

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (ANAYASA HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

ANAYASA YARGISINDA HUKUKUN GENEL İLKELERİ

Yüksek Lisans Tezi

**HAZIRLAYAN
Çiğdem Serra UZUNPINAR**

Ankara-2009

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (ANAYASA HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

ANAYASA YARGISINDA HUKUKUN GENEL İLKELERİ

Yüksek Lisans Tezi

**HAZIRLAYAN
Çiğdem Serra UZUNPINAR**

**DANIŞMAN
Prof. Dr. Merih ÖDEN**

Ankara-2009

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (ANAYASA HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ANAYASA YARGISINDA HUKUKUN GENEL İLKELERİ

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Merih ÖDEN

Tez Jüri Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...../...../200...)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin
Adı ve Soyadı

.....

İmzası

.....

TEŞEKKÜR

Henüz hukuk kariyerimin başlarında yer alıyorum. Genel olarak “hukuk” ve özel olarak “anayasa hukuku” adına öğrenmem gereken çok şey ve kat etmem gereken çok uzun bir yol var. Ancak bu yolda en büyük adımı “hukuk” algımın oluşması noktasında attığıma inanıyorum. Hiç şüphesiz bu adım tek başına atılmış bir adım değildir. Bir yandan yaptıkları çalışmalar ile hukuk bilimine katkıda bulunurken diğer yandan bu bilime hizmet edecek genç ve bundan ötürü toy zihinlerde “belli kişi ya da gruplara göre eğilip bükülmeyen ve her zaman kendine ‘adaleti’ amaç edinen bir ‘hukuk’ algısı”nın oluşmasını sağlayan Ankara Hukuk Fakültesi’nin değerli hocalarına ve bu noktada benim üzerimde emeği tartışmasız çok büyük olan değerli Hocam Prof. Dr. Merih Öden’e sonsuz teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim.

“Ben” duygusunu bir yana iterek, tüm ilgi, emek ve imkânlarını çocuklarına adayan ve bundan bir an olsun vazgeçmeyen, şüphe duymayan, böylelikle ulaştığımız küçük ya da büyük her başarının altında imzaları olan sevgili Annem ve Babama en içten teşekkürlerimi sunuyorum. Ulaştığım her başarı onlara armağandır.

Tez çalışmamın her aşamasında yakın ilgi ve desteğini gördüğüm ve benden çok kıymetli yardımlarını esirgemeyen değerli arkadaşım Ar. Gör. Eda Ayrancı’ya teşekkürlerimi sunmak isterim.

Son olarak çalışmalarına sağladıkları destekten ötürü Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu’na teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	vi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUKUN GENEL İLKELERİ VE ANAYASA YARGISINDAKİ İŞLEVİNE GENEL BİR BAKIŞ

I. GENEL OLARAK HUKUKUN GENEL İLKELERİ VE NİTELİĞİ.....	5
A. HUKUKUN GENEL İLKELERİ KAVRAMININ DOĞUŞU VE TARİHSEL GELİŞİMİ.....	5
B. HUKUKUN GENEL İLKELERİ KAVRAMININ TANIMLANMASI.....	10
C. HUKUKUN GENEL İLKELERİNİN NİTELİĞİ SORUNU.....	12
1. İLKE VE KURAL AYRIMI.....	14
2. İLKELER VE HUKUKİ İLKELER.....	20
3. “GENEL” NİTELEMESİ.....	24
4. HUKUKUN GENEL İLKELERİNİN NİTELİĞİ HUSUSUNDA ÖĞRETİDE YER ALAN GÖRÜŞLER.....	28
a. Hukukun Genel İlkeleri – Yargıcın Kendisi Kanun Koyucu Olsaydı Nasıl Bir Kural Koyacak İdiyse Ona Göre Hüküm Vermesi.....	28
b. Hukukun genel İlkeleri – Örf ve Adet Hukuku Kuralları.....	30
c. Hukukun Genel İlkeleri –Hakkaniyet ve Nasfet.....	31

II. HUKUKUN GENEL İLKELERİNİN ANAYASA YARGISINDAKİ İŞLEVİ.....	33
A. GENEL OLARAK.....	33
B. ANAYASALLIK BLOĞU VE HUKUKUN GENEL İLKELERİ.....	39
1. ANAYASALLIK BLOĞU.....	39
2. ANAYASALLIK BLOĞU İLE İLGİLİ YAKLAŞIMLAR.....	40
a. Pozitivist Anlayış.....	40
b. Natüralist Anlayış.....	41
C. HUKUKUN GENEL İLKELERİNİN ÖLÇÜ-NORM OLARAK GÖRDÜĞÜ İŞLEV.....	42
1. ANAYASA YARGICININ DOĞRUDAN DOĞRUYA DAYANACAĞI NORM TÜRÜ (BAĞIMSIZ ÖLÇÜ-NORM).....	42
2. ANAYASA YARGICININ YORUMLAMA FAALİYETİNE YARDIMCI NORM TÜRÜ (DESTEK ÖLÇÜ-NORM).....	47
D. HUKUKUN GENEL İLKELERİNİN BELİRLENME TEKNİKLERİ VE SINIFLANDIRILMASI.....	57
1. HUKUKUN GENEL İLKELERİNİ BELİRLEMEDE KULLANILAN TEKNİKLER.....	57
a. Objektif Teknik.....	58
b. Sübjektif Teknik.....	60
c. Teleolojik Yorum Tekniği.....	61
2. HUKUKUN GENEL İLKELERİNİN SINIFLANDIRILMASI VE BAZI KABUL GÖRMÜŞ HUKUKUN GENEL İLKELERİ.....	63

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN HUKUKUN GENEL İLKELERİ

KONUSUNDAKİ UYGULAMASI

I. HUKUKUN GENEL İLKELERİNİN TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN ÖLÇÜ-NORM OLARAK KULLANILMASINDA ANAYASAL DAYANAK MESELESİ.....	65
A. HUKUK DEVLETİ (AY. md.2).....	67
B. YARGIÇLARIN HUKUKA UYGUN KARAR VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ (AY. md.138).....	74
C. HERKESİN “KİŞİLİĞİNE BAĞLI” TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERE SAHİP OLMASI.....	78
D. ANAYASANIN “YORUM” KONUSUNDA HÜKÜMLER İÇEREN ÇEŞİTLİ MADDELERİNİN BİRLİKTE DEĞERLENDİRİLMESİ....	82
II. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN KARARLARINDA YER VERDİĞİ HUKUKUN GENEL İLKELERİ.....	85
A. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 1961 ANAYASASI DÖNEMİNDEKİ UYGULAMASI.....	85
1. Kazanılmış Haklara Saygı İlkesi.....	86
2. Eşitlik İlkesi.....	90
3. Masumluk Karinesi.....	97
4. Belli Usullere Uyularak Meydana Getirilen Bir Belgenin Değiştirilmesi Veya Kaldırılmasının Aynı Usullerden Geçirilmek Suretiyle Mümkün Olması.....	99
5. Bir Hukuk Kuralının Tek Başına Değil, İçinde Bulunduğu Metnin Tümü Göz Önüne Alınarak Yorumlanması.....	101
6. Hukukta Yapılacak Yorumlarda Sözden Çok Öze Önem Verilmesi.....	102

7. Özel Hükümün Genel Hükümden Önce Gelmesi.....	103
8. Genel Kuralları Kapsayan Bir Yasanın Kabul Edilmesiyle Özel Kuralları Kapsayan Yasanın Üstü Örtülü Olarak Kaldırılmış Sayılmayacağı.....	103
9. Sonradan Yürürlüğe Giren Kanun, Kendisine Aykırı Hükümler İçeren Önceki Kanunu Yürürlükten Kaldırır.....	104
10. Suçun İşlendiği Sırada Yürürlükte Olan Kanun İle Sonradan Yürürlüğe Giren Kanunun Hükümleri Birbirinden Farklı İse, Failin Lehine Olan Kanunun Uygulanacağı.....	105
11. Mahkemelerin, Suçlulara Ceza Uygulaması Yaparken Suçun İşleniş Biçimi ve Suçlunun Durumu Gibi Nedenlere Göre, Yasa Koyucunun Öngörmüş Olduğu Ceza Hadleri Arasında Serbestçe Ceza Saptamak Yetkisine Sahip Olması.....	106
12. Her İdari Uyuşmazlığın Doğduğu Tarihte Yürürlükte Bulunan Yasa Hükümlerinin Uygulanması Suretiyle Çözümüne Kavuşturulması.....	108
13. Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler.....	109
14. Kamu Hizmetlerinin Sürekliliği ve Düzenliliği.....	110
15. İşlenen Bir Suçtan Dolayı Hüküm Giymenin Bazı Hukuki Ehliyetsizlikler Meydana Getirmesi.....	111
16. Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği.....	112
B. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 1982 ANAYASASI DÖNEMİNDEKİ UYGULAMASI.....	114
1. Kazanılmış Haklara Saygı İlkesi.....	115
2. Kanunların Geçmişe Yürümezliği.....	119
3. Hukuki Öngörülebilirlik ve Belirlilik.....	125
4. Devlete Güven.....	130
5. Eşitlik İlkesi.....	134
6. Kanun Koyucuya Hata Yakıştırılmaması.....	139
7. Kanunların Kamu Yararına Yönelik Olması.....	140

8. Kesin ve Yürütülmesi Gerekli Nitelikteki İdari İşlemlere Karşı İdari Yargı Yerlerine Başvurulması.....	142
9. Usulde Paralellik ve Yetkide Paralellik.....	144
10. Suç ve Cezaların Kanuniliği.....	145
11. Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği.....	149
12. Cezaların, Suçların Ağırlık Derecelerine Göre Önleme ve İyileştirme Amaçları Da Göz Önünde Tutularak Adaletli Bir Ölçü İçinde Konulması.....	150
13. Özel Hükmün Genel Hükümden Önce Gelmesi.....	151
14. Sonradan Yürürlüğe Giren Kanun, Kendisine Aykırı Hükümler İçeren Önceki Kanunu Yürürlükten Kaldırır.....	153
15. Bir Hukuk Kuralının Tek Başına Değil, İçinde Bulunduğu Metnin Tümü Göz Önüne Alınarak Yorumlanması.....	154
16. Aynı Fiil Nedeniyle Kişiye Birden Fazla Ceza Verilemeyeceği.....	155
17. Suçun İşlendiği Sırada Yürürlükte Olan Kanun İle Sonradan Yürürlüğe Giren Kanunun Hükümleri Birbirinden Farklı İse, Failin Lehine Olan Kanunun Uygulanacağı.....	155
18. İyi Niyet, Ahde Vefa, Devletler Hukukunun İç Hukuka Üstünlüğü.....	156

III. UYGULAMANIN IŞIĞINDA HUKUKUN GENEL İLKELERİNİN TÜRK NÖRMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ.....

SONUÇ.....	162
KAYNAKÇA.....	171
ÖZET.....	178
ABSTRACT.....	180

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör
Eds.	: Editörler
E.T.	: Erişim tarihi
K.	: Karar
k.t.	: Karar tarihi
md.	: Madde
R.G.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TMK	: Türk Medeni Kanunu
UDADS	: Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü
UADS	:Uluslararası Adalet Divanı Statüsü
vs.	: Vesaire

GİRİŞ

Anayasa hukuku ve anayasa hukuku kurumları, tıpkı “hukuk” fikri gibi sürekli gelişmekte olan bir sürece tanık olmaktadır. Bu çerçevede zaman içerisinde anayasa hukuku ve bu kapsamda değerlendirilen konular, farklı teoriler ışığında yeniden biçimlendirilmekte ve kendilerine değişik işlevler yüklenebilmektedir. Anayasa hukuku kapsamında değerlendirebileceğimiz ve önem arz eden konulardan birisi de şüphesiz anayasa yargılamasıdır. Zira bu faaliyet, zamanla “anayasa”nın kendisinden beklenen işlevin yerine getirilmesinde yadsınamaz bir role sahip olmuştur. Bilindiği gibi, yazılı ve değiştirilmesi alelade kanunlara göre zor olan anayasaların işlevlerinden biri, bireylere tanıdığı olduğu temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olmaktır. Ancak temel hak ve özgürlüklerin sadece yazılı anayasa metinlerinde yer almasının, söz konusu güvence bakımından yetersiz kaldığı tecrübe edilmiş ve anayasa yargısı bu noktada devreye girmiştir.

Anayasa yargılamasında denetimi gerçekleştiren organ tarafından yürütülen faaliyet, esasında iki farklı norm türünün –bunlardan birini esas alarak- karşılaştırılmasıdır. Söz konusu iki farklı norm türünden birini, yargılama makamının denetimde esas aldığı ölçü-normlar oluşturmaktadır. Anayasa yargılamasında ölçü olarak kullanılacak normlar bakımından, farklı ülke mahkemeleri, farklı uygulamalara yönelmektedirler. Kimi mahkemeler denetimlerinde sadece anayasa metnini ve anayasa koyucunun tarihsel iradesini esas almaktadır. Kimi mahkemeler ise, denetimlerinde kendilerini sadece anayasa metni ile sınırlamamakta, anayasanın bir bütün olarak yorumlanması sonucu elde edilen ilkeleri, uluslararası hukuk

metinlerini veya siyasi-tarihi birtakım bildirgeleri ölçü-norm olarak kullanmaktadırlar. Hiç kuşkusuz bu ikinci durum, denetimi yerine getiren yargıçların faaliyet alanını genişletmekte ve yargıçların bir kurucu güç olarak karşımıza çıkmasına yol açabilmektedir. O halde böyle bir faaliyette “norm” hususunun önem arz ettiği açıktır.

Acaba kendileri de farklı bir norm türünü oluşturan “hukukun genel ilkeleri” anayasa yargısında nasıl bir işleve sahiptirler? İşte, bu çalışmada irdelenmeye çalışılacak olan husus, anayasa yargılamasında denetimi gerçekleştiren organlar tarafından ölçü-norm olarak kullanılan hukukun genel ilkeleridir. Hukukun genel ilkelerinin ölçü-norm olarak kullanılmasının bir araştırma problemi teşkil etmesinin nedeni bu ilkelerin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Zira bu ilkelerin niteliği konusunda bir fikir birliğine varılamamıştır. Bu durumda ise, hukukun genel ilkeleri hakkındaki farklı yorumlar, yargılamayı gerçekleştiren yargıçların faaliyet alanlarını genişletmekte veya daraltmaktadır. İşte bu çalışmada, bir norm türünün yargıca sunabileceği muhtemel olanaklar değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Böyle bir çalışmada öncelikle “hukukun genel ilkeleri” kuramına yer verilmesi, bu ilkelerin kavramsal incelemesini içerecek olması dolayısıyla önem taşımaktadır. Kavramsal incelemenin ardından, bu ilkelerin anayasa yargısı açısından işlevinin değerlendirilmesine geçilecektir. Bugün hukukun genel ilkelerinin, Türk Anayasa Mahkemesi tarafından ölçü olarak kullanılacak bir norm türü olduğu konusunda öğretilde neredeyse bir fikir birliği vardır. Genelde bu ilkelerin ortak aklın, adaletin gerekleri olduğu hususu vurgulanmakta ve ölçü-norm olarak kullanılması gerektiği

belirlenmektedir. Ayrıntılı olduğunu söyleyebileceğimiz Anayasamızın, bu Anayasa'nın Başlangıç Kısmı'nın, Anayasa içerisinde yer alan ve Mahkeme'nin denetiminde mutlaka gözetmesi gereken Atatürk İlke ve İnkılâpları ve Devrim Kanunları'nın ve nihayet Avrupa Birliği ile uyum sürecinde olan ülkemizin taraf olduğu AIHS ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin çeşitli uluslararası sözleşmelerin ölçü-norm olarak kullanılacağı göz önüne alındığında, hukukun genel ilkelerinin anayasa yargılamasındaki işlevi nedir? Bu ölçü-normların yanı sıra bir de hukukun genel ilkelerine ihtiyaç var mıdır? Hukukun genel ilkeleri, anayasa yargıçlarının bir takım romantik doğal hukuk göndermeleri (ortak vicdan, üstün hukuk gibi) yaparak, bir şekilde pozitif metinlerin ötesine geçmelerini sağlayan ve böylelikle kendilerine denetimsiz/sınırsız güç veren bir araç mıdır? Yoksa bu ilkeler, nitelikleri de göz önüne alındığında, pozitif metinlerde yer almayan veya eksik kalan hukuki korumayı sağlayacak araçlar mıdır? Zira yapılacak olan anayasaya uygunluk denetiminde, normların sadece anayasanın sözünden çıkan anlama uygunluğunun araştırılmasının, amaçlanan ve yukarıda bahsedilen koruma bakımından yetersiz kalacağı açıktır. Anayasanın sözünün yanında özünden çıkan anlamın ve anayasa dışında başka bazı normların –ve bu noktada hukukun genel ilkelerinin-, bu denetimde ölçü alınması acaba söz konusu güvenceyi sağlayabilecek midir?

Bu durumda özellikle niteliği hususunda bir fikir birliğine varılamamış hukukun genel ilkelerinin kavramsal olarak incelenmesinden sonra bu ilkelerin anayasa yargılamasındaki işlevinin değerlendirilmesi bizi bu araştırmanın amacına ulaştıracaktır. Ardından Türk Anayasa Mahkemesi'nin bu husustaki uygulamasının

incelenmesi, bu uygulamanın teorik açıdan vardığımız sonucu destekleyip desteklemediğinin belirlenmesi açısından işlevsel olacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUKUN GENEL İLKELERİ VE ANAYASA YARGISINDAKİ İŞLEVİNE GENEL BİR BAKIŞ

I. GENEL OLARAK HUKUKUN GENEL İLKELERİ VE NİTELİĞİ

A. HUKUKUN GENEL İLKELERİ KAVRAMININ DOĞUŞU VE TARİHSEL GELİŞİMİ

Bilindiği gibi mahkemeler çeşitli hukuk uyumsuzluklarının çözümünde görev alan “karar” mercileridir. Mahkemeler kararlarını, muhakeme adını verdiğimiz bir düşünsel faaliyet sonrasında alırlar. Bu faaliyet sırasında mahkemelere çeşitli normların ve düşünce kalıplarının yol göstermesi söz konusudur. Geçmişten günümüze yargılama makamları muhakeme faaliyetlerinde ahlaki normlar, dini normlar, hukuki normlar vs. olmak üzere çeşitli norm türlerini esas almışlardır. İşte zaman içerisinde adına “ilke” dediğimiz standartların bir kısmının “Hukukun Genel İlkeleri” olarak anılması ve bazı yargılama makamları tarafından muhakeme faaliyetlerinde esas alınması olgusu doğmuştur. Bu olgunun gelişimini 1789 Fransız Devrimi’nin ilke ve düşüncelerinin ifadesini bulduğu, 26 Ağustos 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesine kadar götürmek mümkündür. Bu teoriyi geliştiren Conseil d’Etat’dır. Conseil d’Etat’nın bu teoriyi geliştirme sürecini şöyle özetleyebiliriz:

Esas olarak hukukun genel ilkeleri, Conseil d'Etat tarafından bir yargılama yöntemi olarak geliştirilmiştir. Tabii ki bunun siyasi ve tarihsel bir takım nedenleri vardır. Daha önce de belirttiğimiz gibi Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, Fransız Devrimi'ne kaynaklık eden ilke ve düşünceleri içerisinde barındırmaktadır. Conseil d'Etat üyelerinin birçoğunun devrime katılmış ve devrim ilke ve düşüncelerini paylaşan kişiler olmaları dolayısıyla, Conseil d'Etat, kuruluşundan itibaren devrim ilke ve düşüncelerini zaman zaman kapsamalarını daraltarak veya genişleterek uygulamıştır¹. Bildirge incelendiğinde, “özgürlük” ve “eşitlik” kavramlarının ön planda olduğu görülecektir. Ancak Bildirge'den çıkarılabilecek diğer bir ilke de “hukuk devleti” ilkesidir. Başka bir ifade ile 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde somutlaşan ilkeler ve düşünceler daha çok eşitlik ve özgürlük kavramları etrafında toplanmakla birlikte, “hukukla bağlı devlet” düşüncesinin temellerini de bu bildirgede kolaylıkla bulabiliriz. VEDEL, Conseil d'Etat'nın İdare Hukukunun temellerini korumak için, hukukla bağlı devlet yani hukuk devleti düşüncesini yoğun bir şekilde savunmaya geçtiğini belirtmektedir². Zira ayrı bir hukuk dalı olarak İdare Hukukuna, ancak hukuka bağlı devlet (hukukla bağlı devlet - hukuk devleti) anlayışının geçerli ve hâkim olması durumunda ihtiyaç duyulacaktır³. Bu çerçevede Conseil d'Etat, Fransız İdaresinin hukukla –ama Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde yer alan ilke ve düşüncelerin hâkim olduğu bir hukukla- bağlı olması düşüncesinden yola çıkmıştır.

¹GAZIER, François; GENTOT, Michel ve GENEVOIS, Bruno; “1789 İlke ve Düşüncelerinin, Anayasa Konseyi ve Conseil d'Etat Kararlarına Etkisi”, Çev.: Celal ERKUT, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD)**, Sayı 1-3, Yıl 10, İstanbul, 1989, s.78, 80.

² VEDEL, Georges; “Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif: le rôle du juge”, in. Mél. Waline, s.777 vd.) Aktaran: ERKUT, Celal; **Hukuka Uygunluk Bloku (İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi)**, İstanbul, 1996, s.15-16.

³ GÜNDAY, Metin; **İdare Hukuku**, Ankara, 2004, s.25.

İşte Conseil d'Etat, (1789 tarihli *Bildirge*'de somutlaşmış olan) hukukla bağlı devlet düşüncesini savunurken bir yargılama yöntemi ortaya çıkarmıştır. Bu yargılama yöntemi sonucunda ise “Hukukun Genel İlkeleri” teorisini geliştirmiştir⁴. Bu çerçevede, Conseil d'Etat, eğer *Bildirge*'de yer alan bir ilke zaten kanunlarda yer alıyorsa, kararında *Bildirge*'ye gönderme yapmak yerine, söz konusu kanunları dayanak yapmayı tercih etmiştir. Ancak eğer uygulayacağı ilke herhangi bir kanunda yer almıyorsa, söz konusu ilkenin “kamu hukukunun temel prensibi” olduğunu belirterek – *Bildirge*'ye de dayanmaksızın- bu ilkeyi uygulama yoluna gitmiştir⁵. Böylelikle Conseil d'Etat, “hukukun genel ilkeleri” deyimini ilk defa 1913 tarihli “Roubeau” kararında kullanmıştır. Fakat Konsey 1930'lu yılların sonlarına gelene kadar hukukun genel ilkelerini bir teori olarak, açıkça uygulamamıştır⁶. Ancak 1940 yılında kurulan “Vichy Hükümeti Rejimi”nin kamu özgürlükleri sistemini askıya almasına Konsey reaksiyon göstermiş ve tutumunu değiştirmiştir. O ana kadar gelişimine katkıda bulunduğu ancak açıkça uygulamadığı hukukun genel ilkeleri teorisini açıkça uygulamaya başlamıştır⁷. Sonuç olarak, idare hukukunun tedvin edilmemiş bir hukuk dalı olmasının da yardımıyla idare yargıcı hukukla bağlı devlet ve demokratik rejim anlayışının gereklerinden bir takım ilkeler çıkarmaya başlamıştır⁸.

Bu kavramın uluslararası hukuk alanında kullanılışı da önem arz etmektedir.

Zira kavramın ilk kez yer aldığı uluslararası hukuk metninin (1920 tarihli

⁴ ERKUT, Celal (1996), *a.g.e.*, s.16.

⁵ GAZIER, François; GENTOT, Michel ve GENEVOIS, Bruno (1989) ; *a.g.m.*, s.84-85; BELL, John; **French Constitutional Law**, New York, 1994, s.64.

⁶ ERKUT, Celal (1996), *a.g.e.*, s.19.

⁷ MESCHERIAKOFF, Alain Serge; “La Notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente”, in *AJDA*. 12/1976, s.599/dpn.48. Aktaran: ERKUT, Celal (1996), *a.g.e.*, s.19, dn.18. ; ÇAĞLAR, Bakır; **Anayasa Bilimi**, İstanbul, 1989, s.168 ; BELL, John (1994); *a.g.e.*, s.73.

⁸ ERKUT, Celal (1996), *a.g.e.*, s.16.

Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü) ilgili maddesinin kabulü aşamasında, bu kavramın niteliği ve yerine getireceği işlev hususunda ciddi tartışmalar yaşanmıştır. Statüyü hazırlayan Hukuk Komitesi, Divan’ın uyuşmazlıklarda uygulayacağı hukuk kaynaklarını belirlediği sırada, Divan’ın olaya uygulayabileceği kuralların mevcut olmaması ve bu yüzden davayı bir “non liquet”^{*} kararı ile reddetmesi⁹ ihtimali üzerinde durmuşlardır. Divan’ın sübjektif bir uygulamaya yol açmadan olası hukuk boşluklarını doldurmasına imkân veren bir formül aramışlardır. Komite Başkanı Baron DESCAMPS, Divan’ın sözleşmeler ve teamüller yanında, “uygar milletlerin hukuk *vicdanlarınca* tanınmış uluslararası hukuk kurallarını” (la conscience juridique des peuples civilisés) uygulaması gerektiğini belirtmiştir¹⁰. Fakat “vicdan” kelimesi kabul görmemiştir. Fransızca ve İngilizce vicdan kelimesinin yazılışı birebir aynıdır: Conscience. Ancak anlamları arasında küçük bir fark vardır. Fransızcada, vicdan kelimesi “bir şeyin doğru veya yanlış olduğu algısı”nı ifade eder ama zorunlu olarak neyin ahlaken doğru veya yanlış olduğunu ifade etmez. Oysa İngilizcede vicdan kelimesi genel olarak ahlaki ve içsel bir çağrışım yaratmaktadır ve bir kişinin kendisinin veya bir grubun kolektif olarak sorumlu olduğu durumlarda taşıdığı/taşıdıkları ve neyin ahlaken doğru veya yanlış olduğuna dair algıyı ifade eder¹¹. Böylece DESCAMPS’ın önerisi reddedilmiştir. Amerikalı hukukçu Hon Elihu ROOT ve Lord PHILLIMORE, Divan’ın soyut adaleti yerine getirebilmesi için kendisine artan bir yetki verilmesi isteklerini karşılamak için - “non liquet”

^{*} Non Liquet kavramını, bir iddianın kendisinin ve *aksinin* pozitif hukuk tarafından desteklenmemesi şeklinde tanımlayabiliriz. THIRLWAY, Hugh; “The Sources of International Law”, **International Law**, Malcom D. EVANS (Ed.), New York, 2003, s.130.

⁹ MERAY, Seha L.; **Devletler Hukukuna Giriş**, Ankara, 1959, s.84.

¹⁰ CHENG, Bin; **General Principles of Law As Applied by International Courts And Tribunals**, London, 1953, s.7.

¹¹ CHENG, Bin (1953); *a.g.e.*, s.8-9.

problemini tehlikeli bir şekilde muğlâk ve ucu açık bir yoruma yer vermeden çözebilecek - (bugünkü) md.38/1/c hükmünü önermişlerdir^{12*}.

Sonuç olarak “uygar milletlerce benimsenmiş hukukun genel ilkeleri” formülü, uluslararası hukuk alanında, Divanın önüne gelen somut olayda uygulayacağı antlaşma veya teamül kuralının olmaması nedeniyle, bir “non liquet” ile davayı reddetmek zorunda kalmaması ama aynı zamanda sübjektifliğe de yer vermemek amacıyla oluşturulmuştur. Burada ilgi çekici olan, sübjektifliğe yer vermemek için böyle bir formülün oluşturulmuş olmasıdır. Yani, uygar milletlerce benimsenmiş hukukun genel ilkeleri öyle ilkelerdir ki önündeki olaya uygulayacak hüküm bulamayan Divan, bu ilkelere başvurmakla sübjektif davranmış olmayacaktır.

Görüldüğü gibi aslında bu iki farklı hukuk alanında hukukun genel ilkeleri teorisi farklı şekillerde gelişim göstermiştir. Ancak her iki hukuk alanında da bu teoriye ihtiyaç duyulmasının veya en azından teorinin bu alanlarda daha kolay gelişmesinin temel nedeninin söz konusu alanlarda yer alan yazılı düzenlemelerin yetersizliği olduğunu söyleyebiliriz.

¹² O’BRIEN, John; **International Law**, Great Britain, 2002, s.85.

* UADS md.38/1/c: “Madeni milletlerce kabul edilen genel hukuk prensipleri()”. Statünün tüm metni için bkz: GÜNDÜZ, Aslan; **Milletlerarası Hukuk (Temel Belgeler, Örnek Kararlar)**, İstanbul, 2003, s.143.

B. HUKUKUN GENEL İLKELERİ KAVRAMININ TANIMLANMASI

Hukukun genel ilkeleri kavramı ile ifade edilmek istenen nedir? TRIDIMAS'ın da belirttiği gibi, hukukun genel ilkelerine ne zaman bir göndermede bulunulsa, bu tarz bir gönderme aklımıza yazılı olmayan ve mahkemeler tarafından spesifik bir kuraldan veya bir hukuk sisteminin tümünden türetilen prensipler gelmektedir¹³. Bu husus her ne kadar belli açılardan doğru olsa da hukukun genel ilkelerini tanımlamak açısından kapsamlı bir ifade değildir. Esasen hukukun genel ilkelerini kapsamlı bir şekilde tanımlamaya imkân da yoktur. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, md.38/I/c. bendinde uluslararası hukukun kaynaklarını sayarken “uygar milletlerce kabul edilen genel hukuk ilkeleri” ifadesine yer vermesine ve böylelikle hukukun genel ilkeleri md. 38’de açıkça ve ayrıca uluslararası hukukun kaynağı olarak gösterilmesine rağmen, kavramın tam bir tanımı yapılamamakta¹⁴ ve mahiyeti hususunda da öğretide uzlaşmaya varılamamaktadır. Bu yüzden, tanımlanması zor olan bu kavram için öğretide yapılmaya çalışılan birkaç tanıma yer vermekle yetinip, daha çok bu ilkelerin niteliği üzerinde durmaya çalışmak daha faydalı olacaktır.

Alain Serge MESCHARIAKOFF, hukukun genel ilkelerini, felsefi, ahlaki, sosyolojik ve ekonomik alanda ortaklaşa biçimde benimsenen kavramların hukuk dilindeki anlatımı olarak tanımlamaktadır¹⁵.

¹³ TRIDIMAS, Takis; **The General Principles of EU Law**, New York, 2006, s.1.

¹⁴ ÖZBUDUN, Ergun; **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, 2005, s.120.

¹⁵ MESCHARIAKOFF, Alain Serge; “La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente”, A.J.D.A., Décembre 1976, s.596. Aktaran: KABOĞLU, İbrahim Ö.; “Hukukun Genel İlkeleri Ve Anayasa Yargısı” (1991), (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/anyarg8/kaboglu.pdf> ; E.T.: 01.07.2009), s.291.

Hüseyin PAZARCI, hukukun genel ilkelerini “birçok ülkenin ulusal hukuk düzeninde yer alan ve uluslararası hukuk düzenine aktarılmasına ne hukuk mantığı ne de devletlerin değer yargıları bakımından herhangi bir engel bulunmayan, devletlerin ortak hukuk değerlerini içeren kurallar” olarak tanımlamaktadır¹⁶.

Seyfullah EDİS ise bu ilkelerin, kanunlardaki münferit kuralların temelini teşkil eden ve bilerek veya bilmeyerek hukuki kanaatlerimizi etkileyen hukuk idesinden doğmuş büyük fikirler ve genel gerçeklikler olduğunu belirtmektedir¹⁷.

İbrahim KABOĞLU, çok sayıda somut durumu içine alan ve her somut durumu daha da bütüncü bir biçimde düzenleyen birçok özel norma temel oluşturan hukuk normlarını hukukun genel ilkeleri olarak tanımlamıştır¹⁸.

Görüldüğü gibi yapılan tanımlardan neyin bir hukukun genel ilkesi olduğunu çıkarmak mümkün görünmüyor. O halde bu ilkelerin niteliğini incelemek gerekir.

¹⁶ PAZARCI, Hüseyin; **Uluslararası Hukuk Dersleri**, I. Kitap, Ankara, 2004, s.234.

¹⁷ EDİS, Seyfullah; **Medeni Hukuka Giriş**, Ankara, 1989, s.146.

¹⁸ KABOĞLU(1991), *a.g.m.*, s.292.

C. HUKUKUN GENEL İLKELERİNİN NİTELİĞİ SORUNU

Hukukun genel ilkelerinin anayasa yargısı adını verdiğimiz muhakeme sürecinde oynadıkları rolü tespit edebilmek için öncelikle bunların niteliğini belirlememiz gerekmektedir. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi hukukun genel ilkelerinin niteliğinin öğretilerde tartışmalı olması, bunların muhakeme sırasında oynayacağı muhtemel rollerin farklı algılanmasına neden olmaktadır.

Hukukun genel ilkeleri (genel hukuk ilkeleri, general principles of law, les principes généraux du droit) kavramında, hukuki ve genel olmanın ilkenin niteleyicisi olduğunu göz önüne alırsak, ilk olarak ilke kavramını tanımlamak daha doğru olacaktır. İlke kelimesi sözlükte, “temel düşünce, temel inanç, umde, unsur, prensip; temel bilgi; öge; davranış kuralı; her türlü tartışmanın dışında sayılan öncül, mebde, umde, prensip” olarak tanımlanmıştır¹⁹. Kelime bir başka sözlükte ise “Başlangıç, hareket noktası, her şeyin kendisinden türediği ilk ve temel kaynak” olarak tanımlanmıştır²⁰. İlke ya da prensip kelimesinin kökeni Latince olup, kelime bu dilde “başlangıç” anlamına gelen “principium” kelimesinden türemiştir ve başlatan, ön ayak olan anlamına gelmektedir²¹.

Böylelikle sözlük anlamından yola çıkarsak, hukukun genel ilkeleri kavramında yer alan ilke ibaresini, başka şeylerin örneğin; kuralların ve diğer ilkelerin kendisinden türediği ilk madde, çeşitli görünümde somutlaşmış düşüncelerin

¹⁹ **Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük**; Ankara, 2005, s.957.

²⁰ **Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük**; “Bilim ve Sanat Eserleri Sözlüğü / Eğitim Terimleri Sözlüğü”, (<http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=veritbn&kelimesec=167159> ; E.T.: 01.07.2009).

²¹ **Encyclopædia Britannica Online**; Academic Edition, (<http://search.eb.com/dictionary?va=principle&query=principle> , E.T. 30.10.2008).

temeli olan ilk düşünce olarak tanımlayabiliriz. Bunun yanı sıra, sözlükte ilkenin anlamlarından birinin de “davranış kuralı” olarak belirtildiğini görmekteyiz. Herhalde bununla ilkenin normatif olduğu vurgulanmak istenmiştir. Gerçekten de ilkeler ve dolayısıyla hukukun genel ilkeleri normatiftirler. Yani, bunlar nasıl davranılması gerektiğine ilişkin standartlar öngörürler²². PERRY, ilkelerin, “neyin yapılması gerektiği”ne ilişkin olarak gerçekleştirilen pratik muhakemede (*practical reasoning*) rol oynayan normatif standart türlerinden biri olduğunu belirtmektedir²³.

Öğretide GÖZLER, hukukun genel ilkelerinin bir hukuk normu olarak geçerli olmadığını ileri sürmektedir. Gerçi GÖZLER, hukuk normlarının geçerliliği testine tabi tuttuğu hukukun genel ilkelerini, geçerliliğin kümülâtif şartlarından birincisini (madden var olma şartını) yerine getiremediklerinden ötürü hukuk normu olarak kabul etmemektedir²⁴. Bu, söz konusu ilkelerin normatif olmadıkları anlamına gelmemektedir. Zaten yazar da çalışmasında, hukukun genel ilkelerinin, hukuk normu olmanın ikinci şartı olan normatifliği yerine getirip getirmediğini incelememiştir. Ayrıca GÖZLER’in bir hukuk normunun geçerli olabilmesi için aradığı madden var olma yani yazılı bir belgede veya mahkeme kararlarında yer alma şartı da tartışmalıdır.

O halde, hukukun genel ilkelerinin, anayasa yargılaması sürecine bir norm türü olarak katıldığını belirtebiliriz. Peki, öyleyse ilkelerin ve hukukun genel ilkelerinin,

²² UYGUR, Gülriş; **Hukuk, Etik ve İlkeler**, Ankara, 2006, s.10.

²³ PERRY, Stephen R.; “Two Models of Legal Principles”, **82 Iowa Law Review** , 1996-1997, (<http://heinonline.org> ; 15.12.2008), s.787.

²⁴ GÖZLER, Kemal; “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var Mıdır?”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Sayı 3, Cilt 55, Temmuz - Eylül 2000, (http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/55/3/5_kemal_gozler.pdf ; E.T.: 05.07.2009), s.94-95.

yargılama sürecine katılan diğer normları örneğin hukuk kurallarını göz önüne aldığımızda, söz konusu sürece nasıl bir katkısı olacaktır? Bunu belirleyebilmek için öncelikle ilkeler ve kurallar arasındaki ayrımı açıklamak gerekir.

1. İLKE VE KURAL AYRIMI

Belirtmek gerekir ki, kurallar da ilkeler gibi belli durumlarda nasıl davranmamız gerektiğine işaret ederler. Bu yüzden kurallar da ilkeler gibi normatiftirler. O halde, ilkelerle kuralları birbirinden ayıran nedir?

Kural ve ilke arasındaki ayrımı daha iyi anlayabilmek için, Conseil d'Etat yargıçlarından Roger LATOURNERIE'nin, bir yargıcın davada uygulayacağı verileri belirlediği üçlü ayrıma değinmekte yarar var. Buna göre bir yargıcın davada uygulayacağı veriler şunlardır²⁵:

- a. Yargıcın uygulayabilmek için herhangi bir ön çalışma ya da tamamlayıcı çalışma yapmasını gerektirmeyen, kolayca uygulanabilecek kadar belirli olan veriler,
- b. Yargıç tarafından uygulanabilmeleri onun tarafından yapılacak tamamlayıcı bir çalışmayı gerektiren, belirli bir ölçüde tamamlanmış veriler,

²⁵ LATOURNERIE, Roger; **Conseil d'Etat'nın Yargılama Yöntemleri Üzerine Bir Deneme**, Çev. Yıldızhan YAYLA, İstanbul, 1982, s.11.

c. Hiç işlenmemiş, ham veriler.

İşte ilkelere göre daha somut olan kurallar, *genelde* yargıcın uygulayabilmek için herhangi bir ön çalışma ya da tamamlayıcı çalışma yapmasını gerektirmeyen, kolayca uygulanabilecek kadar belirli olan verilerdir. Yani, bir kuralın somut olaya uygulanıp uygulanmayacağı, o kuralda öngörülen şartlara bağlıdır. Şartlar kuralda açık ve net bir şekilde öngörülmüştür. Bu şartlar gerçekleşmişse, kural söz konusu olaya uygulanır; gerçekleşmemişse uygulanmaz. Yani DWORKIN'in de belirttiği gibi kurallar, ya hep ya hiç tarzında uygulanan standartlardır ve bir davada belli bir kuralın öngördüğü olgular gerçekleşmemişse, o kuralın alınan karara hiçbir etkisi olmayacaktır²⁶.

Miras bırakanın büyük ana ve büyük babaları ve onların çocukları birlikte mirasçı olursa, mirasın dörtte üçünün sağ kalan eşe kalacağını belirten 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu md.499/3 hükmü kurallara örnek olarak gösterilebilir²⁷. Eğer sağ kalan eş, miras bırakanın büyük ana ve büyükbabaları veya onların çocukları ile birlikte mirasçı olmamışsa, bu hükmün davada uygulanma olanağı kalmayacaktır.

İlkeleri ise LATOURNERIE'nin yapmış olduğu ayrımında yer alan ikinci tür verilerin içerisine dâhil edebiliriz. Zira ilkeler, yargıcın uygulayabilmek için bir ön çalışma yapmasını gerektirecek kadar soyut olan verilerdir. Bu yüzden de ilkeler, *bir davada zorunlu olarak belirli bir sonucu talep etmezler* bunun yerine *belli bir sonuç*

²⁶ DWORKIN, Ronald; **Hakları Ciddiye Almak**, Çev.: Ahmet Ulvi TÜRKBAG, Ankara, 2007, s.49.

²⁷ **Resmi Gazete**, 08.12.2001, sayı:24607.

*yönünde eğilim taşırlar*²⁸. Yani ilkeler, yargılama sürecine içerdikleri bir minimum maddi muhteva üzerinden yön verirler. Bunu yaparken, kesin bir çözüm için güçlü argümanlar hatta bir karine bile sunabilirler, ancak **nadiren** belli bir sonucu dikte ederler²⁹. Bunun nedeni ilkelerin uygulanma şartlarına değil, DWORKIN’in de belirttiği gibi bir *ağırlık boyutuna* ya da *bir öneme* sahip olmalarıdır. Bu yüzden de bir davada diğer yönde eğilim taşıyan ilkelerin daha ağır gelmesi de mümkündür³⁰.

Fakat hemen belirtelim ki bu ayrım çok net değildir. Çünkü bazı kurallar vardır ki bunlar, “makul”, “haksız”, “ihmal” gibi birtakım ibareler içerirler ve bu durum onların kuraldan daha çok ilkelere benzemelerine neden olmasına rağmen onları tamamen ilkeye dönüştürmez. Ancak onları kuralın altında yatan ilke ve politikalara bağımlı hale getirir³¹. Bu tarz kuralları da LATOURNERIE’nin ayrımında ikinci tür verilere dâhil etmek gerektiği kanısındayız.

Buna örnek olarak, kasten öldürme suçunun **canavarca hisle** işlenmesi halinde, bu suçu işleyenin ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılacağını öngören 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu md.81/b hükmünü gösterebiliriz³². Burada geçen “canavarca his” ifadesi ile anlatılmak istenen nedir? Tabii ki bu ifade herkesin aklında bir takım çağrışımlar yaratacaktır. Ancak yine de herkesin üzerinde anlaştığı bir tanım yapılamayacaktır. İşte böyle bir durumda yargıç, somut olayda bu hükmü

²⁸ PERRY, Stephen R. (1997); *a.g.m.*, s.788.

²⁹ TRIDIMAS, Takis (2006); *a.g.e.*, s.2.

³⁰ PERRY, Stephen R. (1997); *a.g.m.*, s.788.

³¹ DWORKIN, Ronald (2007); *a.g.e.*, s.53.

³² **Resmi Gazete**, 12.10.2004, sayı:25611.

uygulamak için bir ön çalışma yani “yorum” faaliyetinde bulunacaktır*. Burada söz konusu hüküm, “canavarca his” ifadesi ile yoruma açık bir hale gelse de halen bir hukuk kuralı olmaya devam etmektedir ve ilkeye dönüşmemiştir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, yargıç yorumlama faaliyetinde bu kuralın altında yatan ilke ve politikalarla bağımlı hale gelmiştir. Örneğin kuralın altında yatan (suç ve ceza) politikası, -maddenin gerekçesinin de yardımıyla- “acıma hissi olmaksızın bir başkasını öldür(en)³³” kişinin diğerlerine göre daha tehlikeli görülmesi ve bu yüzden bu kişilere daha fazla ceza vererek caydırıcılığı daha yüksek seviyede sağlamak veya toplumu böyle kişilerden korumaya çalışmak olabilir. İzlenen bu suç politikası doğrultusunda söz konusu hükmü yorumlamak uygulayıcıya yani yargıca düşmektedir.

Yukarıda belirtilen ve hukuk kuralının oluşturulmasına neden olan politikaları ve bunun yanı sıra değer yargılarını, düşünce kalıplarını vs. üçüncü tür veriler yani ham veriler içerisine dâhil etmekte herhalde bir sakınca yoktur. LATOURNERIE’e göre hiç işlenmemiş veriler, yargıç önündeki diğer verilere belli belirsiz bir renk katarak muhakeme sürecine dâhil olurlar. Yine de böylelikle, diğer verilerin değerini ve görüntüsünü azımsanamayacak derecede değiştirirler. Böylece, ham veriler kararın kendisinden değil ama satır aralarından okunurlar³⁴.

* TCK md.82 üzerinde 01.07.2004 tarihinde Adalet Komisyonu’ndaki Görüşmeler: “Canavarca his ne demek? Neyi canavarca sayıyorsunuz? Bu algılamaya göre değişir. ... Tanımını koyarım. Hiç tereddüt yok; ama, eksik olur her tanım gibi. Canavarca hissin tanımını birisi bana yapsın en iyi bilen, o da hukuki deyim değildir. ...Hangi canavar, hangi canavarın hissi? *Bunlar uygulamayla olacak şeyler*”, ([http://www.yayin.adalet.gov.tr/tck/76-105\[1\].maddeler.pdf](http://www.yayin.adalet.gov.tr/tck/76-105[1].maddeler.pdf) ; E.T. 09.05.2009).

³³ 5237 sayılı TCK md 82’nin gerekçesi; (www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.com ; E.T. 15.04.2009).

³⁴ LATOURNERIE, Roger (1982); *a.g.e.*,s.21.

O halde, ilkeler kuralların oluşmasına neden olan ‘düşünce’lere daha yakındırlar. Yani düşünceler ile kurallar arasında yer alırlar. Ancak ilkeler normatif olmaları nedeniyle de kurallara yaklaşırlar. Fakat onlardan da yoruma daha açık olmaları ve davada sonucu etkileme tarzlarının farklı olması nedeniyle ayrılırlar.

Robert ALEXY, ilkeler ve kuralların arasındaki en önemli farkı, ilkelerin optimizasyon emirleri olmalarına yani olanın, *fili ve hukuki imkânlar çerçevesinde* en yüksek derecede gerçekleştirilmesi yükümlülüğü getirmelerine dayandırmaktadır³⁵. Yazar, kuralların ya yerine getirileceğini ya da getirilmeyeceğini, oysa ilkelerin duruma göre farklı düzeylerde gerçekleştirilebileceğini belirtmektedir³⁶. İlkelerin ağırlıkları ya da önemleri dolayısıyla bir davada sonucu belirleme veya kararı etkileme düzeyleri farklı olacaktır³⁷. Burada da yargıcın yorum faaliyetinin çok büyük bir önem taşıdığı ortadadır.

Son olarak, bir hukuk ilkesinin açık-uçlu olduğunu ve duruma göre, birden çok kural halinde somutlaştırılabileceğini, oysa hukuk kurallarının kişilerin hukuki durumlarını ve genel olarak hukuki ilişkileri doğrudan doğruya etkileyen gereklilikler, cevazlar veya buyruklar olduğunu söyleyebiliriz³⁸.

³⁵ ALEXY, Robert; “On The Structure of Legal Principles”, **Ratio Juris**, Vol.13, No.3, 2000, s.300. Aktaran: UYGUR, Gülriz (2006), *a.g.e.*, s.18.

³⁶ ALEXY, Robert ; “My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason”, **The Law in Philosophical Perspectives**, Dordrecht, 1999, s.39. Aktaran: UYGUR, Gülriz (2006), *a.g.e.*, s.19.

³⁷ TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi; “Hart - Dworkin Tartışmasının Ana Hatları”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, 16. Kitap, İstanbul, 2007, s327.

³⁸ ERDOĞAN, Mustafa; **Anayasal Demokrasi**, Ankara, 2005, 134.

Yaptığımız bütün bu incelemeler sonucunda, ilkelerin bir muhakeme sürecine şu durumlarda dâhil olduğunu belirtebiliriz;

- a. Hukuk kuralları muğlâk ifadeler içermekte ve yoruma ihtiyaç göstermektedirler. Bu nedenle yargıç söz konusu ifadeleri somutlaştırmak için, ilkelere başvurur.
- b. Yazılı hukuk metni zaten bir ilkeyi içermektedir ve ilkelerin uygulanabilmeleri için bir somutlaştırma faaliyetine yani yorumlamaya tabi tutulmaları gerekmektedir (*İlkelerin öngörmüş olduğu birden fazla sonuçtan birinin seçilmesi*).
- c. Davada uygulanacak yazılı hukuk metni yoktur. Fakat yargıcın karar vermesi ve davayı çözüme kavuşturması gerekmektedir. Yargıç vereceği kararı ***haklı gösterecek**** (*justify*) argümanlara ihtiyaç duymaktadır. Bu durumda ilkelere başvurabilecektir.

* Bu konuya aşağıda değinilecektir.

2. İLKELER VE HUKUKİ İLKELER

Hukukun genel ilkeleri kavramında, hukuki olmanın ve genel olmanın ilkenin niteleyicisi olduğu belirtilmişti. Burada hukuki nitelemesinin üzerinde durmakta yarar vardır. İlkeler her ne kadar yukarıda belirttiğimiz gibi, yazılı düzenlemelerin yetersiz kaldığı durumlarda devreye girseler de, ilkelerden yerine getirmesi beklenen işlev ve fayda sadece bundan ibaret değildir. Zira ilkelere, olan hukuk(kurallar) ile olması gereken (ideal ve adil) hukuk arasında bir bağ kurma görevi yüklenmektedir. Durum böyle olunca, ilkelerin zorunlu olarak ahlak alanına ilişkin olup olmadığı, hukuki ilkelerin diğer ilkelerden ayrılıp ayrılamayacağı çözülmesi gereken problemlili bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır.

Esasen bir norma hukuki olma vasfını veren şeyin ne olduğu hususu geçmişten günümüze kadar sürekli tartışılmış ama üzerinde hiçbir zaman uzlaşmaya varılamamıştır. Amacımız bu doğrultuda hukuki pozitivizm yahut tabii hukuk fikri taraftarlarının bu konudaki tartışmalarını aktarmak ve sonunda da bunlardan birine dâhil olmak değildir. Buna rağmen belirtmeliyiz ki, ilkeleri bir hukuk sisteminde mutlaka gerekli gören ve onlara ahlak ile hukuk arasında bir bağ kurma görevi verenler genellikle tabii hukuk fikri taraftarlarıdır^{39*}. Pozitivist olmayan bir bakış açısına sahip olan DWORKIN'e göre, ilkeler hakkaniyet olarak adaletin bir gereği veya ahlakiliğin bir diğer gerekliliğidir⁴⁰. Bizce, normların hukuken geçerli olmasını, ister bunların yasama meclisleri tarafından belli usullere uyularak kabul edilmelerine

³⁹ UYGUR, Gülriz (2006); **a.g.e.**, s.6.

* Bunun yanı sıra ilkelere hukuk anlayışlarında yer veren hukuki pozitivizm taraftarları da vardır.

⁴⁰ ALEXY, Robert; "On The Structure of Legal Principles", **Ratio Juris**, Vol.13, No.3, 2000, s.300. Aktaran: UYGUR, Gülriz (2006), **a.g.e.**, s.30.

bağlayalım, ister ise bunların ahlaken kabul edilebilir olmalarına veya adil olmalarına bağlayalım, bu görüşler arasında hiçbir zaman kesin bir sınır çizilemeyecektir. Bu konudaki fikirler öğretilerde her zaman tartışılmaya devam edilecektir. Ancak kesin olan bir şey varsa o da hukuk ve ahlakın çoğu zaman örtüştüğü ancak buna rağmen hiçbir zaman *aynı şeyi ifade etmedikleridir*. Hukuk kuralları da ahlaki bir takım önermeler içerebilirler. İlkeler de ahlak alanına ilişkin olabilirler. Dolayısıyla, hukuk ile ahlak arasında bağ kurma işlevini, sadece ilkelerin ahlak önermeleri oldukları ve ilkelerin sadece ahlak önermeleri olduğu ön-kabulüne dayandırmak pek doğru değildir. O halde, hukukun genel ilkelerinin de zorunlu olarak ahlak ile hukuk arasında ilişki kurmak gibi bir görevi olmadığını belirtmeliyiz.

Bizce, ilkeler bir davada ahlaken doğru olan kararın alınmasını veya daha adil bir sonuca varılmasını sağlıyor olsalar bile, bunun nedeni ilkelerin zorunlu olarak ahlakiliğin veya adaletin gerekliliği olmaları değildir. Aslında, bunun nedeni ilkelerin soyut nitelikleri dolayısıyla, içerdikleri değere –bu değer ahlaki bir değer veya adaleti gerçekleştirme amacı olabilir- daha yakın olmaları ve bu değeri gerçekleştirmek açısından yargıca, onları daha yüksek seviyede gerçekleştirmelerine imkan veren daha geniş bir hareket ve yorumlama alanı sağlamalarıdır.

Sonuç olarak, bir normun hukuki bir ilke olması için ahlaki olarak kabul edilebilir olması şart olmayıp, ahlaki ilkelerden ayrı olarak hukuki ilkelerden söz etmek mümkündür⁴¹. Bu yüzden ilkeleri münhasıran ahlak alanına ait olarak kabul etmek doğru değildir.

⁴¹ UYGUR, Gülriz (2006); **a.g.e.**, s.49.

Yukarıdaki görüşün aksine, ilkelerin değer yargılarını içermeyen, somut olaya uygulandıklarında yargıçların keyfi davranmalarını önleyen standartlar olarak görülmesi olgusu diğer problemlili konulardan biridir. Gerçekten de ilkelerin kurallara göre daha soyut olması, birden fazla ve farklı durumları kapsayıcı olması bizde ilkelerin değerden bağımsız olduğu düşüncesinin doğmasına da neden olabilir. Zira bir kaynakta ilke; “*karşılıklı çıkarları uzlaştırmacı, sevgi, tutku, antipati gibi kişisel duygular ile felsefi ve dini inançlar ve kişisel eğilimlerin etkisinden sıyrılarak soyut, genel, somut duruma uyabilen kurallar*” olarak tanımlanmıştır⁴². Bu yüzden de ilkelerin ortak bir adalet duygusuna hitap ettikleri öğretilde çoğu yazar tarafından vurgulanmıştır. Acaba gerçekten bütün toplumları kapsayıcı “ortak bir adalet duygusu”ndan veya “kolektif hukuk vicdanı”ndan söz edilebilir mi⁴³?

Aslında yapılacak bir karşılaştırmalı çalışma sonucunda, hukuk ilke ve kurallarının bazılarını, toplumların ve bu toplumların hukuk sistemlerinin çoğunda rastlamamız mümkündür. Ancak bunun **bazı** ilke ve kurallar için geçerli olduğunu tekrarlamakta fayda vardır. Bu, toplumların asgari seviyede ortak adalet standartlarına veya hukuk anlayışlarına sahip oldukları anlamına gelebilir. Ancak bunları hukuk ilkelerinin tamamına yaymak mümkün değildir. Özellikle usulü değil de maddeyi düzenleyen konularda bütün toplumları kapsayan bir hukuk anlayışı veya adalet duygusuna rastlamak oldukça zordur. Bu yüzden, ancak her türlü maddi içerikten soyutlanmak ve sadece şekil ile meşgul olmak sayesinde bütün müspet

⁴² BEREKET, Zuhâl; **Hukukun Genel İlkeleri Ve Danıştay**, Ankara, 1996, s.4.

⁴³ KABOĞLU, İbrahim Ö. (1991); *a.g.m.*, s.292.

hukuk düzenlerinde ortak olan yönlerin elde edilebileceğine ilişkin görüş büyük oranda yerindedir diyebiliriz⁴⁴.

Tabii ki, toplumların birçoğunda rastlanan az sayıdaki ortak ilkelerin varlığı da ilkelerin değerden bağımsız olduğu anlamına gelmez. Aksine daha önce birkaç kez tekrar ettiğimiz gibi, ilkeler kendilerinin oluşumuna neden olan değer yargılarına daha yakındırlar. O halde bu değerleri içerirler. Ancak ilkelerin soyut olmaları, belirli bir davranışı zorunlu kılmamaları ve bir ilkedeki değeri gerçekleştirecek birden fazla davranış kuralını -hatta bazı durumlarda birbirine zıt kuralları- o ilkedен türetmenin mümkün olması bizde bunların değerden bağımsız olduğu duygusunu uyandırıyor. Ancak bu doğru değildir. Gerçi bu tarz bir düşünceye, içerikten bağımsız “tutarlılık”, “tarafsızlık” gibi ilkelerle karşı çıkılabileceği de belirtilmektedir⁴⁵. Aslında tutarlılık ve tarafsızlık her ne kadar içerikten bağımsız olsa da değerden bağımsız değildir. Zira bir hukuk düzeninin tutarlı olması veya bir yargıcın veya hukuk kuralının tarafsız olması gerektiğine ilişkin ilkeler de bir değer yargısını, adalete verilen değeri taşımaktadır. Örneğin; “hiç kimsenin kendi davasında yargıç olamayacağı” ilkesi, usule ilişkindir ve içerikten bağımsızdır. Ancak muhakkak bir değer yargısını veya bir değer seçimini içermektedir. Adalete verilen değeri bu ilkedен rahatlıkla okuyabiliriz. Joseph RAZ’ın da belirttiği gibi, eğer farklı adalet anlayışlarından biri

⁴⁴ AKBAY, Muvaffak; “Kelsen’in Hukuk ve Devlet Teorisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 1-4, Cilt IV, 1947, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/241/2118.pdf> ; E.T.: 01.07.2009), s.32.

⁴⁵ UYGUR, Gülriz; “Nötr İlkeler Ve Hukuk”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, 16. Kitap, İstanbul, 2007, s.330.

öneriliyorsa, bu doğru, makul ve geçerli bir kuram olarak düşünüldüğünden önerilmektedir. RAZ’a göre “hiçbir adalet doğrusuz olamaz”⁴⁶.

Sonuç olarak; ilkelerin zorunlu olarak ahlak alanına ilişkin olmadığını; ancak ilkelerin sanıldığı gibi de değerden bağımsız olmayıp, aksine içerdikleri değerlere daha yakın olduklarını; toplumların asgari seviyede ortak adalet standartlarına veya hukuk anlayışlarına sahip olduklarını söylemek mümkün olmakla birlikte bu olgunun tüm ilkeleri kapsamasının mümkün olmadığını, özellikle usulü değil de maddeyi düzenleyen konularda ortak bir hukuk anlayışına sahip olmanın zorlaştığını belirtebiliriz.

3. “GENEL” NİTELEMESİ

Bir yorumcu belirli bir normu yorumlarken öncelikle metinden yola çıkar. Eğer metin “anlam”ı kavramaya yetmiyorsa, diğer yorum metotlarını kullanır. Biz de hukukun genel ilkeleri kavramını yorumlarken kavramın sözünden yola çıktık. Bu çerçevede son olarak “genel” nitelemesinin üzerinde duracağız. Ancak metne, ifadelere sıkı sıkıya bağlı kalmanın yetersiz olduğuna inandığımızdan, “genel” ibaresini yorumlarken, teoriyle ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkacağız. Yani amaçsal bir yorumla, hukukun genel ilkeleri ifadesini anlamlandırmaya çalışacağız.

⁴⁶ RAZ, Joseph; “Facing Diversity: The Case of Epistemic Abstinence,” **Philosophy and Public Affairs** (1000), no:2, 1990, s.15. Aktaran: YAZICI, Sedat; “Siyasi Bir Kuram Metafiziksel Veya Felsefi Doğru(luk) Olmadan Uzlaşmaları Uzlaştırabilir mi?”, **Felsefe Dünyası**, Sayı 36, Ankara, 2002/2, s.14.

Öğretide UYGUR, hukukun genel ilkeleri ibaresinde yer alan “genel” nitelemesinin ne anlama gelebileceği konusunda şu tahminlerde bulunuyor⁴⁷;

- a. İlkelerin niteliklerinden biri de genel olmalarıdır. Bu durumda hukukun genel ilkeleri ve hukuki ilkeler deyimleri aynı kavramı ifade etmek için kullanılabilir. Yani “genel” nitelemesi ile ilkenin genel olma niteliği vurgulanmaktadır. Dolayısıyla hukukun genel ilkeleri kavramında “genel” ibaresini kullanmaya gerek yoktur. Zira ilkeler zaten geneldirler.
- b. Hukukun genel ilkeleri kavramında yer alan “genel” nitelemesi bu ilkelerin *evrenselliğini* vurgulamak için kullanılmıştır. Yani bu ilkeler bütün hukuk sistemlerinde yer almaktadır veya almalıdır.
- c. Hukukun genel ilkelerindeki “genel” ibaresi, bu ilkelerin *hukukun bütün alanlarında* yer aldıklarını belirtmek amacıyla kullanılmış olabilir.
- d. Hukukun genel ilkelerindeki “genel” ibaresi, hukukun *temeli* olmak veya hukukun *kurucu ögesi* olmak şeklinde anlaşılabilir.

Bu görüşlerden yalnızca ikisine katıldığımızı belirtmek isteriz. Bize göre ilk görüş yerinde değildir. Zira bizce “genel” nitelemesinin hukuki ilkeleri sınırlayıcı bir işlevi vardır. Yani bütün hukuki ilkeler değil bir kısım hukuki ilkeler ifade edilmeye çalışılmıştır. Hukukta, hukuki ilkeler değil, hukukun genel ilkeleri teorisinin gelişmiş olmasının bir anlamı olmalıdır.

⁴⁷ UYGUR, Gülriz (2006); *a.g.e.*, s.41.

Bizce üçüncü görüş de yerinde değildir. Çünkü bazı hukukun genel ilkeleri vardır ki bunlar sadece belirli bir hukuk alanına örneğin sadece uluslararası hukuk veya özel hukuk alanına ait ilkelere aittir. Örneğin “iyi niyet” ilkesini ceza hukukunda uygulamak mümkün değildir.

İkinci ve dördüncü görüşlerin her ikisinin ise yerinde olduğunu söyleyebiliriz. Bunu, hukukun genel ilkeleri teorisinin yukarıda incelemiş bulunduğumuz tarihsel gelişiminden ve çeşitli hukuk alanlarında mahkemeler tarafından uygulanma nedenlerinden yola çıkarak ve teorisinin gelişimine bir amaç atfederek açıklamaya çalışacağız:

Teorisinin tarihsel gelişimini açıklarken, Conseil d’Etat’ın bu ilkeleri hukukla bağlı devlet düşüncesinden yola çıkarak türettiğini belirtmiştik. Ancak Conseil d’Etat’ın amacı sadece idarenin hukukla bağlı olmasını sağlamak değil, aynı zamanda idarenin bağlı olacağı “hukuk”u da biçimlendirmektir. Bu doğrultuda Konsey, 1789 tarihli bildirgede yer alan ve belli bir hukuk anlayışının ürünü olan ilkeleri savunmaya geçmiştir. Oluşturduğu bu teoriyi özellikle aşırı milliyetçi bir yönetimin iktidara gelmesiyle daha yoğun bir şekilde uygulamaya geçmesi de bunu göstermektedir. Böylece bireyleri baskıcı rejimlere karşı hukuk ile güvence altına almak ve onlara asgari düzeyde de olsa hukuki güvenceler sağlamak amaçlanmıştır. Bu çerçevede Conseil d’Etat, değişen iktidarlara ve hatta anayasalara rağmen, değişmeyen ya da değişmemesi gereken ve hukuk düzeninin temelini oluşturan ilkeleri, hukukun genel ilkelerini uygulamıştır. Örneğin; GUYESSE kararında kanun sözcüsü CHENOT, vergi yükümlülerinin vergilendirilme bakımından eşitliği ilkesinin yazılı herhangi bir metinde yer almamasına rağmen 150 yıldır Fransız

kurumlarına nüfuz ettiğinden ve tüm yasal düzenlemelere egemen olduğundan bahsediyor⁴⁸. Ama bizce o hukuk düzeninin temelinde yer almak, bir ilkenin hukukun genel ilkesi olması için tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda ilkenin evrensel olması da gerekmektedir. Hukukun genel ilkeleri öyle temel hukuk önermeleridir ki bu özellikleri niteliğiyle her hukuk sisteminde fiili olarak bulunmaları mümkündür⁴⁹. Yani temel olmak evrensel olmakla birleşmektedir. Ama evrensellikten kastımız bir ilkenin bütün milletlerce kabul edilmiş olması veya milletlerin çoğu tarafından kabul edilmiş olması değildir. Bu noktada UADS tarafından kabul edilmiş olan “uygar milletlerce benimsenmiş hukukun genel ilkeleri” formülünün yerinde olduğunu vurgulamalıyız. Ancak ne o ilkeyi kabul etmiş ülkenin uygar olmasının ne de uygar ülkelerin **tümünün** o ilkeyi kabul etmiş olmasının önemi vardır. Önemli olan bu ilkelerin tüm uygar ülkelere benimsenebilecek nitelikte olmalarıdır. Hukukun tüm “uygar” ülkelere benimsenmiş ilkeleri, ideolojileri ve değerleri ne olursa olsun ancak uygar olan ülkelere benimsenecek kadar aklın ve adaletin gereği olan ilkelerdir. Bu tarz ilkelere sadece liberal batı ülkelerinde rastlanabileceği akla gelmemelidir. Bu ilkelere dünyanın bütün hukuk sistemlerinde – bunlara Latin Amerika, İslam ülkeleri, Afrika ülkeleri, eski Sovyetler Birliği ülkeleri, Hindistan, Çin ve Japonya da dâhildir-rastlamak mümkündür⁵⁰.

⁴⁸ GAZIER, François; GENTOT, Michel ve GENEVOIS, Bruno (1989); **a.g.m.**, s.86.

⁴⁹ APPLE, James G.; “What are General Principles of International Law?”, Published by the American Society of International Law and the International Judicial Academy, Jul/Aug 2007, Volume 2, Issue 2, (http://www.judicialmonitor.org/archive_0707/generalprinciples.html ; E.T.: 01.07.2009).

⁵⁰ APPLE, James G. (2007); **a.g.m.** ; SUR, Melda; **Uluslararası Hukukun Esasları**, İzmir, 2000, s.82.

4. HUKUKUN GENEL İLKELERİNİN NİTELİĞİ HUSUSUNDA ÖĞRETİDE YER ALAN GÖRÜŞLER

İlkelerin niteliğini ve hukuki ilkeleri ayrıntılı olarak incelemiş bulunuyoruz. Bu noktada hukukun genel ilkelerinin niteliği ile ilgili olarak öğretilde ileri sürülen görüşleri değerlendirmek faydalı olacaktır.

a. Hukukun Genel İlkeleri – Yargıcın Kendisi Kanun Koyucu Olsaydı Nasıl Bir Kural Koyacak İdiyse Ona Göre Hüküm Vermesi

Öğretilde Hans KELSEN tarafından ileriye sürülen görüşe göre, uluslararası yargıca önündeki somut olaya uygulayacağı anlaşma hükümleri ve teamül hükümleri bulunmadığında, boşluğu doldurmak için hukukun genel ilkelerine başvurma yetkisi verilmesiyle, aslında ona yeni kurallar koyma yani hukuk yaratma yetkisi verilmiştir⁵¹.

ANZILOTTI de aynı şekilde UADS md.38/1/c'deki hükmün, yargıca ulusal hukuklardaki “hakkında kanuni bir hüküm veya örf ve adet bulunmayan meseleler karşısında, kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kaide koyacak idiyse ona göre karar vermek”⁵² yetkisi veren hükümlerle aynı nitelikte olduğunu ileri sürmektedir⁵².

⁵¹ ÇELİK, Edip; **Milletlerarası Hukuk**, Birinci Cilt, İstanbul, 1965, s.82.

* 4721 sayılı TMK md.1/2.

⁵² ÇELİK, Edip (1965); *a.g.e.*, s.82, dn.2.

Fakat yargıcın hukukun genel ilkeleri ile boşluk doldurması, onun kanun koyucu gibi hareket ederek kural yaratmasından farklıdır. DWORKIN’ın yargıcın “vekil kanun koyucu” olarak hukuk yaratmasına ilişkin görüşlerini burada kullanmak mümkündür. DWORKIN’e göre eğer yargıçlar vekil kanun koyucu iseler, bu durumda onların tıpkı kanun koyucuların yaptıkları gibi politika argümanlarına göre hukuk yaratması mümkündür⁵³. Bize göre yargıçlar TMK md.1’e göre hukuk yaratırken vekil kanun koyucu durumundadırlar ve bu statüleri tamamen kanun tarafından yaratılmıştır. Buna göre yargıç, önündeki olaya uygulayacak bir kanun hükmü veya örf ve adet kuralı bulamaz ise, kanun koyucu gibi hareket edip, TMK md.1’e göre kural yaratırken hukukun genel ilkelerinden, bilimsel görüşlerden veya yargı kararlarından yararlanabilir. Bunlardan yararlanmayıp tamamen bağımsız olarak da bir kural yaratabilir. Bu durumda “*hâkimin büsbütün orijinal kural yaratmak yoluyla boşluk doldurması*”ndan bahsederiz⁵⁴. Böyle bir durumda yargıç, kanunun mantığı ve diğer emredici mevzuatla bağlıdır ancak yargıcın hukuktaki bu boşluğu doldururken sahip olduğu takdir yetkisini zayıflatacak ölçüde yakın ya da belirli bir standart söz konusu değildir⁵⁵.

Hâkimin TMK md.1’e göre yarattığı kural, hem önündeki somut olaya hem de bunun dışındaki olaylara *doğrudan* uygulanabilecek soyut ve genel bir kural olacaktır. Fakat boşluk doldurmada hukukun genel ilkelerinden yararlanırken yargıç, var olan ve fakat birden fazla anlama gelen, ya da önündeki somut olaya tam olarak

⁵³ DWORKIN, Ronald (2007); *a.g.e.*, s.116-117. Belirtmek gerekir ki, DWORKIN yargıçların vekil kanun koyucuymuşlar gibi hukuk yaratmasına karşıdır. Yazara göre, yargıçlar hiçbir kuralın karar almayı mümkün kılmadığı durumlarda bile *ilke argümanlarına* göre karar vermelidirler.

⁵⁴ EDİS, Seyfullah (1989); *a.g.e.*, s.151.

⁵⁵ TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi; “Böyle Yazıldı Böyle Uygulansın: Hakimin Takdir Yetkisinin Teori ve Pratiği”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı-2006, C.II, s.572-573. Aktaran: TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi (2007); *a.g.m.*, s.326, dn.8.

uymayan kuralın anlamını belirleyecektir. Dolayısıyla yargıcın TMK. md.1'e göre kural yaratması ile hukukun genel ilkelerine başvurarak boşluk doldurması aynı anlama gelmemektedir.

b. Hukukun Genel İlkeleri – Örf ve Adet Hukuku Kuralları

Öğretide yer alan bir görüşe göre, UADS md. 38/1/c'de adı geçen “medeni milletlerce kabul edilen genel hukuk prensipleri” devletlerarası üstü kapalı irade uyuşmasını ifade ettiğinden, aslında bu ilkeler milletlerarası teamül kurallarından başka bir şey değildir⁵⁶. Bu görüş taraftarlarından Georges SCELLE, hukukun genel ilkelerinin, milletlerarası ilişkilerin niteliğinden ortaya çıkan genel teamüller olduğunu, hatta bunların bazılarının sahip olduğu önem dolayısıyla “Milletlerarası toplumun teamüli Anayasa kaideleri” olduğunu ileri sürmektedir⁵⁷.

Ancak hukukun genel ilkelerinin, milletlerarası örf ve adet hukuku kuralları olmadığını hemen belirtelim. Zira UADS md.38/1/b bendinde, “hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası yapılageliş kuralları”na ayrı bir kaynak olarak yer verilmiştir. Statü'nün bu bentten sonra, (c) bendinde aynı nitelikte(!) olan hukukun genel ilkelerine, tekrar yer vermesi düşünülemez. O halde, hukukun genel ilkelerine (c) bendine ayrıca yer verilmesinin bir anlamının olması gerekir⁵⁸.

⁵⁶ PAZARCI, Hüseyin (2004); *a.g.e.*, s.235.

⁵⁷ Edip ÇELİK (1965); *a.g.e.*, s.83.

⁵⁸ CROZAT, Charles; **Devletler Umumi Hukuku**, Cilt I, İstanbul, 1950, s. 138-139; ÇELİK, Edip (1965); *a.g.e.*, s.83 ; GÜNDÜZ, Aslan (2003); *a.g.e.*, s.31.

Ayrıca hukukun genel ilkeleri, örf ve adet hukuku kurallarından oldukça farklıdır. Her şeyden önce her ikisi de yazısız olan bu kaynakların oluşumu birbirinden farklıdır. Bir örf ve adet hukuku kuralının varlığından söz edebilmemiz için, devletlerin aynı olaylar karşısında her zaman aynı şekilde davranmış olmaları (maddi unsur) ve devletlerde böyle davranmalarının hukukun bir gereği olduğuna dair inancın var olması (psikolojik unsur) gerekmektedir. Daha sonra ayrı bir başlık altında ayrıntılı olarak incelenilecek olmakla birlikte, hukukun genel ilkelerinin yargıç tarafından keşfedildiğini söylemekte yarar vardır. Yani bu ilkelerin oluşumu için, devletlerin bilinçli ve tarihi bilinen bir irade açıklamasına veya özel bir kabul prosedürüne ihtiyaç yoktur⁵⁹. Oysa yukarıda da belirttiğimiz gibi, örf ve adet hukuku kurallarının varlığı üstü kapalı da olsa bilinçli bir irade beyanını (davranış) gerektirmektedir. Böylelikle daha oluşumları noktasında örf ve adet hukuku kuralları ve hukukun genel ilkeleri birbirinden ayrılmaktadır.

c. Hukukun Genel İlkeleri – Hakkaniyet ve Nasfet

Öğretide, hukukun genel ilkeleri ile ilgili olarak ileri sürülen diğer bir görüş ise bu ilkelerin hakkaniyet ve nasfet ile aynı şeyler olduğu yönündedir. Hukuk kuralları, *a priori* kurallar olarak, ileride doğacak olaylara uygulanmak üzere konulurlar. Fakat bir hukuk kuralı somut olaya uygulandığında, elde edilen sonuç her zaman objektif adalete uygun düşmeyebilecektir. Objektif adaletin bir olaya, *bu somut olayın özellikleri göz önünde tutularak* uygulanması hakkaniyet ve nasfet olarak adlandırılabilir⁶⁰.

⁵⁹ GÜNDÜZ, Aslan (2003); *a.g.e.*, s.31.

⁶⁰ ÇELİK, Edip (1965); *a.g.e.*, s.90.

Belirtmek gerekir ki, hukukun genel ilkeleri ile hakkaniyet ve nasfet birbirinden farklıdır. Hakkaniyete göre karar vermede, yukarıda da açıklandığı gibi, yargıcın yeni bir kural oluşturması söz konusu değildir. Yargıç somut olayın özelliklerini göz önüne alarak, o olayda objektif adaleti gerçekleştirmeye en uygun kararı vermeye çalışacaktır. Yargıcın bu tür bir çözümü diğer olaylarda da uygulaması söz konusu olmayacaktır. Zira verilen karar o olaya özgüdür. Oysa yargıcın bir dava sırasında, hukukun genel ilkelerine başvurması veya bir davada yeni bir hukukun genel ilkesini belirlemesi hali bundan çok farklıdır. Çünkü dava sırasında zaten var olan bir hukukun genel ilkesine başvurduğunda yargıç, somut olaydan daha önce -onun özelliklerinden bağımsız olarak- oluşturulmuş bir ilkeye dayanıyor demektir. Bu durumda gerçekleşen sonuç objektif adalete uymayabilir. Yargıç, dava sırasında yeni bir ilke saptıyorsa, bu durumda da hakkaniyete göre karar vermeden farklı bir durum söz konusu olacaktır. Zira bu durumda yargıç bir çözüm üretmekten ziyade, kuraldan daha soyut, bundan sonraki olaylara da uygulanabilecek nitelikte yani normatif ilkeler geliştirmektedir. Yani yargıç bir çözüm değil fakat bir norm geliştirmektedir. Sonuç olarak, hukukun genel ilkeleri, hakkaniyet ve nasfetten farklıdır.

II. HUKUKUN GENEL İLKELERİNİN ANAYASA YARGISINDAKİ İŞLEVİ

A. GENEL OLARAK

Niteliğini ayrıntılı bir şekilde incelemiş bulunduğumuz hukukun genel ilkeleri, acaba anayasa yargısı adını verdiğimiz muhakeme sürecinde nasıl bir işleve sahip olacaktır? Teorinin tarihsel gelişiminden bahsederken belirttiğimiz gibi, bu teori anayasa yargısı dışındaki farklı yargı alanlarında gelişmiştir. Bu farklı yargı alanlarına mensup mahkemeler, hukukun genel ilkelerini muhakeme faaliyetleri sırasında çeşitli amaçlarla kullanmışlardır. İşte incelemeyi amaçladığımız asıl konu, bu ilkelerin anayasa yargısı sürecine dâhil edilebilmeleri durumunda, hukukun genel ilkelerinin muhakeme sürecinde nasıl bir işlev üstleneceğidir.

İlkelerin ve bu çerçevede hukukun genel ilkelerinin normatif olma özelliği üzerinde yeterince durduğumuzdan, burada hukukun genel ilkelerinin anayasaya uygunluk denetimi sürecine bir norm türü olarak katılmasının mümkün olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz.

Anayasa yargısında muhakeme faaliyeti, denetime tabii normlar ile ölçü-normların karşılaştırılması işleminden ibaret değildir. Denetime tabii normların esas ve usul yönlerinden anayasaya uygunluğunun denetlendiği “esasın incelenmesi” kısmına geçilmeden önce, “ilk inceleme” safhasında anayasa yargıcısı, iptal veya itiraz yolu ile önüne getirilen davanın, ilgili kanunlarda bunlar için öngörülen şartları

yerine getirip getirmediğini denetler. Bu safhada gerçekleştirilen denetimde, anayasaya aykırılık iddiasıyla başvuru için öngörülen şekli gerekliliklere uyulup uyulmadığı araştırıldığından, söz konusu safhanın ciddi bir muhakeme faaliyeti gerektirmeyen, basit bir inceleme aşamasından ibaret olduğu düşünülebilirse de bu düşünce doğru değildir. Bu aşamada gerçekleştirilen faaliyetin, esasın incelenmesi aşamasına etkisi büyüktür. Zira anayasa yargıcısı, bu aşama sonucunda anayasaya aykırılık iddiasını incelemeye veya incelememeye karar verecektir. Kuşkusuz bu safha da muhakemeye dâhildir ve yargıç içgüdüleriyle değil ilgili kanun ve içtüzüğün öngörmüş olduğu kurallar çerçevesinde bu faaliyeti sürdürür. Anayasa yargıcısının bu aşamada uyguladığı ilgili Anayasa, kanun veya içtüzük hükümleri, inceleme sonunda bir karara varmak açısından yeterli bir düzenleme öngörmemiş olabilir. Yazılı düzenlemelerin yetersiz kaldığı bu durumlarda yargıç, hukukun genel ilkelerine başvurabilecektir. Yani hukukun genel ilkeleri, anayasa yargısında yalnızca ölçü-norm işlevi görmezler. Bu ilkeler, muhakeme faaliyetinin, denetime tabii normların esas ve usul yönlerinden anayasaya uygun olup olmadığının denetlendiği kısmın dışında kalan ve bu kısma önemli bir etkisi olan aşamasında **“anayasa yargıcısının uygulayacağı norm”** olarak da işlev görürler. Örneğin; Türk Anayasa Mahkemesi 1977 yılında vermiş olduğu bir kararında, ilk inceleme safhasında, itiraz yolu ile önüne getirilen normun, itirazda bulunan mahkemede görülmekte olan davada uygulanacak norm olup olmadığına, dolayısıyla mahkemenin, Anayasa Mahkemesi’ne başvurmaya yetkili olup olmadığına karar verirken hukukun genel ilkelerinden yararlanmıştır⁶¹. Mahkeme, *“her idari uyuşmazlığın, doğduğu tarihte yürürlükte bulunan yasa hükümlerinin uygulanması suretiyle çözülmesi(nin), hukukun temel kurallarından(...)”* olduğundan bahisle itiraz konusu hükmün bakılmakta olan

⁶¹ E.1977/11, K.1977/133, k.t. 13.12.1977, **AYMKD**, S.15, s.600-601.

davada uygulanma olanağı olmadığına karar vermiş ve itirazı, mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddetmiştir. Yine Mahkeme diğer bir kararında, iptal istemiyle önüne getirilen normun yürürlükte olup olmadığını saptarken, hukukun genel ilkelerine başvurmuştur. Mahkeme, “*Aynı konulara ait sonradan yürürlüğe giren kanunlardaki hükümlerle daha önceki kanunlarda mevcut hükümlerin birbirine uygun olmaması halinde sonradan konulan hükümlerin eski hükümleri kaldıracağı **hukukun bir kuralıdır***” diyerek, dava konusu düzenlemenin yürürlükte olmadığına ve bundan dolayı konusu bulunmayan iptal davasının reddine karar vermiştir⁶².

Bunun dışında anayasa yargıcı denetime tabii tutacağı normun anlamını belirlediği sırada, hangi yorum yöntemini benimseyeceğine karar verirken hukukun genel ilkelerine dayanabilir. Örneğin; Türk Anayasa Mahkemesi, bir kararında, denetim faaliyeti sırasında yorumlama metotlarından hangisinin seçileceği konusunda hukukun genel ilkelerine dayanmıştır. Yani belirli bir yorum metoduna öncelik vermesinin meşru nedeni olarak hukukun genel ilkelerini göstermiştir. Anayasa Mahkemesi’nin ilgili kararına göre; “*Herhangi bir hukuk kuralının tek başına değil, içinde bulunduğu metnin tümü göz önünde tutularak yorumlanması, **hukuk biliminde benimsenmiş ilkelerden** olduğu için, inceleme konusu 21. maddenin ilk fıkrasındaki kuralın, bu madde içindeki ve Anayasa’nın başka maddeleri içindeki sınırlamalar yokmuşçasına yorumlanması, söz konusu edilemez. ... Hukukta yapılacak yorumlarda sözden çok öze önem verilmesi ve yorumda sözün özü belirtmeye yarayan bir araç olduğunun kesinlikle göz önünde tutulması, **çağdaş hukuk biliminin benimsediği temel ilkelere**dir”⁶³.*

⁶² E.1963/90, K.1963/172, k.t..28.06.1963, **AYMKD**, S.1, s.293.

⁶³ E.1969/31, K.1971/3, k.t. 12.01.1971, **AYMKD**, S.9, s.142 ve 145-146; Aynı doğrultuda: E.1994/89, K.1995/10, k.t. 15.02.1995, **AYMKD**, S.31, C.2, s.520.

Görüldüğü gibi, hukukun genel ilkeleri anayasa yargısında sadece ölçü-norm olarak işlev görmemektedirler. UYGUR'un ilkelerin davalarda sahip olduğundan bahsettiği **“Haklı gösterme”(justify)** işlevi⁶⁴ bu iki durumda kendisini göstermektedir. Yargıç her iki durumda da almış olduğu kararı, hukukun genel ilkelerine dayanarak gerekçelendirmeye, haklı göstermeye çalışmaktadır.

Bununla birlikte, bu muhakeme faaliyetinde esas olan kısım kanunların ve başka bazı düzenleyici işlemlerin –yani normların-, o hukuk düzeninin temel normu olan Anayasa’ya uygun olup olmadığının denetlendiği kısımdır. Fakat iki farklı norm türünün karşılaştırılması olarak özetleyebileceğimiz bu faaliyet basit ve mekanik bir mukayese işleminden ibaret değildir. Karşılaştırılacak normların anlamlarının anayasa yargıcı tarafından belirlenmesi gerekir. Anayasaların, Yargıç LATOURNERIE’nin sözünü ettiği her üç veri türünü de içeren normlardan olduğunu belirtmeliyiz. Dolayısıyla davada kolaylıkla uygulanması mümkün olan veriler dışında, anayasa yargıcı yoğun bir anlam belirleme yani yorum faaliyeti gerçekleştirmek zorunda kalacaktır.

Öğretide HART, yargıçların bir hukuki uyumsuzlığa kolaylıkla uygulayabileceği kuralların bulunduğu, böylelikle yargıçların takdir yetkisinin az olduğu ve yorum faaliyetinin sınırlı olduğu davaları “Standart (Kolay) Davalar” olarak adlandırmıştır. Hukuki uyumsuzlığa uygulanacak hukuk normlarının belirsiz olduğu davaları ise “Gölge Alandaki Problemler” olarak nitelendirmiştir⁶⁵.

⁶⁴ UYGUR, Gülriz (2006); *a.g.e.*, s.31.

⁶⁵ ÖZKÖK, Gülriz; “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 2, Cilt 51, Yıl 2002, (<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2002-51-02/AUHF-2002-51-02-Ozkok.pdf> ; E.T.: 05.07.2009), s.2-3.

DWORKIN ise bu tarz davaları “Zor Davalar” olarak adlandırmaktadır⁶⁶. Bizce bu kuramı anayasaya uygunluk denetimi sırasında görülen davalara uygulamak mümkündür. Anayasalar genelde, soyut, kısa ve genel hükümler içerirler. Değindikleri alanlarda düzenleme yapma yetkisini yasama meclislerine bırakırlar. Bu yüzden anayasalar yorumlanmaya gereksinim gösterirler. Bu noktada Anayasanın “düzenleyici” bir anayasa mı yoksa “çerçeve” bir anayasa mı olduğu da önem taşımaktadır. Eğer bir anayasa içerdiği konulara kısaca değinip, bu alanları kanun koyucunun düzenleme alanına bırakmak yerine, bu konuları ayrıntıları ile açıklamak yoluna gitmiş ise, söz konusu anayasanın düzenleyici bir anayasa olduğunu söyleyebiliriz. Çerçeve anayasalarda ise asli kurucu iktidar, genellikle düzenleyeceği konuları ilke olarak ve ana hatlarıyla belirler ve bunların somutlaştırılması işini kanun koyucuya bırakır. Tabii ki bu tarz anayasalarda da anayasa koyucu önem verdiği konuları ayrıntılarıyla düzenlemiş olabilir. O halde *özellikle* bir çerçeve anayasa ile karşı karşıya olan anayasa yargıcının önünde zor bir dava bulunduğunu, zira yargıcın yoğun bir yorumlama ve anlam belirleme faaliyeti gerçekleştireceğini söyleyebiliriz. Hele ki anayasaların siyasi yönü ağır basan metinler olmaları, asli kurucu iktidarların kendilerini meşru göstermelerini sağlayacak hukuki olmayan birtakım ifadelerle anayasa metinlerinde yer vermeleri yargıçlara geniş ve tehlikeli bir yorum alanı açmaktadır.

Anayasalar, hem siyasi nitelikleriyle hem de bir hukuk düzeninde taşıdıkları değer sebebiyle, o hukuk düzenindeki diğer normlardan ayrılırlar. Buna rağmen, anayasaların yorumu konusunda SAVIGNY’nin klasik yorum metotları dışında *genel*

⁶⁶ DWORKIN, Ronald (2007); *a.g.e.*, s.114 vd.

olarak herhangi bir yorum metodu geliştirilmemiştir. O halde anayasaların yorumlanması sırasında da *genel olarak* lâfzî, tarihsel, sistematik ve amaçsal yorum metotları kullanıldığını söyleyebiliriz⁶⁷. Ancak, anayasa yargıcı yargılama sırasında hukukun genel ilkelerini, ister bu ilkeler bizzat anayasada yer aldıkları için, ister anayasada yetki veren bir hükmün yardımıyla, isterse de anayasada yer alan bir hükmü yorumlarken kullansın, sonuçta anayasa yargıcı bu ilkeleri kullanırken kurucu bir yorumlama faaliyetinde bulunacaktır.

O halde, bu noktada hukukun genel ilkelerinin anayasa yargısında ölçü-norm işlevi görmesi durumunu değerlendirmek gerekir. UYGUR'un ilkelerin davalarda sahip olduğundan bahsettiği işlevlerden hem "Açıklama" işlevi hem de "Haklı Gösterme" işlevinin⁶⁸, bu ilkelerin ölçü-norm olarak kullanılması sırasında söz konusu olabileceğini belirtmek isteriz.

⁶⁷ METİN, Yüksel; **Anayasanın Yorumlanması**, Ankara, 2008, s.45.

⁶⁸ UYGUR, Gülriz (2006); *a.g.e.*, s.31.

B. ANAYASALLIK BLOĞU VE HUKUKUN GENEL İLKELERİ

1. ANAYASALLIK BLOĞU

Anayasaya uygunluk denetiminde, denetime tabi olan normların, kendisine uygun olup olmadığı araştırılan normlara “ölçü-norm” adı verilmektedir. Denetimi gerçekleştiren organ, denetim konusu normların, bunlara uygunluğunu araştıracaktır. Denetimde ölçü olarak kullanılan normlar Anayasa ile sınırlı olabileceği gibi, bunlar Anayasa’nın dışında birtakım uluslararası belgeleri, siyasi ve tarihi bildirgeleri, Anayasa’nın tümünden sistematik yorumla elde edilen ilkeleri ve yazılı olmayan bir takım kuralları da içerebilir. Öğretide, Anayasaya uygunluk denetiminde ölçü olarak kullanılan normların tümünün (sadece Anayasa ile sınırlı olsa bile) *Anayasallık Bloğu*’nu oluşturacağı kabul edilmektedir⁶⁹.

Anayasallık bloğu kavramı, ilk kez Fransa’da, Louis FAVOREU tarafından, yasama organının uymak zorunda olduğu *-dolayısıyla Anayasa Konseyi’nin uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullanacağı-* anayasal değerde kural ve ilkelerin bütünü⁷⁰ ifade etmek için kullanılmıştır.

⁶⁹ÖZBUDUN, Ergun (2005); *a.g.e.*, s.381; TANÖR Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU, Necmi; **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, 2004, s.482; YÜZBAŞIOĞLU, Necmi; **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul, 1993, s.X.

⁷⁰ FAVOREU, Louis; “Le principe de constitutionnalité: Essai de définition d’après la jurisprudence du Conseil constitutionnel”, in **Mélanges Eisenmann** (Paris: Cujas), 1974, 33-49. Aktaran: GÖZLER, Kemal (2000); *a.g.m.*, s.82.

2. ANAYASALLIK BLOĞU İLE İLGİLİ YAKLAŞIMLAR

Anayasallık bloğunun kapsamı, denetim yapan organın sahip olduğu pozitivist ya da natüralist anlayışa göre daralacak veya genişleyecektir.

a. Pozitivist Anlayış

Eğer Anayasa Mahkemesi, anayasaya uygunluk denetimi yaparken sadece anayasanın yazılı kurallarını dayanak olarak alıyorsa, Mahkemenin pozitivist bir anlayışa sahip olduğunu söyleyebiliriz⁷¹. Bu durumda, anayasallık bloğu sadece yazılı anayasa metninden ibaret olacaktır.

Bugün pozitivist anlayışla hareket eden Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin, ölçü norm olarak sadece yazılı anayasa metnini esas aldığını ve yorum yaparken de bu anlayış içerisinde anayasanın sözü ve anayasa koyucunun tarihi iradesi ile kendisini sınırladığını söyleyebiliriz⁷². Zira Avusturya'da "hukuki kesinlik" gerekçesiyle, özellikle yazılı olmayan anayasa hukukunun varlığı reddedilmiştir⁷³.

⁷¹ ÇAĞLAR, Bakır (1985); "Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg2/bcaglar.pdf> ; K.T.: 01.07.2009), s.170 ; YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (1993); *a.g.e.*, s.X.

⁷² ÇAĞLAR, Bakır (1985); *a.g.m.*, s.170.

⁷³ PRAKKE, Lucas; "The Republic of Austria", Translated by Kath STARSMORE, **Constitutional Law of 15 EU Member States**, Lucas PRAKKE and Constantijn KORTMANN (Eds), Deventer, 2004, s.21.

b. Natüralist Anlayış

Anayasa Mahkemesi, denetimini gerçekleştirirken yazılı anayasa metni ile birlikte, bu metnin tümünden sistematik yorum yolu ile elde edilen ilkeleri, yazılı olmayan kuralları, uluslararası antlaşmaları veya siyasi-tarihi bir takım bildireleri de ölçü-norm olarak kullanıyorsa, natüralist anlayışla hareket ediyor demektir. İsviçre Federal Mahkemesi, Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Fransız Anayasa Konseyi, İtalyan Anayasa Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi natüralist anlayışa sahip mahkemelerdir⁷⁴.

Türk Anayasa Mahkemesi'nin 1993 yılında vermiş olduğu bir kararında kullandığı; *“Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın, yasaların, hukukun ve yargı işlevinin özünü göz ardı edip, kendini yalnız yazılı kuralların sözüyle bağlı sayamaz. Kuşkusuz, kural dışılık savunulamaz. Ancak, kuralların yorumu ile soruna, amaca en uygun çözümün bulunması gerekir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi kimi kararlarında hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerde benimsenen ilkelerinin bir “ölçü norm” özelliği taşıdığını vurgulamıştır”* ifadeleri, Mahkeme'nin natüralist bir anlayışa sahip olduğunu açıkça göstermektedir⁷⁵.

⁷⁴ KABOĞLU, İbrahim; **Anayasa Yargısı (Avrupa Modeli Ve Türkiye)**, Ankara, 2007, s.188; ÇAĞLAR, Bakır (1985); *a.g.m.*, s.170; YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (1993); *a.g.e.*, s. X.

⁷⁵ E.1993/33, K.1993/40-2, k.t. 21.10.1993, **AYMKD**, S.29, s.580.

C. HUKUKUN GENEL İLKELERİNİN ANAYASA YARGISINDA ÖLÇÜ-NORM OLARAK GÖRDÜĞÜ İŞLEV

1. ANAYASA YARGICININ DOĞRUDAN DOĞRUYA DAYANACAĞI NORM TÜRÜ (BAĞIMSIZ ÖLÇÜ-NORM)

Anayasa yargıcının kararının asıl dayanağı bir hukukun genel ilkesi olabilir. Yani anayasa yargıcı, vereceği anayasaya uygunluk veya aykırılık kararını doğrudan bir hukukun genel ilkesine dayandırabilir. Bu durumda yargıcın o hukukun genel ilkesini *bağımsız ölçü-norm* olarak kullandığını, yani denetime tabi tuttuğu normun, söz konusu hukukun genel ilkesine uygun olup olmadığını denetlediğini söyleyebiliriz. Bu durumu şu ihtimaller açısından değerlendirmeliyiz:

İlk olarak, karara dayanak tutulan yani kendisine uygunluğun denetlendiği *hukukun genel ilkesi anayasada yer alıyor* olabilir. Bu durumda anayasa yargıcının doğrudan anayasayı ölçü tuttuğu ve artık bir “hukukun genel ilkeleri” teorisinden bahsetmenin gereksiz olduğu düşünülebilir⁷⁶. Ancak belirtmeliyiz ki, anayasada yer alan bir hukukun genel ilkesi, anayasada yer alan bir hukuk kuralından farklı bir işleve sahip olacaktır. Örneğin bir hukukun genel ilkesi olan eşitlik ilkesi, bizzat anayasada yer almaktadır. Öğretide ÖDEN, anayasada yer alan söz konusu eşitlik ilkesinin, eşitliğin çağdaş anlaşılışına uygun olarak yorumlanmasında “hukukun genel ilkeleri” teorisinin önemli bir katkısı olabileceğini belirtmektedir⁷⁷. Ayrıca,

⁷⁶ ÖDEN, Merih; *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Ankara, 2003, s.126.

⁷⁷ ÖDEN, Merih; *a.g.e.*, s.126. Yazar, her ne kadar bu durumu, hukukun genel ilkesi olarak eşitlik ilkesinin Anayasa’da açıkça tanınmış olması hali için öngörmüş olsa da, biz bunu diğer hukukun genel ilkelerini kapsayacak şekilde ifade etmekte bir sakınca görmüyoruz.

*“Anayasa’nın bu ilkeye sağladığı destek ne kadar sağlam olursa olsun, kuşkusuz, bu ilke bitmez tükenmez hamleci yaşam gücünü, aslında ve büyük ölçüde, modern hukuk bilincinin derinliğinden, yöneldiği ve her an özlemini duyduğu amaçlardan almaktadır”*⁷⁸. Kuşkusuz bunu anayasada yer alan diğer hukukun genel ilkeleri için de söyleyebiliriz. Çünkü daha önce de belirtildiği gibi ilkeler, olanın fiilen ve hukuken mümkün olan en yüksek derecede gerçekleşmesi yükümlülüğünü getirmektedir. Hele ki bu ilkeler, hukukun genel ilkeleri iseler yani ancak uygar milletlerce kabul görebilecek ilkelerden bahsediyorsak, bu durumda bu ilkelerin anayasanın yorumlanması sırasında, çağdaş olanın fiilen ve hukuken en yüksek seviyede gerçekleşmesini sağlamak işlevini yüklenebileceklerini söylemek mümkündür. Bu durumda, bir anayasa yargıcı anayasada yer alan bir hukukun genel ilkesine, “hukukun genel ilkeleri” teorisi çerçevesinde yaklaşıyorsa, söz konusu hükmün yorumunda lâfzî değil kurucu bir yorumlama tekniği sergileniyor demektir. Burada bir yandan hukukun genel ilkelerinin, ilke olma niteliği kurucu bir yorumlamaya imkân sağlamaktadır. Diğer yandan, kurucu yorumlamada yorumun konusuna “adalet” amacını atfetme imkânı⁷⁹, hukukun genel ilkelerinin bireylere hak ettikleri minimum seviyedeki güvenceyi sağlama hedefi ile gerçekleştirilmektedir.

O halde, eğer bir hukukun genel ilkesi zaten Anayasa’da tanınmış ise, mahkemenin yapacağı şey, söz konusu ilkeyi, Anayasanın ilgili hükmünü hukukun genel ilkeleri teorisi ışığında yorumlamak suretiyle, ilkenin çağdaş anlaşılış şekline uyarlamak olmalıdır.

⁷⁸ LATOURNERIE, Roger (1982); *a.g.e.*, s.40.

⁷⁹ UYGUR, Gülriz (2006); *a.g.e.*, s.148.

İkinci olarak, herhangi bir hukukun genel ilkesi anayasada yer almamakla birlikte, anayasanın bir hükmü, *hukukun genel ilkelerine uygunluğun denetlenmesi konusunda yetkilendirici bir anlam içeriyor* veya *yasaların hukukun genel ilkelerine uygun olması gerektiği yönünde bir kural getiriyor* olabilir. Bu durumda da, anayasa yargısı yasaların ve diğer denetime tabi normların, hukukun genel ilkelerine uygunluğunu denetleyebilecektir. Yani hukukun genel ilkeleri **bağımsız ölçü-norm** olarak kullanılabilir.

Bizim Anayasamız açık bir şekilde bu tarz hükümlere yer vermemiştir. Alman, İtalyan ve Macaristan Anayasaları buna örnek olarak gösterilebileceğimiz anayasalardan bazılarıdır. Alman Anayasası'nın 25. maddesi "*Uluslararası hukukun genel kuralları* federal hukukun ayrılmaz bir parçasıdır. Bu kurallar yasalardan üstündür ve federal ülkede yaşayanlar için doğrudan hak ve yükümlülükler doğururlar*"⁸⁰ hükmünü getirmiştir. Yine İtalyan Anayasası'nın "Uluslararası Hukuk" başlığını taşıyan 10. maddesi de "*İtalyan Hukuk Sistemi, uluslararası hukukun genel olarak tanınmış ilkelerine uyar*"⁸¹ hükmünü getirerek, İtalyan hukuk düzeni normlarının hukukun genel ilkelerine uygun olması gerektiği hususunu düzenlemiştir. Macaristan Anayasası da 7/1. maddesi ile Macaristan Cumhuriyeti'nin hukuk sisteminin, uluslararası hukukun evrensel olarak kabul görmüş kurallarını ve

* Burada yer alan "uluslararası hukukun genel kuralları" ifadesi ile kastedilenin "hukukun genel ilkeleri" olduğunu düşünmek herhalde yanlış olmayacaktır. Zira Alman hukuk uygulamasında uluslararası antlaşmaların iç hukukta uygulanabilmesi için, öncelikle bir kanunla onaylanmaları gerekmektedir. (Bu konuda bkz. HERZOG, Roman; "Alman Federal Anayasa Mahkemesi Raporu", **Anayasal Normlar Hiyerarşisi Ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi**, Çev.: Ümit ÖZDAĞ, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara, 7-10 Mayıs 1990, 3.Cilt, Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları, s.20.) Bu hükümde ise iç hukukta doğrudan uygulanacak kurallardan bahsedilmektedir. Her ne kadar "kural" ifadesi kullanılmışsa da anlatılmak istenilenin "hukukun genel ilkeleri" olduğu düşüncesindeyiz.

⁸⁰ HEKİMOĞLU, Mehmet Merdan; **Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları**, Ankara, 2004, s.171.

⁸¹ **İtalyan Anayasası**; (http://www.servat.unibe.ch/law/icl/it00000_.html ; E.T.: 01.07.2009).

düzenlemelerini kabul ettiğini ve Devletin ulusal kural ve kanunları ile uluslararası alandaki yükümlülüklerini uyumlu hale getireceğini belirtmektedir⁸². Burada geçen “uluslararası hukukun evrensel olarak kabul görmüş kuralları” içerisinde hukukun genel ilkeleri de girmektedir⁸³. Macaristan Anayasası’nda ulusal hukuk düzenlemelerinin, hukukun genel ilkelerine uygun olacağı yönünde açık bir hüküm (md.7/1) olmasına rağmen, Macaristan Anayasa Mahkemesi’nin, bunun aslında Macaristan’ın bir hukuk devleti olduğunu belirten Anayasa md.2’nin bir gereği olduğuna vurgu yapması ve md.2’nin genel, md.7/1’in ise özel hüküm olduğunu belirtmesi ilgi çekicidir⁸⁴.

Yabancı ülke anayasalarından “hukukun genel ilkeleri” kavramına açıkça yer verenlerin, genelde bu kavrama anayasanın uluslararası hukukun iç hukuka etkisini düzenleyen hükümlerinde yer verdiklerini görüyoruz⁸⁵. Ancak, uluslararası hukukun kabul etmiş olduğu hukukun genel ilkelerinin birçoğu devletlerin ulusal hukuk düzenlerinden türetilmektedir. Tabii ki yalnızca uluslararası hukuk alanına özgü hukukun genel ilkelerine de rastlanılmaktadır.

⁸² **Macaristan Anayasası**; (<http://net.jogtar.hu/jr/gen/getdoc.cgi?docid=94900020.tv&dbnum=62> ; E.T.:05.07.2009).

⁸³ Zira, Macaristan hukuk uygulamasında imzalanan uluslararası antlaşmaların ulusal hukukta uygulanabilmeleri, bunların bir ulusal hukuk düzenlemesi ile iç hukuka aktarılmasına bağlıdır. **Decision of Constitutional Court of Hungary** - 7/2005 (III. 31.) AB; (http://www.mkab.hu/content/en/en3/7_2005.pdf ; E.T.: 01.07.2009).

⁸⁴ **Decision of Constitutional Court of Hungary** - 7/2005 (III. 31.) AB; (http://www.mkab.hu/content/en/en3/7_2005.pdf ; E.T.: 01.07.2009).

⁸⁵ Yukarıda yer verdiğimiz Alman, İtalyan ve Macaristan Anayasaları dışında: Avusturya Anayasası md.9/1’de de aynı doğrultuda bir hüküm yer almakla birlikte, bu hükmün hukukun genel ilkelerini içerip içermediği Avusturya öğretisinde tartışmalıdır. (MORSCHER, Siegbert; “Avusturya Anayasa Mahkemesi Raporu”, **Anayasal Normlar Hiyerarşisi Ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi**, Çev.: Hasan Işın DENER, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara, 7-10 Mayıs 1990, 3.Cilt, Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları, s.94); Azerbaycan Anayasası md.10: “Azerbaycan Cumhuriyeti, diğer devletlerle ilişkilerini, herkesçe kabul edilmiş uluslararası hukuk kurallarının öngördüğü ilkelere uygun olarak gerçekleştirir”, (<http://www.anayasa.gen.tr/azerbaycan-aleskerli.htm> ; E.T.:05.07.2009).

Burada doğrudan anayasanın kendisi yargıcın, hukukun genel ilkelerine uygunluğu denetlemesine imkân vermektedir. Böyle bir durumda, hukukun genel ilkelerinin boşluk doldurma, açıklama veya haklı gösterme işlevinden değil, o hukuk düzeninin anayasal temelini oluşturma işlevinden söz edebiliriz. Bu durumda yargıç, hukukun genel ilkesi olduğunu düşündüğü bir ilkeyi anayasaya uygunluk denetiminde ölçü-norm olarak kullanabilecektir. Bunu yaparken, yargıç hukukun genel ilkelerinin belirlenmesi tekniklerini kullanarak kendisi bir ilke türetebileceği gibi, başka mahkeme uygulamalarına bakarak veya öğreti tarafından kabul gören ilkeleri araştırarak, hukukun genel ilkelerini belirleyebilir. Burada yargıcın takdir yetkisi geniştir. Yargıcın takdir yetkisinin sınırı ise anayasa metnin kendisi olacaktır. Zira anayasanın açık metni göz ardı edilerek⁸⁶ bir ilkenin anayasanın çekimleme alanına sokulması ve bağımsız ölçü-norm olarak kullanılması mümkün değildir.

Bu bağlamda anayasa yargıcını, hukukun genel ilkeleri teorisi çerçevesinde, daha önce belirttiğimiz gibi, yalnızca uygar milletlerce kabul görebilecek nitelikte olan (evrensel ve temel) hukuk ilkelerini ölçü-norm olarak kullanmalıdır. Bunu yaparken, kendi değer yargıları doğrultusunda ilkeler belirleme yoluna gitmemelidir. Aslında belirtmemiz gerekir ki, niteliklerini ne kadar ayrıntılı incelersek inceleyelim, herhangi bir ilkenin hukukun genel ilkesi olduğu yönündeki söylemimiz mutlaka tartışma götürecektir. Gerçi bugün mahkeme uygulamalarına bakıldığında, bazı ilkelerin hukukun genel ilkeleri olduğu yönündeki uygulamalar uyuşmaktadır. Yani bazı ilkelerin hukukun genel ilkeleri olduğu konusu daha az tartışmalıdır. Ancak bu birçok ilke için geçerli değildir. Hal böyle olunca, yargıcın hukukun genel ilkelerini

⁸⁶ METİN, Yüksel (2008); *a.g.e.*, s.47.

ölçü-norm olarak uygulaması gerektiği yetkisini veren bir Anayasa hükmü karşısında, anayasa yargıcı geniş bir takdir yetkisine (*ve büyük bir sorumluluğa*) sahip olacaktır. Ancak belirttiğimiz gibi, söz konusu yetki anayasa metni ile sınırlıdır.

2. ANAYASA YARGICININ YORUMLAMA FAALİYETİNE YARDIMCI NORM TÜRÜ (DESTEK ÖLÇÜ-NORM)

Hukukun genel ilkeleri, anayasa uygunluk denetimine ilişkin davada yargıcın kararının asıl dayanağını oluşturmamakla birlikte, söz konusu kararın dayanağını destekleyici, onu açıklayıcı bir işlev görebilir. Bu durumda yargıcın hukukun genel ilkelerini anayasaya uygunluk denetiminde **destek ölçü-norm** olarak kullandığını belirtebiliriz. Böylece anayasa yargıcı, denetim konusu normun doğrudan bir hukukun genel ilkesine uygunluğunu denetlememekle birlikte, ölçüt olarak aldığı normu hukukun genel ilkeleri ışığında yorumlamaktadır.

Hukukun genel ilkelerinin anayasaya uygunluk denetiminde destek ölçü-norm olarak kullanılma şekillerinden birincisi, anayasa yargıcının anayasada yer alan ve içeriği belirsiz olan kavramların somutlaştırılması sırasında hukukun genel ilkelerine başvurmasıdır. Öğretide KANETİ, Anayasada içeriği belirsiz, muğlâk ifadelerin yer alması durumunu, “yasa içi (intralegem) boşluk” olarak yorumlamaktadır. Yazara göre, kanun koyucu (*burada anayasa koyucu*) kuralı en kalın çizgileriyle tanımlayıp, somut içeriğinin belirlenmesini yargıca bırakmışsa burada yasa içi boşluk durumu

söz konusu olacaktır⁸⁷. Yazar Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan “demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti” kavramını Anayasa’da yer alan yasa içi boşluklara örnek olarak göstermiştir. Anayasa’da boşluk olup olamayacağı hususu bir yana, yasa içi veya kural içi boşlukların, gerçekten bir boşluk olup olmadığı bile öğretide tartışmalıdır⁸⁸. Anayasada “yasa içi boşluk veya boşluk” olup olmayacağı tartışılabilir olsa da, bu hukuk metninin içeriği belirsiz, soyut bir takım ibareler taşıdığı bir gerçektir. O halde, genelde kısa ve öz bir biçimde kaleme alınan ve “hukuk devleti”^{*} gibi belirsiz kavramlar içeren anayasaların yorumlanmasında ve anlamlarının belirlenmesinde anayasa yargıcına büyük rol düşmektedir. Yargıç anayasada yer alan belirsiz kavramları somutlaştırırken hukukun genel ilkelerine başvurabilir. Bu durumda yargıç aslında söz konusu belirsiz hükmü, hukukun genel ilkeleri ışığında yorumlayacak ve denetim konusu normun, yorumlama faaliyeti sonucu ortaya çıkan anlama uygun olup olmadığını denetleyecektir. Yargıç bu durumda söz konusu ölçü-norma hukukun genel ilkeleri ışığında bir anlam vermiş olacaktır. Görüldüğü gibi, hukukun genel ilkelerinin destek ölçü-norm olarak kullanılması, bu ilkelerin anayasa yargısında **“kuralları açıklama”** işlevine denk gelmektedir.

Öğretide ÇAĞLAR, anayasa yargıçlarının, açık pozitif tanımları olmayan “hürriyet”, “eşitlik”, “fairness” ya da “due process” gibi kalıplara kendi değer

⁸⁷ KANETİ, Selim; “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’ndaki Boşlukların Anayasa Mahkemesi Tarafından Doldurulması”, (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg8/selimK.pdf> ; E.T.: 01.07.2009).

⁸⁸ ÖZTAN, Bilge; **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, Ankara, 2003, s.137.

^{*} “Avrupa’da hukukçular arasında hukuk devleti ilkesine Anayasaya uyguluk denetimi sürecinde somutlaştırılabilen, yeterli ölçüde belirli veya belirlenebilen bir kural olup olmadığına, yani yasa hükümlerinin değerlendirilmesine olanak sağlayan kendine özgü normatif önermeler içerip içermediğine şüpheyle bakılmaktadır”. RUMPF, Christian; **Türk Anayasa Hukukuna Giriş**, (Ankara,1995), s.189. Aktaran: TURHAN, Mehmet; **Anayasal Devlet**, Ankara, 2005, s.5.

hiyerarşilerini koymalarını anayasa yargısının zorlu problemi olarak görmektedir⁸⁹. Yine daha önce de belirttiğimiz gibi, anayasa yargıcı anayasada yer alan belirsiz kavramlar ile karşılaştığında, aslında bir *zor dava* ile karşı karşıyadır. Burada en büyük problemlerden biri öngörülebilirliğin ve istikrarın sağlanmasıdır. İşte bu durumda anayasa yargıcı karşılaştığı zor davada, söz konusu belirsiz kavramları *ham verilerle* veya *kendi değer yargılarıyla* somutlaştırmak yerine *hukukun genel ilkeleriyle* somutlaştırma yoluna gidebilir. Bu durumda, DWORKIN’in deyimiyle bir davada davalının, onu şaşırtmanın adil olmadığı iddiasına farklı bir ışıktaki bakmamızı sağlayan ilkeler⁹⁰, anayasa yargılaması sırasında hiç olmazsa ham verilere nazaran daha fazla öngörülebilirlik sağlayacaktır. Çünkü hukukun genel ilkeleri o hukuk düzeninin temelini oluşturan, evrensel nitelikteki ilkelerdir.

Yargıcın belirsiz kavramları hukukun genel ilkeleri ile somutlaştırması demek, söz konusu ilkeleri –yani yargıcın hukukun genel ilkesi olduğunu düşündüğü ilkeleri- anayasanın çekimleme alanına sokması ve onlara anayasal değer kazandırması demektir. Anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştiren mahkemelerin, anayasadaki belirsiz kavramları somutlaştırma uygulamaları çeşitli şekillerde olabilir. Mesela yargıç, söz konusu anlamı belirsiz kavramları somutlaştırırken, anayasada yer almayan *çeşitli ilkeleri ve/veya hakları* anayasanın kapsamına sokabilir. Örneğin; Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi (*U.S. Supreme Court*), anayasada yer alan ancak anlamı konusunda herhangi bir fikir birliğine varılamayan “due process of law” (*uygun hukuki usul*) kavramının anlamını somutlaştırırken ve anayasaya uygunluk denetiminde bu ilkeye dayanırken yalnızca usuli bir takım ilkeleri

⁸⁹ÇAĞLAR, Bakır (1985); *a.g.m.*, s.165-166.

⁹⁰ DWORKIN, Ronald (2007); *a.g.e.*, s.119.

anayasanın kapsamına sokmakla kalmamış ayrıca anayasada yer almayan birtakım haklara da bu çerçevede anayasal değer tanımıştır. Yani ilk başta bir takım usuli güvenceleri sağlamak amacıyla düzenlenen bu kavram, zamanla Mahkeme tarafından maddi bir içerik kazanacak şekilde genişletilerek uygulanmıştır⁹¹. Sonuç olarak, Federal Yüksek Mahkeme hukukun genel ilkeleri arasında sayabileceğimiz prosedüre ilişkin bir takım hukuki garantileri (doğal adalet ilkelerini vs.) de belirsiz “due process of law” kavramı aracılığıyla anayasanın kapsamına sokmuştur.

Türk Anayasa Mahkemesi’nin uygulamalarına ikinci bölümde yer verilecek olmakla birlikte, Mahkeme’nin hukukun genel ilkelerini destek ölçü-norm olarak anayasanın çekimleme alanına sokarken –*tıpkı Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi gibi*- belirsiz bir kavram olan “hukuk devleti”nden yola çıktığını belirtmeliyiz.

Henüz yazılı bir anayasaya sahip olmayan Avrupa Birliği’nde, Avrupa Konseyi (*European Commission*) ile Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi (*Council of the European Union*) işlemlerinin Birlik Hukukuna uygunluğunu denetlemekle görevli olan Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD), bu hukukun yorumlanmasında ve uygulanmasında çok büyük bir role sahiptir. Divan, Birlik Hukukundaki boşlukları doldurmada hukukun genel ilkeleri teorisinden aktif bir şekilde yararlanmıştır. Divan, hem birlik hukukundaki boşlukları doldurma hem de temel hak ve özgürlükleri güvence altına alma, bu doğrultuda “hukuk devleti” ilkesini hayata

⁹¹ALTIPARMAK, Kerem; ‘ “Due Process of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme’, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 1-4, Cilt 45, Yıl 1996, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/297/2707.pdf> ; E.T.: 01.07.2009), s.219.

geçirme amacıyla hukukun genel ilkeleri teorisini kullanmıştır⁹². Öğretide METİN, bugün artık Divan'ın hukukun genel ilkeleri teorisini eskisi kadar “cesaretli” bir şekilde kullanmadığını; zira Birlik Hukukundaki yazılı düzenlemelerin arttığını; Divan'ın bu doğrultuda kendisini geriye çekmeye başladığını belirtmektedir⁹³. Görüldüğü gibi ATAD, içtihatlarında daha çok hukukun genel ilkelerinin “kuralları açıklama” ve “boşluk doldurma” işlevinden yararlanmıştır. Divan'ın, hukukun genel ilkelerini kullanırken başvurduğu dayanak ise, Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın 220. maddesi ile öngörülen “*Adalet Divanı bu Sözleşme'nin yorumlanması ve uygulanmasında hukuka uyulmasını temin eder*”⁹⁴ hükmünde yer alan “**hukuk**” ibaresidir. Yani Divan, bu hükümde geçen “hukuk” ibaresini, hukukun genel ilkelerini gerektirecek şekilde yorumlamıştır.

Anayasa'da ulusal hukuk düzenlemelerinin, hukukun genel ilkelerine uygun olacağı yönünde açık bir hüküm (md.7/1) olmasına rağmen, Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin, bunun aslında Macaristan'ın bir hukuk devleti olduğunu belirten Anayasa md.2'nin bir gereği olduğuna vurgu yaptığını belirtmiştik. Macaristan Anayasa Mahkemesi bu doğrultuda, Anayasa'da yer alan “hukuk devleti” ilkesinden yeni ilkeler türetme yoluna gitmektedir. Hukuki kesinlik⁹⁵, bir kimsenin hakkındaki mahkûmiyet kararı kesinleşinceye kadar suçlu sayılamayacağı yolundaki masumluk

⁹² METİN, Yüksel; “Avrupa Birliği'nde Hukuk Devletinin Unsurları” , **Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal**, Ed. Ali Rıza ÇOBAN, Bilal CANATAN ve Adnan KÜÇÜK, Ankara, Şubat 2008, s.586-587.

⁹³ METİN, Yüksel (2008); *a.g.m.*, s.588.

⁹⁴ Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community (97/C 340/03) art.220: “*The Court of Justice shall ensure that in the interpretation and application of this Treaty the law is observed.*”, (<http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11997E/htm/11997E.html#0173010078> ; E.T.:08.07.2009).

⁹⁵ **Decision of Constitutional Court of Hungary** - 1/1999 (II. 24.) AB; (http://www.mkab.hu/content/en/en3/1_1999.pdf ; E.T.:09.07.2009); 57/2001 (XII.5.) AB; (http://www.mkab.hu/content/en/en3/57_2001.pdf ; E.T.: 09.07.2009).

karinesi⁹⁶ ve *nullum crimen sine lege* (kanunsuz suç olmaz)-*nullum crimen poena lege* (kanunsuz ceza olmaz) ilkeleri⁹⁷, Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin, hukuk devleti ilkesinden çıkardığı ilkelerden bazılarıdır.

O halde, hukukun genel ilkelerinin anayasa yargısındaki muhtemel işlevlerinden biri de mahkemenin denetiminde ölçü tutacağı normların anlamını belirlemek, bu normları somutlaştırmaktır. Bu durumda bu ilkelerin de anayasanın kapsamına dâhil olduğunu söylemek mümkün olmakla birlikte, GÖZLER'in bu görüşe katılmadığını belirtmek gerekir. GÖZLER'e göre, öğreti anayasa mahkemesi kararlarının obiter dictumlarını* bize “destek ölçü norm” olarak takdim edip, bunları anayasallık bloğuna ithal etmeye çalışmaktadır⁹⁸. GÖZLER'in görüşü doğrultusunda şunu diyebiliriz: Mahkemenin, önündeki normu hukukun genel ilkeleri ışığında yorumlaması faaliyeti sonucu aldığı kararda, yorumladığı norm, hükmün gerekçesi (ratio decidendi) olacaktır. Bu yorumlama faaliyetinde yararlanılan hukukun genel ilkeleri ise kararın obiter dictumudur. Obiter dictum ise bağlayıcı olmadığından, hukukun genel ilkeleri de bağlayıcı olmayıp, anayasallık bloğuna dahil değildir. Bu görüşe şu gerekçelerle karşı çıkılabilir: Yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayan Anayasa Mahkemesi kararlarının (T.C. AY. md.153) sadece hüküm kısmı bağlayıcı değildir. Zira verilmiş olan kararın gereklerinin açıklanmasıyla, hem bunları mümkün olduğunca hukuki

⁹⁶ **Decision of Constitutional Court of Hungary** – 26/1999 (IX.8.) AB; (http://www.mkab.hu/content/en/en3/26_1999.pdf; E.T.: 09.07.2009).

⁹⁷ **Decision of Constitutional Court of Hungary** – 57/2001 (XII.5.) AB; (http://www.mkab.hu/content/en/en3/57_2001.pdf; E.T.: 09.07.2009).

*“*Obiter Dicta* terimi ile ifade edilen hususlar mahkeme kararında yer alan fakat kararın temel hukuki dayanağını oluşturmeyen görüşleri ifade etmektedir. Bu görüşlerin olsa olsa ikna edici bir değeri ve rolü olabilir. ... Fakat, üzerinde yıllar boyu durulan ve tekrarlanan *obiter dicta* giderek artan bir saygınlık kazanabilir”. GÜRİZ, Adnan; **Hukuk Başlangıcı**, Ankara, 1999, s.66.

⁹⁸ GÖZLER, Kemal (2000); *a.g.m.* s.97.

dayanaklara bağlamaya çalışan yargıç, böylelikle tarafsız ve bağımsız olduğunu gösterecek hem de yargıcı o karara götüren nedenleri gösteren gerekçe, hukuki öngörülebilirlik ve belirliliği sağlamış olacaktır. Bu yüzden aynı zamanda gerekçe de bağlayıcıdır. O halde, anayasa yargıcının ölçü-normu hukukun genel ilkeleri ışığında yorumladığı durumlarda, yargıcın kararına yön veren söz konusu hukukun genel ilkeleri de bağlayıcı olacak ve anayasallık bloğuna dahil olacaktır.

Aslında bazı Anayasa Mahkemesi kararları var ki, kararın hüküm gerekçesi (*ratio decidendi*) bizi tatmin etmek şöyle dursun, kimi zaman verilen kararlar aralarında bir bağ kurmak bile oldukça zordur. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin aynı kararda değindiği ve GÖZLER'in deyimiyle *obiter dictum* olarak anabileceğimiz yargıları, aslında o kararın *ratio decidendi*si olabilecek kadar sağlamdır. Bunların tek zayıf noktası(!) anayasada yer almayan hukukun genel ilkelerinin kullanılıyor olmasıdır. Dolayısıyla Mahkeme, hem bireyleri tatmin edebilmek için söz konusu hukukun genel ilkelerine kararında (*ancak*) destek ölçü-norm olarak yer vermekte, hem de anayasada yer almayan ilkelerin kendisine yön vermesine gelebilecek muhtemel eleştirilerden çekinerek, bunları kararında *obiter dictum* olarak sunmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi'nin 1964 tarihli bir kararını⁹⁹ bu duruma örnek olarak gösterebiliriz. Burada, devlete olan borçlarını ödemeyen ve zorunlu hizmetlerini de yerine getirmeyen burslu tıp öğrencileri için hapis cezası öngörmüş olan 2000 sayılı Kanun Anayasa Mahkemesi'nin önüne geliyor. 1961 Anayasası'nda -1982 Anayasası'nda yer alan- hiç kimsenin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağını

⁹⁹ E.1963/166 K.1964/76 K.T. 22.12.1964, **AYMKD**, S.2, s.237.

öngören bir hüküm de yoktur. Mahkeme, “Ceza tedbirleri, kamunun huzur ve sükununu, güvenini bozan eylemlerin, savsaklamaların müeyyideleridir. Yapılan giderlerin ödenmemesi gibi bir hareket... kamu düzenini bozmaz. ... Devletimiz, Anayasa’nın 2nci maddesinde ifade edildiği gibi, bir Hukuk Devletidir. Kanunlarımızın, Anayasa’nın açık hükümlerinden önce hukukun, bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen, prensiplerine uygun olması şarttır. ... Özel hukuk ilişkilerinde uygulanacak hükümleri bir yana bırakarak, Devletin özel hukuk alanına giren alacağına üstünlük tanıyan bu kanun hükmü, **hukuk prensiplerine aykırı** düştüğü gibi Devletin, diğer bütün borçları ile Leyli Tıp Talebe Yurdunda kendilerine yapılan giderden ötürü borçlu olanlar arasında açık eşitsizlik doğurmaktadır(“dır)” ifadelerine yer vermiştir. Açıkçası Devletin diğer sözleşmeden doğan borçları için de hapis cezası öngörmesi yani Mahkeme’nin sözünü ettiği eşitliğin sağlanması durumunda da, bu hüküm Anayasaya aykırı olmaya devam ederdi. Zira burada söz konusu hükmün anayasaya aykırı olduğunu düşündüren şey, kişilere sözleşmeden doğan borçlarından dolayı hapis cezası verilmesinin bize adaletsiz gelmesidir. Görüldüğü gibi, Mahkemenin hukuk devleti ibaresini somutlaştırırken destek ölçü-norm olarak kullandığı hukukun genel ilkeleri, doğrudan doğruya dayandığı eşitlik hükmüne nazaran daha tatmin edicidir.

Hukukun genel ilkelerinin anayasa yargısındaki işlevlerini incelemiş bulunuyoruz. Buraya kadar belirtmiş olduğumuz tüm işlevler yani; kararları haklı gösterme, anayasadaki belirsiz kavramları somutlaştırma ve açıklama, anayasadaki ilkelerin çağdaş bir şekilde yorumlanmasını sağlama, anayasanın yorumlanmasında kullanılacak metotların seçiminde yol gösterici olma vs. bütün bu işlevler aslında, bu ilkelerin anayasa yargılamasında bambaşka bir işlev görmelerine de neden olmaktadır. O da anayasanın “yaşayan bir belge” haline getirilmesidir. Hukuk

metinleri eşyanın doğası gereği her şeyi öngöremez. Hele ki zaman geçtikçe yeni durumların ortaya çıkması bu metinlerin yeni durumlar karşısında yetersiz kalmalarına neden olur. Bu yüzden pozitif hukuk her zaman formüle edilmemiş bir hukuk tarafından güdülmeli, doldurulmalı ve belki de düzeltilmelidir¹⁰⁰. Bu çerçevede, anayasanın yetersiz kaldığı durumlarda veya ortaya yeni çıkan olgulara cevap veremediği durumlarda, hukukun genel ilkeleri rahatlıkla kullanılabilir. Bu duruma “*anayasanın geliştirilmesi*”¹⁰¹ adını verebiliriz. O halde, hukukun genel ilkelerinin işlevlerinden biri de anayasanın geliştirilmesine katkıda bulunmaktadır.

Yeri gelmişken, anayasa yargısında bağımsız ve destek ölçü-norm işlevi gören hukukun genel ilkelerinin o hukuk düzeninde *en azından anayasal değer* taşıyacaklarını belirtmek gerekir. Ancak anayasa mahkemelerinin kararlarının genelde bağlayıcı ve kesin nitelikte olduğu unutulmamalıdır. Böyle bir durumda anayasa mahkemesinin, bir ilkenin yasal değer taşıyan bir hukukun genel ilkesi olduğunu söylemesi de mümkündür. Fakat anayasaların alelade kanunlara göre üstün durumda bulunduğu, dolayısıyla bu kanunların anayasalara uygun olması gerektiği fikrinden doğan anayasa yargısında, alelade kanunların kendileriyle aynı değerdeki diğer (alelade) kanunlara uygunluğunun denetlenmesi mümkün olmayacağından, bu tarz hukukun genel ilkelerinin anayasa yargısında ölçü-norm işlevi görmeyeceklerini belirtmek gerekir. Bu duruma örnek olarak gösterebileceğimiz tek uygulama Fransız Anayasa Konseyi’ne aittir. Konsey, *Protection of Beauty Spots and Monuments* kararında, İdare’nin kendisine yapılan bir başvuru karşısında susmasının (zımni) ret sayılacağı ilkesinin bir hukukun genel ilkesi olduğunu ve İdare’ye tanınan bu hakkın

¹⁰⁰ CHENG, Bin (1953); *a.g.e.*, s.17.

¹⁰¹ METİN, Yüksel (2008); *a.g.e.*, s.36.

ancak yasama tarafından kaldırılabileceğini belirtmiştir¹⁰². Fransa’da hukukun genel ilkeleri, bunlar anayasallık bloğuna dâhil olan Cumhuriyet Kanunlarınca Tanınmış Genel İlkeleri ve Anayasal Değerdeki Hedefleri oluşturdukları (*constitute*) takdirde anayasal değere sahip olmaktadır¹⁰³. Yani hukukun genel ilkeleri *doğal olarak* ölçü-norm olarak veya ölçü-normları destekleyici normlar olarak işlev gördükleri takdirde, o hukuk düzeninde en azından anayasal değere sahip olmaktadır.

¹⁰² BELL, John (1994); *a.g.e.*, s.89.

¹⁰³ BELL, John (1994); *a.g.e.*, s.74.

D. HUKUKUN GENEL İLKELERİNİN BELİRLENME TEKNİKLERİ VE SINIFLANDIRILMASI

1. HUKUKUN GENEL İLKELERİNİ BELİRLEMEDE KULLANILAN TEKNİKLER

Öğretide hukukun genel ilkelerinin mahiyeti hususunda tam bir uzlaşmaya varılamadığını daha önce belirtmiştik. Kavramın bu tartışmalı niteliği dolayısıyla, - kavrama verilen anlamlara göre- ilkelerin saptanma şekilleri için ileri sürülen görüşler de farklılaşmaktadır. Bazı kaynaklarda –hukukun genel ilkelerinin sadece uluslararası hukuka özgü normlar oldukları inancından yola çıkılarak- bu ilkelerin mahkemelerin yapacağı bir karşılaştırmalı çalışma ile ülkelerin çoğunda yer alan ilkelerin tespit edilmesi suretiyle elde edileceği belirtilmektedir¹⁰⁴. Her ne kadar bu noktada karşılaştırmalı hukukun katkısı fazla olsa da bu yöntem ilkelerin belirlenmesinde kullanılan tek yöntem değildir. Ayrıca hukukun genel ilkeleri de sadece uluslararası hukuka özgü değildir. Hatta uluslararası hukukta genel olarak kabul edilen ilkelerin, ulusların kendi iç hukuklarından kaynaklandığına daha önce değinmiştik.

Biz burada öğretide ERKUT tarafından yapılan belirlemelere yer vermeyi uygun buluyoruz. Celal ERKUT, MESCHERIAKOFF'un hukukun genel ilkelerinin saptanması hususunda yapmış olduğu sübjektif – objektif teknik ayrımını dikkate

¹⁰⁴ FRIEDMANN, Wolfgang; **The Changing Structure of International Law**, New York, 1964, s.104.

olarak ve buradan yola çıkarak üçlü bir ayrıma yer vermiştir. Buna göre yargıcın hukukun genel ilkelerini oluştururken uyguladığı üç farklı yorum tekniği vardır¹⁰⁵;

a. Objektif Teknik

ERKUT, bu başlık altında dört yöntemden bahsetmektedir. Buna göre, ilk olarak; yargıç zaten var olan bir kuralın içeriğini genelleştirerek hukukun genel ilkelerini belirleyebilir. Yazar buna örnek olarak, sadece general rütbesindekilerin savunma hakları açısından güvence getiren bir kanun hükmünün, Conseil d'Etat tarafından genelleştirilmesi suretiyle “savunma haklarına saygı prensibi”nin oluşturulmasını gösteriyor¹⁰⁶.

İkinci olarak; yargıç bir ya da birden fazla yasa metninin içeriğini değerlendirmek suretiyle, bu metinlere hâkim olan amaç ve anlamlardan yeni ilkeler türetebilir. ATAD’ın bir uygulamasını bu yöneme örnek olarak gösterebiliriz. Buna göre; Avrupa Topluluğu Sözleşmesi’nin çeşitli maddelerinde, spesifik alanlar açısından öngörülmüş ve bu alanlarda ayrımcılığı önleyen hükümler yer almaktadır. Ancak bunlar belirttiğimiz gibi sadece o spesifik alanlar için geçerli ayrımcılık yasaklarıdır. Fakat ATAD, bu çeşitli maddelerdeki ayrımcılık yasaklarının o hukuk düzenin temelinde yer alan bir ilkeye dayandığını düşünmüştür. Böylece ATAD, söz konusu madde hükümlerini Topluluk Hukuk Düzeni’nin temelinde yer alan Ayrım Gözetmeme (Hukukun Genel) İlkesi’nin spesifik örnekleri olarak kabul etmiştir¹⁰⁷.

¹⁰⁵ ERKUT, Celal (1996); *a.g.e.*, s.25 vd.

¹⁰⁶ ERKUT, Celal (1996); *a.g.e.*, s.26.

¹⁰⁷ TRIDIMAS, Takis (2006); *a.g.e.*, s.6.

Böylelikle, tüm hukuk düzeni için geçerli olan ve hakkında hüküm bulunmayan diğer alanlarda da geçerli olabilecek bir ilkeyi bu yöntemle türetmiştir.

Üçüncü olarak; yargıç, hukuki kurumların niteliklerini değerlendirerek veya hukuksal yaşamın gereklerini değerlendirerek bunlardan yeni ilkeler çıkarabilir. LATOURNERIE da bazı ilkelerin kaynağının ilgili kurumların yapıları, amaçları ve bunların diğer yakın kurumlarla arasındaki ilişkilerinin araştırılmasının olabileceğini belirtiyor¹⁰⁸. Biz Türk Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında uygulamış olduğu yöntemi bu tekniğe örnek olarak göstermek istiyoruz. Buna göre; Mahkeme E.1994/92 K.1995/14 sayılı ve 20.06.1995 tarihli kararında **“cezaların kişiselleştirilmesi”** ilkesini belirliyor¹⁰⁹. Mahkeme, çeşitli suçlara verilecek cezalar açısından alt ve üst sınır öngören ve bu cezaların tayinini yargıca bırakan bir kanunun, cezaların yasallığı ilkesi ve eşitlik ilkelerine uygunluğunu denetliyor. Bu denetim sırasında Mahkeme ilk önce hukukta “ceza” kurumunun amacını değerlendiriyor ve cezadan beklenen amacın sağlanabilmesi için *“suçun işleniş şekil ve şartlarını(n), suçlunun kişiliğini(n), onu suça iten etkenleri(n) göz önüne al(in)ma(sı)”* gerektiğini, *“(a)ynı tür ve miktardaki ceza(ların), kişiler üzerinde çok farklı etkiler meydana getir(diğini)”* belirtiyor. Mahkeme bu yüzden, yargıca alt ve üst sınırlar arasında ceza belirleme yetkisi verilmesinin, suçlu için en uygun cezanın tayin edilmesini sağlayacağını belirtiyor. Gerçi Mahkeme **“cezaların kişiselleştirilmesi hukukun genel ilkelerindendir”** şeklinde net bir belirleme yapmıyor ama **cezaların kişiselleştirilmesinin çağdaş ceza hukukuna girdiği** yönünde bir ifade kullanıyor. Daha sonra Mahkeme Türk Ceza Kanunu'nda yer alan

¹⁰⁸ LATOURNERIE, Roger (1982); *a.g.e.*, s.44.

¹⁰⁹ **AYMKD**, S.33, C.1, s.37.

“takdiri tahfif”, “mütenavip cezalar” kurumları ile Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanunda yer alan “cezaların ertelenmesi” ve “cezaların paraya çevrilmesi” kurumlarının da cezaların kişiselleştirilmesine ilişkin olduğunu belirtiyor. Böylelikle Mahkeme, hem “ceza” kurumunun amacından hem de Ceza Hukuku’nda yer alan birtakım hukuki kurumlardan yola çıkarak söz konusu ilkeyi geliştiriyor. Sonuç olarak Mahkeme denetim konusu düzenlemenin cezaların kişiselleştirilmesine örnek olduğuna ve anayasaya aykırı olmadığına karar veriyor.

Bunların dışında, bir toplumun ortak beklentilerinin yer aldığı, toplumun siyasi, hukuki ve sosyal yaşam biçimini düzenleyen yasal metinler veya belgelere dayanmak suretiyle de hukukun genel ilkelerini türetilir. Conseil d’Etat’nın uygulamalarını buna örnek olarak gösterebiliriz. Zira Conseil d’Etat, o zamanlar hukuki bir bağlayıcılığı olmayan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nde yer alan bir takım ilkeleri, Bildirge’ye doğrudan göndermede bulunmadan “Hukukun Genel İlkeleri Teorisi” çerçevesinde pozitif hukuk düzeni içine sokmuştur¹¹⁰.

Görüldüğü gibi bu teknikte yargıç, ilkeleri başlı başına kendisi yaratmamakta, çeşitli belgelerden ya da yasalardan yola çıkarak türetmektedir¹¹¹.

b. Sübjektif Teknik

Sübjektif teknikle hukukun genel ilkesi oluşturmada yargıcın önünde herhangi bir yasa metni yoktur. Bir hukuki kurumun niteliğinden ilkeler türetmesi de söz

¹¹⁰ GAZIER, François; GENTOT, Michel ve GENEVOIS, Bruno (1989); *a.g.m.*, 85 ve 109.

¹¹¹ ERKUT, Celal (1996); *a.g.e.*, s.26-28.

konusu değildir. Yargıç hukuk düzenine yeni bir değer kazandırmaktadır. Bu durumda yargıç mevcut hukuk düzeninin yapısından, felsefesinden etkilense de geniş bir yorum serbestisine sahiptir¹¹². Aslında burada yargıcın ham verilerden ilke türettiğini söyleyebiliriz. İlkelerin değer yargılarını içerdiğini belirtmiştik. İşte bu değer yargıları yargıcın zihninde oluşacaktır ve yargıç bunları kararlarıyla ilke görünümündeki normlara dönüştürebilecektir.

c. Teleolojik Yorum Tekniği

Bu teknik, normun taşıdığı değerın normun varması gereken amaç olduğunu kabul eder. Normu, varması gereken amaca göre yorumlar¹¹³.

Yargıç, buna göre dört şekilde hareket edebilecektir. Kapsamı açık olmayan bir normu, hukukun genel ilkeleri ışığında yorumlayabilecektir veya normun kapsamını hukukun genel ilkeleri yararına genişletme ya da genelleştirme suretiyle yorumlayacaktır. Hukuk normunu, hukukun genel ilkeleri yararına amaçsal/sözel yöntemler kullanarak da değerlendirebilecektir. Bunun dışında, hukuk normunu ihmal etmek suretiyle, hukukun genel ilkeleri yararına normu yorumlayıp dönüştürme yöntemine başvurabilecektir¹¹⁴.

Celal ERKUT'un bu üçlü ayrımı dışında hukukun genel ilkelerinin belirlenme teknikleri ile ilgili olarak birkaç hususa daha değinmek yerinde olacaktır. Öncelikle yukarıda değerlendirilen tekniklerde (kuralın içeriğini genelleştirme, kurumlardan

¹¹² ERKUT, Celal (1996); *a.g.e.*, s.28-30.

¹¹³ ÇAĞLAR, Bakır (1985); *a.g.m.*, s.188.

¹¹⁴ ERKUT, Celal (1996); *a.g.e.*, s.30-39.

yola çıkararak ilkeleri belirleme vs.) yani hukukun genel ilkelerinin belirlenmesinde, aslında genelde **tümevarım** yöntemi kullanılmaktadır¹¹⁵. Zira Mahkemeler yukarıdaki yöntemlerde, ya çeşitli kural veya hükümlerden yola çıkararak ya da kurumlardan yola çıkararak, bu kural, hüküm veya kurumların tümünün özünde var olan amaçları kapsayan genel ilkelere ulaşmaktadır.

Yine yukarıda belirttiğimiz gibi, **karşılaştırmalı hukuk** da hukukun genel ilkelerinin belirlenmesinde başvurulan araçlardan biridir. Örneğin ATAD, hukukun genel ilkelerinin belirlenmesinde çoğunlukla bu yöntemi kullanmıştır¹¹⁶. Ancak BROWNLIE'ye göre, bu yöntemde mahkemelerin, ilkeleri milli hukuklardan mekanik bir sistem sayesinde aldıklarını düşünmek yanlış olacaktır. Ona göre, (uluslararası) mahkemeler çeşitli milletlerin hukuklarını yargısal süreçte kullanmak için *hukuki akıl yürütme* ve *özel hukuk analogilerini* kullanmaktadır¹¹⁷.

¹¹⁵ bkz.: LATOURNERIE, Roger (1982), *a.g.e.*, s.49 ; EDİS, Seyfullah (1989); *a.g.e.*, s.149.

¹¹⁶ METİN, Yüksel (2008); *a.g.m.*, s.588.

¹¹⁷ BROWNLIE, Ian; **Principles of Public International Law**, New York, 2002, s.16.

2. HUKUKUN GENEL İLKELERİNİN SINIFLANDIRILMASI VE BAZI KABUL GÖRMÜŞ HUKUKUN GENEL İLKELERİ

Hukukun genel ilkeleri, öğretilerde farklı yazarlar tarafından farklı sınıflandırmalara tabi tutulmuşlardır.

Wolfgang FRIEDMANN, hukukun genel ilkelerini üçe ayırmaktadır¹¹⁸;

- a. Yorumla ilişkin genel ilkeler (*General principles of interpretation*)
- b. Prosedürel adaletin minimum standartları (*Minimum standards of procedural fairness*)
- c. Temel genel ilkeler (*Essential general principles*)

Bu sınıflandırmada, *yorumda hakkaniyet ilkesi* birinci gruba, *hiç kimsenin kendi davasında yargıç olamayacağı ilkesi* ikinci gruba, *sebepsiz zenginleşme* üçüncü gruba giren hukukun genel ilkelerindendir.

Charles ROUSSEAU ise, “İç Hukukta ve Uluslararası Hukukta Ortak Olan Hukuk Genel İlkeleri” ve “Uluslararası Hukuka Özgü Hukuk Genel İlkeleri” olmak üzere ikili bir ayrıma yer vermiştir. Yazara göre, *sebepsiz zenginleşme*, *ahde vefa* (*pacta sunt servanda*), *hakkın kötüye kullanılması*, *kazanılmış haklara saygı*, *kesinleşmiş yargı kararına saygı* vb. birinci gruba giren hukukun genel ilkeleridir. *Uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü*, *devletin bağımsızlığı*, *devletin sürekliliği*, *iç başvuru yollarının tüketilmesi*, *savaşın yasal savunma nedeniyle tarafsızlara*

¹¹⁸ FRIEDMANN, Wolfgang; *a.g.e.*, s.105 vd.

verecekleri zararlardan sorumlu tutulmaları vb. ikinci gruba giren hukukun genel ilkeleridir¹¹⁹.

Seyfullah EDİS ise “Hukuki özdeyişlerde yer alan mantık ilkeleri”, “Tümevarım yoluyla elde edilen ilkeler” ve “Siyasal rejimin yapısından çıkan ilkeler” şeklinde bir sınıflandırma yapmıştır. Buna göre, *hiç kimse sahip olduğundan fazlasını başkasına devredemez, özel kural genel kuralı geçersiz kılar, sonraki kural öncekine takaddüm eder* vb. ilkeler birinci gruba, *clasula rebus sic stantibus* (sözleşmenin yapıldığı zamandaki durumda değişiklik ortaya çıkmaması koşulu) ikinci gruba, *kamu düzeni, toplum yararı, insan haysiyeti, gizlilik alanının ve ekonomik kişiliğinin korunması, kişisel hürriyetin devredilmezliği, ailenin sağlamlığı* ilkeleri üçüncü gruba giren hukukun genel ilkelerindendir¹²⁰.

İbrahim KABOĞLU ise hukukun genel ilkelerini, konularına göre; “her yönüyle eşitlik ilkesi”, “özgürlük fikrine bağlanan ilkeler”, “hukuksal güvenliği güvence altına alan ilkeler” olmak üzere üçe ayırmıştır¹²¹.

¹¹⁹ PAZARCI, Hüseyin; **Uluslararası Hukuk**, Ankara, 2004, s.119-120.

¹²⁰ EDİS, Seyfullah (1989); *a.g.e.*, s.148-151.

¹²¹ KABOĞLU, İbrahim; **Kolektif Özgürlükler**, Diyarbakır, 1989, s.172.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN HUKUKUN GENEL İLKELERİ KONUSUNDAKİ UYGULAMASI

I. HUKUKUN GENEL İLKELERİNİN TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN ÖLÇÜ-NORM OLARAK KULLANILMASINDA ANAYASAL DAYANAK MESELESİ

Türk Anayasa Mahkemesi'nin, denetiminde ölçü tutacağı normları belirleme konusunda natüralist bir anlayışa sahip olduğunu belirtmiştik. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi'nin, hukukun genel ilkelerini de ölçü-norm olarak kullanmakta olduğunu hemen belirtelim. Bu bölümde hukukun genel ilkelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından ölçü-norm olarak kullanılmasında anayasal dayanak meselesi değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Anayasa'nın, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddesine göre; “*Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün **Anayasaya** şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler*”. Bu hükümden anlaşılaçağı üzere Anayasa, uygunluk denetiminde kullanılacak ölçü-normun “anayasa” olduğunu belirtmiş, bu denetimde başka bazı normların da esas alınması yönünde açık bir hüküm getirmemiştir. Anayasamızda, daha önce belirttiğimiz Alman Anayasası'nın “*Uluslararası hukukun genel kuralları federal hukukun ayrılmaz bir parçasıdır. Bu*

kurallar yasalardan üstündür ve federal ülkede yaşayanlar için doğrudan hak ve yükümlülükler doğururlar” hükmünü getiren 25. maddesi gibi bir hüküm de yer almamıştır. Yani yasaların bu ilkelere uygun olması gerektiğini açıkça belirten bir hüküm de Anayasamızda mevcut değildir.

Hukukun genel ilkelerinin anayasa yargısındaki işlevi incelenirken, bu ilkelerin muhakeme faaliyetine çeşitli şekillerde dâhil olabileceği belirtilmişti. Buna göre anayasada yetkilendirici bir hükmün olması veya kanunların hukukun genel ilkelerine uygun olması gerektiği yönünde bir hükmün bulunması durumunda, anayasa yargısı bu ilkeleri *bağımsız ölçü-norm* olarak kullanabiliyordu. Ancak görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi’nin hukukun genel ilkelerini anayasaya uygunluk denetiminde ölçü-norm olarak kullanmasını öngören yetkilendirici bir hüküm olmadığı gibi, kanunların ve diğer normların anayasaya uygun olması gerektiğini öngören bir hüküm de anayasada yer almamaktadır. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi hukukun genel ilkelerini bağımsız ölçü-norm olarak değil ancak *destek ölçü-norm* olarak kullanmaktadır. Hem öğretinin büyük bir kısmına hem de Anayasa Mahkemesi’nin uygulamalarına hâkim olan görüş, hukukun genel ilkelerinin (destek) ölçü-norm olarak kullanabileceği yönündedir. Peki, Anayasa Mahkemesi bunu nasıl ve neye dayanarak gerçekleştirecektir?

A. HUKUK DEVLETİ (AY. md. 2)

Hukukun genel ilkeleri teorisini uygulamak açısından Anayasa’da açık bir yetkilendirici hüküm bulamayan Türk Anayasa Mahkemesi, bu teoriyi Anayasa’da yer alan ancak içeriği belirsiz bir kavram olan “hukuk devleti” ibaresinden yola çıkarak uygulamaktadır. Bu yüzden anayasal dayanaklar kısmında öncelikle, Mahkeme’nin hâlihazırda kullandığı bu dayanağı incelemeyi ve daha sonra öğreti tarafından ileri sürülen, Mahkeme tarafından kullanılabilecek muhtemel dayanaklara yer vermeyi uygun buluyoruz.

Daha önce de belirttiğimiz gibi T.C. AY. md.2’de yer alan “hukuk devleti” ibaresi Anayasa’da yer alan belirsiz kavramlardan biridir. Bu kavramın içeriğinin ise anayasaya uygunluk denetimi ile görevli yegâne organ olan Anayasa Mahkemesi tarafından somutlaştırılması gerekmektedir. İşte Anayasa Mahkemesi, bu kavramın anlamını hukukun genel ilkeleri ile belirleme yoluna gitmiştir. Buna göre, hukukun genel ilkeleri, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Mahkeme, hukuk devleti olmanın, hukukun genel ilkelerine bağlılığı gerektirdiği düşüncesinden hareket etmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, E.1963/124 K.1963/263 sayılı ve 11.10.1963 tarihli kararında, kanunların hukukun genel ilkelerine uygun olması gereğinin, hukuk devleti olmanın bir unsuru olduğunu belirtmiştir¹²². Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi; *“Türkiye Cumhuriyeti Anayasası...2 nci maddesinde... devletimizin bir hukuk devleti olduğunu ilan etmiştir. ... Hukuk devletinde kanun koyucu organ da dâhil olmak üzere, devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir hâkimiyeti haiz olması, kanun koyucunun yasama faaliyetlerinde kendisini her zaman **Anayasa ve***

¹²² AYMKD, S.1, s.348-349.

hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması lazımdır. Zira kanunun da üstünde kanun koyucunun bozam(a)yacağı temel hukuk prensipleri ve Anayasa vardır ... Hukukun ana prensiplerine dayanmayan, devletin amacı ve varlığı sebebiyle bağdaşmayan ve sadece belli bir anda hâsıl olan geçici bir çoğunluğun sağladığı kuvvete dayanılarak çıkarılan kanunlar toplum vicdanında olumsuz tepkiler yaratır... Böyle bir kanunun kabulünü ve uygulanmasını hukuk devleti tasarrufu niteliğinde saymak da mümkün değildir” belirlemesine yer vermiştir.

O halde, Anayasa Mahkemesi’nin bu uygulamasının yerinde olup olmadığını değerlendirmekte fayda vardır. Bu noktada, “Hukuk devleti ideali, hukukun genel ilkeleri teorisini gerektirir mi?” sorusunu sormamız ve bu soruya olumlu bir cevap verebiliyorsak, “Bu gereklilik nasıl ve ne ölçüde yerine getirilmelidir?” sorusuna cevap aramamız gerekir.

Öğretinin büyük çoğunluğu birinci soruya olumlu yanıt vermekte ve bir hukuk devletinde normların hukukun genel ilkelerine uygun olması gerektiğini belirtmektedir¹²³. “Hukuk Devleti” kavramı aslında, Fransa’da ortaya çıkan ve idarenin işlemlerinin kanunlara uygun olması gereğine dayanan yasallık denetiminin, Almanya’da almış olduğu isimdir¹²⁴. Daha sonra bu kavram Almanya’da -normlar hiyerarşisi fikrinin de yardımıyla- sadece idarenin yasalara uygunluğunun yeterli olmadığı aynı zamanda yasaların da üstün norm olan anayasaya uygun olması

¹²³ VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet; “Türk Anayasası Açısından Hukuk Devleti Kuramı”, **Danıştay Dergisi**, Yıl:3, Sayı:11, s.14 ; ESEN, Bülent Nuri; **Türk Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı**, Ankara, 1966, s.41 ; ÖZKÖK, Gülriz (2002); *a.g.m.*, s.13.

¹²⁴ ÇAĞLAR, Bakır (1989); *a.g.e.*, s.166.

gerektiği şeklinde bir gelişim göstermiştir¹²⁵. Sonuçta, bu ilkeyle amaçlanan “hukukla bağlı bir devlet”tir. Her ne kadar kavramın doğuşu böyle olsa da zamanla hukuk devletinin çeşitli anlaşılış biçimleri ortaya çıkmıştır. Bunları genel olarak iki başlık altında toplamak mümkündür: **Maddi Hukuk Devleti Anlayışı** ve **Şekli Hukuk Devleti Anlayışı**. Belirtmek gerekir ki, yazılı metinler dışında yer alan birtakım haklara veya ilkelere başvurulması gereği özellikle *maddi hukuk devleti anlayışından* yola çıkılarak ileri sürülmektedir. Maddi hukuk anlayışının, Almanya’da yaşanan Nazi deneyiminden sonra ortaya çıktığı ve buna göre yasaların anayasaya bağlılık yanında hukuka da bağlı olması gerektiği, hukuka bağlılığın ise “pozitif normların üstündeki hukuka” bağlılık olduğu belirtilmektedir¹²⁶. Bu anlayış taraftarlarına göre, hukuk terimi ahlakla veya en azından adaletle bağlantılı olduğundan, eğer bir toplumsal kuruma “hukuk” etiketi yapıştırılıyorsa bu o kuruma kaçınılmaz olarak bir miktar ahlaki övgüde bulunmak anlamına gelir¹²⁷. Maddi hukuk anlayışına hâkim olan ve bunu ilkelerle ilişkilendiren esas düşünce ise şudur: Adil olmayan hukuk, hukuk değildir. İlkeler, adaletin ve hakkaniyetin gerekliliklerindendir. Adaletin gereği olarak ilkelere uygunluk; hukuka uygunluk, bunlara aykırılık; hukuka aykırılık olacaktır. O halde ilkelere uygunluk normlar için bir geçerlilik şartıdır¹²⁸. Yani bu düşünceye göre ilkeler, adalet ile var olan hukuk arasında bir bağ kuracaktır. Bu tarz bir düşünce ne kadar cezp edici olsa da, bu düşünceye “hukuki kesinlik ve öngörülebilirlik” yönünden getirilecek eleştiri aynı zamanda düşündürücüdür de.

¹²⁵ KABOĞLU, İbrahim Ö.; “Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 12, Ankara, 1990, s.141.

¹²⁶ SACHS, Michael; “Hukukun Üstünlüğü ve Hukuk Devleti”, **Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Bildiriler, 9-13 Ocak/2001, Ankara, s.623-625. Prof. SACHS, Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin Yahudilerin vatandaşlıktan çıkarılmasına yönelik “hukuk dışı” normları, baştan itibaren, yani Anayasadan bağımsız ve zaman olarak ondan önce hükümsüz kıldığını belirtmektedir.

¹²⁷ BIX, Brian H.; “Doğal Hukuk: Modern Gelenek”, Çev.: Ertuğrul UZUN, (<http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz6-2/PDF/uzun10.pdf>; E.T.: 01.07.2009), s.312, dn.81.

¹²⁸ UYGUR, Gülriz (2006); *a.g.e.*, s.5 ve s.35.

Çünkü hukuk devletinin unsurları arasında hukuki kesinlik ve öngörülebilirlik de yer almaktadır. Bu durumda hukuk devletinin yukarıdaki anlaşılış tarzından hareketle, anayasada güvence altına alınmamış her türlü hak ve özgürlüğün ya da ilkenin Anayasaya ithal edilebileceğini düşünmek, yargıcın keyfi davranma ihtimali nedeniyle, hukuki öngörülebilirliği ve kesinliği yani hukuk devleti ilkesini zedeleyebilecek niteliktedir. Nitekim Joseph RAZ da hukuk devleti düşüncesinden yola çıkıyor, ancak yukarıda yer verdiğimiz hukuk devletinin anlaşılış tarzından tamamen farklı bir sonuca varıyor:

RAZ’a göre, hukuk devleti kavramındaki “hukuk” ile “iyi hukuk” kastediliyorsa, bu durumda hukuk devletinden ne anlaşılması gerektiğini saptamak için kapsamlı bir toplum felsefesine ihtiyaç duyulacaktır –ki bu RAZ’a göre işlevsel değildir-¹²⁹. RAZ bu yüzden, kendi hukuk devleti anlayışının, hukuk kurallarının nasıl yapılacağıyla ilgili veya temel haklar, eşitlik ve adalet hakkında herhangi bir şey içermeyen şekli bir anlayış olduğunu belirtmektedir¹³⁰. RAZ, kendi (şekli) hukuk devleti anlayışının sadece kuralları esas alan ve fakat ilkeleri dışlayan bir anlayış olmadığını da belirtiyor. Ancak RAZ’ın (şekli) hukuk devleti anlayışının gerektirdiği ilkeler, maddi hukuk devleti anlayışının gerektirdiklerinden farklıdır. Buna göre RAZ, kendi hukuk devleti anlayışının gerektirdiği (müsaade ettiği) ilkelerin bir kısmının, hukukun insan davranışlarına yön veren niteliğiyle (*insanların hukuk kurallarına bakarak davranışlarını yönlendirmesi*) ilgili; hukuk kurallarının

¹²⁹ RAZ, Joseph; “Hukuk Devleti Ve Erdemi”, Çev.: Bilal CANATAN, **Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal**, Ed. Ali Rıza ÇOBAN, Bilal CANATAN ve Adnan KÜÇÜK, Ankara, Şubat 2008, s.150.

¹³⁰ UYGUR, Gülriz ; “Adalet Ve Hukuk Devleti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 1, Cilt 53, Yıl 2004, (<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2004-53-03/AUHF-2004-53-03-Uygur.pdf> ; E.T.: 01.07.2009), s.36.

anlamlarının açık olması, anlaşılır olması, bu kuralların kesin ve genel olması gibi ilkeler olduğunu belirtiyor¹³¹. Burada dikkat edilmesi gereken nokta; bu ilkelerin içerikten bağımsız oluşudur. İlkelerin diğer kısmının ise hukuk devleti idealine uymayı sağlayan ve bu idealden ayrılmaya yol açabilecek şeylerin etkinliğini azaltan; yargı bağımsızlığı, hiç kimsenin kendi davasında yargıç olamaması, duruşmaların aleni olması gibi doğal adalet ilkeleri, yargıya başvurunun ve sonuç almanın kolay olması gibi standartlar olduğunu belirtmektedir¹³².

RAZ'ın görüşlerinden yola çıkarak şu sonuca ulaşabiliriz: Hukuk kuralları içerik olarak adil olursa bu zaten karşı çıkılmayacak bir durumdur. Ama eğer hukuk kuralları adil olmazsa, ancak şekli hukuk devleti anlayışı **RAZ'ın belirttiği anlamda uygulanırsa**, en azından söz konusu kuralların uygulaması adil gerçekleşmiş olur. Yine adil kuralların uygulanmasında da, adalet, ancak yukarıdaki hususlar gözetilirse gerçekleşmiş olacaktır. İlkeler de bu anlayışta, kuralların adil uygulanmasıyla ilgili bir işlev görmektedirler.

Görüldüğü gibi, hukuk devletinin hem maddi hem de şekli anlaşılış biçimi, bu idealin gerçekleşmesi açısından, ilkelere ihtiyaç duymaktadır*. O halde, Türk Anayasa Mahkemesi'nin hukukun genel ilkelerini, hukuk devletinin gereği olarak görmesi ve denetimi sırasında bu ilkeleri ölçü-norm olarak kullanması yerindedir. Peki, Türk Anayasa Mahkemesi nasıl bir hukuk devleti anlayışına sahiptir ve bu

¹³¹ UYGUR, Gülriz (2004); *a.g.m.*, s.36.

¹³² UYGUR, Gülriz (2004); *a.g.m.*, s.36.

* Ancak maddi hukuk devleti anlayışının gerektirdiği ilkelere, bu anlayış çerçevesinde adil olan hukuk ve ahlak ile pozitif hukuk arasında bağ kurma görevi yüklenmektedir. Şekli hukuk devleti anlayışının gerektirdiği ilkeler ise, daha çok pozitif hukuk kurallarının içerikleri ile değil de, onların uygulanması ile ilgili bir işleve sahiptirler.

durum Mahkeme'nin uyguladığı hukukun genel ilkeleri teorisine nasıl yansımaktadır?

Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasamızda yer alan hukuk devleti ilkesinden yola çıkarak hukukun genel ilkeleri teorisini uygularken, aslında şekli hukuk devleti ile maddi hukuk devleti anlayışı arasında yer alan bir anlayış sergiliyor diyebiliriz. Bunun nedeni her şeyden önce, Mahkeme'nin bu teoriyi kesinlikle anayasada yer verilmemiş olan **her** hak ve özgürlüğü anayasaya ithal etmek amaçlı uygulamamasıdır. Daha sonra ayrı bir başlık altında, Türk Anayasa Mahkemesi'nin kabul ettiği hukukun genel ilkelerine yer verilecek olmakla birlikte, burada en azından Türk Anayasa Mahkemesi'nin kabul ettiği hukukun genel ilkelerinin genellikle hukuki öngörülebilirliği ve hukuki kesinliği tesis etmeye, birey temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almaya yönelik ilkeler olduğunu belirtmekle yetinelim. Ancak Türk Anayasa Mahkemesi, hukukun genel ilkeleri teorisini uygularken ve “hukuk devleti”ni tanımlarken öyle ifadeler kullanıyor ki, devletten ve onun anayasasından önce var olan ve ondan üstün olan bir hukuk fikrini kabul ettiği ve buna uygunluğun denetlenmesi gereğine inandığı izlenimini yaratıyor. Mahkeme'nin “...*kanun koyucunun yasama faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması lazımdır. Zira **kanunun da üstünde kanun koyucunun bozam(a)yacağı temel hukuk prensipleri ve Anayasa vardır...***” ifadelerine yer veren kararına yukarıda yer vermiştik. Mahkeme E.2000/15 K.2001/73 sayılı ve 17.04.2001 tarihli kararında ise şu ifadeleri kullanmıştır: “*Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ... yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu*

bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasakoyucu, yalnız yasaların Anayasa'ya değil, **Anayasa'nın da evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür**¹³³". Yine Mahkeme, E.2001/361 K.2001/106 sayılı ve 18.07.2001 tarihli kararında "**Anayasa kuralları etki ve değer bakımından eşit olup, hangi nedenle olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından, bunların bir arada ve hukukun genel kuralları gözönünde tutularak uygulanmaları zorunludur**" ifadelerine yer vermiştir¹³⁴. Ve son olarak Mahkeme E.1966/19 K. 1968/25 sayılı ve 18-19.06.1968 tarihli kararında "**Kanunların Anayasaya uygunluğunun yargı yolu ile denetlenmesi sırasında, iptali istenen hükmün... Anayasa ilkelerine ve bu ilkelerin dayandığı genel hukuk kurallarına uygun olup olmadığının araştırılması gerekir**" ifadelerini kullanmıştır¹³⁵. Özellikle bu son ifade yani "**anayasa ilkelerinin hukukun genel ilkelerine dayanması**" ifadesi, gerçekten de Mahkeme'nin devletin koyduğu hukuktan önce var olan ve ondan üstün olan bir hukukun varlığını kabul ettiği izlenimini yaratıyor. Bu ise maddi hukuk devleti anlayışı ile uyumludur. Zira maddi hukuk devleti anlayışına devletten ve onun koyduğu anayasasından önce ve ondan üstün bir hukukun; **adil hukukun** var olduğu anlayışı hâkimdir. Anayasa Mahkemesi de, ahlak ile hukuk arasında zorunlu bir bağ kurma görevi olmasa da en azından adaleti sağlamak konusunda büyük bir işleve sahip olan hukukun genel ilkeleri teorisini uygularken bu anlayışa kendisinin de sahip olduğu duygusunu uyandıran ifadelere kararlarında yer vermektedir.

¹³³ **AYMKD**, S.37, C.1, s.532; Aynı doğrultuda: E. 2003/84 K. 2003/89 K.T. 15.10.2003, **AYMKD**, S.39, s.690.

¹³⁴ Bu karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır. Karara <http://www.anayasa.gov.tr> web adresinden ulaşılabilir.

¹³⁵ **AYMKD**, S.7, s.29.

Sonuç olarak, “hukuk devleti” ideali hukukun genel ilkeleri teorisinin uygulanmasına imkân vermektedir. Bu, hukuk devletinin hem maddi hem de şekli anlaşılış biçimleri açısından geçerlidir. Buna uygun olarak, Türk Anayasa Mahkemesi pozitif anayasa metninde yer alan “hukuk devleti” ibaresinden yola çıkarak, hukukun genel ilkeleri teorisini uygulamaktadır. Yani Mahkeme, yasaların sadece anayasaya değil aynı zamanda hukukun genel ilkelerine de uygunluğunun denetlenmesiyle, hukuk devleti idealine ulaşılabilirliğine inanmaktadır. Mahkeme bu teoriyi uygularken, her ne kadar şekli bir hukuk devleti anlayışına sahip olduğu izlenimi yaratsa da, “hukuki kesinliğin, hukukun gerçekleştirme(y)i amaçladığı bir çok değerden yalnızca biri”¹³⁶ olduğunu unutmuyor. Bu çerçevede, adil bir hukuk idealine ulaşmayı amaçlayan maddi hukuk devleti anlayışına da kapı aralamayı ihmal etmiyor.

B. YARGIÇLARIN “HUKUKA” UYGUN OLARAK KARAR VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ (AY. md. 138)

Anayasa Mahkemesi’nin AY. md.2’deki “hukuk devleti” ifadesinden yola çıkarak, hukukun genel ilkelerini destek ölçü-norm olarak kullanmasının yerinde bir uygulama olduğunu belirtmiştik. Bu başlık altında Anayasamızda bu ilkelerin destek ölçü-norm olarak kullanılmasına imkân sağlayan başka hükümlerin olup olmadığını belirlemek açısından, “Mahkemelerin Bağımsızlığı”nı düzenleyen AY. md.138 hükmü incelenilecektir.

¹³⁶ KEYMAN, Selahattin; “Hukuki Pozitivizm”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 1-4, Cilt 35, Yıl 1978, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/307/2930.pdf> ; E.T.: 01.07.2009), s.37.

1982 Anayasası md.138/1 hükmüne göre; “*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve **hukuka** uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*”. Bu hüküm büyük ölçüde benzer şekilde 1961 Anayasası’nda da yer almıştır. Hükümde, Anayasa ve kanuna yer verildikten sonra bir de, ayrıca **hukuka** yer verilmiş olması, yani yargıcın vicdani kanaatini Anayasa ve kanunların yanında ayrı bir bütün olarak hukukun da oluşturması, öğreti tarafından hukuk ile kastedilenin hukukun genel ilkeleri olduğu şeklinde yorumlanmıştır. Nitekim 1961 Anayasası’nın gerekçesinde bu husus açıkça belirtilmişti. Gerekçede, “*Hâkim hüküm verirken objektif kaidelerden başka hukuk prensiplerini de nazara alacaktır ve delillerin takdirinde ve bunun sonucunda hükme varışında vicdani kanaatine göre hareket edecektir*” ifadesine yer verilerek bu husus açıkça dile getirilmişti.

Her şeyden önce, yargıçlar için öngörölmüş olan bu hükmün Anayasaya uygunluk denetimi yapan yargıçları da kapsayacağı açıktır. Dolayısıyla anayasa yargıcısı, AY. md. 138/1 hükmünden yararlanarak, Anayasaya uygunluk denetimi sırasında yapacağı yorumlama faaliyetinde, hukukun genel ilkelerini kullanabilecektir¹³⁷. Yani AY. md.138/1 hükmü bu tür bir yorumlama faaliyetine imkân vermektedir. KABOĞLU, yargıçların kararlarında “hukuk” ölçütünü kullanabiliyor olmalarının hukukun yaratılmasında önemli bir kaynak olduğunu ve burada “hukuk” ile kastedilenin ancak “hukukun genel ilkeleri” olabileceğini

¹³⁷ 1924 Anayasası döneminde henüz Anayasa Mahkemesi kurulmamış olmakla birlikte, Anayasa’nın “Mahkemelerin Bağımsızlığı”nı düzenleyen 54. md.’si “Hâkimler bilcümle davaların muhakemesinde ve hükmünde müstakil ve her türlü müdahaleattan azade olup **ancak kanunun hükmüne tabidirler**” hükmünü içermekteydi. Bu hüküm mahkemelerin ancak lâfzî veya tarihsel yorum yapmasına imkân verir nitelikteydi. Ancak 1961 Anayasası ile Anayasa Mahkemesi’nin kurulması ve Anayasanın üstünlüğünün kabul edilmesi ile 132. md.’ye “Anayasa” ifadesi eklenmiş, ayrıca “hukuk” ifadesi de eklenerek mahkemelerin kanunun sözünden ve kanun koyucunun iradesinden başka yorum faaliyetinde hukuku da ölçü almasına imkân verilmiştir.

belirtmektedir¹³⁸. ÖZBUDUN da “hukuk”tan ayrıca söz edilmiş olmasının, salt kanuncu bir anlayışın benimsenmediğini gösterdiğini ve yazılı hukuk kurallarının yanında hukukun genel ilkelerinin de dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir¹³⁹. Aynı şekilde ESEN de, Anayasa Mahkemesi’nin 1961 AY. md. 132 hükmü gereğince, Anayasa metninin anlamının ortaya çıkabilmesi için hukukun genel ilkelerine başvurmak zorunda olduğunu belirtmektedir¹⁴⁰.

Bu görüşlere benzer bir uygulama ATAD tarafından gerçekleştirilmektedir. Eskisi kadar olmasa da hukukun genel ilkeleri teorisini sıklıkla uygulayan Divan’ın, uygulamasının dayanaklarından biri olan Avrupa Topluluğu Sözleşmesi md.164 (*şimdiki 220. madde*); “*Adalet Divanı bu Sözleşme’nin yorumlanması ve uygulanmasında hukuka uyulmasını temin eder*” hükmünü içermektedir. Bu hükümdeki “hukuk” kelimesi ile Sözleşme’nin kendisinden daha genel bir uygulamaya işaret edildiği varsayılıyor¹⁴¹ ve ATAD hukukun genel ilkelerini bu varsayımdan yola çıkarak söz konusu hükme dayandırıyor.

Ancak tüm bu açıklamalara rağmen, Anayasa Mahkemesi’nin hukukun genel ilkelerini destek ölçü-norm olarak kullanırken bu hükümden yararlanmadığını belirtmek gerekir. Gerçi Anayasa Mahkemesi’nin 1966 tarihli bir kararında “*Özel hükümle genel hüküm çatıştıkları durumlarda, genel hükmün değil, yalnız özel hükmün uygulanacağı hukukun genel kurallarındandır ve Mahkememiz*

¹³⁸ KABOĞLU, İbrahim Ö. (1991); *a.g.m.*,s.294, dn.20.

¹³⁹ ÖZBUDUN, Ergun (2005); *a.g.e.*, s.120.

¹⁴⁰ ESEN, Bülent Nuri; *Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması*, Ankara, 1972, s.81.

¹⁴¹ MIFSUD-BONNICI, Aron; “The Role of the Court of Justice in the Development of the General Principle of Community Law”, (<http://www.mifsudbonnici.com/lexnet/articles/artgenprinc.html> ; E.T.:01.07.2009).

Anayasa'nın 132. ve Anayasa Mahkemesi İ t z    n n 1. maddeleri uyarınca hukukun genel kurallarını dahi uygulamakla ödevlidir” ifadelerine yer verilmiştir. Ancak söz konusu ilke o davada uygulanma olanağı bulmamı , dolayısıyla 132. madde de dayanak olarak kullanılmamı tır¹⁴². Tabii ki, bu karar Mahkeme'nin Anayasa md.132'yi (1982 AY. md.138), hukukun genel ilkelerini uygulamak konusunda bir dayanak olarak gördüğünü belirtmesi açısından önemlidir. Ancak Mahkeme bu düşüncesine başka hiçbir kararında yer vermemiş ve hiçbir kararında hukukun genel ilkelerini destek ölçü-norm olarak kullanırken bu hükme dayanmamı tır.

Yine bir başka Anayasa Mahkemesi kararının karşı oy yazısında¹⁴³, karara muhalif kalan  yeler; *“Anayasa h kimleri dahi öbür h kimler gibi Anayasa'ya, yasa'ya hukuka ve vicdani kanılarına göre karar vermekle, Anayasa'nın 132. maddesinin birinci fıkrası gereğince, y k ml d rl r. Hukuka göre karar vermenin anlamlarından birisi dahi metinlerin yorumunda hukuk bilimince benimsenen kuralları uygulayarak karar vermektir. Metinlerin yalnızca sözüne ba lanmak, çoğu kez bizi yanlış sonuçlara götürür”* ifadelerine yer vermişlerdir.

G r ld   gibi 1961 AY md.132'de (* imdiki 138. md.*) yer alan “hukuka göre karar verme” ifadesinin yorumlama faaliyetindeki önemi kabul olunmakla birlikte, hukukun genel ilkelerinin destek ölçü-norm olarak kullanılmasında dayanak olarak alınması Mahkemece benimsenmemi tir.

¹⁴² E.1966/11, K.1966/44, k.t. 29.11.1966, **AYMKD**, S.5, s.13.

¹⁴³ E.1966/7, K.1966/46, k.t. 19.12.1966, **AYMKD**, S.5, s.35-36, (Şemsettin AK AO LU, Fazıl ULUOCAK, Recai SE K N ve L tfi  MERBA 'ın görüşlerinin yer ald   karşı oy yazısı).

Peki, neden Anayasa Mahkemesi bu hükmü dayanak olarak kullanmaktan kaçınmaktadır? Bunun nedeni, bu hükmün başka şekillerde de anlaşılma olasılığının olması nedeniyle Mahkeme'nin, kuşkulara ve eleştirilere yer vermeyen “hukuk devleti” formülünü kullanmayı daha uygun görmesi olabilir. Gerçekten de öğretide bu hükme farklı anlamlar verenler de olmuştur. Örneğin EDİS, Anayasa'nın bu hükmünde normlar arası bir hiyerarşi öngörüldüğünü belirtmektedir. Dolayısıyla mahkeme bu öncelik sırasını bozacak şekilde hukuk yaratamaz. Mahkeme ancak gerekirse hukuk kuralı yaratabilecektir. Bu ise Anayasa ve kanunda hüküm bulunmaması halinde mümkün olacaktır¹⁴⁴. EDİS'in görüşlerinin aksine, hukukun genel ilkelerinin destek ölçü-norm olarak kullanılması sırasında yargıç, Anayasa'da yer alan bir hükmü de bu ilkeler doğrultusunda yorumlamak suretiyle hukuk yaratabilmektedir.

Sonuçta Anayasa Mahkemesi'nin AY. md.138 hükmüne dayanarak hukukun genel ilkelerini destek ölçü-norm olarak kullanması mümkündür. Ancak Mahkeme, bu yola başvurmamaktadır.

C. HERKESİN “KİŞİLİĞİNE BAĞLI” TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERE SAHİP OLMASI (AY md. 12)

Hukukun genel ilkelerinin destek-ölçü norm olarak kullanılmasının Anayasal dayanakları konusunda, değinmek istediğimiz bir diğer hüküm AY. md.12'dir. Zira söz konusu hükmün de bu konuda dayanak olabileceği ileri sürülmektedir. AY.

¹⁴⁴ EDİS, Seyfullah (1989); *a.g.e.*, s.139 ve s.152.

md.12 hükmüne göre; “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir”. Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, bu maddenin Anayasa’da yazılı olmayan temel hak ve özgürlükleri, Anayasal etki alanına çekme kabiliyetine sahip olup olmadığının tartışılabilir olduğunu belirtmektedir. ALİEFENDİOĞLU’na göre Anayasa Mahkemesi, hukukun genel ilkelerini ve Anayasal değerlerde ilkeleri ölçü-norm olarak kullanırken dolaylı da olsa AY md.12 hükmüne dayanmaktadır¹⁴⁵. Yine Anayasa Mahkemesi eski üyelerinden Mustafa GÖNÜL, bu maddenin düzenlenme biçimi ve içeriğindeki özüyle doğal hukuktan yararlandığını belirtmektedir. GÖNÜL, 12. maddenin, Türk Anayasası’nda öngörülme yen durumları ya da Türkiye’nin taraf olmadığı uluslararası antlaşmalardaki hak ve özgürlükleri Anayasanın çekimleme alanına aldığını, Anayasa Mahkemesi’nin “direnme hakkı”nı tanıyarak kabul ettiğini belirtmektedir¹⁴⁶.

Hukukun genel ilkeleri, temel haklara (*eşitlik ilkesi gibi*) ilişkin olabilir. Yukarıda belirttiğimiz gibi içerikten bağımsız, usule ilişkin ilkeler de söz konusu olabilir. Hukukun genel ilkelerinin, Anayasa Mahkemesi tarafından destek ölçü-norm olarak kullanılması gerektiği görüşüne katılmaktayız. Ancak bu ilkeleri ölçü-norm olarak kullanma yönteminin, her türlü hak ve özgürlüğü Anayasa ithal etmek için kullanılması tehlikeli bir durum arz edebilir. Zira temel hakların hepsinin her

¹⁴⁵ ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz; **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, Ankara, 1996 s.106.

¹⁴⁶ GÖNÜL, Mustafa; “Türk Anayasa Mahkemesi Raporu”, **Anayasal Normlar Hiyerarşisi Ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi**, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara, 7-10 Mayıs 1990, 2.Cilt, s.8.

Bu nokta da, zulme karşı direnme hakkı, her ne kadar, meşru görülse ve bir takım ahlak prensipleri bunu emretse bile hukuki olmadığını belirtmekte fayda vardır. WALINE, Marcel; “Felsefi, Hukuki ve İktisadi Pozitivizm”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Çev.: Münci KAPANI, Sayı 1-2, Cilt 8, Yıl 1951, (<http://auhf.ankara.edu.tr/auhfd/auhf-dergisi/yil-1951-cilt-8-sayi-1-4/> ; E.T.: 07.07.2009), s.181.

Ülkede kabul görmesi mümkün değildir. Anayasalarca bireylere, “temel hak” olarak tanınan haklar belli bir dünya görüşü veya belli bir eğilimin sonucu olarak ülkeden ülkeye değişebilecektir. Acaba “uygar milletlerce benimsenmiş” olmak ile kastedilen liberal batı ülkelerince kabul edilmiş olmak mıdır? Kuşkusuz olmamalıdır. Yani sonuç olarak, temel haklar, her zaman, bir hukukun genel ilkesi olmak noktasında “evrensel olma” niteliğini taşımayabilirler. Bu durumda temel hakların Anayasa’nın çekimleme alanına sokulması, yargıcın değer tercihlerinden etkilenmesi noktasında tehlikeli bir durum arz edebilecektir. Nitekim yukarıda Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi’nin “due process of law” uygulamasına kısaca değinmiştik. Mahkeme anayasada yer alan bu ilkeye dayanarak usuli birtakım ilkelerin yanı sıra anayasada yer almayan bir takım hakları da anayasanın kapsamına dâhil etmiştir. Böyle bir uygulamaya gidilmesinde Amerikan Anayasası’nın oldukça kısa bir anayasa olmasının ve geniş bir haklar kataloguna anayasada yer verilmemesinin payı büyük olmasına rağmen, Mahkeme eleştirilmiştir. Çünkü Mahkeme, due process yoluyla birçok hakkı anayasallaştırma yoluna giderken, toplumun ihtiyaç ve isteklerine kendi doğrularına göre cevap vermeye alıřmıřtır¹⁴⁷. Bizce bu yüzden, Anayasa Mahkemesi, hukukun genel ilkeleri teorisini anayasada yer almayan hakları anayasallaştırma amacıyla kullanmaktan ekinmelidir. Bu yola, *istisnai olarak*, eşitlik gibi gerçekten evrensel olma durumuna erişmiş hak ve ilkeler için başvurulması daha uygun görünmektedir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi’nin hukukun genel ilkeleri teorisini uygulamak için AY. md. 12 hükmüne dayanmasına da gerek yoktur.

¹⁴⁷ ALTIPARMAK, Kerem (1996); *a.g.m.*, s.240.

Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında hukukun genel ilkelerine değinirken, bu ilkelerden “hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkeleri” şeklinde bahsetmektedir¹⁴⁸. Burada yer alan “*tüm uygar ülkelerce benimsenme*” kıstası, yukarıda da belirttiğimiz gibi “genel olma” kıstasını anlamlandırmada önemli bir işleve sahiptir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi tarafından ölçü-norm olarak kullanılacak olan hukukun genel ilkelerini oldukça sınırlayıcıdır. Bu çerçevede, bir hak gerçekten neredeyse tüm ülkelerce benimsenmiş olabilir, hatta bu ülkeler tarafından kutsal da görülebilir. Buna örnek olarak mülkiyet hakkını verebiliriz. Ancak bu, söz konusu hakkın bir hukukun genel ilkesi niteliği taşımasına yetmeyecektir. Zira uygarlıkla anlatılmak istenen bu değildir. Bu hususlara daha önce yer vermiş ve usulü değil de maddeyi düzenleyen konularda ortak bir hukuk anlayışına sahip olunmasının zor olduğunu belirtmiştik. Bunu şöyle açıklayabiliriz: Hukuk Felsefesi’nde “Nötr İlkeler” de denilen ilkeler teorisine yöneltilen en büyük eleştiri onun özellikle liberal değerlerle bağdaşan “iyi” anlayışlarını ön plana çıkaracağı konusunda olmaktadır. Ama ilkeler de değerden bağımsız olamazlar. O halde John RAWLS’un nötrlüğün değerlerle ilişkili olan anlamını belirlemek için yaptığı, “prosedürel nötrlük”-“amaçsal nötrlük” ayırımına değinebiliriz. Bu ayırmada, prosedürel nötrlük, prosedürü meşrulaştıran veya haklı gösteren, tarafsızlık, tutarlılık gibi değerlerle ilgilidir¹⁴⁹. İşte her ne kadar değerle ilişkili olsa bile, kuralların içeriğinin nasıl olacağıyla ilgili olmayan, usule ilişkin olan bu hukuk ilkeleri, benimsediği dünya görüşü ne olursa olsun tüm uygar ülkelerde mevcut olacaktır. Bunların içine ise bütün hakları sokmak mümkün değildir.

¹⁴⁸ AYM E.1963/166, K.1964/76, k.t. 22.12.1964, **AYMKD**, S.2, s.237; E.1985/31, K.1986/11, k.t.27.03.1986, **AYMKD**, S.22, s.119.

¹⁴⁹ UYGUR, Gülriz; “Nötr İlkeler ve Hukuk”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, 16. Kitap, “Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-III” Sempozyum Bildirileri (7-9 Eylül 2006, İstanbul), İstanbul, 2007, s.334 ve 338.

Kısacası, hukukun genel ilkelerini, destek ölçü-norm olarak kullanmak için AY md.12'ye dayanılması uygun ve mümkün görünmemektedir. Zira hüküm temel haklara ilişkindir ve eğer çekimleme gücüne sahipse sadece temel haklara ilişkin olan hukuk ilkelerini etki alanına çekecektir. Bu ise, yukarıda açıkladığımız sebeplerle, Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği “hukukun tüm uygar ülkelerince benimsenmiş ilkeleri” kapsamında değerlendirilemeyecektir.

D. ANAYASANIN “YORUM” KONUSUNDA HÜKÜMLER İÇEREN ÇEŞİTLİ MADDELERİNİN BİRLİKTE DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa yargısı adını verdiğimiz muhakeme faaliyetinde “norm” ve “yorumlama” meselelerinin önem taşıdığını belirtmiştik. Bu durumda, hukukun genel ilkelerinin muhakeme sürecine dâhil olmalarının anayasal dayanaklarının değerlendirildiği bu kısımda, son olarak anayasanın yorumlanmasına ilişkin bizzat anayasada yer alan hükümleri değerlendirmekte fayda vardır.

Bu çerçevede Anayasa'nın Başlangıç Kısmı, 13, 14 ve 174. maddeleri değerlendirilmeye çalışılacaktır. Buna göre:

Anayasa'nın Başlangıç Kısmı; “...bu Anayasa... Türkiye Cumhuriyetinin... **çağdaş medeniyet** düzeyine ulaşma azmi yönünde; ... hiçbir faaliyetin Atatürk... ilke ve inkılapları ve **medeniyetçiliğinin** karşısında koruma göremeyeceği; Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak... **medeniyet ve hukuk düzeni** içinde onurlu bir hayat sürdürme... hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu; FİKİR, İNANÇ VE

KARARIYLA anlaşılmalı, *sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp* uygulanmak üzere...” hükmünü getirmektedir.

Anayasa madde 13’te, temel hak ve özgürlüklere kanunla getirilecek sınırlamaların Anayasanın *sözüne ve ruhuna aykırı olamayacağı* belirtilmektedir.

Anayasa’nın 14. maddesi ise, Anayasa hükümlerinin Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesi veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılması sonucunu doğuracak şekilde yorumlanamaması direktifini vermektedir.

Anayasa’nın 174. maddesi ise, Anayasa’nın hiçbir hükmünün, Türk toplumunu *çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma* ve Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini koruma amacını güden inkılâp kanunlarının, Anayasa’nın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasa’ya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağı hükmünü getirmektedir.

Her şeyden önce Başlangıç Kısmı ve 13. maddede geçen “Anayasanın ruhu” ifadesi ile kastedilen, anayasanın bütününden çıkan anlamdır. Yani bu hükümler, anayasanın sistematik yorumu ile bütününden çıkan anlama sadık kalınması gereğini ifade etmektedirler. Yukarıdaki hükümler birlikte değerlendirildiğinde, Anayasaya uygunluk denetimi faaliyeti sonucunda anayasa hükümlerinin hiçbirinin “çağdaş uygarlık seviyesine ulaşma” amacına ve bunun gereklerine aykırı olarak yorumlanamayacağı anlaşılmaktadır. Yani Anayasanın ruhuna hâkim olan

düşüncelerden biri budur. “Hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerce kabul edilmiş genel ilkeleri”nin yorum yoluyla Anayasanın kapsamına dâhil edilmesi, Anayasa hükümlerinin bu ilkeler ışığında değerlendirilmesi, anayasanın bütününden çıkan bu anlama (ruhuna) uygun olacaktır.

II. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN KARARLARINDA YER VERDİĞİ HUKUKUN GENEL İLKELERİ

A. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 1961 ANAYASASI DÖNEMİNDEKİ UYGULAMASI

Bu bölümde Türk Anayasa Mahkemesi'nin, 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu kararları ile hukukun genel ilkeleri teorisine nasıl yaklaştığı incelenilecektir. Bilindiği gibi, Türk Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası ile kurulmuştur. Bu tarihte kurulan Mahkeme, ilk kararlarını 1962 yılında vermiştir. Mahkeme, kararlarını vermeye başladığı 1962 yılında, hukukun genel ilkeleri teorisine yer vermemiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu yıl vermiş olduğu bir kararda Mahkeme üyelerinden ikisinin yazmış olduğu karşı oy yazısında hukukun genel ilkelerine değinilmiştir¹⁵⁰. 1963 yılından itibaren ise hukukun genel ilkelerine Mahkeme'nin vermiş olduğu çeşitli kararların hem hüküm kısımlarında hem de karşı oy yazılarında rastlıyoruz.

O halde, Mahkeme'nin kararlarında yer verdiği hukukun genel ilkelerini ayrı başlıklar altında değerlendirmekte yarar vardır. Ancak değerlendirmeye geçmeden önce şu hususu belirtmek gerekir: Bir ilkenin hukukun genel ilkesi olup olmadığı konusu her zaman tartışmaya açıktır. Dolayısıyla, burada yalnızca Türk Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında açıkça hukukun genel ilkesi olduğunu belirttiği ilkelere değinilecek ve Mahkeme'nin bu ilkeler konusundaki uygulaması değerlendirilecektir

¹⁵⁰ E.1962/211, K.1962/121, k.t. 26.12.1962, **AYMKD**, S.1, s.48, "Ayıca bilirkişinin tarafsız olması da hukukun temel kurallarındandır". (Celalettin KURALMEN ve İhsan KEÇECİOĞLU'nun karşı oy yazıları).

1. Kazanılmış Haklara Saygı İlkesi

Kazanılmış haklara saygı ilkesinin uygar milletlerce tanınmış bir hukukun genel ilkesi olduğu düşüncesi genel olarak kabul görmektedir. Birçok kaynakta söz konusu ilke, hukukun genel ilkelerine örnek olarak gösterilmektedir¹⁵¹. Bu ilke “önceden yürürlükte bulunan hükümlere göre bir kişi yararına var olan bir hakkın, sonradan çıkartılan hükümlerle çiğnenememesi” olarak tanımlanabilir¹⁵². Öğretide ERDOĞAN ve ULUSOY’un da belirttiği gibi böyle bir ilkenin kabulü ile amaçlanan hukuk güvenliğinin ve hukuki istikrarın sağlanmasıdır¹⁵³. Kazanılmış haklara saygı ilkesi gereğince, yürürlüğe yeni giren norm, eskiden yürürlükte olan norma uygun olarak elde edilmiş haklara ne geçmişe etki ederek dokunabilecek, ne de geleceğe dönük olarak bu hakları ortadan kaldıracaktır¹⁵⁴. Yani kazanılmış haklara saygı ilkesinde, yeni normun belli haklar açısından hem geçmişe hem de geleceğe etki etmesi yasaklanmaktadır.

Kazanılmış haklara saygı ilkesi 1961 Anayasası’nda yer almamıştır. Fakat Anayasa Mahkemesi, buna rağmen kanunların ve diğer denetime tabii normların anayasaya uygunluğunu incelerken, söz konusu normların bu ilkeyi ihlal edip etmediğini araştırmıştır. Bu ilkeyi ihlal ettiği kanısına vardığı normların ise iptali yoluna gitmiştir. Mahkeme, Anayasa’da açıkça yer almayan bu ilkeyi Anayasa’nın kapsamına sokarken hukukun genel ilkeleri teorisinden yararlanmıştır.

¹⁵¹ ERDOĞAN, Mustafa (2005); *a.g.e.*, s.134 ; PAZARCI, Hüseyin (2004); *a.g.e.*, s.119.

¹⁵² YILMAZ, Ejder; **Hukuk Sözlüğü**, Ankara, 2003, s.367.

¹⁵³ ERDOĞAN, Mustafa (2005); *a.g.e.*, s.132-133 ; ULUSOY, Ali; **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Ankara, 2004, s.177.

¹⁵⁴ DUPEYROUX, O; **La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs**, Thèse, Toulouse, 1954, s.95. Aktaran: TAN, Turgut; **İdari İşlemin Geri Alınması**, Ankara, 1970, s.59-60.

Anayasa Mahkemesi, kazanılmış haklara saygı ilkesini hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul etmiştir. Nitekim Mahkeme'nin 1963 yılında vermiş olduğu bir karara göre; *“Bu hük(üm) birinci sınıf hâkimlikten Bakanlık hizmetine alınanların kazanılmış haklarını saklı tutmaktadır. **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.** Kaldı ki Anayasa'nın Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğunu belirten 2 nci ve insanın maddi varlığını geliştirme hakkını temel haklardan sayan 14 üncü maddeleri bu kuralın kanunlarımızda yer almasını destekleyen bir niteliktedir”¹⁵⁵.*

Ancak Anayasa Mahkemesi'nin, hukukun genel ilkesi olarak kabul ettiği kazanılmış haklara saygı ilkesine aykırı bulduğu normları iptal ederken, bu ilkeyi doğrudan ölçü-norm olarak almadığını ve iptal hükmünü Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan “Hukuk Devleti” ilkesine dayandırdığını belirtmek gerekir. Yani Anayasa Mahkemesi, hukukun genel ilkelerinin “Hukuk Devleti”nin bir gereği olduğunu kabul etmekte ve bir hukukun genel ilkesi olan kazanılmış haklara saygı ilkesinin, Anayasa'nın açıkça güvence altına aldığı hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olduğu sonucuna varmaktadır. Mahkeme, bu sonuca Anayasa'da yer alan hukuk devleti ilkesini yorumlayarak ulaşmaktadır. Nitekim Mahkeme'nin vermiş olduğu bir başka kararında bu durum açıkça görülmektedir¹⁵⁶. Mahkeme, kararda ilk önce hukuk devletinden ne anladığını açıklıyor ve bunun hukukun genel ilkelerini de gerektiren bir hüküm olduğu kanısına varıyor: *“Hukuk devletinde kanun koyucu organ da dâhil olmak üzere, devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir hâkimiyeti haiz olması, kanun koyucunun yasama faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün*

¹⁵⁵ E.1963/106, K.1963/270, k.t. 11.11.1963, **AYMKD**, S.1, s.383.

¹⁵⁶ E.1963/124, K.1963/243, k.t. 11.10.1963, **AYMKD**, S.1, s.348-349.

kuralları ile bağı tutması lâzımdır. Zira kanunun da üstünde kanun koyucunun bozam(a)yacağı temel hukuk prensipleri ve Anayasa vardır ve kanun koyucu bunlardan uzaklaştığı takdirde meşru olmayan bir tasarrufta bulunmuş olur. Hukukun ana prensiplerine dayanmayan, devletin amacı ve varlığı sebebiyle bağdaşmayan ve sadece belli bir anda hâsıl olan geçici bir çoğunluğun sağladığı kuvvete dayanılarak çıkarılan kanunlar toplum vicdanında olumsuz tepkiler yaratır. Böyle bir kanun hukukun yüceliğini temsil etmez. Böyle bir kanunun kabulünü ve uygulanmasını hukuk devleti tasarrufu niteliğinde saymak da mümkün değildir. Bu bakımdan 6195 sayılı kanun, aşağıda belirtilen sebeplerle her şeyden önce Anayasamızın Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu ilkesine aykırılık gösterir”. Daha sonra Mahkeme, 6195 sayılı kanunun hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunu şu sözlerle ifade ediyor: “6195 sayılı kanun bu hükümlerle karşılaştırılarak incelendiği zaman bu kanunun kamu yararına olarak geleceği düzenleyici, mücerret şahsi olmayan, genel hukuk kuralları koymadığı, aksine olarak yayımlanmasından önce **kazanılmış hakları ortadan kaldıran Özel bir müsadere hükmü koyduğu** ve Cumhuriyet Halk Partisini bir takım suçlamalarla mal ve mülkünden keyfi olarak yoksun etmek amacını taşıdığı açıkça görülmektedir. **Bu tutum hukukun ana prensipleri ve Anayasa hükümleri ile bağdaştırılması mümkün olmayan keyfi bir tasarruftur**”. Sonuç olarak Mahkeme, kazanılmış haklara saygı ilkesini zedeleyen bu kanunu Anayasa’nın 2. maddesine (ve ilgili diğer maddelere) aykırı bularak iptal ediyor.

Yine Mahkeme’nin bir diğer kararına göre; “Emeklilik hakkından yoksun bırakmayı öngören söz konusu hüküm, **genel hukuk esaslarından ve hatta hukuk devleti ilkesinin gereklerinden olan kazanılmış hak kavramını zedelemekle birlikte yukarıda açıklandığı gibi sosyal güvenlik ilkesini de kayıtlamaktadır**”¹⁵⁷.

¹⁵⁷ E.1963/138, K.1964/71, k.t. 11.12.1964, AYMKD, S.2, s.216.

Bir başka kararında ise Mahkeme, denetlediği kanunun *“hukukun genel esaslarından olan kazanılmış hak kavramına dokunan bir yönü”* olmadığına karar vermiştir¹⁵⁸.

Anayasa Mahkemesi’nin 1961 Anayasası döneminde kazanılmış haklarla ilgili vermiş olduğu kararlar incelendiğinde, Mahkeme’nin her zaman açıkça *“hukukun genel ilkeleri”*nden bahsetmediğini görüyoruz. Mahkeme zaman zaman, kazanılmış haklara saygı ilkesinin –bu ilkenin bir hukukun genel ilkesi olduğunu açıkça belirtmeden- hukuk devletinin bir gereği olduğunu belirterek, denetlediği normun Anayasa madde 2’yi ihlal ettiğine veya etmediğine karar vermiştir¹⁵⁹.

Anayasa Mahkemesi, bu dönem vermiş olduğu kararlardan birinde kazanılmış haklara saygı ilkesini *“bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunması”* olarak tanımlamıştır¹⁶⁰. Mahkeme, anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici tasarruflar ile öngörülmüş nesnel ve genel durumların, kişisel duruma yani subjektif bir hak durumuna dönüşmesini, kazanılmış hakkın doğuş koşulu olarak öngörmüştür¹⁶¹. Anayasa Mahkemesi’ne göre, bir hukuk devletinde kazanılmış haklar korunmalıdır. Ancak Mahkeme, bu korumanın mutlak bir koruma olmadığını ve istisnai olarak

¹⁵⁸ E.1964/47, K.1965/8, k.t. 18.02.1965, **AYMKD**, S.3, s.33.

¹⁵⁹ E.1963/144, K.1967/6, k.t. 14.02.1967, **AYMKD**, S.5, s.49; E.1966/11, K.1966/44, k.t. 29.11.1966, **AYMKD**, S.5, s.11-12; E.1967/41, K.1969/57, k.t. 23,24 ve 25.10.1969, **AYMKD**, S.8, s.58; E.1968/38, K.1969/34, k.t. 12.06.1969, **AYMKD**, S.7, s.346; E.1971/58, K.1972/22, k.t. 09.05.1972, **AYMKD**, S.9, s.541; E.1974/18, K.1974/42, k.t. 08.10.1974, **AYMKD**, S.12, s.372; E.1976/45, K.1977/1, k.t. 13.01.1977, **AYMKD**, S.15, s.49; E.1976/51, K.1977/16, k.t. 10.03.1977, **AYMKD**, S.15, s.228-229; E. 1979/26, K.1980/1, k.t. 15.01.1980, **AYMKD**, S.18, s.52; E.1979/30, K.1980/2, k.t. 15.01.1980, **AYMKD**, S.18, s.64.

¹⁶⁰ E.1976/51, K.1977/16, k.t. 10.03.1977, **AYMKD**, S.15, s.228-229.

¹⁶¹ E.1976/45, K.1977/1, k.t. 13.01.1977, **AYMKD**, S.15, s.49; E.1976/51, K.1977/16, k.t. 10.03.1977, **AYMKD**, S.15, s.49.

kamu düzeni ve/veya *kamu yararının* gerektirdiği hallerde, Devlet tarafından kazanılmış haklara dokunulmasının ve bu hakların geri alınmasının mümkün olduğunu belirtmektedir¹⁶². Mahkeme, kamu yararı ve kamu düzeninin yanı sıra, bir diğer kararında, kazanılmış haklara Devlet tarafından müdahale edilmesinin **“haklı bir neden”**e dayanması gerektiğini belirtmiş, *"Bakanlık merkez teşkilâtında doğabilecek sürtüşmelerde Bakana sorunu çözüm kolaylığı sağlanm(ası)..."* gerekçesini, Noterlik Kanunu’ndan doğan bir takım kazanılmış hakların ortadan kaldırılmasını haklı gösterecek nitelik ve ağırlıkta bir gerekçe olarak görmemiştir¹⁶³.

Sonuç olarak Mahkeme, Anayasa’da açıkça yer almayan bir hukukun genel ilkesini, Anayasa’nın kapsamına sokmuş ve denetime tabii normların bu hukuk ilkesini ihlal edip etmediğini incelemiştir. Bunu yaparken kimi zaman kazanılmış haklara saygı ilkesinin bir hukukun genel ilkesi olduğunu açıkça belirtmiş, kimi zaman ise bunu belirtmeden “hukuk devletinin gereklerinden olan kazanılmış hak ilkesi” formülünü kullanmıştır. Mahkeme, kazanılmış haklarla ilgili kararlarını mutlaka pozitif anayasa hükmüne dayandırmıştır.

2. Eşitlik İlkesi

Eşitlik düşüncesi ile devletlere bireylere eşit davranılması yükümlülüğü getiren ve bireylere ise kendilerine eşit işlemde bulunulmasını talep etme hakkı veren *eşitlik ilkesi*, kendilerine neredeyse bütün hukuk düzenlerinde rastlayabilmemizi sağlayacak bir evrensellik düzeyine ulaşmış nadir düşünce ve ilkelerdendir. Eşitlik ilkesi,

¹⁶² E.1976/45, K.1977/1, k.t. 13.01.1977, **AYMKD**, S.15, s.49.

¹⁶³ E.1979/30, K.1980/2, k.t. 15.01.1980, **AYMKD**, S.18, s.65.

demokratik bir hukuk devletinin olmazsa olmaz unsurlarından olup¹⁶⁴ adalet düşüncesi ile arasında güçlü bir bağ bulunmaktadır. Yani bu ilkenin evrensel bir ilke olmanın yanı sıra aynı zamanda temel nitelikte bir ilke olduğunu da belirtmek mümkündür. O halde bu ilkenin bir hukukun genel ilkesi olduğundan şüphe edilmemesi gerekir¹⁶⁵.

ÖDEN, kanunların anayasaya uygunluğu denetiminde eşitlik ilkesini ölçü-norm olarak kullanan mahkemenin, hukuki eşitliğin biri dar ve şekli, diğeri ise geniş ve maddi olmak üzere iki farklı yorumundan birini tercih etmesinin, yapacağı yargı denetiminin derinliğine etki edeceğini belirtmektedir¹⁶⁶. Yazara göre, kanunların içeriklerine bakılmaksızın eşit olarak uygulanmaları şekli anlamdaki eşitlik ilkesine; aynı veya benzer durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlar ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranılması ise maddi anlamdaki eşitlik ilkesine karşılık gelir¹⁶⁷. Bizce, mahkemenin maddi anlamda hukuki eşitlik ilkesi yorumunu tercih etmesi ve böylelikle eşitlik ilkesini ölçü-norm olarak kullanırken yaptığı yargı denetimini derinleştirmesinde, bu ilkeyi sırf anayasal bir ilke olarak görmenin de ötesinde, hukukun temel ilkelerinden biri olarak görmesinin büyük etkisi olacaktır. Bu noktada, Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki 1961 Anayasası dönemi uygulamalarına değinmek gerekir.

¹⁶⁴ ÖDEN, Merih (2003); *a.g.e.*, s.126.

¹⁶⁵ ÖDEN, Merih (2003); *a.g.e.*, s.126.

¹⁶⁶ ÖDEN, Merih (2003); *a.g.e.*, s.162.

¹⁶⁷ ÖDEN, Merih (2003); *a.g.e.*, s.172 ve 189.

Eşitlik ilkesi 1961 Anayasası'nın 12. maddesinde açıkça öngörülmüştür. Buna göre; “*Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz*”. Hemen belirtmeliyiz ki, Anayasa Mahkemesi önüne gelen davalarda, eşitlik ilkesini ihlal ettiği ileri sürülen normların, söz konusu 12. maddeyi ihlal edip etmediğini araştırmıştır. Yani Mahkeme eşitlik ile ilgili konularda Anayasa'nın 12. maddesini ölçü-norm olarak kullanmıştır. Ayrıca Mahkeme bu dönem verdiği kararların hiçbirinde, eşitlik ilkesinin bir hukukun genel ilkesi olduğundan bahsetmemiştir.

Bu dönem, Mahkeme'nin, Anayasanın 12. maddesinde yer alan özgül ayırım yasakları (*dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayrımı*) açısından ayırım yapılmasının kesinlikle yasak olduğu, ancak onun dışında eşitliğin kanunların öngörmüş olduğu kurallar **oranında** gerçekleştirileceğini belirttiği kararlarına rastlanmakla birlikte¹⁶⁸, Mahkeme, –*diğer uygulamalarının yanı sıra*- 1980 yılında vermiş olduğu bir karar ile de Anayasa'da yazılı özgül ayırım yasaklarının dışında başka bir takım sebeplerle yapılan ayrımların da ayırım yasağı kapsamına girebileceğini kabul etmiştir. Buna göre: “*Anayasa'nın 12. maddesinin birinci fıkrası, “Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.” yolundaki buyrukla hukuksal eşitliği düzenlemiş, böylece fıkra da sayılan ya da bunlara benzeyen nedenlerle, yurttaşlara yasa önünde*

¹⁶⁸ ÖDEN, Merih (2003), *a.g.e.*, s.147; Söz konusu kararlar şunlardır: E.1967/14, K.1967/36, k.t.14.11.1967, **AYMKD**, S.5, s.172; E.1967/52, K.1968/29, k.t. 02.07.1968, **AYMKD**, S.6, s.247; E.1968/14, K.1968/35, k.t. 26.09.1968, **AYMKD**, S.7, s.62; E.1967/49, K.1968/60, k.t. 05.02.1968, **AYMKD**, S.6, s.340; E.1968/39, K.1969/15, k.t.03.04.1969, **AYMKD**, S.7, s.282; E.1968/62, K.1969/16, k.t. 03.04.1969, **AYMKD**, S.7, s.297; E.1969/8, K.1969/37, k.t. 19/06/1969, **AYMKD**, S.7, s.369.

*ayrımlı davranmayı kesin olarak yasaklamıştır*¹⁶⁹. Görüldüğü gibi Mahkeme, - Anayasa'da, 1982 Anayasası'nda yer alan “ve benzeri sebeplerle” ibaresi yer almamasına rağmen- ayırım yasağının sadece maddede sayılanlardan ibaret olduğu yolundaki içtihadının tersi yönde bir görüşe kararında yer vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin, sonradan yerleşik bir içtihat halini almış olan Anayasa madde 12'deki eşitlik ilkesi ile ilgili yorumu şöyledir: “Şunu da belirtmek gerekir ki, Kanun karşısında eşitlik demek, bütün yurttaşların h(eps)inin, her yönden aynı hükümlere bağlı tutulmaları demek değildir. Bir takım yurttaşların başka hükümlere bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise, böyle bir durumda Kanun karşısında eşitlik ilkesinin çiğnenmiş olmasından söz edilemez”¹⁷⁰. Buradan yola çıkarak Mahkeme'nin, bireylerin kanun koyucu tarafından belli nedenlere dayanılarak farklı, dolayısıyla ayırım yapan hükümlere tabi tutulabileceğini kabul ettiğini belirtmek gerekir. Yani Mahkeme eşitlik ilkesini, -ÖDEN'in ifadesiyle- kanun koyucunun yasama yetkisinin aynı zamanda sınıflandırma veya ayırım yapma yetkisini de içerdiğini dikkate alarak yorumlamakta ve maddi hukuki eşitlik yorumunu üstün tutmaktadır¹⁷¹.

Ayrıca aynı kararda görüldüğü gibi Mahkeme, kanun koyucunun çeşitli sebeplerle bireyler arasında yapacağı ayırımın “**haklı neden**”e dayanması gerektiğini belirtmekte; kararın devamında ise bu görüşünü örneklerle desteklemeye çalışmaktadır: “İnsanlar arasında yaradılış veya çalışma gücü veya sağlık bakımından veya nitelikçe buna eşit nedenler dolayıs(ı)yl(a) pek çok ayırım bulunduğu açık bir gerçektir. Örneğin, bir kadınla bir erkeğin, sakat bir kimse ile sağlam bir kimsenin, askerlik yükümü

¹⁶⁹ E.1980/28, K.1980/45, k.t. 01.07.1980, **AYMKD**, S.18, s.253.

¹⁷⁰ E.1966/11, K.1966/44, k.t.29.11.1966, **AYMKD**, S.5, s.12; E.1970/42, K.1971/30, k.t. 09.03.1971, **AYMKD**, S.9, s.376.

¹⁷¹ ÖDEN, Merih (2003); *a.g.e.*, s188.

bakımından, bir zenginle bir orta halli kimsenin belli bir vergi yükümü bakımından çok başarılı bir öğrenci ile orta başarılı bir öğrencinin başarılı öğrencilere ödenmesi gerekli bir yardım parası alacağı bakımından; başka başka hükümlere bağlı tutulmaları, eşitlik ilkesine aykırı olamaz; çünkü bu ayrı tutma, haklı nedenlerin sonucudur”¹⁷².

Anayasa Mahkemesi’nin denetiminde Anayasa’nın 12. maddesini ölçü-norm olarak kullandığını belirtmiştik. Mahkeme, bu dönem vermiş olduğu kararların birinde, denetlediği düzenlemenin eşitlik ilkesini ihlal ettiği kanısına varmasına rağmen Anayasa’nın 12. maddesinden bahsetmemiş ve düzenlemeyi iptal ederken bu maddeye dayanmamıştır¹⁷³. Mahkeme sözü geçen kararda 6570 sayılı kanunun ilgili hükümlerinin, kamu yararını sağlayıp sağlamadığını ve mülkiyet hakkının özüne dokunup dokunmadığını incelerken, kanunun “yurt(t)aşların, haklarda ve yükümlülüklerde eşitliği prensibine tamamiyle aykırı” bir sonuç doğurduğu kanısına varmıştır. Mahkeme, “6570 sayılı kanunun 2 nci ve 3 üncü maddelerinde ön görülen sınırlamalar, yukarıda belirtildiği gibi, adalete ve eşitliğe aykırı durumlar do(ğ)urduğu ve bu yüzden gayrimenkul sahibi yurttaşlar arasında huzursuzluk yarattığı ve huzursuzluk, diğer yurttaşlar üzerinde de etkilerini göstermekten geri kalmadığı cihetle, bunların artık kamu yararını sağladıkları kabul edilemez. ... Bu sebeplerle sözü geçen 2. ve 3 üncü maddelerin, Anayasa’nın 36. ve 11. maddelerine aykırı olmaları yönünden iptal edilmeleri gerekir” diyerek söz konusu düzenlemeyi iptal etmiştir. Mahkeme her ne kadar sonuç kısmında, düzenlemenin Anayasa’nın 11. ve 36. maddelerine aykırılıktan iptal edilmeleri gerektiğini belirtse de, Mahkeme’nin düzenlemeyi iptal etme gerekçelerinden biri de bu düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı görmesidir. Bunu

¹⁷² Aynı doğrultuda: E.1970/37, K.1971/29, k.t.09.03.1971, **AYMKD**, S.9, s.352; E.1970/42, K.1971/30, k.t.09.03.1971, **AYMKD**, S.9, s.376; E.1972/14, K.1972/34, k.t.22.06.1972, **AYMKD**, S.11, s.229; E.1976/51, K.1977/16, k.t.10.03.1977, **AYMKD**, S.15, s.229.

¹⁷³ E.1963/3, K.1963/67, k.t. 26.03.1963, **AYMKD**, S.1, s.126-127.

belirtirken Mahkeme'nin 12. maddeden hiç söz etmemesi, Anayasa Mahkemesi'nin bu ilkeyi sırf Anayasal bir ilke olarak değil bir hukuk devletinde uyulması gereken temel bir ilke olarak gördüğü şeklinde yorumlanmalıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, bu dönem vermiş olduğu bir takım kararlarında eşitlik ilkesinin, hukuk devletinin ana ilkelerinden biri olduğunu vurgulamıştır. Hatta Mahkeme, anayasa değişikliklerini denetlediği bazı kararlarında, geliştirmiş olduğu “esasın biçim yönünden incelenmesi” uygulamasında, Cumhuriyet'in değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez nitelikleri arasında yer alan “hukuk devleti” ilkesinin içeriğine “eşitlik ilkesi”ni de dâhil etmiş; bu ilkeyi ihlal eden anayasa değişikliğini “hukuk devleti” ilkesini değiştirmeye yönelik bir teklif olarak kabul etmiş ve Anayasa'ya biçim yönünden aykırı bularak iptal etmiştir. Bu uygulamaya örnek kararlarından birine göre; *“Hukuk devletinin ana ilkelerinden birisi de eşitliktir. Anayasa Mahkemesi 19/4/1966 günlü, 1/21 sayılı kararında "hukuk devleti hukukun üstünlüğü temeli üzerinde oturur. Kanun önünde eşitlik bu temelde esaslı bir unsurdur. Böyle bir kavram her türlü imtiyazı reddeder." denilmiştir, incelenen itiraz konusu kuralın eşitlik ilkesini bozduğu ortadadır. Şöyle ki: Bütün kamu görevlilerine ve bu arada Yargıtay ve Danıştay hâkimlerine Özlük haklarıyla ilgili olarak uygulanan idarî işlemlerden dolayı yargı yoluna başvurma hakkı tanındığı halde, adliye mahkemeleri hâkimlerine bu hak tanınmamaktadır. Bu durumun eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı herhangi bir kuşkuyla yer vermeyecek derecede açıktır. Özetlemek gerekirse; Yüksek Hâkimler Kurulu kararlarına karşı yargı yoluna başvurmayı engelleyen dava konusu "bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz." tümcesi Türkiye Cumhuriyeti niteliklerinden olan İnsan Hakları ve Hukuk Devleti ilkelerini bozmakta olduğundan Anayasanın 9. maddesindeki "değiştirilemez*

ve değiştirilmesi teklif edilemez" yasağının kapsamı içine girer; bu nedenle Anayasaya aykırıdır. Biçim yönünden iptali gerekir”¹⁷⁴.

Birinci bölümde, zaten anayasada yer alan eşitlik ilkesinin bir hukukun genel ilkesi olarak kabul edilmesinin, onun çağdaş eşitlik anlayışına göre yorumlanmasına hizmet edeceği belirtilmişti. Böyle bir yorumu yapabilen Mahkeme, bu doğrultuda eşitlik konusundaki yargısal denetimini derinleştirmiş demektir. Anayasa Mahkemesi de 1961 Anayasası döneminde genel olarak eşitliğin, maddi hukuki eşitlik olarak adlandırılabilir yorumuna üstünlük tanımış; eşitliğin sadece Anayasa maddesinde öngörülen konularda değil, aslında **genel olarak** sağlanması gereken bir ilke olduğunu kabul etmiştir. Bu durum, Mahkeme’nin eşitlik ilkesini bir hukukun genel ilkesi olarak gördüğünü açıkça göstermeyebilir. Ancak Mahkeme’nin maddenin daraltıcı bir yorum yapmaya imkân veren metnini içtihatları ile aşması, bunun yanı sıra bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti’nin, bu niteliği dolayısıyla eşitlik ilkesini temelinde barındırdığına hükmetmesi bize bu yönde bir yaklaşımı benimsediğini hissettirmektedir. Ayrıca, Mahkeme’nin eşitlik kavramını, sosyal eşitlik kavramını da içerecek şekilde kullanması, devletten sosyal eşitsizlikleri gidermek adına aktif bir müdahalenin beklendiği çağımızda¹⁷⁵, Mahkeme’nin eşitlik ilkesini, bu ilkenin çağdaş anlaşılış şekline uygun olarak yorumladığını göstermektedir.

¹⁷⁴ E.1976/43, K.1977/04, k.t. 27.01.1977, **AYMKD**, S.15, s.118; Aynı doğrultuda: E.1977/82, K.1977/117, k.t. 27.09.1977, **AYMKD**, S.15, s.456.

¹⁷⁵ ÖDEN, Merih (2003); **a.g.e.**, s.197-198.

3. Masumluk Karinesi

Masumluk karinesi, bir kimsenin –o kişi gerçekte suçlu olsa bile- hakkında yetkili organ tarafından kesin hüküm ile mahkûmiyet kararı verilene kadar suçsuz kabul edilmesi ilkesidir¹⁷⁶. Masumluk karinesinin evrensel bir hukuk ilkesi olduğu konusunda tartışma yoktur. Gerçekten de bu ilke, bugün bütün uygar devletlerce kabul edilmiş ortak bir değer haline gelmiştir¹⁷⁷. Buna karşılık, söz konusu ilke 1961 Anayasası’nda yer almamış, ancak Anayasa Mahkemesi, bu ilkenin bir genel hukuk ilkesi olmasından yola çıkarak, ilkeyi Anayasa’nın kapsamına dâhil etmiştir.

Mahkeme 1973 tarihli bir kararında masumluk karinesinin, ceza hukukunun temel kurallarından biri olduğunu vurgulamış ve bu kuralı ihlal eden düzenlemenin, Anayasa’nın “demokratik hukuk devleti” ilkesine aykırı olduğundan iptal edilmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁷⁸. Buna göre; *“Oysa (c) bendine göre, öğretim üyesi görevinden alınmıştır, onun yaşamına çok ağır etkisi olan bir işlem ortaya konmuştur. Elkoyma hali kalksa bile ilgili kesin yargı kararı getirmediğe görevine başlayamayacak, belki ekonomik ve sosyal çöküntüye uğrayacaktır. Görevine tekrar başlayabilmek için, hakkındaki suçlamaların aksini ispat etmek durumunda kalacak, yıllarca yargı mercileri önünde çaba harcayacaktır. Ceza hukukunun temel kurallarından olan "Aslolan suçsuzluk" ilkesi yerine, bunun tamamen tersi olan "Aslolan suçluluk" gibi bir ilke değer kazanacak, ilgili, üstüne atılan suçları işlemediğini kanıtlama zorunlu(lu)ğunda bırakılacaktır. 70. maddenin ikinci fıkrası, (c) bendi yönünden bu sonucu doğuracak bir*

¹⁷⁶ GOMIEN, Donna, HARRIS, David, ZWAAK, Leo; **Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter**, Germany 1996; Aktaran: FEYZİOĞLU, Metin; “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 1-4, Cilt 48, Yıl 1999, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/293/2671.pdf>; E.T.: 08.07.2009), s.140.

¹⁷⁷ FEYZİOĞLU, Metin (1999); *a.g.m.*, s.156.

¹⁷⁸ E.1973/37, K.1975/22, k.t. 11-12-13-14 ve 25.02.1975, **AYMKD**, S.13, s.149.

*nitelik göstermektedir ve bu nedenle Anayasanın 120. maddesine olduğu kadar, **demokratik hukuk devleti ilkesine de aykırıdır ve iptal edilmelidir**”.*

Mahkeme bir diğerkararında yine, masumluk karinesini ihlal eden kanunu Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir¹⁷⁹. Mahkeme iptal hükmünü, denetim konusu düzenleme hukuk devletinin gereklerinden olan hukukun genel ilkelerinden birini ihlal ettiğinden, Anayasa’nın 2. maddesine dayandırmıştır. Buna göre; *İtiraz konusu Ek 2. madde, yasa dışı kuruluşlara üye olmak suçlarının sanıklarını suçluluk karinesiyle karşı karşıya bırakarak bunları suçlu olmadığını kanıtlamaya zorlamaktadır. Suçlulukları ispatlanıncaya kadar suçsuz sayılmaları olanağından ve bu olanağı yürürlüğe koyan üstün hukuk kurallarından kimi sanıkların yararlanmalarına engel olan yasa hükümlerinin bir hakkın kullanılmasını engellemekle birlikte bireylerin hukuksal güvencelerini de yok edeceği açıktır. Bu tür yasal bir düzenlemenin hukuk devleti tanımını bütünleyen öğelerle bağdaştırılabileceğı de kuşkusuz düşünülemez. Gerçekten yasaların, Anayasaya kaynaklık eden, hukukun bilinen ve bütün uygar ülkelerde uygulanan ilkelerine de uygun olması gerektiğı, yasa koyucunun, yasama çalışmalarında, kendisini her an Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması zorunlu bulunduğı halde bu ilkelere uyulmaması da, hukuk devleti niteliğine ters düşmektedir”.*

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi tıpkı kazanılmış haklara saygı ilkesinde olduğı gibi burada da, Anayasa’da yer almayan bir ilkeyi, hukukun genel ilkesi olmasından yola çıkarak Anayasa’nın “hukuk devleti” ilkesi içerisine dâhil etmiştir.

¹⁷⁹ E.1979/38, K.1980/11, k.t. 29.01.1980, **AYMKD**, S.18, s.99-100.

4. Belli Usullere Uyularak Meydana Getirilen Bir Belgenin Değiştirilmesi Veya Kaldırılmasının Aynı Usullerden Geçirilmek Suretiyle Mümkün Olması

Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası dönemindeki uygulaması incelendiğinde, “belli usullere uyularak meydana getirilen bir belgenin değiştirilmesi veya kaldırılmasının aynı usullerden geçirilmek suretiyle mümkün olması ilkesi”nin Mahkeme tarafından bir hukukun genel ilkesi olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu ilkeyi “usulde paralellik” olarak adlandırmak herhalde yanlış olmayacaktır. Mahkeme, bu ilkenin bir hukukun genel ilkesi olduğunu çeşitli kararlarında açıkça belirtmiştir.

Mahkeme buna ilişkin ilk kararını 1969 yılında vermiştir¹⁸⁰. Kararda Anayasa Mahkemesi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun belli hükümlerinin yürürlüğe girmelerini, 1968 malî yılı içinde belirsiz bir tarihe ertelemiş bulunan 29.02.1968 günlü ve 1029 sayılı 1968 yılı Bütçe Kanunu'nun 35. maddesinin Anayasa'ya uygun olmadığına karar vermiştir. Bilindiği gibi bütçe kanunları “özel nitelikli kanun”lardandır¹⁸¹. 1961 Anayasası, bütçe kanunlarını diğer kanunlarınkinden farklı bir kabul usulüne tabii tutmuştur. Karara konu olan ve bu özel nitelikli kanunlardan biri olan 1968 yılı Bütçe Kanunu, bir hükmü ile genel nitelikli bir kanun olan 657 sayılı Kanun'un belli hükümlerinin yürürlüğe girmelerini ertelemiştir. Anayasa Mahkemesi ise kararında; “*Bütçe Kanunlarıyla öteki kanunların bu farklı nitelikleri,*

¹⁸⁰ E.1968/24, K.1969/4, k.t. 07.01.1969, **AYMKD**, S.7, s.153-154; Aynı doğrultuda: E.1974/26, K.1974/48, k.t. 21.11.1974, **AYMKD**, S.12, s.405; E.1976/32, K.1976/56, k.t. 23.12.1976, **AYMKD**, S.14, s.448; E.1978/38, K.1978/49, k.t. 02.11.1978, **AYMKD**, S.16, s.257; E.1978/40, K.1978/66, k.t. 21.12.1978, **AYMKD**, S.16, s.388.

¹⁸¹ ÖZBUDUN, Ergun (2005); *a.g.e.*, s.204.

*Büyük Millet Meclisindeki müzakere ve kabullerinde de kendilerine özgü olan değişik usullerin uygulanması zorunlu(lu)ğunu doğurmakta, yani Bütçe Kanunlarına veya Bütçe Kanunlarındaki değişikliklere ilişkin tasarıların, bütçelerin bağlı oldukları usullere uygun olarak öteki kanunlara veya bunlarda öngörülen değişikliklere ilişkin tasarıların da kanunların bağlı oldukları usuller gereğince görüşülüp kabul edilmesi, Anayasa'nın 64. maddesinde, birbirinden ayrı olarak belirtilen yetkilerin tabii bir sonucu bulunmaktadır. Kaldı ki ortada böylesine bir kanun açıklığı olmasa bile, konunun başka bir şekilde düşünülmesi ve farklı bir sonuca varılması da mümkün değildir. **Zira belli usullere uyularak meydana getirilen bir belgenin değiştirilmesinin veya kaldırılmasının aynı usullerden geçirilmek suretiyle mümkün olabilmesi, hukukun belli kurallarından birisini teşkil eder**” ifadelerine yer vererek bu düzenlemeyi iptal etmiştir. Mahkeme her ne kadar kararı Anayasa'nın 64. maddesine (ve ilgili diğer maddelere) dayanarak iptal etse de, burada bir hukukun genel ilkesine dikkat çekmiştir. Anayasa'nın 64. maddesi yalnızca TBMM'nin yetkilerini “*Kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak, Devletin bütçe ve kesin hesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabûl etmek, para basılmasına... karar vermek...*” şeklinde sıralamak suretiyle göstermektedir. Mahkeme buradan yola çıkarak Meclis'in farklı bir yetki kullanımının görünümü olan ve farklı bir usule tabii tutulan bu kanunların, kendilerinden farklı bir usulle çıkarılan diğer kanunları değiştiremeyeceği, yürürlükten kaldıramayacağı veya yürürlüklerini erteleyemeyeceği sonucuna varmıştır. Bunu yaparken vardığı sonucu bir hukukun genel ilkesi ile destekleme ihtiyacı duymuştur.*

5. Bir Hukuk Kuralının Tek Başına Değil, İçinde Bulunduğu Metnin Tümü Göz Önüne Alınarak Yorumlanması

Anayasa Mahkemesi bir kısım kararlarında kullanacağı yorum yöntemini belirlemek adına çeşitli ilkelere başvurmuştur. Başvurduğu bu ilkelerin bazılarının ise hukukun genel ilkelerinden olduğunu açıkça vurgulamıştır. İşte, bu ilkelerden birisi de “bir hukuk kuralının tek başına değil, içinde bulunduğu metnin tümü göz önüne alınarak yorumlanması” ilkesidir.

Mahkeme 1969 tarihli bir kararında bu hususu şu şekilde belirtmiştir: *“Herhangi bir hukuk kuralının tek başına değil, içinde bulunduğu metnin tümü göz önünde tutularak yorumlanması, **hukuk biliminde benimsenmiş ilkelere** olduğu için, inceleme konusu 21. maddenin ilk fıkrasındaki kuralın, bu madde içindeki ve Anayasa'nın başka maddeleri içindeki sınırlandırmalar yokmuşçasına yorumlanması, söz konusu edilemez; bundan ötürü, öğrenim ve öğretim özgürlüğünün, salt olarak öngörülmüş bulunduğu yollu bir ilke, benimsenemez”*¹⁸².

Yine Mahkeme bir diğer kararında *“Esasen bir maddenin içinde bulunan fıkra ve bentleri ayrı ayrı ele alıp inceleyerek yorum yapmak ve anlamlarını belli etmek yerine, maddenin tamamını, hatta kanunun tümünü gözeterek değerlendirmek gerektiği **genel bir hukuk kuralıdır**”* belirlemesinde bulunmuştur¹⁸³.

¹⁸² E.1969/31, K.1971/03, k.t. 12.01.1971, **AYMKD**, S.9, s.142.

¹⁸³ E.1973/37, K.1975/22, k.t. 11,12,13,14 ve 25.02.1975, **AYMKD**, S.13, s.147-148.

6. Hukukta Yapılacak Yorumlarda Sözden Çok Öze Önem Verilmesi

Anayasa Mahkemesi'nin uyguladığı yorum yöntemlerinden, açıkça bir hukukun genel ilkesi olduğunu belirttiği diğer bir ilke de “hukukta yapılacak yorumlarda sözden çok öze önem verilmesi” ilkesidir. Mahkeme “*Hukukta yapılacak yorumlarda sözden çok öze önem verilmesi ve yorumda sözün özü belirtmeğe yarayan bir araç olduğunun kesinlikle göz önünde tutulması, çağdaş hukuk biliminin benimsediği temel ilkelerdendir. Burada üniversite deyimini yorumlarken benimsediğimiz yol, öze de önem veren bir yol olmak bakımından üstün bir durumdadır; oysa yasaların yalnızca üniversite adı altında kurdukları kuruluşları üniversite saymak ve üniversite görevi yapan başka yüksek eğitim ve öğretim kurumlarını yalnızca üniversite adı altında kurulmadıkları için üniversite saymaktan kaçınmak, ancak söze ve kurumun kuruluş biçimine önem veren bir yorum olur bu da çağdaş yorum kurallarına uygun düşmez*”¹⁸⁴ diyerek bu hususu açıkça vurgulamıştır.

Görüldüğü gibi hukukun genel ilkeleri, anayasa yargısında yalnızca bağımsız ölçü-norm veya destek ölçü-norm işlevi görmemektedir. Anayasa Mahkemesi, uygulayacağı yorum yöntemini belirlerken ve denetlediği veya ölçü tuttuğu normlara bu çerçevede bir anlam verirken de hukukun genel ilkelerinden yararlanabilmektedir.

¹⁸⁴ E.1969/31, K.1971/03, k.t. 12.01.1971, **AYMKD**, S.9, s.145-146.

7. Özel Hükümün Genel Hükümden Önce Gelmesi

Anayasa Mahkemesi'ne göre özel hükümün genel hükümden önce geleceği ilkesi (*lex specialis derogat legi generali*), bir hukukun genel ilkesidir. Mahkeme 1966 yılında vermiş olduğu bir kararında bunu açıkça belirtmiştir¹⁸⁵: “*Özel hükümle genel hüküm çatıştıkları durumlarda, genel hükmün değil, yalnız özel hükmün uygulanacağı hukukun genel kurallarındandır ve Mahkememiz Anayasa'nın 132. ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 1. maddeleri uyarınca hukukun genel kurallarını dahi uygulamakla ödevlidir*”*. Burada diğer bir önemli husus, yukarıda da belirttiğimiz gibi, Mahkeme'nin Anayasa md. 132'de yer alan “hukuk”a göre karar vermeyi hukukun genel ilkelerine göre karar vermenin dayanağı olarak kabul etmesidir.

8. Genel Kuralları Kapsayan Bir Yasanın Kabul Edilmesiyle Özel Kuralları Kapsayan Yasanın Üstü Örtülü Olarak Kaldırılmış Sayılmayacağı

Anayasa Mahkemesi'ne göre genel kuralları kapsayan bir yasanın kabul edilmesiyle özel kuralları kapsayan yasanın üstü örtülü olarak kaldırılmış sayılmayacağı, hukukun genel ilkelerindendir. Buna göre; “*Genel Kuralları kapsayan*

¹⁸⁵ E.1966/11, K.1966/44, k.t. 29.11.1966, **AYMKD**, S.5, s.13.

* Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü md.1/1 ve 2: “Anayasa Mahkemesi, görevlerini, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında ve kanunlarda gösterilen esas ve usuller ve bu İçtüzük hükümleri uyarınca yerine getirir. Mahkeme, çalışma esasları ve usulleri hakkında kanunlarda ve bu İçtüzükte hüküm bulunmayan hallerde genel hukuk kurallarını uygular”, **T.C. Resmi Gazete**, 3 Ağustos 1962 Cuma, Sayı 11171. (Aynı kural 1982 Anayasası dönemine ait 2949 sayılı Kanun'a dayanan ve 03.12.1986 tarihli ve 19300 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü md.2/2'de de yer almakla birlikte, Anayasa Mahkemesi bu tarz bir uygulamaya 1982 Anayasası döneminde yer vermediğinden, bu hususa yeri gelmişken *burada* değinmek istedik.

bir Yasa'nın kabul edilmesiyle özel kuralları kapsayan Yasa'nın üstü örtülü olarak kaldırılmış sayılmayacağı, **hukukun genel kurallarındandır**. Kaldırmış bulunduğu yasaları teker teker gösteren 6186 sayılı Yasa'nın 28 inci maddesinde bildirilen yasalar arasında 4303 sayılı Yasaya, yer verilmiş değildir. Bu nedenlerle İtiraz konusu kuralı kapsayan Yasa'nın üstü örtülü olarak kaldırılmış bulunduğu kabul edilemez"¹⁸⁶. Mahkeme söz konusu ilkeyi, itiraz yolu ile önüne getirilen düzenlemenin yürürlükte olup olmadığını saptamak için kullanmıştır.

9. Sonradan Yürürlüğe Giren Kanun, Kendisine Aykırı Hükümler İçeren Önceki Kanunu Yürürlükten Kaldırır

Anayasa Mahkemesi'ne göre, *lex posterior derogat legi priori* yani “sonradan yürürlüğe giren bir kanun, kendisine aykırı hükümler içeren önceki tarihli kanunu yürürlükten kaldırır” şeklindeki ilke bir hukukun genel ilkesidir. Mahkeme'nin 1963 yılında vermiş olduğu bir karara göre; “Aynı konulara ait sonradan yürürlüğe giren kanunlardaki hükümlerle daha önceki kanunlarda mevcut hükümlerin birbirine uygun olmaması halinde sonradan konulan hükümlerin eski hükümleri kaldıracağı **hukukun bir kuralıdır**. Kaldı ki, 45 sayılı kanunun 103 üncü maddesinde “Hâkimler Kanununun ve diğer kanunların bu kanuna uym(a)yan hükümleri kaldırılmıştır” denilmektedir"¹⁸⁷. Mahkeme bu kararında, söz konusu hukukun genel ilkesini uygulamış ve dava konusu düzenlemenin yürürlükte olmadığına, bundan dolayı konusu bulunmayan iptal davasının reddine karar vermiştir.

¹⁸⁶ E.1972/14, K.1972/34, k.t.22.06.1972, **AYMKD**, S.10, s.478.

¹⁸⁷ E.1963/90, K.1963/172, k.t. 28.06.1963, **AYMKD**, S.1, s.293.

**10. Suçun İşlendiği Sırada Yürürlükte Olan Kanun İle Sonradan
Yürürlüğe Giren Kanunun Hükümleri Birbirinden Farklı İse,
Failin Lehine Olan Kanunun Uygulanacağı**

Bir normun uygulanabilmesi için her zaman, o normun yürürlükte olması yetmeyebilir ve söz konusu normun aynı zamanda uygulanabilir olması da gerekebilir¹⁸⁸. İşte ceza hukukunda geçerli olan, failin lehine olan normun uygulanması ilkesi bu duruma örnek teşkil eder. Bu ilkeye göre, suçun işlendiği tarihten sonra yürürlüğe giren norm, eğer suçun işlendiği sırada yürürlükte olan normdan farklı ve failin aleyhine bir düzenleme getiriyor ise, bu norm yürürlükte olmasına rağmen uygulanabilir nitelikte bir norm olmayacaktır. Dolayısıyla söz konusu norm, yürürlükte olmasına rağmen faile uygulanmayacaktır. Bunun yanı sıra sonradan yürürlüğe giren norm, suçun işlendiği sırada yürürlükte olan norm ile karşılaştırıldığında failin daha lehine olan bir düzenleme getiriyorsa, suç işlendiği zaman yürürlükte olmamasına rağmen uygulanma imkânı bulacaktır. Anayasa Mahkemesi'ne göre söz konu ilke bir hukukun genel ilkesidir. Mahkeme bu ilkeyi bir ölçü-norm olarak kullanmayıp, ilkeyi itiraz yolu ile önüne getirilen denetim konusu normun davada uygulanabilir nitelikte olup olmadığını belirlemek amacıyla kullanmıştır. Buna göre; *"Ceza Hukukunun temel ilkelerinden olan ve aynı zamanda Türk Ceza Yasası'nın 2. maddesinde "Bir cürüm veya kabahatin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşir olunan kanunun hükümleri birbirinden farklı ise failin lehine olan kanun tatbik ve infaz olunur." biçiminde yer alan hükme göre eski ya da yeni hükümden hangisinin sanık yararına olduğu incelenip saptanmalıdır. Her iki metnin karşılaştırılması sonucunda, ceza miktarında bir değişiklik yapılmamış olmakla birlikte, yeni metnin taşıdığı öğeler*

¹⁸⁸ TOROSLU, Nevzat ve FEYZİOĞLU, Metin; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2006, s.14.

yönünden sanık aleyhine olduğu başka açıklamayı gerektirm(e)yecek biçimde belirgin bulunduğundan, Anayasaya uygunluk denetiminin 2248 sayılı Yasa ile getirilen metin üzerinde sürdürülmesine karar verilmelidir”¹⁸⁹.

11. Mahkemelerin, Suçlulara Ceza Uygulaması Yaparken Suçun İşleniş Biçimi ve Suçlunun Durumu Gibi Nedenlere Göre, Yasa Koyucunun Öngörmüş Olduğu Ceza Hadleri Arasında Serbestçe Ceza Saptamak Yetkisine Sahip Olması

Yasa koyucu ceza normlarında belirli bir suç için sabit, tek bir ceza öngörmek yerine, faile verilecek cezayı –bu ceza, para cezası veya hapis cezası olabilir- belirli hadler arasında tutmayı tercih edebilir. Aslında bu çok yaygın bir tercihtir. Yargıçların, somut olayda belirli bir ceza normunu ihlal ederek suç işleyen faile ceza verirken, bu hadler arasında bir ceza tayin etmek konusunda takdir yetkisi olduğu kabul edilmektedir. Yargıç, faile bu hadler arasında bir ceza öngörürken, fail hakkındaki belli durumları dikkate alacak ve faile en uygun cezaya hükmedecektir. Aynı suçu işlemiş kişilere aynı cezanın verilmesi gerektiği hem eşitlik hem de adalet gerekçeleriyle ileri sürülebilir. Ancak, yasa koyucu tarafından faili hiç tanımaksızın öngörülmüş cezaların, fail hakkındaki çeşitli durumların (suçun işlenme şekli, failin sosyal ve psikolojik durumu vs.) dikkate alınması suretiyle, onun somut durumuna uyarlanması¹⁹⁰, kuşkusuz daha adil bir sonuç doğuracaktır. Bunu “Cezaların Bireyselleştirilmesi” olarak adlandırabiliriz.

¹⁸⁹ E.1980/45, K.1981/11, k.t. 03.02.1981, **AYMKD**, S.19, s.49.

¹⁹⁰ EREM, Faruk; “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 1, Cilt 3, Yıl 1946, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/239/2101.pdf> ; E.T.:18.06.2009), s.357.

Bu doğrultuda, Anayasa Mahkemesi, 1977 yılında vermiş olduğu bir kararda, itiraz yolu ile önüne getirilen ve 477 sayılı Kanun'un "*disiplin mahkemesi, bu kanunu uygularken, maddede yazılı cezanın aşağı ve yukarı hadleri arasında cezayı serbestçe takdir eder*" şeklindeki 41. maddesinin Anayasa'ya uygun olup olmadığını denetlemiştir¹⁹¹. Söz konusu kararda Mahkeme; "*Yurdumuzda başlıca Ceza Kanunları olan Türk Ceza Kanunu ve Askerî Ceza Kanunlarıyla "Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun" dahi aşağı ve yukarı hadler arasında değişen ceza yöntemini seçmiş bulunmaktadır. Mahkemelerin, suçlulara ceza uygulaması yaparken suçun işleniş biçimi ve suçlunun durumu gibi nedenlere göre, bu hadler arasında serbestçe ceza saptamak yetkisine sahip oldukları, ceza hukukunun en yaygın ilkelerinden biridir. Türk Ceza ve Askerî Ceza Kanunları ile Ceza Muhakemeleri Usulü ve Askerî Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunlarında bu konuda açık bir hüküm bulunmamasına karşın, uygulamada mahkemeler bu yetkiyi kuşkusuz kullanmaktadır*" diyerek denetim konusu düzenlemeyi Anayasa'ya uygun bulmuştur. Yani Mahkeme, cezaların bireyselleştirilmesi kurumunun içerisine dâhil edebileceğimiz, "mahkemelerin, suçlulara ceza uygulaması yaparken suçun işleniş biçimi ve suçlunun durumu gibi nedenlere göre, yasa koyucunun öngörmüş olduğu ceza hadleri arasında, serbestçe ceza saptamak yetkisine sahip olması"nı genel bir hukuk ilkesi olarak kabul etmiştir.

¹⁹¹ E.1977/132, K.1978/6, k.t. 26.01.1978, **AYMKD**, S.16, s.19.

12. Her İdari Uyuşmazlığın Doğduğu Tarihte Yürürlükte Bulunan Yasa Hükümlerinin Uygulanması Suretiyle Çözümüne Kavuşturulması

Anayasa Mahkemesi'ne göre, her idari uyuşmazlığın, doğduğu tarihte yürürlükte bulunan yasa hükümlerine göre çözüme kavuşturulması ilkesi, bir hukukun genel ilkesidir. Mahkeme bu ilkeyi bir ölçü-norm olarak kullanmamıştır. Mahkeme ilk inceleme safhasında, itiraz yolu ile önüne getirilen normun, itirazda bulunan mahkemede görülmekte olan davada uygulanacak norm olup olmadığını, dolayısıyla mahkemenin, Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkili olup olmadığını belirlemek adına söz konusu ilkeye başvurmuştur. Buna göre; *“Her idari uyuşmazlığın, doğduğu tarihte yürürlükte bulunan yasa hükümlerinin uygulanması suretiyle çözümlenmesi, **hukukun temel kurallarındandır. Bakılmakta olan davanın konusunu oluşturan uyuşmazlık 30/8/1974 tarihinde doğmuştur. Bu tarihte ise 926 sayılı Kanunun 49. maddesinin (b) bendi değil, ek geçici 14. maddenin (a) bendi hükmü yürürlükte bulunmaktadır... Görülüyor ki 49. maddenin (b) bendi, ancak 30/8/1975 - 30/8/1978 tarihleri arasında uygulanacak kuralları içerir biçimde düzenlenmiştir. Bu nedenle de, 30/8/1971 - 30/8/1974 tarihleri arasında uygulanma olanağı yoktur. **Bakılmakta olan davada bu hükmün uygulanma olanağı bulunmadığından, sözü geçen hükümle ilgili itiraz mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddedilmelidir*****¹⁹²”.

¹⁹² E.1977/11, K.1977/133, k.t. 13.12.1977, **AYMKD**, S.15, s.600-601.

13. Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler

Zamanaşımı süresi ve hak düşürücü süreler adını verdiğimiz hukuki kurumlar, 1961 Anayasası'nda yer almamıştır. Fakat buna rağmen Anayasa Mahkemesi, birtakım hakların zamanaşımı ve hak düşürücü sürelere bağlanmasının hukukun genel ilkelerinden olduğuna hükmetmiş ve bu kurumları öngören düzenlemelerin Anayasa hükümlerini ihlal etmediği kanısına varmıştır. Mahkeme, ilgili hak sahipleri için on yıllık bir hak düşürücü süre öngören 766 sayılı Tapulama Kanunu'nun 31. maddesinin Anayasa'ya uygunluğunu denetlediği kararında "itirazın reddi" kararını, söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın ilgili hükümlerinin yanı sıra "hukuk ilkeleri"ne de aykırı bir yönü olmadığı gerekçesine dayandırmıştır. Buna göre; *"Bütün bunlara rağmen taşınmaz ile fiilen ilişkisini kesmiş bir kimsenin, kamu düzeni gibi haklı bir nedene dayanarak kanunla makul ölçülerde konulan hak düşürücü süre içinde hakkını aramak için başvurmamış olması, o taşınmazla hukuken ilgisini de kestiğini gösterir. Çünkü zamanaşımı ve hak düşürücü süreler hukukun eskiden beri bilinen kurallarıdır ve birçok yasalarda haklı nedene dayanarak yer almışlardır. Kamu düzeninin gerektirdiği hallerde Yasa Koyucunun hak düşürücü birtakım süreler koyabileceği esası bilimsel görüşlerce de benimsemektedir. Bu nedenlerle tapulamaya dayanılarak kurulan sicillere karşı açılacak davaların hak düşürücü bir süreye bağlanmış olması hukuk ilke ve kurallarına da aykırılık teşkil etmez"*¹⁹³.

¹⁹³ E.1972/52, K.1973/5, k.t. 08.02.1973, **AYMKD**, S.11, s.120; Aynı doğrultuda: E.1973/13, K.1973/23, k.t. 03.05.1973, **AYMKD**, S.11, s.256-257.

14. Kamu Hizmetlerinin Sürekliliği ve Düzenliliği

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu iki kararında, kamu hizmetlerinin aksamadan ve belirli bir düzen içerisinde yürütülmesinin hukuk ilkelerine bağlı bir devlette uyulması gereken temel bir ilke olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, sorgu hâkimlerine tapulama davalarına bakmak üzere geçici bir yetki veren ilgili kanun hükmünün Anayasa aykırı olmadığını belirtirken, kararında bu ilkeye de yer vermiştir. Buna göre; “*Kamu hizmetlerinin düzenli ve sürekli biçimde yürütülmesi, **hukuk ilkelerine bağlı bir Devletin başta gelen görevlerindendir**. Yurttaşların hak ve hürriyetleri, mal ve can güvenlikleriyle ilgili adalet ve yargı işlerinin ise, diğerlerinden farklı ve büyük bir önemi olduğu; özellikle bu hizmetlerin görülmesinde ve yürütülmesinde, hiç bir kaygı ve kuşkuyla yer verilmemesi gerektiği tartışmasız kabul edilen gerçeklerdendir*”¹⁹⁴.

Aynı doğrultuda verdiği diğer bir kararında Mahkeme şu ifadeleri kullanmıştır: “*Sürekli nitelikte bulunan kamu işlerinin düzen değişikliği bile olsa aksamadan yürütülmesi **Anayasa düzeninin dayandığı temel ilkelerden** bulunduğu için, bu ereği sağlayacak nitelikteki kurallarda Anayasa’ya aykırılık görülmemiştir*”¹⁹⁵.

Anayasa Mahkemesi, 31.07.1970 günlü ve 1327 sayılı Kanun’un Anayasa’ya şekil yönünden aykırı olup olmadığını incelediği kararında, Cumhuriyet Senatosu Başkanının görev süresinin bitmesi nedeniyle bulunmadığı ve birleşimlerin Başkanvekilince yürütüldüğü bir sırada kabul edilen söz konusu kanunun, sırf bu

¹⁹⁴ E.1969/32, K.1969/59, k.t. 04.11.1969, **AYMKD**, S.7, s.445.

¹⁹⁵ E.1969/52, K.1972/21, k.t. 04.05.1972, **AYMKD**, S.10, s.339.

nedenle şekil yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığını kabul etmiştir. Mahkeme, Cumhuriyet Senatosu Başkanlığı görevinin herhangi bir nedenden ötürü boşaldığı bir durumda, bu görevin geçici olarak Başkanvekillerce yürütülmesinin genel hukuk kurallarına da uygun olduğunu belirtmiştir. Herhalde Mahkeme'nin bu kararda sözünü ettiği genel hukuk kuralının, kamu iş ve hizmetlerinin aksamadan ve düzenli bir şekilde yürütülmesi ilkesi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Söz konusu karar şöyledir: *“Bu duruma, yani C. Senatosu Başkanlığı boş olduğuna göre, Anayasa'nın 84. maddesine ve İçtüzük hükümlerine uygun biçimde seçilmiş bulunan başkan vekillerinin, hem Anayasa'dan aldıkları yetkiye, hem İçtüzüğün 9. maddesinin, başkanın bulunmadığı hallerde onun yetkilerinin başkan vekilleri tarafından kullanılacağına ilişkin bulunan hükmüne ve hem de genel hukuk kurallarına istinaden başkanlık görevlerini kesintisiz devam ettirmeleri gerektiğinde kuşku gösterilemez”*¹⁹⁶.

15. İşlenen Bir Suçtan Dolayı Hüküm Giymenin Bazı Hukuki Ehliyetsizlikler Meydana Getirmesi

Anayasa Mahkemesi, işlenen bir suçtan dolayı hüküm giymenin bazı hukuki ehliyetsizlikler meydana getirmesinin genel bir ceza hukuku kuralı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, sendika faaliyeti sebebiyle cezalandırılan sendika idarecisinin, denetim konusu kanuna göre kurulan kuruluşlarda belli bir süre görev alma hakkını kaybetmesinin, hakkın özüne dokunur bir düzenleme olup olmadığını incelemiştir. Bu düzenlemenin hakkın özüne dokunmayan bir düzenleme olduğu kanısına söz konusu hukuk ilkesinden yola çıkarak varmıştır. Buna göre; *“İşlenen bir*

¹⁹⁶ E.1970/49, K.1971/11, k.t. 28.01.1971, **AYMKD**, S.9, s.256; Aynı doğrultuda: E.1970/53, K.1971/76, k.t. 21.10.1971, **AYMKD**, S.10, s.52.

*suçtan dolayı hüküm giymenin bazı hukukî ehliyetsizlikler meydana getirmesi **genel ceza hukuku kurallarındandır**. Sosyal yaşama, kişiler arasında hak ve ödevlerden meydana gelmiş bir bağlılık doğurur. Bu hukukî münasebetlerde hükümlülerin başkalarına zarar vermeyecek bir duruma getirilmeleri gerektir. Bu sebeple hükümlülerin hukukî yeteneği, açık kanunî hükümlerle ve belirli hallerde sınırlanabilir”¹⁹⁷.*

16. Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği

Ceza sorumluluğunun şahsiliği, çağdaş ceza hukuku kurumlarından biridir. Bu ilkeye göre, ilkel ceza hukuku dönemindeki kolektif ceza sorumluluğu uygulamalarının aksine, bir kişinin bir başkasının suç teşkil eden ve ceza gerektiren fiilinden dolayı sorumlu tutulmaması gerekmektedir. Buna göre, herkes yalnızca kendi suç teşkil eden fiilinden sorumlu tutulacaktır. Anayasa Mahkemesi’nin uygulaması incelendiğinde, Mahkeme’nin 1961 Anayasası’nın 33. maddesinde yer alan “ceza sorumluluğunun şahsiliği” ilkesini bir hukukun genel ilkesi olarak kabul ettiği görülmektedir. Mahkeme vermiş olduğu kararlarında zaten Anayasa’da yer alan bu ilkenin genel hukuk ilkelerinden bulunduğunu vurgulamış ancak kararlarını her zaman Anayasa’nın 33. maddesine dayandırmıştır.

Anayasa Mahkemesi’ne göre; “*Ceza sorumluluğunun şahsiliği **Ceza Hukukunun temel kurallarındandır**. Bu kural, bilim alanında "cezaların yalnız suç işleyenlerle ortakları hakkında uygulanması." başka bir deyimle "herkesin, ancak kendi eyleminden sorumlu tutulabileceği, suç işlemedikçe, ya da işlenmesine katılmadıkça kimseye ceza sorumluluğu yükletilem(e)yeceği."* şeklinde tanımlanmaktadır... Burada, bir kimsenin eyleminden dolayı

¹⁹⁷ E.1963/336, K.1967/29, k.t. 26-27.09.1967, **AYMKD**, S.6, s.40.

diğer bir kimseye ceza sorumluluğu yükletiliyor gibi görülmekte ise de, gerçekte, sorumluluğun hukuki nedeni sorumlu tutulanan kendi kusuruna dayanmaktadır... İtiraz konusu hüküm, bu nedenlerle Anayasa'nın 33 üncü maddesinde belirtilen cezaların şahsiliği kuralına aykırı değildir”¹⁹⁸.

Mahkemenin bu konudaki diğer bir kararına göre; “Bu hükme göre bir köyün sınırı içindeki içme suyu tesislerini bozan kişi bulunamadığı takdir de bozulan kısım yaptırılacak ve gideri, bozulan yer hangi köyün sınırı içinde ise o köyden alınacaktır. Her ne kadar **hukukun genel kurallarına göre, bir kimsenin başkasının eyleminden sorumlu tutulam(a)yacağı, köyün de bir tüzel kişi olarak başkaları tarafından yapılan bir zararın tazmin yükümü altına sokulam(a)yacağı ileri sürülebilirse de, kişinin, kendi eyleminden, kendi kusurundan sorumlu tutulması genel ilkesi, yanında, kimi hallerde başkasının eyleminden sorumlu tutulması ilkesi de hukukça kabul edilmiş ve uygulama alanında yer almış bulunmakta ve bu nesnel, kusursuz sorum düşüncesi yerine göre değişen çeşitli maddî ve hukukî ilgi ve nedenlere dayanmaktadır”¹⁹⁹. Görüldüğü gibi, her ne kadar Mahkeme, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin bir hukukun genel ilkesi olduğunu belirtmişse de, bu ilkenin mutlak bir ilke olmadığını ve bu ilkeye zaman zaman istisnalar getirilmesinin de hukuk biliminin benimsenmiş olduğunu vurgulamıştır.**

¹⁹⁸ E.1966/14, K.1966/36, k.t. 21.09.1966, **AYMKD**, S.4, s.208; Aynı doğrultuda: E.1969/17, K.1969/49, k.t. 30.09.1969, **AYMKD**, S.7, s.399.

¹⁹⁹ E.1969/15, K.1969/53, k.t. 07.10.1969, **AYMKD**, S.7, s.421; Aynı doğrultuda: E.1969/62, K.1970/06, k.t. 27.01.1970, **AYMKD**, S.8, s.200.

B. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 1982 ANAYASASI DÖNEMİNDEKİ UYGULAMASI

Bu bölümde, Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası dönemindeki, hukukun genel ilkeleri uygulaması değerlendirilmeye çalışılacaktır. 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi tarafından hukukun genel ilkesi olarak kabul edilmiş olan bazı ilkeler, bu dönemde de Mahkeme tarafından aynı şekilde kullanılmaya devam etmiştir. Söz konusu ilkelerin tanımlamaları, Mahkeme'nin 1961 Anayasası dönemi uygulamaları incelenirken yapıldığından, bu bölümde –söz konusu ilkeler açısından- yalnızca Mahkeme'nin uygulamasına değinilecektir.

Belirtilmesi gereken diğer bir husus, Mahkeme'nin 1982 Anayasası döneminde yoğun bir şekilde kullanmış olduğu “hukuk güvenliği” (*veya hukuki güvenlik*) kavramıdır. Anayasa Mahkemesi'nin hukuk devleti ilkesini yorumladığı kararları incelendiğinde, Mahkeme'nin özellikle “hukuk güvenliği” kavramına ağırlık verdiği ve hukuk devleti ilkesini destekleyici ölçü-norm olarak kullandığı hukukun genel ilkelerinin bazılarını, hukuk devletinin temelinde yer alan hukuk güvenliği kavramından türettiği görülmektedir. Mahkeme, bu dönem vermiş olduğu kararlarında **“Hukuk güvenliği ilkesi, hukuk devletinde uyulması zorunlu olan temel ilkelerden birini oluşturmaktadır”**²⁰⁰ ifadesini sıklıkla kullanmış ve bir takım hukukun genel ilkelerini bu ilkedен çıkarmıştır. Söz konusu ilkeleri –bunlar her ne kadar aynı

²⁰⁰ E.2004/24, K.2008/165, k.t.20.11.2008, **R.G.** 10.03.2009, S.27165; E.2005/128, K.2008/54, k.t.07.02.2008, **R.G.** 01.07.2008, S.26923; E.2006/37, K.2008/141, k.t.18.09.2008, **R.G.** 23.12.2008, S.27089; E.2006/158, K.2008/150, k.t.24.09.2008, **R.G.** 29.01.2009, S.27125. (Bu kararlar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır).

kavrama hizmet etseler de- “hukuk güvenliği” tek başlığı altında incelemek yerine, her birini ayrı başlıklar altında incelemeyi uygun bulduğumuzu belirtmek isteriz.

1. Kazanılmış Haklara Saygı İlkesi

Bu başlık altında, yukarıda tanımı yapılan ve ayrıca Anayasa Mahkemesince yapılmış tanımına da yer verilen kazanılmış haklara saygı ilkesinin, 1982 Anayasası döneminde nasıl bir uygulamaya konu olduğu değerlendirilecektir.

1961 Anayasası’nda olduğu gibi, 1982 Anayasası’nda da kazanılmış haklara saygı ilkesine yer verilmemiştir. Fakat Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde de kanunların ve diğer denetime tabii normların anayasaya uygunluğunu incelerken, söz konusu normların kazanılmış haklara saygı ilkesini ihlal edip etmediğini araştırmaktadır. İlkeyi ihlal ettiği kanısına vardığı normların ise iptali yoluna gitmektedir. Mahkeme bu uygulamasında da, hukukun genel ilkeleri teorisine dayanmayı devam ettirmektedir. Bu dönem verilen kararlara baktığımızda genel olarak uygulama şu şekildedir: Anayasa Mahkemesi kazanılmış haklarla ilgili kararlarının hemen hemen hepsinde, ilk önce Devletimizin bir hukuk devleti olduğunu belirtmekte ve hukuk devletinin, hukukun genel ilkelerini gerektiren bir ilke olduğunu vurguladığı klasik tanımını yapmaktadır. Buna göre; *“Hukuk devletinde kanun koyucu da dâhil olmak üzere devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir hâkimiyeti haiz olması, kanun koyucunun yasama faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması lâzımdır. Zira kanunun da üstünde Kanun Koyucunun bozamayacağı temel hukuk prensipleri ve Anayasa vardır...”*. Mahkeme, kimi zaman hukuk devleti tanımının içerisine “hukuk güvenliği” kavramını da dâhil

etmektedir. Daha sonra Mahkeme, bir hukukun genel ilkesi olan kazanılmış haklara saygı ilkesinin hukuk devletinin²⁰¹ veya hukuk devletinin temel ilkelerinden olan hukuk güvenliği ilkesinin²⁰² bir gereği olduğunu belirtmektedir. Mahkeme'nin, kazanılmış hakların bir hukukun genel ilkesi olduğunu açıkça belirtmeden, bu ilkenin hukuk devletinin bir gereği olduğuna değindiği kararlarına ise nadir de olsa rastlanmaktadır²⁰³.

Anayasa Mahkemesi, bu dönem verdiği kararlarda kazanılmış hakları şu şekillerde tanımlamaktadır: “...“kazanılmış hak”, kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş

²⁰¹ E.1986/3, K.1986/15, k.t. 03/07/1986, **AYMKD**, S.22, s.174; E.1986/7, K.1986/16, k.t. 03.07.1986, **R.G.** 10.12.1986, S.19307, (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır); E.1986/8, K.1986/17, k.t. 03.07.1986, **R.G.** 12.10.1986, S.19307, (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır); E.1986/10, K.1986/19, k.t. 03.07.1986, **R.G.** 12.10.1986, S.19307, (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır); E.1988/34, K.1989/26, k.t. 21.06.1989, **AYMKD**, S.25, s.284-285; E.1988/36, K.1989/24, k.t. 02.06.1989, **AYMKD**, S.25, s.262; E.1991/9, K.1991/36, k.t. 08.10.1991, **AYMKD**, S.27, C.2, s.603; E.1994/85, K.1995/32, k.t. 13.07.1995, **AYMKD**, S.32, C.1, s.249; E.1994/91, K.1995/34, k.t. 18.07.1995, **AYMKD**, S.32, C.1, s.297; E.1995/6, K.1995/29, k.t. 06.07.1995, **AYMKD**, S.32, C.1, s.213; E.1995/7, K.1995/35, k.t. 18.07.1995, **AYMKD**, S.32, C.1, s.327; E.2001/34, K.2003/2, k.t. 14.01.2003, **AYMKD**, S.39, C.1, s.355-356; E.2002/112, K.2003/33, k.t. 10.04.2003, **AYMKD**, S.39, C.1, s.495; E.2003/31, K.2003/87, k.t. 08.10.2003, **AYMKD**, S.40, C.1, s.184; E.2003/60, K.2008/97, k.t. 02.05.2008, **R.G.** 30.05.2009, S.27243, (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır); E.2003/87, K.2005/110, k.t. 28.12.2005, **AYMKD**, S.43, s.27; E.2005/38, K.2008/53, k.t. 07.02.2008, **R.G.** 08.04.2008, S.26841, (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır); E.2005/51, K.2007/12, k.t. 31.01.2007, **AYMKD**, S.44, C.2, s.649; E.2005/110, K.2005/111, k.t. 29.12.2005, **AYMKD**, S.43, s.56; E.2006/52, K.2007/27, k.t. 15.03.2007, **R.G.** 21.02.2008, S.26794, (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır). Yayımlanmayan kararlara <http://www.anayasa.gov.tr> web adresinden ulaşılabilir.

²⁰² E.2000/16, K.2000/17, k.t. 20.07.2000, **AYMKD**, S.40, C.1, s.80; E.2004/24, K.2008/165, k.t. 20.11.2008, **R.G.** 10.03.2009, S.27165, (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır); E.2005/38, K.2008/53, k.t. 07.02.2008, **R.G.** 08.04.2008, S.26841, (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır); E.2005/128, K.2008/54, k.t. 07.02.2008, **R.G.** 01.07.2008, S.26923, (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır); E.2006/37, K.2008/141, k.t. 18.09.2008 (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır); E.2006/64, K.2006/54, k.t. 04.05.2006, **AYMKD**, S.43, s.270, E.2006/76, K.2008/142, k.t. 18.09.2008, **R.G.** 23.12.2008, S.27089, (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır). Yayımlanmayan kararlara <http://www.anayasa.gov.tr> web adresinden ulaşılabilir.

²⁰³ E.1994/44, K.1994/56, k.t. 18.07.1994, **AYMKD**, S.32, C.1, s.21; E.1998/10, K.1998/18, k.t. 20.05.1998, **AYMKD**, S.34, C.1, s.334; E.2001/346, K.2003/63, k.t. 11.06.2003, **AYMKD**, S.39, C.2, s.356; E.2006/158, K.2008/150, k.t. 24.09.2008, **R.G.** 29.01.2009, S.27125, (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır).

*haktır*²⁰⁴ veya “Kazanılmış hak, özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında genel olarak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunmasıdır”²⁰⁵. Mahkeme, Anayasa’da yer almayan bu ilkeyi, bir yandan hukukun genel ilkesi kabul ederek Anayasa’nın kapsamına sokarken, diğer yandan da bu ilkenin uygulanma şartlarını belirlemektedir. Anayasa Mahkemesi’ne göre, özel hukuktakinin aksine kamu hukukunda genellikle, genel ve düzenleyici işlemler hâkimdir. Dolayısıyla bu alanda bir kazanılmış hakkın doğabilmesi için, her şeyden önce “*ancak statü hukukunun olanak verdiği oranlarda ve koşullarda, genel durumun kişisel duruma dönüşmesi*” gerekmektedir ve örneğin “*kamu personeline, geçici veya sürekli görevle görevlendirilmeleri durumunda yol parası, gündelik, aile masrafı, yer değiştirme gideri, kurs yevm(i)yesi veya yol gideri olarak tazminat verilmesi biçimindeki ödemeler, statü hukukunun kişisel duruma dönüşmesinden sonra ortaya çıkan kazanılmış hak niteliğinde değildir*”²⁰⁶. Ayrıca Mahkeme’ye göre, kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın ya da borcun yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre *bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması* gerekir²⁰⁷. Yani ileriye dönük olarak beklenen haklar, kazanılmış hak

²⁰⁴ E.1999/50, K.2001/67, k.t. 03.04.2001, **AYMKD**, S.37, C.1, s.522; E.2001/346, K.2003/63, k.t. 11.06.2003, **AYMKD**, S.39, C.2, s.654; E.2003/60, K.2008/97, k.t. 02.05.2008, **R.G.** 30.05.2009, S.27243, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.2003/87, K.2005/110, k.t. 28.12.2005, **AYMKD**, S.43, s.27; E.2006/64, K.2006/54, k.t. 04.05.2006, **AYMKD**, S.43, s.273. Yayımlanmayan kararlara <http://www.anayasa.gov.tr> web adresinden ulaşılabilir.

²⁰⁵ E.2005/38, K.2008/53, k.t. 07.02.2008, **R.G.** 08.04.2008, S.26841, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.2005/51, K.2007/12, k.t. 31.01.2007, **AYMKD**, S.44, C.2, s.649; E.2005/110, K.2005/111, k.t. 29.12.2005, **AYMKD**, S.43, s.56; E.2006/52, K.2007/27, k.t. 15.03.2007, **R.G.** 21.02.2008, S.26794, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır). Yayımlanmayan kararlara <http://www.anayasa.gov.tr> web adresinden ulaşılabilir.

²⁰⁶ E.1988/12, K.1988/32, k.t. 28.09.1988, **AYMKD**, S.24, s.424.

²⁰⁷ E.1986/3, K.1986/15, k.t. 03.07.1986, **AYMKD**, S.22, s.174; E.1986/7, K.1986/16, k.t. 03.07.1986, **R.G.** 10.12.1986, S.19307, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.1986/8, K.1986/17, k.t. 03.07.1986, **R.G.** 12.10.1986, S.19307, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.1986/10, K.1986/19, k.t. 03.07.1986, **R.G.** 12.10.1986, S.19307, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.1991/9, K.1991/36, k.t. 08.10.1991, **AYMKD**, S.27, s.603; E.1994/85, K.1995/32, k.t. 13.07.1995, **AYMKD**, S.32, C.1, s.249; E.1994/91, K.1995/34, k.t. 18.07.1995, **AYMKD**, S.32, C.1, s.297; E.1995/6, K.1995/29, k.t. 06.07.1995, **AYMKD**, S.32, C.1, s.213; E.1995/7, K.1995/35, k.t. 18.07.1995, **AYMKD**, S.32, C.1, s.327-328; E.2003/87, K.2005/110,

sayılamaz²⁰⁸. Mahkeme'ye göre beklenen hak; "...eski yasa zamanında henüz tüm sonuçlarıyla doğmamış bulunan fakat doğması olasılık içinde olan haktır. Bir hakkı doğuran olayın eski yasa zamanında ortaya çıkması, hatta hakkı oluşturan öğelerden bir kısmının da eski yasa zamanında oluşması mümkündür. Fakat hak tüm sonuçlarıyla doğmamışsa, bunu doğuran olay eski yasa zamanında ortaya çıksa dahi bu olaya yeni yasa hükümleri uygulanır"²⁰⁹.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için, bu hakkın yasalara uygun olarak elde edilmesi gerekmektedir. Zira "yasalara aykırı durumlara dayanılarak kazanılmış hak iddiasında bulunulamayacağı, hukukun temel ilkelerinden birini teşkil etmektedir"²¹⁰.

Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararına göre, bir hukuk devletinde kesin hükme saygı duyulmalıdır. Zira kesin hüküm, kazanılmış haklara yol açar. Dolayısıyla, kesin hükme saygı duyuluyor olması, kazanılmış haklara da saygı duyuluyor olması anlamına gelir²¹¹.

Mahkeme'nin bir kararına göre; "Hukuk devletinin gerçek anlam ve amacı, devletin tüm işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygun yürütülmesini gerekli kılar. Anayasa'nın,

k.t. 28.12.2005, **AYMKD**, S.43, s.27; E.2005/38, K.2008/53, k.t. 07.02.2008; E.2005/51, K.2007/12, k.t. 31.01.2007, **AYMKD**, S.44, C.2, s.649; E.2005/110, K.2005/111, k.t. 29.12.2005, **AYMKD**, S.43, s.56. Yayımlanmayan kararlara <http://www.anayasa.gov.tr> web adresinden ulaşılabilir.

²⁰⁸ E.1999/50, K.2001/67, k.t. 03.04.2001, **AYMKD**, S.37, C.1, s.522; E.2001/346, K.2003/63, k.t. 11.06.2003, **AYMKD**, S.39, C.2, s.654; E.2003/60, K.2008/97, k.t. 02.05.2008, **R.G.** 30.05.2009, S.27243, (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır); E.2003/87, K.2005/110, **AYMKD**, S.43, s.28, k.t. 28.12.2005; E.2005/38, K.2008/53, k.t. 07.02.2008, **R.G.** 08.04.2008, S.26841, (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır); E.2005/51, K.2007/12, k.t. 31.01.2007, **AYMKD**, S.44, C.2, s.649; E.2005/110, K.2005/111, k.t. 29.12.2005, **AYMKD**, S.43, s.58; E.2006/76, K.2008/142, k.t. 18.09.2008, **R.G.** 23.12.2008, S.27089, (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır).

²⁰⁹ E.2006/76, K.2008/142, k.t. 18.09.2008, **R.G.** 23.12.2008, S.27089, (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır). Yayımlanmayan kararlara <http://www.anayasa.gov.tr> web adresinden ulaşılabilir.

²¹⁰ E.1985/1, K.1986/4, k.t. 25.02.1986, **AYMKD**, S.22, s.52.

²¹¹ E.1988/36, K.1989/24, k.t. 02.06.1989, **AYMKD**, S.25, s.262.

devlet faaliyetlerinin yargısal denetime bağılı olarak yürütülmesini öngörmesinin, yasama işlemlerinin de bu kapsamda olmasının nedeni budur. Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla Anayasa'ya aykırılığı saptanan bir yasaya dayanılarak ileriye yönelik hak kazanılması ve kazanılmış bir haktan söz edilmesi olanaksızdır"²¹². Yani, herhangi bir yasaya dayanarak bir hak elde etmiş olan kimse, söz konusu yasanın Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunması durumunda, bu hak yönünden kazanılmış hak iddiasında bulunamayacaktır. ÖZBUDUN'a göre bu karar, Mahkeme'nin diğer kararlarıyla kabul etmiş olduğu ve daha sonra incelenilecek olan "devlete güven" ilkesiyle çelişkiye düşmektedir²¹³.

2. Kanunların Geçmişe Yürümezliği

Her kanunun zaman yönünden bir başlangıcı ve sonu vardır; yani kanunlar belli bir zamanda yürürlüğe girerler ve belli bir zamanda ise yürürlükten kalkarlar²¹⁴. Ancak kanunların yürürlüğe girmesi ve yürürlüğe girdiği andan itibaren etki doğurması, yürürlükten kalktığı andan itibaren ise hukuk alanında etki doğurmayı kesmesi her zaman mümkün olmayabilir. Yani durum her zaman bu kadar basit değildir. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi, bir normun yürürlükte olması, onun uygulanabilmesi için yeterli değildir; aynı zamanda normun *uygulanabilir* olması da gerekmektedir²¹⁵. Bu durumda, kanunların zaman bakımından uygulanabilirliği meselesi ortaya çıkmaktadır. Kanunların zaman bakımından uygulanabilirliğinin belirlenmesinde, bunların yürürlüğe girdikleri andan itibaren ve bu tarihten sonra

²¹² E.1989/11, K.1989/48, k.t. 12.12.1989, **AYMKD**, S.25, s.433.

²¹³ ÖZBUDUN, Ergun (2005); *a.g.e.*, s.122.

²¹⁴ TOROSLU, Nevzat ve FEYZİOĞLU, Metin (2006); *a.g.e.*, s.14.

²¹⁵ TOROSLU, Nevzat ve FEYZİOĞLU, Metin (2006); *a.g.e.*, s.14.

doğacak hukuki durumlara uygulanabilmesi ve geçmişte doğmuş olan hukuki durumlara etki etmemesi şeklinde –ayrıntılılarına inmeden/üstünkörü- tanımlanabilecek, “geçmişe yürümezlik” ilkesinin genel ilke olduğu kabul edilmektedir²¹⁶.

Kanunların geçmişe yürümezliği ilkesi, ceza kanunları ile ilgili 38. madde hükmü dışında, Anayasa’da pozitif olarak düzenlenmemiştir. Buna rağmen, bu ilkenin bir hukuk devletinde uyulması gereken genel bir ilke olduğunu kabul eden Anayasa Mahkemesi²¹⁷, söz konusu ilkenin sadece ceza kanunları için değil, bütün kanunlar için geçerli olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme bu görüşünü şu sözlerle ifade etmiştir: *“Dava dilekçesinde bu konudaki aykırılık savı, hukukun temel kurallarından “Yasaların geriye yürümezliği” ilkesine dayandırılmaktadır. Vergi alanındaki düzenlemeler de yasalarla gerçekleştirildiğinden geriye yürümezlik, vergi yasaları için de doğal bir zorunluluktur. Bu zorunluluğu kaçınılmaz kılan görüşler öğretide çoğunluk kazanmıştır. Devlete ve hukuk düzenine güven noktasında yoğunlaşan bu görüşler genelde (yöntem yasalarındaki zorunluluklar dışında) tüm yasalar için geçerli olan bir durumdur”*²¹⁸. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, denetim faaliyeti sırasında, denetime tabii normların –ceza normu dışındaki normlar da dahil olmak üzere- Anayasa’da yer almayan “kanunların geçmişe yürümezliği ilkesi”ne uygun olup olmadığını incelemektedir. Mahkeme aynı kararda, *“Geriye yürümezlik ilkesi hakkında Anayasa’da*

²¹⁶ TEZİÇ, kanunların geçmişe yürümezliği ilkesinin genel ilke olmadığını düşünmektedir. Yazara göre, eğer bu ilke genel bir ilke olsaydı, Anayasa koyucu ceza normlarının geçmişe yürümezliği ile ilgili hükmü (AY. md.38) Anayasa’ya koyma ihtiyacı duymazdı. Bkz.:TEZİÇ, Erdoğan; **Anayasa Hukuku**, İstanbul, Kasım 2007, s.55.

²¹⁷ E.2003/31, K.2003/87, k.t. 08.10.2003, **AYMKD**, S.40, C.1, s.152; E.2004/14, K.2004/84, k.t. 23.06.2004, **AYMKD**, S.41, s.206; E.2004/24, K.2008/165, k.t.20.11.2008, **R.G.** 10.03.2009, s.27165, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.2005/128, K.2008/54, k.t.07.02.2008, **R.G.** 01.07.2008, s.26293, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.2006/37, K.2008/141, k.t.18.09.2008, **R.G.** 23.12.2008, S.27089, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.2006/76, K.2008/142, k.t.18.09.2008, **R.G.** 23.12.2008, S.27089, (Karar **AYMKD**’de henüz yayımlanmamıştır). Yayımlanmayan kararlara <http://www.anayasa.gov.tr> web adresinden ulaşılabilir.

²¹⁸ E.1989/6, K.1989/42, k.t. 07.11.1989, **AYMKD**, S.25, s.387.

*açık bir kural bulunmamasına karşın, Anayasa Mahkemesi, hukuk devleti ilkesi ve ölçülülük yönlerinden yargısal denetim yapar” diyerek bu uygulamasının dayanağının “hukuk devleti” ilkesi olduğunu belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi’ne göre; “Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu **hukuk güvenliği**, kural olarak **yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar**. Bu nedenle “Kanunların geriye yürümezliği ilkesi” uyarınca yasalar yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki hukuki durumlara uygulanabileceklerinden, sonradan çıkan bir yasa, yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanmaz”²¹⁹.*

Bu ilke ile kanunların geçmişte meydana gelmiş olan hukuki durumlara etki etmemesi gerektiği belirtildiğine göre, söz konusu ilke ile “kazanılmış haklara saygı ilkesi”nin aynı kavramlar olduğu düşünülebilir. Zira bireylerin mevcut kanun hükümlerine göre edinmiş olduğu bir hakkın, sonradan çıkarılan bir yasa ile ihlal edilmesi, sonraki tarihli yasanın geçmişe yürütülmesi ile de mümkün olabilir. Bununla birlikte, kazanılmış haklara saygı ilkesi ile kanunların geçmişe yürümezliği ilkesi aynı kavramlar değildirler. Zira kazanılmış haklara saygı ilkesinde, önceki yasa hükümlerine göre elde edilmiş haklara dokunmama gereği, hem geçmiş hem de gelecek için geçerlidir²²⁰. Yani yeni yürürlüğe girmiş olan kanunun, geleceğe yönelik olarak da kazanılmış haklara etki etmesi yasaklanmaktadır. Böylece, yeni kanunun belli haklar açısından hem geçmişe hem de geleceğe etki etmesine izin

²¹⁹ E.2001/36, K.2003/3, k.t. 16.01.2003, **R.G.** 21.11.2003, S.25296, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.2001/392, K.2003/60, k.t. 04.06.2003, **AYMKD**, S.39, C.2, s.603; E.2003/82, K.2006/66, k.t. 30.05.2006, **AYMKD**, S.43, s.312; E.2004/03, K.2008/47, k.t. 31.01.2008, **R.G.** 20.03.2008, S.26822, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.2004/14, K.2004/84, k.t. 23.06.2004, **AYMKD**, S.41, s.206; E.2004/18, K.2004/89, k.t. 24.06.2004, **AYMKD**, S.40, C.2, s.827-828; E.2004/24, K.2008/165, k.t. 20.11.2008, **R.G.** 10.03.2009, S.27165, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.2005/78, K.2005/59, k.t. 30.09.2005, **AYMKD**, S.42, s.364; E.2005/128, K.2008/54, k.t. 07.02.2008, **R.G.** 01.07.2008, S.26293, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.2006/37, K.2008/141, k.t.18.09.2008, **R.G.** 23.12.2008, S.27089, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.2006/76, K.2008/142, k.t.18.09.2008, **R.G.** 23.12.2008, S.27089, (Karar **AYMKD**’de henüz yayımlanmamıştır). Yayımlanmayan kararlara <http://www.anayasa.gov.tr> web adresinden ulaşılabilir.

²²⁰ TAN, Turgut; **a.g.e.**, s.59-60.

verilmemektedir. Kanunların geçmişe yürümezliği ilkesi ise, kanunların sadece geçmişe etki etmemesi gereğine ilişkindir. Ancak her iki ilkenin de hukuk güvenliği, hukuki öngörülebilirlik ve dolayısıyla hukuk devleti idealine hizmet ettiği belirtilmelidir.

Öğretide bir kanunun geçmişe yürümesi; gerçek geçmişe yürüme (*actual retroactivity*) ve gerçek olmayan/görünüşte geçmişe yürüme (*apparent retroactivity*) olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. Eğer, yeni yürürlüğe giren kanun, kendisinin yürürlüğe girmesinden önce ortaya çıkmış ve *tamamlanmış* hukuki durum, ilişki ve olaylara etki ediyor ise, bu durumda gerçek bir geçmişe yürümenin varlığından söz edebiliriz²²¹. Böyle bir durumda kanunun geçmişe yürüdüğü son derece açıktır. Gerçek olmayan geçmişe yürümede ise, -ki bu öğretide bazı yazarlarca geriye yürüme olarak kabul edilmeyip, normun *derhal uygulanması* olarak adlandırılmaktadır- yürürlüğe sonradan giren kanun, önceki kanun döneminde doğmuş ve tamamlanmış hukuki durumlara etki etmemekle birlikte, bu kanun (*önceki kanun*) zamanında doğmaya başlamış, ancak henüz tamamlanmamış hukuki durumlara etki etmekte, yani uygulanmaktadır²²². Anayasa Mahkemesi'nin, kanunların geçmişe yürümezliği ilkesini hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul ettiğini belirtmişti. Mahkeme'ye göre bir hukukun genel ilkesi olan “kanunların geçmişe yürümezliği ilkesi” ile kanunların gerçek anlamda geçmişe yürümesi yasaklanmakta ve hukuka aykırı görülmektedir. Mahkeme bu doğrultuda, gerçek olmayan geçmişe yürümeleri, bu ilkeyi ihlal eder nitelikte görmemekte ve

²²¹ ÖNCEL, Mualla, KUMRULU, Ahmet ve ÇAĞAN, Nami; **Vergi Hukuku**, Ankara, 2008, s.47. Her ne kadar yazarlar, bu tanımları vergi kanunlarının geçmişe yürümesi ile ilgili olarak yapmışlarsa da, biz bunu tüm kanunları kapsayacak bir şekilde kullanmakta sakınca görmedik.

²²² ÖNCEL, Mualla, KUMRULU, Ahmet ve ÇAĞAN, Nami (2008); *a.g.e.*, s.47.

Anayasa'ya uygun bulmaktadır²²³. Mahkeme'nin bu uygulamasına, özellikle kanunların geçmişe yürümezliği ilkesinin büyük bir öneme sahip olduğu vergi kanunlarının uygulanması alanında rastlamaktayız. Özellikle, Mahkeme vergi kanunları ile getirilen "hayat standardı esası"na ilişkin vermiş olduğu kararlarında, henüz kapanmamış vergi dönemini, dönem başından başlayarak etkileyen düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir²²⁴. Mahkeme'nin "*Öte yandan, bu tür bir vergilendirme, yukarıdaki bölümde açıklanan vergi yasalarının geriye yürümezliği ilkesine de ters düşmemektedir. Zira, düzenlemede, gerçek anlamda bir geriye yürüme, yani, önceki yasa döneminde tamamlanmış ve hukuksal sonuçlarını doğurmuş hukuksal durum ve ilişkilerin, yeni yasaya bağlı olması değil, önceki yasa yürürlükte iken başlamakla birlikte henüz sonuçlanmamış hukuksal ilişkilere yeni kuralların uygulanması, daha açık bir anlatımla gerçek bir geriye yürümeme söz konusudur. Bu nedenle, incelenen 26. maddede, Anayasa'nın 2., 73. ve diğer maddelerine aykırılık bulunamamıştır, iptal istemi reddedilmelidir*"²²⁵ ifadelerini kullandığı kararı bu duruma örnek gösterilebilir. Mahkeme, 30.11.2000 tarihinde kabul edilen ve gelir vergisine tabi ticari kazanç sahipleri ile serbest meslek erbabının, 01.01.2000-31.12.2001 tarihleri arasında hayat standardı esasına tabi tutulacaklarını öngören Gelir Vergisi Kanunu'nun Geçici 58. maddesini, burada gerçek anlamda bir geçmişe yürüme söz konusu olmadığından ötürü "kanunların geçmişe yürümezliği ilkesi"ne ve Anayasa'ya uygun bulmuştur. Buna göre; "30.11.2000 günlü, Resmî Gazete'de yayımlanarak 4605 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle Gelir Vergisi Kanunu'na eklenen Geçici 58. maddedeki hayat standardı esası, vergilendirme dönemi kapanmadan ve hukuki

²²³ E.2004/14, K.2004/84, k.t. 23.06.2004, AYMKD, S.41, s.206; "Yasa döneminde başlamış ve henüz sonuçları doğmamış bir hukuksal ilişki, yeniden düzenlendiğinden bu durumun geriye yürüme olarak nitelendirilmesi olanaklı değildir".

²²⁴ ÖDEN, Merih ve AKKAYA, Mustafa; "Hayat Standardı Esası'nın Anayasaya Uygunluğu Sorunu" **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 2, Cilt 50, Yıl 2001, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/290/2641.pdf>; E.T.:27.06.2009), s.28.

²²⁵ E.1989/6, K.1989/42, k.t. 07.11.1989, AYMKD, S.25, s.417-418.

sonuçlarını doğurmadan yürürlüğe girdiğinden 2000 yılı vergilendirme dönemi için uygulanacaktır. Önceki yasa yürürlükte iken başlamakla birlikte henüz sonuçlanmamış hukuksal ilişkilere yeni yasa kuralının uygulanması geriye yürüme olarak nitelendirilemeyeceğinden vergiyi doğuran olay tamamlanmadan yürürlüğe giren kuralın uygulanması, mükelleflerin hukuksal güvenliklerini sarsmaz”²²⁶.

Öğretide ÖDEN ve AKKAYA, Mahkeme’nin bu konudaki yukarıda yer verdiğimiz 1989 tarihli kararına ilişkin değerlendirmelerinde, gerçek olmayan geçmişe yürümelerin de hukuki güvenlik ilkesi ve hukuki öngörülebilirlik ile bağdaşmadıkları takdirde, geçersiz kabul edilebileceğini; bu yüzden Mahkeme’nin söz konusu düzenlemenin kanunların geçmişe yürümezliği ilkesini zedeleyip zedelediğini incelemesinin yerinde olduğunu; fakat Mahkeme’nin bir çeşit asgari götürü vergiye dönüştüğünü belirttiği ve bu çerçevede “vergi güvenlik önlemi” olarak addedilemeyecek olan –dolayısıyla hukuki güvenliği zedeleyen- uygulamayı, bir vergi güvenlik önlemi sayarak geçerli kabul etmesinin çelişkili ve katılmak mümkün olmayan bir görüş olduğunu belirtmişlerdir²²⁷. Gerçekten de, kanunların geçmişe yürümezliği ilkesinin hizmet ettiği bireylerin hukuki güvenliği ilkesinin ve bu çerçevede hukuk devleti idealinin gerçekleşebilmesi için, gerçek olmayan geçmişe yürümelerin de hukuki güvenliği zedeleyip zedelediği değerlendirilmelidir.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi’ne göre, kanunların zaman içinde uygulanmalarında, yürürlüğe girdikleri günden itibaren meydana gelen olaylara

²²⁶ E.2001/36, K.2003/3, k.t. 16.01.2003, R.G. 21.11.2003, S.25296, (Karar henüz AYMKD’de yayımlanmamıştır). Yayımlanmayan kararlara <http://www.anayasa.gov.tr> web adresinden ulaşılabilir.

²²⁷ ÖDEN, Merih ve AKKAYA, Mustafa; *a.g.m.*, s.28.

uygulanmaları yani kanunların geçmişe yürümezliği ilkesi, hukukun asli ve genel kurallarındandır²²⁸. Mahkeme, bu ilke 1982 Anayasası'nda, ceza kanunları ile ilgili 38. madde dışında, pozitif olarak düzenlenmemesine rağmen, ceza kanunları dışındaki kanunların da kanunların geçmişe yürümezliği ilkesini ihlal edip etmediğini incelemektedir. Mahkeme, bu ilkeyi ihlal ettiği kanısına vardığı kanunları ise Anayasa'nın hukuk devleti ilkesini düzenleyen 2. maddesine aykırı bularak iptal etmektedir. Yani Mahkeme bu ilkeyi de bağımsız ölçü-norm olarak değil, hukuk devleti ilkesine destek ölçü-norm olarak kullanmaktadır.

3. Hukuki Öngörülebilirlik ve Belirlilik

Anayasa Mahkemesi'ne göre, bir hukuk devletinde her şeyden önce hukuk güvenliği sağlanmalıdır. Zira hukuk devleti idealinde esas olan düşüncelerden biri, bireylere hukuki güvenliğin sağlanmasıdır. Mahkeme'ye göre, hukuki güvenliği tesis etmenin çeşitli yolları vardır. Bunlardan biri ise devletin, hukuki öngörülebilirlik ve belirliliği sağlamasıdır. Peki bir hukuk devleti, hukuki öngörülebilirliği ve belirliliği, dolayısıyla hukuki güvenliği nasıl gerçekleştirebilir?

Anayasa Mahkemesi'ne göre, hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik, ***hukuki normların belirli ve öngörülebilir olmasıyla*** sağlanır. Bu noktada bir hususun açıklığa kavuşturulmasında yarar vardır: Kanun koyucu tarafından öngörülen açık, kesin ve belirli normların, kazanılmış haklara veya henüz tamamlanmamakla birlikte önceki kanun zamanında ortaya çıkmış hukuki durumlara etki ederek, hukuki

²²⁸ E.1983/1, K.1983/5, k.t. 26.04.1983, **AYMKD**, S.20, s.31.

öngörülebilirliği zedelemesi, dolayısıyla hukuki güvenlik ve hukuk devleti ilkelerini ihlal etmesi durumu ilgili başlıklar altında değerlendirilmiştir. Oysa, burada hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik başlığı altında; normların, bireylerin davranışlarını söz konusu normları dikkate alarak belirleyebilmelerini ve bu noktada kamu otoriteleri tarafından kendilerine yöneltilebilecek olası müdahaleleri veya işlemleri öngörebilmelerini sağlayacak kadar açık, net, kesin ve belirli olmaları kastedilmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu dönem verdiği kararlarında, konuya ilişkin olarak *“kurallarda belirlilik”*²²⁹ ve *“hukuk normlarının öngörülebilir olması”*²³⁰ formüllerini kullanmıştır. Mahkeme’nin 2005 yılında vermiş olduğu bir karara göre; *“Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir”*²³¹. Mahkeme söz konusu kararında, bu ilkeye uyulması durumunda, bireyin hangi eylem veya olguya, hangi hukuksal sonucun

²²⁹ E.2001/129, K.2002/24, k.t. 31.01.2002, **AYMKD**, S.38, C.2, s.557-558; E.2001/346, K.2003/63, k.t. 11.06.2003, **AYMKD**, S.39, C.2, s.656; E.2004/79, K.2007/6, k.t. 25.01.2007, **R.G.** 17.01.2008, S.26759, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.2005/85, K.2009/15, k.t. 29.01.2009, **R.G.** 03.04.2009, S.27189, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.2007/105, K.2008/75, k.t. 06.03.2008, **R.G.** 18.03.2009, S.27173, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır). Yayımlanmayan kararlara <http://www.anayasa.gov.tr> web adresinden ulaşılabilir.

²³⁰ E.2003/86, K.2004/6, k.t. 28.01.2004, **AYMKD**, S.40, C.2, s.486; E.2004/3, K.2008/47, k.t. 31.01.2008, **R.G.** 20.03.2008, S.26822, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.2004/13, K.2007/58, k.t. 17.05.2007, **AYMKD**, S.44, C.2, s.1024; E.2004/17, K.2007/59, k.t. 17.05.2007, **AYMKD**, S.44, C.2, s.1034; E.2004/24, K.2008/165, k.t. 20.11.2008, **R.G.** 10.03.2009, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.2004/79, K.2007/6, k.t. 25.01.2007, **R.G.** 17.01.2008, S.26759, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.2004/87, K.2009/5, k.t.08.01.2009, **R.G.** 05.03.2009, S.27160, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.2005/38, K.2008/53, k.t. 07.02.2008, **R.G.** 08.04.2008, S.26841, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.2005/85, K.2009/15, k.t. 29.01.2009, **R.G.** 03.04.2009, S.27189, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.2005/128, K.2008/54, k.t. 07.02.2008, **R.G.** 01.07.2008, S.26293, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.2006/37, K.2008/141, k.t. 18.09.2008, **R.G.** 23.12.2008, S.27089, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.2006/76, K.2008/142, k.t. 18.09.2008, **R.G.** 23.12.2008, S.27089, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.2007/105, K.2008/75, k.t. 06.03.2008, **R.G.** 18.03.2009, S.27173, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır). Yayımlanmayan kararlara <http://www.anayasa.gov.tr> web adresinden ulaşılabilir.

²³¹ E.2005/5, K.2008/93, k.t. 17.04.2008, **R.G.** 05.11.2008, S.27045, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır). Yayımlanmayan kararlara <http://www.anayasa.gov.tr> web adresinden ulaşılabilir.

bağlandığını ve böylelikle idareye nasıl bir müdahale yetkisinin tanındığını anlamasının mümkün olacağını ve olması gerekenin de bu olduğunu vurgulamaktadır. Zira birey böylece davranışlarını buna göre belirleme imkânına kavuşacaktır. Yani, bir hukuk devletinde, normlar –hukuki güvenliği sağlamak adına- hareketlerimizi bu normlara bakarak ayarlamamızı kolaylaştıracak derecede açık, net ve kesin biçimlerde öngörülmalıdır.

Diğer yandan, normların belirli olması yeterli değildir. Aynı zamanda normlar öngörülebilir de olmalıdır. Aynı karara göre; *“Yasa kuralı, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir. “Öngörülebilirlik şartı” olarak nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulanmasında **takdirin kapsamı** ve **uygulama yöntemi** bireyleri keyfî ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır”*. Buradan yola çıkarak; şartları, kapsamı açık ve net olan bir uygulamayı uzun yıllara yayan veya idareye verdiği, şartları ve kapsamı belli bir yetki için öngörmüş olduğu alt ve üst sınırların arasını oldukça geniş tutan bir düzenlemenin bu anlamda öngörülebilir bir norm olmayacağı sonucuna varmanın mümkün olduğunu düşünüyoruz. Yani burada biçimsel değil, maddi anlamda bir öngörülebilirlik kastedilmektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin öngörülebilirlik konusunda vermiş olduğu bir karara göre *“Yasalarla belirlenmiş oranların gereksinim duyulduğunda azaltılması veya artırılması olanaklıdır. Ancak, hangi oranın en uygun olduğunun saptanabilmesinin olanaksızlığı ve zaman içinde değişen durumların farklı oranları gerektirebilmesi nedeniyle bu süre ve oranların belirlenmesi **ölçüsüz ve adil olmamaları** koşuluyla yasakoyucunun takdiri*

içindedir. Hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi için yasakoyucunun öngörülebilir düzenlemeler getirmesi de asıldır... Yasakoyucunun, makro ekonomik dengeleri sağlamak amacıyla... genel bütçe vergi gelirleri tahsilatı toplamı üzerinden belediyelere verilen %6 pay oranını beş ay için %5'e, ... büyük şehir belediyelerinin bulunduğu il merkezinde yapılan genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden büyük şehir belediyeleri hesaplarına yatırılacak olan %4,1 pay oranını da 5 ay için %3'e indirmesi, yasayla yapılan öngörülebilir bir düzenleme olması ve kısa bir süreyi kapsaması nedeniyle, Anayasa'nın 2. ve 127. maddelerine aykırı değildir”²³². Burada, denetime konu olan norm, belirsiz ifadeler kullanmamış, aksine rakamlara ve oranlara yer vererek son derece belirli bir düzenleme getirmiştir. Mahkeme, belirli olan bu düzenlemede belirtilen oranların öngörülebilir olup olmadığına da bakmış ve Anayasa'ya uygun olduğu kanısına varmıştır.

Bir diğer kararında ise Mahkeme; “Yasa'nın yürürlük tarihinden önce hesap açtıranların hesabın açıldığı tarihte böyle bir vergi yükümlülükleri bulunmamakta iken dava konusu tümce ile Kanun'un yürürlük tarihinden sonra vadesi dolan hesapları için de bu yükümlülük öngörülmüştür. Böylece, Yasa'nın yürürlüğe girdiği 12.7.2001 tarihinden önce açılan vâdeli mevduat ve vâdeli döviz tevdiat ile katılma hesabı sahipleri, vâdenin sonunda, hesap açtırdıkları tarihte olmayan ve öngöremedikleri özel işlem vergisi ödeme yükümlülüğü ile karşılaşmışlardır. Oysa, **hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi için hukuki işlemlerin sonuçlarının öngörülebilir olması gerekir**”²³³ belirlemesinde bulunmuştur. Aslında burada, normların sonuçlarının öngörülebilir olması ile ilgili bir sorun olmayıp, belirli bir normun zaman bakımından uygulanabilirliği ile ilgili bir durum söz konusudur. Zira burada, eski kanun hükümlerine göre vergiyi doğuran

²³² E.2003/86, K.2004/6, k.t. 28.01.2004, **AYMKD**, S.40, C.2, s.486.

²³³ E.2001/379, K.2005/3, k.t. 06.01.2005, **AYMKD**, S.42, s.225.

olayın gerçekleşmesi ile kendileri için vergi yükümlülüğü doğmuş olup, henüz bu yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere yeni kanun ile ek bir vergi yükümlülüğünün getirilmesi söz konusudur. Yani burada gerçek olmayan bir geçmişe yürüme vardır. Daha önce Anayasa Mahkemesi'nin gerçek olmayan geçmişe yürümeleri geçerli kabul ettiğini, ancak bunun yerinde bir uygulama olmadığını, Mahkeme'nin en azından gerçek olmayan geçmişe yürümeler ile hukuki güvenliğin ihlal edilip edilmediğini denetlemesi gerektiğini belirtmiştik. Mahkeme, kararda gerçek olmayan geçmişe yürümenin hukuki güvenliği zedeleyip zedelediğini denetlemekle birlikte, bundan açıkça bahsetmemiş, hukuki güvenliğin zedelenmesinin, kanunun sonucunun öngörülebilir olmamasından ileri geldiğini belirtmiştir. Oysa kanunun sonucu belirlidir, ancak yukarıda belirttiğimiz ilgililer için, normun “zaman” bakımından uygulanması açısından öngörülebilir olmayan bir durum yaratmaktadır. Mahkeme'nin açıkça gerçek olmayan geçmişe yürümelerin de “hukuki öngörülebilirlik ve güvenlik” açısından denetlenebileceğini belirtmesi yerinde olurdu.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, Devlet faaliyetlerinin istikrara bağlanması, istikrarın özünü teşkil eden, hukuki güvenlik ve hukuki öngörülebilirlik ile sağlanabilir. Buna göre; *“Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, siyasal iktidarı sınırlamak ve devlet faaliyetlerini kurallara bağlamakla istikrara da hizmet eder. Bu istikrarın özü ise hukuki güvenlik ve öngörülebilirliktir. Bunu gerçekleştirmenin başlıca yolu ise kural konulmasını gerektiren durumlarda bunların genel, soyut, anlaşılabilir ve sınırlarının belirli olmasını sağlamaktır”*²³⁴.

²³⁴ E.2001/129, K.2002/24, k.t. 31.01.2002, **AYMKD**, S.38, C.2, s.558; Aynı doğrultuda: E.2005/5, K.2008/93, k.t.17.04.2008, **R.G.** 05.11.2008, S.27045, (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır);

Mahkeme'nin kanunlarda kullanılan hangi ifadeleri belirsiz bulduğuna örnek göstermek açısından son bir karara daha değinmek isteriz; “Anılan tümcede geçen, *“özel bilgi ve ihtisası gerektiren iş”* ve *“uygun nitelik”* kavramlarının bu bağlamda yapılan değerlendirmesinden, *kapsamları belirsiz ve içerikleri sınırlandırılmamış* ibareler olduğu anlaşılmaktadır. Bu biçimdeki bir düzenleme Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan hukuk devletinin vazgeçilmez koşullarından birisi olan normların açıklığı ve belirliliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Açıklanan nedenlerle iptali istenilen kural Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırıdır. Kuralın iptali gerekir”²³⁵.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi hukuk devletinin temel değeri olarak gördüğü hukuk güvenliği ilkesinden, hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerini türetmekte; bu ilkeleri ihlal ettiği kanısına vardığı normları hukuki güvenliği zedeleyici olmaları dolayısıyla, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bularak iptal etmektedir.

4. Devlete Güven

Anayasa Mahkemesi'nin hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul ettiği diğer bir ilke ise “devlete güven”dir. Bireyin devlete güvenmesi ne anlama gelmektedir? Acaba Mahkeme'nin “devlete güven” ile kastettiği, sadece idareye güven midir? Yoksa yasama organına ve yargıya güven de bu kapsama girmekte midir?

E.2007/76, K.2008/46, k.t. 24.01.2008, **R.G.** 19.03.2008, S.26821, (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır); E.2007/105, K.2008/75, k.t. 06.03.2008, **R.G.** 18.03.2009, S.27173, (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır). Yayımlanmayan kararlara <http://www.anayasa.gov.tr> web adresinden ulaşılabilir.

²³⁵ E.2007/105, K.2008/75, k.t. 06.03.2008, **R.G.** 18.03.2009, S.27173, (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır). Yayımlanmayan kararlara <http://www.anayasa.gov.tr> web adresinden ulaşılabilir.

Bilindiği gibi devlet, yetkili organlarının tesis etmiş oldukları kamusal işlemler ile bireylere ulaşır. Bu işlemler sayesinde, bireyler haklarını, yükümlülüklerini öğrenir ve davranışlarını bunları gözeterek belirlerler; bu işlemler ile bireylerin özgürlükleri kısıtlanabilir veya bireyler bu işlemlerle kendilerini belli bir şekilde davranmaya zorlayan bir takım yaptırımlara tabi tutulurlar. Anayasa Mahkemesi'nin “devlete güven” ilkesi ile ilgili kararları aşağıda incelenilecek olmakla birlikte, biz bu ilkedен ne anladığımızı belirtmek isteriz. Bizce “devlete güven” ile kastedilen, bireylerin Devlet ile karşılaşmasını, onunla ilişki kurmalarını sağlayan her türlü kamusal işlemin bireye güven verecek şekilde tesis edilmesi ve uygulanmasıdır. Yani hem kamusal işlemlerin oluşturulması sırasında, hem de bunların bireylere uygulanması sırasında devlet, bireylerin kendisine duyduğu güveni zedelemekten kaçınmalıdır. Bu ilkenin de, hukuk devletinin temelini oluşturan “hukuk güvenliği” ilkesinden türediği açıktır. Yukarıda incelemiş bulunduğumuz kazanılmış haklara saygı ilkesi, kanunların geçmişe yürümezliği ilkesi ve hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik ilkeleri de bireylerin hukuki güvenliklerini sağlama amacına hizmet ederler. Bu durumda devlete güven ilkesi, söz konusu ilkelerin sağladıkları dışında ne gibi bir güvence öngörmektedir?

Anayasa Mahkemesi'nin 1989 yılında vermiş olduğu bir karara göre; *“Anayasa'nın 2. maddesi, Türkiye Cumhuriyetinin nitelikleri arasında “Hukuk devleti” ilkesine de yer vermiştir. ... Bu tür Devlette de “Hukuk güvenliği”ni sağlayan bir düzenin kurulması asıldır. Devlet, görevlerini yerine getirirken, “Hukuk devleti” niteliğini yitirmemeli, **hukukun uygar ülkelerinde kabul edilen temel ilkelerini** sürekli gözönünde tutmalıdır. Böyle bir düzende, “Devlete güven” ilkesi vazgeçilmez temel öğelerdendir.*

Devlete güven, hukuk devletinin sağlamak istediği huzurlu ve istikrarlı bir ortamın sonucu olarak ortaya çıkar. Yasaların Anayasa'ya uygunluğu karinesi asıldır. Yasalara gösterilen güven ve saygıdan kaynaklanan oluşumların sonuçlarını korumak gerekir”²³⁶. Bu kararda, sonradan Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiş bir kanuna dayanarak kazanılmış olan hakların, çıkarılan yeni kanun ile kaldırılmasının Anayasa'ya uygun olup olmadığı tartışılmıştır. Anayasa Mahkemesi, kanunlara güven ve saygıdan kaynaklanan oluşumların sonuçlarının korunması gerektiğini belirtse de, Anayasa'ya aykırılığı saptanarak iptal edilmiş bir kanuna dayanılarak kazanılmış hakların korunamayacağına hükmetmiştir. Burada bireylerin hukuki güvenliklerinin ihlal edildiği açıktır. Ancak Anayasa Mahkemesi bu noktada, devlete güven ilkesinin devreye gireceğini belirtmiştir. Buna göre; “Bu Yasa'nın Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmesi nedeniyle kazanılmış haktan söz edilerek aynı statüde farklı aylıkların ödenmesini sürdürmek olanaklı değilse de, yürürlükteki Yasaya dayanarak ödemelerini yapan bu kişilerin zararlarının karşılanması “Devlete güven” ilkesinin bir gereğidir”.

Görüldüğü gibi, kazanılmış haklara saygı, kanunların geçmişe yürümezliği, hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik gibi hukuki güvenliği sağlamaya yönelik ilkeler, kendilerine uyulması gereken genel ilkeler olmakla birlikte bunların çeşitli nedenlerle (*kamu düzeni, kamu yararı vs.*) ve istisnai olarak uygulanmamaları da mümkün olabilmektedir. İşte bunun gibi, hukuki güvenliği sağlamaya yönelik ilkelerin uygulanmasının mümkün olmadığı durumlarda, en azından bireylerin devlete duymuş oldukları güveni sarsmamak adına bir takım önlemlerin alınması gerekir. Bu, bireylerin zararlarının karşılanması şeklinde olabileceği gibi, bireylerin

²³⁶ E.1989/11, K.1989/48, k.t.12.12.1989, **AYMKD**, S.25, s.433-434.

yeni kanunla oluşturulan duruma birden değil, çeşitli aşamalardan geçerek ve böylece yeni durumun kendileri için yaratacağı etkiler azaltmak suretiyle de gerçekleştirilebilir.

Anayasa Mahkemesi, bireylerin devlete güven duymalarının, maddî ve manevî varlıklarını geliştirebilmelerinin, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmelerinin ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk devletinde gerçekleşebileceğini belirtmektedir²³⁷.

Devletin yapmış olduğu, haksız edinimlere yol açan ve bireylerin haksızlığa uğramalarına neden olan düzenlemeler, Anayasa Mahkemesi tarafından hukuk devletinin temel ilkelerinden olan devlete güven ilkesine aykırı bulunmaktadır²³⁸. Anayasa Mahkemesi, hukukun genel ilkesi olarak kabul etmiş olduğu bu ilkeyi ihlal eder nitelikte normları, Anayasa'nın 2. maddesine dayanarak iptal etmektedir. Yani Mahkeme bu ilkeyi, yine pozitif hukuk devleti ilkesini destekleyici ölçü-norm olarak kullanmaktadır.

²³⁷ E.1999/1, K.1999/33, k.t. 20.07.1999, **AYMKD**, S.36, C.2, s.578; E.1995/24, K.1995/52, k.t. 28.09.1995, **AYMKD**, S.34, C.1, s.51; E.1996/66, K.1997/7, k.t.31.01.1997, **AYMKD**, S.33, C.1, s.301; E.2005/98, K.2006/3, k.t. 05.01.2006, **R.G.** 04.01.2008, S.26746, (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır). Yayımlanmayan kararlara <http://www.anayasa.gov.tr> web adresinden ulaşılabilir.

²³⁸ E.2003/10, K.2006/106, k.t.23.11.2006, **AYMKD**, S.44, C.1, s.294; E.2005/5, K.2008/93, k.t.17.04.2008, **R.G.** 05.11.2008, S.27045, (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır); E.2005/36, K.2009/12, k.t.29.01.2009, **R.G.** 04.04.2009, S.27190, (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır). Yayımlanmayan kararlara <http://www.anayasa.gov.tr> web adresinden ulaşılabilir.

5. Eşitlik İlkesi

Eşitlik ilkesi ile ilgili açıklamalarımızı yukarıda, Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası dönemi uygulamalarını incelerken yapmıştık. Burada ise, Mahkeme'nin 1982 Anayasası dönemi uygulamalarına yer verilecektir.

Bilindiği gibi eşitlik ilkesi 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesi ile ilgili 1961 Anayasası döneminden beri uyguladığı içtihadını, bu dönem de sürdürmeye devam etmiştir. Buna göre; *"...kanun önünde eşitlik, bütün yurttaşların hepsinin her yönden aynı kurallara bağlı tutulmaları demek değildir. Bir takım yurttaşların başka kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise, böyle bir durumda, kanun önünde eşitlik ilkesinin çiğnenmiş olmasından söz edilemez"*²³⁹.

Mahkeme, klasikleşmiş içtihadına kimi zaman, Anayasa ile öngörülen eşitliğin, eylemli değil, hukuksal eşitlik olduğu yönündeki görüşünü de eklemiştir²⁴⁰: *"Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, eylemli değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz. Durumlarındaki*

²³⁹ E.1983/12, K.1984/5, k.t. 27.03.1984, **AYMKD**, S.20, s.286; E.1984/1, K.1984/2, k.t. 01.03.1984, **AYMKD**, S.20, s.187-188; E.1985/31, K.1986/11, k.t. 27.03.1986, **AYMKD**, S.22, s.121; E.1987/12, K.1988/3, k.t. 28.01.1988; E.1989/4, K.1989/49, k.t. 19.12.1989, **AYMKD**, S.25, s.450; E.1991/5, K.1992/9, k.t. 18.02.1992, **AYMKD**, S.28, C.1, s.151; E.1997/22, K.1997/44, k.t. 08.04.1997, **AYMKD**, S.34, C.1, s.120; E.1998/46, K.1998/83, k.t.16.12.1998, **AYMKD**, S.39, C.1, s.65; E.2000/39, K.2002/35, k.t. 20.03.2002, **AYMKD**, S.38, C.2, s.598; E.2001/346, K.2003/64, k.t. 11.06.2003, **AYMKD**, S.39, C.2, s.647.

²⁴⁰ E.1984/10, K.1985/2, k.t. 22.01.1985, **AYMKD**, S.21, s.32; E.1985/16, K.1986/5, k.t. 04.03.1986, **AYMKD**, S.22, s.73; E.1990/27, K.1991/2, k.t. 17.01.1991, **AYMKD**, S.27, C.1, s.137; E.1994/91, K.1995/34, k.t. 18.07.1995, **AYMKD**, S.32, C.1, s.296-297; E.1995/21, K.1995/36, k.t. 15.08.1995, **AYMKD**, S.32, C.1, s.347; E.1996/1, K.1996/18, k.t. 11.06.1996, **AYMKD**, S.33, C.1, s.142; E.2000/44, K.2002/192, k.t. 26.11.2002, **AYMKD**, S.39, C.1, s.247; E.2003/57, K.2004/57, k.t. 12.05.2004, **AYMKD**, S.40, C.2, s.778.

değişikliğin doğurduğu zorunluluklar kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz”.

Anayasa Mahkemesi, bu dönem vermiş olduğu kararlarında –tıpkı 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi- ölçü-norm olarak Anayasa'nın eşitlikle ilgili 10. maddesini kullanmıştır. Ancak Mahkeme, 1991 yılından itibaren vermiş olduğu kimi kararlarında eşitlik ilkesini ihlal eden denetim konusu normun, bu nedenle aynı zamanda hukuk devleti ilkesini de zedelediğine karar vermiş ve iptal kararlarını hem 10. maddeye hem de 2. maddeye dayandırmıştır. Buna göre; *“Böylece, sonraki Yasa'nın bir tür geçmişi kapsayan, kimi hükümlüler bakımından çekilecek cezayı fazlalaştırıp ağırlaştırarak Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılığı daha belirgin olan kuralı, hukuk devleti ilkesine de ters düşer. İtiraz konusu kuralların bu yönden de iptali gerekmektedir”²⁴¹*. Aynı husus, Mahkeme'nin bir kısım kararlarında ise şu şekilde vurgulanmıştır: *“Hukuk devleti, eylem ve işlemlerinde Anayasa, yasalar ve hukukun genel ilkeleriyle kendini bağlı sayan devlettir. Anayasa'nın "yasa önünde eşitlik" ilkesine aykırı düşen bir yasal düzenlemenin Anayasa'nın 2. maddesindeki "hukuk devleti" kavramı karşısında geçerliğini savunmak olanaksızdır. İtiraz konusu kuralın iptali gerekir”²⁴²*.

Görüldüğü gibi, eşitlik ilkesinin maddi anlamda hukuki eşitlik şeklindeki yorumunu kabul eden Anayasa Mahkemesi, bu dönem de aynı anlayışı sürdürmüştür;

²⁴¹ E.1991/17, K.1991/23, k.t. 19.07.1991, **AYMKD**, S.27, C.2, s.482; E.1991/19, K.1991/24, k.t.19.07.1991, **AYMKD**, S.27, C.2, s.485; E.1991/34, K.1991/34, k.t. 08.10.1991, **AYMKD**, S.27, C.2, s.580; E.1991/36, K.1991/35, k.t. 08.10.1991; E.1992/1, K.1992/21, k.t. 31.03.1992; E.1992/3, K.1992/23, k.t. 31.03.1992; E.1992/5, K.1992/24, k.t. 31.03.1992; E.1992/6, K.1992/25, k.t. 31.03.1992; E.1992/43, K.1992/49, k.t. 21.10.1992, **AYMKD**, S.29, C.1, s.167; [E. 1992/14, K. 1992/26, k.t. 31.03.1992; E.1992/20, K.1992/27, k.t. 31.03.1992; E.1992/23, K.1992/28, k.t. 31.03.1992; E.1992/25, K.1992/29, k.t. 31.03.1992; Bu kararlar yukarıdaki kararlarla aynı yönde olduğu için **AYMKD**'de yayımlanmalarına gerek duyulmamıştır: **AYMKD**, S.29, C.1]

²⁴² E.1993/29, K.1994/1, k.t. 11.01.1994, **AYMKD**, S.33, C.1, s.6. Anayasa Mahkemesi'nin, eşitlik ilkesinin hukuk devletinin bir gereği olduğunu söylediği diğer kararları: E.2000/21, K.2000/16, k.t. 06.07.2000, **AYMKD**, S.36, C.2, s.721; E.2002/94, K.2004/45, k.t. 31.03.2004, **AYMKD**, S.41, s.145.

eşitliği bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'nin temel ögesi olarak görmeye devam etmiş ve eşitlik ilkesini ihlal ettiği kanısına vardığı düzenlemeleri sırf bu nedenle hukuk devleti ilkesine de aykırı görerek iptal etmiştir. Bununla birlikte, bu dönem Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kısım kararlarından en ilgi çekici olanları, Mahkeme'nin eşitlik ilkesinin hukukun genel ilkelerinden biri olduğunu açıkça belirttiği kararlardır²⁴³: *“Hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesine, Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilmiştir”*. Mahkeme her ne kadar söz konusu kararlarında hükmünü nihai olarak Anayasa'nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine dayandırmış olsa da, bu ilkenin hukukun genel ilkelerinden biri olduğuna vurgu yapması anlamlıdır. Diğer bir ifade ile, Mahkeme'nin, *“Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık”* formülünü kullanması, denetlediği normu iptal edebilmesi açısından yeterli olmasına rağmen, *“Hukukun genel ilkelerinden olan ve kendisine Anayasamızın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesine aykırılık”* formülünü kullanmasının; ayrıca eşitlik ilkesine aykırılığını saptadığı normları yalnızca Anayasa'nın 10. maddesine dayanarak iptal etmesi, söz konusu normun iptal edilerek hukuk dünyasından silinmesi açısından yeterli iken, iptal gerekçesini bir de Anayasa'nın 2. maddesine yani “hukuk devleti” ilkesine

²⁴³ E.1998/1, K.1998/86, k.t.22.12.1998, **AYMKD**, S.36, C.1, s.364; E.1998/4, K.1999/23, k.t. 07.06.1999, **AYMKD**, S.36, C.1, s.502; E.1998/58, K.1999/19, k.t. 27.05.1999, **AYMKD**, S.36, C.1, s.452; E.1999/7, K.1999/31, k.t. 13.07.1999, **AYMKD**, S.36, C.2, s.562; E.1999/16, K.1999/24, k.t. 07.06.1999, **AYMKD**, S.36, C.2, s.513; E.1999/49, K.1999/50, k.t. 29.12.1999, **AYMKD**, S.36, C.2, s.662; E.2000/10, K.2000/47, k.t. 02.11.2000, **AYMKD**, S.38, C.1, s.185; E.2000/15, K.2001/73, k.t. 17.04.2001, **AYMKD**, S.37, C.1, s.532; E.2000/16, K.2000/17, k.t. 20.07.2000, **AYMKD**, S.40, C.1, s.80; E.2000/19, K.2002/15, k.t. 15.01.2002, **AYMKD**, S.38, C.2, s.480; E.2000/85, K.2004/61, k.t. 13.05.2004, **AYMKD**, S.40, C.2, s.802; E.2001/4, K.2001/332, k.t. 18.07.2001, **AYMKD**, S.37, C.1, s.606; E.2001/143, K.2004/11, k.t. 10.02.2004, **AYMKD**, S.40, C.2, s.524; E.2001/377, K.2002/59, k.t. 26.06.2002, **AYMKD**, S.38, C.2, s.673; E.2001/493, K.2002/11, k.t. 08.01.2002, **AYMKD**, S.38, C.2, s.472; E.2002/05, K.2002/14, k.t. 15.01.2002, **R.G.** 17.04.2002, S.24729, (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır); E.2002/70, K.2004/56, k.t. 06.05.2004, **AYMKD**, S.41, s.150; E.2002/114, K.2004/53, k.t. 05.05.2004, **AYMKD**, S.40, C.2, s.731; E.2002/128, K.2004/23, k.t. 17.02.2004, **AYMKD**, S.40, C.2, s.583; E.2002/157, K.2006/97, k.t. 04.10.2006, **AYMKD**, S.44, C.1, s.244; E.2003/84, K.2003/89, k.t. 15.10.2003, **AYMKD**, S.39, C.2, s.690. Yayımlanmayan kararlara <http://www.anayasa.gov.tr> web adresinden ulaşılabilir.

dayandırmasının bir anlamı olmalıdır. Söz konusu anlamı tespit edebilmek açısından, şu belirlemelerde bulunmak mümkündür:

İlkelerin, olanın fiilen ve hukuken mümkün olan en yüksek derecede gerçekleştirilmesine imkân verdiği; bu çerçevede uygar milletlerce benimsenmiş hukukun genel ilkelerinin çağdaş ve adil olanın fiilen ve hukuken en yüksek derecede gerçekleştirilmesini sağlayacağı ilgili bölümlerde belirtilmişti. Bu durum göz önüne alındığında, eşitlik ilkesini sadece bir anayasal ilke olarak değil, aynı zamanda bir hukukun genel ilkesi olarak kabul eden bir Mahkeme'nin, eşitliğin fiilen ve hukuken en çağdaş ve en adil yorumunu yapma eğilimi taşıdığı yönünde bir değerlendirmede bulunmak herhalde yanlış olmayacaktır. Başka bir ifade ile, Anayasa'nın eşitlik ilkesini genel olarak düzenleyen 10. maddesi ve eşitlikle ilgili diğer özel hükümler açıkça menetmediği sürece, Mahkeme bu ilkeyi hukuk ilminin çağdaş anlaşılış gereklerine uygun olarak yorumlayabilecektir. Unutulmamalıdır ki, hukuk metinlerinin kaleme alınması oldukça zor bir faaliyettir. Bu çerçevede, bir hukuk kuralı şeklinde formüle edilmesi en güç ilkelere biri olan eşitliğin²⁴⁴, kaleme alınması sırasında bir takım eksiklikler veya aksaklıklar olabileceği gibi, yazım faaliyeti sırasında öngörülemeyen bazı durumlar sonradan ortaya çıkabilir. Bunun yanında, yazım faaliyeti sırasında benimsenmeyen bir takım fikirlerin zamanın değişen ve gelişen koşullarında, benimsenmesi zorunlu olan fikirler olarak kabul edilmeye başlanması mümkün olabilir. İşte Mahkeme söz konusu anlayış doğrultusunda, mevcut pozitif Anayasa metnini, hukukun genel ilkeleri ışığında yorumlayarak, söz konusu eksiklik ve aksaklıkları aşabilecek ve hukukun çağdaş ve adil anlaşılma biçimlerini metne yansıtmaya imkânı bulabilecektir.

²⁴⁴ ÖDEN, Merih (2003); *a.g.e.*, s.127.

İkinci olarak, “*Hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesine, Anayasa’nın 10. maddesinde yer verilmiştir*” ifadesinde, eşitliğin hukukun genel ilkesi olduğu vurgusu ön plandadır. Ardından ise, böyle bir ilkenin yani bir hukukun genel ilkesinin Anayasa’da yer aldığı belirtilmektedir. Bu ifade ile Mahkeme, 10. maddede eşitlik ilkesi yer almasaydı dahi, hukukun temel ilkelerinden biri olmasından ötürü bu ilkeyi denetiminde ölçü-norm olarak kullanabileceği yönünde bir izlenim uyandırmaktadır.

Son olarak, hukukun genel ilkelerini “hukuk devleti” ilkesinin gereklerinden biri olarak gören ve bunu kuruluşundan bu yana kararlarında ısrarla ifade eden Anayasa Mahkemesi’nin, Anayasa’da yer alan bir ilkeyi hukuk devleti ilkesinin gereklerinden olan hukukun genel ilkelerinin içerisine dâhil etmesi, söz konusu ilkenin, Anayasa ile hukuk devleti ilkesine tanınmış olan korumadan yararlanması sonucunu doğuracaktır. Böyle bir uygulamayla, bir hukuk devleti standardı oluşturmak amacıyla olduğuna inandığımız Anayasa Mahkemesi’nin, söz konusu uygulamasının pratik sonucu bu olacaktır. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi’nin eşitliği ihlal eden bir normu Anayasa’nın ilgili maddesine dayanarak iptal etmesi olanağı varken, bu ilkeyi “hukuk devletinin ana ilkelerinden biri” şeklinde niteleyerek, iptal hükmünü bir de Anayasa’nın 2. maddesine dayandırmasının pratik sonuçlarından biri de budur. Kuşkusuz eşitlik ilkesine hukuk metinlerinde veya hukuk uygulamasında yer vermeyen bir devletin, hukuk devleti olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Nitekim bu doğrultuda, Mahkeme’nin 1961 Anayasası döneminde de böyle bir uygulamada bulunduğu belirtilmişti.

6. Kanun Koyucuya Hata Yakıştırılmaması

Anayasa Mahkemesi'nin, yüksek öğretim kurumlarında türban giyilmesi yasağına ilişkin olarak 1991 yılında vermiş olduğu kararında, “yorumlu ret” kararının dayanaklarından birini de “kanun koyucuya hata yakıştırılmaması” ilkesi oluşturmuştur. Buna göre; “*“Ek Madde 17”ye verilen bu anlam, “Geçici Madde 1” ile birlikte değerlendirildiğinde, Yasakoyucunun iradesine de uygun düşmektedir. Çünkü, Yasa’nın geçici 1.maddesinde “Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet ile ilgili olarak verilmiş her türlü disiplin cezaları bütün hüküm ve sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkar.” denilmektedir. Eğer Yasakoyucu, geçici 1. maddede, dini nitelikteki giysilerle, yükseköğretim kurumlarına devam etmeyi serbest bırakmak amacını gütseydi, af hükmünü Yasa’ya almasının da bir anlamı kalmazdı. Zira, Ceza Hukuku’nun temel ilkesini oluşturan ve Türk Ceza Yasası’nın 2. maddesinde yer alan hükme göre “... failin lehinde olan kanun tatbik ve infaz olunur.”. Eğer 3670 sayılı Yasa’nın 12.maddesi hükmü dini giysileri serbest bırakmış olsaydı, bu Yasa’dan önceki eylemler nedeniyle yürütülmekte olan kovuşturma takibat ve verilmiş cezalar yukarıda sözü edilen ilke nedeniyle kendiliğinden ortadan kalkmış olurdu. Böyle bir durumda, Yasa’da yer alan geçici 1.madde gereksiz bir fazlalık olurdu. Yasakoyucuya hatâ yakıştırılmaması temel hukuk ilkelerinden olduğuna göre 12. maddenin dinsel giysileri serbest bıraktığı biçimde bir yorumu kabule olanak yoktur²⁴⁵”.*

²⁴⁵ E.1990/36, K.1991/8, k.t.09.04.1991, AYMKD, S.27, C.1, s.305.

7. Kanunların Kamu Yararına Yönelik Olması

Anayasa Mahkemesi'ne göre, hukuk devleti olmanın gereklerinden biri de, devletin yasama organının “kamu yararı”na yönelen kanunlar çıkarmasıdır. Bir kanunun kamu yararına yönelip yönelmediği, o kanunun amaç yönünden denetlenmesi ile mümkün olacaktır. Burada söz konusu kanunu çıkarmak ile amaçlananın ne olduğu sorusu sorulmaktadır. Öğretide de kabul edildiği üzere bütün kamusal işlemler ve bu çerçevede kanunlar kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılmalıdır²⁴⁶. TEZİÇ, kamu yararı amacı ile belli bir sonucun elde edilmesi için, o sonuca giden yollardan hangisinin seçileceğinin siyasi tercih meselesi olduğunu ve bunun da yasama organının takdir alanına girdiğini belirtmektedir. Yani yazara göre, neyin kamuya yararlı olup olmadığını kendi siyasi tercihlerine göre takdir edecek olan kanun koyucudur ve Anayasa Mahkemesi'nin “amaç” denetimi sırasında, kanun koyucunun siyasi tercihlerine müdahale etmesi “yargıçlar hükümeti”ne yol açabilir²⁴⁷.

Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında, kanunların “amaç” ögesi yönünden anayasaya uygun sayılabilmesi için kamu yararına yönelmesi gerektiğini belirtmiş ve kamu yararını sağlamak amacıyla belli bir sonuca ulaşmak için, o sonuca giden yollardan herhangi birinin seçilmesinin siyasi takdir meselesi olduğunu eklemiştir²⁴⁸. Yani Anayasa Mahkemesi de kamu yararı amacına götürecek yollardan birinin seçilmesinin *yerinde* olup olmadığına bakmayacağını; ancak hukuk devletinin

²⁴⁶ TEZİÇ, Erdoğan (2007); *a.g.e.*, s.190; ÖZBUDUN, Ergun (2005); *a.g.e.*, s.386.

²⁴⁷ TEZİÇ, Erdoğan(2007); *a.g.e.*, s.190-191.

²⁴⁸ E.2003/60, K.2008/97, k.t. 02.05.2008, **R.G.** 30.05.2009, S.27243, (Karar henüz **AYMKD**'de yayımlanmamıştır). Yayımlanmayan kararlara <http://www.anayasa.gov.tr> web adresinden ulaşılabilir.

temel ilkelerinden olan “kanunların kamu yararına yönelik olması” ilkesinin ihlal edilip edilmediğini denetleyeceğini belirtmiştir: “Çevre düzeni planı konusunda yetkili olan bakanlığın belirlenerek yetki karmaşasına son verilmesi “kamu yararı” kavramı ile ilgilidir. **Hukuk devleti ilkesinin öğeleri arasında yasaların kamu yararına dayanması ilkesi vardır.** Bilindiği üzere, bütün kamusal işlemlerin yönelmek zorunda oldukları nihai hedef kamu yararının gerçekleştirilmesidir. Kanunun amaç ögesi bakımından anayasaya uygun sayılabilmesi için kamu yararı dışında bir amaç gözetilmeden çıkarılmış olması gerekir. Bu ilkenin anlamı kamu yararı düşüncesi olmaksızın başka deyimle yalnızca özel çıkarlar için veya yalnızca belli kişilerin yararına olarak herhangi bir yasa kuralının konulamayacağıdır. Anayasada belirtilen amacı, ya da kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla, yasa koyucunun belli bir sonuca ulaşmak için değişik yolların seçiminde siyasi takdir yetkisine sahip olduğu açıktır. Açıklanan nedenlerle, çevre düzeni planı hazırlanması konusunda iki bakanlık arasında yıllardır var olan çatışmayı sona erdirmeye yönelik olan düzenleme kamu yararına uygun olup, Anayasa’nın 2. ve 11. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir”. Görüldüğü gibi Mahkeme’nin, kanunların kamu yararına yönelmesi ilkesinden çıkardığı anlam; bunların yalnızca özel çıkarlar için veya yalnızca belli kişilerin yararını gerçekleştirmek amacıyla çıkarılmamasıdır.

Aynı husus Mahkeme’nin bir başka kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “Bir kuralın Anayasa’ya uygunluk denetimi yapılırken “kamu yararı” konusunda Anayasa Mahkemesi’nin yapacağı inceleme yasanın yalnızca kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığını araştırmaktır. Yasa ile kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemek anayasa yargısıyla bağdaşmaz. Bir yasanın kamu yararını gerçekleştirip,

gerçekleştirmedığı veya ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı bir siyasi tercih sorunudur ve yasa koyucunun takdirine aittir”²⁴⁹.

Mahkeme’nin, kanunların kamu yararına yönelik olması ilkesini bir hukukun genel ilkesi olarak kabul ettiğini bir başka kararındaki şu ifadelerinden anlıyoruz: *“Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumları benimsemeyen, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yasaların üstünde Anayasa’nın ve yasa koyucunun da bozamayacağı **temel hukuk ilkeleri** bulunduğu bilincinde olan devlettir. Yasaların kamu yararına dayanması **gereği kuşkusuz hukuk devletinin temel değerlerinden birini oluşturmaktadır**”²⁵⁰.*

8. Kesin ve Yürütülmesi Gerekli Nitelikteki İdari İşlemlere Karşı İdari Yargı Yerlerine Başvurulması

Anayasa Mahkemesi’nin 2003 yılında vermiş olduğu bir karara göre, “...*kesin ve yürütülmesi gerekli nitelikteki idari işlemlere karşı idari yargı yerlerine başvurulması, hukukun genel ilkelerinden olduğu gibi Anayasa’nın 125. maddesinin de gereğidir*”²⁵¹.

Acaba gerçekten, idari işlemlere karşı idari yargı yoluna başvurulması bir hukukun genel ilkesi midir?

²⁴⁹ E.2007/39, K.2007/53, k.t. 19.04.2007, **AYMKD**, S.44, C.2, s.939.

²⁵⁰ E.2003/86, K.2004/6, k.t. 28.01.2004, **AYMKD**, S.40, C.2, s.486; Aynı doğrultuda: E.2003/102, K.2007/97, k.t. 12.12.2007, **R.G.** 30.01.2008, S.26772, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.2004/67, K.2007/83, k.t. 22.11.2007, **R.G.** 19.01.2008, S.26761, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır). Yayımlanmayan kararlara <http://www.anayasa.gov.tr> web adresinden ulaşılabilir.

²⁵¹ E.2000/8, K.2003/104, k.t. 26.12.2003, **AYMKD**, S.44, C.1, s.62.

Bilindiği gibi, hukuk devleti ilkesi ile hedeflenen, her şeyden önce Devletin de hukukla bağlı olmasını sağlamaktır. Nitekim bu çerçevede İdare'nin hukuka uygunluğunu sağlamaya yönelik Fransa'daki *yasallık denetiminin* “hukuk devleti” kavramının ortaya çıkmasının ilk aşaması olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bugün İdare'nin hukuka bağlı olup olmadığını denetlemeye yönelik olarak kullanılan iki sistem mevcuttur: Adli İdare Sistemi ve İdari Rejim.

Adli idare sisteminde, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygun olup olmadığı, genel mahkemelerce yani adliye mahkemelerince denetlenmektedir²⁵². Yani, bu denetimi gerçekleştirmek için özel idari yargı yerleri kurulmamıştır. İdari rejim sisteminde ise, söz konusu denetimi gerçekleştirmek için, bireyler arasındaki uyuşmazlıkları çözüme kavuşturan adliye mahkemeleri dışında ve bunlardan ayrı olarak idari yargı mercileri kurulmuştur²⁵³. Kesin ve yürütülmesi gereken idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklar, bu mercilerce çözüme kavuşturulacaktır.

O halde, Anayasa Mahkemesi'nin kararından yola çıkarsak, idari rejimin benimsenmesinin hukukun genel ilkelerinden biri olduğu sonucuna varırız. Bizce, İdare'nin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabii tutulması ve bu sayede Devlet'in hukuka uymasının sağlanması bütün uygar devletlerce kabul edilmesi gereken bir ilkedir ve bu çerçevede söz konusu denetimi yerine getirmeleri için adli yargı veya idari yargı mercilerinden herhangi birinin seçilmesi mümkündür. Herhalde, bugün adli idare sistemini benimsemiş olan Amerika ve İngiltere'de, idarenin hukuka uygunluğunun denetlenmediği iddia edilemez. Bu yüzden Anayasa

²⁵² GÜNDAY, Metin (2004); *a.g.e.*, s.24.

²⁵³ GÜNDAY, Metin (2004); *a.g.e.*, s.24.

Mahkemesi'nin görüşüne katılmamakla birlikte, kesin ve yürütülmesi gerekli idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların idari yargı yerlerince çözüme kavuşturulmasının, bizim anayasal sistemimizin temel bir ilkesi olduğu vurgulanmalıdır.

9. Usulde Paralellik ve Yetkide Paralellik

1961 Anayasası dönemindeki Anayasa Mahkemesi uygulamaları incelenirken, Mahkeme'nin usulde paralellik olarak nitelendirebileceğimiz “belli usullere uyularak meydana getirilen bir belgenin değiştirilmesi veya kaldırılmasının aynı usullerden geçirilmek suretiyle mümkün olması ilkesi”ni hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul ettiği belirtilmişti. 1982 Anayasası döneminde de aynı yönde ancak bu sefer açıkça “usulde paralellik” ifadesini içeren bir karar veren Mahkeme'nin, usulde paralellik ilkesi ile aynı doğrultuda olmak üzere “yetkide paralellik” ilkesinin de hukukun genel ilkelerinden biri olduğunu belirten kararlarına rastlamaktayız.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, hukukun genel ilkelerinin ve Anayasa'nın, yasaların üstünde yer aldığı bir hukuk devletinde, usulde paralellik ilkesine uyulmaması Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur. Buna göre; *“Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylemleri ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına saygı gösteren; insan haklarını koruyan, güçlendiren, geliştiren; Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan; hukuku tüm organlarına egemen kılan; yargı denetimine açık olan; temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın yasalara üstünlüğünü kabul eden*

devlettir. Bu nedenle, kamu hukukunun **usulde paralellik ilkesine** aykırı olarak alınmış olan dava konusu TBMM kararı **Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir**"²⁵⁴.

Mahkeme, ayrıca "Atamayı önerme ve onaylamaya yetkili mercie, ilgilisinin parasal hakkı saklı kalmak kaydıyla, göreve son verebilme yetkisi tanınması da genel hukuk kuralı gereğidir" şeklinde vermiş olduğu kararlarıyla da yetkide paralellik ilkesini bir hukukun genel ilkesi olarak kabul ettiğini göstermiştir²⁵⁵.

10. Suç ve Cezaların Kanuniliği

Anayasa Mahkemesi'nin, kararlarında hukukun genel ilkesi olarak nitelendirdiği ilkelerden biri de suç ve cezaların kanuniliği ilkesidir. Bu ilke uyarınca, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve kimse kanunda yazılı olandan başka ve ondan daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaz²⁵⁶. Bu ilkenin benimsenmesinin altında hiç kuşkusuz, bireysel özgürlükleri üstün tutan bir anlayış yatmaktadır. Zira, ilkeyle amaçlanan, her şeyden önce bireylerin suç işlediklerinin kabulünde ve bunun sonucunda cezalandırılmalarında keyfi uygulamaların önüne geçmektir. Aksi takdirde yargıçların kanunda açıkça suç olarak tanımlanmamasına rağmen, normal bir davranıştan sapma olarak gördükleri fiilleri suç saymaları ve cezalandırmaları gibi – her bir yargıcın değer yargılarının farklı olabileceğini de göz önüne alırsak- keyfi bir durum ortaya çıkacaktır. Yine, kanun düzeyinde olmayan idari işlemler ile suç

²⁵⁴ E.1999/14, K.1999/6, k.t. 26.03.1999, **AYMKD**, S.35, C.2, s.406-407.

²⁵⁵ E.1985/9, K.1986/14, k.t. 26.06.1986, **AYMKD**, S.22, s.158; E.1985/22, K.1987/2, k.t. 13.01.1987, **AYMKD**, S.23, s.37.

²⁵⁶ ALACAKAPTAN, Uğur; **İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi**, (<http://auhf.ankara.edu.tr/auhf-yayinlari-arsivi/ugur-alacakaptan/ingiliz-ceza-hukukunda-suc-ve-cezalarin-kanuniligi/ingiliz-ceza-hukukunda-suc-ve-cezalarin-kanuniligi.pdf>; E.T.:23.06.2009), s.6.

tiplerinin yaratılması ve bunlar için cezaların öngörülmesi de kanunilik ilkesini ihlal edecektir. Ayrıca, suç ve cezaların kanunlarda açıkça öngörülmesi ve bireylerin bunların dışında herhangi bir fiilden –o fiil kanun ile suç sayılmadıkça- sorumlu tutulamayacaklarını bilmeleri, onların hareketlerini buna göre belirlemeleri imkanını sağlayacaktır²⁵⁷.

Bilindiği gibi, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi 1982 Anayasası'nın 38. maddesinde yer alan *“Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez”* ve *“Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur”* hükümleri ile anayasal bir ilke olarak düzenlenmiştir. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi kararlarında bu ilkenin anayasal bir ilke olmanın yanı sıra temel bir ceza hukuku ilkesi olduğunu da vurgulamaktadır. Buna göre *“Anayasa'nın suç ve cezaya ilişkin 38. maddesindeki ilkelerden biri "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesidir... Anayasa hukukunun temel ilkelerinden birini oluşturan suç ve cezada yasalılık ilkesi, özgürlük ve insan haklarının gelişerek bireyin öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Günümüzde bu ilkeye uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de yer verilmektedir”*²⁵⁸. Yine Mahkeme'nin bir diğer kararına göre; *“Kanunsuz suç ve ceza olmaz” kuralı çağdaş hukukun vazgeçilmez temel ilkelerinden biridir”*²⁵⁹.

²⁵⁷ ALACAKAPTAN, Uğur; *a.g.e.*, s.7.

²⁵⁸ E.1993/5, K.1993/25, k.t. 06.07.1993, **AYMKD**, S.31, C.1, s.224; E.1993/42, K.1994/72, k.t. 27.09.1994, **AYMKD**, S.31, C.1, s.449.

²⁵⁹ E.1999/10, K.1999/22, k.t. 07.06.1999, **AYMKD**, S.36, C.1, s.492; Aynı doğrultuda: E.2000/5, K.2003/65, k.t. 18.06.2003, **AYMKD**, S.40, C.1, s.107; E.2001/327, K.2002/103, k.t. 12.11.2002, **AYMKD**, S.39, C.1, s.195; E.2001/328, K.2002/105, k.t. 21.11.2002, **AYMKD**, S.39, C.1, s.210; E.2001/332, K.2002/106, k.t. 21.11.2002, **AYMKD**, S.39, C.1, s.217; E.2002/40, K.2006/20, k.t. 15.02.2006, **AYMKD**, S.43, s.105; E.2005/99, K.2006/8, k.t. 19.01.2006, **AYMKD**, S.43, s.92.

Anayasa Mahkemesi, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin, yalnızca suç ve cezaların kanunla öngörülmesi anlamına gelmediğini ve bu ilkedен çıkan bir takım sonuçların da ceza hukukunun temel ilkelerinden olduğunu belirtmiştir²⁶⁰. Söz konusu karara göre; ceza kurallarının kıyas yoluyla kanunun öngörmediği alanlara yaygınlaştırılamayacağı, ceza kurallarının olabildiğince sözüne uygun yorumlanması gerektiği, bir fiili suç durumuna getiren veya suç için öngörülen cezayı etkileyen tüm kuralların ceza kuralı sayılacağı, konuluş amacı ve anlamı belirsiz olan bir ceza kuralının sanığın lehine yorumlanması gerektiği ilkeleri, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinden türetilebilecek temel ceza hukuku ilkeleridir.

Mahkeme aynı kararında “suç ve cezaların yalnızca yasayla konulup kaldırılmasının yeterli olmadığ(n)ı, konulan kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının da belirli olması gerektiği sonucunu doğur(duğunu)”, zira ceza sorumluluğunun, bireylerin fiillerinin bilincinde olarak ve suç olan fiili özgür iradeleriyle, isteyerek seçtikleri varsayımına dayandığını belirtmektedir.

Mahkeme bir kararında, hapis cezası para cezasına çevrilirken, ceza hükmünün verildiği tarihte yürürlükte bulunan asgari ücretin bir aylık brüt tutarının yarısını esas alan yasa hükmünü, “**Yasama organı** kamu düzeninin korunması için ceza hukuku alanında düzenleme yaparken, anayasal sınırlar içinde hareket etmek ve **ceza hukukunun genel ilkelerine bağlı kalmak zorundadır**. Suç işleyenin suçu işlediği tarihte ne kadar ceza ile karşılaşacağını bilmesi gerekir... İtiraz konusu kural, para cezasının belirlenmesine ilişkin olduğundan bunun suç ve cezadaki yasallık ilkesi gereği objektiflik ve genellik esaslarına göre kesin ve açık bir biçimde düzenlenmesi gerekir. Ceza davalarında davanın

²⁶⁰ E.1991/18, K.1992/20, k.t. 31.03.1992, **AYMKD**, S.28, C.1, s.274.

sonuçlanma tarihi, davanın özelliğine ve yargılama sürecine bağlı olarak değişkendir. Dava konusu yasa kuralı, cezayı hüküm tarihindeki asgari ücrete bağlı kılmak suretiyle aynı tarihte işlenen suçlara farklı para cezasının verilmesine neden olabilecektir. İtiraz konusu sözcükler nedeniyle hakkında ne zaman hüküm verileceğini ve o tarihte asgari ücretin ne olacağını bilmesi olanaksız olan kişinin, ne kadar ceza alacağını bilmesi de mümkün değildir” diyerek, Anayasa’nın 38. maddesine aykırılıktan dolayı iptal etmiştir²⁶¹.

Mahkeme yine bir diğer kararında, toplu kaçakçılık suçlarında “hapis cezası ile birlikte para cezası” ya da sadece “para cezası” verilebilmesini, “mal veya eşyanın gümrüklenmiş piyasa değerinin otuz milyon lirayı geçmemesi” koşuluna bağlayan bir düzenlemeyi, bu düzenlemede yer alan miktarı Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından yayımlanan ‘Toptan Eşya Fiyatları Yıllık İndeks’indeki artışlar oranında yükseltme yetkisinin Bakanlar Kurulu’na olmasından dolayı, Anayasa’nın suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir²⁶². Zira düzenlemede yer alan suç için öngörülen cezanın, para cezasına dönüşmesi veya hapis cezası olarak kalmasının Bakanlar Kurulu kararına bağlı olması, cezaların kanuniliği ilkesini zedelemektedir.

Anayasa Mahkemesi’ne göre, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi “*temel hak ve özgürlükleri en geniş biçimiyle güvence altına almakla yükümlü (olan) hukuk devletinin de esas aldığı değerlerden*” biridir²⁶³. Mahkeme, bu hususu belirttikten sonra, suç ve cezaların kanuniliği ilkesini zedelemeyen düzenlemenin, Anayasa’nın 38. maddesinin yanı sıra 2.maddesini de ihlal etmediğini belirtmiştir.

²⁶¹ E.1999/10, K.1999/22, k.t. 07.06.1999, **AYMKD**, S.36, C.1, s.493.

²⁶² E.2000/5, K.2003/65, k.t. 18.06.2003, **AYMKD**, S.40, C.1, s.108.

²⁶³ E.2001/327, K.2002/103, k.t. 12.11.2002, **AYMKD**, S.39, C.1, s.195; Aynı doğrultuda: E.2001/332, K.2002/106, k.t. 21.11.2002, **AYMKD**, S.39, C.1, s.217.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi, her ne kadar kararlarında, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin bir hukukun genel ilkesi olduğunu belirtse de, iptal kararlarını bu ilkeyi öngören pozitif Anayasa hükmüne yani 38. maddeye dayandırmaktadır. Ancak Mahkeme'nin söz konusu ilkenin bir hukukun genel ilkesi olduğuna vurgu yapması ve bir hukuk devletinde esas alınması gereken değerlerden biri olduğunu belirtmesi, - *tıpkı eğitlik ilkesinde söz konusu olduğu gibi*- zaten Anayasa'da yer alan bu ilkenin, değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez Anayasa hükümlerinin kapsamına girmesi olgusuna kapı aralamaktadır. Kuşkusuz böyle bir yorum, Anayasa'da yer almasına rağmen, Mahkeme'nin onun anayasal bir ilke olmasından da öte, uygar bir hukuk devletinde mutlaka gözetilmesi gereken temel bir ilke olarak değerlendirdiği tüm ilkeler için geçerlidir.

11. Ceza Sorumluluğunun şahsiliği

Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin tanımı ve gereklerine, Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki 1961 Anayasası dönemi uygulamaları incelenilirken değinilmişti. O yüzden, burada sadece Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası dönemindeki uygulaması değerlendirilecektir.

Anayasa Mahkemesi, bu dönem vermiş olduğu bir kararında, Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin, ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre; *“Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasına göre, “ceza sorumluluğu şahsidir.” Bu kural, **ceza hukukunun***

*temel ilkelerindendir. Evrensel nitelikli olan bu temel ilke, herkesin kendi eyleminden sorumlu olacağı, başka bir anlatımla başkalarının suç oluşturan eylemlerinden dolayı kimsenin cezalandırılmayacağı biçiminde tanımlanabilir. Anayasa Mahkemesi de, “cezaların kişiselliği” ilkesini bu biçimde anlamış ve pek çok kararında bunu yineleyip vurgulamıştır”²⁶⁴. Ancak Mahkeme, iptal hükmünü Anayasa madde 38’e dayandırmıştır; “Hakaret suçunu işlediği iddia edilen kişinin eyleminden dolayı sorumlu tutulması söz konusu olmayan, ancak sanığın ispat hakkını kullanması yüzünden bu hakkın kullanılması ile hiçbir ilgisi bulunmayan mevkute sahibi veya yayınlanan **cezalandırılması suç ve cezanın kişiselliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır**. Bu nedenlerle mevkute sahibi veya yayınlatan kendi eylemlerinden değil, başkalarının eylemlerinden ceza sorumluluğu altına sokulmaktadır ki, bu biçimdeki bir düzenlemenin cezaların kişiselliği kuralım içeren **Anayasa’nın 38. maddesine aykırılığı açıkça ortaya çıkmaktadır**”.*

12. Cezaların, Suçların Ağırlık Derecelerine Göre Önleme ve İyileştirme Amaçları Da Göz Önünde Tutularak Adaletli Bir Ölçü İçinde Konulması

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde önüne gelen bir kısım davalarda “cezaların, suçların ağırlık derecelerine göre önleme ve iyileştirme amaçları da göz önünde tutularak adaletli bir ölçü içinde konulması”nın ceza hukukunun temel ilkelerinden olduğu yönünde bir saptamada bulunmuştur. Mahkeme, bir suç için öngörülmüş olan kısa süreli hapis cezasının para cezasına çevrilmesi durumunda, para cezasının hesaplanmasında, hapis cezasının her bir günü için sanayi sektörü için belirlenen, yürürlükteki asgari ücretin bir aylık tutarının

²⁶⁴ E.1991/2, K.1991/30, k.t. 19.09.1991, **AYMKD**, S.22, C.1, s.117.

yarısının esas alınmasını öngören bir dizi yasa hükmünün Anayasa'ya uygun olup olmadığını denetlemiştir²⁶⁵. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararlarında ceza verme hak ve yetkisinin yasama organına ait olduğunu belirtmekle beraber, bunun da bir sınırı olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme'ye göre bu sınır “hukuk devleti” ilkesidir. Mahkeme daha sonra, “*Cezaların, suçların ağırlık derecelerine göre önleme ve iyileştirme amaçları da göz önünde tutularak adaletli bir ölçü içinde konulması, ceza hukukunun temel ilkelerindendir. Sosyal düzen ve toplum yararı amacı ile genel kurala ayırık kurallar konulması zorunluluğu ortaya çıkmış ve yasa koyucu yetkisini kullanmıştır*” diyerek, itiraz konusu kuralın hukuk devleti ilkesini ihlal etmediğine karar vermiştir. Görüldüğü gibi, Mahkeme yine hukukun genel ilkelerini, Anayasa'da yer alan “hukuk devleti” ilkesi ile ilişkilendirmiştir.

13. Özel Hükmün Genel Hükümden Önce Gelmesi

Özel hükmün genel hükümden önce geleceği ilkesi (*lex specialis derogat legi generali*) Anayasa Mahkemesi tarafından, 1982 Anayasası döneminde de hukukun genel ilkesi olarak kabul edilmeye devam etmiştir. Bu dönemde özellikle, 12 Eylül 1980 tarihinden itibaren, bu tarihten sonra ilk kez toplanacak olan Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanı oluşturuluncaya kadar geçen sürede çıkarılan kanunların önüne getirilmesi üzerine verdiği kararlarda Anayasa Mahkemesi, söz konusu ilkenin bir hukukun genel ilkesi olduğunu vurgulamıştır. 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliğine kadar yürürlükte olan Anayasa'nın Geçici 15. maddesinin son

²⁶⁵ E.1990/35, K.1991/13, k.t. 06.06.1991, **AYMKD**, S.30, C.1, s.6; E.1991/39, K.1991/39, k.t. 24.10.1991, **AYMKD**, S.31, C.1, s.18; E.1992/45, K.1992/51, k.t. 03.12.1992, **AYMKD**, S.31, C.1, s.56; E.1992/46, K.1992/52, k.t. 03.12.1992, **AYMKD**, S.31, C.1, s.70.

fıkrası, 12 Eylül 1980 ile 6 Aralık 1983* tarihleri arasında çıkarılan kanunların Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi önüne getirilmelerini yasaklamıştı. Anayasa Mahkemesi, söz konusu tarihler arasında çıkarılan kanunların itiraz yolu ile önüne getirildikleri davalarda, ilk inceleme safhasında, şu yönde bir uygulama benimsemiştir²⁶⁶:

Anayasa Mahkemesi ilk önce, Anayasa hükümlerinin birbirleri karşısında nasıl bir etki ve değere sahip olduğunu değerlendirmiştir. Buna göre; *“Anayasa kural ve ilkeleri, etki ve değer bakımından eşit olup hangi nedenle olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından, bunların bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanmaları zorunludur”*. Daha sonra Anayasa’da yer alan geçici maddelerin, Anayasa’nın diğer maddeleri karşısındaki etki ve değerini değerlendirmiştir. Buna göre; *“Söz konusu maddenin, “Geçici madde” olarak adlandırılmış bulunması etki ve değer bakımından Anayasa’nın öteki maddelerinden daha zayıf ve önemsiz olduğu biçiminde yorumlanmasına neden olamaz. Çünkü, geçici maddeler, genellikle geçiş dönemlerine ilişkin işlemlerin uygulama yöntemini ve kapsamını gösteren ayrı hükümleri içerirler. Hukukta genel kural olarak, yasalar, yayımından sonraki olaylara ve durumlara uygulanırlar. Bu ilkenin en çarpıcı ayrıklığı, yasalardaki geçici kurallardır.*

* 12 Eylül 1980 tarihinden sonra, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin ilk Başkanlık Divanı bu tarihte toplanmıştır.

²⁶⁶ E.1990/32, K.1990/25, k.t. 16.10.1990, **AYMKD**, S.26, s.436; Aynı doğrultuda: E.1991/31, K.1991/27, k.t. 12.09.1991, **AYMKD**, S.27, C.2, s.497; E.1992/7, K.1992/7, k.t. 28.01.1992, **AYMKD**, S.28, C.1, s.127; E.1992/21, K.1992/19, k.t. 17.03.1992, **AYMKD**, S.28, C.1, s.227; E.1993/20, K.1993/17, k.t. 20.04.1993, **AYMKD**, S.29, C.1, s.286; E.1994/76, K.1994/73, k.t. 13.10.1994, **AYMKD**, S.30, C.2, s.754-755; E.1996/29, K.1996/25, k.t. 26.06.1996, **AYMKD**, S.32, C.2, s.769-770; E.1997/23, K.1997/34, k.t. 11.03.1997, **AYMKD**, S.33, C.1, s.332; E.1997/33, K.1997/39, k.t. 26.03.1997, **AYMKD**, S.33, C.1, s.360-361; E.1998/17, K.1998/14, k.t. 12.05.1998, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.1998/52, K.1998/75, k.t. 23.11.1998, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.1998/54, K.1998/74, k.t. 23.11.1998, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.1999/19, K.1999/12, k.t. 03.05.1999, **AYMKD**, S.35, C.2, s.434-435; E.1999/23, K.1999/18, k.t. 25.05.1999, **AYMKD**, S.35, C.2, s.448-449; E.2000/37, K.2000/14, k.t. 15.06.2000, **AYMKD**, S.36, C.2, s.712-713; E.2001/360, K.2001/105, k.t. 18.07.2001, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır); E.2001/361, K.2001/106, k.t. 18.07.2001, (Karar henüz **AYMKD**’de yayımlanmamıştır). Yayımlanmayan kararlara <http://www.anayasa.gov.tr> web adresinden ulaşılabilir.

Bu nedenle yasaların geçici maddeleri ile esas maddeleri arasında çelişiklik varsa, özel niteliği nedeniyle, esas maddeden önce uygulanırlar. Çünkü, yasa koyucu, kuralın ayrıklığında kamu yararı görmüştür". Buraya kadar Anayasa Mahkemesi, Anayasaların geçici maddelerinin yürürlükte oldukları sürece, diğer maddeler ile eşit değer ve etkiye sahip olduklarını belirtmiş ve etki ve değer bakımından eşit olan Anayasa maddelerinin bir arada ve hukukun genel ilkeleri göz önünde tutularak uygulanmaları gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre bu durumda göz önünde tutulması gereken hukukun genel ilkesi ise "özel hükmün genel hükümden önce geleceği ilkesi"dir. Buna göre; "*Bilindiği gibi, özel düzenlemenin genel düzenlemeden önce geleceği hukukun genel bir ilkesidir*". Mahkeme bu hususu belirttikten sonra, söz konusu hukukun genel ilkesi uyarınca özel hüküm niteliğinde olan Geçici 15. maddeyi uygulamış ve bu madde uyarınca itiraz yoluna başvuran Mahkeme'nin itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürerek Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkisi olmadığına karar vermiştir.

Görüldüğü gibi Mahkeme, bu hukukun genel ilkesini davada bir ölçü-norm olarak kullanmamıştır.

14. Sonradan Yürürlüğe Giren Kanun, Kendisine Aykırı Hükümler İçeren Önceki Kanunu Yürürlükten Kaldırır

Sonradan yürürlüğe giren kanunun, kendisine aykırı hükümler içeren önceki kanunu yürürlükten kaldıracağı yönündeki ilke (*lex posterior derogat legi priori*), 1982 Anayasası döneminde de Anayasa Mahkemesi tarafından hukukun genel ilkelerinden biri olarak değerlendirilmiştir. Mahkeme'ye göre; "*İlgili konularda önceki*

kuralların, yeni yasayla değiştirilmesi ya da tümüyle yürürlükten kaldırılması hukukun doğal karşıladığı, genel ilkelere uygun bulunduğu bir düzenleme biçimidir. Yeni kural, eski kuralı yürürlükten kaldırabilir. Bu tür düzenlemeler yasa koyucunun takdir yetkisi içinde olan bir yasama işlemidir. Kaldı ki bir yasaya, kendisine aykırı kuralların yürürlükten kaldırıldığına ilişkin açık bir hüküm konulmasa da yeni kurallara aykırı olan önceki kurallar kendiliğinden geçersiz duruma gelir ve uygulanma yeterliklerini yitirirler. Bu durum, hukukun genel ilkelerindendir”²⁶⁷.

15. Bir Hukuk Kuralının Tek Başına Değil, İçinde Bulunduğu Metnin Tümü Göz Önüne Alınarak Yorumlanması

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası dönemindeki uygulamasına paralel olarak, 1982 Anayasası döneminde de, kullandığı yorum yöntemlerinden, “bir hukuk kuralının tek başına değil, içinde bulunduğu metnin tümü göz önüne alınarak yorumlanması” yöntemini hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul etmeye devam etmiştir. Buna göre; “Herhangi bir hukuk kuralının tek başına değil, içinde bulunduğu metnin tümü göz önünde tutularak yorumlanması **hukuk bilimince benimsenmiş ilkelerdendir**. İtiraz konusu kuralın yer aldığı 3395 sayılı Yasa, genelde Sosyal Sigortalar Kurumu’nun karşılaştığı finansman darboğazını aşarak bir yandan Kurum gelirlerini artırmayı amaçlamakta, öbür yandan sosyal güvenliğin çalışanlar yönünden daha iyi düzeye ulaştırılmasını öngörmektedir”²⁶⁸. Mahkeme bu kararda, itiraz konusu kuralın anlamı, amacı ve hukuksal niteliğini belirlerken söz konusu hukukun genel ilkesine dayanmıştır.

²⁶⁷ E.1987/16, K.1988/8, k.t.19.04.1988, **AYMKD**, S.24, s.81.

²⁶⁸ E.1991/5, K.1992/9, k.t.18.02.1992, **AYMKD**, S.28, C.1, s.147; Aynı doğrultuda: E.1994/89, K.1995/10, k.t.15.02.1995, **AYMKD**, S.31, C.2, s.520.

16. Aynı Fiil Nedeniyle Kişiyi Birden Fazla Ceza Verilemeyeceği

Anayasa Mahkemesi 2004 yılında vermiş olduğu bir kararda, aynı fiil nedeniyle kişiye birden fazla ceza verilemeyeceği (*ne bis in idem*) ilkesinin ceza hukukunun genel ilkelerinden biri olduğunu belirtmiştir²⁶⁹. Mahkeme'ye göre, eğer bir fiil için ayrı yasalarda ayrı cezalar öngörülmüş ise, bu cezalar karşılaştırılıp lehe olan cezanın faile uygulanmasına karar verilmelidir: *“Ceza hukukunun genel ilkeleri uyarınca aynı fiil nedeniyle kişiye birden fazla ceza verilemeyeceğinden Yasa’nın 34. maddesi ile Ek Madde 2’nin kapsamına giren bir suç işlendiğinde aynı fiil için farklı yasalarda öngörülen yaptırımlardan hangisinin uygulanacağına lehe, aleyhe kanun karşılaştırılması yapılarak yargı organlarınca karar verileceği kuşkusuzdur”*.

17. Suçun İşlendiği Sırada Yürürlükte Olan Kanun İle Sonradan Yürürlüğe Giren Kanunun Hükümleri Birbirinden Farklı İse, Failin Lehine Olan Kanunun Uygulanacağı

Anayasa Mahkemesi “suçun işlendiği sırada yürürlükte olan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunun hükümleri birbirinden farklı ise, failin lehine olan kanunun uygulanacağı” ilkesini hukukun genel ilkelerinden biri olarak görmektedir. Bu ilke ile ilgili açıklamalar 1961 Anayasası dönemi uygulamaları incelenirken yapılmıştı. Bu yüzden, burada sadece Anayasa Mahkemesi’nin bu dönemdeki uygulamalarına yer verilecektir.

²⁶⁹ E.2002/100, K.2004/109, k.t.21.09.2004, **AYMKD**, S.42, s.179.

Mahkeme, Vergi Usul Yasası'nın 359. maddesinin 2. bendinde sayılan vergi suçları için öngörülen cezalarda indirim yapan ancak bu lehe durumun, bu değişikliğin yürürlüğe girmesinden önce söz konusu suçları işlemiş ve haklarında mahkûmiyet kararı kesinleşmiş olanlara uygulanmasını yasaklayan ilgili kanun hükmünün Anayasa'ya uygun olup olmadığını denetlemiştir. Mahkeme, failin lehine olan kanunun uygulanacağı ilkesi Anayasa'da yer almamasına rağmen, bu ilkeyi bir hukuk devletinde uyulması gereken genel bir hukuk ilkesi olarak kabul etmiştir. Bu yüzden, söz konusu ilkeyi açıkça ihlal eden bu düzenlemenin Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğuna hükmetmiştir. Buna göre; *“Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin ikinci fıkrasında “Bir cürüm veya kabahatin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşrolunan kanun hükümleri birbirinden farklı ise failin lehine olan kanun tatbik ve infaz olunur” denilmektedir. Bu kuralın yalnız görülmekte olan davaları değil, infazı gereken mahkûmiyet kararlarını da kapsadığında duraksamaya yer yoktur. Ceza hukukunun bu ilkesi çağdaş hukukun temel ilkelerinden biri olduğu gibi adaletli bir hukuk düzeninin de gereğidir”*²⁷⁰. Burada Mahkeme söz konusu ilkeyi, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan “hukuk devleti” ilkesini açıklayan, destekleyen bir ölçü-norm olarak kullanmıştır.

18. İyi Niyet, Ahde Vefa, Devletler Hukukunun İç Hukuka Üstünlüğü

İyi niyet, ahde vefa ve devletlerarası hukukun iç hukuka üstünlüğü ilkeleri de Anayasa Mahkemesi tarafından, uygar milletlerce benimsenmiş hukukun genel ilkeleri olarak kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu dönem verdiği kararlarda

²⁷⁰ E.2000/21, K.2000/16, k.t.06.07.2000, **AYMKD**, S.36, C.2, s.720-721.

söz konusu ilkeleri hukukun genel ilkeleri teorisi çerçevesinde uygulamamış, sadece Anayasa'nın 16. maddesinde yer alan “milletlerarası hukuk” ibaresinin kapsamına hukukun genel ilkelerinin de girdiğini belirtirken, bu ilkeleri hukukun genel ilkelerine örnek teşkil etmesi bağlamında saymıştır. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin benimsemiş olduğu hukukun genel ilkelerine yer verdiğimiz bu bölümde, söz konusu ilkeleri tek bir başlık altında vermeyi uygun buluyoruz. Anayasa Mahkemesi'ne göre; “*Milletlerarası hukuku da, Devletlerin taraf oldukları iki veya çok taraflı antlaşmalar, milletlerarası teamüller (örf ve âdetler), **medeni milletlerce kabul edilen ve temel hukuk prensiplerinden bulunan, iyi niyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, Devletler Hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkeleri** ve yardımcı kaynak sayılan ilmî ve kazaî içtihatlar oluşturmaktadır*”²⁷¹.

²⁷¹ E.1984/14, K.1985/7, k.t.13.06.1985, AYMKD, S.21, s.153; Aynı doğrultuda: E.1986/18, K.1986/24, k.t. 09.10.1986, AYMKD, S.22, s.255.

III. UYGULAMANIN IŞIĞINDA HUKUKUN GENEL İLKELERİNİN TÜRK NORMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

Bu başlık altında Türk Anayasa Mahkemesi'nin uygulamaları ışığında, Mahkeme'nin hukukun genel ilkelerini Türk normlar hiyerarşisinde nereye yerleştirdiği incelenilecektir.

Türk Anayasa Mahkemesi'nin, hukukun genel ilkelerini destek ölçü-norm olarak kullanmakta olduğunu daha önce belirtmiştik. Başka bir ifade ile Mahkeme şimdiye kadar, hiçbir normu *tek başına* Anayasa'da yer almayan bir hukukun genel ilkesine dayanarak iptal etmemiş; iptal hükmünü mutlaka pozitif Anayasa metnine dayandırmıştır. Bu doğrultuda Mahkeme, hukukun genel ilkelerini Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan “hukuk devleti” ilkesinin bir gereği olarak görmüş, yani “hukuk devleti” ilkesine bu ilkeler ışığında bir anlam vermeyi uygun bulmuştur. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi'nin hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerce benimsenmiş genel ilkelerine, bir *anayasal norm* değerini verdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Zira Mahkeme, hukukun genel ilkelerini anayasal değerdeki “hukuk devleti” ilkesinin bir unsuru olarak görmektedir. Mahkeme'nin daha önce de değindiğimiz ve artık klasikleşmiş hukuk devleti tanımı bu hususu açıkça göstermektedir. Buna göre: “*Hukuk devletinde... kanun koyucunun yasama faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması lazımdır. Zira kanunun da üstünde kanun koyucunun bozam(a)yacağı temel hukuk prensipleri ve Anayasa vardır ...*”²⁷². Görüldüğü gibi kanun koyucunun

²⁷² E.1963/124, K.1963/263, k.t. 11.10.1963, **AYMKD**, S.1, s.422.

tasarruflarını denetlemekle görevli olan Mahkeme, kanun koyucunun hukukunun genel ilkelerine de uyması gerektiği belirtmekte; böylelikle hukukun genel ilkelerine kanunların üstünde bir yer verdiğini açıkça göstermektedir.

Yine Anayasa Mahkemesi bir diğer kararında, Anayasa hükümlerinin hukukun genel ilkelerine dayandığını ve Anayasa'ya uygunluk denetiminin bu ilkelere uygunluğun incelenmesini de içereceğini belirtmiştir; *“İtiraz konusu kuralın Anayasa ilkelerine ve bu ilkelerin dayandığı, üstün, genel hukuk kurallarına uygun olup olmadığı araştırılarak aykırılık savı değerlendirilir”*²⁷³. Bu karardan da hukukun genel ilkelerinin, normlar hiyerarşisinde en azından anayasal değerde ve kanunların üstünde yer aldığı anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bir kararında *“Kanunlarımızın, Anayasa’nın açık hükümlerinden önce hukukun, bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen, prensiplerine uygun olması şarttır”*²⁷⁴ ifadesine yer vererek bu ilkelerin Anayasa üstünde bir değer taşıdığı izlenimini vermiştir. Ancak belirttiğimiz gibi Mahkeme, bu ilkeleri Anayasa’da yer alan hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak görüp, destek ölçü-norm olarak kullanmaktadır.

O halde, Anayasa Mahkemesi’nin kararlarından da yola çıkarak, hukukun genel ilkelerinin Anayasa hükümleri ile aynı değerde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Hatta bizce, Anayasa hükümleri ile hukukun genel ilkeleri arasında genel norm-özel norm ilişkisi söz konusudur. Zira anayasanın açık metni göz ardı

²⁷³ E.1987/30, K.1988/5, k.t. 15.03.1988, **AYMKD**, S.24, s.71.

²⁷⁴ E.1963/166, K.1964/76, k.t. 22.12.1966, **AYMKD**, S.2, s.288; Aynı doğrultuda: E.1985/31, K.1986/11, k.t. 27.03.1986, **AYMKD**, S.22, s.119-120.

edilerek, bir ilkenin anayasanın çekimleme alanına sokulmasının mümkün olmadığını belirtmiştik. Ayrıca Anayasa'nın 11. maddesi de böyle bir duruma imkan vermemektedir. AY. md. 11'e göre; "*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır*". O halde Anayasa hükümlerinin anayasa yargıçlarını da bağladığı açıktır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, anayasayı yorumlama yetkisine sahip yegâne organ olsa da, bu yetki sınırsız değildir. Bu yetkinin sınırı Anayasa'nın açık metnidir. Bu durumda şöyle bir değerlendirme yapılabilir:

Anayasa Mahkemesi'nce hukuk devletinin bir gereği olarak görülen hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerce benimsenmiş genel ilkeleri, hukuk düzenimizde *anayasal değere* sahip olan normlardandır. Ancak bunlar ile anayasa hükümleri arasında genel norm-özel norm ilişkisi vardır. Hukukun genel ilkelerine göre daha özel bir normu teşkil eden Anayasa'da, açık ve somut bir hüküm olduğu takdirde, Mahkeme'nin önündeki denetim konusu normu –*bu hükmün açık anlamını göz ardı edip*- bir hukukun genel ilkesini esas alarak iptal etmesi söz konusu olamayacaktır.

Bu durumda, Anayasa'da yer almayan ancak hukukun genel ilkeleri arasında yer almaları nedeniyle Türk Anayasa Mahkemesi tarafından hukuk devletinin bir gereği olarak görülen ilkeler Anayasal değer kazanacak olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin açık metni ile çatışan veya Anayasa'nın tümünün sistematik olarak yorumlanması ile elde edilen anlamını yani Anayasa'nın özünü açıkça ihlal eden bir ilkenin –o ilke bir hukukun genel ilkesi olsa bile- Anayasa'nın kapsamına sokulması ve anayasal değer kazanması mümkün olmayacaktır/olmamalıdır.

Öğretide de, Anayasa Mahkemesi'nin hukukun genel ilkelerini destek ölçü-norm olarak kullanması, Mahkemenin “üstün Anayasa normları” teorisine sapmadığı, “Anayasaya karşı Anayasa normları” teorisine yaklaştığı şeklinde değerlendirilmiştir²⁷⁵.

ESEN ise, yapmış olduğu normlar sıralamasında hukukun genel ilkelerine, Anayasa hükümlerinden önce yer vermiştir²⁷⁶.

²⁷⁵ ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz ve ÖZBUDUN, Ergun; “Lizbon 1987 Tebliği”, VII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, 26-30 Nisan 1987, s.186.

²⁷⁶ ESEN, Bülent Nuri; **Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı**, Ankara, 1966, s.40.

SONUÇ

Hukukun genel ilkeleri teorisi, esasen Fransa’da (*o dönem*) hukuki bağlayıcılığı bulunmayan 1789 Bildirgesi’nde yer alan ilke ve düşüncelerin, İdare’nin bağlı olması gereken “hukuk” içerisine dâhil edilmeleri amacıyla, Conseil d’Etat tarafından geliştirilmiştir. Bildirge’de yer alıp da kanunlarda yer almayan kimi ilkeler Conseil d’Etat tarafından “hukukun genel ilkeleri” olarak adlandırılıp, söz konusu ilkelere hukuki bağlayıcılık bu şekilde kazandırılmıştır. Sonraları uluslararası hukuk alanında, bir yandan yargıcın davada uygulayacağı bir hüküm bulamaması nedeniyle davayı reddetmesini önleyecek, diğer yandan ise yargıcın davayı çözüme kavuştururken sübjektif davranmasına imkân vermeyecek bir formül arayışına girilmiştir. Bu çerçevede “uygar milletlerce kabul edilmiş hukukun genel ilkeleri” formülü benimsenmiştir. Görüldüğü gibi teorinin söz konusu hukuk alanlarında gelişmesinin nedeni, her iki hukuk alanında da yazılı hukuk düzenlemelerinin yetersiz olmasıdır.

Hukukun genel ilkelerinin kapsamlı bir tanımının yapılması mümkün olmadığından, bu çalışmada hukukun genel ilkelerinin niteliğinden yola çıkılarak söz konusu kavram anlamlandırılmaya çalışılmıştır. Buna göre; belli durumlarda nasıl davranılması gerektiğine ilişkin standartlar öngören ilkeler ve bu çerçevede hukukun genel ilkeleri, bu özellikleri nedeniyle normatiftirler. Ancak ilkeler ve hukukun genel ilkeleri belli özellikleri dolayısıyla diğer hukuk normlarından ayrılırlar. Hukukun genel ilkeleri, “ilke” olmaları nedeniyle, hukuk kurallarından farklı olarak, anayasa yargıcına yorum faaliyetinde önemli bir hareket alanı sağlarlar. Zira ilkeler, hukuk

kuralları gibi “ya hep, ya hiç” tarzında uygulanmayıp, belli bir sonuca işaret eder ancak o sonucu asla dikte etmezler. İlkeler bu özellikleri nedeniyle, içerdikleri değerin fiilen ve hukuken en yüksek derecede gerçekleştirilmesi konusunda yargıca imkân verirler. Bu noktada, hukukun genel ilkeleri de bir davada uygulanacakları zaman kendilerini uygulayacak olan yargıca içerdikleri değeri en yüksek seviyede gerçekleştirme imkânını sağlarlar. Bu durumda hukukun genel ilkelerinin değer yargılarından bağımsız olmadığının da altını çizebiliriz.

Öyleyse, yargıca bu kadar geniş bir hareket alanı sağlayacak olan ilkelerin içerdikleri değer de önem arz etmektedir. Bu noktada, ilkelere ahlak ile hukuk arasında zorunlu olarak bir bağ kurma görevi veren görüşlerin aksine, ilkelerin münhasıran ahlak alanına ait olmadığını belirtmek isteriz. Dolayısıyla hukukun genel ilkeleri de münhasıran ahlak alanına ait olmayıp, ahlak ile hukuk arasında bir bağ kurma işlevine sahip değildir. Buna rağmen, ilkeler ve dolayısıyla hukukun genel ilkeleri bir davada ahlaken doğru olan kararın alınmasını veya daha adil bir sonuca varılmasını sağlıyor olabilirler.

Bize göre, hukukun genel ilkeleri kavramında yer alan “genel” nitelemesi, söz konusu ilkelerin “evrensel” olma ve “temel” olma niteliklerine işaret etmektedir. Bu noktada “evrensel olma” ile kastettiğimiz bir ilkenin bütün milletlerce veya milletlerin çoğu tarafından kabul edilmiş olması değildir. Bu açıdan UADS’nin “uygar milletlerce benimsenmiş hukukun genel ilkeleri” formülünün yerinde olduğunu vurgulamalıyız. Ancak ne o ilkeyi kabul etmiş milletlerin uygar olmasının ne de uygar milletlerin *tümünün* o ilkeyi kabul etmiş olmasının önemi vardır.

Önemli olan bu ilkelerin tüm uygar milletlerce benimsenebilecek nitelikte olmalarıdır. Yani, hukukun tüm “uygar” milletlerce benimsenmiş ilkeleri, ideolojileri ve değerleri ne olursa olsun ancak uygar olan milletlerce benimsenecek kadar aklın ve adaletin gereği olan ilkelere dir. Bu tarz bir ilkeyi kabul etmek suretiyle uygar bir uygulama içerisine girmiş olan ülke, herhangi bir hukuk sistemini benimsemiş olan herhangi bir ülke olabilir.

Başlangıçta sorduğumuz soruya burada bir cevap vermemiz gerekmektedir. Hukukun genel ilkeleri, anayasa yargıçlarının bir takım romantik doğal hukuk göndermeleri (ortak vicdan, üstün hukuk gibi) yaparak, bir şekilde pozitif metinlerin ötesine geçmelerini sağlayan ve böylelikle kendilerine denetimsiz/sınırsız güç veren bir araç mıdır? Hukukun genel ilkeleri teorisinin yazılı hukuk metinlerinin ötesine geçmeye imkân tanıdığı muhakkaktır. Ancak hukukun genel ilkelerinin yargıçlara denetimsiz/sınırsız bir güç veren araçlar olduğuna inanmıyoruz. Çünkü bizce her hak ve özgürlüğün “hukukun genel ilkeleri” şemsiyesi altında, “kanun koyucunun faaliyetlerinde gözetmesi gereken hukuk” kapsamına sokulması mümkün görünmemektedir. Hukukun genel ilkeleri kapsamında değerlendirilmesi mümkün olan ilkeler yani *“ideolojileri ve değerleri ne olursa olsun ancak uygar olan milletlerce benimsenecek kadar aklın ve adaletin gereği olan ilkeler”* **bizce** oldukça sınırlı sayıdadır. Zira daha önce birkaç kez belirttiğimiz gibi bütün toplumları kapsayıcı bir hukuk anlayışına ve adalet duygusuna rastlamak oldukça zordur. Fakat *az sayıda da olsa* toplumların asgari seviyede ortak adalet standartlarına sahip olduklarını görmekteyiz. Bunlar ise bizce, içerikten bağımsız doğal adalet ilkeleri, eşitlik gibi gerçekten evrensel olma seviyesine ulaşmış hak ve ilkeler ile dürüstlük,

iyi niyet, ahde vefa gibi minimum ahlaki gerekliliklere işaret eden ilkelerdir. O halde, hukukun genel ilkeleri anayasa yargıçlarına yazılı hukuk metnlerinin ötesine geçme imkânı tanıyor olsalar da, söz konusu ilkeler *bu sayede* pozitif metinlerde yer almayan veya eksik kalan hukuki korumayı sağlayacaklardır.

Öyleyse, tarihsel gelişimi ve niteliği hakkında bu açıklamaları yapabileceğimiz hukukun “bilinen” ve “tüm uygar ülkelerce benimsenmiş” genel ilkeleri, muhakeme süreçlerine dâhil edilmeleri mümkün olan bir norm türünü teşkil etmektedirler. Bu çerçevede de anayasa yargısı sürecine yargıcın dava sırasında uygulayacağı ve/veya gerçekleştireceği uygunluk denetiminde ölçü olarak alacağı bir norm olarak dâhil olurlar.

Öğretide UYGUR’un ilkelerin bir davada sahip olduğu iki işlevden bahsettiğini belirtmiştik: Haklı Gösterme İşlevi ve Açıklama İşlevi. Bu iki işlev, anayasa yargısı sürecinde de kendisini gösterir. Hukukun genel ilkelerinin kararları “haklı gösterme” işlevi anayasa yargısında, bu ilkelerin “davada uygulanacak norm” olarak gördüğü işlev ile birleşir. Yargıç, muhakeme faaliyetinin denetim konusu normlar ile ölçü-normların karşılaştırıldığı kısmının dışında kalan bölümünde, almış olduğu kararları hukukun genel ilkeleri ile haklı göstermek ihtiyacı duyabilir. Yine yargıç, ölçü-normlar veya denetim konusu normların anlamını belirleme faaliyetinde seçmiş olduğu yorum yönteminin haklı nedeni olarak hukukun genel ilkelerini gösterebilir. Böylece, söz konusu durumlarda anayasa yargıcı hukukun genel ilkelerini o davada *uygulamış olur*. Nitekim bu iki duruma Türk Anayasa Mahkemesi’nin 1961 ve 1982 Anayasaları dönemlerinde vermiş olduğu kararlarında rastlamaktayız.

Hukukun genel ilkelerinin anayasa yargısında gördüğü en önemli işlev ise ölçü-norm olarak gördüğü işlevdir. İki farklı norm türünün karşılaştırılması olarak özetleyebileceğimiz anayasaya uygunluk denetimi faaliyeti, basit ve mekanik bir mukayese işleminden ibaret değildir. Anayasa yargıcının hem ölçü tutacağı normları saptaması hem de belirlediği ölçü-normlar ile denetime tabi tutacağı normların anlamlarını belirlemesi gerekmektedir.

Hukukun genel ilkeleri anayasaya uygunluk denetiminde bağımsız ölçü-norm veya destek ölçü-norm olarak işlev görebilirler. Bu ilkelerin bağımsız ölçü-norm olarak kullanılması şu şekillerde gerçekleşebilir: Anayasa'nın kendisi açık bir hükümle anayasa mahkemesini, denetime tabi tutacağı normların anayasa yanında hukukun genel ilkelerine uygunluğunu da denetlemesi konusunda yetkilendirebilir. Anayasa, anayasa mahkemesini açıkça yetkilendirmemekle birlikte, ulusal hukuk düzenlemelerinin hukukun genel ilkelerine uygun olacağı yönünde bir hüküm içeriyor da olabilir. Bu durumda da söz konusu düzenlemelerin anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli olan mahkemenin, bu düzenlemelerin hukukun genel ilkelerine uygunluğunu da denetlemekle yükümlü olduğu açıktır. Almanya, İtalya, Macaristan, Azerbaycan Anayasaları bu tarz hükümler içeren anayasalardandır. Her iki durumda da hangi ilkelerin hukukun genel ilkesi olarak kabul edileceği ve anayasaya uygunluk denetiminde bağımsız ölçü-norm olarak kullanılacağı anayasa yargıcı tarafından belirleneceği için, yargıcın bu konuda büyük bir takdir yetkisine ve sorumluluğa sahip olacağını belirtmek isteriz. Bizce anayasa yargıcı bu takdir yetkisini aşmamak açısından, yukarıda hukukun genel ilkeleri olarak kabul edilmesi gerektiğini belirttiğimiz ilke ve haklar dışında, her hak ve

özgürlüğü “hukukun genel ilkeleri” adı altında anayasanın kapsamına sokmaktan kaçınmalıdır. Hukukun genel ilkelerinin bağımsız ölçü-norm olarak kullanılmaları durumuna son örnek olarak bu ilkelerin bizzat anayasada yer alması hali gösterilebilir. Bu durumda anayasa yargıcının hukukun genel ilkelerini değil anayasayı ölçü tuttuğundan, ayrıca bir hukukun genel ilkesinin ölçü-norm olarak kullanıldığını belirtmenin gereksizliğinden söz edilebilir. Ancak, anayasa yargıcı anayasada yer alan bir hukukun genel ilkesine, “hukukun genel ilkeleri” teorisi çerçevesinde yaklaşıyorsa, yani söz konusu ilkeyi yalnızca anayasada yer aldığı için değil, bu ilkenin bir hukuk devletinde uyulması gereken ve çağdaş bir uygulamanın gereği olan temel bir ilke olduğuna inanarak ölçü-norm olarak kullanıyorsa, söz konusu ilkenin uygulanmasında ve gereklerinin belirlenmesinde fiilen ve hukuken mümkün olan en çağdaş ve adil yorumu gerçekleştirecek demektir. Türk Anayasa Mahkemesi 1998 yılından itibaren vermiş olduğu kimi kararlarında, Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesinin “hukukun temel ilkelerinden biri” olduğunu açıkça belirtmektedir. Mahkeme, böylelikle eşitlik ilkesinin anayasal bir ilke olduğunu değil, çağdaş bir hukuk devletinde uyulması gereken temel bir ilke olduğunu vurgulamakta ve söz konusu ilke anayasada yer almasaydı dahi kendisini, denetime tabi normların söz konusu ilkeye uygunluğunu denetlemekle görevli sayacağı izlenimini vermektedir.

Hukukun genel ilkeleri, anayasa yargısında destek ölçü-norm olarak da kullanılabilirler. Bu durumda anayasa yargıcı, denetiminde ölçü tuttuğu normların anlamlarını belirlerken hukukun genel ilkelerinden yararlanabilecektir. Bugün Türk Anayasa Mahkemesi, hukukun genel ilkelerini anayasa yargısında destek ölçü-norm

olarak kullanmaktadır. Mahkeme, denetiminde hukukun genel ilkelerine dayanmayı, pozitif anayasa metnini bu ilkeler ışığında yorumlamayı, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak görmektedir. Mahkeme, hukuk devleti ilkesinden yola çıkarak Anayasa'da yer almayan bir takım ilkeleri –*hukukun genel ilkeleri olduklarından bahisle*- Anayasa'nın kapsamına sokuyor olsa da, Mahkeme'nin bu uygulaması ile hukuk devleti ilkesinin gereklerinden olan hukuki öngörülebilirlik ve belirliliği zedelediğini belirtmek mümkündür. Zira Mahkeme, bu çerçevede hukukun genel ilkeleri teorisini, her türlü hak ve özgürlüğü Anayasa'ya ithal etme amaçlı kullanmamaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 138. maddesini hukukun genel ilkelerinin uygulanmasında dayanak olarak alması da mümkün olmakla birlikte, Mahkeme bu yolu tercih etmemektedir. Yine Anayasa'nın Başlangıç Kısmı, 13., 14. ve 174. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, Anayasa'nın çağdaş uygarlığa erişme hedefinde olduğu anlaşılabacaktır. O halde hukukun genel ilkelerinin destek ölçü-norm olarak kullanılması, Anayasa'nın ruhuna da uyan bir uygulamadır.

Anayasa Mahkemesi bu doğrultuda 1961 Anayasası döneminde başta kazanılmış haklara saygı ilkesi ve masumluk karinesi olmak üzere Anayasa'da yer almayan bir takım hak ve ilkeleri Anayasa'nın kapsamına sokmuş; 1982 Anayasası döneminde de aynı şekilde kazanılmış haklara saygı, kanunların geçmişe yürümezliği, devlete güven gibi bir takım hak ve ilkelere Anayasal değer kazandırarak bu yönlerden eksik kalan anayasal korumayı bu sayede sağlamaya çalışmıştır.

Hukukun genel ilkelerinin anayasa yargısında destek ölçü-norm olarak kullanılmasının, Türk Anayasa yargısına özgü bir sonucu vardır. Türk Anayasa Mahkemesi'nin hukukun genel ilkelerini Anayasa'nın 2.maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak gördüğünü belirtmiştik. Mahkeme böylelikle, anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi konusunda sürdürdüğü “esasın biçim yönünden incelenmesi” uygulaması doğrultusunda, hukuk devletinin bir gereği olarak gördüğü hukukun genel ilkelerine diğer anayasal normlardan farklı olarak değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez anayasal norm değerini kazandırmış olacaktır.

Görüldüğü gibi hukukun genel ilkeleri anayasa yargısında hem bağımsız hem de destek ölçü-norm olarak kullanılabilmektedir. Bu durumda, başlangıçta sormuş olduğumuz ikinci soruya da cevap vermemiz gerekir. Oldukça ayrıntılı bir Anayasa'ya ve Anayasa'nın Başlangıç Kısmını, Atatürk İlke ve İnkılâpları ile Devrim Kanunlarını, AİHS ve diğer temel haklara ilişkin usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaları içeren geniş bir anayasallık bloğuna sahip olduğumuzu dikkate aldığımızda, ölçü-norm olarak bir de hukukun genel ilkelerine ihtiyaç var mıdır? Bir ülkede anayasal değerdeki normların sayısının fazla olması, bu normlarla sağlanan hukuki korumanın yeterli olduğu anlamına gelmez. Hukuk metinleri eşyanın doğası gereği her şeyi öngöremez. Hele ki zaman geçtikçe yeni durumların ortaya çıkması bu metinlerin yeni durumlar karşısında yetersiz kalmalarına neden olur. Bu çerçevede, Anayasanın ve diğer ölçü-normların yetersiz kaldıkları veya ortaya yeni çıkan olgulara cevap veremedikleri durumlarda, hukukun genel ilkeleri söz konusu pozitif metinlerde yer almayan veya eksik kalan hukuki

korumayı sağlamak açısından işlevsel olacaktır. Ayrıca hukukun genel ilkeleri anayasa yargıcının çağdaş ve kurucu yorumlama faaliyetine imkân vererek, anayasanın “yaşayan bir belge” haline gelmesini sağlayacaktır.

Son olarak, anayasa yargıçlarının hukukun genel ilkelerini bağımsız veya destek ölçü-norm olarak kullandıkları durumlarda, söz konusu ilkelerin en azından anayasal hukuki değere sahip olacakları bir gerçektir. Ancak bu durumlarda anayasa yargıcı, açık anayasa metnini ve anayasanın bütününden sistematik yorum ile elde edilen anlamı göz ardı ederek ve ona rağmen bir hukukun genel ilkesini bağımsız veya destek ölçü-norm olarak kullanmamalıdır. Aksi takdirde yargıç kurucu gücü eline geçirmiş olur. Mahkeme, denetimi sırasında, Anayasa metninin anlamını saptamada bu ilkelere yararlanıp, aynı zamanda Anayasa’nın sistematik yorumundan elde edilen anlama bağlı kaldığı sürece, hem keyfi hareket etmemiş olacak hem de hukuk devleti idealini mümkün olan en yüksek derecede gerçekleştirmiş olacaktır. O halde, hukukun genel ilkeleri Anayasaya uygunluk denetiminde, ölçü-norm olarak kullanılabilen Anayasal değerlerdir. Bu ilkeler ile Anayasa hükümleri arasında genel norm-özel norm ilişkisi vardır. Hukukun genel ilkeleri, anayasa yargıcı tarafından bu şekilde anlaşıldığı ve ölçü-norm olarak kullanıldığı sürece, Anayasa metni hukukun ulaştığı çağdaş anlama uygun yorumlanmış ama aynı zamanda böylesine aktif olan yargıç, hiçbir zaman keyfi davranmamış olacaktır.

KAYNAKÇA

I. KİTAPLAR VE MAKALELER

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz; **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz ve ÖZBUDUN, Ergun; “Lizbon 1987 Tebliği”, VII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, 26-30 Nisan 1987.

AKBAY, Muvaffak; “Kelsen’in Hukuk ve Devlet Teorisi”, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/241/2118.pdf> ; E.T.: 01.07.2009).

ALACAKAPTAN, Uğur; **İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi**, (<http://auhf.ankara.edu.tr/auhf-yayinlari-arsivi/ugur-alacakaptan/ingiliz-ceza-hukukunda-suc-ve-cezalarin-kanuniligi/ingiliz-ceza-hukukunda-suc-ve-cezalarin-kanuniligi.pdf>; E.T.:23.06.2009).

ALTIPARMAK, Kerem; ‘ “Due Process of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme’, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 45, Sayı 1-4, Yıl 1996, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/297/2707.pdf> ; E.T.: 01.07.2009).

APPLE, James G.; “What are General Principles of International Law?”, Published by the American Society of International Law and the International Judicial Academy, Jul/Aug 2007, Volume 2, Issue 2, (http://www.judicialmonitor.org/archive_0707/generalprinciples.html ; E.T.:13.10.2008).

BELL, John; **French Constitutional Law**, New York, Oxford University Press, 1994.

BEREKET, Zuhale; **Hukukun Genel İlkeleri Ve Danıştay**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.

BIX, Brian H.; “Doğal Hukuk: Modern Gelenek”, Çev.: Ertuğrul UZUN, (<http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz6-2/PDF/uzun10.pdf> ; E.T.: 01.07.2009).

BROWNLIE, Ian; **Principles of Public International Law**, Fifth Edition, New York, Oxford University Press, 2002.

CHENG, Bin; **General Principles of Law As Applied by International Courts And Tribunals**, London, The London Institute of World Affairs, Stevens & Sons Limited, 1953.

CROZAT, Charles; **Devletler Umumi Hukuku**, Çev.: Edip F. ÇELİK, Cilt I, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No:461, 1950.

ÇAĞLAR, Bakır; **Anayasa Bilimi**, 1.Basım, İstanbul, BFS Yayınları, No:37, Mart 1989.

ÇAĞLAR, Bakır (1985); “**Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları**”, (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/anyarg2/bcaglar.pdf> ; K.T.: 01.07.2009).

ÇELİK, Edip; **Milletlerarası Hukuk**, Birinci Cilt, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 205, 1965.

DWORKIN, Ronald; **Hakları Ciddiye Almak**, Çev.: Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ, Birinci Baskı, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2007.

EDİS, Seyfullah; **Medeni Hukuka Giriş**, Dördüncü Bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 491, 1989.

Encyclopædia Britannica Online, Academic Edition, (<http://search.eb.com/dictionary?va=principle&query=principle> , E.T. 30.10.2008).

ERDOĞAN, Mustafa; **Anayasal Demokrasi**, 7. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, Mart 2005.

EREM, Faruk; “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 1, Cilt 3, Yıl 1946, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/239/2101.pdf> ; E.T.:18.06.2009).

ERKUT, Celal; **Hukuka Uygunluk Bloku (İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi)**, Birinci Basım, İstanbul, Kavram Yayınları,1996.

ESEN, Bülent Nuri; **Türk Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:206, 1966.

ESEN, Bülent Nuri; **Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanması**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:301,1972.

FEYZİOĞLU, Turhan; **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No:19-1, 1951.

FEYZİOĞLU, Metin; “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 1-4, Cilt 48, Yıl 1999, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/293/2671.pdf>; E.T.: 08.07.2009).

FRIEDMANN, Wolfgang; **The Changing Structure of International Law**, New York, Feffer And Simons Inc., 1964.

GAZIER, François; GENTOT, Michel ve GENEVOIS, Bruno; “1789 İlke ve Düşüncelerinin, Anayasa Konseyi ve Conseil d’Etat Kararlarına Etkisi”, Çev: Celal ERKUT, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD)**, Sayı 1-3, Yıl 10, İstanbul, 1989.

GÖNÜL, Mustafa; “Türk Anayasa Mahkemesi Raporu”, **Anayasal Normlar Hiyerarşisi Ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi**, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara, 7-10 Mayıs 1990, 2.Cilt, Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları.

GÖZLER, Kemal; “Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloğu Kavramına İhtiyaç Var Mıdır?”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt 55, Sayı 3, Temmuz - Eylül 2000. (<http://www.anayasa.gen.tr/blok.htm> ; E.T.: 01.07.2009).

GÜNDAY, Metin; **İdare Hukuku**, 9. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2004.

GÜNDÜZ, Aslan; **Milletlerarası Hukuk (Temel Belgeler, Örnek Kararlar)**, 5. Bası, İstanbul, Beta Kitap, Kasım 2003.

GÜRİZ, Adnan; **Hukuk Başlangıcı**, 7. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, Eylül 1999.

HEKİMOĞLU, Mehmet Merdan; **Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları**, 1.Baskı, Detay Yayınları, Ankara, Nisan 2004.

HERZOG, Roman; “Alman Federal Anayasa Mahkemesi Raporu”, **Anayasal Normlar Hiyerarşisi Ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi**, Çev.: Ümit ÖZDAĞ, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara, 7-10 Mayıs 1990, 3.Cilt, Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları.

KABOĞLU, İbrahim Ö.; “Türkiye’de Hukuk Devletin Gelişimi”, **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 12, Ankara, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü, 1990.

KABOĞLU, İbrahim; **Kolektif Özgürlükler**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 3, Diyarbakır, 1989.

KABOĞLU, İbrahim Ö.; “Hukukun Genel İlkeleri Ve Anayasa Yargısı”, (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg8/kaboglu.pdf>, 01.07.2009).

KABOĞLU, İbrahim Ö.; **Anayasa Hukuku Dersleri**, İstanbul, Legal Yayıncılık, İkinci Baskı, Ekim 2005.

KABOĞLU, İbrahim; **Anayasa Yargısı (Avrupa Modeli Ve Türkiye)**, 4.Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2007.

KANETİ, Selim; “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’ndaki Boşlukların Anayasa Mahkemesi Tarafından Doldurulması”, (<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/anyarg8/selimK.pdf> ; E.T.: 01.07.2009).

KEYMAN, Selahattin; “Hukuki Pozitivizm”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 1-4, Cilt 35, Yıl 1978, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/307/2930.pdf> ; E.T.: 01.07.2009).

LATOURNERIE, Roger; **Conseil d’Etat’nın Yargılama Yöntemleri Üzerine Bir Deneme**, Çev. Yıldızhan YAYLA, İstanbul, 1982.

MERAY, Seha L.; **Devletler Hukukuna Giriş**, Birinci Cilt, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Sayı: 86-67, 1959.

METİN, Yüksel; **Anayasanın Yorumlanması**, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, 2008.

METİN, Yüksel; “Avrupa Birliği’nde Hukuk Devletin Unsurları” , **Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal**, Ed. Ali Rıza ÇOBAN, Bilal CANATAN ve Adnan KÜÇÜK, Ankara, Adres Yayınları, Şubat 2008.

MIFSUD-BONNICI, Aron; “The Role of the Court of Justice in the Development of the General Principle of Community Law”, (<http://www.mifsudbonnici.com/lexnet/articles/artgenprinc.html> ; E.T.:01.07.2009).

MORSCHER, Siegbert; “Avusturya Anayasa Mahkemesi Raporu”, **Anayasal Normlar Hiyerarşisi Ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi**, Çev.: Hasan Işın DENER, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara, 7-10 Mayıs 1990, 3.Cilt, Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları.

O’BRIEN, John; **International Law**, Great Britain, Covendish Publishing Limited, 2002.

ÖDEN, Merih ve AKKAYA, Mustafa; ““Hayat Standardı Esası”nın Anayasaya Uygunluğu Sorunu’ **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 2, Cilt 50, Yıl 2001, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/290/2641.pdf> ; E.T.:27.06.2009).

ÖDEN, Merih; **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

ÖNCEL, Mualla, KUMRULU, Ahmet ve ÇAĞAN, Nami; **Vergi Hukuku**, 15. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.

ÖZBUDUN, Ergun; **Türk Anayasa Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005.

ÖZKÖK, Gülriz; “Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 2002, Cilt 51, Sayı 2, (<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2002-51-02/AUHF-2002-51-02-Ozkok.pdf> ; E.T.: 05.07.2009).

ÖZTAN, Bilge; **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 11. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003.

PERRY, Stephen R.; “Two Models of Legal Principles”, **82 Iowa Law Review** , 1996-1997, (<http://heinonline.org> ; 15.12.2008).

PRAKKE, Lucas; “The Republic of Austria”, Translated by Kath STARSMORE, **Constitutional Law of 15 EU Member States**, Lucas PRAKKE and Constantijn KORTMANN (Eds), Kluwer Legal Publishers, Deventer, 2004.

PAZARCI, Hüseyin; **Uluslararası Hukuk Dersleri**, I. Kitap, 10. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.

PAZARCI, Hüseyin; **Uluslararası Hukuk**, 2. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.

RAZ, Joseph; “Hukuk Devleti Ve Erdemi”, Çev.: Bilal CANATAN, **Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal**, Ali Rıza ÇOBAN, Bilal CANATAN ve Adnan KÜÇÜK (Ed.), Ankara, Adres Yayınları, Şubat 2008.

SACHS, Michael; “Hukukun Üstünlüğü ve Hukuk Devleti”, **Türkiye Barolar Birliği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, Bildiriler, 9-13 Ocak/2001, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, 2001.

SUR, Melda; **Uluslararası Hukukun Esasları**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2000.

TAN, Turgut; **İdari İşlemin Geri Alınması**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 1970.

TANÖR Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU, Necmi; **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 5. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, Mart 2004.

TEZİÇ, Erdoğan; **Anayasa Hukuku**, 12. Bası, İstanbul, Beta Basım Dağıtım, Kasım 2007.

THIRLWAY, Hugh; “The Sources of International Law”, **International Law**, Malcom D. EVANS (Ed.), First Edition, New York, Oxford University Press, 2003.

TOROSLU, Nevzat ve FEYZİOĞLU, Metin; **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, Kasım 2006.

TRIDIMAS, Takis; **The General Principles of EU Law**, Second Edition, New York, New York, Oxford University Press, 2006.

TURHAN, Mehmet; **Anayasal Devlet**, Dördüncü Basım, Ankara, Naturel Yayıncılık, Eylül 2005.

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük; 10. Baskı, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları No: 549, 2005.

TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi; “Hart- Dworkin Tartışmasının Ana Hatları”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, 16. Kitap, “Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – III” Sempozyum Bildirileri (7-9 Eylül 2006, İstanbul), İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, Temmuz 2007.

ULUSOY, Ali; **Kamu Hizmeti İncelemeleri**, Birinci Basılış, Ankara, Ülke Kitapları, 2004.

UYGUR, Gülriz; **Hukuk, Etik ve İlkeler**, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2006.

UYGUR, Gülriz; “Nötr İlkeler Ve Hukuk”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, 16. Kitap, “Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – III” Sempozyum Bildirileri (7-9 Eylül 2006, İstanbul), İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, Temmuz 2007.

UYGUR, Gülriz ; “Adalet Ve Hukuk Devleti”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 53, Sayı 1, Yıl 2004, (<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2004-53-03/AUHF-2004-53-03-Uygur.pdf> ; E.T.: 01.07.2009).

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet; “Türk Anayasası Açısından Hukuk Devleti Kuramı”, **Danıştay Dergisi**, Yıl:3, Sayı:11.

WALINE, Marcel; “Felsefi, Hukuki ve İçtimai Pozitivizm”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Çev.: Münci KAPANİ, Sayı 1-2, Cilt 8, Yıl 1951, (<http://auhf.ankara.edu.tr/auhfd/auhf-dergisi/yil-1951-cilt-8-sayi-1-4/> ; E.T.: 07.07.2009).

YILMAZ, Ejder; **Hukuk Sözlüğü**, Birinci Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003.

YAZICI, Sedat; “Siyasi Bir Kuram Metafiziksel Veya Felsefi Doğru(luk) Olmadan Uzlaşmaları Uzlaştırabilir mi?”, **Felsefe Dünyası**, Sayı 36, Ankara, Türk Felsefe Derneği Yayını, 2002/2.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi; **Türk Anayasa yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:3762, 1993.

II. DİĞER KAYNAKLAR

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (Çeşitli Sayılar).

Azerbaycan Anayasası: <http://www.anayasa.gen.tr/azerbaycan-aleskerli.htm> .

Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community (97/C 340/03):
<http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11997E/htm/11997E.html#0173010078> .

Encyclopædia Britannica Online; Academic Edition:
<http://search.eb.com/dictionary?va=principle&query=principle> .

Heinonline: <http://heinonline.org> .

International Judicial Monitor :
http://www.judicialmonitor.org/archive_0707/generalprinciples.html .

İtalyan Anayasası: http://www.servat.unibe.ch/law/icl/it00000_.html .

Macaristan Anayasası :
<http://net.jogtar.hu/jr/gen/getdoc.cgi?docid=94900020.tv&dbnum=62> .

Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin Resmi Web-Sitesi:
<http://www.mkab.hu/en/enpage1.htm> .

Resmi Gazete (Çeşitli Sayılar).

T.C. Anayasa Mahkemesi'nin Resmi Web-Sitesi: <http://www.anayasa.gov.tr> .

T.C. Adalet Bakanlığı'nın Resmi Web-Sitesi – Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı:
[http://www.yayin.adalet.gov.tr/tck/76-105\[1\].maddeler.pdf](http://www.yayin.adalet.gov.tr/tck/76-105[1].maddeler.pdf) .

Türk Dil Kurumu'nun Resmi Web-Sitesi: <http://www.tdk.gov.tr/> .

ÖZET

Anayasa yargısı adını verdiğimiz muhakeme sürecinde yürütülen faaliyet esasında iki farklı norm türünün karşılaştırılması faaliyetidir. Bu nedenle anayasa yargısında “norm” konusu büyük önem taşımaktadır. Bu çalışmada, kendileri de farklı bir norm türünü oluşturan hukukun genel ilkelerinin anayasa yargısında nasıl bir işleve sahip oldukları irdelenmeye çalışılmıştır. Başka bir ifade ile niteliği öğretide tartışmalı olan bu norm türünün anayasa yargısına sunabileceği muhtemel olanaklar değerlendirilmiştir.

Öncelikle, hukukun genel ilkelerinin kapsamlı bir tanımının yapılması mümkün olmadığından, söz konusu ilkelerin niteliğinden yola çıkılarak kavram anlamlandırılmaya çalışılmıştır. Hukuk kurallarından farklı olarak, hukukun genel ilkelerinin yargıca, içerdikleri değeri en yüksek seviyede gerçekleştirme imkânı verdikleri; böylelikle yargıca normun yorumlanmasında ve gereklerinin belirlenmesinde oldukça geniş bir hareket alanı açtıkları saptanmıştır. Bilindiği gibi, anayasa yargıcının hem ölçü tutacağı normları saptaması hem de belirlediği ölçü-normlar ile denetime tabi tutacağı normların anlamlarını belirlemesi gerekmektedir.

Daha sonra hukukun genel ilkelerinin anayasa yargısında sahip olduğu işlev belirlenmiştir. Buna göre; söz konusu ilkeler, anayasa yargısı sürecine yargıcın dava sırasında uygulayacağı ve/veya gerçekleştireceği uygunluk denetiminde ölçü olarak alacağı bir norm olarak dâhil olurlar.

İkinci bölümde Türk Anayasa Mahkemesi'nin, hukukun genel ilkeleri konusunda 1961 ve 1982 Anayasaları dönemindeki uygulamaları incelenilmiştir. Mahkemenin hangi ilkeleri Anayasa'da yer almamasına rağmen, hukukun genel ilkeleri teorisi çerçevesinde anayasa kapsamına soktuğu, hangi ilkeleri bir hukukun genel ilkesi olarak davada uyguladığı incelenmiştir. Bu çerçevede hukukun genel ilkelerinin, Türk normlar hiyerarşisinde nerede yer aldığı saptanmıştır.

Son olarak, hukukun genel ilkelerinin, anayasa yargıçlarının ve bu çerçevede Türk Anayasa Mahkemesi'nin bir takım romantik doğal hukuk göndermeleri (ortak vicdan, üstün hukuk gibi) yaparak, bir şekilde pozitif metinlerin ötesine geçmelerini sağlayan ve böylelikle kendilerine denetimsiz/sınırsız güç veren bir araç mı olduğu; yoksa nitelikleri de göz önüne alındığında, pozitif metinlerde yer almayan veya eksik kalan hukuki korumayı sağlayacak araçlar mı olduğu araştırılmıştır. Böylelikle, “anayasa yargısında hukukun genel ilkeleri” adını verdiğimiz araştırma problemi çözümlenmeye çalışılmıştır.

ABSTRACT

The activity that is carried out during the reasoning process which we call as Constitutional Review, is infact a comparative activity of two different norm types. Thus in the Constitutional Review Process, the “norm” issue holds big importance. In this work, it has been studied how the General Principles of Law, being one of the different types, has a function in the process of Constitutional Review. In other words, probable opportunities that might be presented to the Constitutional Courts by this norm type -which has an argumentative quality in doctrine- has been evaluated.

Firstlty, because of the fact that it is not possible to make an exhaustive definition of the general principles of law, it has been tried to give a meaning to this concept by starting with quality of the principles in question. Different from the legal rules, it has been cleared out that the general principles of law give the opportunity of carrying out the contained values *at the top level* to the judge; hereby they provide a wide area of motion for judges about interpreting the norm and determining its needs. As it is known, the Constitutional Courts should determine the norms that they will use as a criteria as well as it should indicate the meanings of the norms that will be used as a reference right along with the norms which will be subject to the judicial review.

Afterwards, the function of the general principles of law in constitutional review process has been designated. Accordingly, the principles in question get involved to the process of Constitutional Review as a type of norm which will be

applied during the case by judge and/or which will be taken as a criteria in the audit of constitutionality that will be conducted by the judge.

In the second chapter, the practises of Turkish Constitutional Court about the theory of general principles of law in the Constitution of 1961 and Constitution of 1982 eras has been analysed. It has been examined that which principles has been incorporated into the Constitution by the Court within the scope of the theory of general principles of law despite they don't take place in the Constitution and which principles has been applied as a general principles of law during the case. Within this frame, the place of general principles of law in the Turkish hierarchy of norms has been determined.

In conclusion, it has been sought that whether the general principles of law are the means which provides a power for the judges (and within this scope for Turkish Constitutional Court) to be able to go beyond the positive legal texts and in this way give them an unlimited/uncontrolled power by the way of making natural law attributions (like collective conscience, supreme law) or when we take their quality into consideration, are they the means that will provide the legal protection which doesn't take place or is missing in the positive legal texts? Hereby, the research problem that we call "the general principles of law in the constitutional review" has been tried to be solved.