bir amaç doğrultusunda alınan bir önlem, bu amaç ile bir ilgisi olmayan sebeplere dayanmaz. Meşru gerekçe ile sebep unsurunun bağlanması, *Sunday Times* kararından beri AİHM'nin yaptığı denetimde kullanılan bir araç olarak uygunluk kriterlerinden birini oluşturmaktadır<sup>29</sup>. ATAD da aynı terminolojiyi kullanmamakla birlikte benzer bir biçimde amaç ve sebep arasındaki bağı denetlemektedir.

Amaç ve sebep arasında bulunması gereken uygunluk, devlet müdahalesinin uygun sebebe dayanıp dayanmadığını belirlemede kullanılan tek kriter değildir. Devletlerin yapacakları müdahale öncesinde maddi olguların nitelendirilmesi, kamu düzeni istisnalarının uygulanmasını sağlayan en önemli faktör olarak karşımıza çıkmaktadır. AİHM maddi olguların doğru biçimde değerlendirilip değerlendirilmediğini incelemektedir. Mahkeme, özellikle Sözleşme'nin 8. ve 10. maddesinde düzenlenen özgürlükler bakımından, ulusal makamların maddi olguları, önüne gelen uyuşmazlıkta söz konusu olan özgürlüğün niteliğine uygun bir biçimde nitelendirmesini aramaktadır. Örneğin Mahkeme, Alman yargı makamlarının, serbest mesleklerin reklamının yapılması konusunda, ifade özgürlüğü ile bağdaşmayan, çok katı bir ilke kullanmasının Sözleşme'yi ihlal ettiğine karar vermiştir<sup>30</sup>. Başka bir kararda da AİHM, Avusturya mahkemelerinin, doğruluğu ispatlanamayacak ni-

telikteki bir değer yargısını iftira olarak değerlendirerek, bu değer yargısını açıklayan kişinin cezai sorumluluğuna hükmetmesinin, fikir özgürlüğü ile bağdaşmadığını söylemektedir<sup>31</sup>.

### 2. Ölçülülük İlkesi

Gerek AİHM gerekse ATAD, bir kamu düzeni tedbirinin bu tedbirin amacı bakımından ölçülü olmasını aramaktadır. Mahkemelerin içtihatlarına göre ölçülülük ilkesi, üç unsurdan oluşmaktadır. Öncelikle söz konusu tedbir, ulaşılmak istenen amaç bakımından uygun ve etkili olması anlamında elverişli olmalıdır. İkinci olarak, sıkı bir biçimde gerekli olmalıdır; yani Devletin söz konusu özgürlüğü daha az sınırlandıran bir araç kullanması mümkün olmamalıdır. Son olarak da söz konusu tedbirin yol açacağı zararlar, ondan beklenen faydaları aşmamalıdır. Demek ki, ölçülülük kavramı sadece ulaşılmak istenen amaç bakımından değerlendirilmemektedir; ATAD ve AİHM'de uygulanan yöntemler farklı olmakla birlikte her ikisi de özgürlüklerin niteliğini denetime dahil etmektedir.

Yargıçlar, kamu düzenine yönelen tehlikenin yoğunluğu ile Andlaşma ve Sözleşme ile garanti altına alınan ilke ve hakları birlikte değerlendirmektedirler. AİHM, kamu yararının gereği ile özgürlüğün gereği arasında bir tartma işlemi yapmaktadır. Devlet, bir kamu düzeni tedbiri alırken kamu düzeninin gerekleriyle Sözleşme ile korunan yararlar arasında, AİHM'nin ifadesiyle "*adil bir denge*" ("*juste équilibre*", "*faire balance*") kurmak zorundadır. Adil denge kavramının zihinde yattığı izlenimin tersine, AİHM'nin kurduğu kamu düzeni-özgürlük terazisinde özgürlükler daha ağır çekmektedir<sup>32</sup>.

AİHM, hak ve özgürlüklerin kendi bünyelerinde mevcut olan zımnı sınırların varlığını kabul etmektedir. Fakat Mahkeme, özgürlüklerin kullanımını tamamen imkânsız hale getiren müdahaleleri Sözleşme'nin ihlali olarak görmektedir<sup>33</sup>. Bununla birlikte, idare hukukuna paralel olarak, olağanüstü hallerde ortaya çıkan istisnai nitelikte ciddi ve

28 PICHERAL, s. 107.

29 CEDH, 26/04/1979, *Sunday Times I*, A/24, § 63; CEDH, 24/03/1988, *Olsson*, A/130; CEDH, 27/03/1996, *Goodwin*, 1996-II, n°7, § 44, PICHERAL, s. 108.

30 CEDH, 25/03/1985, *Barthold*, A/90, § 58, PICHERAL, s. 109.

31 CEDH, 8/7/1986, *Lingens*, A/103, § 46; CEDH, 23/05/1991, *Oberschlick*, A/204, § 63.

32 PICHERAL, s. 125.

33 AİHM, *Winterwerp/Hollanda*, 24/10/1979, A/33, § 60 ve 75, Şeref GÖZÜBÜYÜK / Feyyaz GÖLCÜKLÜ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 145.



yaygın olaylar karşısında, özgürlüklerin radikal biçimde kısıtlanması durumu, 2, 3, 4 ve 7. maddelerde düzenlenmiş olan dokunulmaz haklar dışında Sözleşme kapsamında da meşrudur<sup>34</sup>.

ATAD içtihatlarında ise çatışma halindeki yararların tartılmasından çok alınan kamu düzeni tedbirinin amaca ulaşmak açısından zorunlu bir tedbir olması ve ayrımcılık yasağına uygun olması aranmaktadır<sup>35</sup>.

### 3. Ayrımcılık Yasağı

Kamu düzeni gerekliliklerinin belirlenmesinde ayrımcılık yapılmaması ilkesi, Topluluk hukukunda başvurulan bir kriterdir. Kolluk alanında bu ilke, üye devlet vatandaşı olmayan bireylere uygulanan tedbirler bakımından söz konusu olmakta ve benzer olayların değerlendirilmesinde kişi ve vatandaş olduğu devlet yönünden ayrımcılık yapılmamasını ifade etmektedir. Fakat Andlaşma'nın 48 ve 56. maddeleri uyarınca üye devlet vatandaşlarına uygulanmayan bir tedbir üye olmayan devlet vatandaşlarına uygulanabilmektedir. AİHM de üye devlet vatandaşlarının diğer vatandaşlara nazaran ayrı bir statüsü olduğunu ve üye devlet vatandaşı olan göçmenler lehine yapılan ayrımcılığı meşru olarak kabul etmektedir. Bunun anlamı ise şudur: Avrupa Birliği üyesi ülkelerin vatandaşlarının, kişisel, politik ve kolektif ifade özgürlüğü alanında yararlandığı bir koşuldaki, üye devlet vatandaşı olan bir yabancıdan da yararlanması esastır<sup>36</sup>.

### C) Avrupa Bölgesine Aidiyet Ölçütü: Demokratik Toplum Standardı

Sözleşme ve Andlaşma'yı onaylayarak, devletler belirli bir toplum modeline ve belirli ortak değerlere bağlılıklarını ifade etmiş; kendilerini, ortak bir

34 Sözleşmede öngörülen dokunulmaz haklar: 2. madde: Yaşama hakkı; 3. madde: İşkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve ceza yasağı; 4. madde: Kölelik ve zorla çalıştırılma yasağı; 7. madde: Suç ve cezaların kanuniliği prensibi.

35 Fakat ATAD eski sayılabilecek bir kararında AİHM'nin ölçülülük ilkesinin kontrolünde uyguladığı tartma işlemine benzer bir yöntem kullanmıştır. Olayda İngiltere, pastörize süt ve krema ürünlerinin ithalatını istisnasız bir şekilde, hiçbir devlette, İngiltere'nin sağlık kolluğu alanında geçerli olan normlarına uygun bir üretim sisteminin var olmadığını varsayarak yasaklamıştır. Divan, bu tedbirin topluluk yararları yönünden yol açtığı zararın, sağlık alanında sağladığı yararı aştığını belirterek İngiltere'nin Andlaşma'yı ihlal ettiğine karar vermiştir. CJCE, 04/02/1988, 261/85, Rec. s. 573; aktaran: PICHÉRAL, s. 125.

36 CEDH, 18/02/1991, *Moustaquim*, A/193, § 49; CEDH, 27/04/1995, *Piermont*, A/314, § 64, aktaran: PICHÉRAL, s. 117.

kültürel miras ve insan hakları alanında ortak bir anlayış bünyesinde birleşen bir grubun üyesi olarak kabul etmiş olmaktadır. Her bir üye devletin kendine özgü gereksinimlerini saklı tutan ulusal kamu düzeni kavramı, bu aidiyete aykırı bir durum yaratmamakta, aksine ulusal kamu düzeninin anlamı da bu çerçevede tanımlanmaktadır. Gerek Sözleşme'nin getirdiği koruma sistemi, gerekse Topluluk hukuku, hukuki bir normatiflik anlamında bir olması gereken dayatmayan, fakat belirli bir toplum bünyesinde kavramların karşılaştırmalı yorumları ve "demokratik toplum" standardı aracılığıyla, ortalama olarak kabul edilmiş bir "normal" anlayışına göre davranışları biçimlendirmeyi amaçlayan bir süreç yaratmışlardır.

Avrupa mekânının göreceli homojenliği, AİHS'de düzenlenen tüm kamu düzeni istisnaları için öngörülen bir koşul olan "demokratik bir toplumda" hükmüne fiilen etkili bir içerik sağlamaktadır. Topluluk üyesi tüm devletlerin, 1975 yılında Sözleşme'yi onaylaması, ATAD'ı da aynı standardı gözetmeye yöneltmiştir. Demokratik toplum standardı, bu iki Yüksek Mahkeme'nin uyguladığı ölçülülük denetiminde giderek artan bir öneme sahip olmuştur. Ölçülülüğün hesaplanmasında, temel özgürlüklerin değerinin artması, demokratik bir toplumda bunlara verilen önemin artmasına bağlıdır.

AET Andlaşması'nda yer alan hiçbir kamu düzeni hükmü böyle bir demokratik zorunluluğa gönderme yapmasa da, "demokratiklik" koşulu, devlete düşen yükümlülükleri öngören hükümlerde öngörülmüştür. Divan, bu referansı geniş bir şekilde yorumlamış ve vurgusunu güçlendirmiştir. Aynı şekilde AİHM içtihatlarında, "demokratik bir toplumda" ifadesinin özerkleştiği bir sürece tanık olmaktadır. Sözleşme organları, demokratik toplum kavramını, 1970'li yıllarda özellikle *Golder* ve *Handyside* kararları ile etkili bir yargılama kriteri olarak kullanmaya başlamışlardır. *Handyside* kararı, demokratik bir toplumun unsurlarını, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik olarak sıralamıştır. Mahkeme'ye göre, çoğulcu, hoşgörülü ve açık fikirli olmayan bir kurumsal rejime sahip bir toplum, bu rejim, hukukun üstünlüğüne dayanmış, yürütmenin etkin bir biçimde denetlendiği ve insana saygı gösteren bir rejim olsa bile, demokratik bir toplum değildir<sup>37</sup>.

37 CEDH, 26.04.1979, *Sunday Times I*, A/30, § 66.

## 1. Çoğulculuk İlkesi

Çoğulculuk ilkesini geniş bir şekilde yorumlayan Mahkeme, bu konudaki tutumunu özellikle ifade özgürlüğü (m.10) alanında ortaya koymuştur. Mahkemenin bu konudaki içtihadına göre, ifade özgürlüğü, sadece lehte olduğu kabul edilen, zarsız veya ilgilenmeye değmez görünen haber ve düşünceler için değil, fakat halkın bir kısmı ya da devlet açısından şok edici nitelikte çarpıcı ve rahatsız edici haber ve düşüncelere de uygulanır<sup>38</sup>. 10. maddenin sözünde bulunan 'haber' ve 'düşünce' kavramları Mahkeme tarafından geniş yorumlanarak sanat eserleri de bu kapsamda değerlendirilmiştir.

Avrupa yargıcı kararlarında din ve inanç özgürlüğü alanında da çoğulculuk ilkesinin varlığını aramıştır. Bu konuda *Kokkinakis* kararı bir prensip karar niteliğindedir. Bu karara göre, "9. maddenin koruduğu anlamda inanç, kanaat ve din özgürlüğü Sözleşme bakımından demokratik toplumun temellerinden biridir. Din özgürlüğü boyutunda, inanların kimliğini ve hayat anlayışlarını oluşturan temel unsurlardan birini oluşturduğu gibi ateistler, agnostikler ve kuşkucular için de temel bir değer teşkil etmektedir ve çoğulculuğun ayrılmaz bir parçasıdır."<sup>39</sup> Mahkeme, *Manoussakis* kararında ise demokratik toplum kavramının bir unsuru olan dini çoğulculuğun sağlanması gerekliliğini hatırlatarak Yunanistan'ın Ortodoks olmayan ibadetleri, özellikle de Yahova Şahitleri'ninkileri aşırı sınırlayıcı hatta yasaklayıcı koşullara bağlamayacağını belirtmiştir<sup>40</sup>.

AİHM kararlarına göre çoğulculuk ilkesinin hayata geçirilmesi gereken bir diğer alan eğitim alanıdır. Mahkeme *Kjildsen, Busk Madsen, ve Pederesen* adlı kararında bu alanda devletin biri pozitif, diğeri negatif olmak üzere iki yükümlülüğü olduğunu ortaya koymuştur. Birincisi devlete, eğitim ve öğretim alanında üstlendiği görevleri yerine

getirirken, eğitim programlarındaki bilgilerin objektif, eleştirel ve çoğulcu bir tarzda nakledilmesini gözetme görevi yüklemekte; ikincisi ise devletin eğitim hizmetini verirken anne-babaların inanç ve felsefi kanaatlerine saygı göstermeyip fikir aşılama amacını izlemesini yasaklamaktadır<sup>41</sup>.

Kamu düzeni tedbirlerinin meşru amaçlarını demokratik toplum kavramı altında birleştirerek Sözleşme, Mahkeme'ye devletlerin keyfi uygulamalarını disiplin altına almak için bir araç sağlamış olmaktadır. Bu anlamda kamu düzeni kavramı bir taraftan bütünleştirici bir etki yaratırken diğer taraftan sınırlayıcı bir unsur olmaktadır.

Kolektif özgürlükler alanında da Mahkeme, Sözleşme'nin 11. maddesi ile ilgili içtihatları ile çoğulculuk ilkesini uygulamıştır. Mahkemeye göre, Sözleşme'nin 11. maddesi sadece pozitif bir dernek kurma özgürlüğünü değil, aynı zamanda haksız yaptırımlara uğramaksızın bir derneğe ya da sendikaya üye olmama ya da üyelikten çıkma özgürlüğü şeklindeki bir negatif özgürlüğü de güvence altına almaktadır<sup>42</sup>.

Bunlardan başka Mahkeme, serbest seçimlerin önemini vurgulamaktadır. Mahkemeye göre serbest seçimler gerçek anlamda demokratik siyasi bir rejimin karakteristik prensiplerinden biridir. Bu açıdan Mahkeme siyasi çoğulculuğu güvence altına almakta ve üye devletlere belirli bir siyasi rejimi dayatmaktadır. Buna ek olarak Mahkeme 1 numaralı Protokolün 3. maddesini geniş şekilde yorumlamaktadır. Bu madde, özgür seçimlerle birlikte seçme ve seçilme özgürlüğünü de garanti altına almaktadır<sup>43</sup>.

## 2. Hoşgörü ve Açık Fikirlilik

Demokratik bir toplumun çoğulculuk dışındaki diğer unsurları olarak gösterilen hoşgörü ve açık fikirlilik kavramları daha çok Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında özel hayata ve aile hayatına saygı konularında gündeme gelmektedir. Ahlaki bir ilke olarak hoşgörü, Mahkeme'nin içtihatlarında demokratik toplumun bir unsuru olarak benimsenmiştir. Özel hayata saygı öncelikle özel hayatın gizliliğine saygılı olunmasını gerektirir. Avrupa

38 CEDH, 26.11.1991, *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, aktaran: FABRE-ALIBERT, Véronique, "La Notion de la société démocratique dans la jurisprudence de la CEDH", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 1998, s. 470; AİHM, 30.01.1998, *TBKP c. Türkiye*; AİHM, 25.05.1998, *Sosyalist Parti c. Türkiye*, aktaran: EREN, Abdurrahman, *Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklileri*, Beta, İstanbul 2004, s. 179.

39 CEDH, 25.05.1993, JCP, éd. G., 1994, s. 3472, n° 32.

40 SUDRE, Frédéric, "Droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", *Juris Classeur Périodique*, éd. G., 1997, n° 6-7, Chr., s. 71-78'den aktaran: FAIBRE-ALIBERT, s. 471.

41 AİHM, 07.12.1976, aktaran: EREN, s. 180.

42 FAVOREU et autres, *Droit des libertés fondamentales*, s. 439.

43 Bu konudaki kararlar için bkz. BERGER, Vincent, *La jurisprudence de la CEDH*, 7. éd., Sirey, Paris 2000.



yargıcı özel hayatın gizliliğine saygı hakkını her şeyden önce başkalarının bakışlarından uzakta yaşayabilme hakkı olarak kabul etmektedir. Özel ve mahrem hayatın korunması kaygısıyla kişinin konutu da korunmaktadır. Mahkeme konut kavramını geniş yorumlayarak, bazı iş yerlerini de bu kapsamda değerlendirmiştir. Kişiler arasındaki yazışmalar da bu korumadan yararlanmaktadır.

Mahkemeye göre özel hayata saygı hakkı özellikle, cinsel yaşamın özgürlüğü hakkını içermektedir. Bu hakkın temelinde kişinin özel hayatı kapsamındaki davranışlarına hoşgörü gösterilmesi ilkesi bulunmaktadır. Kişinin bu hakkı, başkaları için şok edici veya tedirgin edici nitelikte olsa bile kendi kimliğine ve seçimine uygun bir cinsel yaşam sürme özgürlüğü olarak tanımlanabilir. 26 Ekim 1988 tarihli *Norris c. İrlande* kararında Mahkeme, yetişkin bireylerin özel hayatlarında, rızaları dahilinde girdikleri homoseksüel ilişkilerin bir suçun konusunu oluşturamayacağını belirtmektedir. Aslında Mahkeme'nin bu konuyla ilgili tavrı, bu karardan 7 yıl önce alınan, ünlü *Dudgeon* kararında oluşmuştur<sup>44</sup>. Ünlü *Dudgeon* kararına göre, kişinin varoluş biçimini serbestçe belirlemesi hakkı, devletin onun cinsel davranışlarına karışmasını yasaklamaktadır<sup>45</sup>.

Devlet iktidarının, Sözleşme tarafından garanti altına alınmış olan haklar karşısındaki tutumuna yön verici bir unsur olarak demokratik toplum kavramı, yapılan sınırlamaların tamamını ortak bir düzen ve disiplin boyutuna taşımak amacıyla uzun süre bir birlik faktörü olarak işlev görmüştür. Kavramın bu etkisi, bugün "belirli demokratik toplumlar" şeklinde yapılan referansla zayıflatılmış; *Rekveyne*<sup>46</sup> kararında, doğu ülkelerinin özel tarihi koşullarının göz önüne alınmasıyla da Sözleşme'nin geçerli olduğu alan bölünmüş olmaktadır. Oysa içtihatlar ışığında demokratik toplum, sözleşmecî bir devletin özel durumu açısından tanımlanamaz. Komisyon ve Mahkeme, demokratik toplum kavramından idealizm ve tecrübenin sentezi olan bir model biçimlendirmişlerdir. Bu modelde Avrupa yargıcı, demokrasinin, çoğulculuğun kabulü anlamındaki

etik boyutuna, çoğunluğun yasasını ifade eden teknik boyutundan üstün bir değer atfetmiştir.

### III. Avrupa Kamu Düzeninin Türk İdare Hâkimi Tarafından Uygulanması

Türkiye, AİHS'ni 18 Mayıs 1954 tarihinde onaylayarak ve zaman içinde Sözleşme'ye ekli protokolleri de imzalayıp yürürlüğe sokarak, Sözleşme'de yer alan tüm hak ve özgürlüklere, hem kendi vatandaşları, hem de ülkesinde bulunan tüm yabancılar için uyma yükümlülüğü altına girmiştir. Bu yükümlülüğün gereği olarak da uluslararası güvence mekanizmasını işletmek, Sözleşme ile düzenlenen organların verecekleri kararlara uymak ve bunların iç hukukta hayata geçirilmesi için gerekli tedbirleri almak mecburiyetindedir.

Türkiye, Anayasa ile uluslararası andlaşmaların iç hukuk düzeninde doğrudan etki yaratacağını kabul etmiştir. Anayasa'nın 90. maddesine göre "usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz." Öğretide ve kimi yargı kararlarında uluslararası andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerinin yasalarla eşdeğer veya üstünde olup olmadığı, usulüne uygun bir şekilde onaylanarak yürürlüğe konulmuş bir andlaşmanın, Anayasa'ya veya yasalara aykırı olması halinde uygulamasının ihmal edilip edilemeyeceği meselesi hep tartışılmalıdır. 2004 yılında 5170 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliği ile 90. maddenin son fıkrasına eklenen cümleye göre "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." Bu düzenleme, uluslararası andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri ile ilgili tartışmaya temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar bakımından son vermekte, bunların normlar hiyerarşisinde, yasaların üstünde olduğunu öngörmektedir.

Türk hukuk sistemi, uluslararası andlaşmaların iç hukukta uygulanması bakımından tekçi bir hukuk düzeni olduğundan AİHS devletin bütün organları açısından olduğu gibi mahkemeler önünde de doğrudan uygulanabilirlik özelliğine sahiptir. Böylece AİHS ve ekli protokoller, idari yargı yerle-

44 AİHM, 22.10.1981, A/45, § 41, "Üye ülkelerin büyük çoğunluğunda söz konusu ilişkiler ceza yasalarına konu olmaktan çıkarılmıştır. Tüm bu gerçekler göz önüne alınca İrlanda mevzuatı Sözleşme'ye aykırılık arz etmektedir.", BATUM, s. 233.

45 FABRE-ALIBERT, s. 475.

46 CEDH, 20/05/1999, PICALER, s. 140.

ri tarafından da doğrudan uygulanması gereken hukuk kaynakları arasında yer alır<sup>47</sup>.

Danıştay, 1978 yılında verdiği *İsveç Radyo Televizyon Kurumu* kararında, idari işlemlerin hukuka uygunluk denetiminde iç hukuk kuralları yanında uluslararası sözleşmelerin de göz önünde tutulması gerektiğini belirterek uluslararası andlaşmaları hukuka uygunluk bloku kapsamına dahil etmiştir. Bu kararda Yüksek Mahkeme, hukuk devletinin insan haklarına saygı boyutunu vurgulayarak Avrupa Güvenliği ve İşbirliği Andlaşması Nihai Belgesi'ne referansta bulunmuştur<sup>48</sup>. Danıştay daha eski bir kararında da "Andlaşmaların iç hukuk kurallarına takdimen uygulanacağı yolundaki genel prensibin" varlığına işaret etmiştir<sup>49</sup>.

Danıştay'ın 1991 yılında verdiği bir danışma kararında ise iç hukukla uluslararası bir andlaşmanın çatışması halinde uluslararası andlaşmanın uygulanması gerektiği belirtilmiştir<sup>50</sup>. Fakat Türk idare hâkimi ulusal egemenlik kaygısı ile iç hukuk düzeninde anayasal temeli bulunsa dahi, uluslararası sözleşmelerde belirlenen ilke ve kurallara tek başına en üstün norm payesi atfetmemiş; bu kural ve ilkeleri gerektiğinde destek ölçü-norm olarak kullanmakla yetinmiştir<sup>51</sup>. Genel durum bu olmakla birlikte AİHS'nin "ulusal sistemi dönüştürme etkisi"<sup>52</sup> Türk hukukunda, kamu düzeni tedbir-

lerinin konusunu oluşturan alanlardan biri olan ifade özgürlüğü alanında Danıştay'ın 1991 yılında vermiş olduğu *Asım Aslan* kararında ortaya çıkmıştır<sup>53</sup>. Türk idare hâkimi ilk defa bu kararda AİHS'ni doğrudan yasal bir kaynak olarak uygulamıştır. Dava konusu işlem, bir kamu görevlisi olan Asım Aslan'ın yakınlarına gönderdiği yılbaşı tebrik kartlarında siyasi ve ideolojik içerikli ifadeler kullandığı, amirlerini alenen ve basındaki ifadeleriyle eleştirdiği gerekçesiyle görevden alma işlemidir<sup>54</sup>. Danıştay Aslan'ın tebrik kartında kullandığı ifadelerin 657 sayılı Kanunun 7/1. maddesinde düzenlenen, siyasi ve ideolojik beyanda bulunmak yasağı kapsamına girebilecek nitelikte olmadığını belirttikten sonra, bu nitelendirmesinin temeli olarak doğrudan AİHS'nin 10/2. maddesi ve Anayasa'nın 26. maddesini göstermiş; bu kapsamda AİHS'nin iç hukukta doğrudan uygulanabilir olma özelliğini vurgulamıştır<sup>55</sup>.

53 D.5.D, K. 1991/933, E. 1986/1723, T. 22.05.1991, Kararın ismi Celal ERKUT'un, Hukuka Uygunluk Bloku adlı kitabından alınmıştır.

54 Davacının disiplin cezasına konu olan ve tebrik kartında kullandığı ifadeler şunlardır: "Yeni Yılı'nızı insan haklarının çiğnenmediği, düşünce suçunun olmadığı; demokrasinin tüm kurumlarıyla işler hale geldiği, emekçi sınıfların da kapitalist sınıflar gibi örgütlenip devlet yönetiminde söz sahibi oldukları, milli gelirin adli dağıtıldığı, sosyal adaletin gerçekleştiği; ekonomimizin IMF'nin, holdinglerin, para babalarının çıkarlarına göre değil, çalışan geniş halk kitlelerinin çıkarlarına göre yönetildiği; kalkınmış, çağdaş uygarlık düzeyine ulaşmış, tam bağımsızlığın, özgürlüğün, barışın, kardeşliğin, dostluğun, sevginin egemen olduğu yepyeni bir Türkiye'nin özlemleriyle kutlar(ım) ..." (Karar metninden alınmıştır.)

55 "(...) söz konusu tebrik kartıyla davacının 657 sayılı Yasanın değişik 7/1.maddesinde öngörülen "siyasi ve ideolojik amaçla beyanda bulunmamak" yasağına aykırı hareket ettiğinden söz edilemeyeceğinden davacının eyleminin bu madde kapsamında değerlendirilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir.

Öte yandan dava konusu işlem, davacının yeni yıl tebrik kartı aracılığıyla yukarıda belirtilen kimi konular hakkındaki düşüncelerini açıklaması nedeniyle tesis edilmiş olduğuna göre, konunun düşünce açıklama özgürlüğünü ilgilendiren boyutu göz önünde tutularak, uyuşmazlığı insan hakları ile ilgili uluslararası hukuk kuralları ve Anayasa açısından da incelemek gerekli görülmüştür.

İnsan haklarına ilişkin uluslararası belgelerde yer alan hükümlerle bireyin uluslararası hukukun bir süjesi konumuna getirildiği tartışmasıdır. Bu belgelerde devlet, başka devletlere karşı, kendi vatandaşlarının bu haklardan yararlandırılacağına dair yükümlülük altına girmektedir.

1982 Anayasası, 1961 Anayasasından hemen hemen aynen alınan, 90.maddesinin son fıkrasında konuya ilişkin şu düzenlemeyi getirmektedir. 'Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.'

Uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırılığı ileri sürülmeyeceğine ve bu sözleşmelerle bir devlet diğer devletlere karşı sözleşmede yer alan hak ve hürriyetlerden kendi vatandaşlarını da yararlandırmak konusunda diğer devletlere karşı uluslara-

47 Ayrıca Sözleşme, tarafların amaçları, kurallarının konusu ve şekli itibarıyla da doğrudan uygulanabilme özelliğine sahiptir. BA-TUM, s. 43.

48 D.12.D, K. 1978/955, E. 1977/1349, T. 24.04.1978; "(...) İRTK kararında, genellikle yorumlandığı gibi, Yüksek Mahkeme bu anayasal ilkeler ile milletlerarası anlaşma kurallarını iptal hükmüne dayanak yapmış olmayıp, uyuşmazlığı bu yasal ve uluslararası düzenlemelerin ve genel hukuk kurallarının ışığında, ilgili kanun hükümlerine göre çözümlenmiştir." DURAN, Lütfi, "Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesi", *İnsan Hakları Yıllığı*, Yıl 2, 1980, s. 28.

49 D.12.D, K. 1970/1310, E. 1968/1117, T. 15.06.1970, YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, "Mayıs 2004'te Anayasa'nın 90. Maddesine Eklenen Hükümün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme", içinde **B. TANÖR Armağanı**, Legal, 2004 İstanbul, s. 795.

50 D.1.D, K. 1991/100, E. 1991/92, T. 14.06.1991, "İzmir Andlaşmasının gerek Anayasanın 90.maddesi gerekse 244 sayılı Yasa hükümlerine göre usulüne uygun biçimde yürürlüğe konulan milletlerarası bir andlaşma olduğu kuşkusuzdur. Bu niteliğiyle de uluslararası hukukun iç hukukla çatışma halinde dış hukukun önceliği kuralına göre sorunun çözümünde 5590 sayılı Kanun hükümlerinin değil, İzmir Andlaşmasının XXX.maddesi hükmü uyarınca üç Devletin aralarında "ECO Sanayi ve Ticaret Odası" kurulmasına olanak sağlayan hükmünün öncelikle uygulanması gerekmektedir".

51 ERKUT, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, s. 123.

52 GEMALMAZ, Semih, **Demokrasi Raporu**, Doğan Ofset Yayınevi, İstanbul 1991, s. 28.

Erkut bu kararda, Anayasa'nın 26. maddesinin pozitif norm olarak uygulanabilirlik niteliği bulunmaktayken, doğrudan Sözleşme hükmünün uygulanmasını yargılama yöntemi açısından yerinde

rası yükümlülük altına girmiş olduğuna göre, usulüne uygun şekilde onaylanarak yürürlüğe konulmuş bu nitelikte bir sözleşmenin Anayasaya aykırı hüküm taşısa bile uygulanmaktan alıkonulmayacağı, kendisinden önce veya sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı, ya da sonradan çıkarılan yasanın sözleşme kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek uygulanmasının saksaklanamayacağı Türk Hukukunda genellikle kabul edilmektedir. Anayasa, andlaşmaların Anayasa aykırılığının ileri sürülemediğini açıklamak suretiyle, iç hukuk yönünden andlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsediğini belirtmiş olmaktadır. Nitekim uygulamada Devletin bir andlaşma yaparken, eğer andlaşma ile Anayasa çatışuyorsa, bunu önlemek için çekince koyduğu, iç hukuk ile dış hukuk arasındaki çelişkiyi bu şekilde önlediği bilinmektedir. Örneğin Türkiye, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin Birinci Protokolünü onaylarken, çekince koyarak 430 sayılı Tevhidat Tedrisat Kanununun uygulanmasını sağlamıştır.

Anayasanın 90.maddesinin son fıkrasında yer alan "kanun hükmünde" sözcüklerinin, usulüne göre onaylanarak yürürlüğe konulan sözleşmelerin hukuksal değerinin ve bağlayıcılığının gösterilmesi yönelik olduğunda belirtmek gerekir. Söz konusu hükme göre iç hukukta doğrudan hukuksal sonuçlar yaratan uluslararası sözleşmelerin yukarıda belirtilen niteliği ve bunlara karşılı Anayasa Mahkemesine başvurulamaması ve böylece bu sözleşmelerin sonradan yapılacak ulusal yasal düzenlemelerle etkisiz kılınması yolunun kapatılmış olması bu sözleşmelerin iç hukukta yasalar üstü bir konumda olduğunu ve yürütme ve yargı organları için bağlayıcı nitelik taşıdığını apaçık ortaya koymaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi pekçok kararında, örneğin 274 sayılı Sendikalar Yasası ile ilgili 1967/29 sayılı kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11.maddesini bir Anayasa kuralı olarak değerlendirmiş ve böylece sözleşmenin Anayasal değer taşıdığını kabul etmiştir.

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri yukarıda belirtilen çerçevede ele almak ve bakılan davayla yakın ilgisi nedeniyle 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanarak, 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren ve 18.5.1954 tarihinde Türkiye tarafından onaylanan "İnsan Haklarını ve Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme" bir başka adıyla "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" üzerinde durmak gerekli görülmüştür. Adı geçen sözleşmenin 10.maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci tümceleri "Her fert ifade ve izhar hakkına sahiptir. Bu hak içtihat hürriyetini ve resmi makamların müdahalesi ve memleket sınırları mevzuubahis olmaksızın, haber veya fikir almak veya vermek serbestisini ihtiva eder ..." hükmünü taşımakta, ikinci fıkrasında da bu hak ve özgürlüklerin "... demokratik bir toplulukta, zaruri tedbirler mahiyetinde olarak, milli güvenliğinin, toprak bütünlüğünün veya amme emniyetinin, nizamı muhafazasının, suçun önlenmesinin, sağlığının veya ahlakın, başkalarının şöhret veya haklarının korunması, gizli haberlerin ifşasına mani olunması veya adalet kuvvetinin üstünlüğünün ve tarafsızlığının sağlanması için" ancak ve kanunla belirli merasime, koşullara, sınırlamalara veya yaptırımlara tabi tutulabileceğine işaret edilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini onaylamakla Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, bu sözleşmede yazılı hak ve özgürlükleri kendi vatandaşlarına da tanımak ve iç hukukunda sözleşme hükümleri doğrultusunda gerekli düzenlemeleri yapmak konusunda sözleşmeye taraf diğer devletlere karşı uluslararası bir yükümlülük altına girdiğinde kuşku yoktur. Nitekim Sözleşmenin 1.maddesinde

görmemektedir. Erkut, "AİHS'nin bir bütün olarak yasal düzenlemeler ile yaşama geçirilmeden doğrudan doğruya uygulanamayacağını; bireylerin doğrudan doğruya Sözleşme'den yararlandırılmasının ise ancak Sözleşme ile aynı doğrultuda hüküm içeren herhangi bir pozitif normun var ol-

"Yüksek Akid taraflar kendi kaza haklarına tabi her ferde işbu sözleşmenin birinci bölümünde tarif edilen hak ve hürriyetleri tanırlar." şeklinde kesin ve bağlayıcı bir kurala yer verilmekte; 57.maddesinde de "Her Yüksek Akid Taraf kendi dahili mevzuatının, işbu sözleşmenin bütün hükümlerinin fiilen tatbikini ne surette temin ettiği hususunda Avrupa Konseyi Genel Sekreterinin talebi üzerine izahat verecektir." denilmek suretiyle taraf devletlerin iç hukuklarında gerekli düzenlemeleri yapmak yükümlülüğü altında bulduklarına işaret edilmektedir. 15 Ocak 1989 tarihli Viyana Belgesiyle de, Viyana toplantısına katılan Devletler, iç hukuklarını, eylemlerini ve politikalarını taraf oldukları uluslararası anlaşmalar ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı belgelerindeki kararlarla uyumlu hale sokma taahhüdünde bulunmuşlardır. Doktrinde de belirtildiği üzere "bunun anlamı, bundan böyle, insan hakları ve temel hürriyetleri ile ilgili hiçbir şeyin sadece bir iç hukuk sorunu olarak görülemeyeceğidir" Olayda davacının Hukuk İşleri Müdürlüğü görevinden alınmasına neden olarak gösterilen yılbaşı tebrik kartında yer alan görüşler, yukarıda da değinildiği gibi, davacının kimi konularda, dilek ve temenni niteliğinde düşüncelerini belirtmekten ibarettir. Açık ve somut bir "kısırtma" yada "suça iteleme" niteliğinde olmadıkça herkesin düşüncelerini serbestçe açıklaması, demokratik toplum olmanın başta gelen temel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmektedir. Davacının yukarıda özetlenen görüş ve düşüncelerinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10/2.maddesinde yer verilen sınırlamaları aşan, başka bir anlatımla, ülkenin milli güvenliğini, toprak bütünlüğünü, kamu düzenini, genel sağlığı veya genel ahlakı, başkalarının şöhret veya haklarını ihlal eden yada gizli bilgileri açığa vuran bir yönü bulunmadığı cihetle, adı geçen bahsi geçen tebrik kartıyla demokratik bir toplumun bireyi olarak uluslararası sözleşmelerle kendisine tanınan hakkı kullandığı, dolayısıyla bu eyleminin dava konusu işleme hukuki sebep oluşturmayacağı açıktır.

*İşlemin, Anayasa açısından da hukuki temelden yoksun olduğunu vurgulamak gerekir. Anayasanın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlığını taşıyan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10/1.maddesine koşut düzenleme getiren 26.maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci tümceleri "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar." hükmünü taşımakta; ikinci fıkrasında da sözü geçen özgürlüklerin sınırlanabilme nedenleri tek tek sayılmak suretiyle gösterilmiş bulunmaktadır. Fıkraya göre, "Bu hürriyetlerin kullanılması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulüne belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü hallerde meslek sırlarının korunması, veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amacıyla sınırlanabilir." Dava konusu işleme neden yapılan ve içeriği yukarıda belirtilen yılbaşı tebrik kartında yer alan ifadeler davacının kimi konulardaki düşünce ve kanaatlerini dilek ve özlem biçiminde açıklamaktan ibaret olup; bu haliyle sözü geçen eylemin Anayasanın 26/1.maddesi kapsamında düşünülmesi gerektiğinden tesis edilen işlemden bu yönden de hukuka uyarlık görülmemiştir."*

maması halinde mümkün olacağını” savunmaktadır<sup>56</sup>. Anayasa’nın usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların yasa gücünde olduğu yönündeki açık hükmü karşısında bunların yasal düzenlemeler ile yaşama geçirilmesi gerektiği görüşüne katılmamaktayız.

Anayasa’nın 90. maddesinde yapılan değişiklikten sonra bir yasa hükmünün Sözleşme ile çatışması halinde de söz konusu yasal normun ekarte edilerek Sözleşme’nin doğrudan uygulanması gerekmektedir. Hatta söz konusu kuralın Anayasa’ya eklenmesinden önce de Danıştay’ın uygulaması bu yönde olmuştur. *1402’likler* kararında Yüksek Mahkeme, dava konusu işlemi AİHS ve Türkiye’nin taraf olduğu başka bir uluslararası sözleşme olan İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında 111 Sayılı Sözleşme bakımından da değerlendirmiş; dava konusu işlemin dayanağı olan Sıkıyönetim Kanunu’nun 2. maddesinin söz konusu ILO Sözleşmesi’nin 4. maddesine ve AİHS’nin 2. maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir. Danıştay bu kararında sonraki bir kanun hükmüyle çelişen uluslararası sözleşmeleri doğrudan uygulayarak uluslararası andlaşmaların yasalardan üstün olduğu tezini benimsemiştir<sup>57</sup>. Bu kararla birlikte yukarıda anılan 1991/100 sayılı danışma kararı göz önüne alındığında 2004 yılında Anayasa’nın 90. maddesine eklenen “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” hükmünün zaten Danıştay içtihatları ile Türk hukuk düzenine girmiş ve uygulanmakta olduğu söylenebilir.

Yüzbaşıoğlu’na göre “bu hüküm, Türk hukuk düzeni bakımından bir yenilik olmayıp; içtihadi hukukun pozitifleştirilmesinden ibaret ve dolayısıyla, sadece uygulamada bazı olası tereddütleri gidermek gibi sınırlı katkı sağlayacak bir hüküm olabilecektir.”<sup>58</sup> Gönenç’e göre de bu hüküm, ulus-

lararası insan hakları normlarını doğrudan uygulamakta çekingen davranan Türk yargıçlarını bu konuda teşvik edici hatta zorlayıcı niteliktedir. Ayrıca bu değişiklik, 1982 Anayasası’nın temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kapalı sistemini, sürekli değişip gelişen uluslararası insan hakları normlarının dinamik yapısına açmak konusunda da önemli bir işlev görebilir<sup>59</sup>.

*Asım Aslan* kararı, Danıştay’ın AİHS’ni doğrudan uyguladığı tek karar olma özelliğini korumaktadır. Yüksek Mahkeme diğer alanlarda olduğu gibi kamu düzeni tedbirlerinin yargısal denetiminde de Sözleşme’yi doğrudan ölçü norm olarak değil, fakat destek ölçü norm olarak uygulamaktadır. Örneğin Danıştay bir pasaport başvurusunun reddi işlemine karşı açılan bir davada Sözleşme’ye Ek IV sayılı Protokol’de herkesin kendi ülkesi de dahil olmak üzere her ülkeyi terk etmekte serbest olduğu düzenlemesine referans yaparak davacının yurtdışına çıkmasının genel güvenlik açısından sakıncalı olabileceğine, ülkemiz aleyhine faaliyetlerde bulunabileceğine ilişkin somut bir tespitin bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir<sup>60</sup>. Danıştay yakın tarihli başka bir kararında, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nun yayın ilkelerinin ihlali gerekçesiyle bir yayın kuruluşunun uyarılması işlemi hakkında yaptığı denetimde Sözleşme’nin 10. maddesini ve Avrupa Sınırlaması Televizyon Sözleşmesi’nin 7. maddesini,

59 GÖNENÇ, Levent, “1982 Anayasası’nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar”, [http://www.yasayana-nayasa.ankara.edu.tr/docs/analizler/90\\_madde.pdf](http://www.yasayana-nayasa.ankara.edu.tr/docs/analizler/90_madde.pdf), (erişim tarihi, 14.03.2009), Gönenç bu değişikliğin yol açabileceği bazı sorunlara da değinmiştir. Yazara göre, 90. maddenin 2. ve 3. fıkraları uyarınca, TBMM’nin onayı olmaksızın yürürlüğe giren bazı uluslararası andlaşmaların, maddeye eklenen söz konusu düzenleme ile TBMM’nin iradesinin bir ürünü olan yasalar karşısında üstünlük kazanması, Anayasa’nın 7. maddesinde düzenlenen yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi ile çeliştiği söylenebilir. Öte yandan yürütme organının yasama organından geçiremeyeceğini düşündüğü düzenlemeleri bu yolla yasama organının denetiminden kaçırma çalışması da mümkündür. Ayrıca yapılan değişiklikte, hangi andlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşma sayılacağı konusunda bir açıklık yoktur. Bu belirsizlik uygulamada önemli sorunların ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Son olarak uluslararası andlaşmalarla yasalar arasında bir uyumsuzluk olup olmadığını kimin tespit edeceği sorunu söz konusu olmaktadır. Bu konuda alt derece mahkemelerle üst derece mahkemeler ve üst derece mahkemelerin farklı dairelerinin farklı değerlendirmeler yapması durumunda sorunun nasıl çözüleceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Gönenç bu sorunla ilgili olarak Türk hukuk sistemine yasalar açısından bir ön denetim kurumunun getirilmesini önermektedir.

56 ERKUT, Celal, **Hukuka Uygunluk Bloku**, Kavram Yayınları, İstanbul 1996, s. 94.

57 D. İBK, K. 1989/4, E. 1988/6, T. 07.12.1989, **Danıştay Dergisi** 1990, s. 50; Bknz. TARHANLI, Turgut, “Avrupa Düzeni ve Anayasal Düzen İlişkisinde Hukukun ve Yargıcın İşlevi”, içinde **B. TANÖR Armağanı**, Legal, İstanbul 2004, s. 676; YÜZBAŞIOĞLU, s. 795; MEMİŞ, Emin, “**Kanun Hükmünde” Andlaşma ve Danıştay Uygulaması**, Alfa Yayınları, İstanbul 2004, s. 143.

58 YÜZBAŞIOĞLU, s. 797.

60 D.10.D, K. 1998/4442, E. 1998/4832, T. 14.10.1998.

3984 sayılı Yasa'nın 4.maddesinin (k) bendi ile birlikte destek ölçü norm olarak uygulamıştır<sup>61</sup>.

AİHM kararlarının idari yargı denetimindeki rolü bakımından ise 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 53. maddesinin 1. fıkrasına, 4928 sayılı Kanunla eklenen (i) bendinde yer alan düzenleme yol göstericidir. Bu düzenlemeye göre idari yargı yerlerinden birinde verilen bir kararın, "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin, AİHM'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması" halinde yargılamanın yenilenmesi istenebilir. Danıştay çok yakın tarihli bir kararında bu kuralı uygulayarak, AİHM'nin kesinleşen bir kararı nedeniyle yapılan yargılanmanın yenilenmesi talebini kabul etmiş ve dava konusu işlemi iptal etmiştir<sup>62</sup>.

Yargılamanın yenilenmesi, idari yargı yerinden kaynaklanan bir ihlalin tespitinin gereklerini yerine getirmek amacıyla iç hukuk düzenine etki eden genel bir tedbir niteliğindedir<sup>63</sup>. Bu yöntem Sözleşme'ye aykırı olan idari yargı kararlarının gözden geçirilerek düzeltilmesini sağlar ve devleti tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtarabilir. Ayrıca AİHM'nin uyguladığı insan haklarına ilişkin Avrupa standartlarının idari yargı tarafından yeknesak bir biçimde uygulanmasına ortam hazırlayarak iç hukukta insan hakları hukukunun uyumlu bir şekilde gelişmesini sağlar<sup>64</sup>.

61 D.13.D, K. 2005/556, E. 2005/947, T. 22.02.2005.

62 D.8.D, K. 2006/4857, E. 2007/69, T. 19.01.2007.

63 DOĞRU, Osman, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkileri", **Anayasa Yargısı** 2000, C.17, s. 198.

64 ÜNAL, Şeref, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri", **Anayasa Yargısı** 2000, C.17, s. 64.

## SONUÇ

Avrupa kamu düzeni kavramı, kişiler, üye devletler ve hukuk sistemleri bakımından önemli sonuçlar doğuracak bir kavramdır. Bireyler açısından, Topluluk kamu düzeni, üye devletlerin yetkilerinin azaldığı alanlarda, hak ve özgürlüklere getirilecek yeni sınırlamaların kaynağı olabileceği gibi irade özgürlüğünün alanını daha fazla genişletebilecektir. AİHS bakımından ise hak ve özgürlükler lehine daha etkin bir korumayı ifade etmektedir. Devletler yönünden Avrupa kamu düzeni kavramı, egemenliğin sınırlanması sonucunu doğurmakta ve bu anlamda ulus-devlet modelinin sorgulanmasını gündeme getirmektedir. Avrupa hukuk sistemleri bakımından ise üçlü bir etki yaratmaktadır. Bu açıdan hem bir istikrar unsuru, hem bir yetki aracı, hem de Avrupa hukuk düzenleri arasındaki farklılık ve çatışmaları uzlaştırmada kullanılan bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>65</sup>.

İdare Hukuku açısından Avrupa kamu düzeni kavramı, idare hâkimine kamu düzenini somutlaştırma işlevinde uygulayacağı kriterleri göstermesi açısından önemli bir kavramdır. Özellikle Anayasa'nın 90. maddesine 2004 yılında eklenen son fıkra ile idare hâkiminin, Avrupa kamu düzenini uygulaması konusunda normlar hiyerarşisi çerçevesinde yapılan tartışma bitmiştir; idare hâkimi bundan böyle usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde milletlerarası andlaşma hükümlerini uygulayacaktır.

65 PICAL, s. 21.

## YARARLANILAN KAYNAKLAR

- BATUM, Süheyl, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Sistemine Etkileri**, İÜHF Yayını, İstanbul 1993.
- BERGER, Vincent, **La jurisprudence de la CEDH**, 7. éd., Sirey, Paris 2000.
- COHEN-JONATHAN, Gérard, **Aspects européens des droits fondamentaux**, Montchrestien, Paris 1996.
- DOĞRU, Osman, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkileri", **Anayasa Yargısı** 2000, C.17.
- EREN, Abdurrahman, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklileri**, Beta, İstanbul 2004.
- ERKUT, Celal, **Hukuka Uygunluk Bloku**, Kavram Yayınları, İstanbul 1996.
- ERKUT, Celal, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, Yenilik Basımevi, İstanbul 2004.
- FABRE-ALIBERT, Véronique, "La Notion de la société démocratique dans la jurisprudence de la CEDH", **Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme** 1998.
- GEMALMAZ, Semih, **Demokrasi Raporu**, Doğan Ofset Yayınevi, İstanbul 1991.
- GÖNENÇ, Levent, "**1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar**", [http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/docs/analizler/90\\_madde.pdf](http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/docs/analizler/90_madde.pdf), (erişim tarihi, 14.03.2009).
- KABOĞLU, İbrahim Ö., "**Avrupa Topluluğu ve İdari Yargı**", I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990 Ankara.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı", **Anayasa Yargısı**, C. 8, 1991.
- Louis FAVOREU / autres (Ouvrage collectif). **Droit des libertés fondamentales**, 4. éd., Dalloz, Paris 2007.
- LYON-CAEN, Gérard, "La réserve de l'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation", **Revue Trimestrielle de Droit Européen**, 1966.
- MEMİŞ, Emin, "**Kanun Hükmünde" Andlaşma ve Danıştay Uygulaması**, Alfa Yayınları, İstanbul 2004.
- PETTITI, Louis Edmond, "**Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention - De l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui**", içinde sous la dir. L.E. PETTITI / E. DECAUX / P.H. IMBERT, La Convention européenne des droits de l'homme - commentaire article par article, Economica, Paris 1995.
- PICHERAL, Caroline, **L'ordre public européen: Droit européen et droit communautaire des droits de l'homme**, La Documentation Française, Paris 2001.
- SUDRE, Frédéric, "**L'ordre public européen**", L'ordre public: ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux, Acte du colloque de Caen des 11 et 12 mai 2000, Bruylant, Bruxelles 2001.
- Şeref GÖZÜBÜYÜK / Feyyaz GÖLCÜKLÜ, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.
- TARHANLI, Turgut, "**Avrupa Düzeni ve Anayasal Düzen İlişkisinde Hukukun ve Yargıcın İşlevi**", içinde B. TANÖR Armağanı, Legal, İstanbul 2004.
- ÜNAL, Şeref, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri", **Anayasa Yargısı** 2000, C.17.
- Volker BEHR / Erhan TEMEL, "**Avrupa Kamu Düzeni**", içinde Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.2, İstanbul 2001.
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, "**Mayıs 2004'te Anayasa'nın 90. Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme**", içinde B. TANÖR Armağanı, Legal, İstanbul 2004.