

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

Doç. Dr. İbrahim Ö. KABOĞLU*

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

I- HUKUKUN GENEL İLKELERİ

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

A) Tanım Sorunu

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

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

Hukukun genel ilkeleri, deyimim 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 generaus du tiroit dans la jurisprudence recente” A.J.D.A., Dıccembre 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 İlkeleri olarak nitelenir (3).

Hukukun genel ilkeleri, toplumsal bir gereksinime, ortak adalet duygusuna dayanır (4). Gücünü ise, kolektif hukuk vicdanına uygunluğundan alır (5); o şekilde kıl, yasakoyucu onların varlığını tesbit etme ödevini kendinde göremez (6). Hukukun genel ilkeleri, toplumun veya “yasaların ruhu”nun gizli kalan özlemleridir (7). Hukukçuların yarattığı İlkeler, kendine özgü teknikler kullanılıyorsa da, hepsi ortak bir İdealden esinlenerek, özel kişilerin ve topluluğun çıkarlarının uzlaşmasına dayanan, her durumda ortak adalet duygusuna en uygun çözüme ulaşma İdealidir (8). Kısacası., sürekli ve evrensel hukuki düşüncenin yansıması olarak ifade edilebilecek hukukun genel İlkeleri, **genellilik**, **süreklilik** ve **askmılık** (transcendance, üstünlük) öğelerinde somutlaşır (9). Daha doğrudan anlatımla, bu özellikler, kavramın İçeriğini 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 VİHScher**, aktaran **Paul Orianne**, Introduction au Systeme Jüridir; ue, Bruylant Bruxelles 1982, s. 75.
 - (3) **Lukik**, “Theorie 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. Marcufi-Helmons**, “Les protections et les garanties constitutionnelles des droits et des libertes”, in Le Nouveau Droit Constitutionnel, Bruylant Bruxelles 1987, s. 41.
 - (5) **F. Geny**, belirten **Mareua-Helmons**, “Les protections et les garanti es...”, s. 41.
 - (6) **M. Waline**, aktaran **Marcu-Helmons**, aynı yerde.
 - (7) **J.-L. Bergel**, “Theorie Generale du Droit”, Dalloz 1985, s. 96.
 - (8) **R. David**, “Les grands systemes de droit contemporains”, Septième ed., Dalloz, 1978, s. 154.
 - (9) **Bergel**, Theorie Generale dit Droit, s. 96.
 - (10) **J. Boulanger.**, (aktaran **Marcus-Helmons**, s. 40).
 - (11) **G. Van Der Meersch**, (aktaran **Marcus-Helmona**, s. 41).
 - (12) **İ. Kahoğln**, Kolektif özgürlükler, **DÜHF** yay., 1989, s. 173.

Yazılı hukuk sistemleinde “**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 Traitö’sinde Ernst FORSTHOFF, modern toplumda kullanılması gereken kimi temel noımları tesbit eder, (14). Bu normlar, yurttaşların eşitliği ilkesini ve şu ilkeyi içerir: insanın —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 İlkelerinin tanınması, doğal hukuk kuramının kabul edilemesini anlatmaz.

Belçika’da hukukun genel ilkelerinin ortaya çıkması hukuki düşünce için genel bir evrimin sonucudur. Belçika Yargıtay’ı (Cour de Cassation) yenilerde, genel ilkeler kuramının hazırlanmasında önemli bir rol oynamıştır. Gerçekten Yüksek Mahkeme, “hukukun genel İlkeleri”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 İle açıklanabilir. G. Vedel ve P. Delvolvd, bunu şu şekilde doğrular. Genel ilkeler, yargıç tarafından hukukun yaratılması değil, daha çok “keşfi” (orta-

(13) HGİ’nin yeni bir fenomen olması, 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 HGİ, yasakoyucunun dikkatinden kaçan boşlukları doldurmak için gelişen ve içtihadı uygulamanın yavaş yavaş ortaya çıkardığı ilkelerdir (Bkz. **Orianne**, a.g.e., s. 75-76).

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

(14) Belirten Oriatme, Introduction au systeme jurıdigue, s. 78,

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

(16) **David**, Les grands systemes 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). idare hukuku alanı, yazılı olmayan genel kurallara başvurunun geliştiği tek alan değildir. Son on yıllarda kamu hukuku alanı olarak özellikle Anayasa hukukunda ve anayasa yargıcı tarafından da hukukun genel ilkeleri geliştirildiğini sadece belirtmekle yetinelim.

Hollanda’da, 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**’na kabul edilen iyi İdare ilkelerinden birinin tanınmaması”, (abç).

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

(17) **G. Vedel, P. Delvolvf**, Droit administratif, 10e éd., PUF (Themis), 1983, s. 393.

(18) Karşıt görüş için bkz. **G. Morange**. “Unc categorie juridique ambigu&: Les principes gdnéraux du droit”, RDP, 1977, s. 761 vd.

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

(20) Aynı şekilde İspanya, İtalya ve Norveç’le 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.c., 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. **Ediş**, (Medeni Hukuku için) Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 2 nci bası, A.Ü.H.F. yay., 1983, s. 137 vd; (Kamu hukuku için) **Kahoğlu**, 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 normlar ma 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, “yağıcım, uygar ulusların iç hukukunu analizinden ortaya koyduğu pozitif hukuk İlkeleridir” (21).

Avrupa Hukukunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde “uygar uluslarca tanınmış hukukun genel ilkerleri” açık formülüne yer veriliyor (md. 7/2). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, HGİ’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 konu sudur. 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 ilkelerin İşlevi

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

(21) P. de VÍBseher, belirten Oriante, s. 81.

(22) Krş. Oriante, a.g.e., s. 82.

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

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

Genel ilkeler, normların hazırlanmasında, mantıki olarak **hukukî olmayandan İr ırki olana doğru geçiş noktasını** oluşturabilir. Hukukun genel ilkelerinin kabulüne götüreren tercih, takdiri değildir; alanı, hukukun eksen (mihver, axiologiques) ilkeleriyle (özgürlük, eşitlik, dayanışma) “teçhiz” edilmiştir (25), (26).

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

C) Ayırmlar ve konunun sınırlanması

Biçim bakımından kimi hukukun genel İlkeleri metinlerde öngöülmüş, diğerleri jürisprüdans tarafından tanınmıştır; bazıları da örtülü olarak tanınmış bulunuyor (27). Günümüzde, hukukun özerk kaynağı olarak genel ilkelerin varlığı itiraz götürmez (28). Bununla birlikte, konuları ve sınıflandırma üzerinde tam bir belirlilik bulunduğu söylenemez. Burada, ayırmlar üzerinde yapılan tartışmalara girmeden, konumuzun sınırlarını belirlemeye elverişli bir ayım 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.

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

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

(27) Krş. Bergel, a.g.e., s. 107.

(28) Krş. Orianne, a.g.e., s. 82.

lükler hukukunun genel ilkeleri biçiminde geliş tii ilebilir (29). Bununla birlikte, hemen belirtelim kİ, HGI, hukukun farklı dallarının sınırlarını aşar. Hukuk kurallarının geçmişe yürümezliği ilkesi, sorumluluk İlkesi, yasa önünde ve kamusal yükümlülükler önünde eşitlik ilkesi, sebepsiz zenginleşme ilkesi, kesin hüküm ilkesi, kamu hukukunu olduğu denli özel hukuku da ilgilendirir... Aslında hukuk düzeninin farklı konu ve alanlarıyla farklı hukuk sistemleri birlik ve bütünlüklerini, HGI kavramında bulur. Bu durumda bu genel İlkeler hukukun **födrateurs** (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 İlkeleri veya 1789 felsefesinin geleneksel ilkeleri: bireysel özgürlükler, yurttaşların eşitliği, erkler ayrılığı, devletin laikliğine anlamını veren vicdanlara saygı İlkesi... (31).

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

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

3. Değer hiyerarşisinden normlar hiyerarşisine

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

(29) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: “Les principes généraux en droit international public et en droit administratif”, “Les principes généraux du droit en droit privé”, “les principes généraux du droit en droit pénal”, (Cinquîmes 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, ebronipue VI, s. 22.

(32) Krj. **Bergel**, a.g.e., s. >07; **Orianne**, a.g.e., s. 84—85; **Rivero**, a.g.tn., 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 Kİ, çok sayıda ilke, durumlara göre, alternatif olarak, yönetici veya düzeltici ilkeler biçiminde karşımıza çıkabilir.

Daha önemlisi, değişik hukuk genel İlkeleri arasında bir **değer hiyerarşisi** bulunup bulunmadığı sorundur. Toplumsal düzene İlişkin olan herşeyin özel çıkarların önüne geçeceği kuşku götürmez. Temel özgürlüklerin de öteki her türlü düşüncenin üstünde yer aldığı vurgulanabilir (36). Şu halde, HGI 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 ayırmada, 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 ayırmada, sadece liberal siyasi 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) **Rergel**, s. 105.

(36) Krj. **Bergel**, s. 105.

(37) Ayrıntılı bilgi için bkz. **G. Morange**, "La categorie juridique ambiguë", 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 İleri gelir (38). Anayasa Mahkemelerinin ilkin Almanya ve İtalya'da kurulması, raslantı değildir. Anayasalarında özgürlükleri düzenleme ve özellikle onların güvencelerini kurma gerekliliğini duymuşlardır.

Öteki faktör, yasanın biçim değiştirmesiyle birlikte, İnsan haklarının yasaya karşı korunması üzerinde bilinçlenmedir. Hukuk Devleti mantığı, diğer normlara geçerlilik bahşeden Anayasayı, normlar pramidinin doruğuna yerleştiriyor (39). Anayasal adalet, yasama ve yürütmenin büyümesine karşı-güç biçiminde bir yanittir. Aynı zamanda, Devlet iktidarıyla özgürlüklerin etkili bir biçimde korunmasındaki denge gereğinin bir sonucudur (40). Son on yıllarda Hak Bildirgelerinin yaygınlaşması ve bunların özellikle anayasa yargıcı tarafından korunması, güçlü yasama, güçlü yürütme ve güçlü Vargı 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 synthese", in La Protection Des Droits Fondameniaux Par les Juridictions constitutionnelles en Europe, Revue Internationale de Droit Compare (RICD), Avril - Juin 1981, s. 660.
- (39) **Rivero**, "Rapport de synth&e", s. 661.
- (40) **M. Cappelletti**, 'Nfcessitd et kgitimite de la Justice constitutionnelle", in La Protection des droits (ndamentaux par les juridictions constitutionnelles en europe., s..., s. 628.
- (41) **Cappelletti**, "Necessitee et la l eğitimi te...", s. 635.
- (42) Krç. **Rivero**, "Rapport de synthese", 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 Bilimî, (Bir çalışma taslağı), BFS yay., 1989, s. 140; I. Favoreu, "Rapport gdniral introductif", in La Protection des droits fondametaut par les Juridictions constitutonnelles en Europe, s. 256-281.

tutulması 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).

işte 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 bildirelerinin bir yandan sentetik, **belli - belirsiz ve imalı deyimler kullanması**; öte yandan, **demokrasi, özgürlük, adalet, eşitlik ve onur gibi değerle yüklü kavramlar kullanması**, Anayasa yargıcının yaratıcı rolünü arttırmaktadır (48).

Anayasa yargıcının n a tür al is t anlayıştan hareketle normatif gücünü kullanarak hukuku yaratması, özgürlükler hukukuna “**yazılı olmayan özgürlükler**” (les lıberUs nonöcites) kategorisini kazandırmıştır (49). Fransa’da Anayasa Konseyi (50), İtalya’da Anayasa Mahkemesi, Almanya’da Federal Anayasa Mahkemesi (51) ve İsviçre

(45) Krş, **Favoreu**, “Rapport general introductif”, s. 275.

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

(47) **Cappdletti**, s. 625. Ayrıca bkz. 635 vd.

(43) 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 kanıtlar dizisinde 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, Conscil Gonstitutionnel, Bastille’in alınmasından sonra Fransa’da 1791’de dört sözcikle Devrim yapmıştır: “Vu la Constitution et notamment son Preamble” (Rapport de synthese , s. 662).

(51) Almanya’da yasama pozitivismine karşı tepki, özellikle, adaleti politika ve ırk mitine veya hukukta Devlete yararlı olan şeyi görmeye kurban etmeye yönelen, nasyonsosyalist dönemdeki öğretilere 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**”dır. 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, özgürlük'eri devlet iktidarına karşı korurken yatay ilişkiler bakımından da uzlaşma sağlayarak **özgürlükler dayaniş masını** 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 teorisinde** anlamlandırmıştır (56). Buna göre, “Demokrasi ve etkili korumadan yararlanan kamu hürriyetleri, biri diğeri 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 alandaki **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 ilkeleri (HGİ)'nin ayrılmaz bir parçasını oluşturur. ATAD, bir yandan, ulusal hukuklar

(52) İsviçre Anayasa öğretisine göre, demokratik-liberal değerler sistemi eksiksiz bir özgürlükler katalogudur (Z. Giacometti), Buna göre, liberal demokratik Anayasalarda, özgürlükler katalogu şekli bakımdan eksik, maddi bakımdan eksiksiz bir katalogudur, işte, maddi Hukuk Devleti'ni kuran hak ve özgürlükler, şekli bakımdan eksik özgürlükler katalogunu tamamlayan “yazısız özgürlükler”dir (H. Huber). Bkz. **Çağlar**, a.g.e., s. 139.

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

(54) **Favoreu**, “Rapport general...”, 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 saies - jc?) 1986.

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

HI. ANAYASA YARGISI: HAK VE ÖZGÜRLÜK GENEL İLKELERİ

Norm yaratma yoluyla hukukun genel ilkelerini formlüle eden veya hak ve özgürlükler alanında -alt ilkeler geliştirerek— genel İlkelerin 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 sözcülmesi, konumuz açısından anlam taşımamındandır.

A) Alman Federal Anayasa Mahkemesi

(Hukuk Devletinden genel ilkeler)

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 İlkesi ve demokrasi ilkesi tarafından şekillendirilmiş bir sistem olarak kavranmalıdır (61).

(59) Krş. **CappeUetti**, “Necessite et legitimiLe...”, s. G55.

(60) **CappeUetti**, s. 036.

(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 yağıca açık bir yetki tanyor. Böylect Anayasa örtülü olarak anayasa yargıcı için **hukukun yaratılmasında** geniş bir alan öngörmektedir (62). izlenecek yöntemlerin belirsiz, çok sayıda ve pek az açık olmaları, anayasa yargıcına anayasa hukukunu değerlendirme de geniş bir marj bırakmaktadır. İşte burada, formüle edilecek çok **genel** ilkeler, Yüksek Mahkemenin bu rolünü dengeliyor, ilimidaştıyor (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 İlkesi, 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 federale d’AUemagne’, Pouvoirs. 22, s. 19.

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

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

(65) “Kurucu erkin dilediğine göre herşeyi düzenleyebileceği fikrinin kabulü, geride kalmış bir pozitivismze dönüşü ifade edecektir”, (**David**, s.)53).

(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. **Haris G. Rupp**, “Objet et portee de la protection des droits (fondamentaux)” (Tribunal Constitutionnel Federal Allemand), in La Protection des Droits Fondamentaux..., RIDC, s. 454.

Anayasa yargıcının yasaların anayasaya uygunluk denetiminde oranlılık ilkesine sürekli başvurması, yasakoyucu üzerinde genel bir denetim kurulması ile sonuçlanmıştır (7ü).

Alman hukuk sisteminde **orantılılık** veya **ölçülülük** ilkesi, Federal Anayasa mahkemesince geliştirilen anayasal değerde bir **Hukuk 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 yangısının kendine özgü işlevi, temel hakların **güncelleştirilmesini** güvence altına almaktır. “Her günün hukuk yaşamında temel hakların korunması” (72), Yüksek Mahkeme jürisprüdasında belirginleşmişti. Hak ve özgürlüklerin korunması, yurttaşların kemii aralarındaki ilişkilerin her alanında gerçek etkisini göstermiştir.

Yüksek Mahkeme, temel bir hakka getirilen sınırlandırmanın yoğunluğuna göre, açıklık denetimi, yoğun İçerik ve kabul edilebilirlik gibi ayırdedici ölçüleri esas almıştır (73). Temel haklar, tek tek tanınan bir güvenceler serisi olarak değil ama, insan onurunun korunması ve İnsanın 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 İlkeler çıkartmakta

(7ü) **Bleckmann**, a.g.m., s. 22 vd.; **Çağlar**, a.g.e., s. 192,

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

(72) **Rüpp**, “Objet et portee de la protection...”, s. 502.

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

(74) 15 Haziran 1985 tarihli Lütli kararı . (Akla. **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 yet almayan bir hakkı **anayasal koruma kapsamına** almaktadır: Yüksek Mahkeme, çevre hukuku alanından Devletin insan yaşamını koruma ödevini öne çıkarmıştır. Nükleer santraller kurulması konusunda, “Anayasada tanınan yaşama hakkı, Devlete kendi ülkesi üzerinde yaşımı koyucu gerekli önlemleri almak yükümlülüğü yükler” (79) görüşüyle çevre hakkını koruma alanına almıştır.

B) Belçika

(İnsan Hakları Hukukun Genel İlkeleridir)

İnsan Haklarının toplumun temel bir değeli olarak kabul edildiği Belçika’da Yargıtay, savunma hakkına açık bir biçimde hukukun genel ilkesi değerini vermiştir. Bu statünün, öğretilde, 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 kurak 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 Karşılaş-tırması 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 granties constitutionnelles d es droits et des libert^s”, s. 42-

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

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

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

C) Fransız Anayasa Konseyi

(Anayasal değerde genel İlkeler)

Anayasa konseyi, kendisine hukukun genel ilkelerini ortaya koyma yetkisini tanımaktadır. Konsey, içtihadı 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 İlgilidir.

Fransız Conseil d’Etats’ının hukukun genel İlkelerini yaratması gibi, aynı kurucu yorum tekniği İle “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 İlkeleri, Anayasal ilkeleri, Başlangıç metni, Cumhuriyet kanunlarınca tanınan temel ilkeler ve Özellikle zamanımız için zorunlu İlkeler”den çıkarmakla birlikte (85), Hukukun genel ilkelerini yaratmada pozitif hukuk kurallarından nadiren esinlenmiştir (86).

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

(83) L. Fovoreu, Pli. Loic, Les grandes decisions du Conseil Constitutionnel, Sirey, 1979, s. 233-234.

(84) Krş. JJ*. Costa, “Principes fonda mentaux, principes generaux, principes à valeur constitutionnelle” in Conseil Constitutionnel et Conseil D’ctat, Monte hrestien, 1988, s. 133, 134, 137.

(85) Bkz. J. Robert, “Protection des droits fondamentaux...”, s. 461.

(86) Costa, “Principes fondamenlaux...”, s. 135.

(87) Ayırtılı açıklamalar için bkz. A.S. Ould Bouboutt, L’apport du Conseil Constitutionnel au droit admittisralif, Economica 1985, s. 429-435.

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

Anayasa Konseyi’nin, normatif değerinde 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 jürisprü d ansını iç hukuka aktarmaktadır (94)

D) İsviçre Federal Mahkemesi

(Yazılı olmayan özgürlükler)

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

(88) 29 Temmuz 1986 tarihli Karar (Bkz. **Robert**, a.g.m., s. 126+1.

(89) **Coata**, 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 **Çamlar**, a.g.e., s. 145.

(95) Bkz. **Gl, 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**”m geliştirmiştir (96).

Federal Mahkeme'nin yazılı olmayan hak tanımada kullandığı ölçütler arısında, “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 tükeleri**”ni çıkartır (98). Federal Mahkeme, bireye hakların ihlali ile ilgili olarak Devlet müdahalesinin **orantılılığı ilkesi** ve **objektif iyîniyet ilkesini** ölçü olarak kullanmıştır. Yine benimsediği **keyfilîğin 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 İnsan haklarına uygun yorumu yoluyla, anayasa hukuku açısından geniş kapsamlı bir sevk ve idare işlevi görmektedir (100).

E) İtalyan Anayasa Mahkemesi

(Büyük eşitlik İlkesi)

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

“Temel haklar” deyimini kullanmayan İtalyan Anayasası, eş-değerdeki “ihlal edilemez haklar” deyimini kullanır: “Cumhuriyet,

(96) **Çağlar**, a.g.m.. s. 136-137; **RouUer**, 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 ; **RoUer**, s. 114—155.

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

(100) Federal Mahkemeye göre, AIHS'de tanınan haklar, Anayasa'nın tanıdığı haklarla aynı düzeydeler ve aynı etkiye sahipler (**RouUer**, s. 157).

(101) Bkz. **ZagrebdMcy**, “Objet et portee de la protection des droits Fonda men taux” (Cour Constitutionnelle İtalienne), În La Protection Des Droits Fundamentaux Par I.es Jurldicções Constitutionnelles en Europe, s. 512-513.

İnsanın ihlal edilemez haklarını tanır 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 İşaret eder. Fakat, kesin referans hükmü 2 İnci maddedir: Hukukun kaynağı, ihlal edilemez hakların anayasal ilanıdır. 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: **“hoşgör ölebilir 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** ilkesinin' (Alman Drttvdrkung'u), yasama aracılığına gerek kalmaksızın sübjektif 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) **Zagretrelsky**, a.g.m., s. 514-517.

(103) 168/1971 kararı. (**Zagrebelsky**, 521).

(104) Toplumsal yaşam temelini hukuksal düzeni olarak yorumlanan kamu düzeni, topluluğun ortak malvarlığı olup ihlal edilemez hakların korunması kadar temeldir. Şu halde, birincisinden İkincisine sınırlamalar çıkarılabilir. Anayasa yapıcı ırı, bu formülü, faşizmin kamu düzeni politikasına tepki nedeniyle bilinçli olarak reddetmiş ise 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» (**Zagrebelsky**, S. 521).

(105) Bkz. **Zagrebelsky**, s. 521^522»

gulama olanağı anlamına gelir (106). Anayasa Mahkemesi, özgürlüklerin kullanılmasının aile, girişim ve fabrika gibi farklı toplumsal organizmaların İçinde 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 (col^gis-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 ilkesi)

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 prensiplerine 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; Zagrebelaky, s. 531-

(107) Favoreu, s. 86.

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

(109) Favoreu, & 86-87.

(110) E. 1963/166, K. 1964/76, Ka. t. 22.12.1964, AYMK.D, 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 bağılı olduğu aşikâr-
dır” (112) belirlemesi yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin yeni bir kararına göre; “toplumun belli bir zamandaki tüm yaşantısının siyasal oluşumu ve değer yargıları ceza hukuku kurallarına (...) etkide bulunur veya onlara yansır” (113). Bu etkileme ve yansımaya, “anayasada yer alan temel ceza kurallarıyla sınırlarına ve genel hukuk kurallarına aykırı düşmeme”¹si 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 göz-önünde 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’da üstünde** yer alır; yasa koyucunun takdir yetkisini sınırlar.

— Hukukun genel ilkeleri, en azından, **anayasal değerlerde** ilkelere dir.

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

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

Hukukun genel ilkelerinin (HGİ) **tanımını** yapmayıp (114/a) dolaylı olarak **Uluslararası Adalet Statüsü’nün** 38 nci maddesine yollama yapan Anayasa Mahkemesi, HGİ ile Uluslararası Hukukta geçerli kimi “genel ilkeler”! 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, ay. 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 HGİ’nin “genellik” niteliğini belirtmektedir (E. 1990/7, K. 1990/11, 21.6.1920 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. BİR başka kararında da uluslararası hukukun genel ilkelerinin yeini iç hukuk açısından belirlemektedir: “Milletlerarası hukuku da, devletlerin taraf oldukları ikili veya çok taraflı andlaşmalar, milletlerarası teamüller (örf ve âdet), medeni mi'letlerce kabul edilen ve temel hukuk prensiplerinden bulunan, iyi niyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, devletler hukukunun İç 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 düzenlendiğini 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 çekirdeğini** 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 değerlendirir. 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. Allefendloğlu. 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. 26.1.1986, 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 İlke olarak kullanan Anayasa Mahkemesi’nin bu içtihadı ile 1961 Anayasası döneminde pozitif Anayasa ölçütü olmamasına karşın kullandığı “**oranlılık**” veya “**ölçülülük**” İlkesi arasında koşutluk kurulabilir (124).

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

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

(123) Anayasa Mahkemesi 3194 sayılı imar 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. **Kab-oğiu**, 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 hakkı 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 yaran**” ölçütlerini geliştirdiği gözlenmekte ise, bunların ve diğer ölçütlerin bir hukukun genel ilkesi niteliğini hak edecek uygunlukta olup olmadığı sorulabilir.

3. Hukuk Devleti ve Hukukun Genel İlkeleri

Anayasa Mahkemesi, Hukuk Devleti’ni, “Anayasa’nın açık hükümlerinden önce Hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu İlkeleri” 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 İlkelerinin İçerdiğini 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”nm 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 değerlerde genel ilkeleri, Anayasaya uygunluk denetiminde Ölçü norm olarak kullanan Anayasa Mahkemesi, **Başlangıç’ta** yer alan İlkeleri, 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 DİVANI ve AVRUPA TOP- LULUĞU ADALET DİVANI: ÖZGÜRLÜK GENEL İLKE- LERİ JÜRİSPRÜDANSI

A) Avrupa İnsan Hakları Divanı (AİHD)

(Demokratik Toplum Düzeni)

Divan’ın kullandığı AİHS’nin yorumlama yöntemleri, jüriprü-
dansını “Avrupalılaştırmak” (132) amacına yöneliyor; bununla da,
tutarlılığını ve gücünü pekiştirmeyi amaçlıyor. Divan’a göre. Sözleş-
me, “günümüzün koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan
bir enstrüman”dır (133). İnsan Hakları Divanı, “evrimci” ve “iler-
leyici” yorum yöntemini kullanarak, Sözleşme’nin toplumsal değişme-
ye uyarlanmasını protoryen bir biçimde gerçekleştirmektedir (134).
Bu “geleceğe yönelik içtihad” (..) Divanı, yürürlükteki hukuku “be-
yan etmek”le değil, fakat yarının hukukunu yaratmakla yükümlü o-
lan bir yasakoyucuya yakınlaştırmaktadır.” (135)

Sözleşme’ye taraf Devletlerde İnsan Haklarının hukuksal rejim-
lerinin birleştiği bir ortamın bir aracı olarak İçtihadının yeterli olduğunu
gerçeklendiren (136) Divan, bir **Avrupa Koruma standardı ya-
ratmıştır** (137). **Bu standart, büyük ölçüde, aynı temel değerlere**
ve hukukun üstünlüğüne bağlı “demokratik bir toplum” çerçevesin-
de ortaya konmaya daha elverişli “Hukukun Genel İlkeleri” sayesin-
de gelişmiştir!.

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

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

(131) Anayasa Mahkemesinin, 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 (coli. Droit
Fondamental), 1989, s. 242.

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

(134) **G. Gohen-Jonathan**, La Convention Européenne des Droits de l’Homme, Eco-
nomica, 1989, s. 194; **Sudre**, a. g.e*, s. 242.

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

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

(137) **Gohen-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**”! oluşturmaktadır. Divan, “Sözleşmeye taraf Devletlerin hukuku”na, onların “her zamanki uygulamasına veya “Avrupa Konseyi üye Devletlerince kabul edilen genel standard”a yahut “demokratik toplumlarda genel olarak Önde gelen ilkeler”c başvurur (139).

Divan, güvence altına alınan hakları, Devletlerin genel uygulamasına sık sık başvurarak yorumlar ve tamamlar (140). Bununla birlikte, “**özerk kavramlar**” anlayışını da geliştirmiştir (141). Bu kavramlar, savunmacı devletin iç hukukuna basit bir başvuruyla yoi umlanamazlar; 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 İlkeleini 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 protokollancca güvence altına alman 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 İçin bir ölçü aracı, bir Av-

(138) **Gohen-Jonathan**, s. IBS.

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

(140) **Cühen-Jomathan**, 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 Ctm-vention Eumpeennc.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** göz-önüne alınmalıdır. Ayrıca müdahale **demokratik bir toplumda gerekli** olmalıdır (147).

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

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

Kısacası, Avrupa İnsan Hakları Divan’ı, İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde, özgürlük ve demokrasiyi özdeşleştirecek şekilde 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**, n.g.e., s. 474.

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

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

(149) 1976 Handyside karar. (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 (supralgalite) niteliğinde olup, ATAD, bunlara kuramların saygı göstermesini kabul ettirmiştir. Temel haklara saygı, yine Dİvan'm saygıyı sağladığı hukukun genel ilkelerinin bütünlüğüdür. Başka bir anlatımla, ATAD, temel hak ve özgürlükleri, topluluk hukukunun genel ilkeleri olarak korur (152).

Bu çerçevede Divan jürisprüdansı., herşeyden önce, demokiasi uygulaması ve hukukun üstünlüğünün varolduğu üye devletlerin anayasal geleneklerine dayanır. Aynı zamanda bu devletlerce insan haklarını korumak amacıyla akdedilen uluslararası antlaşmalar (başkası AIHS) Divan jürisprüdansımm dayanağını oluşturur.

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

1. Temel haklara İlişkin jürisprüdansı 1969'da **Stauder kararı**'la 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 İlişki, 1970'te verilen kararın ağırlık merkezini oluşturdu (155). Bu kararda 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 İktidandan kaynaklanan işlemlere karşı temel haklara bahşedilen korumanın özerk niteliğini tammış 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) Keş. **G. Isaac**, Droit communautaire general, 2e ed.j Mason, 1989, s. 14f-

(153) Bkz. **ftLAa Dausess** » "La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire", Revue Trimestrielle Du Droit Europeen, Juillet-Septembre 1984, sy. 3. s. 404.

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

(155) 17 dicembre 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 dicembre 1979, **Hauer**, Aff. 44/79, Rec. 1979, p. 727 (aktaran Datues, a.g.m., s. 405).

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

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

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

(157) **Krs. isaac**, a.g.e., s. 147.

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

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

b. AİHS’nin temel haklar üzerine öngördüğü güvencelere oranla HGİ’nin korunması düzeyine gelince; ATAD jürisprüdansında, AİHS İlkeleri hukukun genel ilkeleriyle aynı ağırlıkla tanınmıştır.

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

(159) **Dauses**, a.g.m., s. 406; **isaac**, a.g.e., s. 147.

- Topluluk tarafından izlenen genel çıkar amaçlarıyla müdahalenin hakk gösterilmesi;
- Gözönüne alınan amaçla müdahale arasında olurluk;
- Korunan hakkın öz güvencesi.

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

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

(160) **Testa, Meggio, Viiale**, A ne t du 28 levrier 1980, BVerfge 53, p. 257 (aktaran **Dauses**, a.g.m., s. 406).

BİTİRİRKEN

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

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

Türk Anayasa Mahkemesi'nin de bu bütün içinde yer alıyor olması, büyük ölçüde oluşturmakta olduğu jürisprüdansı ile orantılı göz ükm ektedir.

Son olarak Őu iki saptama yapılabilir: Birincisi Tũrk Anayasa Mahkemesiyle ilgili. Yũce Mahkeme, Hukukun Genel İlkeleri deyi-mini kullanmamakla birlikte, “Anayasanın da ũstũnde” “uygar ulus-larca benimsenen” ve “bilinen” ilkelerin varlığını sık sık vurgula-maktadır. Bu ilkelerin neler olduğunu belirtmesi, ũzellikle iki nedenle Önem taŐıtmaktadır. Bir kez, uluslararası hukuk ilkeleri ile i hukuk ilkeleri her zaman akıŐmazlar. Daha ũnemlisi, gũreceli ve ũznel ni-telik taŐıyan “uygar” sũzcũđũ nesnel bir ũlũt oluŐturmaktan uzaktır. Hangi ilkenin anayasal değerde veya daha ũstũn konumda olduğu-nun belirtilmesi, İlkenin adlandırılması, Anayasa Mahkemesinin benimsediği Hukukun Genel ilkeleri kategorisinin oluşmasına da kat-kıda bulunabilir. Yine, Yũksek Mahkeme, ieriği olan ũđeleri ortaya koyarak “Hukuk Devleti” kavramını yorumladığı gibi “insan Hak-larını da yorumlayarak ũzgũrlũkleri koruyucu genel İlkelerin ge-liŐtirilmesine katkıda bulunabilir. İnsan haklarının dinamik ve ev-rimci ieriği buna elveriŐlidir.

İkincisi ise daha genel bir soruna ilişkin. Anayasa yargıları tara-fından hak ve ũzgũrlũkler ũzerine geliştirilen ilkelerin (genellik, sũ-reklilik ve ũstũnlũk ũđeleri iŐıđında) bũtũnsel yorumuyla anayasal değerde bir hukukun genel ilkesi aŐamasına ulaŐıp ulaŐmadıđı sorunu. Yanıtı aranan soru, hak ve ũzgũrlũklere saygının bir HGİ olarak be-nimsenip benimsenmeyecceğidir. Őimdilik, ulusal anayasa jũrisprũdan-sında gũzlenen evrimin, ulusal-ũstũ ũlekte varılan aŐama doğrultusun-da olduğu ũne sũrũlebilir.

Hukukun bilim olarak nitelenmesi, bũyũk ũlũde HGİ kategori-sinin geliŐtirilmesiyle doğru orantılı değil midir?