

## HUKUKUN GENEL İLKELERİ VE ANAYASA YARGISI (Özgürlükler Hukuku Açısından Bir Yaklaşım)

**Doç. Dr. İbrahim Ö. KABOĞLU\***

- Hukukun Genel İlkeleri (I).
- Anayasa Yargısının norm yaratma yoluyla özgürlükleri Koruması (II).
- Anayasa Yargısı: Hak ve özgürlük genel ilkeleri (III).
- Avrupa İnsan Hakları Divanı ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı: Özgürlük genel ilkeleri jürisprüdansı (IV).

### I- HUKUKUN GENEL İLKELERİ

Hukukun genel ilkeleri kavramı, tanımı, işlevi ve tasnifi sorunları çerçevesinde belirginleştirilmeye çalışılarak konunun sınırları belirlenecektir.

#### A) Tanım Sorunu

Hukukun Genel ilkeleri (HGI) üzerine tanımların çeşitliliği, bu kavramı belirginleştirmenin güçlüğü gösterir. Soyuttan somuta giderek hukukun genel ilkeleriyle ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymaya çalışalım.

Hukukun genel ilkeleri, bir görüşe göre, "felsefi, ahlaki, sosyolojik ve ekonomik alanda" ortaklaşa biçimde benimsenen kavramların "hukuk dilindeki anlatımı"ni temsil ederler (1).

Hukukun genel ilkeleri, deyimden en geniş anlamında, doğaları, konuları ve ereklilikleri nedeniyle aralarında yakın ilişkiler bulunan

(\*) M.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

(1) Bkz. **A.-S. Mencheriakoff**, "La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente", A.J.D.A., Décembre 1976, s. 596.

bir özel kurallar topluluğunu açıklayan, sistemleştiren ve düzene koyan ilkeleri ifade eder (2). Başka bir anlatımla, çok sayıda somut durumu içine alan ve her somut durumu daha bütüncü bir biçimde düzenleyen birçok özel norma temel oluşturan hukuk normları, hukukun genel ilkeleri olarak nitelenir (3).

Hukukun genel ilkeleri, toplumsal bir gereksinime, ortak adalet duygusuna dayanır (4). Gücünü ise, kolektif hukuk vicdanına uygunluğundan alır (5); o şekilde ki, yasakoyucu onların varlığını tesbit etme ödevini kendinde göremez (6). Hukukun genel ilkeleri, toplumun veya "yasaların ruhu"nun gizli kalan özelemleridir (7). Hukukçuların yarattığı ilkeler, kendine özgü teknikler kullanılıyorsa da, hepsi ortak bir idealden esinlenerek, özel kişilerin ve topluluğun çıkarlarının uzlaşmasına dayanan, her durumda ortak adalet duygusuna en uygun çözüme ulaşma idealidir (8). Kısacası., sürekli ve evrensel hukuki düşüncenin yansıması olarak ifade edilebilecek hukukun genel ilkeleri, **genellilik**, **süreklilik** ve **askınlık** (transcendance, üstünlük) öğelerinde somutlaşır (9). Daha doğrudan anlatımla, bu özellikler, kavramın içeriğini tanımlar.

Hukuka hakim olan ve onun gelişimini yönlendiren ilkeler (10), yargılama işlevinin en yaratıcı ve en nazik yönlerini gündeme getirir (11). Jürisprüdans tarafından ortaya konan, yaratılan ilkeler, gücünü, "yargıcın normatif iktidarı"ndan alır. Hukuksal değer planında, HGİ, emredici hükümlü içtihadî normlardır (12).

Hukukun genel ilkelerinin varlığı, tanınması, hukukun yasa ile çakışmadığını gösterir.

- (2) **P. de Visscher**, aktaran **Paul Oriante**, Introduction au Système Juridique, Bruylant Bruxelles 1982, s. 75.
- (3) **Lukik**, "Théorie de l'Etat et du droit", Dalloz, 1974, pp. 545-546 (aktaran **Oriante**, a.g.e., s. 76).
- (4) **G. Van Der Meersch**, aktaran, **S. Marcus-Helmons**, "Les protections et les garanties constitutionnelles des droits et des libertés", in Le Nouveau Droit Constitutionnel, Bruylant Bruxelles 1987, s. 41.
- (5) **F. Geny**, belirten **Marcus-Helmons**, "Les protections et les garanties...", s. 41.
- (6) **M. Waline**, aktaran **Marcus-Helmons**, aynı yerde.
- (7) **J.-L. Bergel**, "Théorie Générale du Droit", Dalloz 1985, s. 96.
- (8) **R. David**, "Les grands systèmes de droit contemporains", Septième éd., Dalloz, 1978, s. 154.
- (9) **Bergel**, Théorie Générale du Droit, s. 96.
- (10) **J. Boulanger**, (aktaran **Marcus-Helmons**, s. 40).
- (11) **G. Van Der Meersch**, (aktaran **Marcus-Helmons**, s. 41).
- (12) **İ. Kaboğlu**, Kolektif Özgürlükler, DÜHF yay., 1989, s. 173.

Yazılı hukuk sistemlerinde “**genel ilkeler**”in tanınması oldukça yeni bir fenomendir (13). Kıta Avrupası Devletlerinde, Roma–germen hukuk familyasına mensup ülkelerde, aralarında farklılıklar bulunmakla birlikte, hukukun genel ilkeleri, hukukun kaynağı olarak kurallar kademesindeki yerini almış bulunmaktadır.

**Alman İdare Hukuku Traité**’sinde Ernst FORSTHOFF, modern toplumda kullanılması gereken kimi temel normları tesbit eder. (14). Bu normlar, yurttaşların eşitliği ilkesini ve şu ilkeyi içerir: İnsanın –yiyen, içen ve uyuyan doğal varlık olarak– temel ihtiyaçları için devletin zorunlu korunmasını isteme hakkı olduğuna dair ilke. Bu ilke, Devletin bireyleri kendileri için zorunlu olan gıda veya konutun yoksun kılarak itaate zorlayamamasını gerekli kılar. Bu şekilde hukuk ilkelerinin tanınması, doğal hukuk kuramının kabul edilmesini anlatmaz.

**Belçika**’da hukukun genel ilkelerinin ortaya çıkması hukuki düşüncenin genel bir evriminin sonucudur. Belçika Yargıtay’ı (Cour de Cassation) yenilerde, genel ilkeler kuramının hazırlanmasında önemli bir rol oynamıştır. Gerçekten Yüksek Mahkeme, “hukukun genel ilkeleri”ne dayanarak karar bozmaktadır (15).

**Fransa**, özgül tarihsel durumu nedeniyle yasama pozitivizmi tezlerine karşı tepki olarak, hukukçuların hukukun evrimine katkılarını gerçekleştirmelerinin en doğal olduğu bir ülkedir (16). Hukukun genel ilkelerinin en gelişmiş olduğu alan, idare yargıcının yarattığı idare hukukudur. Bu fenomen, tedvin edilmemiş bir hukukun normlarının dağınık özelliği ve idare hukukunun göreceli özerkliği ile açıklanabilir. G. Vedel ve P. Delvolvé, bunu şu şekilde doğrular. Genel ilkeler, yargıç tarafından hukukun yaratılması değil, daha çok “keşfi” (orta-

---

(13) HGI’nin yeni bir fenomen olmasında, öncelikle, hukuki düşünce üzerinde uzun zaman etkisini gösteren tabii hukukçuluğun etkisinin gerilemesi; sonra, çağdaş pozitif hukukun içinde geliştiği koşullar neden olarak öne sürülür. Bu anlamda HGI, yasakoyucunun dikkatinden kaçan boşlukları doldurmak için gelişen ve içihadi uygulamanın yavaş yavaş ortaya çıkardığı ilkelere (Bkz. **Orianne**, a.g.e., s. 75–76).

HGI’nin ortaya çıkışını, doğal hukukun gerilemesine bağlamak güçtür. Zira , kimi HGI doğal hukuktan kaynaklanmaktadır. (1789 Bildirgesinden kaynaklanan ilkeler örneği). Hukukun genel ilkelerinin kökeni üzerine ayrıca bkz. **Bergel**, a.g.e., s. 92 vd., 95, 96.

(14) Belirten **Orianne**, Introduction au système juridique, s. 78.

(15) **Orianne**, a.g.e., s. 78.

(16) **David**, Les grands systèmes de droit contemporains, s. 153.

ya çıkarılması) ile ilgilidir (17). Hukukun genel ilkelerine başvurulmasında, "jüriprudansiyel normatif gücün harekete geçirilmesinin özel bir durumu" söz konusudur (18). İdare hukuku alanı, yazılı olmayan genel kurallara başvurunun geliştiği tek alan değildir. Son on yıllarda kamu hukuku alanı olarak özellikle Anayasa hukukunda ve anayasa yargıcı tarafından da hukukun genel ilkeleri geliştirildiğini sadece belirtmekle yetinelim.

**Hollanda**'da, jüriprudans tarafından ortaya konan ve formüle edilen genel ilkeler tam bir hukuki değer kazanmıştır (19). 1963 tarihli Adli Örgütlenme Yasasında, Yüksek Mahkeme'nin yetkisini tanımlayan maddede, "yasanın ihlali" deyiminin yerini "hukukun ihlali" kavramı almıştır. Yine, 1975 tarihli yasada, idari işlemlere karşı iptal davası için genel bir ifadenin kullanıldığı dikkati çekmektedir: "Herkesin **hukuk vicdanı**'nca kabul edilen iyi idare ilkelerinden birinin tanınmaması". (abç).

Kimi yazılı hukuk ülkelerinin çağdaş hukuk uygulamalarına yapılan bu referanslar (20), pozitif hukuk için, yasanın kendisinden daha kapsamlı bir etkisi bulunan ve bu özelliğiyle genellik niteliği

(17) **G. Vedel, P. Delvolvé**, Droit administratif, 10e éd., PUF (Thémis), 1988, s. 393.

(18) Karşıt görüş için bkz. **G. Morange**. "Une catégorie juridique ambiguë: Les principes généraux du droit", RDP, 1977, s. 761 vd.

(19) Bkz. **Orianne**, a.g.e., s. 79.

(20) Aynı şekilde İspanya, İtalya ve Norveç'te Hukukun genel ilkelerinin varlığı ve gelişimi not edilebilir. Bu konularda bkz. **Bergel**, a.g.e., s. 92; **David**, a.g.e., s. 154; **Orianne**, a.g.e., s. 79-80.

Commun Law ülkelerinde, yani jüriprudansiyel hukuk uygulamasının geçerli olduğu devletlerde de, yargı kararları bütününden çıkarılan "genel ilkeleri" ön plana geçirme eğilimi not edilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **David**, a.g.e., s. 321 vd.; **Orianne**, a.g.e., s. 80-81.

Ülkemizde yargıcın hukuk yaratması konusunda örnek olarak bkz. **S. Edis**, (Medeni Hukuku için) Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 2 nci bası, A.Ü.H.F. yay., 1983, s. 137 vd; (Kamu hukuku için) **Kaboğlu**, a.g.e., s. 174-175, 284-286, 289; **Tanör**, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, BDS yay., 1990, s. 428 vd. Burada şu kadarını belirtelim ki, "Hakimler,... Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler" şeklindeki 1982 Anayasası hükmü (138), "Hakimler,... Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler." şeklindeki 1961 Anayasası maddesine (132) göre, sınırlayıcı bir nitelik almasına karşın, yine de Türk pozitif hukukunda yargıcın kararlarında "Hukuk" ölçütünü kullanabiliyor olması hukukun yaratılmasında önemli bir olanak olarak değerlendirilebilir. Zira, buradaki "Hukuk" kavramı, olsa olsa ancak "Hukukun Genel İlkeleri"ni ifade edebilir.

kazanan yazılı veya yazılı olmayan prensipleri normlarına dahil etme olanağı yarattığını göstermektedir.

**Uluslararası hukukta,** metinlerde genel ilkelere referans yapıldığı gözlenmektedir. Uluslararası D. Adalet Divanı Statüsünün 38 inci maddesine göre, “uygar uluslarca benimsenen hukukun genel ilkeleri” uluslararası hukukun asli kaynaklarının üçüncüsüdür. 38 inci madde anlamında genel ilkeler, “yargıcın, uygar ulusların iç hukukunu analizinden ortaya koyduğu pozitif hukuk ilkeleridir” (21).

**Avrupa Hukukunda,** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde “uygar uluslarca tanınmış hukukun genel ilkeleri” açık formülüne yer veriliyor (md. 7/2). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, HGI’ni yaratma yetkisini kullanıyor. Topluluk Hukukunda genel ilkelerin kullanılması, iki farklı biçimi kapsamına alır; bir yanda, Antlaşmaların ve bunların yürürlüğe koyduğu hukuk sisteminin kendine özgü amacına ilişkin genel ilkeler sözkonusudur. Bu ilkeler, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD)’na göre, Topluluk hukukunun doğrudan kaynağını oluşturur. Öte yanda, yine ATAD jürisprüdansına göre, “üye devletlerin hukuklarında ortak ilkeler, hukukun genel ilkeleri” olarak nitelenmektedir.

Toparlayacak olursak, pozitif hukuk uygulaması, hukuk düzenleri için “genel ilkeler” adı verilen normların özgül bir tipine başvurma olanağı olduğu denli zorunluluğunu da ortaya koymaktadır. Bu ilkelerin ortak özelliği, daha çok **yargıç tarafından “keşfedilmesi”**dir. Buna, Uluslararası hukuk ve Avrupa Hukuku, hukukun biçimsel kaynaklarının tanık olduğu biçimsel farklılıkların ötesinde, Devletler grubunda hatta “uygar uluslar bütünü”nde ortak olan belli sayıda genel ilkenin varolduğu fikrini ekler. Kısacası, bir Devletin dayanağını oluşturan hukukun kolay kolay görmezlikten gelemeyeceği, hukuk düzeninin temel ilkelerine çok yakın kuralların söz konusu olduğu öne sürülebilir (22).

## B) Genel İlkelerin İşlevi

Genel ilkeler, tüm hukuksal yapının temelini oluşturur. Hukuk kuralları, kendilerine uyma zorunda buldukları hukukun genel ilkelerine göre oluşur ve evrimleşir (23). Kimi zaman ayrıık durumlar bulunabilir.

(21) P. de Visscher, belirten Orianne, s. 81.

(22) Krs. Orianne, a.g.e., s. 82.

(23) Bergel, a.g.e., s. 102.

Hukukun Genel ilkeleri (HGI), hukuksal düşüncenin ana çatısını oluştururlar ve yasanın yorumlanmasında önemli bir rol oynar. Yargıç, muğlak ve belirsiz yasal metinlerin yorumu için genel ilkelere başvurur. Genel ilkelerin etkisi, bir hukuksal boşluğun doldurulması söz konusu olduğu zaman daha büyüktür. Fakat bir kez jürisprüdans tarafından ortaya konup uygulanması ile, genel ilkeler, diğer hukuksal yapılara destek işlevi görür, yeni hukuksal yapıların kurulmasında ve sonuç olarak hukuk sisteminin evrimine katkıda bulunur (24).

Genel ilkeler, normların hazırlanmasında, mantıki olarak **huku-ki olmayandan hukuki olana doğru geçiş noktasını** oluşturabilir. Hukukun genel ilkelerinin kabulüne götüren tercih, takdiridir; alanı, hukukun eksen (mihver, axiologiques) ilkeleriyle (özgürlük, eşitlik, dayanışma) "teçhiz" edilmiştir (25), (26).

Kısacası, HGI'nin, hukuksal evriminin mayasını, özünü oluşturduğu öne sürülebilir.

### C) Ayırıklar ve konunun sınırlanması

B biçim bakımından kimi hukukun genel ilkeleri metinlerde öngörülmüş, diğerleri jürisprüdans tarafından tanınmıştır; bazıları da örtülü olarak tanınmış bulunuyor (27). Günümüzde, hukukun özerk kaynağı olarak genel ilkelerin varlığı itiraz götürmez (28). Bununla birlikte, konuları ve sınıflandırma üzerinde tam bir belirlilik bulunduğu söylenemez. Burada, ayırıklar üzerinde yapılan tartışmalara girmeden, konumuzun sınırlarını belirlemeye elverişli bir ayırım yapmaya çalışacağız. Bu çerçevede şu üç ayırım önerilebilir: hukuk dallarına göre, esin kaynağına göre ve işlevsel veya hiyerarşik ayırım.

#### 1. Hukuk dallarına göre:

Hukukun genel ilkelerinin bu şekilde yapılan ayırımı, idare hukukunun genel ilkeleri, anayasa hukukunun genel ilkeleri, medeni hukukun genel ilkeleri, uluslararası hukukun genel ilkeleri ve özgür-

(24) Krş. Bergel, a.g.e., s. 103.

(25) Orianne, a.g.e., s. 88.

(26) Aslında HGI'nin alanını kuran hukukun eksen kavramları (özgürlük ve eşitlik özelliklerle) aynı zamanda özgürlükler hukukunun temel taşlarını oluşturan kavramlardır.

(27) Krş. Bergel, a.g.e., s. 107.

(28) Krş. Orianne, a.g.e., s. 82.

lükler hukukunun genel ilkeleri biçiminde geliştiği görülebilir (29). Bununla birlikte, hemen belirtelim ki, HGI, hukukun farklı dallarının sınırlarını aşar. Hukuk kurallarının geçmişe yürümezliği ilkesi, sorumluluk ilkesi, yasa önünde ve kamusal yükümlülükler önünde eşitlik ilkesi, sebepsiz zenginleşme ilkesi, kesin hüküm ilkesi, kamu hukukunu olduğu denli özel hukuku da ilgilendirir... Aslında hukuk düzeninin farklı konu ve alanlarıyla farklı hukuk sistemleri birlik ve bütünlüklerini, HGI kavramında bulur. Bu durumda bu genel ilkeler hukukun **fédérateurs** (30) ilkeleri olarak nitelenebilir.

## 2. Esin kaynağına göre:

HGI'nin, esin kaynağına veya kökenlerine göre sınıflandırılmasında kullanılan çeşitli değişkenler üç grupta toplanabilir:

a) Siyasal felsefe ilkeleri veya 1789 felsefesinin geleneksel ilkeleri: bireysel özgürlükler, yurttaşların eşitliği, erkekler ayrılığı, devletin laikliğine anlamını veren vicdanlara saygı ilkesi... (31).

b) Toplum halinde yaşamın gereklerinden veya kurumların iç mantığından çıkan ilkeler (32): Devletin kesintisizliği ilkesi, kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi gibi.

c) Etik gerekliliklerden ileri gelen ilkeler: genel çıkara saygı ilkesi (33).

## 3. Değer hiyerarşisinden normlar hiyerarşisine

Hukukun genel ilkelerinin teknik işlevi gözönüne alındığında kimi ilkeler ana (directeurs) ilkeler olarak (34) nitelendirilebilir. Bunlar toplumsal düzenin kendilerine bağlı olduğu ilkelerdir: yasayı bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi, yasa önünde ve kamu yükümleri önünde eşitlik ilkesi, temel özgürlükler, yasanın geçmişe yürümezliği

(29) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: "Les principes généraux en droit international public et en droit administratif", "Les principes généraux du droit en droit privé", "Les principes généraux du droit en droit pénal", (Cinquièmes Journées Juridiques Franco-Hongroises, Budapest, 13-17 octobre 1980), RIDC, Janvier-Mars 1981, s. 180-191.

(30) **Bergel**, a.g.e., s. 97-98.

(31) Krş. **J. Rivero**, "Le guje administratif français, un guje qui gouverne?", Dalloz 1951, chronique VI, s. 22.

(32) Krş. **Bergel**, a.g.e., s. 107; **Orianne**, a.g.e., s. 84-85; **Rivero**, a.g.m., s. 22

(33) Krş. **Bergel**, s. 107; **Orianne**, s. 84-85; **Rivero**, s. 22.

(34) **Bergel**, a.g.e., s. 104.

ilkesi, suç ve cezaların yasallığı ilkesi vb. Bunların hukuksal yapının anataşlarını oluşturduklarında kuşku bulunmamaktadır. Diğer bazı ilkeler ise, doğaları gereği, yasal çözümlerin düzeltici (correcteurs) ilkeleridir (35). Örneğin iyi niyet ilkesi.

Hemen belirtelim ki, çok sayıda ilke, durumlara göre, alternatif olarak, yönetici veya düzeltici ilkeler biçiminde karşımıza çıkabilir.

Daha önemlisi, değişik hukuk genel ilkeleri arasında bir **değer hiyerarşisi** bulunup bulunmadığı sorundur. Toplumsal düzene ilişkin olan her şeyin özel çıkarların önüne geçeceği kuşku götürmez. Temel özgürlüklerin de öteki her türlü düşüncenin üstünde yer aldığı vurgulanabilir (36). Şu halde, HGİ arasında, dolaylı olarak bir değer hiyerarşisi kurulabilir.

Hukukun genel ilkelerinin sahip olduğu otoriteye göre hukuk normları hiyerarşisi gözönüne alınarak, Anayasal düzeyde (veya değer- de) genel ilkeler, yasagücünde genel ilkeler ve düzenleyici güce sahip genel ilkeler ayrımı yapılabilir (37).

Bu veriler ışığında **konunun sınırları** şöyle belirtilebilir:

a) Hukuk dallarına göre yapılan ayırmda, sadece özgürlükler hukukunun genel ilkeleri ile sınırlanmaya çalışılacak. Ne var ki, bu hukuk dalına giren ilkeler, genellikle eksen nitelikte olup değişik hukuk dallarının karşılaşma noktasını oluşturma özelliğine sahiptirler. Örneğin ceza hukukuyla.

b) Esin kaynağına göre yapılan ayırmda, sadece liberal siyasal felsefe ilkeleri üzerinde durulacak. Zira konumuzun çerçevesini çizen bu ilkelerdir.

c) Nihayet, Anayasa yargısı düzeyi, yazılı hukuk geleneği bulunan Kıta Avrupası Devletlerinde, anayasal değerde hukukun genel ilkeleri ile sınırlı kalmayı gerekli kılmaktadır.

(35) Bergel, s. 105.

(36) Krş. Bergel, s. 105.

(37) Ayrıntılı bilgi için bkz. G. Morange, "La catégorie juridique ambiguë...", s. 771-778.



## II- ANAYASA YARGICININ NORM YARATMA YOLUYLA ÖZGÜRLÜKLERİ KORUMASI

İkinci Dünya savaşından sonra İnsan haklarını koruma gereği bilincinin doğması, en ağır ihlallerin yaşandığı dönem sonrası olmasından ileri gelir (38). Anayasa Mahkemelerinin ilkin Almanya ve İtalya'da kurulması, raslantı değildir. Anayasalarında özgürlükleri düzenleme ve özellikle onların güvencelerini kurma gerekliliğini duymuşlardır.

Öteki faktör, yasanın biçim değiştirmesiyle birlikte, İnsan haklarının yasaya karşı korunması üzerinde bilinçlenmedir. Hukuk Devleti mantığı, diğer normlara geçerlilik bahşeden Anayasayı, normlar pramidinin doruğuna yerleştiriyor (39). Anayasal adalet, yasama ve yürütmenin büyümesine karşı-güç biçiminde bir yanittir. Aynı zamanda, Devlet iktidarıyla özgürlüklerin etkili bir biçimde korunmasındaki denge gereğinin bir sonucudur (40). Son on yıllarda Hak Bildirgelerinin yaygınlaşması ve bunların özellikle anayasa yargıcı tarafından korunması, güçlü yasama, güçlü yürütme ve güçlü yargı biçiminde bir iktidarlar dengesi yönündeki hareket çerçevesinde değerlendirilebilir (41).

Yasaya karşı hak ve özgürlüklerin Anayasa Mahkemelerince korunması gerekliliği konusundaki bilinçlenme, (İspanya ve Portekiz örnekleriyle) **Avrupa ortak kamu hukukunun** bileşimlerinden biri haline gelmiştir (42). Anayasa Adaletinin başlıca görevi, hiç kuşkusuz, hak ve özgürlüklerin korunmasıdır (43).

Anayasa Mahkemeleri bu görevlerini **norm yaratma** yoluyla yerine getirmektedir (44). Norm yaratma faaliyetinde açıklığa kavuş-

(38) **J. Rivero**, "Rapport de synthèse", in La Protection Des Droits Fondamentaux Par les Juridictions constitutionnelles en Europe, Revue Internationale de Droit Comparé (RICD), Avril - Juin 1981, s. 660.

(39) **Rivero**, "Rapport de synthèse", s. 661.

(40) **M. Cappelletti**, "Nécessité et légitimité de la Justice constitutionnelle", in La Protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en europe., s..., s. 628.

(41) **Cappelletti**, "Nécessité et la légitimité...", s. 635.

(42) **Krş. Rivero**, "Rapport de synthèse", s. 661.

(43) Almanya, İspanya ve İtalya'da bireylere Anayasa Mahkemesine başvuru hakkı tanınmaktadır.

(44) **Bkz. Cappelletti**, a.g.m., s. 635 vd.; **B. Çağlar**, Anayasa Bilimi, (Bir çalışma taslağı), BFS yay., 1989, s. 140; **I. Favoreu**, "Rapport général introductif", in La Protection des droits fondametaux par les Juridictions constitutionnelles en Europe, s. 256-281.

turulması gereken ilk nokta, **referans norm** sorunudur: Referans normlar konusunda iki anlayış var: yasaların uygunluğunun yalnızca Anayasamın yazılı hükümlerine göre değerlendirilmesi (**Pozivist** anlayış) veya Anayasadan ya da özünden çıkarılan yazılı olmayan ilke ve kurallara göre değerlendirilmesi (**Naturalist** anlayış) (45). Başka bir anlatımla, pozitivist anlayış, özgürlüklerin kaynaklarını pozitif ve jürisprüdansiyel anayasa hukukunda görmektedir. Naturalist anlayışa göre ise, doğal hukuk bir veri olarak kabul edilmekte, özgürlükler anayasa metinlerinde veya jürisprüdansta yer almasa da hukuk düzeninde tanınmalıdır; hak ve özgürlüklerin kaynağı hukuk ötesindedir (46).

İşte yargı organlarının ve özellikle Anayasa yargısının **yaratıcı gücü**, ikinci yorum yöntemine başvurulmasıyla kullanılmaktadır. "Anayasal adalet, temel hakların yargısal koruma aracı olarak yargıların yaratıcı rolünün büyümesinin başlıca görünümüdür" (47). Anayasa ve hak bildirelerinin bir yandan sentetik, **belli - belirsiz ve imalı deyimler kullanması**; öte yandan, **demokrasi, özgürlük, adalet, eşitlik ve onur gibi değerle yüklü kavramlar kullanması**, Anayasa yargıcının yaratıcı rolünü arttırmaktadır (48).

Anayasa yargıcının natüralist anlayıştan hareketle normatif gücünü kullanarak hukuku yaratması, özgürlükler hukukuna "**yazılı olmayan özgürlükler**" (les libertés nonécrites) kategorisini kazandırmıştır (49). Fransa'da Anayasa Konseyi (50), İtalya'da Anayasa Mahkemesi, Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesi (51) ve İsviçre

(45) Krş. Favoreu, "Rapport général introductif", s. 275.

(46) Bkz. Çağlar, Anayasa Bilimi, s. 136-137.

(47) Cappelletti, s. 625. Ayrıca bkz. 635 vd.

(48) Yaratıcı işlev, kişisel olmayan ve kalıcı ilkeleri vurgular ve geliştirir. Yargıçlar tarafından hukukun yapılması, uygulanabilir bir ilke koyma amacıyla, somut nedenlerin incelenmesi olgusu ve ancak uzun bir kantlar dizisinden sonra genelleştirmeye gidilmesi, yasama karşısında gerçek bir avantaj sağlar. Krş. Cappelletti, s. 645-646 ve orada belirtilen kaynaklar.

(49) Bkz. Çağlar, Anayasa Bilimi, s. 137 vd. ve orada belirtilen kaynaklar.

(50) Rivero'ya göre, Conseil Constitutionnel, Bastille'in alınmasından sonra Fransa'da 1971'de dört sözcükle Devrim yapmıştır: "Vu la Constitution et notamment son Préambule" (Rapport de synthèse, s. 662).

(51) Almanya'da yasama pozitivismine karşı tepki, özellikle, adaleti politika ve ırk mitine veya hukukta Devlete yararlı olan şeyi görmeye kurban etmeye yönelik, nasyonelesosyalist dönemdeki öğretiyi karşı tepkidir (Bkz. David, a.g.e., s. 153).

Federal Mahkemesi (52). Anayasal metnin ilerisine geçerek hak ve özgürlükleri korumak amacıyla kural koymaktadır (53). Bu ilkeler, kuşkusuz “**anayasal değerlerde ilkeler**”dir. Gerçekten, Anayasa yargıcısı, metinleri yorumlayarak, uygulayan hukuku “yeniden yaratmakta”dır (54).

Hak ve özgürlüklerin birarada varolmasını sağlamak, belli sayıda değer arasında birlikteliği temin etmek.. Anayasa Mahkemelerinin temel hakların içeriğini derinleştirmeye olanak tanıyan en önemli ve en nazik görevlerinden biridir (55). Böylece Anayasa yargıcısı, özgürlükleri devlet iktidarına karşı korurken yatay ilişkiler bakımından da uzlaşma sağlayarak **özgürlükler dayanışmasını** dolaylı olarak doğrulamaktadır. Öte yandan, hak ve özgürlüklerin yargı yoluyla korunması, yargıçların kurucu rolünü büyütürken, özgürlüklerin de sistem içindeki yerini belirginleştirmektedir. Gerçekten **Anayasa Mahkemeleri**, hak ve özgürlüklerin uygulamasında, **özgürlükler rejimini, Hukuk Devleti, sosyal Hukuk Devleti ve demokrasi kavramlarıyla birlikte yorumlamış**, bunları belli **değerler teorisini** içerisinde anlamlandırmıştır (56). Buna göre, “Demokrasi ve etkili korumadan yararlanan kamu hürriyetleri, biri diğersinin varlık şartı sayılamayacak kadar bitişik” (57) nitelik kazanmıştır (58).

Hak ve özgürlüklerin tanınması ve bunların koruma görevinin siyasal iktidardan ayrı bir güce verilmesi, ulusal olduğu denli uluslararası yargıçların da bu atandaki **yaratıcı erklerini** açıklar. Bunlar arasında en tanınmış ikisi, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’dir.

**ATAD’a** göre, temel haklar, Hukukun Genel İlkeleri (HGI)nin ayrılmaz bir parçasını oluşturur. ATAD, bir yandan, ulusal hukuklar

(52) İsviçre Anayasa öğretisine göre, demokratik-liberal değerler sistemi eksiksiz bir özgürlükler kataloğudur (Z. Giacometti). Buna göre, liberal demokratik Anayasalarda, özgürlükler kataloğu şekli bakımından eksik, maddi bakımından eksiksiz bir kataloğudur. İşte, maddi Hukuk Devleti’ni kuran hak ve özgürlükler, şekli bakımından eksik özgürlükler kataloğunu tamamlayan “yazısız özgürlükler”dir (H. Huber). Bkz. **Çağlar**, a.g.e., s. 139.

(53) Krş. **Çağlar**, s. 137; **Rivero**, “Rapport...”, s. 666; **Tanör**, a.g.e., s. 430-431.

(54) **Favoreu**, “Rapport général...”, s. 276.

(55) Krş. **Rivero**, s. 666.

(56) Bkz. **Çağlar**, s. 128, 171, 179, Krş. **Cappelletti**, s. 637, 638, 644.

(57) **Çağlar**, s. 183.

(58) Anayasa Mahkemelerinin özgürlükleri koruyucu işlevi üzerine bkz.: **L. Favoreu**, “Les Cours Constitutionnelles”, PUF (Que sais-je?) 1986.

üzerinde Topluluk hukukunun üstünlüğünü teyid ederken, öte yandan kendini, özellikle İnsan Hakları alanında üst bir hukukla bağlı kılıyor ve böyle bir üstün hukukun mülki ötesi niteliğini pekiştiriyor. Gerçekte Divan Jürisprüdansı, münferit olarak alındığında hiçbir üye Devlet anayasası veya anayasal geleneğiyle özdeşleşmediği görülür; bu hukukun kendisi, daha çok topluluk anayasa hukukudur (59). İşte bu üstün topluluk hukukunun “keşfi”nde son söz yalnızca ATAD’a ait. Divan, üye Devletlerin Anayasal geleneklerinden, AİHS gibi uluslararası anlaşmalardan “csinlenmekte” ise de, burada da yaratıcı bir rol söz konusudur. Bu “keşif”, yani temelde yaratmak, sadece Topluluk kurumlarını değil, sonuçta üye Devletler kurumlarını ve yurttaşlarını bağlayabilen temel haklar kataloğudur. Bunu yaparken, 12 yargıcın tek başvuru kaynağı, “genel ilkeler”in ve üye Devletlerin “orak gelenekleri”nin yazılı olmayan “kitabı”dır (60).

### **III. ANAYASA YARGISI: HAK VE ÖZGÜRLÜK GENEL İLKELERİ**

Norm yaratma yoluyla hukukun genel ilkelerini formüle eden veya hak ve özgürlükler alanında –alt ilkeler geliştirerek– genel ilkelerin oluşmasına katkıda bulunan Anayasa Mahkemeleri arasında Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Fransız Anayasa Konseyi, İtalyan Anayasa Mahkemesi ve İspanya Anayasa Mahkemesi ile Türk Anayasa Mahkemesi jürisprüdansı üzerinde durulacak. Ayrıca, Anayasal denetim görevini de yerine getiren İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi içtihadına da değinilecek. Belçika hukukundan söz açılması, konumuz açısından anlam taşımamaktadır.

#### **A) Alman Federal Anayasa Mahkemesi**

(Hukuk Devletinden genel ilkelere)

Alman Anayasa Mahkemesine göre Anayasa, sadece tek tek hukuk güvencelerinin ve organizasyon hükümlerinin toplamı olarak değil, aynı zamanda bir ölçü, belirli değer hükümleri, özellikle temel haklar, Hukuk Devleti ilkesi ve demokrasi ilkesi tarafından şekillendirilmiş bir sistem olarak kavranmalıdır (61).

(59) Krş. **Cappelletti**, “Nécessité et légitimité...”, s. 655.

(60) **Cappelletti**, s. 636.

(61) Bkz. **W. Zeidler**, “Federal Almanya Raporu”. Anayasa Yargısı, (7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı). 27 Nisan 1987 Lizbon, s. 44.

**Hukuk Devleti** ilkesi, özellikle temel haklar açısından geçerli Anayasamızın çok belirsiz kavramlarını yorumlamak ve uygulamak için yargıca açık bir yetki tanıyor. Böylece Anayasa örtülü olarak anayasa yargıcına için **hukukun yaratılmasında** geniş bir alan öngörmektedir (62). İzlenecek yöntemlerin belirsiz, çok sayıda ve pek az açık olmaları, anayasa yargıcına anayasa hukukunu değerlendirme de geniş bir marj bırakmaktadır. İşte burada, formüle edilecek çok **genel** ilkeler, Yüksek Mahkemenin bu rolünü dengeliyor, ılımlılaştırıyor (63).

Öte yandan, Federal Anayasa Mahkemesine göre, **Anayasa Hukuku** anayasa metinleriyle sınırlı değil; aynı zamanda, “yasa koyucunun pozitif bir kuralda somutlaştırdığı belli genel ilkeler”den oluşmaktadır (64). Bunun da ötesinde, kurucu iktidarı da bağlayan supra-pozitif bir hukuk mevcuttur (65). Yüksek Mahkeme, Anayasa koyucuyu da bağlayan supra-pozitif hukukun varlığını tanıırken, Anayasanın yazılı ilkeleri yanında, anayasakoyucuyu yönlendiren bazı temel ilke ve düşüncelerden oluşan “**yazılı olmayan anayasa hukuku**”nun varlığını kabul etmektedir (66). Hatta, **hukuk fikrinin** kendisi anayasal pozitif hukukun üstünde yer alır. Anayasa Mahkemesi, bu ölçüde dayanarak “anayasaya aykırılık” değerlendirmesine gitmiştir (67).

Alman Federal Anayasa Mahkemesi’ne göre, Devletin bireyin özgürlük alanına getirdiği her sınırlamada, araçların izlenen amaçlara **orantılı** olması ilkesine saygı göstermesi gerekmektedir (68). Anayasal değerlerde olan orantılılık ilkesi, Hukuk Devleti ilkesinin (Any. md. 20) sonucudur. Belirtilen ilke aslında temel hakların kendi doğasından çıkmaktadır. Devlete karşı yurttaşın özgürlük hakkının anlatımı olarak temel haklar kamu otoritesi tarafından ancak kamu düzeninin korunmasını sağlamak için zorunlu olduğu ölçüde sınırlanabilirler (69).

(62) Bkz. **A. Bleckmann**, “L’Etat de droit dans la Constitution de la République fédérale d’Allemagne”, *Pouvoirs*, 22, s. 19.

(63) Krş. **Bleckmann**. “L’Etat de droit...”, s. 23.

(64) **R. David**, *Les grands systèmes de droit...*, s. 153.

(65) “Kurucu erkin dilediğine göre herşeyi düzenleyebileceği fikrinin kabulü, geride kalmış bir pozitivizme dönüşü ifade edecektir”. (**David**, s. 153).

(66) Bkz. **Çağlar**, *Anayasa Bilimi*, s. 195.

(67) Bkz. **David**, a.g.e., s. 154.

(68) Fed. An. Mah., E. 16, 194 (201)

(69) Bkz. **Hans G. Rupp**, “Objet et portée de la protection des droits fondamentaux” (Tribunal Constitutionnel Fédéral Allemand), in *La Protection des Droits Fondamentaux...*, RIDC, s. 454.

Anayasa yargıcının yasaların anayasaya uygunluk denetiminde oranlılık ilkesine sürekli başvurması, yasakoyucu üzerinde genel bir denetim kurulması ile sonuçlanmıştır (70).

Alman hukuk sisteminde **orantılılık** veya **ölçülülük** ilkesi, Federal Anayasa mahkemesince geliştirilen anayasal değerlerde bir **Hukukun genel ilkesi** olarak nitelendirilebilir.

Anayasa Mahkemesi'ne, göre, **kişi özgürlüğü** temel hakkı da, **genel hukuksal statü** ve **yurttaşın gelişme olanaklarının** temeli olarak bu hakkın koruma alanının özel bir sonucudur. Anayasa bunu, ikinci maddesinde, kişinin "ihlal edilemez hakları" nitelemesiyle tanımaktadır (71). Anayasa yargıcısının kendine özgü işlevi, temel hakların **güncelleştirilmesini** güvence altına almaktır. "Her günün hukuk yaşamında temel hakların korunması" (72), Yüksek Mahkeme jürisprüdansında belirginleşmiştir. Hak ve özgürlüklerin korunması, yurttaşların kendi aralarındaki ilişkilerin her alanında gerçek etkisini göstermiştir.

Yüksek Mahkeme, temel bir hakka getirilen sınırlandırmanın yoğunluğuna göre, açıklık denetimi, yoğun içerik ve kabul edilebilirlik gibi ayırdedici ölçüleri esas almıştır (73). Temel haklar, tek tek tanıyan bir güvenceler serisi olarak değil ama, insan onurunun korunması ve insanın serbestçe gelişmesini amaçlayan tutarlı ve eksiksiz bir **değer sistemi** olarak yorumlanması gereken, objektif bir hukuki düzen meydana getirir (74). Her hukuk kuralının yorumlanması ve uygulanması biçiminde temel haklara saygıyı sağlayan (75) Federal Anayasa Mahkemesi özgürlüklerin korunması bakımından "**Hukuk Devletine uygunluk ilkesi**"ni bir ölçü norm olarak kullanmaktadır (76).

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, "**Genel eşitlik ilkesi**"-nden (Any. 3/1) de hak ve özgürlükleri koruyucu ilkeler çıkartmakta

(70) **Bleckmann**, a.g.m., s. 22 vd.; **Çağlar**, a.g.e., s. 192.

(71) Fed. Any. Mahk., E. 19, 342 (394).

(72) **Rüpp**, "Objet et portée de la protection...", s. 502.

(73) Bkz. **Zeidler**, "Federal Almanya Raporu", s. 44.

(74) 15 Haziran 1985 tarihli Lüth kararı . (Akta. **Çağlar**, s. 139).

(75) **Rupp**, a.g.m., s. 504-505.

(76) **Rüpp**, s. 509.

ve bu jürisprüdansla yazılı olmayan anayasa ilkeleri yaratma yoluna gitmektedir (77).

Anayasa Mahkemesi, yorum yoluyla, bir yandan anayasada yer almayan **yeni haklar** (“adil yargılama hakkı” örneği) tanımakta (78); öte yandan, anayasada yer almayan bir hakkı **anayasal koruma kapsamına** almaktadır: Yüksek Mahkeme, çevre hukuku alanında Devletin insan yaşamını koruma ödevini öne çıkarmıştır. Nükleer santraller kurulması konusunda, “Anayasada tanınan yaşama hakkı, Devlete kendi ülkesi üzerinde yaşamı koruyucu gerekli önlemleri almak yükümlülüğü yükler” (79) görüşüyle çevre hakkını koruma alanına almıştır.

## B) Belçika

(İnsan Hakları Hukukun Genel İlkeleridir)

İnsan Haklarının toplumun temel bir değeri olarak kabul edildiği Belçika’da Yargıtay, savunma hakkına açık bir biçimde hukukun genel ilkesi değerini vermiştir. Bu statünün, öğretide, temel haklar bütününe tanınması kabul edilir (80).

Belçika’da temel hakların korunmasının bir hukukun genel ilkesi ve bunun ötesinde bir kamu düzeni değerine sahip olması, Belçika hukuk kurallarından olduğu kadar; uluslararası hukuk normlarının iç hukuka entegre olmasının sonucudur (81).

Yasanın sessiz kaldığı bir konuda, yargıç temel olarak dikkate aldığı bir yorum kuralı adına korumayı sağlama olanağına sahip olacak. Değişik yargı yollarınca hukukun genel ilkelerinin uygulanması, hukuk boşluğu durumunda, Belçika’da yaygın bir uygulamadır. Bu şekilde, temel hakların korunması yasa adına etkili bir biçimde sağlandığı gibi, yasa boşluğu durumunda da bu mümkün olmaktadır (82).

(77) Ayrıntılı bilgi için bkz. **B. Çağlar**, “Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Karşılaştırması Analizi” (ilk veriler), Anayasa Yargısı (Sempozyum 7, Ank. 1989, s. 130; Özellikle Fed. Any. Mahkemesi kararları için bkz. **Rupp**, a.g.m., s. 464, 465, 488, 489, 492.

(78) **Çağlar**, Anayasa Bilimi, s. 171.

(79) Bkz. **M. Fromont**, “Le guje constitutionnel”, Pouvoirs, 22, s. 52.

(80) **Marcus - Helmons**, “Des protections et les garanties constitutionnelles des droits et des libertés”, s. 42.

(81) **Marcus-Helmons**, s. 44.

(82) **Marcus-Helmons**, s. 45.

Özetle, özgül bir Anayasa Yargısı bulunmayan Belçika'da, özgürlüklerin korunması bir hukukun genel ilkesidir ve bu koruma kamu düzeni değerine sahiptir.

### C) Fransız Anayasa Konseyi

(Anayasal değerde genel ilkeler)

Anayasa konseyi, kendisine hukukun genel ilkelerini ortaya koyma yetkisini tanımaktadır. Konsey, içtihadî görevini, yazılı hukuk boşluklarını doldurarak veya, kamu iktidarlarının norm koyucu faaliyetini düzenleyici rolünü aşsada, belli normlar yaratmaya bizzat katkıda bulunarak yerine getirmektedir (83). Konsey, hukukun genel ilkeleri tekniği sayesinde, yasama karşısında kendine özgü gelişimi sağlamıştır. Anayasa Konseyi'nin ortaya koyduğu ilkeler, bütününde insan hakları ile ilgilidir.

Fransız Conseil d'Etats'ının hukukun genel ilkelerini yaratması gibi, aynı kurucu yorum tekniği ile "Anayasal değerde genel ilkeler" yaratan Konsey, farklı ilke kategorilerini de kullanmaktadır.

Fransız Anayasa Konseyi, **norm yaratma** yetkisiyle, "Hukukun genel ilkeleri" ve "Cumhuriyet Yasalarınınca tanınmış temel ilkeler" in sentezinden "Anayasal değerde ilkeler" ortaya koymuştur (84). Konsey, Anayasal değerde genel ilkeleri, Anayasal ilkeleri, Başlangıç metni, Cumhuriyet kanunlarınınca tanınan temel ilkeler ve özellikle zamanımız için zorunlu ilkeler"den çıkarmakla birlikte (85), Hukukun genel ilkelerini yaratmada pozitif hukuk kurallarından nadiren esinlenmiştir (86).

Genel ve temel ilkeler yoluyla ortaya çıkardığı geniş bir hak ve özgürlükler katalogu, "**anayasa'da yazılı olmayan haklar**" olarak adlandırılabilir. Örnek olarak formüle edilen birkaç ilkeyi not edelim: eşitlik ilkesi, grev hakkı, dernek özgürlüğü ve katılma ilkesi (87).

(83) **L. Favoreu, Ph. Loic**, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, **Sirey**, 1979, s. 233-234.

(84) Krş. **J.P. Costa**, "Principes fondamentaux, principes généraux, principes à valeur constitutionnelle" in Conseil Constitutionnel et Conseil D'etat, **Montchrestien**, 1988, s. 133, 134, 137.

(85) Bkz. **J. Robert**, "Protection des droits fondamentaux...", s. 461.

(86) **Costa**, "Principes fondamentaux...", s. 135.

(87) Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **A.S. Ould Bouboutt**, L'apport du Conseil Constitutionnel au droit administratif, **Economica** 1985, s. 429-435.



Anayasa Konseyi, bir de “**Anayasal değerlerde hedefler**” geliştirmiştir: burada gerçekleştirilecek amaç öne çıkar. Örneğin iletişim (communication) özgürlüğü ve haberleşme (enformasyon) özgürlüğü birbirine bağlı. Anayasa konseyi’ne göre, “siyasal ve genel haber veren günlük gazetelerin çoğulculuğu” ilkesinin kendisi, anayasal değerde bir hedeftir (88).

Anayasa Konseyi’nin, normatif değerde ilke yaratmasında, Fransız Anayasası’nın “kısa ve muğlak” değil, “özlü ve genel” nitelikte bulunmasının (89) payı bulunsa da, gerçek olan, Konsey’in gerek anayasal gerek anayasa ötesi birtakım ilkelere yola çıkarak bir “anayasallaştırılmış kamu hürriyetleri” çizelgesi oluşturabilmiş (90) olması, kuşkusuz, “kamu özgürlüklerinin uyanık bekçi”liği (91) sayesinde gerçekleşmiştir büyük ölçüde.

### **Ç) İspanyol Anayasa Mahkemesi**

(Anayasal rejimin özü)

Temel hakları, “Anayasal rejimin özü” sayan ilkeyi Anayasal hükümleri yorum yoluyla formüle eden (92) İspanyol Anayasa Mahkemesi, yorum yoluyla hak ve özgürlükleri koruyucu rol oynamaya başlamıştır (93). Yüksek Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Divanı’nın jürisprüdansını iç hukuka aktarmaktadır (94)

### **D) İsviçre Federal Mahkemesi**

(Yazılı olmayan özgürlükler)

İsviçre Federal Mahkemesi, güvence altına alınan temel hakların içeriğini tamamen bağımsız biçimde tanımlar (95). Bunun ötesinde, anayasada yer almayan çok sayıda bireysel hakların varlığını tanımış bulunuyor: Kişi özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplanma özgürlüğü ve dil özgürlüğü bunlar arasında yer alır. Mahkeme, özgürlükler liste-

(88) 29 Temmuz 1986 tarihli Karar (Bkz. **Robert**, a.g.m., s. 1264).

(89) **Costa**, a.g.m., s. 136.

(90) **Çağlar**, Anayasa Bilimi, s. 137.

(91) **Robert**, a.g.m., s. 255.

(92) Bkz. **Çağlar**, “Anayasa Yargısı...”, s. 145; Anayasa Bilimi, s. 127.

(93) **Favoreu**, Les Cours Constitutionnelles, 108-109.

(94) Belirten **Çağlar**, a.g.e., s. 145.

(95) Bkz. **Cl. Rouiller**, “Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Tribunal fédéral suisse”, Pouvoirs, 1990-54, s. 154.

sini Anayasal kural düzeyine çıkararak “**yazılı olmayan özgürlükler kuramı**”nı geliştirmiştir (96).

Federal Mahkeme'nin yazılı olmayan hak tanımada kullandığı ölçütler arasında, “yazısız özgürlükler ortak bir değerler sisteminin hukuk dilinde ifadesidir” ölçütüne de yer vermektedir (97).

Federal Mahkeme, Federal Anayasa'da geçen Anayasal bireysel haklar ve özellikle klasik özgürlük haklarından “**Hukukun Genel İlkeleri**”ni çıkarır (98). Federal Mahkeme, bireye hakların ihlali ile ilgili olarak Devlet müdahalesinin **orantılılığı ilkesi** ve **objektif iyiniyet ilkesini** ölçü olarak kullanmıştır. Yine benimsediği **keyfiligin yasaklanması** kuramı, öteki Avrupa Devletlerinin özgürlükler anlayışını etkilemiştir.

Yine, **eşitlik ilkesinden** çok sayıda kural çıkararak, Federal Yargılama hukukunun her alanına empoze eden (99) İsviçre Federal Mahkemesi, federal hukukun anayasaya ve insan haklarına uygun yorumu yoluyla, anayasa hukuku açısından geniş kapsamlı bir sevk ve idare işlevi görmektedir (100).

## E) İtalyan Anayasa Mahkemesi

(Büyük eşitlik ilkesi)

İtalyan Anayasa Mahkemesi, Anayasanın tanıdığı bir özgürlük konusunda yasanın koyduğu sınırların “makul” (ölçülü) olmasını çok titiz bir biçimde denetlemektedir. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi, Anayasaca korunan hakkın bir “**öz içeriği**”nin varlığını doğrulamaktadır (101).

“Temel haklar” deyimini kullanmayan İtalyan Anayasası, eşdeğerdeki “ihlal edilemez haklar” deyimini kullanır: “Cumhuriyet,

(96) **Çağlar**, a.g.m., s. 136-137; **Rouiller**, a.g.m., s. 154; **Tanör**, Türkiye'nin ..., s. 430-431.

(97) Bkz. **Çağlar**, a.g.e., s. 140.

(98) İsviçre Raporu, (**P.A. Müller**), Anayasa Yargısı, (7. Avrupa Anayasa Mahkemesi Konferansı, 27 Nisan 1987 Lizbon), Ankara 1988, s. 116-117; **Rouiller**, s. 114-155.

(99) **Rouiller**, s. 154.

(100) Federal Mahkemeye göre, AİHS'de tanınan haklar, Anayasa'nın tanıdığı haklarla aynı düzeyde ve aynı etkiye sahipler (**Rouiller**, s. 157).

(101) Bkz. **Zagrebelky**, “Objet et portée de la protection des droits fondamentaux” (Cour Constitutionnelle Italienne), in La Protection Des Droits Fondamentaux Par Les Juridictions Constitutionnelles en Europe, s. 512-513.

insanın ihlal edilemez haklarını tanıır ve güvence altına alır” (md. 2) Anayasa Mahkemesi, 2. maddeden **yeni haklar** çıkarır: Onur hakkı, sorumluluk hakkı, özel yaşam hakkı gibi. Bununla birlikte Yüksek mahkeme aynı hakların diğer anayasal normlardan ve açık bir biçimde, AIHS'nin 8 ve 10 uncu maddelerinden kaynaklandığını işaret eder. Fakat, kesin referans hükmü 2 inci maddedir: Hukukun kaynağı, ihlal edilemez hakların anayasal ilanını. Buna göre , yasalar ve uluslararası sözleşmeler ve diğer anayasal normlar sadece teyid edici ve destek değere sahiptirler (102).

İtalyan Anayasa Mahkemesi, özgürlükler için bir **genel sınır** geliştirmiştir: “**hoşgörülebilir birlikte yaşam**” (veya ortak yaşam hoşgörüsü) (103). (Yüksek Mahkeme'ye göre, bu şekilde formüle edilen gelen sınır ihlal edilemez hakların kullanılması herkes için güvence altına alınmasaydı kabul edilmezdi). Anayasa Mahkemesi aynı zamanda “**Anayasa kamu düzeni**” kavramını yaratıyor (104). Temel hakları genel sınırlama hükmü olarak ortaya konan bu kavram, özgül uygulamalara yol açmıştır: Adalet yönetiminin gerekleri, hükümetin, adli düzenin ve ordu'nun prestiji gibi.

Anayasa Mahkemesi, sınırlamaların bunların izlemesi gereken “**Amaçlara uygunluğunu**” denetlemektedir. Bununla birlikte, bu ilkenin esnek ve uygulamalara göre değişken bir niteliği var (105).

Anayasa jürisprüdansı, İtalyan Anayasa sisteminde, Anayasal kuralların bireyler arası ilişkilere **doğrudan uygulanması** ilkesini (Alman Drittwirkung'u), yasama aracılığına gerek kalmaksızın subjektif hakların doğrudan anayasal kaynaklı olarak, kabul ettirdi. Bu, aynı zamanda yargıcın, anayasal kuralları doğrudan doğruya haklar konusuna özel kişiler arasındaki çekişmeleri çözmek için uy-

(102) **Zagrebel'sky**, a.g.m., s. 514-517.

(103) 168/1971 kararı. (**Zagrebel'sky**, 521).

(104) Toplumsal yaşam temelinin hukuksal düzeni olarak yorumlanan kamu düzeni, topluluğun ortak malvarlığı olup ihlal edilemez hakların korunması kadar temeldir. Şu halde, birincisinden ikincisine sınırlamalar çıkarılabilir. Anayasa yapıcıları, bu formülü, faşizmin kamu düzeni politikasına tepki nedeniyle bilinçli olarak reddetmişlerse de, anayasa jürisprüdansı, temel hakları genel sınırlama hükmü olarak bir “anayasal kamu düzeni” kategorisini ortaya koymuştur. Kamu düzeninin anayasal anlayışını totaliter rejimden gelen düzen anlayışından ayırd etmek için biçimsel anayasa maddelerinden çok sistemin temel niteliklerinde (yöntem olarak demokrasi, fikirlerin serbest ve barışçı çarpışması gibi) sonucu olan anayasal düzene doğrudan referansla açıklanmasına çaba gösterildi. (**Zagrebel'sky**, s. 521).

(105) Bkz. **Zagrebel'sky**, s. 521-522.

gulama olanağı anlamına gelir (106). Anayasa Mahkemesi, özgürlüklerin kullanılmasının aile, girişim ve fabrika gibi farklı toplumsal organizmaların içinde de korunması gerektiği” gerçekleşmektedir (107).

İtalyan hukuk sisteminde gerçekleştirilen **büyük eşitlik ilkesinin** iki yönü var: Birincisi, 3. maddede açık olarak belirtilen (cins, ırk, din vb.) ölçütlerle ayırım yapmayı dışlayan yön. İkinci de kapsamına alan ikincisi ise, içtihadın yarattığı ve yasaların makul olması ve keyfi olmaması gerektiği ilkesi (108).

İtalyan Anayasa Mahkemesi, yasama yetkisini paylaşan (colégis-leateur) bir eğilime sahip bulunuyor (109) Her ne olursa olsun, özgürlükleri koruma işlevinde, genel ilkeler formüle edecek derecede bir rol oynadığı açıktır.

## **F) Türk Anayasa Mahkemesi**

(Hukuk Devleti İlkesi)

Türk Anayasa Mahkemesi, Hukukun Genel İlkeleri'ni ölçü-norm olarak kullanmakta, özgürlükler hukuku alanında genel ilkeler formüle etmekte, aynı bağlamda Hukuk Devleti kavramından genel ilkeler çıkarmaktadır.

### **1. Genel Olarak**

Anayasa Mahkemesi'ne göre, “kanunlarımızın Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır” (110).

“Hukukun ana prensiblerine dayanmayan ve sadece belli bir anda hasıl olan geçici çoğunluğun sağladığı kuvvete dayanılarak çıkarılan kanunlar toplum vicdanında olumsuz tepkiler yaratır” (111) biçimindeki kararından sonra, Anayasa Mahkemesi, “kanun koyucunun bu görevi yerine getirilirken sınırsız bir takdir yetkisine sahip olmadığı, bütün yasama tasarruflarında olduğu gibi burada da, genel

(106) Favoreu, a.g.e., s. 84; Zagrebelsky, s. 531.

(107) Favoreu, s. 86.

(108) Favoreu, s. 84-85; Büyük eşitlik ilkesi jürisprüdansı üzerine ayrıntılı bilgi için bkz. Zagrebelsky, s. 537-538.

(109) Favoreu, s. 86-87.

(110) E. 1963/166, K. 1964/76, Ka. t. 22.12.1964, AYMKD, sy. 2, s. 288-291.

(111) E. 1963/124, K. 1963/243, Ka. t. 11.10.1963, AYMKD, sy. 1, s. 349.

hukuk esasları ve özellikle Anayasanın ilkeleri ile bağlı olduğu aşikârdır” (112) belirlemesi yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin yeni bir kararına göre; “toplumun belli bir zamandaki tüm yaşantısının siyasal oluşumu ve değer yargıları ceza hukuku kurallarına (...) etkide bulunur veya onlara yansır” (113). Bu etkileme ve yansımaya, “anayasada yer alan temel ceza kurallarıyla sınırlarına ve genel hukuk kurallarına aykırı düşmeme”si koşuluna bağlayan Yüksek Mahkeme yine yeni bir kararında, Anayasa kural ve ilkelerin etki ve değer bakımından “eşitliği”ni vurguladıktan sonra, “bunların bir arada ve hukukun genel kuralları gözönünde tutularak uygulanmaları zorunludur” (114) sonucuna ulaşmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararları üzerinde kısaca şu **gözlemler** yapılabilir:

— Yasaların, kendilerine uygun bulunması gereken hukukun genel ilkeleri, **Anayasa'nın üstünde** yer alır; yasa koyucunun takdir yetkisini sınırlar.

— Hukukun genel ilkeleri, en azından, **anayasal değer**de ilkelerdir.

— Hukukun genel ilkeleri ile **toplumun vicdanı ve değer yargıları** arasında sıkı bir bağlantı bulunmaktadır.

— Hukukun genel ilkeleri, **hukukun bilinen ve bütün uygar ülkelerde** kabul edilen prensipleridir.

Hukukun genel ilkelerinin (HGI) **tanımını** yapmayıp (114/a) dolaylı olarak **Uluslararası Adalet Statüsü'nün** 38 nci maddesine yollama yapan Anayasa Mahkemesi, HGI ile Uluslararası Hukukta geçerli kimi “genel ilkeler”i kararlarında açıkça referans norm olarak kullanmıştır: “Kazanılmış hakların tanınması ve korunması hukuk devletlerinde benimsenen bir ana hukuk kuralıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında bu kuralı ortadan kaldıracak hiçbir hüküm yoktur; olabilmesi de düşünülemez” (115) kararıyla Anayasa Mah-

(112) E. 1963/138, K. 1964/71, Ka. t. 11.12.1964, AYMKD, sy. 2, s. 256-277.

(113) E. 1990/17, K. 1990/23, R.G. 26 Ekim 1990, sy. 20677.

(114) E. 1990/32, K. 1990/25, R.G. 30 Kasım 1990, sy. 20711.

(114/a) Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme, yeni kararlarında, dolaylı bir biçimde HGI'nin “genellik” niteliğini belirtmektedir (E. 1990/7, K. 1990/11, 21.6.1990 günlü ka., R.G. 4 Şubat 1991, sy. 20776).

(115) E. 1963/106, K. 1963/270, Ka. t. 11.11.1963, AYMKD, 22, s. 255.

kemesi, “kazanılmış haklara saygı” ilkesini (116) anayasal değerde, hatta anayasaüstü değerde kabul etmektedir. Bir başka kararında da uluslararası hukukun genel ilkelerinin yerini iç hukuk açısından belirlemektedir: “Milletlerarası hukuku da, devletlerin taraf oldukları ikili veya çok taraflı andlaşmalar, milletlerarası teamüller (örf ve âdet), medeni milletlerce kabul edilen ve temel hukuk prensiplerinden bulunan, iyi niyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkeleri... oluşturmaktadır” (117).

Uluslararası hukukun genel ilkelerini ölçü-norm olarak kararlarında kullanan Türk Anayasa Mahkemesi'nin, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Haklar Şartı gibi “İnsan Hakları Avrupa ve Uluslararası Hukuku” metinlerini referans norm olarak kullanmaktadır (118).

## 2. Özgürlüklerle ilgili ilke ve ölçütler

Anayasa Mahkemesi, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyeti Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesi ve Kanuna bazı maddeler eklenmesi hakkında 3233 sayılı Kanunun iptali davasında, Anayasa'da özgürlüklerin “hangi anlayış içinde düzenlendiği”ni araştırmış, özgürlükler hukukuna ilişkin ilke ve ölçütler formüle etmiştir (119).

“... kişi özgürlüğü (md. 19), öylesine doğal ve geniş bir alanı kapsamaktadır ki, Anayasada’ konunun ayrıntılarıyla kurala bağlanmasına gerek görülmemiş, bu özgürlüklere kolay kolay tecavüz edilemeyeceği düşünülmüştür.” (120) saptamasıyla Yüksek Mahkeme, yorum yoluyla, **özgürlüğün anayasada belirtilmeyen öğelerini** ortaya koyarak, anılan özgürlüğün **içeriğinde bir genişleme sağlarken “sağlam çekirdeği”ni** de vurgulamıştır.

(116) 1977 yılında verdiği bir kararda (E. 1976/51, K. 1977/16, Ka. t. 10.3.1977, AYMKD, 15. s. 228) kazanılmış hak kavramını tanımlayan Anayasa Mahkemesi, yeni bir kararında, kazanılmış hak sözcüğünü, “hukukun en belirsiz, uygulama sahası çok dar, genel hukuksal durumlarda konu edilmeyen bir kavram” olarak değerlendirebilir. Bkz. E. 1989/23, K. 1990/26, R.G. 9 Ocak 1991, sy. 20750.

(117) E. 1986/18, K. 1986/24, Ka. t. 9.10.1986, AYMKD, 22., s. 255.

(118) Bu konuda ve Anayasa mahkemesinin ilgili kararları için bkz. Türkiye Raporu, (Y. Aliefendioğlu, E. Özbudun), Anayasa Yargısı, 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, 27 Nisan 1987 Lizbon, (Ank. 1988), s. 187, 206.

(119) E. 1985/8, K. 1986/27, Ka. t. 26.11.1986, AYMKD, 22.

(120) A.g. karar, s. 364.

Aynı kararında, Anayasanın 13, 14 ve 15 inci maddelerinin genel sınırlamalar öngördüğünü belirten Anayasa Mahkemesi, “Bu kuralların incelenmesi, herkes için özgürlüğün asıl olduğunu bunların sınırlandırılmasının ise gerçekleşmesi güç koşullara bağlandığını açıkça ortaya koymaktadır...” (121) belirlemesiyle, “**özgürlükler kural, onlara getirilen sınırlamalar ise istisnadır**” genel ilkesini benimsemiştir.

“Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilemez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindedir.. Özgürlükler, ancak; istisnai olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler...” (122). Anayasa Mahkemesi, demokrasi-özgürlük ve hukuk devleti bağlamında önemli ilkeler koymaktadır: özgürlüklere doğal hukuk açısından yaklaşan Anayasa Mahkemesi, **Demokratik Toplum Düzeninin** gereklerini (DTDG) **özgürlüğün özü** kavramlarıyla özdeşleştirmektedir. Dolayısıyla özgürlük ve özgürlüğün özü kavramları, yüksek Mahkeme’ye göre, “**demokratik değer**” veya onun ayrılmaz parçası olarak nitelenebilir (123). Özgürlüğün özü veya öze dokunma yasağı pozitif Anayasa ölçütü olmadığına göre, bunun Anayasal düzeyde bir Hukukun genel ilkesi oluşturup oluşturmadığı sorulabilir.

Özgürlükleri koruma ölçütü olarak DTDG’nin öğelerini geliştiren ve bu arada “**öz ölçütü**”nü bir ilke olarak kullanan Anayasa Mahkemesi’nin bu içtihadı ile 1961 Anayasası döneminde pozitif Anayasa ölçütü olmamasına karşın kullandığı “**oranlılık**” veya “**ölçülülük**” ilkesi arasında koşutluk kurulabilir (124).

(121) A.g. karar, s. 365.

(122) A.g. karar, s. 365.

(123) Anayasa Mahkemesi 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 18. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasanın 46. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemine ilişkin kararında da, mülkiyet hakkı konusunda aynı ölçütü kullanmıştır. (E. 1990/7, K. 1990/11, Ka. t. 21.6.1990, R.G. 4 Şubat 1991, sy . 20776).

(124) Anayasa Mahkemesinin ölçülülük ilkesini kullandığı kararları hakkında bkz. **Kaboğlu**, Kolektif Özgürlükler, s. 269-270.

**Eşitlik ilkesi** konusundaki anlayışını Anayasa Mahkemesi, yeni bir kararında (125) şu şekilde ifade eder: “Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarına göre, eşitliği bozduğu iddia edilen kural haklı bir nedene dayanmakta veya kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmuş ise bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez.”

Eşitlik ilkesi uygulaması konusunda genellikle, “**haklı neden**” ve “**kamu yararı**” ölçütlerini geliştirdiği gözlenmekte ise, bunların ve diğer ölçütlerin bir hukukun genel ilkesi niteliğini hak edecek yoğunlukta olup olmadığı sorulabilir.

### 3. Hukuk Devleti ve Hukukun Genel İlkeleri

Anayasa Mahkemesi, Hukuk Devleti’ni, “Anayasa’nın açık hükümlerinden önce Hukukun bilinen ve tüm aygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkeleri” ve “Hukukun üstün kuralları”, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkelerine bağlı”, “insan haklarına saygılı”, “hak ve özgürlükleri.. güçlendiren”, “adaletli bir hukuk düzeni(ni) .. sürdüren” (126) Devlet biçiminde tanımlarken; bir yandan Hukuk Devleti’nin Anayasa üstü hukukun genel ilkelerinin içerdiğini vurgulayarak “Hukuk Devleti, hukukun genel **ilkelerinin geçerli olduğu Devlettir**” biçiminde bir özdeşlik kurmakta; öte yandan, Hukuk Devleti’nin içeriğini oluşturan ilkelerin **özgürlükler Hukukunun eksen kavramları** olduğu görülmektedir.

“Hukuk Devleti” ilkesini anayasaya uygunluk denetiminde ölçüt olarak kullandığı bir başka kararında, yasakoyucunun “Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı” olması gerektiğini saptamış ve “... Kanun koyucunun bozamayacağı temel hukuk kuralları”nın var olduğunu vurgulamıştır (127). Daha yeni bir kararında yine Anayasa’nın 2. maddesini ölçü-norm olarak kullanırken Anayasa Mahkemesi, “Hukuk Devleti’nde ” temel hukuk kurallarının yasakoyucuyu bağladığı yönündeki yerleşik içtihadını yinelerken, “**temel hukuk ilkeleri**” kavramını, Anayasa’ya uygunluk denetiminde kullanmıştır (128).

**Anayasal değerde genel ilkeleri**, Anayasaya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullanan Anayasa Mahkemesi, **Başlangıç**’ta yer alan ilkeleri, pozitif hukuk değeri tanıyarak “anayasallık

(125) E. 1990/5, K. 1990/28, R.G., 14 Mart 1990, sy. 20814.

(126) E. 1985/31, K. 1986/11, 27.3.1986 günlü Ka., AYMKD, 22., s. 120

(127) E. 1986/3, K. 1986/15, AYMKD, 22, s. 168 vd.

(128) E. 1987/16, K. 1988/8, R.G. 23.8.1988, s. 21 vd., 49.



bloku” (129) ve bu ilkelerin içeriğini belirleme yetkisini kendisine tanımıştır (130), (131).

### III- AVRUPA İNSAN HAKLARI DİVANİ ve AVRUPA TOPLULUĞU ADALET DİVANİ: ÖZGÜRLÜK GENEL İLKELERİ JÜRİSPRÜDANSI

#### A) Avrupa İnsan Hakları Divanı (AİHD)

(Demokratik Toplum Düzeni)

Divan'ın kullandığı AİHS'ni yorumlama yöntemleii, jürisprüdansını “Avrupalılaştırmak” (132) amacına yöneliyor; bununla da, tutarlılığını ve gücünü pekiştirmeyi amaçlıyor. Divan'a göre, Sözleşme, “günümüzün koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir eostrüman”dır (133). İnsan Hakları Divanı, “evrimci” ve “ilerleyici” yorum yöntemini kullanarak, Sözleşme'nin toplumsal değişmeye uyarlanmasını protoryen bir biçimde gerçekleştirmektedir (134). Bu “geleceğe yönelik içtihad” (..) Divanı, yürürlükteki hukuku “beyan etmek”le değil, fakat yarının hukukunu yaratmakla yükümlü olan bir yasakoyucuya yakınlaştırmaktadır.” (135)

Sözleşme'ye taraf Devletlerde İnsan Haklarının hukuksal rejimlerinin birleştirilmesinin bir aracı olarak içtihadının yeterli olduğunu gerçekleştiren (136) Divan, bir **Avrupa Koruma standardı yaratmıştır** (137). **Bu standart, büyük ölçüde, aynı temel değerlere ve hukukun üstünlüğüne bağlı “demokratik bir toplum” çerçevesinde ortaya konmaya daha elverişli “Hukukun Genel İlkeleri” sayesinde gelişmiştir.**

(129) Bkz. **Çağlar**, Anayasa Bilimi, s. 195. Krş. Türkiye Raporu. s. 186.

(130) 1987/7 sayılı kararı (belirten, **Çağlar**, s. 195).

(131) Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın geçici 15. maddesi konusunda “hukukun ana kurallarına uygun.. yorum”u düşüncesi (E. 1984/1, K. 1984/1, AYMKD, 20, s. 450 vd) ile, “hukukun genel ilkelerine siyasal ağırlıklı istisnalar” getirebileceğine dair kararını (E. 1990/12, K. 1988/8, R.G. 30.11.1990, s. 17 vd.), “Hukukun Genel İlkeleri”nin niteliği ile bağdaştırmanın güç olduğunu belirtmekle yetinelim.

(132) **F. Sudre**, Droit international et européen des droits de l'homme, PUF (coll. Droit Fondamental), 1989, s. 242.

(133) **Marcky**, 13 Juin 1979 (belirten **Sudre**, a.g.e., s. 242).

(134) **G. Cohen-Jonathan**, La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Economica, 1989, s. 194; **Sudre**, a. g.e., s. 242.

(135) **A. Elissen**, (belirten **Sudre**, s. 242).

(136) **Sudre**, a.g.e., s. 242.

(137) **Cohen-Jonathan**, a.g.c., s. 18-19.

Avrupa İnsan Hakları Divanı, Avrupa Konseyi üye devletlerinde ortak "**hukukun genel ilkeleri**" kavramını ölçü olarak kullanır (138). Üye Devletlerin genel pratiği, belli bir biçimde, "**bölgesel genel ilkeler**"i oluşturmaktadır. Divan, "Sözleşmeye taraf Devletlerin hukuku"na, onların "her zamanki uygulaması"na veya "Avrupa Konseyi üye Devletlerince kabul edilen genel standard"a yahut "demokratik toplumlarda genel olarak önde gelen ilkeler"e başvurur (139).

Divan, güvence altına alınan hakları, Devletlerin genel uygulaması"na sık sık başvurarak yorumlar ve tamamlar (140). Bununla birlikte, "**özerk kavramlar**" anlayışını da geliştirmiştir (141). Bu kavramlar, savunmacı devletin iç hukukuna basit bir başvuruyla yorumlanamazlar; bütün üye devletler için geçerli bir "Avrupa" anlamına sahiptirler.

Özgürlüklere içerik kazandırmada "**genel ilke**" ölçütünü kullanan (142) Divan, adaletten yararlanma hakkını, hakkaniyetli bir dava hakkından ayrılmaz nitelerken hukukun üstünlüğü kavramı ve hukukun genel ilkelerini başlıca öğeler olarak kullanmaktadır (143).

AİHD, yasa önünde **eşitlik ilkesinin** modern biçimi olan ayırım gözetmeme hükmünü (AİHS, md. 14) yararlı etki ilkesi ile yorumlayarak, Devletin olumsuz yükümlülüğünü (ayırım yapmama), Sözleşme ve ek protokollarınca güvence altına alınan her bir haktan yararlanmada eşit muameleyi sağlama olumlu yükümlülüğüne dönüştürmektedir (144). Divan, açıkça güvence altına alınmayan haklara da yaymak suretiyle, ayırım gözetmeme hükmünün uygulama alanını genişletmektedir (145).

Avrupa İnsan Hakları Divanı, Sözleşme'nin olanak tanıdığı bir hakkın sınırlanmasını, sınırlayıcı bir yoruma tabi tutar. Divan, bir sınırlamanın gerekliliğini değerlendirmek için bir ölçü aracı, bir Av-

(138) **Cohen-Jonathan**, s. 188.

(139) **Cohen-Jonathan**, s. 201-202.

(140) **Cohen-Jonathan**, s. 202.

(141) Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sudre**, a.g.e., s. 242-243.

(142) Belirten **Cohen-Jonathan**, a.g.e., s. 452-453.

(143) Aktaran **Cohen-Jonathan**, s. 410. Ayrıca bkz. **Çağlar**, a.g.e., s. 173.

(144) **Abdülaziz**, Cabales ve Balkandalı, 28.5.1985. (Belirten **F. Sudre**, La Convention Européenne des Droits de l'Homme, PUF (Que sais-je?), 1990, s. 37-38).

(145) **James**, 21 Şubat 1986; **Lithgow**, 8 Temmuz 1986. (Aktaran **Sudre**, La Convention Européenne..., s. 38).

rupa Standardı ortaya koyar: Güvence altına alınan hakların veya bunlara getirilen sınırlamaların, toplumsal evrimin, farklı bir yaklaşımını gerekli kıldığı alanlarda, farklı ulusal çözümlere başvurmak önem taşır... (146) Özgürlükleri sınırlamada, bir hakkın “özü”ne hiçbir zaman dokunulamaz. Yine, müdahale **meşru amacı** gözönüne alınmalıdır. Ayrıca müdahale **demokratik bir toplumda gerekli** olmalıdır (147).

Sınırlama konusunda Divan, geniş bir takdir yetkisi kullanarak, maksimum bir yargısal denetim yapar. Divan, metnin öngördüğü gibi, olguların hukuksal nitelendirmesini denetler; yerindelik alanına giren, hakka getirilen sınırlamanın “gerekliliği”nde denetler. Bunun için izlenen amaçla getirilen sınırlama ölçüsü arasında orantılılık arar (148).

Divan’a göre, **Demokratik bir toplumun kurucu öğeleri** “çoğulculuk, hoşgörü ve açıklık esprisi”dir. “Demokratik toplum” kavramına referanslar, sınırlayıcı önlemin gerekliği ile bunun izlenen amaca orantılılığını denetlemektedir (149). “Gereklilik kavramı zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı gerekli kılar; özellikle, alınan önlem, izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır” (150).

Kısacası, Avrupa İnsan Hakları Divanı, İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde, özgürlük ve demokrasiyi özdeşleştirerek geliştirdiği ölçüt ve Hukukun Genel ilkeleri ile hak ve özgürlükleri koruyucu rolünü kanıtlamıştır.

## **B) Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD)**

### **(Temel Haklar Hukukun Genel İlkeleri Eşitliği)**

ATAD, Jürisprüdansı, önemli bir Hukukun Genel İlkeleri kategorisi oluşturmuştur (151). Temel hak ve özgürlükler de bunlar arasında bağımsız kategori olarak yer almaktadır.

(146) Bkz. **Cohen-Jonathan**, a.g.e., s. 474.

(147) **Sudre**, La Convention européenne..., s. 38; Droit international et..., s. 111, 112.

(148) **Sudre**, La Convention . s. 38-39.

(149) 1976 Handyside kararı. (Aktaran **Cohen-Jonathan**, s. 474; **Sudre**, Droit... s. 111).

(150) 1986 Gillow kararı (belirten **Sudre** s. 111).

(151) ATAD, aşağıda belirtilen dört Hukukun Genel İlkesi kategorisini geliştirmiştir: Örgütlü her hukuk sisteminde yer alan ilkeler, yargıç tarafından benimsenen ortak genel ilkeler, Toplulukların doğasından çıkarılan ilkeler ve temel haklar. Ayrıntılı bilgi için bkz. **İ.Ö. Kaboğlu**, “Avrupa Topluluğu Adalet Divanı jürisprüdansı ve idari kararların gerekçeli olma zorunluluğu” (Bildiri), 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1-4 Mayıs 1990, Ankara.

**Kişilerin temel hakları**, topluluk yasa-üstü (supralégalté) niteliğinde olup, ATAD, bunlara kurumların saygı göstermesini kabul ettirmiştir. Temel haklara saygı, yine Divan'ın saygıyı sağladığı hukukur genel ilkelerinin bütünleyici parçasıdır. Başka bir anlatımla, ATAD, temel hak ve özgürlükleri, topluluk hukukunun genel ilkeleri olarak korur (152).

Bu çerçevede Divan jürisprüdansı, herşeyden önce, demokrasi uygulaması ve hukukun üstünlüğünün varolduğu üye devletlerin anayasal geleneklerine dayanır. Aynı zamanda bu devletlerce insan haklarını korumak amacıyla aktedilen uluslararası antlaşmalar (başlıcası AİHS) Divan jürisprüdansının dayanağını oluşturur.

Gerçekte, evrimci bir süreci yansıtan jürisprüdansı başlıca üç aşamadan geçmiştir (153):

1. Temel haklara ilişkin jürisprüdans 1969'da **Stauder kararı**yla başladı (154). ATAD, temel hakları Topluluk Hukuk düzeninin genel ilkeleri arasında yerleştirdi. Bu haklara saygıyı sağlama konusunda da kendini yetkili kıldı.

2. Topluluk Hukuk düzeni içinde temel hakların geçerliliğinin haklı gösterilmesi ve bu haklarla ulusal güvenceleri arasındaki ilişki, 1970'te verilen kararın ağırlık merkezini oluşturdu (155). Bu kararında ATAD, Topluluk Hukuk düzeninde temel hakların korunması için genel ilkelerin varlığını teyid etti; ayrıca, üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden esinlendiği halde, bu hakların korunmasının, Topluluğun yapı ve amaçları çerçevesinde sağlanması gerektiğini bir kez daha vurguladı. Böylece Divan, Topluluk iktidarından kaynaklanan işlemlere karşı temel haklara bahşedilen korumanın özerk niteliğini tanımış oldu; fakat aynı zamanda, ulusal hukuk düzenlerinin temel ilkelerine başvurulmasını kabul etti.

3. Bu jürisprüdansı, ATAD'ın 1974 ve 1979 kararları destekledi ve derinleştirdi (156). Divan, daha açık bir biçimde, temel hakların

(152) Krş. **G. Isaac**, *Droit communautaire général*, 2e éd., Masson, 1989, s. 146.

(153) Bkz. **M.A. Dausés**, "La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire", *Revue Trimestrielle Du Droit Européen*, Juillet-Septembre 1984, sy. 3. s. 404.

(154) *Aff.* 29/69, *Rec.* 1969, p. 419.

(155) 17 décembre 1974, *Internationale Handelsgesellschaft*, *Aff.* 11/70, *Rec.* 1970, p. 125 (aktaran **Isaac**, s. 147).

(156) 14 mai 1974, *Nold*, *Aff.* 4/73, *Rec.* 1974, p. 491. 13 décembre 1979, **Hauer**, *Aff.* 44/79, *Rec.* 1979, p. 727 (aktaran **Dausés**, a.g.m., s. 405).

toplumsal güvenceleri ile temel haklar alanındaki ulusal anayasa sistemlerinin yapısal ilkelerini anımsatarak, üye devletler “anaay-salarınca tanınan ve güvence altına alınan temel haklarla bağdaşmayan önlemleri kabul etmeyeceğini” vurguladı. Böylece **maksimum standart ölçüsü** ortaya kondu. “Üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden esinlenme yükümlülüğünde olan Divan, bu devletlerin ana-yasalarınca tanınan ve güvence altına alınan temel haklarla bağdaşmayan önlemleri kabul edemez.” İşte, maksimum standart deyimi, en üst ulusal güvencenin topluluk düzeyinde uygulanmasını ifade eder (157).

1974 ve 1979 kararları, bir başka bakımdan da ilginç. Bu kararlar, uluslararası antlaşmaların, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AIHS)’nin temel haklar güvencesine ilişkin rolünü belirtir. Üye devletlerin işbirliği yaptığı veya katıldığı, insan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası araçlar da, topluluk hukuku çerçevesinde gözönüne alınması gereken verileri (bilgi ve belgeleri) sağlayabilir. Bu ise, özellikle, genel ilkeler aracılığıyla, AIHS’nin, **Avrupa minimum standardı** olarak, Topluluk hukuk düzeniyle bütünleşmesine olanak verir (158).

Yine ATAD tarafından **temel haklarda mündemiç (içkin) engeller kuramı** (Theorie des barrières immanentes des droits de l’homme) geliştirilmiştir. Temel haklar, mutlak ayrıcalıklar olarak ortaya çıkmazlar; bunlar, korunan mal ve etkinliklerin toplumsal işlevine göre düşünülmelidirler. Temel haklara müdahaleye olanak veren ve aynı zamanda güvence niteliğinde olan koşul ve engeller üç başlıkta ele alınır (159).

(157) Krş. **Isaac**, a.g.e., s. 147.

(158) Topluluk Hukuk düzeninde AIHS’nin yeri nedir? Konunun iki yönü bulunmakta: Topluluk hukuku içerisinde AIHS’nin maddi hükümlerine verilen yer ve bu Sözleşme’nin, Topluluk hukukunun genel ilkelerine sağladığı koruma düzeyi.

a. AIHS’nin, Topluluk hukuku normları hiyerarşisindeki yeri konusunda, Sözleşme’nin, HGI’nde olduğu gibi, türev topluluk hukukundan daha üstün bir yere sahip olduğu ve türev hukuku değerlendirmede norm olarak kullanılabilceğinde kuşku bulunmamaktadır. Bununla birlikte, antlaşmalara göre yeri karara bağlanmış değil. Bu konuda, her antlaşmadan bağımsız olan HGI, birincil Topluluk hukuna da üstün gelir.

b. AIHS’nin temel haklar üzerine öngördüğü güvencelere oranla HGI’nin korunması düzeyine gelince; ATAD jürisprüdansında, AIHS ilkeleri hukukun genel ilkeleriyle aynı ağırlıkta tanınmıştır.

Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz. **Cohen - Jonathan**, a.g.e., s. 537; **Dausés**, a.g.m., 416-417.

(159) **Dausés**, a.g.m., s. 406; **Isaac**, a.g.e., s. 147.

— Topluluk tarafından izlenen genel çıkar amaçlarıyla müdahalenin haklı gösterilmesi;

— Gözönüne alınan amaçla müdahale arasında olurluluk;

— Korunan hakkın öz güvencesi.

Topluluk amaçlarının iktisadi niteliği nedeniyle, ATAD, son zamanlara değin, ekonomik nitelikli temel haklar üzerinde durmuştu; bununla birlikte, öteki temel haklar üzerlerine de birçok karar bulunmaktadır. Gerçekten, yukarıda işaret edilen, kararlar, Topluluk organlarının mülkiyet hakkına, iktisadi ve mesleki özgürlüğe müdahalelerine ilişkindi. İşte Divan, temel haklardan kaynaklanan engeller kuramını bu örneklerden hareketle geliştirmiştir. Daha yeni kararlarında ise (160), yeni bileşimli, toplumsal özellikli temel hakların koruma alanını zenginleştirdi. Böylece ATAD, Topluluk korumasını, sosyal nitelikli temel haklara da yaymış bulunuyor.

Avrupa Topluluğu Adalet Divanı tarafından geliştirilen Hukukun Genel İlkeleri, (Avrupa Hukukunun ulusal hukuka doğrudan etkisiyle) sadece Topluluk organlarını değil, üye Devletler ve kurumlarıyla bireyleri de bağlayan bir etkiye sahip bulunmaktadır.

---

(160) **Testa, Meggio, Vitale**, Arrêt du 28 fevriér 1980, BVerfge 53, p. 257 (aktaran **Dausés**, a.g.m., s. 406).

## BITİRİRKEN

Anayasa yargıçları ve Avrupa Mahkemeleri, norm yaratma yoluyla Hukukun Genel İlkeleri'ni formüle etmede evrimci ve ilerleyici bir işlev yerine getirmektedir. Bu bakımdan hukuk disiplinleri arasında kavşak konumuyla dikkat çeken Özgürlükler Hukukunun "genel ilkeleri" üzerine giderek benzer ve ortak ölçüt ve ilke kullanmaya yöneldikleri gözlenmektedir. Geliştirilen genel ilkeler ve yaratılan normlar, belirli değer sistemleri çerçevesinde, demokrasi, hukuk devleti ve eşitlik gibi eksen kavramlar bağlamında "örülme"dir. "Özgürlük kural, sınırlama ise istisnadır", "Yasaca yasaklanmayan herşey serbesttir" ilkeleri ve "genel eşitlik ilkesi" ile "Hukuk Devleti" ilkesinden çıkarılan ilkeler yanında, "ölçülülük", "öz güvencesi", "demokratik toplum düzeninin gerekleri" gibi daha özgül ölçütler, ulusal Anayasa yargıçları ile Avrupa Mahkemeleri arasında etkileşim yoluyla giderek yaygınlaşmaktadır.

Özgürlükler hukuku genel ilkelerinin yaratılması olağan sayılmalıdır. Zira hak ve özgürlüklerin korunması, Anayasa Yargısı'nın başlıca görevidir. Bu bakımdan Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'nın konumu ayrı bir durum oluşturmasına karşılık, özgürlükleri bir bütün olarak Hukukun Genel İlkesi ile özdeşleştirip koruma altına almıştır. Bu jürisprüdansın, varlık nedeni özgürlükleri korumak olan ulusal yargı organları ile Avrupa İnsan Hakları Divanı için örnek oluşturması beklenir. Genel olarak Anayasa Mahkemelerinin kuruluş amaçları doğrultusunda ulusal-üstü nitelikteki yargı organlarıyla etkileşim içinde bulunmaları doğaldır. Bunlar, Avrupa ölçeğinde hukuk birliğinin sağlanması kadar, insan haklarına saygısının güvence altına alınması amacını da taşımaktadırlar. İnsan haklarının kendisi de evrensel bir nitelik taşıyor mu?

Türk Anayasa Mahkemesi'nin de bu bütün içinde yer alması, büyük ölçüde oluşturmakta olduğu jürisprüdansı ile orantılı gözükmektedir.

Son olarak Őu iki saptama yapılabilir: Birincisi Türk Anayasa Mahkemesiyle ilgili. Yüce Mahkeme, Hukukun Genel İlkeleri deyi-  
mini kullanmamakla birlikte, “Anayasanın da üstünde” “uygar ulus-  
larca benimsenen” ve “bilinen” ilkelerin varlığını sık sık vurgula-  
maktadır. Bu ilkelerin neler olduğunu belirtmesi, özellikle iki nedenle  
nem taŐıtmaktadır. Bir kez, uluslararası hukuk ilkeleri ile iç hukuk  
ilkeleri her zaman akıŐmazlar. Daha önemlisi, göreceli ve öznel ni-  
telik taŐıyan “uygar” sözcüğü nesnel bir lt oluŐturaktan uzaktır.  
Hangi ilkenin anayasal değerde veya daha üstün konumda olduğu-  
nun belirtilmesi, ilkenin adlandırılması, Anayasa Mahkemesinin  
benimsediği Hukukun Genel ilkeleri kategorisinin oluşmasına da kat-  
kıda bulunabilir. Yine, Yüksek Mahkeme, içeriği olan öğeleri ortaya  
koyarak “Hukuk Devleti” kavramını yorumladığı gibi “İnsan Hak-  
ları”nı da yorumlayarak özgürlükleri koruyucu genel ilkelerin ge-  
liŐtirilmesine katkıda bulunabilir. İnsan haklarının dinamik ve ev-  
rimci içeriği buna elveriŐlidir.

İkincisi ise daha genel bir soruna ilişkin. Anayasa yargıçları tara-  
findan hak ve özgürlükler üzerine geliştirilen ilkelerin (genellik, s-  
reklilik ve üstünlük öğeleri iŐıđında) bütünsel yorumuyla anayasal  
değerde bir hukukun genel ilkesi aŐamasına ulaŐıp ulaŐmadıđı sorunu.  
Yanıtı aranan soru, hak ve özgürlüklere saygının bir HGI olarak be-  
nimsenip benimsenmeyeceđidir. Őimdilik, ulusal anayasa jrisprdan-  
sında gözlenen evrimin, ulusal-üstü ölçekte varılan aŐama doğrultusun-  
da olduğu öne sürülebilir.

Hukukun bilim olarak nitelenmesi, büyük ölçüde HGI kategorisi-  
nin geliŐtirilmesiyle doğru orantılı değil midir?