

HUKUK FELSEFESİ VE ANAYASA YARGISI

Prof. Dr. Niyazi ÖKTEM*

Aristoteles'in deyiimiyle toplumsal bir hayvan (zoon politicon) dan insanoğlu toplum içinde yaşamak zorundadır. Toplum insan varlığının sürdürülmesi açısından kaçınılmaz bir olgudur; aksi takdirde birey yok olur. Toplum içinde yaşarken insanlar birbirleriyle olan ilişkilerini belli kurallara bağlarlar. Kurallar düzen kurulmasının gereğidir; düzensiz toplumlarda kargaşa doğar, toplum yok olur. Kurallar genelde din, örf ve adet, ahlak ve hukuk biçiminde günümüze gelmiştir.

İnsanoğlunda gene Aristoteles'in deyiimiyle diğer canlılardan farklı olarak akıl ve aklın ifadesi olan dil gücü vardır. Bu yetisiyle o, maddi doğayı anlayıp öğrenmeye ve onun üzerinde egemenlik kurmaya çalıştığı gibi, içinde bulunduğu sosyal düzenin kurallarını araştırıp, mahiyet, öz ve esasını kavramak tutkusu içindedir. Akıl sarsılmaz öz ve esasların, hakikatin peşinde durmak bilmeden koşan, anlamaya çalışan bir güçtür. Anlayan akıl, anladığını diliyle ifade etmek ister. Din nedir? Örf ve adet kuralları nereden gelir? Ahlak ne demektir? Hukuk nasıl oluşur; nereye dayanır?

Yüzyılımızın teknolojik toplum yapısı içinde bu tür arayışlar ikinci plana itilmiş gibi görünse de; kanımızca politikadan hukuka hatta matematiğe, fiziğe kadar her alanda, aydın kişi, öz ve esas araştırmalarını sürdürecektir. İnsan güdülen bir hayvan, rüzgarın etkisiyle oradan oraya sürüklenen bir yaprak değildir. Akıl onu düşündürerek özgürlüğüne kavuşturur. (1) Hukuk araştırmaları da bu tür bir bağlamda ele alınmalıdır. İnsanoğlu hukukun ne olduğunu, meşruluğunun nereden kaynaklandığını, neyi amaçladığını, hukuk ku-

(*) İ.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

(1) Akıl-Özgürlük ilişkileri için bkz. **Öktem Niyazi**, Özgürlük Sorunu ve Hukuk, İstanbul 1977, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını s. 48 ve devamı.

rallarının nasıl olması gerektiğini bilmezse kendine yabancılaşır. Ve eğer hukukçu ise bu tür yabancılaşma vahim denecek bir boyuttur.

Bir eğitime göre hukukçu eğer gerçekten hukuk bilimi yapmak istiyorsa; öz ve esas araştırmalarından uzaklaşmalı, hukuk tekniğiyle, pozitif hukuk metinleriyle uğraşmalıdır. Pozitif hukuk metinleri dışına çıkmak hukuk bilimini zedeler, hukukçuyu politikaya iter. Bu nedenle her bilimin nasıl konu alanı belirgin ve belli ise, hukukun da konu alanı normlardır, hukukçu da sadece normlarla ilgilenmelidir. Öz ve esas araştırmaları hukukçunun değil, felsefecinin, sosyoloğun ve iktisatçının işidir. Çağımızın ünlü ve değerli Avusturyalı hukukçusu Hans Kelsen'in izinden gidenler bu düşüncededirler. (2) Hemen belirtelim ki hukuk eğitim, öğretim ve uygulamasında egemen olan hukukçuluk anlayışı da budur. Üniversitelerde hukukun teknik yönüne ağırlık verilmekte, onun öz veya esasını inceleyen disiplinler ikinci plana atılmaktadır. Son dönemlere kadar Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi, Hukuk Tarihi gibi dersler İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde seçinlikti.

Hukuk tekniğini kuşkusuz hukukçu bilecektir, hatta hukuk devleti açısından alt norm-üst norm ilişkisine hassasiyetle uyacaktır. Keyfilik bu yaklaşımla ortadan kaldırılır. Anayasanın, yasanın yasa gücündeki kararnamenin, tüzük ve yönetmeliğin işlevi, yeri ve birbirleriyle olan ilişkisini o çok iyi saptayacaktır. İşte bu açıdan Hans Kelsen "hukuk devleti", "normlar hiyerarşisi", "meşruluk", "etkili-lik" ilkelerini gündeme getirip sağlam esaslara dayandırmıştır. Çağımızda anayasa yargısı, kaynak ve temellerini Kelsen'den almaktadır. Ancak o hukuktan diğer disiplinleri ayırmaya kalkmakla hatalı bir tutum içine girmiş bulunmaktadır. Şimdi Kelsen-Anayasa yargısı ilişkilerini açıklayalım ve daha sonra hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisinin verilerinden hareketle olumlu ve olumsuz yönleriyle irdetmeye çalışalım. Kanımızca ülkemizdeki birçok hukuk ve politika sorunun temelinde bu ikilemin yarattığı çelişkiler yatmaktadır.

Kelsen'in tüm arzu ve çabası hukuku politikadan bağımsız kılmaktı. Hukukçu ve hukuk bilimi, hukuk normunun içeriğiyle ilgilenmeli, kendisel olarak norm'un biçimsel yapısını ele almalıdır. (3)

(2) Bu eğilim için bkz. **Brimo, Albert**, *Les Grands Courants de la Philosophie du Droit et de L'Etat*, Paris 1978, Editions Pedone, s. 301-323.

(3) **Kelsen, H.**, *Theorie Pure du Droit* (Traduit par Ch. Eisenman), Paris 1962, Dalloz, s. 42-43.

Normun içeriğinin oluşumunda sosyal, ekonomik, felsefi etmenler olabilir. Bu etmenler görecelidir ve politik etkilere göre değişik görünüm-ler verebilir. Hukukçu içerikle ilgilendiği takdirde bilim dışına çıkar, politikanın aliti olur. Hukukçu sadece ve sadece mantıksal bir yapı olan hukuk normunun bu yapısını inceleyerek, hukuk normları arasındaki ilişkiyi saptayacak, hukuk sistemleri arasındaki ortak kavram-ları ortaya çıkaracak, hukukun amacı ve içeriği gibi metajüridik (hu-kuk ötesi) sorunlarla ilgilenmeyecektir. (4)

Hukuk metajüridik ögeler olan sosyolojik ve filozofik kavramlar-dan uzak tutulabildiği ölçüde bilimsel olur. Kelsen böylelikle "Saf Hukuk Kuramının" gerçekleştirilebileceği görüşündedir. Ona göre, doğa bilimlerinin ve sosyolojinin nedenselliğe dayalı yapısı, felsefenin göreceli adalet anlayışı dışında hukuk normatif bir bilimdir. (5)

Hukukçu hukukun pozitif normatif yapısını ele alıp inceleyerek uygulamaya sokarken, hukukun "iyi veya "kötü" olduğuna bakmaz, geçerli ve etkili olup olmadığını inceler. Başka bir anlatımla hukukçu, önce uygulayacağı hukuk kuralının geçerli, meşru olup olmadığını inceler; yetkili organlar tarafından usullere uygun bir biçimde yürür-lüğe girip girmediğini saptar ve daha sonra devlet otoritelerince etkili bir biçimde uygulanabilirliğini gözönünde bulundurarak kararını ve-rir. Hukuk kuralı ahlak kuralı değildir. Ahlak kuralı kesin bir buyruk-ken (emperatif), hukuk normları varsayımsal (hipotetik) buyruklar-dır. Hukukta belli bir olayın varlığında, belli koşulların, olayların or-taya çıkışında kural uygulanır. Hukukçu olayları saptayacak, arkasın-dan olaya ilişkin normu uygulamaya sokacaktır.

Hukukçunun çalışma ve işlevini daha somut bir biçimde gene Kelsen'in normlar hiyerarşisi anlayışı içinde açıklamaya çalışalım. Kelsen'e göre hukuk normları hiyerarşik yapı içinde bir piramit oluş-tururlar. Piramidin en altında hukuk uygulayan idari organların ida-ri tasarrufları ve mahkeme kararları; onların üstünde yönetmelik ve tüzükler, bu normların üstünde yasalar ve piramidin en üstünde de anayasa yer almaktadır. (6) Bir alt norm meşruluğunu ve etkin-liğini bir üst normdan almaktadır. Bu şu anlama gelmektedir: Hukuku

(4) **Öktem, Niyazi**, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi, İstanbul 1988, Beta, s. 196-197.

(5) **Aral, Vecdi**, Kelsen'in Saf Hukuk Teorisinin Metodu ve Değeri, İstanbul, 1978, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını, S. 29-30.

(6) **Güriz, Adnan**, Hukuk Felsefesi, Ankara 1985, A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını, s. 239-241.

uygulayan, yürürlüğe sokan her düzlemdeki organ meşru ve geçerli bir norm yaratmak veya uygulamaya sokmak istiyorsa bir üst norma uygun davranacaktır. Aksi takdirde yarattığı, uygulamaya soktuğu norm “gayri meşrudur” ve “etkili” olamaz. Örneğin idari tasarruflar tüzük ve yönetmeliklere uygun olacak; tüzük, yönetmelik ve mahkeme kararları ilgili yasaya dayanacak; yasa da anayasaya bağlı olacaktır. Aksi takdirde meşru bir hukuk düzeninden söz edilemez. Hukuk devletinin temel ölçütü budur. Hukukçunun ve uygulayıcının işlevi ve görevi de bu hiyerarşiye bağlı bir çalışma yapmaktan ibarettir. (7) Kanımızca bu tür yaklaşımla yapılan bir çalışma teknik ve kuru bir yapıdadır. Hukukcuyu adeta mekanik bir robot haline dönüştürmektedir. Kuşkusuz hukuk devletinin ana ölçütü, normlar hiyerarşisine harfiyen uymaktır. Hukuk devletinin sağladığı güvenlik, normlara sadakatle bağlılıktan geçer; hukukun güvenilir olmasında da normlar piramidi kaçınılmaz bir yapıdır. Anayasa yargısı içinde de temel ölçüt normlar hiyerarşisidir. Anayasa mahkemesi bir yasanın geçerli ve etkili olabilmesi için Anayasaya uygunluğunu denetleyen yüksek yargı organıdır. Bu anlayıştan yol alarak bağımsız yargı yöntemi, demokratik hukuk sistemlerinde benimsenmiştir. Piramitteki Anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik, idari tasarruf-mahkeme kararı hiyerarşisinde her norm uygulayıcısı devletin fonksiyonunu gören değişik organlardır. Jean – Jacques Rousseau’cu kuvvetler birliği ilkesi çağdaş demokrasilerde benimsenmiş olsaydı organlar arasında gerçek bir denetim olmazdı. John Locke, Montesquieu, Aristoteles’ci kuvvetler ayrılığı ilkesi içinde gerçek bir demokrasi sağlanır ve bu bağlamda Anayasa Mahkemesi en üst hukuk denetim organı olarak karşımıza çıkar; çünkü tüm alttaki normlar bir yerde Anayasaya bağlıdır; herşey meşruluğunu Anayasadan alır. Bu nedenlerdir ki, kanımızca kuvvetler ayrılığı sistemi içinde, yargı ağırlıklı düzeni yeğlemek gerekmektedir. Yargı ağırlıklı bir kuvvetler ayrılığı sistemi temel hak ve özgürlüklerin güvencesidir. Kelsen hukukun oluşumunda politikanın etkisini görmekte haklıdır. Politikada güç ilişkileri, çıkar çatışmaları gündemdedir. Sert, bir yerde irrasyonelliğe kadar gidebilen çıkar çatışmalarını bilimsel nitelikte bir hukuksal denetime tabi tutmak rasyonelleştirme anlamına gelmektedir. Ancak bu haliyle, yani tekniğe dayalı bir Anayasa yargısal denetimi kanımızca bilimsel açıdan yetersizdir. Anayasa Mahkemesi üyeleri sadece normların meş-

(7) **Kelsen, H.**, *La Methode et La Nature Fondamentale de la Theorie Pure du Droit* Revue Metaphysique et morale, 1934, s. 183.

rulüğünü ve etkililiğini ölçerek karar verme durumunda kalıyorsa çok teknik bir çalışma içindedirler. Ne yapalım? Anayasanın dışına mı çıkalım? denilebilir. Yanıtımız kesinlikle olumsuzdur. Ancak yorumlamada dar pozitif hukuk metinleri, çağın koşullarına, ülkenin toplumsal yapısına ve çağdaş değerlere göre genişletilebilir. Böyle davranılırsa Kelsen'e göre işin içine felsefe ve sosyoloji sokulacaktır. Hukuk biliminin dışına çıkmaktadır. Acaba gerçekten Kelsen haklı mı?

Gene Kelsen'in piramidinden yol alarak sorunu irdeleyelim. En üstte bulunan anayasanın üstünde acaba ne vardır? Başka bir anlamıyla normlar hiyerarşisi içinde anayasa meşruluğunu ve etkili olmasını nereden almaktadır. Kelsen anayasaların üstünde varsayımsal bir temel norm (Grundnorm) olduğunu söyler. (8) Anayasalar meşruluğunu bu varsayımsal temel normdan alır. Belli bir toprak parçası üzerinde biraraya gelen insanları, kendi içlerinden bir grup insan örgütlenerek idare ederler. (9) Örgütlenen grup "kamu gücüne" sahiptir. Böylelikle devlet kurulur. Kendiliğinden kurulan bu devletin örgütlenme biçimine "esas teşkilatına"; yani anayasasına hakim olan zihniyet, anlayış; yani felsefe temel normdur. Görülüyor ki Kelsen'in temel normu, bildiğimiz klasik anlamda bir hukuk normu değil, bir yaşam görüşü, bir felsefedir. Devlet de Kelsen'in çok iyi gözlemlediği gibi politik ve sosyolojik bir olaya dayanmaktadır. O halde sosyoloji ve felsefeden kaçmak olanaksızdır. Tüm normlar piramidi bir sosyolojik temel normdan gelmektedir.

Nedir bu sosyo-filozofik temel norm? Ve ne olmalıdır? Kelsen'e göre varsayımsal temel normun keyfi olduğu sanılmamalıdır. Normun yapıcı unsurlarından biri bir değer yargısına sahip olmasıdır. (10) Değer yargısı denilmekle görülüyor ki Kelsen, felsefeyi çok önemli bir yere yerleştirmektedir, ama "metajuridik" demektedir. Öte yandan etkili bir hukuk sistemi, normlar hiyerarşisi içinde bir bütündür; temel norm da bu bütünlüğün içindedir. O halde temel normdaki değer yargısı nasıl hukuk ötesi olabilir? Keyfiliği ortadan kaldıran öge olduğuna göre "asliyet" taşıyan bir etmendir. Kelsen zaten temel normu düzenleyen belli hukuk sisteminin iktidarını da felsefi açıdan açıklamaktadır.

Temel normun yapı ve mahiyetini ilk kurucu iktidar (aslı kurucu iktidar) belirler. Belli bir ülke içinde örgütlü bir şekilde toplumu yö-

(8) **Kelsen**, *Theorie Pure*, s. 314-315.

(9) *Ibid.*, 375-383.

(10) Kelsen'den naklen **Güriz**, s. 340.

neten, yani devleti ele geçiren grup hukuk sistemini kurarken belli bir anlayış içindedir. Bu grup ya savaşçı bir zihniyetin temsilcisidir, ya da barışçıdır. Eğer savaşçıysa otoriter ve totaliter bir zihniyet tüm normlar hiyerarşisine egemendir; yok eğer barışçıysa “pacta sunt servanda” sistemin temel yapısını oluşturmaktadır. (11)

“Pacta sunt servanda—ahde vefa ilkesi” başka bir deyişle “verilen sözün tutulması” ahlaksal kökenli bir hukuk anlayışı olup, Devletler hukukunun kurucusu olarak kabul edilen ve Hukuk Felsefesi literatüründe “laik doğal hukuku” gündeme getiren Hollandalı Hugo Grotius (1583–1645) un adalet tanımının özünü oluşturmaktadır. Kelsen gene felsefesinin içindedir. Kelsen zaten Devletler Hukukunda “Pacta sunt servanda” olmadığı takdirde barışın kurulmasının güçlüğüne vurgular. Kelsen burada haklıdır; anlaşmalara uymayan, sözünde durmayan devletler her zaman için dünya barışını tehdit etmektedir.

Temel normu savaşçılığa dayandıran devlette egemen yapının otorite ve güç olduğunu belirttik. Devleti güçler mücadelesi, güç ilişkilerine dayandırma yeni bir hukuk felsefesi yorumu değildir. İngiliz Thomas Hobbes, Karl Marx, Machiavelli de güç felsefesini savunmuşlardır. Sosyolojik açıdan sorun irdelenirse bir ölçüde bu tür analizler haklılık kazanır. Gerçekten dünya tarihinde güç ilişkisi önemli bir boyuttur. Ancak devleti sadece güce dayandırmak, “adalet gücünün iradesidir” demek anlamına gelir ki, insanlığı içinden çıkılması zor belalara sokar, özgürlüğü ortadan kaldırır. Bu tür tartışmaların zorunlulukla gündeme gelmesi bile Kelsen’in sosyo-filozofik değerlendirmelerinden kurtulamayacağını göstermektedir. Anlaşılmaktadır ki temel norm zorunlu olarak sosyo-filozofik mahiyettedir. Temel normu, normlar hiyerarşisi piramidinin dışında görmek de olanaksızdır, çünkü piramidin her taşını biçimlendiren anlayış kökenini orada bulur. Hukukçu her an için temel normla iletişim halindedir.

Şimdi geelim Türkiye’nin koşullarına ve bu koşullarda yargı mekanizması içinde yorum yapan, uygulayan hukukçuların konumuna. Kanımızca sadece Anayasa yargısı için değil, tüm yargı işlevinde Türkiye’nin kendine özgü bir temel normu vardır ve bu temel norm meşruluk ve etkili olmanın ana ölçütüdür. Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi hukuk güvenliği açısından pozitif hukuk metinlerinin dışına çıkmamak da gerekmektedir; benimsenecek yöntem, pozitif hukuk metni içinde genişletici amaca göre yorumdur.

(11) Çelik, Edip, Mülterarası Hukuk (Birinci Cilt), İstanbul 1965, s. 59.

TÜRK TEMEL NORMUNUN İLKELERİ:

A- “Tabiat-ı Eşya-Nesnelerin Doğası” Kavramı:

Temel norm insan yaşamının ekonomik yapısının, insanın toplumsallığının, aklın ve mantığın verilerinin dışına çıkamaz. Yorumcu veya yargıç böyle bir durumla karşılaştığında yorumunu ona göre yapacaktır. Zaten bu tür normlar uygulama alanına da girmez, “hüllelere” yol açar. Tipik örnek Anayasasının 84. maddesidir. Milletvekillerinin parti değiştirmesi yasaklanmıştır, ama kimsenin milletvekilliği sıfatı düşmemiştir; hülle partileri kurulmuştur. Hiçbir yaptırım uygulanmamıştır. Bu tür bir anayasa maddesi “tabiatı eşyaya” aykırıdır, çünkü bir ülkede parlamento varsa, milletvekili (insan) düşünce veya ideoloji değişikliği geçirebilir, veya başka nedenlere bağlı olarak parti değiştirebilir. Keza bir ülkede belli nüfusta değişik dil kullananlar varsa; siz dilediğiniz kadar o dilin kullanılmasını yasaklayın. O dil kullanılır, kasetler de çıkar; bu nedenle devletin itibarı zedelenir ve sonunda yasak kalkar. Bir dönemde devlet memurlarının sakal bırakması yasaklanmıştı, hala da o yönetmelik yürürlüktedir. O dönemde birçok profesör sakalını kesmek zorunda kalmıştı. Devletin bireysel özgürlük alanına giren bir davranış biçimine karışması “tabiat-ı eşyaya” aykırıdır. Bugün fiilen bu kural çiğnenmektedir, yaptırım uygulanmamaktadır, uygulanmaz da... Yüksek Öğretim Yasasındaki “tabiat-ı eşyaya” aykırı düzenlemelerin haddi hesabı yoktur. Bu nedenle de zaten sık sık maddeler değişmektedir. “Ben yaptım oldu” otoriter ve totaliter zihniyeti hiçbir zaman “tabiat-ı eşyayı” düşünemez. Bu tür hukukla yargı ve Anayasa yargısının kuşkusuz işi bir hayli güçleşir; teknik ağırlıklı çözümler aranır. Teknik ağırlıklı çözümler veya zorlamalardan biri de 1982 Anayasasının 149. maddesindeki salt çoğunluğun yorumunda ortaya çıkmıştı ve politik baskılarla salt çoğunluğun 7 olması gerektiği yorumlarına bile gidilmişti. Bu zorlama mantık ve akıl “tabiat-ı eşya” gibi basit bir duruma aykırıyken akıllamaz mülahazalarla karşılaşmıştık. (12)

B- Adalet Değeri; Özgürlük ve Eşitlik Kavramları:

İnsanlar bu dünyayı akılları ve deneyleriyle anlamaya çalıştıkları kadar, değerlendirme ve değere yönelme, onu güncelleştirme amacı içindedirler. Her ne kadar belli zaman ve yer koşulları içinde

(12) Tabiat-ı Eşya Kavramı için bkz. **Öktem**, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi, s. 168-169.

değer yargıları görelî bir görünüm verseler de insanoğlu gene de iyinin, güzelin, doğrunun, adaletin peşindedir. Kimse ben kötünden, çirkinden, yanlıştan, adaletsizden yanayım demez. Herkes etik değer olan ahlak ve iyiyi, estetik değer olan güzeli; hakikat değeri olan doğruyu arar. Adalet de ahlaksal kökenli toplumsal iyidir. Adalet toplumsal iyi olarak Devlet aracılığıyla özellikle yargı işlevi içinde güncelleştirilir. Devletin amacı adil bir düzen kurmaktır. Hukuk-adalet ilişkisinin önemi üzerinde fazla durmak istemiyorum. Gerek Türk ulusunun büyük çoğunluğunun mensubu olduğu İslam dini, gerek Doğu ve batı felsefeleri çağlar boyu adalet değeri üzerinde durmuştur. Hukuk felsefesi derslerinde de işlediğimiz temel konu adalet değeridir.

Burada yargı ve anayasa yargısı açısından irdelememiz gereken şey biçim-adalet çatışkısında hangisine öncelik tanınacağıdır. Ayrıntıya girmeden şu kadarını söyleyelim ki bazı hukukî muameleler biçim eksikliği nedeniyle bir hakkın doğmasını, kullanılmasını ortadan kaldırmaktadır. Kuşkusuz biçim ögesi hukuk güvenliği açısından gereklidir. Ancak biçime uymama, sonradan tamamlanabiliyorsa, hukuk düzeninde doldurulması olanaksız boşluk yaratmıyorsa, hukukun amacı hakkın doğması, adaletin gerçekleştirilmesi ön plana alınmalıdır.

Adalet açısından üzerinde durulması gereken bir husus da çağımızın temel adalet anlayışı olan sosyal adaleti ön plana çıkartmaktır. Bilindiği gibi sosyal devletin temel ölçütü olan sosyal adalet, güçsüzün devlet tarafından güçlendirilmesidir. Sosyal adalet kavramı kuşkusuz Anayasamızın birçok yerinde mevcuttur, ama biz kavramı Anayasa üstü bir temel norm olarak ele aldığımızdan burada değinmekteyiz.

Özgürlük; felsefe ve siyaset biliminde üzerinde çok durulan bir kavramdır. Hukuk düzenlerinin amacı özgürlük içinde adil bir düzeni gerçekleştirmektir. Batı Hukuk Sistemlerinin temel normunda özgürlük ana ölçüttür. Tüm Batı Anayasaları özgürlüklere geniş yer vermiş ve vazgeçilemeyeceğini belirtmiştir. Batı Hukuk Sistemlerinin kökenindeki devrimler, Amerikan Devrimi, Büyük Fransız Devrimi “özgürlük, eşitlik, kardeşlik” normu üzerine kuruludur. Bu sistemin düşünürlerine göre, insanın özü özgürlüktür., Hukuk düzenleri bu öze ihanet edemezler. İnsan aklının gücü ve verileriyle doğanın ve toplumun kurallarını anlayıp onlar üzerinde egemenlik kurarak özgürleşir. Özgürlüğünden yoksun kılınan insan düşünülemez. Batı Hukuk

Sistemlerinin en önemli düşünürlerinden John Locke'a göre, devlet, düşünce ve inanç özgürlüğüne asla ve asla müdahale edemez. Bu tür müdahalede, John Locke açısından aktif direnme hakkı meşrulaşır. Tüm Avrupa ve A.B.D. hukuk sisteminde düşünce ve inanç özgürlüğü ve bunların ifade edilmesi kutsal, dokunulmaz haklar kategorisi içindedir. Özgürlük bu Hukuk Sistemlerinin temel normudur. Özellikle düşünce ve inanç özgürlüğü ve bunların uzantılarında hiçbir sınırlama olamaz. Tek sınırlama hazır ve yakın tehlike arzemesi durumunda gündeme gelebilir. Yakın ve hazır tehlike olgusu yargı organları tarafından değerlendirilmeli, içtihatlarla bırakılmamalıdır. Değişik konumdaki yargı organları kendi konu alanları içinde yakın ve hazır tehlikeyi yorumlayacaktır.

Bugünkü siyasal konjonktür içerisinde hukuken düşünce özgürlüğünü sınırlayan örneğin T.C.K. 141, 142, 163. maddeleri bu tür bir yorum içerisinde uygulanmaktadır. Bundan birkaç yıl önce katı bir metne bağlı yorumla düşünce suçlarıyla insanlar hapisanelere yollanırken, bugün T.C.K. 141. maddesinin metnine bağlı yorumla aykırı bir şekilde Komünist Partisi yöneticileri dışardadır. Doğru olanı budur, yargı çağdaş bir tutum içine girmiştir.

C- Türkiye'nin Sosyal Koşulları

Temel normun bu ölçütü, belki üzerinde en fazla tartışmanın yapılacağı konudur. Nedir Türkiye'nin sosyal koşulları? Bu koşullar nasıl bir Türk insanı kimliği yaratmıştır? Tarihsel süreç içinde bu kimlik hangi etmenlere bağlı olarak oluşmuştur? Çağdaş görünüm vermeyenlerin düzeltilmesinde hukuka, yargıya nasıl bir görev düşmektedir?

Yargı hukuk tarihi, genel kültür, siyasal tarihli önyargısız gerçeklere dayalı bir yaklaşımla ele alındığında "Türk Kimliğini" daha iyi anlayabilir ve ona uygun yorum ve yargılama gerçekleştirilir. Sosyal yapı ve ulusal kimliğe aykırı uygulamalar ve yargılama tıpkı "tabiat-ı eşya" ölçütünde olduğu gibi ters teper, devlet itibarını zedeler.

Kanımıza göre Türk Toplum yapısında ortaya çıkan özellikler şunlardır:

Herşeyden önce şunu belirtelim ki, II. Mahmut ve özellikle büyük önder Atatürk'den bu yana Türk toplumu batılılaşma süreci içindedir. Bu olgu sosyal bir realitedir ve artık oturmak üzeredir. Tüm

kurumlarımızda batılılaşma ögesi, etkin bir faktör olarak ortaya çıkmaktadır. Avrupa topluluğuna girme çabasıyla batılılaşma süreci daha da hızlanmıştır. Atatürkçülük de temelini Batı Felsefesi ve Batı yaşam tarzında bulmaktadır. O halde Atatürkçülükle özdeşleşen batılılaşma sosyal realitesi, temel normumuzun belirleyici çerçevesidir. Hukukçu, yargıç bu tür bir Atatürkçülük anlayışını her aşamada ölçüt olarak ele almak mecburiyetindedir.

İkinci sosyal özelliğimiz Türk toplumunun sentetik kültür yapısıdır. Orta Asya'dan Ön Asya'ya kadar yüzyıllar boyunca göçen, oradan Viyana kapılarına dayanan Türkler, çeşitli uygarlıklarla kültürel, ırksal, dinsel iletişim kurmuştur. Türk kimliği plüralist faktörlere bağlı olarak oluşmuştur. Osmanlı İmparatorluğunun güçlenerek dört kıtaya hükmetmesinin nedeni de belki bu plüralist yapıdan geliyor. O halde temel normumuzda bu husus dikkate alınmalıdır. Uygulama, yorum ve yargılamada çağdışı ırkçı, önyargılı dinci yaklaşımlardan kaçınılmalıdır. Çağlar boyu şef otoritesiyle savaşan bir toplumun, yerleşik toplumun değer yargıları ve demokrasi anlayışına geçmesi güçlükler gösterebilir. Yasalar yorumlanırken demokratik değer yargılarını da gözönünde bulundurmak kanımızca kaçınılmaz bir tutum olmalıdır.

Üçüncü sosyal özelliğimiz islam dinidir. Din olgusu, laiklik tartışmaları son yıllarda bir hayli yoğunlaşmıştır. Biz burada konunun ayrıntılarına giremeyiz. Ancak şu kadarını söyleyelim ki, din bir yorumdur. Kuran-ı Kerim ve Hadislerde özünü bulan islam dini yorumlarla kurumlaştırılmıştır. Yüzlerce cilt Kur'an yorumu vardır; Hadislerin hangisinin "sahih" olduğu hususu bile tartışmalıdır. Bunun böyle olması doğaldır; çünkü Kur'anın her satırı yorumu gerektirir. Yorumu yapan kişi eğer çağdaş bakış açısına sahip değilse tıpkı Kelsen'de olduğu gibi biçim ve teknikte takılıp kalıyorsa, din karanlık ufuklara gidip, ilerlemeyi engeller. Yok eğer yorumcu bilim, kültür, tarih bilgisi, sosyolojik veriler ve felsefeyle donatıksa, tıpkı çağdaş bir hukuk anlayışında olduğu gibi özgürlükçü yorumlar yaparak ilerlemelere öncülük eder, aydınlık ufuklar açar. Üzülererek belirtelim ki "İctihat kapısının kapandığı" diye adlandırılan dönemlerden bugüne islam yorumu ortaçağ karanlıkları içindedir. Akılcılığın yerini nakilcilik almıştır; din siyasal iktidarların güçlerini koruma işlevi içine girerek insanlar üzerinde baskı kurmuştur. Oysa tarihe bakıldığında aklın ve bilimin ön planda olduğu dönemlerde islam uygarlıkları ileri düzeydeyken, bugün gerilemiştir. Ülkemizde de islamın özgürlükçü

yorumları yok denecek kadar azdır. Ancak islamı, toplumumuzun temel normlarından biridir. Yapılacak iş, islamın özgürlükçü yorumlarını canlandırmaktır. Bu yorumları felsefeciler, din adamları, sosyologlar gerçekleştirir, ancak hukukçulara, yargıçlara da düşen görevler olabilir. Zaten laiklik ilkesinin benimsenmesiyle islam, bir ölçüde temel normun dışına çıkarılmıştır. Bu kuşkusuz çok yerinde bir tutumdur. Ancak sosyal olgu olarak islam vardır, bunun sonucu olarak ki anayasal ve yasal düzenlemelerde “Diyanet İşleri Örgütü” mevcuttur. Toplumsal yapının önemli ögesi olan dini Türk kimliğinin oluşmasında görmezlikten gelemeyiz. Bu etmeni gözönünde bulunduran yargıç; hukukçu; sosyolog filozof kadar olmasa bile dinin çağdaş yorumlarına bağlı yönlendirmeler yapmak mecburiyetindedir.

SONUÇ:

Sonuç olarak, anayasa yargısı hukuk devletinin temel güvencelerinin başında gelmektedir. Anayasa Mahkemesi, normlar hiyerarşisi içinde sadece Anayasal boyutta değil, tüm Devlet yapısı içinde temel yargısal denetleme kurumu olarak düşünülmelidir. Bu anlayış belki de parlamenter rejimde yargı ağırlıklı bir temel örgütlenmeyi (esas teşkilatı) öngörmektedir. Kanımızca eğer güçler çatışması biçiminde görünüm kazanan politik yaşama bilimsellik ve rasyonalite getirmek istiyorsak bu tür bir yaklaşım gerekmektedir. Ancak böyle bir yapıda Anayasa Mahkemesi sadece Kelsen’ci bakış açısı içinde teknik ve lafzî (metne bağlı) bir yorumla etkinlik ve meşruluğu sadece ve sadece pozitif normlar arasında aramamalı, tüm normlar piramidinin kaynak aldığı temel normu her zaman için gözönünde bulundurarak genişletici, amaca bağlı yorum yapmalıdır. Mevcut yürütme ağırlıklı parlamenter rejim içinde de kanımızca önerdiğimiz yorum tarzı benimsenebilir, ancak yargı ağırlıklı parlamenter rejim içinde Anayasa Mahkemesi politik etkilerin dışında kalmakla daha özgür hareket edebilir.

TARTIŞMA

Prof. Dr. Adnan GÜRİZ*

Sayın Niyazi ÖKTEM'e çok değerli tebliği dolayısıyla çok teşekkür ediyorum. Benim zihnimde bulunan bir kısım belirsizlikleri de bu tebliğ içinde giderme imkânını buldum.

Kelsen'in teorisi konusunda Sayın ÖKTEM'in görüşlerini genelde olumlu buldum. Ancak bir noktada hem kendi fikrimi söylemek istiyorum hem de Sayın ÖKTEM'in görüşünü öğrenmek istiyorum. Kelsen bu normların içeriği üzerinde durulmasını uygun görmemiştir; çünkü temel normun içeriği felsefi bir sorundur, siyasi bir sorundur, belki psikolojik bir sorundur, bunun tartışmasının yapılmasında da yarar olmayabilir. Çünkü her sistemin kendine göre norm değerleri olabilir; ancak, sadece biçimsel olmanın bile büyük faydaları olduğunu düşünüyorum. Bu biçimsellik, mesela toplumda ve devlet hayatında normlar hiyerarşisinin muhafaza edilmesi olayında kendisini gösterir. Yani, eğer anayasa varsa, kanun varsa, tüzük varsa, yönetmelik varsa, bu hiyerarşinin muhafaza edilmesi lazımsa, ki Kelsen bunu özellikle vurgulamıştır, bunun bile devlet hayatı bakımından ve vatandaşların hayatı bakımından önemli bir güvenceyi oluşturduğunu kabul etmek gerekir diye düşünüyorum. Şimdi bir kısım uygulamalar olmuştur, geçmişte olmuştur, yakın tarihte olmuştur. Mesela Bulgaristan'da Türk azınlığa yapılan uygulama anayasaya aykırıydı, kanunlara aykırıydı, sözleşmelere aykırıydı; fakat o zamanın yöneticileri demiştir ki, "Parti ve devlet bu şekilde karar vermiştir, bu şekilde uygulama yapılacaktır." Sovyet Rusya'da benzer uygulamalar olmuştur. Nazi Almanyasında benzer uygulamalar olmuştur; ama ben şöyle düşünüyorum: Eğer toplumda anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik, bir hiyerarşi yapı içinde birbirine saygılı olursa ve kanunlar anayasaya uygun olursa, tüzükler kanunlara uy-

(*) A.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

gun olursa, bu dahi, sadece bunun varlığı dahi vatandaşlar için belirli bir güvenceyi, belirli bir teminatı sağlar. Eğer bu hiyerarşi bozulursa, işte o zaman güvensizlik ve bir tür kaos ortaya çıkabilir. Ben bu bakımdan temel normun içeriği tartışma konusu olmasa bile, normlar hiyerarşisinin biçimsel bakımdan muhafaza edilmesini vurgulamakla da Kelsen'in çoğulcu demokratik hayata ve sisteme, kendi seçimi bu şekildeydi hiç şüphesiz büyük bir katkı sağladığı görüşündeyim. Bu konuda Sayın Öktem'in düşüncesini öğrenmek istiyorum.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN — Buyurun.

Prof. Dr. Niyazi ÖKTEM

Teşekkür ederim Sayın Hocam.

Bunu ben konuşmamın başında belirttim. Özür dilerim, siz biraz geç geldiniz. Tamamiyle size katılıyorum. Özellikle vurguladım. Yani normlar hiyerarşisinin hukuk devletinin temeli olduğunu özellikle vurguladım. Bugün dünyada hukuk devleti kavramının, filozofik temellerinin Kelsen tarafından atıldığını da belirttim. Ancak, yasa devletiyle hukuk devleti ayırımını yaparken, bence işin içerisine felsefe girmediği takdirde, yani normların içeriği irdelenmediği takdirde, o zaman normlar hiyerarşisine uyulmuş, ama çok antidemokratik, felsefe dışı tabiatı eşyaya aykırı birtakım uygulamalara ve yasalaştırma hareketlerine girilmişse, o devlete benim hukuk devleti demem pek içime el vermiyor. O belki yasa devleti olabilir, ama hukuk devleti değildir. O bakımdan piramidin içinde de felsefe ve sosyoloji zorunlu; ama asgari düzeyde normlar hiyerarşisine uyulmuşsa bir güvencedir tabii.

BAŞKAN - - Buyurun , sorunuzu sorun.

Doğan SOYASLAN*

Kelsen iç hukukla uluslararası hukukun bir bağlantısını kuruyor. Bu konuda sayın konuşmacı sanıyorum açıklamada bulunabilir. Bizim için faydalı olur kanaatindeyim. Şu temel norm meselesi üstünde durmak istiyorum. Bana öyle geliyor ki Türk toplumu temel normunu bu tarafa atmak zorunda, atmış da yüzelli senedir. Aksi halde kafa

(*) A.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

yapımızı değiştiremeyiz. Aksi halde ne Atatürk reformları yapılırdı ne de Tanzimattan beri Batıdan aldığımız değerler gelirdi. Biz Türk toplumu olarak dışarıdan bir elbise almışız, almak zorunda kalmışız. Bu elbise bünyemize uymamış. Yalnız bu elbise Atatürk rejimiyle ki, Osmanlı da zaten demokrat değildir, zorla giydirilmiş ve vücudumuz elbiseye uydurulmuş, yani özümüz şekle uydurulmuş. Ben şeklin zorlayarak, yani özün zorlayarak şekle uydurulacağına inanıyorum. Temel normu doğuran da teknoekonomik ve sosyolojik, kültürel, bunlar hepsi birbirine bağlı, gelişmelerdir. Bunun bayraktarlığını da Batı yapmıştır. Görüyoruz ki Batı hukuku devamlı gelişme içinde. Aslında dünyayı Batı çeviriyor. Sebebi şu: Sosyoekonomik kültürel gelişme orada da ondan. Bizim gibi bu gelişmede geri olan, ancak mesafeyi kapatmak zorunda olan ülkeler temel normlara, temel değerlere, kendi temel değerlerimizi bir tarafa bırakmak, en azından kısmen bırakmak zorunda. Aksi halde mesafeyi kapatamaz. Türkiye'de hence hukuk sorunu, daha öncede söz ettiniz, çok haklısınız, hukuk sorunu, yani Batıyla fark buradan kaynaklanıyor; fakat kaynaklansa da, kaynaklanmasa da Türkiye temel değerlerine aykırı normları ithal etmekte, kendi açısından ilerleme kaydetti. Etmelidir de.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Niyazi ÖKTEM

Efendim, ben birinci bölümdeki iç hukukla uluslararası hukuk arasında ilişkiyi konuşmada irticalen yaptığım için oraya girmedim. Metine dikkat buyurulursa görülecektir. Eğer temel norm bir ülkede ahde vefa prensibi ise, uluslararası ilişkilerde o devlet verdiği sözü tutar, barışçıdır der Kelsen. Yok o devlet eğer güç ilişkilerine dayalı, sayın Hocam Adnan GÜRİZ'in deyimıyla idareci pozitivist bir yaklaşım içindeyse, temel norm keyfilik arz eder ve uluslararası ilişkilerde kaba kuvvet savaşçılık esastır. Bu şekilde bir yaklaşım yapar. Devletler umumu hukukçusu değilim, ama bildiğim kadarıyla olay budur.

Şimdi, bugünkü temel normu mahiyetine gelince, sentetik bir yaklaşım getirdim, dikkat buyurursanız. Atatürk dedim, tarihsel değerler dedim, bunun sentezi olarak ele aldım. Atatürk'ün getirdiği temel norm nedir, dün uzun uzadıya tartıştık, bir fikir birliğine varamadık belki ama, benim kanaatime göre Atatürk'ün getirdiği temel norm işte Batının doğal hukukçu, özgürlükçü liberal, demokratik

bir yapısı . Bu temel norm ithal malı. Tamam, ithal malı. Bunu kabul ediyoruz, buna uyacağız. Bu biçim değil, öz getirilmiştir. Kesinlikle biçim değil, özdür bu. Ama bir de yine belirttim, İslamî bir yapı var. O yapıyı da ben sosyolojik bir deyimle patolojik bir yapı olarak görüyorum. Belirttim onu da. Özgürlükçü yorumlar yapılmamıştır. Din bir yorumdur. Bizim görevimiz diyorum, yine Batıcılığa uygun olarak Batının ilerlemesinin nedenlerinden biri sadece teknoloji değil. Hristiyan dinini dogmatiklikten akılcılığa sentoma ve kenle başlatarak geçirmesidir. Bizde yapılması gereken bir başka husus da budur diyorum. Yani Türkiye'nin temel normu bunlardır diyorum. Bu biçim değil bence, öz. Tabii bir biçimle geliyor. Her öz bir biçimle gelir; ama önemli olan özdür.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN — Buyurun.

Prof. Dr. Sait GÜRAN*

Efendim, değerli arkadaşımın bir konuda bir açıklama rica ediyorum. Tebliğinde Türk temel normunun ve Türk kimliğinin unsurlarından biri olarak İslam dinini gösterdi. Galiba buraya kadar yanlış söylemedim. Ben de bir soru sormak istiyorum: Çünkü bu soru anayasa yargıçlarının önüne gelecek, Danıştay yargıçlarının önüne gelecek, uygulamacının önüne gelecek, o da şu: Anayasanın 24. maddesinin son fıkrası var. Bildiğimiz gibi, devletin hiçbir temel düzeni; iktisadi, ekonomik, malî, sosyal temel düzeni din ve din kuralları üzerine oturtulamaz diye bir hüküm var. Şimdi bu hüküm varken, İslam dini ne ölçüde, nasıl veya hangi alanlarda Türk kimliğinin temel özelliği olabilir. Yoksa Anayasanın bu hükmü mü yanlıştır. Hükmü bir tarafa itip Türk kimliğinin belirlenmesinde İslam dinini bütün kapsamlı ve muamelatı da içine alan bir kurallar olarak mütalaa etmek zorundayız?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Niyazi ÖKTEM

Ben teşekkür ederim.

Efendim, metnin devamını isterseniz okuyayım; ama okumadan da metinde kesinlikle laiklik temelinden hareket ediyorum. Metnin

(*) İ.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

onbirinci sayfasının başında açık seçik bir şekilde laiklik esasına dayalı bir temel noktamdı söz ediyordum. Ancak, sosyolojik bir vaka olarak İslam mevcuttur dedim. Bu farklı şeyler ve bunu da söyledim: İslam toplumumuzun temel normlarından biridir. Yapılacak iş, İslamın özgürlükçü yorumlarını canlandırmaktır. Bu yorumlar felsefeciler, din adamları, sosyologlar gerçekleştirir. Ancak hukukçulara, yargıçlara da düşen görev olabilir. Zaten laiklik ilkesinin benimsenmesiyle İslam bir ölçüde temel normun dışına çıkarılmıştır. Bu kuşkusuz çok yerinde bir tutumdur. Ancak sosyal olgu olarak İslam vardır. Bunun sonucu olarak ki, Anayasal ve yasal düzenlemelerde Diyanet İşleri mevcuttur. Toplumsal yapının toplumsal ögesi olan dini, Türk kimliğinin oluşmasında görmemezlikten gelemeyiz. Bu etmeni göz önünde bulunduran yargıç, hukukçu, sosyolog, filozof kadar olmasa bile, dinin çağdaş yorumlarına bağlı yönlendirmeleri yapmak mecburiyetindedir diyor. Sosyal olgu olarak mevcut bu.

Prof. Dr. Sait GÜRAN

Sorumu tam olarak sormadım, oda şu: Sosyal olgu olarak mevcut; fakat Anayasa, bu sosyal olgu bir tarafta dururken, dinin, toplumun sosyal, ekonomik, siyasal ve hukuksal düzenin düzenlenmesinde veri olarak kabul etmiyor. İslamî yorumlarla bunların yapılmasına cevaz vermiyor. Laik akılcı kurallarla yapıyor. Şimdi ben bu hüküm varken, sizin modern dediğiniz, üstelik de ilerici dediğiniz İslamî yorumlara giderek de olsa bir yorum yapma imkânınız var mı, yoksa bu yorumları bırakarak onun dışında akılcı yorumlarla mı hareket etmemiz lazım? Sorum böyle.

Prof. Dr. Niyazi ÖKTEM Teşekkür ederim.

Efendim, o zaman biraz daha geniş bir tabana girmemiz gerekiyor. Yine meseleyi Batıyla kıyaslıyorum. Batı laik. Fransa ve Amerika örneklerini size vereyim. Fransa'da din ağırlıklı papazlar tarafından yürütülen liseler dardır. Bizde de var Saint Joseph... Laik ülke Fransa. Amerika'da 1962-1963 senesinde hasbel kader liseyi bitirdim, orada okudum. İlk derste devlet lisesinde İncil'den bir pasaj okunur. Ben bunlara karşıyım, açık söyleyeyim; ama bu bir yerde laikliği belki zedeliyor. Türkiye'deki duruma geelim. Benim anlayışım şu: Hiç bir zaman hukuk sistemi içerisine dini getiremeyiz. Ya-

nî Anayasada dinî esaslara dayalı bir yapı kesinlikle koyamayız. Yapılacak iş ne? Yapılacak iş tabii hukukçulara da düşmüyor, ben burada hukukçulara çok az bir işlev veriyorum. Yani sosyal realite olarak karşılaşıldığında ne yapılacak? Mesela türban olayına gelelim. Çok tartışmalı bir olay. Sabah buyurduğumuz gibi toplantı ve gösteri yürüyüşünün etkili bir yerde olması lazım. Çağlayan'da değil, İstiklal Caddesinde olması lazım. Öteki kızcağız da, ben karşıyım, yani İslamın muamelata ilişkin yorumunda türban kaldırılabilir, hiç önemi yoktur, ama etkili bir yerde oda gösteri yapmak istiyor, okulda. Madem düşünce özgürlüğünün uzantısı. Ne diyebilirsiniz? Arkasında çok melun fikirler de vardır; ama hazır ve yakın bir tehlike oluşturmadığı müddetçe düşünce ve inanç özgürlüğünün John Locke'ta olduğu gibi düşünce ve inanç özgürlüğünün bir devamı olarak mütalâa etmek isterseniz de beğenseniz de beğenmeseniz de mevcuriyetindedir. Olay bu. Sosyolojik bir realite olarak karşınızda, düşünce özgürlüğü olarak bir realite olarak karşınıza çıkıyor. Yapamazsınız. Ben karşıyım. Benim görüşüm şu: İslamda inanca ilişkin, ibadete ilişkin normlar, Kur'an'dakiler doğmadır, nasdır, bunları tartışılmaz, yani Allah'ın birliği, Muhammed'in peygamber olduğu, namaz ve saire bunlar tartışılmaz; ama muamelata ilişkin olanlar, her zaman, demin sözünü ettiğim filozofların görüşlerine bağlı olarak, her zaman için tartışılır ve değiştirilir. Örnek de şöyle verirler: Amaç adalettir. Kadının statüsü İslam'da Hazreti Muhammed döneminde hiç statüsü yokken kadına yarım statü verilmiştir adalet getirmek için, bugün artık metinde yarım olmasına rağmen, Kur'anda yarım statü, tanınmasına rağmen bugün artık metne aykırı bir yorumla tam statü getirilmelidir diyenler var. Muamelatta değişik. Tamamen Kur'an'ın metni dışına çıkılabilir diyenler var. Bunu siz gündeme getirmediğiniz takdirde, sosyolojik realite olarak istediğiniz kadar yasaklamalarla olayın üstüne gidin, tam tersine büyük infiallerle karşılaşırsınız. Ben tamamıyla sosyolojik açıdan meseleyi ele alıyorum. Yani hiçbir şekilde hukukun içerisine katmıyorum.

BAŞKAN — Buyurun efendim.

Halil İbrahim KARAL*

Şimdi en çok duyduğumuz kelime sanıyorum sosyoloji kelimesi. Kendisinin hem hukuk felsefecisi, hem hukuk sosyoloğu olduğunu sa-

(*) Eski Milltevekili ODTÜ eski Öğretim Üyesi

nyorum. Bizim bölümlerde çok başka hava esiyor. Evvela onu yansıtmaya çalışayım. Sosyoloji felsefeden bağımsızlığını ilan edeli çok çok seneler oldu. Bu iki düşman kardeşleri bir arada nasıl yürütüyorsunuz, ben size hayranım. Evvela bunu belirteyim. Ondan sonra bir soru soracağım, sonra da kısa bir açıklama yapacağım.

Soru şu: Anayasa yargısı, yahut Anayasa Mahkemesi üzerinde Türkiye’de yapılmış hiç sosyolojik araştırma var mı? Veyahut diğer yüksek mahkemelerin üzerinde sosyolojik araştırma var mı? Elbet de vardır da, ben şimdi size soruyorum, neler var? Burada sosyolojik deyince neyi anladığımızı da çok özetle söylemeye çalışayım. Anayasa Mahkemesinin kararlarının tamamen soyut, tamamen ilahi, böyle normların araştırılması gibi olmadığını, insanların, sizin eşyanın tabiatından gelen dediğiniz, biz onun toplumun tabiatından gelen kanunların hükmettiği şeklinde söylüyoruz ve başka ülkelerde Anayasa Mahkemeleri didik didik edilmiş, mülakatlarla, anketlerle, kararların tasnifiyle hangi sosyalleşmenin, hangi şartlanmanın, hangi siyasetleşmenin neticesinde bu kararların var olduğu veyahut var olmadığı üzerinde çok araştırmalar var. Özellikle Amerikan Anayasasında, çok daha iyi bileceksiniz. Politics of scream cord diye başlıklar, çeşit çeşit araştırmalarla hukuk kararının, hukuk normlarının hangisinin üstün olduğunu bulmanın son derece hukuksal olmadığı, son derece sosyolojik olduğu konusunda pek çok araştırmalar var.

Ben, şimdi Türkiye’deki durumu hem çok değerli dinleyicilerin de dikkatini çekmesi için, Türkiye’de bu anlamda; yani davranışları, kararları anketlerle, sorularla tespit ederek, kararları tasnif ederek Anayasa Mahkemesi üzerinde yapılmış bir araştırma var mı? Diğer mahkemelerin üzerinde var mı?

Bu konuda bir misal olarak şunu arz etmek istiyorum: Çok seneler evvel Anayasa Mahkemesinin yeni kurulduğu yıllarda küçük bir -şimdiki ölçülerimize göre araştırma dahi diyemeyeceğimiz- araştırmaya ile Anayasa tadillerinin Anayasaya aykırılığı sorununun üç ayrı Anayasa Mahkemesinin nasıl davrandıklarını arayan küçük bir tebliğ yazmıştım. Orada Avusturya Anayasa Mahkemesinin, Alman Anayasa Mahkemesinin, İtalyan Anayasa Mahkemesinin, kendi kültürleriyle aynı normları çok farklı bir şekilde uyguladıklarını görmüştük, göstermeye çalışmıştık.

Şimdi benim sorduğum, kendi Anayasa Mahkememizin, kendi yüce mahkemelerimizin bu sosyolojik içeriğini, mahiyetini gösteren

ve bunu ortaya koymaya çalışan mütevazî de olsa araştırmacılar var mı? Bu konuda bir yorumunuzu rica ediyorum.

Prof. Dr. Niyazi ÖKTEM

Efend'im, birinci görüşlerimizden hareketle soruyu yanıtlamaya çalışacağım. Sosyoloji ile felsefe bağdaşır mı, bağdaşmaz mı? Bu uzun ve eski bir öykü, ta Aristoteles'ten, antik Yunandan gelen bir sorun malumâliniz. Her şey felsefenin çatısı altındaydı. Önce matematik, doğa bilimlei bu hegemonyadan kurtardı kendini, sosyolojinin kuruluşuna bilim tarihi içinde baktığımızda çok yenidir Auguste Comte ile birlikte. Onun için felsefenin içinde mi dışında mı hâlâ tartışılır. Malumu âliniz iki eğilim vardır: Birisi Le play'ci eğilim, diğeri ise Durchein'ci eğilim. Durchein'in kendisi belki felsefeden çok yana değildi; ama Durchein'ci eğilimden gelen Kara Avrupa'sı hiçbir zaman felsefeden kopmamıştır. Kara Avrupa'sı sosyolojisi felsefeden kopmamıştır; ama anketlere, ve benzeri yöntemlere dayanan, araştırma ve soruşturmalara dayalı teknik sosyoloji tabiri ile teknik sosyoloji Amerika'da, İngiltere'de etkili, onlar değer yargısının içersine felsefe sokmazlar. Ben, karşıyım buna.

Böyle olunca da zaten yanıtım kendiliğinden geliyor. Bilimsel açıdan; yani üniversiteler açısından meseleye baktığımızda ben, ciddi le Play'ci bir yaklaşım içersinde sosyolojik araştırma yapıldığını bir iki ufak makale dışında bilmiyorum. Sorunun esas; yani Anayasa Mahkemesi üyeleri tarafından var diye Artun'un bir iki makalesini biliyorum. Artun ÜNSAL kitap haline getirdi, ama lütfedip bize göndermedi. Biz de makale olarak Artun'un yazısını Hukuk Fakültesi Mecmuasında okuduk; ama eskidir o da bir hayli yani.

Şimdi, onun dışında doğrusunu isterseniz ben bilmiyorum. Özür dilerim, cehaletimi bağışlayın.

BAŞKAN

Kısa bir cümle ile bir ilave yapmak istiyorum.

Şimdi hukuk fakültelerimizde hukuk sosyolojisi programlarına baktığımız zaman genellikle bazı sosyoloji şeyleri var. Genellikle büyük sosyologların hukuk üzerinde düşünceleri anlatılıyor ve gayet güzel tahlilleri yapıyor. Fakat, şimdi o da ayrı bir mesele. Hukuk öğretiminde hukuk sosyolojisi nasıldır, ne okutulmalıdır, ne okutulmamalıdır.

Şimdi hiçbir fizikçi, fizik yaparken fizik tarihini okutmaz. Yani fizik tarihini okutarak fiziği öğrenemeyiz. Onun için hukukta sosyoloji yapmak demek, hukuk olayı üzerinde sosyolojik araştırma yapmaktan ibarettir. Değil mi efendim?...

Efendim, müsaade ederseniz, başka bir şeyi vurguladım. Sayın Hocam Adnan GÜRİZ'in çalışmaları, Sayın Profesör Ülker GÜRKAN'ın çalışmaları, Sayın Profesör Cahit CAN'ın çalışmaları -ki, kendileri buradadır- ama hiçbir zaman benim söylemek istediğim bu, ayrıntılı anket ve benzeri yöntemlere dayalı araştırmalar olduğunu zannetmiyorum. Teorik, bilimsel; ama Amerikan sosyolojisinin verilerinden hareket edilen çalışmalardır. Keza, benim hocam olan Tarık ÖZBİLGEN'in eleştirisel hukuk sosyolojisi dersleri diye bence bir dev eseri vardır; ama bunların hiçbirinde Anglo-Sakson bakış açısı yok. Yani siz, o açıdan bakarsanız yok diyorum; ama benim Durheim'ci bakış açım içerisinde çok büyük ve önemli eserler vardır.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN — Evet, ben de teşekkür ederim.

Doç.Dr. Burhan KUZU*

Efendim, konu felsefe, sosyoloji derken başka taraflara gitti. Ben, Anayasa Hukukuna çekmek istiyorum meseleyi. Sayın konuşmacı profesör Niyazi bey, yarı başkanlık ve başkanlık sisteminde hürriyetlerin güvence altında olmadıklarını, parlamenter rejimde olabileceği yönünde bir görüş beyan ettiler. Bu, tatbikata pek uymuyor, bir defa bir mantıktan hareket ettiğimiz zaman bugün yarı başkanlığı tatbik eden Fransa, Başkanlığı tatbik eden Amerikada'ki hürriyet garantisi, İngiltere, İtalya, Almanya gibi bazı farklar olmakla beraber parlamenter rejimi tatbik eden ülkelere daha geri planda mıdır?

Sonra Türkiye'de parlamenter rejim var, farklı da olsa belli ölçüde uygulamada, hürriyetler daha mı garanti altındadır böyle bir sistemde. Sonra güçlü yürütmeye karşı çıktınız. Güçlü yürütme, çağın bir gereğidir bence. Yani güçlü yürütmeden vazgeçmek demek suyun akış istikametine ters gelmek demektir. Nasıl olursa, hangi bakış açısından bakılırsa bakılsın meseleye. Güçlü yürütme bir defa zorunlu bir gidiştir; ama bunun tabii hürriyetler bakımından belli

(*) İ.U. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

birtakım tehlikeleri olabilir; vardır. Bunu önlemek için de herhalde güçlü yürütmenin karşısına güçlü yargı sistemini getirmek lazım. Yoksa kuvvetler ayrılığı sistemi tek başına hürriyetlerin hiçbir zaman garantisi olamaz. Hangi ülkede görülmüştür parlamenter rejimin gerekleri olan eşitlik prensibi ile karşılıklı silah olarak kullanılan fesh yetkisini, buna karşılık efendim Meclisin denetim yolları işlemiştir. Gensoru, soru, meclis soruşturması, meclis araştırması hangi ülkede, hangi parlamenter rejimde işlemiştir?

Bugünkü parlamenter rejimlerde gördüğümüz sadece hükümet, kendisinin uygun gördüğü bir zamanda fesh yetkisini kullanıyor. 1972’de ve 1982’de bu yetkiyi kullandı, milletvekili sayısını artırdı ve hatta kendi milletvekillerine kırmızı oy vermek suretiyle düşürmeyi sağladı yani oyunla. Neticede parlamenter rejimdeki bu denge dediğimiz sistem uygulamada oğlan bizim, kız bizim gibi bir usulle çalışıyor. O bakımdan hiçbir zaman etkisi yoktur.

Teşekkür ederim efendim.

BAŞKAN — Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Niyazi ÖKTEM

Efendim, iki örnek, biri başkanlık rejiminden Amerika Birleşik Devletleri, diğeri de yarı başkanlık rejiminden Fransa’dan örnek verdi Sayın Doçent Doktor Burhan KUZU kardeşimiz.

Şimdi ve kendisi de belirtti, “güçlü yürütmenin yanında güçlü yargı var” dedi. Yani Amerika’da var, denge var, bizde yokki. Yani bizde güçlü yürütme yapıyor, kimse güçlüyargı olsun demiyorki. Hatta tam tersine 1961 Anayasasında yargı güçlü idi diye tepesine binildi; yani olay bu. Olabilir, kaldı ki, Amerika Birleşik Devletleri dışında acaba nerede Başkanlık rejimi sağlıklı işlemiştir? Başka hiçbir yerde yoktur.

Yarı başkanlık rejiminin uygulandığı Fransa’ya geldiğinizde ise, Fransa’nın –yine bağışlasınlar sosyoloji lafını kullanacağım– sosyolojik yapısı bambaşka bir şey. O Anayasa De Gaulle için yapıldı, De Gaulle için yapılan Anayasa devam etti, çünkü müesseseler yerleşti, özümsemişti, Fransa’nın konumu bambaşka, yürütme –yargı ilişkilerinde Amerika Birleşik Devletlerindeki olan durumu da Sayın İhan ÖZAY, hâkimlerin nasıl seçildiğini dün bize anlattı; yani her za-

man yargının kuruluşu ağırlıklı oralarda, yatığıya çok önem verilmiş, ben de ondan yanayım. tebliğimde de onu özellikle vurguladım.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN — Efendim, vaktimizi bir hayli tecavüz ettik. Son söz Sayın olarak BOYACIOĞLU'na söz veriyorum efendim.

Ahmet H. BOYACIOĞLU* Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Ben, Sayın Profesör ÖKTEM'den bir konuyu acaba kendileri de böyle mi düşünüyor diye anlamak istiyorum. Kuralları öz ve biçim olarak ikiye ayırdılar ve biçime ilişkin kuralların önemsenmemesi, hatta kendi tabirleriyle alargaya alınması önerisinde bulundular. 1982 Anayasası da kendi deyimleriyle biçim kurallarını alargaya almıştı, aralarında bir tasnif yaparak.

Son oylamaya ilişkin eğer orada bir sakatlık yoksa, o son oylama ondan sonraki biçim hatalarını, yanlışlarını düzelten bir durum olarak kabul edilmiştir. 1982 Anayasasında.

Ayrıca Anayasa değişikliklerinde 1/3, 1/2, ayrıca ivedilikle görüşme yasağı yerinde ise başka hiçbir durumun Anayasa Mahkemesi tarafından tekkik edilemeyeceği buyruğunu getirmiştir. O kadar ki, daha önce Cumhuriyetin değiştirilemezliği konusundaki içtihadı dahi bu düzenleme ile ortadan kaldırılmıştır.

Oysa 1961 Anayasası zamanında Anayasa Mahkemesi biçim kurallarını yalnız şunu belirtiyorum Anayasanın öngördüğü biçim kurallarını, bir ayırım yapmadan uygulamıştır. Ben hâlâ bu görüşün savunucusuyum. Anayasa kuralları arasında hiyerarşik bir bağ olduğu kanısında değilim; ama bir de Anayasanın atıf yaptığı Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğündeki kurallar var. Eski kararlarda açık bu belütülüyor, deniliyor ki, "Buradaki kurallardan milli egemenliği engelleyenler varsa, yani bir önem içinde bunların ele alınabileceği, her içtüzük kuralına aykırılığın iptal nedeni olmayacağını söylüyor. Zatı-âliniz böyle bir ayırım yapmadan genel konuştuğunuz için bu soruyu size yöneltiyorum. Siz de, bir bilim adamı olarak 1982 Anayasası gibi mi düşünüyorsunuz? Biçim kuralları önemsenmesin, bir kısmı önemsensin, işte o da en son oylama gibi. Böyle mi düşünüyorsunuz; onu öğrenmek istedim.

Teşekkür ederim.

(*) Anayasa Mahkemesi Emekli Başkanı

Prof. Dr. Niyazi ÖKTEM

Sayın Başkanım, ben, genel olarak buyurduğunuz gibi konuştum. Biçimi belirtmeye çalıştım. Hukuk devletinin güvence'lerinden biridir dedim biçim, keyfiliği ortadan kaldırır biçim; bunu tabii kabul ediyorum. Çünkü biçim, insanları zaptı rapt altına alarak keyfiliği ortadan kaldırır; ama biçimin amacı nedir?

Biçimin amacı, adaletin teessüsüdür. Biçim bizzatih' amaç değildir. Ben, meseleye salt hukuk felsefesi açısından baktım. Bir hakkın kazanılmasında güçlükler arz ediyorsa, yani meclisle ilgili bir örnek vermedim, bir hakkın kazanılmasında biçim, güçlük ortaya koyuyorsa, biçimi telafisi bir müddet sonra mümkünse; yani basit bir örnek vereceğim; ama pul yapıştır eskiden olduğu gibi, dilekçe verilmiş, pulu yok, olmaz bu son dakikada deyip bir adamın, bir vatandaşın talebinin ortadan kalkması, hakkının ortadan kalkmasına yol açıyor- sa, biçim, alargaya alma -o amiyane tabiri- o maksatla kullandım. O tip telafisi mümkün olan olaylarda biçimin bir kenara geçici olarak itilmesinin mümkün olacağını -ben sırf filozofik açıdan meseleye baktım- kuşkusuz ben de hukuk temellerinin sağlam temellere dayandırılması açısından yasaların çıkarılmasında biçimin önemli idrak etmekteyim.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN — Sayın ÖKTEM, tekrar teşekkür ediyorum. Açıklamanız çok ilginçti, onun için çok tartışma oldu. Biraz vakti tecavüz ettik kusura bakmayınız.

BAŞKAN — Doçent Doktor İbrahim Ö. KABOĞLU'nun özgeçmişlerini kısaca arz ediyorum:

Kendileri 1950 yılında Artvin'de doğdular. Ankara Hukuk Fakültesini bitirdikten sonra İçişleri Bakanlığı Merkez Teşkilatında görev aldılar ve mezun olduğu Ankara Hukuk Fakültesi doktora çalışmalarına başladılar. 1978 yılında asistan oldular daha sonra 1981 yılında Fransa'nın Dijon Üniversitesinde Kamu Hukuku Doktoru unvanını aldılar.

Gazi Üniversitesinde Yardımcı Doçent iken, 1983 yılında Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesine atandılar ve orada 1987 yılında Doçent olarak özverili çalışmalar yaptılar. Gerçekten çok sıkıntılı bir çalışmaydı, ben yakinen biliyorum, onun için belirtmek ihtiyacını

hissettim. Bir sürü yokluk içinde yapıldı çünkü. 1990 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesine atandılar, halen orada görevlerini sürdürmektedirler. Kendisinin aynı zamanda Dijon Üniversitesi Hukuk Fakültesi ,Hukuk ve Ekonomik Bilimler Fakültesinde Associated Profesör olarak da bulunmaktadır ve 1986 yılından bu yana her yıl 2'şer ay süre ile Türk kamu hukuku üzerine burada ders vermektedirler. Kendilerinin özellikle özgürlükler konusunda değişik kitap ve makaleleri bulunmaktadır.

Buyurun Sayın KABOĞLU, "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı" konulu bildirinizi lütfen sunar mısınız efendim.

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 belirlenleştirilmeye çalışılarak konunun sınırları belirlenecektir.

A) Tanım Sorunu

Hukukun Genel ilkeleri (HGI) üzerine tanımların çeşitliliği, bu kavramı belirginleştirmenin güçlüğüne 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"nın 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 özlüleridir (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 aşkınlık** (transcendence, 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 Orianne**, *Introduction au Système Juridique*, Bruylant Bruxelles 1982, s. 75.
- (3) **Lukik**, "Théorie de l'Etat et du droit", Dalloz, 1974, pp. 545-546 (aktaran **Orianne**, 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**, belirtir **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’inde 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 konuttan yoksun kılarak itaate zorlayamamasını gerekli kılar. Bu şekilde hukuk ilkelerinin tanınması, doğal hukuk kuramının kabul edilemesini 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 içtihadı 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, "jürisprüdansiyel 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 yargıcısı tarafından da hukukun genel ilkeleri geliştirildiğini sadece belirtmekle yetinelim.

Hollanda'da, jürisprüdans 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 ilkelelerinden 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 jürisprüdansiyel 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 kanaatlarına 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 söz konusudur. 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 bulundukları hukukun genel ilkelerine göre oluşur ve evrimleşir (23). Kimi zaman ayrıık durumlar bulunabilir.

(21) **P. de Visscher**, belırtıen **Orianne**, s. 81.

(22) **Krş. 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 **hukuki 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 ön-görölmüş, diğerleri jürisprüdans tarafından tanınmıştır; bazıları da örtülü olarak tanınmış bulunuyor (27). Günümüzde, hukukun özerk kaynağı olarak genel ilkelere 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 ö-zellikle) aynı zamanda özgürlükler hukukunun temel taşlarını oluşturan kavram-lardır.

(27) Krş. Bergel, a.g.e., s. 107.

(28) Krş. Orianne, a.g.e., s. 82.

lükler hukukunun genel ilkeleri biçiminde geliştiirilebilir (29). Bununla birlikte, hemen belirtelim ki, HGI, hukukun farklı dallarının sınırlarını aşar. Hukuk kurallarının geçmişe yürümezliğı ilkesi, sorumluluk ilkesi, yasa önünde ve kamusal yükümlölükler önünde eşitlik ilkesi, sebepsiz zenginleşme ilkesi, kesin hüküm ilkesi, kamu hukukunu olduğı denli özel hukuku da ilgilendirir... Aslında hukuk düzeninin farklı konu ve alanlarıyla farklı hukuk sistemleri birlik ve bütönlüklerini, 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 eşitliğı, erkler ayrılığı, devletin laikliğine anlamını veren vicdanlara saygı ilkesi... (31).

b) Toplum halinde yaşamın gereklerinden veya kurumların iç mantığından çıkan ilkeler (32): Devletin kesintisizliğı ilkesi, kamu hizmetlerinin sürekliliğı 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 bağı olduğı ilkelerdir: yasayı bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi, yasa önünde ve kamu yükümleri önünde eşitlik ilkesi, temel özgürlükler, yasanın geçmişe yürümezliğı

(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 herşeyin 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 ayrımında, 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 ayrımında, 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, rastlantı 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 yanıttır. 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 constitutonnelles en Europe*, s. 256-281.

turulması gereken ilk nokta, **referans norm** sorunudur: Referans normlar konusunda iki anlayış var: yasaların uygunluğunun yalnızca Anayasanın 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 yargıçların yaratıcı rolünün büyümesinin başlıca görünümüdür" (47). Anayasa ve hak bildirgelerinin 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 yargıcı, 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 yargıcı, 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 diğerinin 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 Anayasanın çok belirsiz kavramlarını yorumlamak ve uygulamak için yargıca açık bir yetki tanıyor. Böylece Anayasa örtülü olarak anayasa yargısı için **hukukun yaratılmasında** geniş bir alan öngörmektedir (62). İzlenecek yöntemlerin belirsiz, çok sayıda ve pek az açık olmaları, anayasa yargısına 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 ölçüte 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 değerde 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 pozitivistizme 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 orantılılık 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 yargısının kendine özgü işlevi, temel hakların **güncelleştirilmesini** güvence altına almaktır. "Her günün hukuk yaşamında temel hakların korunması" (72), Yüksek Mahkeme jurisprüdansında 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 tanınan 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 ülkeler 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) Rüpp, 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 Yasalarınca tanınmış temel ilkeler" in sentezinden "Anayasal değerde ilkeler" ortaya koymuştur (84). Konsey, Anayasal değerde genel ilkeleri, Anayasal ilkeleri, Başlangıç metni, Cumhuriyet kanunlarınca 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 kataloğu, "**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. Lolic**, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, **Sirey**, 1979, s. 233-234.

(84) Krs. **J.P. Costa**, "Principes fondamentaux, principes généraux, principes à valeur constitutionnelle" in Conseil Constitutionnel et Conseil D'état, **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 Bouhout**, 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 ilkelerden 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 olamayan 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 çıkartır (98). Federal Mahkeme, bireye hakların ihlali ile ilgili olarak Devlet müdahalesinin **orantılılığı ilkesi** ve **objektif iyiniyet ilkesini** ölçü olarak kullanmıştır. Yine benimsediği **key-filiğin 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, Anayasamın 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, eş-değerdeki “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 Mahkemeleri 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 düzeydeler 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, AİHS’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 kaynakları olarak, kabul ettirdi. Bu, aynı zamanda yargıcın, anayasal kuralları doğrudan doğruya haklar konusuna özel kişiler arasındaki çekişmeleri çözmek için uy-

(102) **Zagrebelky**, a.g.m., s. 514-517.

(103) 168/1971 kararı. (**Zagrebelky**, 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 yapıcılarını, 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. (**Zagrebelky**, s. 521).

(105) Bkz. **Zagrebelky**, 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 yansımayı, "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), medenî mi'lletlerce 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 **içerisinde 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 öğelerindendir... 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. 1936/3, 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 yöntemleri, jürisprüdansını "Avrupalılaştırmak" (132) amacına yöneliyor; bununla da, tutarlılığını ve gücünü pekiştirmeyi amaçlıyor. Divan'a göre, Sözleşme, "günümüzün koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir enstrüman"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.e., 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 almalıdır. 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 Divan’ı, 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 hukuktur: 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. Dausen**, "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 **Dausen**, a.g.m., s. 405).