

## 1789 İLKE VE DÜŞÜNCELERİNİN, ANAYASA KONSEYİ VE CONSEİL D'ETAT KARARLARINA ETKİSİ\*

François GAZIER

Michel GENTOT

Bruno GENEVOIS

Çev. Celâl ERKUT\*\*

### GİRİŞ

Fransız Devrimi'nin ikiyüzüncü yıldönümünün kutlandığı bu günlerde, bütün gözler, devrimin ilk yıllarında filizlenip hemen bütün kamu hukuku kurumlarının ve modern çağın yaratıcısı konumuna erişen 1789 ilke ve düşüncelerine çevrilmiştir ki, bu ilke ve düşüncelerin büyük çoğunluğu İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde yer almış, Kurucu Meclis'in kararlarına egemen olmuş, diğer bazı büyük Devletlerin aldıkları kararlara yansımış ve hatta daha sonraları çeşitli kanunlarda ve Anayasalarda da etkin bir rol üstlenmiştir.

Bu ilke ve düşünceleri şöyle özetlemek mümkündür:

- Egemenliğin, toprak bütünlüğüne bağlı olarak, ulus tarafından kullanılması
- Kuvvetler ayrılığı
- Kanunların üstünlüğü
- Kanunlar önünde eşitlik
- Kişi özgürlüğü ve güvenliği
- Düşünce ve vicdan özgürlüğü
- Girişim özgürlüğü
- Özel mülkiyetin dokunulmazlığı
- Kamu külfetleri önünde eşitlik
- Kamu görevlerine girişte eşitlik
- Cezaların kanuniliği

\* Söz konusu makale, "Etudes et Documents du Conseil d'Etat, No: 40- La Documentation Française 1989" isimli derginin 151-184'üncü sayfalarında yayımlanmıştır.

\*\* Yard. Doç. Dr. Celâl ERKUT, İdare Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesidir.



Savaş ve kriz durumlarında seferberlik ilânı

- Laiklik ilkesi; sivil toplum ile evlilik kurumunun laikleştirilmesi
- Çağdaş, yazılı, üniform ve geriye yürütülmeyen bir hukuk anlayışı
- Yargı kararlarının kesin hüküm gücü
- Mahkeme içtihatlarının birliği

Tüm bu ilkeler, teorik olarak Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının maddelerinden ve birçok düşünürün görüşlerinden kaynaklanmış; pratik açıdan ise, Fransa'da eski rejimin benimsediği idarî ve siyasi yaşamın tepkisel yansıması olarak doğmuştur. Bu düşünce ve ilkelerin, hem gerçek yaşam ile kuramsal görüşleri bütünleştirmesi, hem de kötüye kullanmayı engelleyici bir açıklık içinde ortaya konulması tartışmasız övgüye değerdir. Ancak, bu ilke ve düşüncelerin, çeşitli ülkelerde ikiyüzyıl gibi çok uzun bir süredir halen güncelliğini koruması ayrı bir hayranlık uyandırmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, bu ilke ve düşünceler, ikiyüz yıldır Fransız siyasi yaşamı ile içiçedir. Nitekim, Fransa'da 1789'dan 1800'lü yılların başına kadar siyasi rejime tamamen egemen olan bu ilkeler, 1880'li yıllara kadar resmen kabul edilmekle beraber otoriter rejim sırasında ancak kısmen uygulanma imkânı bulmuş; üçüncü Cumhuriyet döneminde ise bütün gerekleriyle kabul görerek, bu dönemin en önemli yasal düzenlemelerine konu olmuş, sadece Vichy Rejimi sırasında<sup>(\*)</sup> reddedilmiştir. Bu ilkeler, bağımsızlık sonrasında hem 1946 hem de 1958 Anayasalarında yer almıştır. Günümüzde ise, hiçbir zaman olmadığı kadar önem kazanan bu ilke ve düşünceler, Fransız hukuk düzenindeki doruk noktasına ulaşmıştır.

Bu incelemenin amacı ise, Fransa'daki idarî ve siyasî yaşamın düzenlenmesinde lokomotif görevini yürüten Conseil d'Etat ve Anayasa Konseyi içtihatlarında, 1789 ilke ve düşüncelerinin bıraktığı etkilerin ve izlerin araştırılıp ortaya konması çabasıdır. Bunlardan Conseil d'Etat, devrimden hemen sonra kurulmuş ve kuruluşuyla birlikte 1789 ilkelerini aralıklı fakat inatçı bir biçimde bazen kapsamlarını genişleterek bazen de daraltarak uygulamaya başlamıştır. Yüksek Mahkeme, giderek 1944 sonrasında, 1789 ilkelerinden türettiği "hukukun genel prensipleri" kuramını yaratmış ve bu kurama kendi güncel gelişimi bakımından ayrıcalıklı bir yer ayırmıştır.

Anayasa Konseyi ise, son zamanlarda ve 1789 ilke ve düşüncelerinden yola çıkılarak kurulmuş; Conseil d'Etat gibi O da "hukukun genel prensipleri"

\* İkinci Dünya Savaşı sırasında ve 1940-1944 yıllarında Mareşal Pétain tarafından kurulan ve merkezi Vichy'de bulunan hükümetin uyguladığı baskı rejimi (çevirenin notu).



kuramından yararlanmıştı. Ancak, Anayasa Konseyi, bu çerçevede, hukuk kurallarını yorumlayarak prensip yaratan idare yargıcı gibi değil; anayasa yorumcusu konumunda hareket etmiştir.

Biri Yasama'nın diğeri de Yürütmenin işlemlerini -ayrı ilkelere yola çıkarak- denetleyen her iki Konsey'in kararlarında ürettikleri çözümlerin karşılaştırmalı bir tablosunu ortaya koymak ileride ve ancak bu bağlamda mümkün olacaktır.

## Birinci Bölüm

### 1789 İlkeleri ve Conseil d'Etat

#### I. Rejim Değişikliklerine Rağmen 1789 İlkelerinin Kalıcılığı

İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nden on yıl sonra, 1789 ilke ve düşünceleri, Anayasa'da şu şekilde somut ifadesini bulmuştur:

"Devrim, kendisini yaratan ilkelere dayanarak tamamlanmıştır" (1).

Aynı Anayasa ile kurulan ve monarşi dönemindeki Kral Konseyi'nin (Curia Regis) mirasçısı sayılan Conseil d'Etat ise, 1789 ilke ve düşüncelerinin uygulanmasını gözetici bir konumda yer almış ve bu eğilimini siyasi rejimlerdeki değişimlere göre bazen açıkça bazen de üstü kapalı olarak ikiyüzyıl boyunca ve sadakatle sürdürmüştür ki, bu konudaki örnekleri aşağıda belirteceğiz.

Hiç şüphesiz ki, Konsüllük ve İmparatorluk dönemlerinde, Conseil d'Etat demokratik ve liberal bir kurum görünümünden uzaktı. Öyle ki, Conseil d'Etat, bu dönemde merkezi ve otoriter yönetimin en önemli yardımcısı olarak öngörülmüştü. Ancak, yine de bu dönemde dahi eski rejimin ayaklar altına aldığı birçok demokratik ilkenin varlığı reddedilmemekteydi. Nitekim, Conseil d'Etat, bu dönemde, halkoyunun önemini vurgulamış, Yasama ve Yürütmeyi birbirinden ayırmış, seçimle işbaşına gelen siyasi kurullara belirli bir söz hakkı tanımış, yurttaşların eşitliği, Devletin laikliği, ekonomik özgürlükler ve özel mülkiyetin dokunulmazlığı ilkelerine olan bağlılığını sürdürmüştür. Yüksek Konsey, ayrıca, 1789'da irdelenen hukuk tekniğindeki değişimleri aynen benimseyerek, ge-

(1) Nitekim, 15 Aralık 1799 tarihinde Cumhuriyet Konsüllerinin Bildirgesinde de bu durum aynen şöyle ifade edilmiştir: "Anayasa, temsili hükümetin belirlediği ilkeler ile özgürlük, eşitlik, mülkiyet gibi vazgeçilmez ve kutsal hakları temel almıştır".



leneksel hukuk anlayışını reddetmiş; tüm ülkede uygulanan yazılı, yayımlanmış ve geriye yürümeyen bir hukuk tekniğini kabul ederek, "içtihatların birliği" ve "yargı kararlarının kesin hüküm gücünde olması" gibi ilkeleri korumuştur. Öte yandan, aynı dönemde, Conseil d'Etat üyelerinin büyük çoğunluğunun devrime katılmış olması ve 1789 ilke ve düşüncelerini paylaşmış kişilerden oluşması da, Konsey'in bu fikirleri savunurken herhangi bir güçle karşılaşmasını önlemiştir. Ancak, yine de Conseil d'Etat, bu fikirleri savunurken, Birinci Konsül ve daha sonra da İmparator karşısında kırıncı olmaktan kaçınmış; O'nu ve Gücünü yıpratmamaya özen göstermiştir.

Conseil d'Etat, bu dönemde henüz yargılama işlevi belirsiz olduğundan, 1789 ilkelerini sadece yasama ve idare fonksiyonlarını yerine getirirken ve Napolyon'a bildirdiği görüşler dolayısıyla gündeme getirmiş ve bu ilkeleri koymuş olduğu temel tavır olarak nitelemiştir. Conseil d'Etat, bu bağlamda, 1799 yılında göçmen ailelerin ve soyluların yurttaşlık haklarına ilişkin bir meselenin önüne gelmesi üzerine, şu önemli kararı vermiştir: "1799 Anayasası ile oluşturulan Hükümet, eşitlik ve özgürlük ilkelerini özenle korumak ve adil olmak yönünde her türlü hukuki güce sahiptir. Hükümetin tercihlerini yönlendirme açısından getirebileceği yegâne ayırım vatanseverlik, dürüstlük ve yetenek konuları ile sınırlıdır" (2).

Conseil d'Etat, ayrıca 1805 yılında Alsace bölgesindeki musevilerin "dinî inançları ne olursa olsun yurttaşlar arasında eşitlik ilkesinin uygulanması gereği"nden hareketle, Napolyon'un bu yönde karar almasını sağlamıştır (3).

İmparatorluk döneminde, Napolyon'un otoriter ve ezici kişiliğine karşılık korunması sağlanan 1789 ilkeleri, 1810'dan itibaren yavaş yavaş gücünü kaybetmeye başlamış; ancak, 1815 yılında, yeniden yapılanan Conseil d'Etat, İmparator'a göndermiş olduğu bir görüş metninde İmparator'a ve 1789 ilkelerine bağlılığını vurgulamıştır. Bu metnin çarpıcı bir bölümü aynen şöyledir (4):

"Conseil d'Etat, üstlendiği işlev dolayısıyla, düşüncesinin ve tutumunun kaynağını oluşturan aşağıdaki ilkelerin koruyucusu konumunda olduğunun bilinmesini arzu etmektedir: Egemenlik ulusundur ve iktidarın yegâne yasal dayanağı budur... İmparator, yetkilerini aşağıdaki ilkeleri korumak yönünde kullanmayı garanti eder: kişilerin hakları ve özgürlükleri, kanun önünde eşitlik, basın özgürlüğü ve sansürün kaldırıl-

(2) 1799 tarihli görüş; bkz. Duverger, T. XII, pp. 47, cité dans "Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque", CNRS., 1974, p. 37.

(3) Barante, Souvenirs, Paris, 1890, t. 1., p. 149, cité dans "Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque", précité, p. 124.

(4) Le Moniteur, 27. Mars. 1815.



ması, ibadet özgürlüğü, kanunların halkın seçtiği temsilciler eliyle yapılması, mülkiyet hakkı, mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçların azledilemezliği, iktidarın görevleri ile bakanların sorumluluğu".

Restorasyon dönemi ve Temmuz Monarşisi'ne gelindiğinde ise krallık oluşturulmuş; ancak, kuvvetler ayrılığı ve temsilciler meclisinin seçimle işbaşına gelmesi ilkeleri üzerine kurulan parlamenter rejim korunmuştur. Yine, bu dönemde yargıçların azledilemezliği ve hiç kimsenin "doğal yargıç" dışında bir başka yargıç önünde yargılanmasının mümkün olamayacağı ilkeleri reddedilmemiştir. Conseil d'Etat ise bu dönemde, yasama ile ilgili görevleri kaldırılmış olmakla birlikte -yeni durumun gerektirdiği alçak gönüllülüğü elden bırakmaksızın- aslî görevi olan yargı işlevinin "olması gereken" çizgiye doğru gelişmesi yönünde ilk adımları atmaya başlamıştır. Öyle ki, kanun sözcülüğü ilk kez bu dönemde oluşturulmuş; "duruşmaların kamuya açık olması" ilkesi de yine bu dönemde benimsenmiştir. Ayrıca, Yüksek Mahkeme, bu dönemde "yetkisizlik" dolayısıyla genel anlamda bir iptal davasının varlığını kabul etmiş ve bunun hukuksal dayanağı olarak da -zorlayıcı bir yorumla da olsa- 7/14 Ekim 1790 tarihli devrim kanununu göstermiştir. Nitekim, 1832'den itibaren, Conseil d'Etat, kararlarında söz konusu kanuna gönderme yapmak suretiyle, 1789 ilke ve düşüncelerine ve özellikle de "kuvvetler ayrılığı" ilkesine bağlılığını ifade etmiş ve bu bağlamda gerçek anlamı ile iptal davasını gündeme getirmiştir.

Bu dönemde de Yüksek Mahkeme, danışma faaliyeti sırasında olduğu gibi, yargılama işlevini de yerine getirirken 1789 ilkelerine yollama yapmaktan çekinmemiştir.

Cormenin'in mülkiyet rejimi hakkında vermiş olduğu örneğe göre: "Yargı bölümü, kararlarının temel dayanağı olarak ve büyük bir ciddiyet içinde, 'mülkiyete ilişkin tüm sorunların esas olarak mahkemeler önünde çözümleneceği ve bu evrensel kuralın tek istisnasının kanunlarla getirilen düzenlemeler olduğu' hususunu vurgulamıştır" (5).

Vivien ise, "La Revue des Deux Mondes" isimli dergide yazmış olduğu iki ayrı makalede, Conseil d'Etat üyelerinin sahip olduğu hukuk anlayışına değinerek; bunların, özellikle yargılama işlevine sıkı sıkıya sahip çıkan ve bağımsız yargı rejiminin oluşmasına önemli katkılarda bulunan kişiler olduklarını vurgulamıştır (6).

(5) Cormenin, "Du Conseil d'Etat envisagée comme conseil et comme juridiction", Paris, 1818, p. 37.

(6) Vivien, "Le Conseil d'Etat", Revue des Deux Mondes, tome XXVIII, 15 octobre 1841, p. 178.



II. Cumhuriyet'e gelindiğinde ise, 1789 ilkelerinin resmen kabul edildiği ve geliştirildiği görülmektedir. Tekrar Cumhuriyet rejimine dönülmesi, beraberinde evrensel kuralların yeniden gündeme getirilmesini de sağlamıştır. Nitekim, 4 Kasım 1848 tarihli Anayasanın Başlangıç Bölümünde, eşitlik, özgürlük ve mülkiyet ilkelerine de göndermede bulunulmuştur. Aynı Anayasa Conseil d'Etat'nın varlığını pekiştirmiş ve kendisine yeniden yasama görevlerini iade etmiştir. Buradan hareketle, yasakoyucu 1849 tarihinden itibaren Conseil d'Etat'ı İdare Hukuku alanında bağımsız yargılama işlevinde bulunan tek egemen yargı mercii olarak düzenlemiştir. Bu çerçevede, Conseil d'Etat'nın 1789 ilkelerine bağlılığında herhangi bir kuşku bulunmamakla birlikte, kararlarında bu bağlılığın ortaya konulduğu herhangi somut bir ifadeye de rastlanılmamıştır. Ancak, bunun nedeni, 2 Aralık 1851 tarihinde yapılan bir darbe sonucunda Cumhuriyet rejiminin ortadan kaldırılması ve dolayısıyla II. Cumhuriyet rejiminin getirdiği prensiplerin Yüksek Mahkeme tarafından uygulanması için yeterli zamanın kalmamasıdır.

14 Ocak 1852 tarihli yeni Anayasa, daha az liberal hükümler içermekle birlikte, Fransız kamu hukukunun temelini teşkil eden 1789 ilkelerini tanıdığını, onayladığını ve bunların korunmasını garanti ettiğini açıklamıştır. Bu dönemde, Conseil d'Etat ise, I. İmparatorluk ve Konsüllük dönemlerindeki konumuna geri dönmüştür. Yani, Anayasadaki yürütme ve yasama alanına ilişkin görevlerini korurken, yargı alanındaki işlevini yitirmiş ve böylelikle giderek yeniden "bağımlı yargı" rejimine geri dönmüştür. Bu "bağımlı (tutuk) yargılama" işlevine örnek olarak, Yüksek Mahkeme'nin ünlü "Orléans Ailesi" kararı verilebilir. Nitekim, Orléans ailesinin mallarının İdare tarafından müsadere edilmesi üzerine açılan davada, Conseil d'Etat'da görev yapmakta olan kanunsözcüsü, İdare karşısında adlî yargının görev alanını tanımlayarak, mülkiyete ilişkin hukuksal sorunların adlî yargı düzeni içinde çözümleneceği yönünde görüş bildirmiştir. Bu görüşünün sonunda, davanın raportörü ile birlikte, görevden alınmışsa da, Conseil d'Etat da kendi açısından, başkan konumunda olan Prens'in baskısına boyun eğerek, 1789 ilkelerinden ayrılmış ve tamamen siyasi bir karar vermiştir<sup>(7)</sup>.

Bu kötü başlangıca ve "tutuk adalet" sistemine geri dönüşe rağmen, Conseil d'Etat, yargılama işlevi dolayısıyla daha sonra, söz konusu devrimci ilkelere bağlılığını tekrar irdelemiştir.

1860 tarihinden sonra iptal davalarının genelleştirilmesi ve bu çerçevede verilen iptal kararlarının adalet bakanı tarafından onanmasına ilişkin kısıtlayıcı

(7) Orléans Ailesi davasının oluşumu ve hikayesi için bkz. Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque, p. 485 (CNRS, 1974).



kuralların kaldırılması ve yine "zımni red" kararlarına karşı iptal davası yolunun açılması şeklinde gerçekleştirilen önemli reformlar yeni içtihatların oluşmasını sağlamıştır. Bu içtihatlarla ortaya konulan liberalizm, ünlü hukukçu Laferrière'in idarî yargı üzerine yazdığı kitabın birçok sayfasında yer almıştır <sup>(8)</sup>.

Bu dönemin kanun sözcüleri, açıkça belirtmemelerine rağmen, 1789 Bildirgesinin bazı maddelerini dayanak olarak ele almaktadır. Nitekim, kanun sözcüsü L'Hopital, görüşlerini, günümüzdeki çağdaş hukuk ilkelerinden olan şu esaslara dayandırmaktadır: kamulaştırma konusundaki modern hukuk prensipleri <sup>(9)</sup>, serbest rekabet <sup>(10)</sup>, din ve vicdan özgürlüğü <sup>(11)</sup>. Aynı şekilde, kanun sözcüleri Robert ve De Belbeuf de "mal sahibinin hakları" <sup>(12)</sup> ve mülkiyet rejiminin ilkeleri <sup>(13)</sup> doğrultusunda görüş bildirmişlerdir.

İkinci İmparatorluk döneminin çöküşü, Conseil d'Etat'nın da varlığının sona ermesine yol açmıştır. 15 Eylül 1870 tarihinde statüsü askıya alınan Conseil d'Etat, bu tarihte yerini geçici bir komisyona bırakmışsa da 26 Mayıs 1872 tarihli kanunla yeniden organize edilerek gerçek anlamda bağımsız bir yargılama işlevine kavuşmuş, ancak yasama alanındaki işlevini yitirmiştir.

1875 yılında Anayasa değerindeki kanunlar Üçüncü Cumhuriyet döneminin kamusal güçlerini devreye sokarken, 1789 ilkeleri ve Haklar Bildirgesine ya da bu Bildirgenin başlangıç kısmına en ufak bir göndermede dahi bulunmamıştır. Buna rağmen, 1880'li yıllardan itibaren, idarî ve yargısal görevlerle donatılmış olan Conseil d'Etat, üyelerinin çoğunluğunun cumhuriyetçi düşüncelere sahip olduğu yeni oluşumu ile, kararlarında ve görüşlerinde -hiçbir dönemde olmadığı kadar- 1789 ilkelerini temel çıkış noktası olarak irdelemiştir.

Aynı şekilde, iktidardaki hükümet politikalarını da önemli bir şekil etkileyen bu ilkeler, ünlü "Cumhuriyet Kanunları" ile daha da geliştirilmiştir ki, bu kanunlar Fransa'da günümüzdeki "kamu özgürlükleri" rejiminin temel dayanağını oluşturmuştur. Conseil d'Etat ise bu dönemde 1789 ilkelerini, hükümetin ve İdarenin yetkilerinin sınırlandırılması amacıyla değil, fakat sadece "kanunlara ve kanunların olmadığı yerde o dönemin temel düşüncelerine saygılı olma" ilkesini gerçekleştirmek, bir başka deyişle "Kanuni İdare"nin oluşmasını sağlamak amacıyla hareket etmiştir.

(8) E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, Paris, 1887, t. 1, pp. 225 et sq.

(9) CE., 9. décembre 1864, *Lessure R.*, p. 983 (Bu ve bundan sonraki dört referans, kanun sözcüleri üzerine bir doktora tezi hazırlayan Mlle Moreau'dan elde edilmiştir).

(10) CE., 25 février 1864, *Lesbats R.*, p. 212.

(11) CE., 10 août 1866, *Eglise réformée de Paris R.*, p. 970.

(12) CE., 26 décembre 1862, *Bourcier R.*, p. 870.

(13) CE., 6 mars 1869, *Aucher Lemaigen R.*, p. 212.



Ancak, Conseil d'Etat bu ilkeleri böylesine hararetli bir şekilde uygularken ve hatta üyelerinin tamamı bu ilkelerin ateşli birer savunucusu konumunda iken, tüm Üçüncü Cumhuriyet dönemi boyunca Yüksek Mahkemenin hiçbir görüş ve kararında İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin getirdiği ilkelerden söz edilmemiştir. Buna karşılık, o dönemin kanunsözcüleri, görüşlerini belirtirken, gayet açık ve net olarak, 1789 ilkelerini, bu görüşlerde ulaşılan sonuçların temel kaynağı olarak göstermişlerdir. Bu konuda şu üç örnek verilebilir. Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi'nin önüne gelen "Blanco" olayında, kanun sözcüsü David, adlî ve idarî makamların ayrılığı prensibinden yola çıkarak, İdarenin Kamu Gücünü kullanarak gerçekleştirdiği faaliyetlerden kaynaklanan uyuşmazlıklara Medeni Kanun hükümlerini uygulamayı reddetmiş ve bu bağlamda idarî yargının bağımsızlığı ilkesini aynen şu kavramlarla irdelemiştir: "İdari yargı da tıpkı adlî yargı gibi, Anayasanın temel çizgileri ile belirlediği bir 'kamusal güç'tür ve Anayasanın yürürlüğe girmesi ile birlikte kendine özgü bir faaliyet alanına sahip kılınmıştır" (14).

1884 ve 1885 yıllarında, kanun sözcüleri Levasseur ve Précourt, tellâllik mesleğinin icra edilebilmesi için önceden izin alınması koşulunu getiren ve böyle bir koşul getirmesi dolayısıyla iptal edilen bir Belediye Meclisi kararı (15) ile yine icrası önceden izne tâbi tutulan arıcılık mesleği konusunda, böyle bir izin koşulu getirilemeyeceği gerekçesiyle iptal edilen, Emniyet Müdürlüğü kararı (16) dolayısıyla vermiş oldukları görüşlerde "1789 ilkelerinin getirmiş olduğu kamu hukuku temel prensiplerinin ve özellikle de ticaret özgürlüğünün, belediye zabıta güçlerince ihlâl edilemeyeceği" hususunu belirtmişlerdir.

1917 yılında, bir diğer kanunsözcüsü Corneille ise, özgürlüklerin ilke, kolluk sınırlamalarının ise istisna olduğunu vurguladıktan sonra, "tüm kişi özgürlükleri birarada kamu hukukumuzun temel çıkış noktasını oluşturmaktadır; ister açıkça ister üstü kapalı olarak belirtilsin, İnsan Hakları Bildirgesi, Cumhuriyet anayasalarının üstündedir" görüşünü irdelemiştir (17).

Yargı kararlarında ise, 1789 ilkelerine doğrudan gönderme yapmak ya da hüküm kısmında bu ilkeleri gerekçe göstermek yerine; bu ilkelere yer veren kanunlara yollamada bulunmak yöntemi tercih edilmiştir. Nitekim, bu çerçevede, yargı kararlarının büyük bir kısmında, devrim döneminin önemli kanunlarından sayılan "kuvvetler ve görevler ayrılığı hakkındaki 16/24 Ağustos 1790 tarihli

(14) Conclusions David sous TC., 8 février 1873, Blanco, S. 1873-3-153.

(15) Conclusions sous CE., 18 janvier 1884, Belleau, S. 1885-3-p. 58.

(16) Conclusions sous CE., 13 mars 1885, Vignet, S. 1886-3-p. 58.

(17) Conclusions sous CE., 10 août 1917, Baldy, R. p. 637.



kanun " ile "idarî makamların yetkisizliği hakkında başvuru yollarına dair 7/14 Ekim 1790 tarihli kanun"a ve ayrıca ticaret özgürlüğünü düzenleyen Mart 1791 tarihli "Allardes" karamamesi ile Haziran 1791 tarihli "Le Chapelier" kanununa çeşitli yollamalarda bulunulmuştur. Öte yandan, Conseil d'Etat, uyuşmazlık hakkında uygulamak istediği ilkenin herhangi bir kanunda yer almaması halinde (örneğin kamulaştırma rejimi ve temel özgürlükler ile ibadet özgürlüğü konularında) ise, bu ilkeyi, "Kamu hukukunun temel prensibi" olarak ifade etme yoluna başvurmuştur. Yüksek Mahkeme, bu bakımdan, özellikle "eşitlik ilkesi"ni çok yönlü bir biçimde ele almış ve bu konuda günümüzdeki geçerli ilkelere ilk kez aşağıdaki şu kararlarda belirlemiştir: "Vatandaşların idarî düzenlemeler önünde eşitliği" (CE., 9 Mayıs 1913, Roubeau); "Vergi bakımından eşitlik" (CE., 23 Kasım 1936, "Abdouloussen"); "kamu hizmetlerine girişte eşitlik" ve "kamu külfetleri önünde eşitlik" ilkeleri ki, bu sonuncu ilke, sadece "hizmet kusuru" açısından değil, günümüzde kusursuz sorumluluk olarak belirlenen, hiçbir hizmet kusuru atfedilmeyen Devlet faaliyetlerinden dolayı oluşan zararların tazmini açısından da Devletin sorumluluğu yönünde uygulanmıştır (CE., 30 Kasım 1923, "Coutéas"; CE., 14 Ocak 1938, "Société la Fleurette").

Yüksek Mahkemenin kararlarında, 1789 Bildirgesine yollamada bulunmak yönündeki isteksizliği, öğretiyi 1789 ilkelerinin gerçek hukuksal değerini irdelemekten alıkoymamıştır<sup>(18)</sup>. Öyle ki, bu konuda öğretilerde başlayan tartışmada, Esmein, 1789 Bildirgesinin, yüzyıllık felsefi gerçekler ile doğal hukuk düşüncelerinin ilânından ibaret olduğunu belirtirken; Duguit, Bildirgenin sadece İdare tarafından değil aynı zamanda Yasama ve hatta Kurucu İktidar tarafından da gözönünde tutulması gereken temel kurallar bütünü olduğunu savunmuş; Jèze ise, Duguit'ye oranla, Bildirge'nin sadece kanun düzeyinde uyulması zorunlu bir hukuki içerik taşıdığını ileri sürmüştür.

Bu tartışmanın dışında kalan ve 1789 ilkelerini kamu hukukunun genel prensipleri olarak kabul eden Conseil d'Etat, bu ilkelerin hukuki değeri üzerinde tartışmaksızın sadece uygulayacağı ilkelerin seçiminde ve bunların içeriğinin belirlenmesinde son derece esnek bir tutum benimsemiştir<sup>(19)</sup>.

1940 Haziranındaki yenilgi sonrasında, Üçüncü Cumhuriyetin de çöküşü, siyasi iktidarı, Fransız devriminin düşünce ve ilkelerinden çoğunu terketmeye yöneltmiştir. Nitekim, bu çerçevede, "evrensellik", "bireycilik", "eşitlik" ve "öz-

(18) Bkz. Gaston Jèze, note sous l'arrêt Roubeau, RDP, 1913, p. 685.

(19) Cf. J. Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, p. 325 et sq.



gürlük" gibi kavramlar bir kenara bırakılarak; milliyetçi devrimin koruması altında, aileyi ve çalışmayı yücelten ve otoriter Devlet düzenini göklere çıkaran korporatist ve milliyetçi bir düşünce benimsenmiştir. Ancak, kamuoyunun büyük bir kesiminde benimsenmeyen bu yeni düşünceler çeşitli anayasal işlemlerde de kabul görmemiştir. Conseil d'Etat ise, bu dönemde, yeni siyasi rejimin uyguladığı politikadan uzak kalarak, işgalci ülke ile herhangi bir işbirliğine girmemiş ve faaliyetlerini yavaşlatmayı tercih etmiştir. Belirtmek gerekir ki, Conseil d'Etat, özellikle bu dönemde 1789 ilkeleri ile Bildirge maddelerinin içeriği hakkında hiçbir ödün vermemekle kalmamış; aksine, otoriter bir rejim altındaki iktidar işlemlerinin (örneğin insan haklarını ihlâl edici, sınırlayıcı ve sansür edici işlemlerin) yargısal denetimini gerçekleştirirken, Fransız kamu hukukunun gelenekselleşmiş ilkelerini açıkça uygulama fırsatını bulmuştur. Başkan Bouffandeau da, "Vichy rejiminde Fransız kamu hukuku ilkelerinin sürekliliği ve korunması" isimli incelemesinde <sup>(20)</sup>, bu durumu irdeleyen çeşitli içtihatlarla yer vermiştir.

Böylelikle görülmektedir ki, bu dönemde iktidarın benimsediği resmi ideoloji ile Conseil d'Etat'nın uyguladığı ilkeler hiçbir şekilde uyuşmamaktadır. İşte, bu aşamada gündeme "hukukun genel ilkeleri" kuramı gelmektedir. Yüzyılın başında ünlü hukukçu Laferrière tarafından ortaya atılan, ancak 1940 yılına kadar üstü kapalı olarak uygulanan bu kuram, bu dönemde açıkça benimsenerek gün ışığına çıkarılmıştır. Bu bakımdan Conseil d'Etat'nın 4 Şubat 1944 tarihli "Guyesse" kararı konuya tam bir açıklık getirmektedir ki, bu kararda kanun sözcüsü Chenot, "vergi yükümlülüğünün, vergilendirme bakımından eşitliği" ilkesini irdeleyen görüşünde şu açıklamalara yer vermiştir <sup>(21)</sup>.

"Hiçbir anayasal metin ve hiçbir kanun 'vergilendirme bakımından eşitlik' ilkesine yer vermemiştir. Mahkemeniz içtihatları da, bu ilkeye hukuki bir değer kazandıracak olan 1789 Bildirgesi metnini dayanak olarak ele almamaktadır. Ancak, bununla birlikte, söz konusu ilke 150 yıldır tüm müesseselerimize nüfuz etmiş, tüm yasalarımıza egemen olmuş siyasi örgütlenmemizin temel unsurlarından biridir. Aynı durum, 'kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik' ilkesi için de geçerlidir. Öyle ki, siz, Yüksek Yargı mercii olarak bu kural ve ilkelere 'Yasa Gücü'nü vermektесiniz. Ayrıca, belirtmek isterim ki, siyasi düşünce ve felsefelerden türeyerek pozitif hukuk düzenimize katılmış olan bu tür ilkelerin uygulanması da, hiçbir zaman ve hiçbir şekilde formel bir metnin hükümlerinin içerdiği 'belirginlik' ve 'katılık' özelliklerini taşımamaktadır".

(20) Etudes et Documents 1947, p. 23

(21) Note Jèze et conclusions Chenot, RDP. 1944, p. 58 et sq.



Öte yandan, 1943 yılından itibaren Londra ve Cezayir'de örgütlenen Fransız Ulusal Bağımsızlık Komitesi'nin bünyesinde yer alan ve başkanlığını René Cassin'in yaptığı bir Hukuk Komitesi oluşturulmuştu. Bu Komite, 1789 ilke ve düşüncelerine bağlı olarak çalışmakta ve III. Cumhuriyet dönemi kamu hukukunu devamlı kılmayı amaçlamaktaydı. Conseil d'Etat'nın bu amacı koruyamayacağı inanç ve endişesi ile oluşturulan bu Komite'nin başkanı Cassin ise, daha sonra, 1947 yılında aynen şunları yazmıştır <sup>(22)</sup> :

"Vichy rejiminde, 'yazılı emir' şeklinde verilen kararlar ne zaman önüne gelirse gelsin, Conseil d'Etat'nın Yargı Bölümü, her defasında korkusuzca Cumhuriyet dönemi-nin kamu hukuku kurallarını uygulamayı sürdürmüştür. De Gaulle ve yanındaki insanlara bu bağlamda öncülük eden Conseil d'Etat'dır. Yine, bu kişilerin, bağımsızlık savaşına hazırlanırken, kamusal güçleri yeniden örgütlemelerinde ve işgal edilmemiş deniz aşırı Fransız topraklarında çeşitli kuralları yasalaştırmalarında, hatta giderek özgür Fransa Cumhuriyeti'nin hukuken kurulmasında yegâne esin kaynağı Conseil d'Etat'nın bu korkusuz tutumudur".

1944 Ağustos'unda, Fransız topraklarının yeniden bağımsızlığa kavuşması ile Vichy rejimi de tarihe karışmıştır. Bu dönemde General De Gaulle'ün başkanlığında Paris'te oluşturulan geçici hükümetin göreve getirilmesiyle birlikte, Conseil d'Etat ve Hukuk Komitesi birleştirilmiş ve başkanlığa Rene Cassin getirilmiştir. Bu arada, 30 Temmuz 1945 tarihinde çıkarılan bir karamame ile, Conseil d'Etat'ya ayrıca yasama alanına ilişkin olmak üzere "kanun tasarıları üzerinde görüş bildirme" görevi verilmiştir. Aynı dönem içinde, Kasım 1945'de yapılan halkoylaması ile birlikte, Cumhuriyet geleneklerine geri dönmüş; Üçüncü Cumhuriyet döneminde benimsenen Büyük Kanunlar yeniden yürürlüğe konulmuştur. Ancak, 1946 Anayasası kurucuları, bunlarla yetinmeyerek, yeni Anayasayı daha da geliştirme görev ve bilinci içinde, 1789 ilke ve düşüncelerine ve giderek İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin içeriğine "kanunlardan daha üstün bir güç" tanıma eğilimine girmişlerdir. Nihayet 1946 Kasımında kabul edilen Dördüncü Cumhuriyet Anayasası, başlangıç bölümünde, insan hakları ve özgürlükleri rejimine bağlılığını ortaya koyarken, bir yandan 1789 Bildirgesi'nin bütünlüğünü korumuş, diğer yandan da çağın gereklerine uyarak, yeni siyasal, sosyal ve ekonomik ilkeler getirmiştir.

Ayrıca, 1946 Anayasasının Başlangıç Bölümü, öğretilde 1789 Bildirgesi hükümlerinin ve bu hükümlerin tamamlayıcısı durumundaki ilkelerin hukuki

(22) Etudes et Documents, 1947, Introduction p. 10.



içeriği konusunda bir tartışma zemini yaratmıştır<sup>(23)</sup>. Öyle ki, bu tartışma sonucunda; Başlangıç Bölümü hükümlerinin, yasakoyucu ve özellikle de Hükümet ve İdare açısından tıpkı Anayasa hükümleri gibi bağlayıcı nitelikte olup olmadığı ve hatta başlangıçta yer alan bazı ilkelerin "doğrudan uygulama" bakımından yeterince emredici ve açık olmasına karşılık, bazı ilkelerin de bu bakımdan son derece belirsiz olduğu hususlarında tereddütler oluşmuştur. Conseil d'Etat ise, yine bu teorik tartışmaların dışında kalarak, soruna somut yanıtlar getirmiştir. Nitekim, Conseil d'Etat, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinde yer alan prensipler ile bunların tamamlayıcısı niteliğindeki haklar konusundaki uygulamalar dolayısıyla önüne gelen uyuşmazlıklarda, hiç tereddüt göstermeksizin Bildirge'ye ya da Başlangıç Bölümü'ne yollamada bulunmaktadır ki, buna örnek olarak da Yüksek Mahkemenin "grev hakkı tanınması" yolundaki 7 Temmuz 1950 tarihli "Dehaene" kararı gösterilebilir. Ancak Conseil d'Etat, bu konuda da yine "hukukun genel prensipleri teorisi"ni gündeme getirmekte direnmektedir. Bu Teori, "Başlangıç Bölümü'ndeki ilkelere uygunluk" denetiminde, Conseil d'Etat'ya -herhangi bir formel metin ile bağlı olmaksızın- geniş bir yorum özgürlüğü yaratmakta ve giderek Yüksek Mahkeme, bu sayede kamu hukukunun temel prensiplerine saygılı davranılmasını sağlamaktadır. Sonuç olarak Conseil d'Etat, Anayasanın Başlangıç Bölümü'nde yer alan hükümleri, hukukun genel prensipleri kimliği altında ele alıp uygulamaktadır<sup>(24)</sup>.

Başkan René Cassin'in de belirttiği gibi, söz konusu Teori, 1789 Fransız Devrimi'nin geleneksel ve yazılı kurallarının, 150 yıldan fazla bir zaman dilimi boyunca zenginleşmesinde ve hatta giderek demokrasinin gelişmesinde en önemli ve etkin rolü üstlenmiştir. Bu konuda yazılmış üç önemli makalede "hukukun genel prensipleri" teorisinin önemi ve anlamı üzerinde durulmuştur<sup>(\*)</sup>.

(23) Voir G. Morange, "Valeur juridique des principes contenus dans les déclarations des droits", RDP 1945, p. 229 Maxime Mignon, La valeur juridique du Préambule de la Constitution selon la doctrine et la jurisprudence, Dalloz, 1951, Chronique, p. 127.

(24) Kanun sözcüsünün konu hakkındaki görüşleri için bkz. RDP. 1950, p. 691, "Dehaene" kararı; ayrıca M. Mignon'un 23 numaralı dipnotta belirtilen makalesi.

(\*) Bu üç makaleden ilki başkan Letourneur tarafından "Etudes et Documents du Conseil d'Etat" isimli dergide yayımlanmış ve söz konusu teorinin içtihatlardaki tarihi gelişimi anlatılmıştır. Letourneur, makalede, "söz konusu prensiplerin hemen hepsinin temelini az ya da çok 'özgürlük' ve 'eşitlik' ilkelerinden aldığı ve bu ilkelerin aynı zamanda Fransız siyasi rejiminin temelini oluşturduğunu" belirtmiştir. Bu konudaki ikinci makale ise Rivero tarafından "Dalloz" serisinin 1951 tarihli sayısında "Le juge administratif français: un juge qui gouverne (Fransız idare yargıcısı: yöneten yargıç)" ismiyle yayınlanmıştır ki, müellif incelemesinde, "hukukun genel prensiplerinin, yargıç açısından devamlılığını sağlamak yönünde teknik bir yöntem oluşturduğunu" vurgulamıştır. Bu konudaki son makale ise, başkan René Cassin tarafından, "Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle" isimli dergide, "Le Conseil d'Etat, gardien des principes de la Révolution française (Conseil d'Etat: Fransız Devrimi ilkelerinin bekçisi)" başlığı altında yayımlanmıştır. (Makalenin içinde yer alan bu bilgiler, çeviren tarafından dipnotu olarak zikredilmiştir).



René Cassin bu konuda, biraz ağdalı bir dille de olsa, şu önemli noktayı vurgulamaktadır: "Üç yarım yüzyıllık bir süre boyunca, Conseil d'Etat, 1789 Fransız devriminin temel ilkelerinin koruyucusu olarak, kamu hukukumuzda, kanunların üstünlüğü, adlî ve idarî mercilerin ayrılığı, Devletin laikliği, yurttaşların eşitliği ve özgürlüğü, idarî işlemlerin geriye yürümezliği gibi büyük prensiplerin yerleşmesini; hatta giderek de söz konusu ilkelerin 1946 Anayasasının Başlangıç bölümünde yer almasını sağlamış ve böylelikle de önemli bir misyonu yerine getirmiştir; ancak, misyonunu henüz tamamlamamıştır".

Nitekim, Cassin'in de belirttiği gibi, Yüksek Mahkemenin bu misyonu V. Cumhuriyet dönemine yani 1958 Anayasası'na kadar aynı şekilde süregelmiş; 1958 Anayasası da, kısa bir Başlangıç Bölümü çerçevesinde, gerek 1789 ilkelere gerekse bu ilkeleri tamamlayan ve bir kez daha yineleyen 1946 Anayasasının Başlangıç bölümüne gönderme yapmak suretiyle, aynı ilkeleri koruyucu bir rol üstlenmiştir.

Öte yandan, 1958 Anayasasının hukukun genel prensipleri konusunda getirdiği belli başlı iki yenilik söz konusudur ki; birincisi, "hukukun genel prensiplerinin kanunlara özgü değerlendirme alanı içine alınması", ikincisi ise "Anayasa Konseyi'nin denetim kapsamının sadece Anayasanın organik maddeleri ile sınırlandırılması esasının kaldırılması, bir başka deyişle, Anayasa Konseyi'nin 'hukukun genel prensiplerine uygunluk denetimi' de yapabileceği ilkesinin benimsenmesi" hususlarıdır.

1958 Anayasasının getirdiği bu iki yenilik ile birlikte, "hukukun genel prensipleri" teorisinin hukuki içeriği konusunda önemli bir tartışma zemini oluşmuştur. Öyle ki, "kaynağını 1789 Bildirgesi'nin maddeleri ile 1946 ve 1958 Anayasalarının başlangıç bölümlerinden alan hukuksal prensipler" ile "1958 Anayasasının Başlangıç bölümünde yer almayan ve fakat Başlangıç Bölümünün benimsediği ilkelerin sonucu olarak ortaya çıkan hukuksal prensipler" arasında hukuki değer açısından herhangi bir fark olup olmadığı, bu tartışmanın odak noktasını oluşturmaktadır. Bu bağlamda, birinci kategoride yer alan prensiplerin doğrudan doğruya Cumhuriyet kanunlarınca tanınmış olduğu ve günümüzün sosyal, ekonomik ve siyasal gereklerinin bir sonucu olarak Başlangıç Bölümünde yer aldığı ve dolayısıyla bu prensiplerin "doğrudan doğruya uygulanma yeteneğine sahip oldukları" kabul edilmiş ve bir yandan öğretinin tama-



mı <sup>(25)</sup>, diğer yandan Conseil d'Etat <sup>(26)</sup> ve 16 Temmuz 1971 tarihli kararından sonra da Anayasa Konseyi tarafından, bu prensiplerin "anayasal değer" taşıdıkları görüşü benimsenmiş ve savunulmuştur. Buna karşılık, aynı değerlendirme ikinci kategoride yer alan prensipler bakımından geçerli değildir. Bu kategorideki prensiplere, Conseil d'Etat, geleneksel olarak, "yasal değer" tanımaktadır. Profesör Chapus ise, bu kategorideki prensiplerin "yasal değer" taşıdıklarını benimsemenin hukuki bakımdan yararlı ve gerekli olmadığını; bu prensiplerin "karamamelerden daha üstün (supra-décédale) bir hukuki değer" taşıdıklarını kabul etmenin yeterli olacağı"nı savunmuştur <sup>(27)</sup>.

Öte yandan, 1958 Anayasası ile birlikte, Conseil d'Etat'nın bu konudaki geleneksel tutumunun birbiriyle karşıt iki yönde nüans değiştirdiğini görmekteyiz. Yüksek Mahkeme, bir yandan, Anayasada belirlenmiş olan genel prensiplerin (örneğin idarî ya da yargısal usuller konularındaki ilkelerin) ancak karamame gücünde olduğunu kabul ederken; diğer yandan da, özellikle yürütme organının -hukukun genel prensiplerini gözönüne almaksızın- çeşitli kanunlarda sınırlı değişiklikler yapan ya da kanunları kaldıran işlemlerinin (özellikle eski koloni karamamelerinin, emirnamelerin ve Anayasanın 37.nci maddesi çerçevesinde çıkarılan objektif karamamelerin) hukuk uygunluğunun denetiminde, aynı prensiplerin, bu kez, "kanunlardan da üstün bir hukuksal değer taşıdıkları"nı yani bunların anayasa değerinde olduklarını belirlemektedir (Conseil d'Etat, 26 Haziran 1959, "Syndicat général des ingénieurs conseils" kararı).

Bu saptamalarla birlikte sonuç olarak, "genel hukuk prensiplerinin, bütünü itibariyle, taşıdıkları hukuki değer bakımından, yasal düzeyden anayasal düzeye intikal ettiği" <sup>(28)</sup> ileri sürülebilirse de; aslında her iki kategori bakımından da, hukukun genel prensipleri, Conseil d'Etat'nın geleneksel anlayışına göre, her zaman yasal değer taşıyan prensipler olarak kabul edilmişlerdir <sup>(29)</sup>.

Ancak, belirtmek gerekir ki, söz konusu tartışmalar bir yana, bu konuda önemli olan husus, hukukun genel prensipleri teorisinin -özellikle 1940 yılından itibaren- sürekli olarak Conseil d'Etat'nın içtihatlarında yer almasıdır. Nitekim, bu durum, 1790 yılından itibaren kesintisiz olarak süregelmiş ve Fransız devri-

(25) Bkz. Letourneur, "L' évolution récente de la jurisprudence administrative", Revue internationale des sciences administratives, 1965. Rivero, Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Une nouvelle catégorie professionnelle, Dalloz 1972, p. 265

(26) CE., 12 février 1960, Société Eky, p. 101.

(27) Chapus, "De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif", Dalloz, 1966, p. 99.

(28) G. Braibant, "L'arrêt Syndicat général des ingénieurs conseils et la théorie des principes généraux du droit". Etudes et Documents 1962, p. 67.

(29) Bkz. Raymond Odent, "Contentieux administratif", 1980, p. 1707.



minden kalan bu miras oldukça geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Öyle ki, başta eşitlik ilkesi gelmek üzere 1789 düşünceleri bugün birçok kuralın temel çekirdeğini oluşturmaktadır.

Sadece ana çizgileri ile belirlediğimiz bu tarihi süreç içinde aşağıdaki üç nokta ayrıca ele alınmaya değerdir.

- özgürlük ve eşitlik ilkelerinin gelişmesi ve çeşitliliği
- Mülkiyet hakkına saygı ve ekonomik özgürlük ilkelerinin Conseil d'Etat tarafından ılımlı uygulaması
- 1789 ilke ve düşüncelerinin özünde "hukukun genel prensipleri" teorisinin gelişim çizgisi.

## II - Özgürlük Ve Eşitlik İlkelerinin Gelişmesi Ve Çeşitliliği

### A. Özgürlük İlkesi

Fransız devriminin bir yüzyıl öncesinde Spinoza, "toplumsallaşmanın amacı özgürlüktür" diye yazmıştır. Bildirge yazarlarına göre de, "özgürlük, insanın doğal ve vazgeçilmez hakkıdır" (md. 2). Buradan hareketle, herkes, bir başkasına rahatsızlık vermeksizin dilediğini yapma hakkına sahiptir; yani bağımsız hareket etmeye ve düşünmeye, düşüncelerini -tedirgin ve kaygılı olmaksızın- serbestçe açıklamaya muktedirdir; öyle ki, bu konudaki sınırlamalar ancak ve ancak toplumun genel iradesi ile, yani kanunla gerçekleştirilebilir.

Bu konuda, İdarenin faaliyet alanının ve işlemlerinin sınırlarını belirleyen yargısal denetim kapsamının en önemli uzantısı da yine özgürlük ilkesidir. Hiç şüphesiz, bugün Anayasanın 66.ncı maddesinde de belirtildiği gibi, bireysel özgürlüklerin bekçiliği işlevini adlî yargı yürütmektedir. Ancak, yine de bireysel bakımdan ya da genel anlamda özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin Hükümet ve İdare işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetimi sonuç olarak idarî yargı mercileri tarafından yapılmaktadır.

Ancak, Conseil d'Etat'nın bir yandan merkezi otoritenin yanında yer alması ve onun bir tür yardımcılığını üstlenmesi, diğer yandan da merkezi otoritenin işlemleri karşısında bireylerin haklarını koruma görevine sahip olması, görünüş itibarıyla oldukça önemli bir çelişkinin varlığını ortaya koymaktadır. Hatta 19. yüzyıl liberalleri, bu nitelikteki bir yargı yerinin bireysel özgürlükleri etkin bir şekilde koruyabileceği tezini reddetmekteydi.



Bugün dahi, Conseil d'Etat'nın bireysel özgürlükler ile kamu yararı ve kamu düzeninin gerekleri arasında üstlendiği bir tür hakemlik görevini yerine getirirken, bireysel özgürlükleri korumacı tutumundan ziyade Kamu Gücü ayrıcalığını dikkate alan tutumu dolayısıyla çeşitli yazarlar tarafından eleştirilmektedir. Bu eleştirilerin dayanağını ise, "Conseil d'Etat'nın özgürlük kavramına soyut bir anlam vermediği ve sadece özgürlüklerin kullanıldığı yer ve zaman koşullarına göre kararlarını değiştirdiği" görüşü oluşturmaktadır. Ayrıca, hiç şüphesiz, kamu özgürlüklerinin hukuki rejimi kanunlarla saptanmaktadır ve her ne kadar Conseil d'Etat - otoriter dönemlerde bile- liberal yorum yöntemlerini yasal metinlere oranla üstün tutmuşsa da; bir özgürlüğün kullanılması koşullarını sınırlandıran açık bir yasal metin karşısında, Conseil d'Etat'nın bu tutumunda da inişli-çıkışlı bir çizgi oluşabilmektedir. Ancak, günümüzde, Anayasa Konseyi'nin de müdahalesi ile birlikte siyasi toplum tarafından kurulan özgürlük prensibi belki de geçmişe oranla daha önemli bir korumaya kavuşacaktır.

Üstelik, belirtmek gerekir ki, kaynağını doğrudan Bildirge'den alan ve "özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna" olduğu genel ilkesi, bizzat Conseil d'Etat'nın katkılarıyla somut bir biçimde geliştirilmiş ve birçok alanda (seyahat özgürlüğü, özel hayatın gizliliği, bilgi edinme özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, düşünce ve düşünceleri yayma özgürlüğü, toplantı özgürlüğü, kişi güvenliği, bireyin kendine karşı korunması vb.) uygulanmıştır.

"Özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna olduğu" yolundaki genel prensip, her zaman "genel kamu yararı" prensibine üstün tutulmuş ve bu sonuncunun ilk prensibi bertaraf etmesine izin verilmemiştir.

1. Kamu gücü karşısında "**bireyin güvenliği**" konusundaki yargı kararları son derece azdır. Çünkü, bu kategorideki uyuşmazlıklar esas itibarıyla adli yargı düzeninin görev alanı içindedir. Buna rağmen, Conseil d'Etat, ceza hukukunun genel ilkelerini bertaraf edici ya da sınırlandırıcı düzenlemelerin idarî makamlarca yapılması halinde, bu alanda da yargılama işlevini sürdürmektedir<sup>(30)</sup>. Hatta, özellikle, kamu düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla kişilerin gözaltına alınmasına ilişkin idarî düzenlemelerin yargısal denetimi konusunda oldukça hassas davranan Yüksek Mahkeme, bu bakımdan kendisine tanınan yargılama yetkisi çerçevesinde son derece etkin bir rol üstlenmiştir.

Yine, idarî makamlarca, "sınır dışı etme" veya "yabancıların oturma izni taleplerinin reddi" ve benzeri konularda verilen idarî kararlar üzerine oluşan

(30) CE., 19 Octobre 1962, Canal, Robin et Godot, Rec., p. 552.



idarî uyuşmazlıklarda; Conseil d'Etat, gerek "İdarenin sahip olduğu takdir yetkisini kullanırken açık hataya düşmesi" ve gerekse "idarî işlemde gösterilen gerekçenin hukuken kabul edilmezliği" olgularından hareketle ya da diğer yandan, bazen de, "aile yaşamının bölünmezliği" temel ilkesini gündeme getirmek suretiyle <sup>(31)</sup> gerçek anlamda bir yargılama işlevi yürütmekte ve bütün açıklığıyla insan hakları temel felsefesine bağlılığını vurgulamaktadır.

Öte yandan, Yüksek İdare Mahkemesi, İdarenin "seyahat ve yerleşme özgürlüğü"nü sınırlandırıcı işlemleri konusunda da aynı kararlı tutumunu sürdürmektedir. İdarenin bu tür sınırlandırıcı işlemlerine son derece ender rastlanmakla birlikte, bu konuda yine de Conseil d'Etat'ın 8 Nisan 1987 tarihli "Peltier" kararı zikredilebilir. Söz konusu kararıyla, Yüksek Mahkeme, bir vatandaşa pasaport verilmemesi konusundaki içişleri Bakanlığı kararını iptal etmiştir ve iptal kararının gerekçesi olarak da "İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'ni göstererek:" ... temel hak ve özgürlüklerden biri olan seyahat özgürlüğü ne ülke toprakları içinde ne de ülke dışına çıkışlarda herhangi bir kısıtlamaya tâbi kılınamaz. İdarî makamlarca, yurtdışına çıkmak isteyen kişiye pasaport verilmemesi, ancak bu kişinin yurt dışında milli güvenliği ya da kamu güvenliğini tehdit edici davranışlarda bulunacağı savına dayanabilir. Yurt içindeki seyahat özgürlüğü bakımından ise, İdarenin hiçbir kısıtlama getirme hakkı bulunmamaktadır; bu konuda ancak, yargıç kararı ile bir sınırlama getirilebilir" hükmünü tesis etmiştir <sup>(32)</sup>.

Aynı çerçevede, Conseil d'Etat, "konut dokunulmazlığı olmasaydı, gerçek anlamda birey özgürlüğü de olmazdı" düşüncesinden hareketle belirlenen temel ilkenin, ancak kanunkoyucunun saptadığı hal ve koşullarda sınırlandırılabilceğini ve basit bir karamame ile arama yetkisi tanınmasının hukuka aykırı olacağını hüküm altına almıştır <sup>(33)</sup>. Bu bakımdan, Yüksek Mahkeme, özellikle; büro, ofis, yazıhane gibi mesleki faaliyetlerin sürdürüldüğü yerlerde arama yapılmak suretiyle malî denetimin gerçekleştirilebileceği hükmünü de içeren 1945 tarihli emrimamenin uygulanması konusunda son derece titiz ve dikkatli hareket etmiştir; öyle ki, İdarenin, anılan emimameye dayanarak, bir tüccarın ofisinde, delil toplamak amacıyla arama yaptırmasını "usul saptırması" olarak nitelemiştir <sup>(34)</sup>.

(31) 8 décembre 1978, GISTI, Rec., p. 493.

(32) 10 décembre 1954, Andréani et Desfont. Rec. P. 656; 20 mai 1955 Societé Lucien Joseph. Rec., p. 276.

(33) 17 décembre 1948, Azoulay. Rec., p. 474.

(34) 11 février 1987, Revue de jurisprudence fiscale, 4/87, no: 414.



Diğer yandan, hiç şüphesiz ki, kişiler -cezalandırılacak durumlar dışında- diledikleri gibi hareket etme hakkına sahiptirler. İdare ise kişilerin bu özgürlüğünü ancak toplumun genel yararını korumak amacıyla sınırlandırabilir. Conseil d'Etat, bu konuda uzun yıllardır süregelen yerleşik içtihatlarının getirmiş olduğu ölçüte göre: "idarî kolluk görevlilerince alınan tedbirlerin hukuka uygunluğu, bu tedbirlerin kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması bakımından zorunlu olmasına bağlıdır". Yüksek Mahkeme, bu ölçütü olaydan olaya göre ve "ölçülülük", "orantılılık" ilkesi çerçevesinde değerlendirmektedir. Nitekim, özellikle, trafik kolluğu bakımından, sürücülerin özgürlüklerinin kısıtlanması bakımından ve bu çerçevede getirilen düzenlemelerin (emniyet kemerini zorunlu kılan <sup>(35)</sup>, hız sınırlaması getiren <sup>(36)</sup>, park yasağı öngören <sup>(37)</sup> düzenlemelerin) hemen tamamında bu ölçütü uygulayarak; yapılan düzenlemeleri hukuka uygun bulmuştur. Kesinlikle, Conseil d'Etat, bu konudaki sınırlayıcı tutumu ile, Bildirge'ye sadık olduğunu göstermektedir çünkü söz konusu bu sınırlamalar trafik güvenliğinin sağlanması ve trafik tehlikelerinin önlenmesi açısından, toplum yararını koruduğu gibi ayrıca sürücüyü de kendisine karşı korunmaktadır. Belirtmek gerekir ki, Yüksek Mahkemenin bu yerleşik içtihadı, özgürlüğü, "başkalarına zarar vermeden dilediğini yapabilmek" şeklinde tanımlayan Bildirge'nin 4. maddesine açıklık getirmesi bakımından da ayrıca önem taşımaktadır.

**2. Düşünce ve vicdan özgürlüğü** konusunda ise, bu tür bir sınırlama söz konusu dahi edilemez. Herkes, dini, siyasi ve felsefi düşünce hak ve özgürlüğüne sahiptir. Bildirge'nin 10. maddesi, bu durumu "hiç kimse -dini nitelik de taşısa- düşüncelerinden ötürü tedirgin edilemez..." hükmü ile açıkça ortaya koymaktadır. Conseil d'Etat'nın bu konudaki yerleşik içtihadı da bu ilke ve kurallardan türemiştir. Nitekim, Yüksek Mahkeme, bu bağlamda; otellerde kalan yolcuların kimliklerinin tespit edildiği fişlere ayrıca hangi dinden olduklarını açıklamaları zorunluluğunu getiren bir valilik karamamesini iptal etmiş <sup>(38)</sup>; sayım dolayısıyla, kişilerin dini görüşlerini de soran bilgilendirme fişlerinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiş <sup>(39)</sup>; dini bir kuruluştaki öğrenci olan kişinin ilkokul öğretmeni olarak atamasının yapılmaması işlemini iptal etmiş <sup>(40)</sup>; aynı şekilde, Milli İdarecilik Okulu sınavına katılmak için yapılan başvuruların "taşı-

(35) 4 Juin 1975, Bouvet de la Maisonneuve Rec., p. 330.

(36) 22 Juin 1975, Chaigneau Rec., p. 436.

(37) 22 février 1961, Lagoutte et Robin Rec., p. 135.

(38) 9 juillet 1943, Ferrand, Rec., p. 176.

(39) 5 juin 1987, Kaberseli. Rec., p. 205.

(40) 25 juillet 1939, Demoiselle Beix, Rec., p. 524.

(41) 28 mai 1954, Barel et autres, Rec., p. 308.



nılan siyasi düşünceden hareketle reddedilmesi" (41); dini görüşleri dolayısıyla bir sosyal asistanın çalışma ruhsatının geri alınması (42) ve siyasi düşünceleri dolayısıyla bir akademik müfettişin yetkilerinin geri alınması (43) işlemlerini de yine, söz konusu içtihatları doğrultusunda iptal etmiştir.

Belirtelim ki, düşünce ve vicdan özgürlüğünü mutlak bir özgürlük olarak ele almak ve düşüncenin açıklanmasını genel anlamda her türlü çağdaş iletişim yöntemleri ile yayma ve uygulama kapsamında değerlendirmek gerekir ki, Bildirge'nin 10 uncu maddesindeki ilkeye göre, düşünce ve vicdan özgürlüğü ancak "düşüncenin açıklanması, kanunun belirlediği kamu düzenini bozucu bir nitelik gösteriyorsa" sınırlandırılabilir.

İbadet özgürlüğü alanında Conseil d'Etat, gerek 9 Aralık 1905 tarihli kanundan önce gerekse bu kanun sonrasında son derece önem taşıyan "düzenleyici ve uzlaştırıcı" bir rol üstlenmiştir. Nitekim, bir yandan kamu düzeninin gerekleri ve ibadet özgürlüğünün kullanılması arasında, diğer yandan herkesin inanç özgürlüğü ile laiklik ilkesinin gözetiminde ve inanlar ile inanmayanların hakları arasında tam anlamıyla 1789 Bildirgesi'nin getirdiği "dini düşünce özgürlüğü" ve "laik Devlet" ilkelerine bağlı kalarak, Gabriel Le Bras'nın da belirttiği gibi, "düzenleyici" bir görev yürütmektedir (44). Rivero'nun deyişiyle, Conseil d'Etat, "İdarenin, inananların özgürlüğü pahasına, inanmayanlar üzerinde çeşitli baskı ve tedirginliklere yol açmamasını" sağlamak amacıyla çok dikkatli davranmaktadır (45).

Daha genel olarak ifade etmek gerekirse, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, diğer kamu özgürlüklerinin varlığını gerektirmektedir ki, bunlar -sınırları yasama tarafından belirlenmiş- toplantı ve gösteri özgürlüğü ile basın özgürlüğü, sinema gösterimi özgürlüğü ve hatta giderek "odyovizüel (görsel-işitsel) iletişim özgürlüğü"dür. Yüksek Mahkeme, bu özgürlüklerin mutlak ve genel anlamda yasaklanmasının yasal olarak mümkün olamayacağını; bu konuda ancak kamu düzeninin açık ve ciddi olarak tehdit edilmesi ve söz konusu bu tehdidin başka bir yolla önlenmesinin mümkün olmaması halinde yasaklama getirilebileceğini kabul etmektedir. Sonuç olarak, Conseil d'Etat, "özgürlüğün her zaman kural; sınırlama ve yasaklamanın ise her zaman istisna" olduğu genel hukuk prensibini hiçbir zaman gözardı etmemektedir.

3. Tüm bu düşünceler, 1789 ilkeleri arasında yer almayan diğer özgürlükler için de geçerlidir. Bunlardan en önemlisi "öğrenim özgürlüğü"dür ve Con-

(42) 8 décembre 1948, Demoiselle Pasteau.

(43) 1 octobre 1954, Guille, Rec., p. 496.

(44) Le Conseil d'Etat, régulateur de la vie paroissiale' dans cette revue, année 1950.

(45) La notion juridique de laïcité, chronique au Dalloz, 1949, Rec., p. 137.



seil d'Etat, bu bakımdan da aynı ilkelerden hareketle, öğrenim özgürlüğünü kanunların belirlediği koşullarda gerekli öğretim kurumlarının açılması ve bu çerçevede ailelerin çocuklarını istedikleri okullara kayıt ettirmesi anlamında ele almakta ve hatta kişinin öğrenmeyi ve eğitilmeyi bir hak olarak talep edebileceği düşüncesini dahi kabul etmektedir <sup>(46)</sup>. Ticaret özgürlüğü konusunda ise sorun daha da nazik bir görünüm almaktadır; kamu düzeni ile bireyin bağımsızlığı arasındaki diyalektik, yargıcın günlük sosyal ve ekonomik gelişmeler çerçevesinde olağan düşünce yöntemini uygulamasını imkânsız kılmaktadır ki, bu konuya ileride değineceğiz.

### B - Eşitlik İlkesi

Eşitlik ilkesi, hukuk düzenimizin ikinci temel taşıdır. Bilindiği gibi, eşitlik istekleri, Fransız devriminin gerçekleşmesindeki en önemli etmenlerden birini oluşturmaktadır. Hak ve yükümlülükler öngören kanunlar herkes için eşit olarak uygulanmadıkça, özgürlükten de söz edilemez. Hukuk önünde herkesin eşit olduğu düşüncesi; hukuk terminolojisinden "ayrıcalık" kavramının çıkarılması, herkesin imkânları çerçevesinde eşit olarak vergi vermesi, kamu görevlerine girişte yetenek ve yeterlilik dışında başkaca bir kriterin uygulanmaması, kanunların oluşmasına herkesin eşit şekilde katılması gibi önemli hukuki sonuçları da beraberinde getirmiştir.

"Kanun önünde eşitlik", "kamu görevlerine girişte eşitlik", "kamu külfetleri önünde eşitlik" ilkeleri, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinde yer alan eşitlik ilkesinin üç ayrı görünümüdür.

Conseil d'Etat, tarihçesi itibarıyla, içtihatlarında ilk önce bu ilkeyi uygulamış ve geliştirmiştir. Nitekim, sürekli olarak, "ayrıcalık" ve "ayırımçılık" karşısında tavır koyan Yüksek İdare Mahkemesi, ayrıca çeşitli kamu kuruluşlarını "kamu külfetleri önünde eşitlik" ilkesi uyarınca tazminata mâhkum etmiş; ancak, oldukça uzun bir süre, eşitlik ilkesini uygularken Bildirge'ye doğrudan herhangi bir yollama yapmamıştır. Kanunsözcüsü Chenot, Conseil d'Etat'nın "Guieysse" kararında (4 Şubat 1944) yazmış olduğu görüşte, bu durumu şöyle açıklamaktadır: "Bildirge, Mahkemenizce başlı başına bir hukuki güç olarak addedilmekle beraber, Bildirge'nin getirmiş olduğu temel prensiplerin ve eşitlik ilkesinin, hiçbir yazılı metninde yer almamakla birlikte, yüzelli yıl boyunca tüm siyasi kurumlarımıza ve yasal düzenlemelerimize egemen olduğu Mahkemenizce de kabul edilmektedir".

(46) 23 Octobre 1987, Consorts Métrat Rec., p. 320.



## . İptal Davalarında Eşitlik İlkesi

Conseil d'Etat, iptal davası ile önüne gelen uyuşmazlıklarda ilk kez "Roubeau" kararı ile "kanun önünde eşitlik" ilkesini uygulamıştır. Yönetilenlerin hukuk kuralları önünde eşitliği, aslında Hukuk Devletinin temelini oluşturmaktadır ve bu ilkenin önemini ortaya koymak bakımından "Roubeau" kararına yollama yapmaya da ihtiyaç yoktur. Bununla birlikte, terminolojide yer alan tereddütler, içtihatların analizinde bazı güçlükler yaratmaktadır, örneğin "idari düzenlemeler önünde eşitlik", "yasalar önünde eşitlik" ya da "yasalar ve yönetmelikler önünde eşitlik" şeklindeki formülasyonlar gibi. Buna karşılık, öncelikle "malî yükümler önünde eşitlik" (47) ya da "vergi ödevi bakımından eşitlik" (48) şeklinde belirginleşen ve "kamu hizmetlerinin bedellerine eşit oranda katılma" (10 Şubat 1928, "Chambre syndicale des propriétaires marseillais") ya da "kamu külfetleri önünde eşitlik" (2 Haziran 1944, "Fays") prensipleri ile somutlaşan kanun önünde eşitlik ilkesi, Yüksek Mahkemenin sonraki kararlarında birçok alanda uygulanma aşamasına gelmiştir ki, kamu hizmetlerinden ve kamusal mallardan yararlanmada eşitlik, hizmet tarifelerinin uygulanmasında eşitlik, kamu görevlerine girişte eşitlik, sınavlara girişte eşitlik bunlardan bazılarıdır.

Eşitlik ilkesine uyulmadan yapılan birel ve düzenleyici işlemlerin hukuka aykırı olduklarında ve Yüksek Mahkeme içtihatları doğrultusunda iptal edileceklerinde hiçbir şüphe bulunmamakla birlikte, bu kuralın önemli istisnaları vardır. Bunlardan ilki, bizzat kanunla ayrıcalıklı hukuki rejimlerin yaratılması durumudur. Böyle bir durum karşısında, Conseil d'Etat'nin yasakoyucunun iradesine boyun eğmekten başka yapacağı bir şey olmamakla birlikte, bu aşamada da Anayasa Konseyi'nin belirlediği yargı politikası devreye girmektedir ki, bunu da daha sonra inceliyeceğiz. Özellikle, ekonomik yarar halinde yasakoyucunun ayrıcalıklı hukuki statüler yaratması kaçınılmaz olmaktadır. Öyle ki, gelir vergisi bakımından, "gelir"e göre vergi oranlarının tespiti, ancak belirlenen oranlar ve vergi dilimleri çerçevesinde bir eşitlik sağlamakta, bunun ise somut bir ölçütü bulunmamaktadır. Nitekim, bu bakımdan Vergi Usul Kanunu'nun 80 inci maddesi çerçevesinde, vergilendirme konusunda İdare tarafından kabul edilen yorumlar, vergi yükümlüsü lehine bir takım hukuki sonuçlar doğuruyorsa, bunlar kanuna aykırı dahi olsalar, yükümlüler bundan yararlanabilir. Diğer istisna ise, "genel ekonomik yarar" mülahazasıyla hareket eden İdarenin,

(47) 9 mai 1922, Fontan, Rec., p. 386.

(48) 23 novembre 1936, Abdouloussen, Rec., p. 1015.



şitlik ilkesine aykırı olarak, çeşitli ayrıcalıklar yaratabileceğidir ki, bu çerçevede ekonomik yarar ilk önceleri genel kamu yararı açısından ele alınmakta iken; daha sonraları, ekonomik yararın kamu hizmetlerinin işleyişiyle de doğrudan ilgili olduğu savından hareketle, ekonomik yarar mülahazasıyla eşitlik ilkesine istisna getirilebileceği kabul edilmiştir <sup>(49)</sup>. Üstelik, ekonomik politikanın zorunlulukları, toprağın işlenmesi, ihracat ve yatırımların teşvik edilmesi gibi tedbirleri gerekli kılmakta ve bu durum da malî yardımlarda İdarenin ayrıcalıklı davranabileceğini doğrulamaktadır <sup>(50)</sup>.

Nihayet belirtelim ki, eşitlik ilkesi ancak özdeş nitelikteki statüler içinde bulunan kişiler açısından uygulanma yeteneğine sahiptir. İdare edilenler, kamu hizmetlerinden yararlananlar ve kamu görevlilerinin çeşitli hukuki düzenlemeler ve hizmetler karşısında aynı statü içinde yer almaları halinde "eşitlik" ilkesinin uygulanmasından söz edilebilir. Bu konuda, çeşitli statü farklılıklarını irdeleyen, hangi statüler arasında ayırıcı hareket edilebileceğini ve hangi hallerde eşitlik ilkesinin zorunlu olarak uygulanması gerektiğini vurgulayan çok zengin ve doyurucu, gerçekçi ve bir içtihat zinciri bulunmaktadır <sup>(51)</sup>.

Kadın ve erkek eşitliği konusunda ise bugün içtihatlarda hiçbir kuşkuya yer vermeyecek bir tutarlılık söz konusudur. Yüksek Mahkeme, 1908 tarihli "Gendré" kararından beri, kamu görevlerinin ilke olarak kadınlara da açık olduğu belirlemiştir. Bu konuda, yenilik getirmesi bakımından 3 Temmuz 1936 tarihli "Demoiselle Bobard" kararı oldukça önemlidir. Bu kararında, Conseil d'Etat, "kadınların, merkezi teşkilâta ve bakanlık bünyesindeki görevlerde de çalışabileceğini" kabul etmekte; ancak "hizmetin niteliğinin gerekli kıldığı hallerde, İdarenin çeşitli bakımlardan (göreve alınma ya da mesleki ilerleme vb. konularda) kadın personel için bazı sınırlamalar öngörebileceği" kuralını benimsemektedir. Günümüzde ise, konunkoyucu açıkça cinsiyet ayırımını yasaklamış ve sadece görevin niteliğinin böyle bir ayırımı emrettiği bazı ender durumları bu ilkenin dışında bırakmıştır ki, Conseil d'Etat da aynı tutumu hiç tereddüt göstermeksizin kabul etmiştir.

(49) 1 avril 1938, Société l'alcool dénaturé de Coubert, Rec., p. 337, a Contrario.

(50) 29 juin 1951, Syndicat de la raffinerie de soufre française; 22 Mars 1956, Société t Léon Claeys, Rec., p. 135 etc.

(51) Bu konuda Yüksek Mahkemenin son kararlarından birkaç örnek verilebilir. Tarifelerin ayırıcı olarak düzenlenmesi konusunda, bkz. CE. 8 avril 1987, Association "Etudes et Consommation" -CFDT (Rec., p. 128). Gravyer peyniri üreten geleneksel atölyeler ile çok işlevli diğer atölyeler arasında ayırım yapan mesleki birlik kararının değerlendirilmesi konusunda bkz. CE, 27 Avril 1987, "Comité interprofessionnel du gruyère de Comté (Rec., p. 145). Farklı statüdeki kamu görevlilerinin oluşturdukları mesleki birliklerin birleştirilmesi konusundaki karamamenin iptali için açılan davadaki değerlendirmeler için bkz. CE., 16 octobre 1987, Syndicat autonome des enseignants de médecine et autres, (Rec., p. 311).



2. **Tam Yargı Davalarında Eşitlik İlkesi**, özellikle sorumluluk hukuku bakımından "kamu külfetleri önünde eşitlik" prensibinin somut ve zengin uygulamasında kendini göstermektedir. Öyle ki, bazı yazarlara göre, söz konusu prensip -ister kusur, ister sosyal risk açısından ele alınmış olsun- Kamu Gücü sorumluluğunun temelini oluşturmaktadır. Diğer yandan, eğer Conseil d'Etat sadece İdarenin kusurlu tutumu dolayısıyla vermiş olduğu zararların tazmini yönünde hareket etseydi, hiçbir zaman eşitlik ilkesine yollama yapmazdı. Buna karşılık, Yüksek Mahkeme, söz konusu ilkenin ihlâlini her zaman bir "hukuka aykırılık", bir başka deyişle "kusur" olarak nitelemiştir. Ancak, bazı hallerde ise, eşitlik ilkesinin ihlâli mutlaka hukuka aykırılık taşımadığı gibi; kusur sorumluluğu da doğmaz. Nitekim, bizzat kanunkoyucunun izin verdiği "ayırım yaratan" işlemler; genel yararın ya da kamu düzeninin gerekli kıldığı durumlarda, İdarenin eşitlik ilkesini uygulamadığı işlemler ve son olarak da olumlu ya da olumsuz hiçbir idarî karara dayanmayan ve risk taşıyan bayındırlık faaliyetleri sonucunda oluşan eylemler bu niteliktedir. İşte bu gibi durumlar sonucunda kişilerin görmüş oldukları zararların karşılanması konusunda, Yüksek Mahkeme içtihatları ile bir tazminat hakkı öngörülmüştür ki, 19. yüzyıl sonlarına doğru, bayındırlık faaliyetleri sonucunda oluşan zararların tazmini konusunda Conseil d'Etat'nın - açıkça belirtmemekle beraber-risk teorisine dayandığı söylenebilir. Ancak, söz konusu Teori esas itibariyle 21 Haziran 1895 tarihli "Cames" kararı ile gündeme gelmiş ve bu kararda "bir kamu görevlisinin, görevi sırasında uğramış olduğu zararların karşılanması için mutlaka ilgili kamu kuruluşunun kusurlu olması gerekmez" hükmü yer almıştır. Her ne kadar Yüksek Mahkemenin bu kararı, hukuksal betimlemelerden yoksun ve tamamen kendine özgü bir yapıda ise de; bir yandan kanunsözcüsü Romieu'nün görüşleri ve diğer yandan Hauriou'nun karar hakkında yazmış olduğu not, kararın içeriği ve anlamı konusunda herhangi bir tereddüte mahal bırakmamaktadır. Romieu, görüşünde şu hususları vurgulamaktadır: "Bu tür uyuşmazlıklar doğrudan doğruya idare yargıcının yetkisi içindedir. Yargıç, böyle bir sorunu 'hakkaniyet' ilkesi çerçevesinde kendi vicdanı ve görüşleri doğrultusunda çözüme kavuşturacaktır. Bu durumda, böyle bir zararın karşılanması, hukuk düzenimizde yer alan genel prensiplerin bir sonucudur ve aynı zamanda hakkaniyet ve nesafet kurallarının da bir gereğidir". Hauriou ise, daha da açık bir şekilde şunları yazmıştır: "Olaylar, idarî faaliyetlerdeki risk karşısında, sanki idare edilenler ile idare arasında karşılıklı bir güvenlik sözleşmesi varmışcasına gelişmektedir ki, söz konusu güvenlik sistemi "kanunlar ve kamu külfetleri karşısında eşitlik" ilkesi üzerine kurulmuştur. Bu çerçevede, 'kamu külfetleri önünde eşitlik' ilkesi, askeri hizmetler



bakımından ya da vergi ve benzeri alanlarda 'doğrudan' uygulanabilir niteliktedir; buna karşılık, idarî eylemlerin ya da kamu yükümlerinin, idare edilenler üzerinde hukuka aykırı olarak zarara yol açtıkları durumlarda, söz konusu ilke ancak 'dolaylı' şekilde uygulanma imkânına sahiptir".

Belirtelim ki, günümüzde kanunkoyucu bu tür durumlarda meydana gelen kazalardaki zararlar için "otomatik bir tazminat" öngörmektedir; ama, kamu hizmeti sırasında zarara uğrayan hizmet görevlilerinin zararlarının karşılanması konusunda 1895 tarihli içtihatla belirlenen prensipler de geçerliliğini korumaktadır.

Öte yandan, idare yargıcı, ayrıcalık öngören ve fakat hukuka uygun olan kanunlardan, idarî işlemlerden ve hatta uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan, ya da polis tarafından silah kullanılması sonucunda oluşan zararların tazmini bakımından da yine "kamu külfetleri önünde eşitlik" ilkesini gündeme getirmektedir. Aslında, bu hipotezlerden her biri sonuç olarak ünlü "Coutéas" kararında kanunsözcüsü Rivet'nin yazmış olduğu görüşü temel almaktadır ki, buna göre: "olağan dışı bir zararla karşılaşan idare edilenlerin bu zararları mutlaka karşılanmalıdır. Nitekim, 1789 Bildirgesi'nin 13. maddesinde düzenlenen bu prensip, aynen şu ifadeleri içermektedir: 'Hiç kimse, genel yararın gerekli kıldığı yükümlülüklerle, başkalarından daha fazla katlanmak zorunda değildir'".

### III - Özel Mülkiyete Saygı ve Ekonomik Özgürlük İlkelerinin İlimli Uygulaması

Conseil d'Etat "özgürlük" ve "eşitlik" ilkelerine bağlılığını hiçbir zaman "mutlak bir değer" şeklinde kanıksamamış; bu ilkeleri "yer" ve "zaman" bağlamında değerlendirmiştir. Mülkiyet hakkı ve ekonomik özgürlük ilkeleri de bu çerçevede, zamanla Devletin üstlendiği ekonomik ve sosyal rolün gelişmesi nedeniyle eski güç ve değerini yitirmiştir. Ancak, yine de bu ilkelerin İdarenin faaliyetlerinde gözetmesi gereken kurallar bütünü içinde yer aldığı da yadsınmaz.

**A - Ekonomik özgürlükler** 1789 prensipleri arasında yer almakla birlikte, 1791 Mart'ında "Allarde karamamesi" ile "herkesin, yapmak istediği mesleği seçmek, her türlü ekonomik girişimde bulunmak ve istediği sanatı icra etmek bakımından serbest olduğu" ilkesi benimsenmiştir. Ancak 1789 Bildirgesi'nde de yurttaşların özgürlükleri genel anlamda belirtilirken, bunun girişim özgürlüğünü de içerdiğinin kabulü gerekir. Nitekim, Conseil d'Etat da bu bağlamda ve henüz 19. yüzyıl sonlarından itibaren, ticaret özgürlüğünü kamusal özgürlükler



arasında ele alarak, kanunda düzenlenmeyen mesleklerin icrası konusunda izin almayı öngören idarî işlemlerin hukuka aykırılığını belirlemiştir. Bu konuda, Yüksek Mahkemenin 13 Mart 1885 tarihli "Vignet" kararında, kanunsözcüsü Levavasseur de Précourt, "1789'da açıklanan kamu hukukunun temel prensipleri ve giderek özellikle ticaret özgürlüğü açısından Belediye zabıtasının sınırlayıcı önlemler alma yetkisi bulunmamaktadır" şeklinde görüş bildirmiştir. Conseil d'Etat, ayrıca, ekonomik özgürlüğün en ateşli savunucularından biri olarak üstlendiği idarî ve yasama görevlerini yerine getirirken, bu özgürlüğün gelişmesinde ve liberal bir yasal düzenlemenin oluşmasında oldukça önemli bir rol oynamıştır. Nitekim, "metalurji fabrikalarının ve demir-çelik atölyelerinin açılması" konusundaki 1810 tarihli kanun ile 21 Haziran 1865 tarihli "mesleki birliklerin oluşturulması" ve 24 Temmuz 1887 tarihli "şirketlerin kurulması" konularındaki kanunlar hep Conseil d'Etat tarafından hazırlanan kanun önerileri doğrultusunda kaleme alınmıştır. Ancak, Yüksek Mahkeme bu tutumunu ülkenin içine girdiği ekonomik kriz ve savaş hali dönemlerinde sürdürememiş ve istisnai olarak savaş durumunun gerektirdiği tedbirler doğrultusunda kolluk makamlarının bir mesleğin icrasını men edebileceği <sup>(52)</sup> görüşünü kabul etmek zorunda kalmış; ancak, bu durumun genel ve mutlak anlamda olmayıp sadece yer ve zaman faktörleri dolayısıyla ortaya çıkan bir yasaklama olduğunu da ayrıca vurgulamıştır.

Öte yandan, 20 Mayıs 1930 tarihli "Chambre Syndicale du commerce..." kararından itibaren Yüksek Mahkeme, "kamu hizmeti sorumluluğu çerçevesinde, kamu kuruluşlarının özel teşebbüs ile rekabet etmek amacıyla ekonomik faaliyetlere katılabilecekleri"ni kabul etmiştir.

Belirtmek gerekir ki, Conseil d'Etat'ın "ticaret ve endüstri özgürlüğü"nü gelişmesindeki katkıları bu tarihten sonra daha da artarak sürmüştür. Şöyle ki, Yüksek Mahkeme, böyle bir gelişme sürecinde bir yandan ticarî faaliyetin niteliğini diğer yandan da bu faaliyetin düzenlendiği kurallar bütününe birarada değerlendirerek, değişen koşullar çerçevesinde ticaret özgürlüğüne somut bir içerik kazandırmıştır.

Nitekim, "herhangi yasal bir sınırlama getirilmeyen her mesleki faaliyetin icrası serbesttir" <sup>(53)</sup> kuralını getiren Conseil d'Etat, ayrıca, kanunla düzenlenmeyen hallerde, İdarenin, bir ticari kuruluşun açılmasını yasaklayamayacağı <sup>(54)</sup> ya da bu konuda bir "ön-izin" koşulu getiremeyeceği <sup>(55)</sup> ilkelerini de benimsemiş-

(52) CE., 28 février 1919, Dames Dol et Laurent, Rec., p. 208.

(53) CE., 22 juin 1963, Dame Delacourt et Syndicat du personel soignant de la Guadeloupe, Rec., p. 386.

(54) CE., 17 octobre 1952, Syndicat climatique de Briançon, Rec., p. 445.

(55) CE., 22 Juin 1951, Daudignac, Rec., p. 362.



tir. Öte yandan, Yüksek Mahkeme, ticaret ve endüstri özgürlüğünün de Anayasanın 34. maddesinde yer alan ve tamamen yasakoyucunun koruması altına alınan kamu özgürlükleri arasında yer aldığını kabul etmiş<sup>(56)</sup> ve kuralın her türlü ticari işletmenin çalıştırılması ve işletilmesi hususlarında da geçerli olduğunu; Devletin, bir ticari işletmenin ne şekilde çalıştırılacağı ya da işletme esaslarının ve hizmetlerinin nasıl gerçekleştirileceği hakkında herhangi bir müdahalede bulunamayacağı esaslarını getirmiştir. Ticaret özgürlüğünün ancak serbest rekabet ortamında söz konusu olabileceği ilkesini benimseyen Conseil d'Etat; bununla birlikte, özel teşebbüsün yapması gerekirken yapmadığı ekonomik girişimlerin kamu kuruluşları tarafından yerine getirilebileceğini de vurgulamaktadır ki, özellikle yerel yönetimlerde kamu yararının gerekli kıldığı ekonomik girişimlerin (otoparklar, belediye tiyatroları, kamping yerleri, garajlar, ucuz lokantalar vb.) çeşitli idarî kararlarla ve bu tür ekonomik girişimlerin ülke düzeyinde olması halinde ise ancak kanunla (devletleştirmede olduğu gibi) gerçekleştirilebileceğini belirtmektedir.

**B - Mülkiyet hakkı** bakımından Bildirge yazarlarınca belirlenen "mülkiyet kutsal ve dokunulmaz bir hak olduğundan, kanunla saptanan kamu gerekleri zorunlu kılmadıkça, kimse bu haktan yoksun bırakılamaz" ilkesi çeşitli erozyonlara uğramıştır. Napolyon, 1800'lü yıllarda birçok kez Conseil d'Etat'ı, bu ilkeye saygı gösterilmesini sağlamak konusunda, teşvik ederek "gerçek özgürlük, mülkiyet hakkının güvenliği ile doğrudan ilgilidir ve hiçbir şey mahkemelerin, İdare ve ajanlarının bu hakkı ihlâl edici işlemlerini (kamulaştırma dahil) denetlemesini engelliyemez" görüşünde olduğunu vurgulamıştır.

Mülkiyet hakkının dokunulmazlığı ilkesi 19. yüzyıl boyunca bütün gerekleri ile uygulanmış ve mülkiyet hakkı sahiplerinin birbirlerinin haklarına saygılı olması zorunluluğu sürekli olarak kanunsözcüleri tarafından vurgulanmıştır. De Belbeuf de, bu konudaki görüşünü şöyle açıklamıştır: "mülkiyet hakkı kamu hukukumuzun himayesi altındadır ve bu kural herkes tarafından saygı gösterilen, vazgeçilmez ve mutlak niteliktedir. Derhal ve gerçek bir tazminat verilmeden, hiç kimsenin bu hakkından feragat etmesi beklenemez"<sup>(57)</sup>.

Bununla birlikte, bizzat 1789 Bildirgesi dahi, "genel yararın gerekli kılması halinde" mülkiyet hakkının sınırlandırılabilirliğini benimsemiştir ki, gerek 1958 Anayasası yürürlüğe girmeden önce ve gerekse 1958 Anayasası ile birlikte söz konusu hakkın kullanılmasının ancak kanunla sınırlandırılabilirliği konu-

(56) CE., 28 octobre 1960, Martial de Laboulaye, Rec., p. 570.

(57) Conclusions sous 25 mars 1867, Valleran, Rec., p. 311.



sunda hiçbir zaman tereddüt gösterilmemiştir. Nitekim, Conseil d'Etat da birçok vesile ile bu hususu hükümetlere ve diğer idarî makamlara sürekli olarak hatırlatmıştır. Ancak, kanunkoyucunun getirmiş olduğu kurallar karşısında, Yüksek Mahkeme, yapmış olduğu katı yorumdan ayrılmak zorunda kalmıştır. Nitekim, kamulaştırma konusunda Medeni Kanununun 545. maddesi ve 8 Mart 1810 tarihli kanun, "kamu gerekleri" kavramı yerine bundan çok daha sınırlandırıcı nitelikteki "kamu yararı" kavramını getirmiştir. Yine birçok bakımdan, mülkiyet hakkına kanunla çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. Kanunla düzenlenen bu konulardan belli başlı olanları: istimval, geçici işgal, yıkılmaya yüz tutmuş binalar, toprak reformu, sağlığa aykırı bölgeler ve sağlık kolluğudur.

Mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler bazen mülkiyet hakkının aynına (inşaat ruhsatı gibi) bazen de mülkiyet hakkının kullanılmasına (kira mevzuatı gibi) ilişkin çeşitli kurallar getirerek, bu konuda zengin bir içtihat oluşmasına zemin yaratmıştır. Bu konuda yetki bölüşümü açısından, özel mülkiyetin koruyucusu olarak, adlî yargının görev ve yetkisi hakkında hiçbir şüphe bulunmamakla birlikte; gerek Conseil d'Etat ve gerekse Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi içtihatları çerçevesinde, mülkiyet hakkının kullanılmasına ilişkin olarak İdare tarafından getirilen kısıtlamaların yargısal denetimi idarî yargı düzeni içinde gerçekleştirilmektedir. Nitekim, Yüksek İdare Mahkemesi, bu bağlamda, önceleri mülkiyet hakkına ilişkin ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalmış ve "mülkiyet hakkına, dayanağını açıkça kanundan almayan hiçbir sınırlama getirilemez" hükmünü tesis etmiş ve 19. yüzyıl sonlarında, arazileri üzerine "verimli hastalar için yurt" <sup>(58)</sup>, "cüzzam hastahanesi" <sup>(59)</sup> ve "düşkünler evi" <sup>(60)</sup> gibi yapılar yapmak isteyen mülk sahiplerine izin vermeyen Belediye işlemlerini iptal etmiştir. Yüksek Mahkeme, daha sonra da mülkiyet hakkını sınırlayan kanun maddelerinin yorumunda son derece titiz davranarak, özel mülkiyetin korunmasına ayrı bir özen göstermiştir. 9 Temmuz 1943 tarihli "Tabouret et Laroche" kararı ile kanunsözcüsü Léonard'ın görüşleri <sup>(61)</sup>; 28 Temmuz 1944 tarihli "Dame Constantin" kararı ve kanunsözcüsü Chenot'nun görüşleri <sup>(62)</sup> ve 17 Şubat 1950 tarihli "Dame Lamotte" kararı <sup>(63)</sup> bu bakımdan önem taşımaktadırlar ve tüm bu karar ve görüşler, "Conseil d'Etat'nın, içtihatlarını, özel mülkiyetin korunması mekanizması haline dönüştürdüğü" savını ileri süren Jacques

(58) CE., 8 mars 1898, Noualhier.

(59) CE., 19 décembre 1902, Sauton.

(60) CE., 16 février 1912, Montlivaut.

(61) JCP 1943 II 2 421.

(62) Recueil p. 219.

(63) Recueil p. 110.



Donnedieu de Vabres'in bu görüşünü onaylar niteliktedir <sup>(64)</sup>. Yine, kanuni hiçbir dayanağı olmaksızın, imar plânlarında "tamirat ya da yapı yasağı getirilmesi"nin hukuka aykırılığını belirleyen birçok Conseil d'Etat kararı bulunmaktadır <sup>(65)</sup>.

Öte yandan, kanunlarla, kamu yararının gerekli kıldığı hallerde İdare'ye tanınan sınırlandırma yetkisinin kullanılması halinde, Conseil d'Etat çok daha titiz davranmakta ve bir yandan "kamu yararı", diğer yandan ise "mülkiyet hakkı" ilkeleri arasında uzlaştırıcı bir ilişkinin varlığını aramakta; örneğin, uyuşmazlık konusu bir kamulaştırma işleminin kotarılması sırasında ve herhangi bir aşamada kamu yararının varlığını saptadığı takdirde, işlemi geçerli addetmektedir. Özellikle, 28 Mayıs 1971 tarihli "Ville Nouvelle Est" ismiyle bilinen kararda <sup>(66)</sup> açıkça ortaya koyduğu gibi, Yüksek Mahkeme, henüz yargılama aşamasından önce her durumu somut olarak analiz etmekte ve daha sonra kamu yararının gerçekleşmesiyle elde edilecek avantajlar ile bunun getireceği sakıncalar arasında bir denge kurmaktadır ki, bu dengede terazi eğer mülkiyetin sınırlandırılması yönünde bir ağırlık taşıyorsa, ancak bu takdirde kamu yararının varlığına kanaat getirmektedir. Ancak, belirtmek gerekir ki, Yüksek Mahkeme'nin bu tutumu, mülkiyet hakkının "meşru yarar" kapsamında ele alınmasını gerekli kılmakta ve yargıca, bu bağlamda kamu yararının var olup olmadığını saptamak yükümlülüğünü getirmektedir. Bu da Georges Ripert'in yapmış olduğu analizin doğruluğunu ortaya koymaktadır. Ripert'e göre, "İdare yargıcının yaklaşımı zamana ve yere göre değişkenlik göstermektedir. Yargıç, her zaman içinde bulunduğu ortam ve zamana göre karar verecektir. Dolayısıyla, bugünün içtihadı yarıninki olmayacaktır".

#### IV - Hukukun Genel İlkeleri Teorisi ile 1789 İlke ve Düşünceleri Arasındaki İlişkiler

Daha önce de değindiğimiz gibi, Bağımsızlığın ertesi günü oluşturulan 1789 ilke ve düşünceleri, kamu hukukumuzda güçlü bir şekilde yeniden yerini almış ve 1946 Anayasasının Başlangıç kısmında bir kez daha irdelenmiş; Conseil d'Etat içtihatlarında ise "hukukun genel prensipleri" çerçevesinde ele alınmıştır.

Fakat hukukun genel prensipleri teorisi sadece 1789 ilkelerinin içeriğinden ibaret değildir. Nitekim, bu görüşte olan Chenot, Odent, Letourneur, Cas-

(64) Etudes et Documents 1949, p. 40.

(65) Yüksek Mahkemenin 30 Eylül 1988 tarihli ünlü Martres kararına bakınız.

(66) Recueil p. 409 (kanunsözcüsünün görüşü ile birlikte).



sin, Rivero ve diğer bazı yazarlar, söz konusu teorinin oluşmasına katkıda bulunmuşlardır; bazı yazarlar ise Teoriyi eserlerinde ele almışlardır, hatta Benoît Jeanneau, 1954 yılında yapmış olduğu incelemeyi tamamen bu Teoriye özgülemiştir<sup>(67)</sup>.

Bu Teori ile 1789 ilkeleri arasındaki ilişkinin niteliği ya da aralarındaki bağın derecesi konusunda söylenmesi gereken, hukukun genel ilkeleri teorisinin 1789 ilkelerinin uygulamasından ibaret olmadığı ve her ikisinin de birbirleriyle kenetlendiği, iç içe oldukları, karşılıklı olarak birbirlerine katkıda buldukları hususlarıdır. Öyle ki, eğer 1789 ilkeleri bir çekirdek olarak ele alınırsa, hukukun genel ilkeleri teorisi bu çekirdeği olgunlaştıran, geliştiren yegâne ve ayrıcalıklı bir araçtır.

Yüzyılın başında henüz söz konusu Teori kotarılmadığı sırada, Laferrière ve Hauriou, yazılı olmayan ve kamu hukukumuzun ayrılmaz bir bütünü saydıkları hukuk prensiplerinden söz etmekteydiler. Yazarlara göre, zamanla değişmeyen nitelikte bir değer taşıyan bu prensipler, Fransız Devrimi ilkelerinin bir sonucu değildir.

Bugün ise, hukukun genel prensipleri teorisinin kapsamının ne olduğu içtihatlar çerçevesinde değerlendirildiğinde<sup>(68)</sup>, öncelikle 1789 Bildirgesi'nin içerdiği görüş ve prensiplerin daha sonra çağdaş yasal metinlerde ve hatta Cumhuriyet kanunlarında yer alan ilkelerin ve son olarak da 1946 Anayasasının Başlangıç bölümünde bulunan ilkelerin Teorinin içeriğini oluşturduğu söylenebilir. Bununla birlikte, 1789'un eşitlikçi ve özgürlükçü felsefi temelini yanı sıra, hukuk tekniklerindeki gelişmeler ışığında; bazı hukuk prensiplerinin, kamu özgürlüklerinin gereklerinden esinlendiğini (Örneğin, "Devletin birliği ve bütünlüğü", bazı konuların ancak kanunla düzenlenebileceği", "istifa etmiş hükümetlerin -yenisi atanıncaya kadar- sadece günlük ve olağan işler konusunda karar alabileceği", "hiyerarşik başvuruya kamu hukuku başvurusu etkisi tanınacağı" ve benzeri prensipler), bazı hukuk prensiplerinin ise, genel idarî yaşamın içinden çıkarıldığını (Örneğin, "kamu hizmetlerinin sürekliliği", "kamu kurumlarının uzmanlığı", "kamu kuruluşlarının başında yer alan makamların kendi iç işleyişlerine ilişkin düzenlemelerde bulunabilecekleri" ve benzeri prensipler) veya idarî yargının işleyişinden kaynaklandığını (Örneğin, "iptal ve

(67) Benoît Jeanneau, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative. Editions du Recueil SIREY, 1954.

(68) Bkz., özellikle dpn. 67'de belirtilen Benoît Jeanneau'nun incelenmesi ve bu incelemeyi sürekli olarak güncelleştirmiş olan Bruno Genevois'nın hazırlamış olduğu repertuar (Répertoire de contentieux administratif, DALLOZ V, Principes généraux du droit).



tam yargı davalarının kamu düzenine ilişkin davalar oldukları", "genel usul kurallarının bütün idarî yargı mercilerini bağladığı", "iki dereceli yargılama usulünün zorunlu olduğu" ve benzeri prensipler) belirtmek gerekir.

Görüldüğü gibi, hukukun genel prensipleri teorisinin alanı sadece 1789 ilkelerinin değil 1946 Anayasasının Başlangıç bölümünde yer alan ilkelerin de dışına taşarak gelişmiştir. 1950'li yıllarla birlikte, hukukun genel prensiplerinin giderek arttığı ileri sürülebilir ve hatta denilebilir ki, bu dönemde kamu hukukunun çeşitli dallarında yeni bir "genel prensipler" nesli yeşermiştir. Nitekim, bu dönemde, içtihatlarda "kamulaştırma hukukunun temel prensipleri"ne ya da "sosyal güvenliğin temel prensipleri" ne gönderme yapıldığı gözlenmiştir ki, özellikle son zamanlarda ayrıca personel hukukunun, seçim hukukunun, iş hukukunun genel prensiplerinden ve hatta bayındırlık faaliyetlerine egemen olan temel prensiplerinden söz edildiği görülmektedir. Üstelik, daha da uzağa gittiğimizde, hemen hemen son yıllarda Teorinin giderek suçluların geri verilmesi hukukuna <sup>(69)</sup>, uluslararası hukuka <sup>(70)</sup>, mülteciler hukukuna <sup>(71)</sup>, askeri hukuka <sup>(72)</sup> egemen olan genel prensipler çerçevesinde somutlaştığını söylemek zorunluluğu vardır ki, bu kez gerçekten de 1789'dan çok uzaklaştığımızı saptamak pek güç olmasa gerekir. Ancak, yine de 1789 ilkelerinin, herşeyin hareket noktasını oluşturduğu ve her zaman kalbimizde önemli bir yere sahip olacağı şüphesizdir.

1789 ilke ve düşüncelerinin ürünü olan "eşitlik" ve "özgürlük" prensipleri, hiç kuşkusuz, "hukukun genel prensipleri teorisi" içinde en önemli yeri tutmaktadır. Hatta denilebilir ki diğer tüm prensiplerin kaynağında bu iki prensibin az ya da çok mutlaka etkisi bulunmaktadır.

Diğer yandan, Cumhuriyet kanunları ile öngörülen prensipler (din özgürlüğü, eğitim özgürlüğü, toplantı ve gösteri özgürlüğü gibi) ile sosyal ve ekonomik prensipler (kadın hakları, grev hakkı, sığınma hakkı, sendikal özgürlükler gibi) 1946 Anayasasının Başlangıç bölümünde yer alan ve 1789 Bildirgesi'nin dolaylı bir uzantısı sayılan hukukun genel prensipleri arasında yer alırlar.

Bunların yanı sıra, ne 1789 Bildirgesinde ne Cumhuriyet kanunlarında ne de 1946 Anayasası'nın Başlangıç bölümünde yer almayan bazı prensipler de vardır ki, bunlar kamu hizmetlerinin sürekliliği, sınav jürilerinin tarafsızlığı, savunma hakkına saygı, doktorlar ve öğretim üyelerinin bağımsızlığı gibi yerleş-

(69) CE., 27 juillet 1979, Salati, p. 333.

(70) Ce., 23 octobre 1987, société Nachfolgen navigation company, p. 319.

(71) Ce., 1 avril 1988, Bereciartura Echarri.

(72) Ce., 20 juillet 1988, Gloria.



miş prensiplerdir ve çoğu Fransız devriminin genel yaklaşımından hareketle ve insan haklarına saygı gösterilmesini sağlamak amacıyla oluşmuştur.

Belirtmek gerekir ki, 1789 ilke ve düşünceleri sadece hukukun genel prensipleri teorisini etkilemekle kalmamış, ayrıca içtihatlardan türeyen bu Teoriye belirli bir meşruiyet kazandırmıştır.

Fransız devriminin hukuk düzenimiz bakımından getirdiği en önemli yenilik ise "yazılı hukukun üstünlüğü" kuralıdır. Bu kural, özel hukukta Napolyon Kanunları ile formüle edilmiş ve sadece özel hükümler getirilmekle yetinilmemiş; ayrıca, yazılı hukuk kurallarının yargıç tarafından ne şekilde yorumlanacağına ilişkin temel prensipler genel çizgiler ile belirlenmiştir. Buna karşılık, kamu hukuku alanında, Napolyon kanunları yetersiz kalmış ve bu nedenle de kamu hukuku yargıcı, uyuşmazlıklarda uygulayacağı kuralların yorumunu kendisinin saptadığı prensipler çerçevesinde gerçekleştirmiştir. Görevinin hukuk kuralı yaratmak değil ve fakat hukukun ne olduğunu belirlemekten ibaret olduğunun bilincinde olan kamu hukuku yargıcı, aynı zamanda yazılı olmayan bu kuralları dayandıracığı prensipleri de yaratmak zorunda olduğunun bilincini de taşımaktaydı. Pozitivizm ile bağdaşmayan geleneksel hukuk ile doğal hukuku reddetmek zorunda olan kamu hukuku yargıcı sadece 1789 ilkelerine başvurabileceği konusunda hiçbir tereddüt göstermemiştir. Çünkü, bu ilkelerin özü 1789 Bildirgesi'nde yazılı bir kurala dönüşmüş ve üstelik Bildirge bu ilkelerin evrensel nitelikte olduğunu vurgulamıştır ki, yürürlükteki kanunların hukuksal güçten yoksun olmaları halinde 1789 ilkeleri, yargıcın önünde her zaman uygulayabileceği saygın birer hukuk abidesi olarak durmaktaydı. Nitekim, bu bağlamda, önceleri sadece kanunsözcülerinin yazmış olduğu görüşlerde, 1940'lı yıllardan sonra da bizzat Conseil d'Etat kararlarında, Haklar Bildirgesi'ne, çağdaş kanunlara ve hatta Medeni Kanun hükümlerine ve giderek daha da sonra 1946 Anayasasının Başlangıç hükümlerine referans verilmiştir. Yüksek Mahkeme kararlarında, "... prensibin belirlediği gibi...", "... prensibine göre...", "... prensibi ile garanti altına alınan" ve benzer çeşitli farklı formüller kullanılmıştır. Terminolojideki bu farklılığın hiçbir önemi yoktur çünkü varılmak istenen amaç ve görüşler hep aynıdır. Hatta, bazen Yüksek Mahkeme, Bildirgeye referans verirken sadece madde numarasını zikretmekle yetinmekte <sup>(73)</sup>; bazen de, örneğin "herkesin serbestçe yurtdışına çıkabileceği" ilkesini sanki Bildirge'de formüle edilmişcesine uygulamaktadır <sup>(74)</sup>. Tüm bunlar da bize Yüksek Mahkemenin karar-

(73) CE., 12 février 1960, Société Eky, p. 101.

(74) Tribunal des Conflits, 9 juin 1986, Commissaire de la République de la région Alsace et autres, p. 301; CE., 8 avril 1987, Ministre de l'Intérieur c/Peltier, p. 128.



larında mümkün olduğu kadar 1789 ilkelerine gönderme yapmaya çalıştığını göstermektedir. Ancak, idare yargıcının uyguladığı bu yöntem ile kendi kendine hukuk yarattığı ve giderek bir "yöneten yargıç" kimliğine büründüğü; perde arkasından özgürce kural koyarak içtihatlarını belirlediği ileri sürülmüştür.

Ancak, 1789 ilkelerinin anayasal metinlerde yer alarak güncelleşmesi sayesinde, genel prensipler teorisinin gündeme gelmesi, konuya daha değişik bir boyut getirmiştir. Öyle ki, söz konusu teoriyi yaratan ve sürekli olarak besleyen 1789 ilkeleri, aynı zamanda bu Teori'nin teknek desteği ile sürekli olarak gelişerek güncelliğini korumuştur. Nitekim, 1789 ilkelerine yer veren çağdaş yasal düzenlemelerin tamamına yakını geçici sürelerle yürürlükte kalabilmiş; buna karşılık, Medeni Kanun hükümleri çerçevesinde belirlenen prensipler her zaman yürürlüğünü sürdürmüştür. Dolayısıyla, Blanco kararında belirtildiği gibi, bir yandan, Medeni Kanun prensiplerinin kamu hukukunu yönlendirebilmeleri nasıl mümkün değilse; çağdaş yasal düzenlemelerin, idare yargıcının kararına temel dayanak oluşturmak bakımında doğrudan uygulama değeri de bulunmamaktadır. Ancak, yine de, özellikle hukukun genel ilkeleri teorisinin aracılığı sayesinde söz konusu yasal metinlerin, pozitif düzeyde hukuk yaşamını yönlendirmeye devam ettiklerini söylemek mümkündür.

Ayrıca, idare yargıcı tarafından kanun yerine ve kanun gibi uygulanan hukukun genel prensipleri teorisi, İdare'ye her vesile ile 1789 ilkelerinin önemli birer hukuk kuralı olduklarını kabul ettirmeye çalışmıştır. 1946 ve daha sonra da 1958 Anayasaları, Başlangıç bölümlerinde 1789 ilkelerine yer vermek suretiyle, bu ilkeleri güncel hukuk normu haline dönüştürmüşlerdir. Bu bağlamda, Conseil d'Etat, 1958 Anayasası dönemine kadar, Anayasanın dışında yer aldığı kabul edilen başlangıç bölümündeki kuralların doğrudan uygulanabilir bir değerde olduğuna hükmederek, bu konuda ortaya çıkan tartışmalara da bir açıklık getirmiştir. Bununla birlikte, gerek İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinde ve gerekse 1946 Anayasasının Başlangıç bölümünde yer alan bazı ilkeler, belirsiz içerikleri itibarıyla doğrudan uygulanabilme niteliğine sahip değildir. Nitekim, Conseil d'Etat da, bir kararında, Başlangıç bölümünde yer alan "özgürlük uğruna acı çekmiş her insan, Fransa Cumhuriyeti'ne sığınma hakkına sahiptir" ilkesinin yeterli belirleyicilik ölçütüne sahip olmadığını, dolayısıyla da doğrudan doğruya uygulanamayacağını saptamıştır <sup>(75)</sup>. Yine Başlangıç bölümünde yer alan "Devlet, birey ve ailenin gelişmesi için gerekli koşulları sağlar" ilkesi de çok belirsiz bir içeriktedir ve bu ilke de doğrudan doğruya uygulama konusu

(75) CE., 27 Septembre 1985, France terre d'asile, p. 263.



olabilecek bir pozitif hukuki kural değeri taşımamaktadır. Ancak, Conseil d'Etat, söz konusu ilkeyi, "Fransa'da yerleşik yabancılar da tıpkı Fransız yurttaşları gibi olağan bir aile yaşantısı sürdürme hakkına sahiptir" <sup>(76)</sup> şeklinde bir genel hukuk prensibine dönüştürerek; ilkeye gerçek bir içerik kazandırmıştır. Aynı şekilde, Yüksek Mahkeme, Anayasanın başlangıç kısmında yer alan "Kanun, kadının her alanda erkeklerle eşit haklara sahip olmasını güvence altına alır" ilkesinin kendiliğinden uygulanma yeterliliğini haiz olmadığını, fakat söz konusu ilkenin "kamu görevlerine girişte, görevin niteliği ve yerine getirilişi hakkındaki özel koşullar dışında, kadın ve erkek ayırımına yönelik hiçbir koşul öngörülemez" şeklindeki genel hukuk prensibinden esinlenerek oluştuğunu vurgulamıştır <sup>(77)</sup>.

Bu olgulardan hareketle, denilebilir ki, hukukun genel prensipleri teorisi, 1789 ilkelerine, pozitif hukuk kuralları ile özdeş nitelikte bir değer kazandırmış ve giderek bu ilkelerin yasal düzenlemelere ve hatta anayasalara göre daha üstün bir süreklilik taşımalarını sağlamıştır.

Hukukun genel prensipleri ise, formel kanunlar ve içtihatlarla aksi belirlenmedikçe varlığını sürdürür. Nitekim, bu konuda Conseil d'Etat içtihatlarından sadece bir örneğe değinilebilir ki, o da "iki dereceli yargılama" prensibinin, 1944 tarihli Yüksek Mahkeme kararıyla <sup>(78)</sup> hukuk düzenine girmesi ve yine Yüksek Mahkemenin 1970 tarihli bir başka kararıyla da <sup>(79)</sup> terkedilmiş olması halidir.

Hukukun genel prensiplerinin taşıdıkları bu "süreklilik" aynı zamanda büyük bir esneklik de göstermektedir. Öyle ki, yargıç bu prensiplere tanıdığı hukuki etkinin dozajını, zamana ve çeşitli koşullardaki değişime göre ayarlayabilmektedir. Nitekim, böylesine bir esneklikten hareketle, yargıç, eşitlik prensibini değişen koşullar çerçevesinde çeşitli alanlara yayabilmekte; buna karşılık geleneklerdeki ve çeşitli görüşlerdeki değişime cevap vermek amacıyla "ticaret özgürlüğü" veya "özel mülkiyete saygı" prensiplerinde bazı değişiklikler ve hatta sınırlamalar yapabilmektedir.

Öte yandan, yeni koşullar ve gereklilikler karşısında, iki ayrı genel prensibin birarada ele alınıp uygulanması durumunda, idare yargıcının bir tür hakemlik görevi üstlenmekte ve her iki prensibi de reddetmeyerek, bunların etkilerinin birleşimine göre karar vermektedir. Conseil d'Etat'ın Dehaene <sup>(80)</sup> kararı bu nite-

(76) CE., 8 décembre 1978, Gisti, p. 493.

(77) CE., 6 février 1981, Mlle Baudet, p. 53.

(78) CE., 4 février 1944, Vernon, p. 46.

(79) V. - J. Théry, Conclusions sur CE., 20 Nov. 1970, Bouez et UNEF, AJDA 1971, 519.

(80) CE., 7 juillet 1950, p. 426.



liktedir ve Yüksek Mahkeme bu kararıyla "kamu hizmetlerinin sürekliliği" prensibi ile "kamu görevlilerinin grev hakkı" prensibini uzlaştırmaktadır.

Kanunlardan daha az ya da onlarla eşit bir hukuki güce sahip olan hukukun genel prensipleri, her türlü yazılı metnin içerdiği katı kuralcılıktan arınmış ve her türlü yeni görüş ve değişimlere açık konumu itibarıyla, idare yargıcı için 1789 ilkelerini uygulamak bakımından çok önemli bir dayanak ve referans oluşturmaktadır.

## İkinci Bölüm

### Anayasa Konseyi ve 1789 Bildirgesi

1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, Anayasa Konseyi tarafından ilk kez 1973 yılında gözönüne alınmıştır. "Cezaların eşitliği" prensibini düzenleyen Bildirgenin 8. maddesi zımnen Anayasa Konseyi'nin 73-80 L sayılı ve 28 Kasım 1973 tarihli kararında belirtilmiş ve gerek özel cezaların ve gerekse kabahat hallerinin saptanmasının ancak yasakoyucunun yetkisi içinde olduğu vurgulanmıştır. "Yurttaşların eşitliği" prensibini düzenleyen Bildirge'nin 6. maddesini bu kez açıkça uyguladığı 78-51 DC sayılı 27 Aralık 1973 tarihli kararında ise, Anayasa Konseyi, belirli kategoriler içinde yer alan vergi yükümlüleri için mahkemeye delil sunma hakkını sınırlandıran bir kanun hükmünü -kanun önünde eşitlik ilkesinin bir uzantısı sayılan "yargı önünde eşitlik ilkesi uyarınca- anayasaya aykırı addetmiştir.

1973 yılından itibaren, Haklar Bildirgesi, Konseyin yapmış olduğu anayasaya uygunluk denetiminde gözönüne aldığı referans normlar arasında oldukça önemli bir yere sahiptir ki, bu konudaki istatistik veriler son derece aydınlatıcıdır <sup>(81)</sup>. 1 Şubat 1989 tarihindeki veriler çerçevesinde, Konsey anayasaya uygunluk açısından vermiş olduğu toplam 210 karardan (ki, bunların 56 tanesi organik kanunların denetimine ilişkindir) 81'inde anayasaya aykırılık tespit etmiştir. Konseyin, tek bir kararında, değişik hukuki noktalar üzerinde birden fazla anayasaya aykırılık olgusunu ortaya koyabileceği sayı da gözönüne alındığında, bu rakamı 116 olarak belirlemek de mümkündür. Bu global rakam dikkate alındığı takdirde, Anayasa Konseyinin belirlediği anayasaya aykırılık halle-

(81) Bu konuda detaylı bir inceleme için bkz. L. Favoreu, "Les cent premières annulations prononcées par le Conseil constitutionnel", RDP, 1987, p. 443.



rinden toplam % 25'lik bir bölümünün Haklar Bildirgesine yapılan referanslar sonucunda oluştuğu söylenebilir.

Daha önce de sözünü ettiğimiz gelişmeler göstermiştir ki, Conseil d'Etat, hukukun genel prensiplerini uygularken Haklar Bildirgesi'ni her zaman ayrıcalıklı bir kaynak olarak ele almıştır. Anayasa Konseyi ise, Haklar Bildirgesini anayasal değerdeki prensiplerin temel direği olarak nitelemektedir. Anayasal değerdeki prensipleri sürekli gündemde tutan Konsey'in, bu nitelemesinin uzantısı olarak, Anayasa Hukuku içtihatlarında Haklar Bildirgesi "anayasallık bloku" ismi ile anılan bir bileşimdir. Öyle ki, bu bileşim ile, Konsey'in, kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde gözönüne aldığı "anayasal değerdeki tüm kural ve ilkeler" kastedilmektedir. "Anayasal değerdeki ilkeler" kavramı ilk kez Konsey'in 15 Temmuz 1976 tarihli ve 76-67 DC sayılı kararında ele alınmış; ancak, Anayasa Konseyi'nin 30 Eylül 1977 tarihli ve 77/90 DC sayılı karardan itibaren bu kavram "anayasal değerdeki kurallar" kavramının karşıtı olarak kullanılmaya başlanmıştır.

Formel açıdan bakıldığında, prensipler ve kurallar aynı anayasal değeri taşımaktadır. Bununla birlikte içerikleri farklıdır. Kurallar, buyruklar ve hükümler ile oluşturulurken; prensipler genel terimler ile kaleme alınmıştır. Aynı şekilde, bunların ifade ettikleri anlamlar da farklıdır: anayasal değerdeki prensipler, bireylerin ya da birey toplulukları ile menfaat kümelerinin hak ve özgürlüklerini korumaya yöneliktir; aynı değerdeki kurallar ise, kamusal erklerin yetki ve statülerinin tanımlanmasına ilişkindir.

Sonuç olarak, Haklar Bildirgesi, anayasal değerdeki prensipler olarak nitelendirilebilir ve fakat Bildirgenin, söz konusu prensiplerin teknelci bileşimini oluşturduğu söylenemez.

Haklar Bildirgesi'nin "anayasallık bloku" ile bütünleşmesi olgusu, 4 Ekim 1958 tarihli Anayasa'nın Başlangıç Bölümünün ilk bendinde şu şekilde ortaya konulmuştur: "Fransız Halkı, 1789 Bildirgesinde tanımlanan ve 1946 Anayasasının Başlangıç bölümünde de teyid edilen ve tamamlanan İnsan Haklarına ve milli egemenlik ilkelerine sıkı sıkıya bağlı olduğunu ilân eder". Buradan hareketle, Anayasa Konseyi'nin, çeşitli kararları ile 1958 Anayasasının Başlangıç Bölümünün anayasal değer taşıdığını kabul etmesi (19 Haziran 1970 tarihli ve 70/39 sayılı ve 16 Temmuz 1971 tarih ve 71/44 sayılı kararlar), aynı zamanda, Konseyin doğal olarak Haklar Bildirgesinin de söz götürmez biçimde anayasal değerde olduğunu benimsemesi olgusunu doğurmuştur (27 Aralık 1973 tarihli ve 73/51 sayılı karar).



Öğretide ise, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin bütünü itibarıyla anayasal değer taşıyıp taşımadığı tartışmasında, Başlangıç Bölümüne lafzi bir yorum ile yaklaşıldığında, Bildirgedeki maddelerden sadece İnsan Haklarına ve milli egemenlik prensiplerine doğrudan bağlı olanların anayasal değer taşıdığı sonucuna ulaşmak gerekir<sup>(82)</sup>. Ancak, Anayasa Konseyi bu tartışmaların dışında kalmıştır. Ayrıca, Bildirgenin bazı maddelerinin (örneğin 1, 5, 12 ve 15. maddeler) hiç uygulanmamış ya da içtihatlarda hiç zikredilmemiş olması bunların anayasal değer taşımadıkları hukuki sonucunu doğurmaz; nitekim, bu ilkeler ya Anayasa Konseyi önündeki uyuşmazlıklar bakımından hiç uygulamaya konu olmamış ya da kanunların Anayasaya uygunluğu açısından öncelikle başvurulacak referans ilkeler arasında yer almamıştır. Bu nedenlerle, biz Anayasa yargıcının yaratmış olduğu içtihatlar doğrultusunda ve Haklar Bildirgesinin bir bütün halinde değer taşıdığı inancındayız. Ancak, konuya, korunması gereken hakların maddi içeriği açısından yaklaştığımızda ise, haklar ve özgürlüklerin anayasal değerleri bakımından belirli bir hiyerarşinin de varlığını görmekteyiz.

Belirtmek gerek ki, üstlendiği rolün önemi bir yana, Haklar Bildirgesi anayasal değerdeki prensiplerin yegâne kaynağı değildir. 1958 Anayasasının Başlangıç Bölümü, bu bakımdan sadece 1789 Bildirgesine yollama yapmakla kalmayıp, ayrıca 1946 Anayasasının Başlangıç Bölümüne de referans vermiştir.

1946 Anayasasının Başlangıç Bölümü, belirlediği prensipleri iki ayrı kategoride ele almaktadır. Öyle ki, bir yandan, "Fransız Halkı 1789 Bildirgesi ve Cumhuriyet kanunlarında temel prensipleri belirlenen İnsan ve Yurttaş Hak ve Özgürlüklerine bağlılığını bildirir" denilerek; 1789 Bildirgesinin yanı sıra, III. Cumhuriyet döneminde sosyal kanunların öngördüğü özgürlükler ile (örneğin öğrenim özgürlüğü) kamu özgürlüklerinin de temel prensipler arasında yer aldığı kabul edilmiştir. Nitekim, Cumhuriyet kanunlarında belirlenen birçok temel prensip içtihatlarda da şu şekilde yer almıştır: toplantı özgürlüğü (16 Temmuz 1971; 71/44), öğrenim özgürlüğü (23 Kasım 1977; 77/87), kişinin özgürlüğü (12 Ocak 1977, 76/75), savunma haklarına saygı prensibi (2 Aralık 1976, 76/70 ve 17 Ocak 1989, 88/248), idarî yargının bağımsızlığı (22 Temmuz 1980, 80/119), öğretim üyelerinin bağımsızlığı (20 Ocak 1984, 83/165), kamu makamlarının işlemlerinin iptal davası yolu ile denetlenmesinde idarî yargı düzeninin görevli ve yetkili olduğu prensibi (23 Ocak 1987, 86/224). Diğer yandan, Başlangıç Bölümünde ayrıca Fransız Halkının "günümüz koşullarında gerekliliği şüphe götürmeyen" siyasal, sosyal ve ekonomik prensipler ile de bağlı olduğu

(82) L. Philip, "La valeur juridique de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel" (Mél. KAYSER, t. II, p. 317).



vurgulanmıştır ki, bu prensipler Başlangıç Bölümünün 3 ilâ 18 inci bentlerinde sınırlı ve sayılı bir biçimde belirlenmiştir (Bu konuda bkz. J. Rivero - G. Vedel, *Les Principes économiques et sociaux de la Constitution*, in "Pages de Doctrine", t. I. p. 93).

Gerek Bildirgede ve gerekse Cumhuriyet kanunlarında belirtilen temel prensipler ile günümüz koşullarında gerekli olan siyasal, sosyal ve ekonomik prensiplerin dışında kalan ve anayasal değer taşıyan diğer prensipler Anayasanın çeşitli maddelerinde yer almıştır. Kanun önünde eşitlik (md. 2), oy hakkında eşitlik (md. 3), siyasi grup ve partilerin özgürlüğü (md. 4), yargıçların bağımsızlığı (md. 46), kişinin özgürlüğü (md. 66) ya da yerel yönetimlerin özerkliği (md. 72) bu tür prensipler arasında yer alırlar.

Anayasa değerindeki prensiplerin kaynağının ortaya konması Conseil d'Etat'nın sık olarak kullandığı hukukun genel prensiplerine göre farklılık göstermektedir. Nitekim, anayasa değerindeki prensipler kaynaklarını mutlaka anayasa değerindeki yazılı bir metinde bulurken; hukukun genel prensiplerinin kaynağı her zaman yazılı bir metinden ibaret değildir, öyle ki hukukun genel prensipleri idare yargıcı tarafından pozitif hukukun özünden türetilmiştir. Buradan hareketle denilebilir ki, Haklar Bildirgesinin hem Anayasa Konseyi hem de Conseil d'Etat içtihatlarında önemli bir yere sahip olması, her somut olayın özgün niteliği gereği ortaya konulan kavramsal yaklaşımlara bağlanabilir. Haklar Bildirgesinin tartışmasız olarak "anayasallık bloku"nun bir parçasını oluşturmasından itibaren, öğretinin bir bölümü tarafından savunulan ve bu konuda söz konusu yargı düzenleri arasında "ikicilik" olduğu yolundaki görüşün geçerliliğinin kalmadığı söylenebilir<sup>(83)</sup>. Kaldı ki, bazen Conseil d'Etat dolanbaçsız biçimde ve hukukun genel prensiplerine değinmeksizin doğrudan doğruya Bildirgenin ilgili maddesine yollama yapabilmektedir. Nitekim, Yüksek Mahkeme, kamu görevlerine girişte eşitlik ilkesini uygularken doğrudan Bildirgenin 6. maddesine referans vermiştir (CE., Ass., 16 Aralık 1988, "Bleton c/Sarazin"; CE., 28 Aralık 1988, "Blet et Sabiani"). Belirtmek gerekir ki, bu konudaki karmaşıklığın önlenmesi amacıyla belirli kavramların basitleştirilmesi çabaları içinde olan ve bu bağlamda kavramların birleştirilmesi fikrini göklere çıkartan öğretinin eleştirilmesi gerekir; nitekim, öğreti bu tutumu ile hukukun genel prensipleri kavramının yadsınmasına yol açabileceği riskini gözardı etmektedir. Oysa, idare Hukununda söz konusu kavramın uygulanması ile, anayasa değeri

(83) L. Favoreu, "Dualité ou unité d'ordre juridique: Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat praticipent - ils de deux ordres juridiques différents?" in conseil constitutionnel et Conseil d'Etat, LGDJ., 1988, p. 145 et s.



taşıyan prensiplerin uygulama alanını da aşan bir etki yaratılmıştır. Öte yandan, Anayasa Konseyi de bazen bir kanun metninin yorumlanmasında hukukun genel prensiplerine başvurabilmektedir. Konsey, bu açıdan, "kişi hakkında verilen bir ceza, kendisinin başvurusu üzerine daha da ağırlaştırılmaz" şeklindeki genel hukuk prensibini 17 Aralık 1989 tarihli ve 88/248 sayılı kararının gerekçelerinden birisi olarak belirtmiştir<sup>(84)</sup>.

### Üç ü n c ü B ö l ü m

#### Conseil d'Etat ve Anayasa Konseyi'nce 1789 İlkelerine İlişkin Uygulamaların Karşılaştırmalı Analizi

Anayasa Konseyi ve Conseil d'Etat'nın kabul ettiği kavramsal yaklaşımlardaki ikicilik (dualité), asıl önemli nokta olan "her iki yargı merciinin de maddi hukuk bakımından aynı uygulama içinde buldukları" olgusunu unutturmamalıdır.

1789 Bildirgesi ile güvence altına alınan haklara ilişkin Anayasa Konseyi ve Conseil d'Etat kararları arasındaki yakınlığı vurgulamak için eşitlik, güvenlik kavramları hakkındaki içtihatlardan birkaç örnek vermek yeterlidir.

Güvence altına alınan özgürlükler bakımından birçok husus ortaya konulabilir. Özgürlük ilkesini genel terimlerle açıklayan Bildirgenin 2. maddesi çerçevesinde; Anayasa Konseyi bazen açıkça, bazen de zımnen kişi özgürlüğü (15 Ocak 1975, 74/54; 2 Temmuz 1988, 88/244) ve girişim özgürlüğü (16 Ocak 1982, 81/132) prensiplerini vurgularken; Conseil d'Etat ise, Bildirge'den - özellikle de 2. maddesinden- türettiği "seyahat özgürlüğü" prensibinin (CE., "Faure", 18 Mart 1983; CE., "Peltier", 8 Nisan 1987) ve uzun bir süredir de - girişim özgürlüğü kavramını açıkça kullanmaksızın- "ticaret ve sanayi özgürlüğü" prensibinin (CE., "Etablissements Vezia", 20 Aralık 1935) hukukun genel prensipleri arasında yer aldığını kabul etmiştir.

Bildirgenin 10. maddesinden türetilen "düşünce özgürlüğü", Conseil d'Etat kararlarında "memuriyet hakkı" bakımından (CE., "Guille", 1 Ekim 1954) ve mesleki birliklerin (CE., "Comité de défense des libertés...", 29 Tem-

(84) Söz konusu hukuk prensibi, Conseil d'Etat'nın 16 Mart 1984 tarihli "Moreteau" kararında yer almıştır.



uz 1950) ya da spor federasyonlarının (CE., "Pebeyre", 11 Mayıs 1984) özerklikleri açısından ele alınmıştır. Anayasa Konseyi ise, düşünce ve vicdan özgürlüğünün anayasal değerinde olduğunu vurgulamıştır (23 Kasım 1977, 77/87).

Öte yandan, Anayasa Konseyi Bildirgenin 11. maddesindeki terimlerden yola çıkarak, yasakoyucunun "düşünceyi yayma özgürlüğü" ile bağlı olarak; basın teşebbüsleri hakkındaki (10-11 Ekim 1984, 84/181), görsel-işitsel (odyo-vizüel) iletişimin düzenlenmesi konusundaki (27 Temmuz 1982, 82/141; 18 Eylül 1986, 86/217 ve 17 Ocak 1989, 88/248) yükümlülüklerini ele almıştır. Conseil d'Etat da kendi açısından "basın özgürlüğü"nü her zaman temel bir özgürlük olarak öngörmüş (CE., "Société nouvelle d'imprimerie", 23 Kasım 1951); ayrıca, Anayasa Konseyinin gözetiminde, yasakoyucunun odyovizüel iletişim konusunda getirdiği prensiplere uygun hareket edilip edilmediği de yine Conseil d'Etat tarafından sürekli olarak gözönüne alınmıştır (Bkz. 20 Ocak 1989 tarihli karar).

Yine, Bildirgenin 11. maddesi çerçevesinde, Anayasa Konseyi, öğretim üyelerinin bağımsızlığı ilkesini kabul ederken (20 Ocak 1984, 83/165)<sup>(85)</sup>; Conseil d'Etat da aynı doğrultuda bir çözümü daha önce benimsemiye yoluna gitmiş ve öğretim alanında öğretmenlerin bağımsızlığının temel bir prensip olduğunu irdelemiş (CE., "Leroy", 5 Nisan 1974), daha sonra ise tamamen Anayasa Konseyi'nin içtihadı doğrultusunda hareket etmiştir (CE., 2 Mart 1988).

Eşitlik ilkesi, Bildirgenin 1 inci, 6 ncı ve 13 üncü maddelerinde, "herkesin eşit ve özgür olarak doğma ve yaşama hakkına sahip olduğu", "herkesin kanun önünde eşit olduğu" ve "herkesin kamu görevlerine girişte eşit haklara sahip olduğu" prensipleri çerçevesinde düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, eşitlik ilkesi Conseil d'Etat tarafından "hukukun genel prensibi" olarak ele alınırken, Anayasa Konseyi tarafından da "anayasa değerinde bir prensip" olarak kabul edilmiş; her iki yüksek yargı mercii de kararlarında en çok bu prensipten yararlanmışlardır.

Burada, içtihatlar üzerinde detaylı bir incelemeye girişmeksizin<sup>(86)</sup>, birkaç önemli nokta üzerinde durmak gerekir.

Eşitlik ilkesi herşeyden önce çeşitli durumlara göre değişkenlik göstermektedir. Kanun önünde eşitlik ilkesi gerek Conseil d'Etat (CE., "Roubeau", 9 Mayıs 1913) ve gerekse Anayasa Konseyi (27 Aralık 1973, 73/51) tarafından

(85) Anayasa Konseyi, söz konusu kararında, benzer bir prensibin Cumhuriyet Kanunlarında da yer aldığını belirtmiştir.

(86) Eşitlik ilkesine ilişkin Conseil D'Etat içtihatları için bkz. Répertoire Dalloz de Contentieux administratif, "Principes généraux du droit", no. 95 à 274; aynı konudaki Anayasa Konseyi içtihatları için ise bkz. B. Genevois, "La jurisprudence du Conseil constitutionnel -principes directeurs", no. 368 à 409.



ilk olarak ele alınan ilkedir ve bunun yansıması olan "yargı organları önünde eşitlik" ilkesi de her iki Yüksek Mahkeme tarafından ayrı ayrı vurgulanmıştır (CC., 23 Haziran 1975, 75/56; CE., "Butin", 22 Ocak 1982).

Kamu külfetleri önünde eşitlik ilkesi, Conseil d'Etat tarafından Kamu Gücünün sorumluluğu konusunda sık sık başvurulan bir temel prensip olarak kabul edilirken; Anayasa Konseyi, bunun kanun önünde eşitlik ilkesinin doğal bir sonucu olduğunu (12 Temmuz 1979, 79/107) ve Bildirgenin 13. maddesinden türediğini (16 Ocak 1986, 85/200) irdelenmiştir.

Belirtmek gerekir ki, her iki yüksek mahkeme de kararlarında ayrıca, bir yandan "kamu görevlerine girişte eşitlik" (CC., 12 Eylül 1984, 84/179; CE., "Borel", 28 Mayıs 1954) diğer yandan da "seçimlerde oy hakkında eşitlik" prensibine (CC., 8 Ağustos 1985, 85/196; CE., "Commune de Sarcelles", 12 Temmuz 1978; CE., "Tanguy et Guillou", 28 Ocak 1987) yer vermişlerdir.

Eşitlik ilkesinin uygulanmasında çok esnek davranılmaktadır. Bu açıdan Conseil d'Etat, eşitlik ilkesinin gözönüne alınmaması, idare edilenler arasında farklı muameleler yapılması, yürürlükteki düzenlemelerin öngördüğü konularda farklı durumlar yaratılması, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde kamu yararı dışında hareket edilmesi olgularını, ilkenin ihlâli olarak nitelemektedir (CE., "Denoyez et Chorques", 10 Mayıs 1974; CE., "Commune de Romainville", 2 Aralık 1987). Anayasa Konseyi de bu prensiplerden hareket ederek, yasakoyucunun öngördüğü farklılıkların, ayrımcılık yaratmasını (CC., 27 Temmuz 1982, 82/141; 20 Temmuz 1988, 88/244) eşitlik ilkesinin ihlâli şeklinde değerlendirirken; bu konuda vermiş olduğu önemli bir kararında Parlamento'nun kabul ettiği "farklılık" kriterinin yerindeliği üzerinde durmuştur (CC., 7 Ocak 1988, 87/232).

Nihayet, idarî işlemlerin hukuka uygunluğunun ve kanunların Anayasaya uygunluğunun denetimi çerçevesinde soruna baktığımızda, yargıcın eşitlik ilkesine formel ve soyut açıdan yaklaştığını söylemek gerekir. Hukuki eşitlik ayrıcalıklı bir yere sahiptir ve bu konudaki hukuka aykırılıklar gerek Conseil d'Etat (CE., "Roubeau", 9 Mayıs 1913; CE., "Soc. La Grande Taverne", 13 Ocak 1932) ve gerekse Anayasa Konseyi (CC., 18 Eylül 1986, 86/217) tarafından ancak istisna olarak tespit edilmiştir.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı da ortak tarım politikası açısından uyguladığı eşitlik prensibi bakımından oldukça ilginç ve önemli bir saptamada bulunmuştur. Buna göre: "eşitlik prensibi, eşit statülere farklı uygulama; farklı sta-



tülere de eşit uygulama yapılmamasını emreder; ancak, söz konusu uygulamalarda objektif davranılmalıdır" (87).

Mülkiyet hakkı, Bildirgenin 2. maddesinde "kişinin doğal ve vazgeçilmez haklarından" biri olarak nitelendirilirken; 17. maddede mülkiyetin kutsal ve dokunulmaz bir hak olduğu belirtilmiştir. İçtihatlar da yaklaşık çözümleri benimsemiştir. Bu bağlamda, Anyasa Konseyi mülkiyet hakkının anayasa değerinde olduğunu vurgularken, bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılacağıni çeşitli kararlarında belirlemiştir (CC., 16 Ocak 1982, 81/132). Conseil d'Etat da aynı görüşü paylaşmaktadır (CE., "de Laboulaye", 28 Ekim 1960).

Ayrıca, her iki mahkeme de taşınmaz mallara müdahale konusunda adli yargıya düşen görevin önemini ayrı ayrı ve aynı doğrultuda vurgulamışlardır (CC., 13 Aralık 1985, 85/198; CE., "Fédération algérienne", 12 Şubat 1960).

Bildirgenin 7, 8 ve 9 uncu maddeleri ceza hukuku alanında çeşitli prensipleri düzenlemiştir. Bunlardan içtihatlarda en çok başvurulanı hiç şüphesiz 8. maddedeki "kanunkoyucu, ancak aşikar ve zorunlu cezaları ihdas edebilir ve hiçkimse suçun işlendiği tarihten sonra çıkartılmış kanunlar uyarınca cezalandırılmaz" prensibidir. Vedel, bu bağlamda, Conseil d'Etat'nın 12 Şubat 1960 tarihli (Société Eky) kararı (88) hakkında yazmış olduğu görüşünde, Bildirgedeki hükümlerin "suç ve cezalar arasındaki ölçülülük", "suç ve cezaların hukukiliği", "ceza kanunlarının geriye yürümezliği", "kanuni usuller içinde suçlunun hakları" şeklinde dört prensibi ortaya koyduğunu belirtmiştir. Vedel'in yapmış olduğu bu analiz Anayasa Konseyinin bir içtihadında tamamen benimsemiştir (CC., 17 Ocak 1989, 88/248; 35 inci gerekçe) (89). Anayasa yargıcı için, suç ve cezaların hukukiliği prensibi, yasakoyucuya "kanunların ne şekilde ihlâl edilmiş sayılacağını somut biçimde ve açık terimlerle ifade etme" zorunluluğunu yüklemektedir (90). Conseil d'Etat yargıcı da bu bakımdan aynı tutumu benimsemektedir (CE., "Syndicat national des producteurs...", 27 Mayıs 1987).

Bildirgenin 8. maddesindeki "cezaların gerekliliği" prensibi, Anayasa Konseyi'nin, meydana gelen ihlâl ile getirilen ceza arasındaki ölçülülüğü gözönüne almasına yol açmaktadır (CC., 30 Aralık 1987, 87/237). Conseil d'Etat da

(87) Bkz. CJCE., 13 décembre 1984, aff. 106/83.

(88) Cf. JCP 1960 II-11. 629 bis.

(89) Anayasa Konseyi'ne göre, Bildirgenin 8. maddesi çerçevesinde, bir ceza ancak "suç ve cezaların kanuniliği", "cezaların gerekliliği", "ceza kanunlarının geriye yürümezliği" ve "savunma haklarına saygılı olma" prensipleri gözönüne alınarak ihdas edilebilir.

(90) Anayasa yargıcının 8. maddeyi uygulaması, maddeyi kaleme alan Bildirge yazarlarının istenç ve niyetleri ile ahenk içindedir. Bu konudaki belirlemeler için bkz. Gondouin, "Le Conseil Constitutionnel et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789", thèse, Grenoble, Janvier 1989, p. 433.



disiplin hukuku açısından, işlenen kusur ile uygulanan yaptırım arasında ölçülü davranılması gereğini kabul etmektedir (CE., 9 Haziran 1978).

Suçların önlenmesi konusundaki kanunların geriye yürümezliği ilkesinin, ciddi polisiye önlemler açısından uygulanamayacağı hem Anayasa Konseyi (CC., 9 Ocak 1980, 79/109) hem de Conseil d'Etat (CE., "Elfenzi", 20 Ocak 1988) tarafından kabul edilmekte; buna karşılık, daha geniş içerikteki suçları önleyici kanunların geriye yürümeyeceği ise yine her iki Yüksek Konsey tarafından benimsenmektedir (CC., 19-20 Ocak 1981, 80/127; CE., "Dame Ruffenach" 23 Temmuz 1976; CE., "de Grailly", 9 Aralık 1977).

Anayasa Konseyi, ayrıca 8. maddedeki prensibin ceza niteliği taşıyan her türlü yaptırım bakımından uygulanması (30 Aralık 1987, 87/237) ve cezaların kanuniliği prensibinin, idarî önlemlerin özelliğine de uyarlanması (CC., 17 Ocak 1988, 88/248) gerekliliğini de vurgulamıştır ki, bu da yine Conseil d'Etat içtihatları ile aynı doğrultuda bir çözümdür (Bkz. R. Odent, Contentieux Administratif", sf. 2142).

Öte yandan, aynı şeyi Bildirgedeki diğer tüm prensipler bakımından da söylemek mümkündür. Özellikle, kuvvetler ayrılığı prensibi, Anayasa Konseyi tarafından "anayasa değerinde" kabul edilirken (23 Mayıs 1979, 79/104), Conseil d'Etat da söz konusu prensibi uygulayarak, bir yandan idarî makamların adlî makamların görev alanına tecavüz etmelerini yasaklamış (CE., "Champsavoire", 11.12.1942), diğer yandan ise, iki yargı düzeninin yetkilerinin ancak yasal düzenlemeler ile değiştirilebileceğini belirlemiştir (CE., "Association nationale de la meunerie", 30 Mart 1962; ayrıca, CC., 20 Şubat 1987, 87/149).

Anayasa yargısı ve idarî yargı arasındaki içtihat birliği, sadece Bildirgede temelini bulan hakların güvence altına alınması bakımından değil, ayrıca güvence altına alınan bu haklar arasındaki maddi hiyerarşi açısından da kendini göstermektedir. Formel hukuk düzeninin ortaya koyduğu kriterlere göre şekillenen hukuki işlemler hiyerarşisi çerçevesinde, Haklar Bildirgesinin de anayasa değerindeki diğer kural ve prensiplerle aynı değerde olduğunu belirtmek gerekir. Ancak, gerçek ise biraz farklıdır ve Bildirgede yer alan hakların tamamının aynı derecede güvence altına alındığını söylemek güçtür. Nitekim, kamu özgürlükleri bakımından durum böyledir<sup>(91)</sup>.

Hiyerarşinin varlığı birçok unsuru içermektedir. Öyle ki, uygulamada gözönüne alınan prensibin genel ya da istisnai bir özellik taşıyıp taşımadığı, denge

(91) Kamu özgürlükleri hakkındaki hiyerarşinin varlığı için bkz. concl. Michel sur CE., 19 Mai 1933, Benjamin, S. 1934. 3. 1 et P. Braud, La notion de liberté publique en droit français, p. 436.



unsuru oluşturup oluşturmadığı ya da bu prensibin yargı yerlerince yapılan denetimin etkinliği üzerindeki rolü, hep hiyerarşi derecesinin belirlenmesi açısından değer taşımaktadır.

Haklar Bildirgesinden kaynağını alan çeşitli özgürlükler arasında en çok ve en iyi korunanlar kişi özgürlüğü, düşünce ve vicdan özgürlüğü ile basın özgürlüğüdür.

Kişi özgürlüğü hakkında 1958 Anayasasının 66. maddesinde yer alan hükümler çerçevesinde adli yargının yetkisi de belirlenerek önemli bir koruma öngörülmüştür. Düşünce ve vicdan özgürlüğü ise, tarihi süreç içinde birçok yasal düzenleme ile güvence altına alınmış (22 Nisan 1905 tarihli kanunun 1. maddesi) ve ayrıca kamu görevleri konusunda Conseil d'Etat içtihatları da söz konusu güvenceyi pekiştirmiştir. Bildirgenin 11. maddesinde düzenlenen basın özgürlüğü de 29 Temmuz 1881 tarihli kanun hükümleri sayesinde somut bir içeriğe kavuşmuştur.

Buna karşılık, diğer özgürlüklere daha az bir güvence tanınmaktadır. Girişim özgürlüğü, anayasal değer taşımaya rağmen (CC., 16 Ocak 1982, 81/132) mutlak ve genel bir nitelikte değildir ve "kanunlarla getirilen düzenlemeler çerçevesinde uygulanır" (CC., 16 Ocak 1986, 85/200). 27 Aralık 1973 tarihli kanunla bu özgürlüğe yapılan yollama idarî yargı içtihatlarında ancak sınırlı bir yanıt bulabilmiştir (CE., "Société Adour", 27 Haziran 1979). Aynı belirlemeler, ticaret ve sanayi özgürlüğü bakımından da yapılabilir (CE., "Daudignac", 22 Haziran 1951).

Aynı şekilde, Bildirgenin 11. maddesindeki "düşünceleri açıklama ve yayma özgürlüğü" ile "basın ve odyovizüel iletişim özgürlüğü"nin aynı içerikte olmadıkları son derece açıktır. Birinci halde, "önceden izin alma" şeklinde bir hukuki rejimin ihdas edilmesi mümkün değilken (CC., 10 ve 11 Ekim 1984, 84/181); ikinci halde, bir yandan sosyo-kültürel yaklaşımların çoğulcu niteliği ile başkalarının özgürlüğüne saygı ve kamu düzeninin korunması amacı, diğer yandan ise bu tür iletişim yöntemlerine özgü tekniklerin güçlüğü, yasakoyucuya, basın ve odyovizüel iletişim özgürlüğünün kullanılmasında uzlaştırıcı bir görev yüklemektedir (CC., 27 Temmuz 1982, 82/141) <sup>(92)</sup>.

Belirtmek gerekir ki, yasakoyucu anayasa değerindeki kural ve prensiplerin amaçları doğrultusunda, Anayasada öngörülen özgürlüklerin kısıtlanması

(92) "Ne kadar hukuki olursa olsun, kişilerin özgürlükleri sınırsız bir içeriğe sahip değildir, aksine, bunun iki gerekli sınırı bulunmaktadır: başkalarının haklarına saygı ve kamu düzeninin korunması" (Bkz. A. Esmein, "Eléments de Droit Constitutionnel français et comparé", T. I, 8<sup>ème</sup> éd, 1927, p. 600).



yoluna gidebilir. Bu çerçevede, bir yandan kamu düzeninin korunmasına yapılan referans Conseil d'Etat'nın kamu özgürlüklerinin kullanılması ile idarî zabıtanın yetkileri konusundaki içtihatlarını çağrıştırmakta; diğer yandan böyle bir yaklaşım, anayasal değerdeki prensiplerin amaçları ile Avrupa Topluluklarınca izlenen kamu yararı amacı arasında söz konusu olmaktadır. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'na göre, temel haklar, mutlak imtiyazlar gibi ortaya çıkar. Her üye ülkenin Anayasa Hukukunda olduğu gibi, temel haklar, korunan faaliyetler ile bu faaliyetlerin amaçlarının sosyal fonksiyonu itibarıyla ele alınmak gerekir. Sonuç olarak, bu haklar -özlerine dokunmamak koşuluyla- Avrupa Toplulukları tarafından güdülen kamu yararı amaçları doğrultusunda sınırlandırılabilir (CJCE., 14 Mayıs 1974, aff. 4/73, sf. 508).

Bildirgede yer alan özgürlükler hakkında yapılan bu saptamalar, eşitlik prensibi açısından da geçerlidir. Rivero, bu ilkeye kamu hukukunun yaklaşımını şu şekilde ortaya koymaktadır: "kamu hukuku, genel olarak bazı alanlarda eşitlik ilkesine sadık bir tavır içindedir; örneğin seçim hukuku ya da personel hukuku alanlarında olduğu gibi, Ancak, bazı alanlarda ise çeşitli kategoriler halinde, somut eşitlik arayışları eğilimi göstermektedir. Eğer, söz konusu olan soyut insan ise, birinci tavır üstün gelmektedir; yok eğer, İdare belirli bir insan kümesi (aile reisi, üretici, hemşehri gibi) ile karşı karşıya ise ikinci tavır egemen olmaktadır" (93).

Hiç şüphesiz ki, yargıç, soyut insan kümeleri karşısında -eğer uygulanabiliyorsa- eşitlik ilkesini üstün tutabilmektedir. Nitekim, adalet önünde eşitlik (CC., 23 Temmuz 1975, 75/56; CE., "Ah Won et Butin", 22 Ocak 1982) ve kamu görevlerine girişte eşitlik (CE., "Barel", 28 Mayıs 1954; CE., "Huet", 14 Aralık 1981) bu niteliktedir. Buna karşılık, malî konularda ve daha genel olarak sosyal ve ekonomik alanlarda, yargıcın eşitlik ilkesini uygulaması daha güçleşmektedir.

Mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin içtihatlar ise, bu hakkın kullanılmasının sınırlandırıldığı (kamulaştırma ve devletleştirme gibi) durumlarda gündeme gelmiş ve gelişmiştir.

1789 Bildirgesinde yer alan haklardan ceza hukuku alanına ilişkin olanlar en çok korunan haklardır. bu alanda getirilen prensipler, pozitif hukuk düzenimizdeki en belirgin ve en az istisna öngörülen prensiplerdir. Üstelik, bu bağlamda Bildirgenin 8. maddesi ile düzenlenen prensipler, Cumhuriyet kanunla-

(93) Cf. J. Rivero, Rapports sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français, Travaux de l'Association H. Capitant, T. XIV, p. 351.



rında belirlenen temel prensipler arasında yer almıştır. Buradan hareketle, savunma hakkı, hukukun genel prensibi olarak nitelendirilmiş (CE., "Canal", 19 Ekim 1962); temel özgürlükler ve insan haklarının korunmasına ilişkin Anlaşmanın 6. ve 7. maddelerinin uygulanması da bu çerçevede değerlendirilmiştir (Cass. Crim. 5 Aralık 1978).

Öte yandan, gerek Anayasa Konseyi ve gerekse Conseil d'Etat, 1789 Bildirgesinde güvence altına alınan hakların içeriğinin güncelleştirilmesi bakımından da aynı doğrultuda hareket etmektedirler.

Bildirgede yer alan prensipleri uygulama olanağı bulduğu her defasında, Anayasa Konseyi, bu prensipleri çağdaş gerçekler çerçevesinde ele almakta tereddüt etmemektedir. Hatta, böylelikle, Bildirgenin içeriği güncelleşmekte ve pozitif hukukumuz zenginleşmektedir ki, bu tutum diğer birçok ülkenin Anayasasında kendini göstermektedir.

Bu konuda en dikkat çekici örnek Haklar Bildirgesinin 11. maddesidir. Düşünce ve fikirleri serbestçe yayma ve açıklama özgürlüğünü düzenleyen bu madde çerçevesinde, Anayasa Konseyi, "basın teşebbüslerinin malî saydamlığı" ve "günlük genel ve siyasal haberlerin çokyanlılığı" prensiplerinin anayasa değerinde olduklarını vurgulamaktan çekinmemiştir (CC., 11 Ekim 1984, 84/181).

Belirtelim ki, basın teşebbüslerinin malî saydamlığı ilkesi, Yunanistan Anayasası'nda emredici bir hüküm olarak yer almıştır (11 Haziran 1975 tarihli Anayasanın 14. maddesinin 9. paragrafı).

Aynı şekilde vergi kaçakçılığı ile mücadele konusunda da Anayasa Konseyi, Bildirgenin 13. maddesinde belirtilen "vergi bakımından eşitlik" ilkesini uygulamıştır (CC., 29 Aralık 1983, 83/164). Bu ilke İtalya Anayasasında emredici bir hüküm olarak düzenlenmiştir (27 Aralık 1947 tarihli Anayasanın 14. maddesinin 3. fıkrası).

Yine, bildirgenin 13. maddesinden türetilen "kamu külfetleri önünde eşitlik" ilkesi uyarınca Anayasa Konseyi, "Hazineye ait teşebbüslerin gerçek değerlerinin altında bir fiyata devredilemeyeceği" kuralını getirmiştir<sup>(94)</sup>. Aynı kural, 24 Mayıs 1949 tarihli kanundan sonra, Federal Almanya'da Anayasa Mahkemesinin 17 Mayıs 1961 tarihli kararı ile benimsenmiştir.

Bu bağlamda Conseil d'Etat içtihatlarına baktığımızda ise benzer durumla karşılaşırız. 1789 Bildirgesini güncel ve çağdaş bir yöntemle okuma uğraşında

(94) Bkz. Anayasa Konseyi'nin 86/207 sayı ve 25-26 Haziran 1986 tarihli kararı.



olan Conseil d'Etat'nın bu tutumu, özellikle eşitlik prensibi açısından net bir biçimde ortaya çıkar. Nitekim, Yüksek Mahkeme, sosyal düzenin öngördüğü amaçlar doğrultusunda eşitlik ilkesine çağdaş bir yorum getirmiştir (CE., "Ville de Nanterre", 20 Kasım 1964).

Mülkiyet hakkına ilişkin olarak da Conseil d'Etat, oldukça yeni bir yaklaşımla, kamulaştırma işlemlerindeki kamu yararı kararı bakımından İdarenin bir fayda-zarar analizi yapmak zorunda olduğunu vurgulamıştır (CE., "Ville nouvelle de Lille-est", 28 Mayıs 1971). Son yıllarda ise, bir yandan Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi (TC., "Alsace et autres", 9. 6. 1986) diğer yandan da Conseil d'Etat (CE., "Peltier", 8 Nisan 1987), 1789 Bildirgesinde yer alan "seyahat özgürlüğü" ilkesinin bir sonucu olarak, her vatandaşın ülke topraklarını dilediği zaman terketme hakkına sahip olduğunu vurgulamışlardır. İşte, bu açıdan, temel özgürlükler ile İnsan Haklarını Koruma anlaşmasının 4 No'lu protokolünün, "herkes, kendi ülkesi de dahil olmak üzere, her ülkeyi dilediği zaman terketmek hakkına sahiptir" şeklindeki hükmünün (md. 2/2) giderek Haklar Bildirgesinin takipçisi olduğu ileri sürülebilir.

### S o n u ç

Tüm bu gelişmeler ışığında, 26 Ağustos 1789 tarihli İnsan ve Yurtaş Hakları Bildirgesi'nin halen pozitif hukukumuzda çok önemli bir yeri bulunduğunu belirtmek gerekir. Nitekim, Bildirge, hukukun genel prensipleri teorisinin oluşmasında idare yargıcına çıkış noktalarını göstermiş; aynı şekilde yasakoyucu karşısında bireysel hak ve özgürlüklerin korunmasının sağlanması fikrini yerleştirmek bakımından da anayasa yargıcına yardımcı olmuştur. Vedel'in de belirttiği gibi, Bildirge'ye yapılan referans, her zaman yargıcın en güvenilir kozunu oluşturmuştur<sup>(95)</sup>.

1789 Bildirgesinin iç hukuk düzeninde üstlendiği pozitif rolün önemini abartmaksızın kabul etmek gerekir. Bildirge tek başına ne hukukun genel prensiplerinin ne de anayasa değerindeki prensiplerin özetleyicisi konumundadır. 1789 metninden etkileşim, metnin içerdiği toplu koşullardan soyutlanamaz; öyle ki, bu koşullar bizzat yasakoyucu tarafından "prensip" olarak somutlaştırılmıştır. Zaten, 1789 metni yazarlarının dileği de kanunla Bildirgede yer alan haklara gerçek bir içerik kazandırma yolunun açılmasıdır.

(95) G. Vedel, "Le Conseil Constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme", Pouvoirs No: 45, p. 149.



Karşılaştırmalı hukuktan alınacak ders hiç şüphesiz ki, Bildirgenin katı, değişmez ve yegâne gerçeklerden oluşmadığıdır. Nitekim, Fransa ile karşılaştırılabilecek ülkelerde, temel haklar bizzat kurucular tarafından ve 1789 metnine oranla çok daha güncel bir biçimde ve tam olarak belirlenmiştir ki, İtalyan Anayasasının ilk 54 maddesi, 1949 Federal Almanya ve İspanya Anayasaları bu niteliktedir.

İnsan Haklarının korunmasına ilişkin uluslararası taahhütler ve özellikle de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile bunun protokolleri, çeşitli yeni hak ve özgürlükler öngörmüşlerdir ki, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çeşitli içtihatlarla bu yaklaşımı desteklemişlerdir. Bu açıdan, Strasbourg Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni, günümüzün demokratik devletlerinde egemen olan yaklaşımların ışığında ele alınıp değerlendirilmesi gereken somut bir belge olarak nitelendirmektedir<sup>(96)</sup>.

Avrupa Toplulukları hukuk düzeninde, Topluluk bünyesindeki hukukun genel prensiplerinin gelişmesi sayesinde temel hakların korunması süreci de hızlanmıştır. Belirtmek gerekir ki, Topluluk bünyesindeki "hukukun genel prensipleri" tamamen Conseil d'Etat içtihatlarından esinlenerek oluşturulmuştur<sup>(97)</sup>.

Sonuç olarak, gerek Conseil d'Etat ve gerekse Anayasa Konseyi içtihatlarında, Bildirgede yer alan prensiplerin vurgulanması; insan haklarının korunmasına yönelik uluslararası faaliyetlerin, Fransız hukukçusu tarafından ihmal edilmesine yol açmamalıdır. Bu konudaki gelişmeleri izlememek, ulusal hukuk açısından önemli bir zenginlikten yoksun kalmak sonucunu doğuracak bir yanılgıdır.

(96) M. A. Eissen, "La Cour européenne des droit de l'homme", RDP. 1986, p. 1586 et G. Cohen-Jonathan, "La Convention européenne des droits de l'homme, Economica, 1988, p. 198.

(97) Les conclusions de l'avocat général M. Lagrange sur CJCE, 15 juillet 1960, Rec. p. 890.