

## 1789 BEYANNAMESİNİN GÜNCELLEŞTİRİLMİŞ ANLAMİ\*

François LUCHAİRE\*\*

Çev. Aydın GÜLAN\*\*\*

1 / Bilhassa ondokuzuncu yüzyıl boyunca 26 Ağustos 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi dalkavuklar, dışında pek bir şeye sahip olmadı. Oysa, Taine "Bildirgenin bütün maddeleri insanlığa yöneltilmiş hançerlerdir ve saplanması için ufak bir dokunuş yeterlidir" <sup>(1)</sup> demekte ve eklemekteydi: "maddelerin çoğu soyut dogmalardan başka bir şey değildir, metafizik tanımlamalardır, az veya çok edebi aksiyomlardır, bu da demektir ki az yada çok hatalıdır; kimi zaman muğlak ve kimi zaman çelişkili, birçok anlama çekilmeye ve zıt yorumlara müsaitdir; şatafatlı nutuklar için ideal fakat gerçekçi kullanışlar için elverişsizdir; Anayasanın vitrinine süslenip konulmuş, yararsız ve rahatsız edici, basit bir dekor, şatafatlı bir tabela olup haşin ellerce hergün oynandığından çok geçmeden altından geçenlerin başına düşecektir".

Taine işi alaya da dökmektedir: Birinci madde ilk cümlesi ile eşitlik ilkesini belirterek kalıtımsal monarşiyi hukuka aykırı ilan ederken; ikinci cümlesinde kamu yararı gerekçeli istisnalara izin vermesi ile bunu meşrulaştırmaktadır; Beyannamenin 10. ve 11. maddelerinde düşünceyi açıklama, basın ve din hürriyetleri düzenlendiği halde; bu maddeler dikkatlice okunduğunda görüleceği üzere, bunlara dayanılarak dini cemaatlerin, düşünce ve basının en baskıcı rejimler altına konulabileceği görülür. Aynı şekilde :

- Beyanname; özgürlüğü, "başkasına zarar vermiyen herşeyi yapabilme" (madde 4) olarak tanımlamasıyla tüccarlar arasındaki tüm rekabeti veya bir ücretliyi işten çıkarmayı da yasaklanmış olmaktadır.

(\*) In Conseil Constitutionnel. La declaration des droit de l'homme et du citoyen et la jurisprudence. Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil Constitutionnel, P.U.F., col. Recherches politiques, Paris 1989, 259 sahife.

(\*\*) Paris (I) Üniversitesi emekli Rektörü ve Fransız Anayasa Şurası (Conseil Constitutionnel) eski üyesi.

(\*\*\*) Aydın Gülan İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisidir.

(1) Les Origines de la France contemporaine: la Revolution, t. 1, p. 275 (6e ed. Hachette, 1878).

- Millet iradesini temsil ettiğini belirttiği Yasamaya çeşitli ödevler ibram eden (mesela 6, 8, 13. maddeler) Beyanname, millet egemenliği ilkesine (madde 3) kendi karşı çıkmış olmaktadır.

- Zulme karşı direnişe davet eden Beyanname (madde 2), diğer yandan baskıcı olsa da kanuna karşı direnişi mahkum etmektedir (madde 7).

2 / Taine'in görüşleri XIX. yüzyılın tutucu akımının tipik örneğidir; bu yüzden sosyalist bir tarihçi ve gerçek bir anti-Taine'ci <sup>(2)</sup> olan Jean-Jaures'in, "Tarih, içeriğini ve anlamını değiştirdikçe, proleter devrimin formülü haline gelecektir" diyerek Beyannamenin savunmasını yapmasına şaşımamak gerekir.

Kuşkusuz ona göre "burjuvanın metafizikçileri" "burjuva türü mülkiyeti dokunulmaz doğal haklar" arasına sokuşturmayı başarmışlardı ancak bir gün gelecek "proletarya burjuva devrimi ile açıklanan insanların doğal hakları ile sosyal ilişkileri arasındaki çarpıcı karşıtlığı görecektir; (...) Sosyal bir devlet mülkiyet haklarını güvenceye almadıkça proleterlerin özgürlüklerinin ve serbest iradelerinin kullanımını nasıl güvence altına alabilir" <sup>(3)</sup>. Bir başka deyişle 1789 Beyannamesi'nde ifadesini bulan burjuva devrimi, içinde sosyalizmin tohumlarını da içermektedir; bu sayede geçtiğimiz asrın muhafazakarlarının çekinceleri daha iyi anlaşılır.

3 / Günümüzde durum değişmiştir: Beyannameye tamamen tutunan muhafazakârlardır, çünkü onda bir dereceye kadar ekonomik liberalizmin ve tabii mülkiyet hakkının korunmasını görmektedirler; ilericiler aynı gerekçeye biraz tereddütle katılmakta ama, sadece Jaures'nin analizi sebebiyle değil fakat Beyannamenin insanlığın ilerleme tarihinin önemli bir anı olması nedeniyle, çok azı dışında, bu hayranlığa iştirak etmektedir.

Oysa Taine'in temel eleştirisi bir başka alanda ortaya çıkmaktadır: Beyanname, Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu gibi "oylanarak kabul edilmiş, yürürlüğe girmiş kanunu iptal için" bir yüksek mahkeme öngörmemiştir, ayrıca "Yorumlanmalarını, uygulanmalarını ve müeyyidelerini göstermeden çelişkili ve tanım yapılmamış haklar ilan etmiştir".

4 / Ancak bu eleştiri geçersiz hale gelmiştir: Conseil d'Etat'nın idari işlemler hakkındaki içtihatları ve özellikle Conseil Constitutionnel'in kanunlar hakkında olanları Taine'in söylediği müeyyide ve yorum yetkisini getirmiştir. Eğer Taine günümüzde yargıçların yorum konusundaki bilgeliklerini görseydi

(2) *Sosyalist Tarih* isimli eserinin birinci cildi (orijinal baskısı 1902 de Cloitre Saint-Honore'de basılmıştır) Taine'in eserine sert eleştirilerle doludur.

(3) *Ibid.* s. 303.

mutlaka eleştirilerini yumuşatırdı. Öyleyse Raymond Janot'nun Anayasal Danışma Kurulunda ortaya attığı soruya nasıl cevap vermek gerekir: "1789 da yazılmış kuralların XX. yüzyılda normatif bir değer taşıdıklarına, günümüz toplum yapısına cevap verdiklerine gerçekten inanıyorsunuz?"<sup>(4)</sup>

Gerçekten de, Anayasa yargıçları Beyannameye güncel bir anlam vermişlerdir ancak 1789 daki insanların iradelerine uymuşlar mıdır yoksa tersine onların fikirlerine ihanet mi etmişlerdir?

5 / Öncelikle ihanet etme hakları var mıdır diye sorulması gerekmez mi? Kuşkusuz evet; fakat bu sorunun cevabının bir faydası yoktur, çünkü Conseil d'Etat ve Conseil Constitutionnel'in kararları kesin hüküm kuvvetindedir ve özellikle ikincileri "tüm kamu kuruluşlarını ile idari ve yargısal makamları bağlar" (Anayasa madde 62)<sup>(5)</sup>.

Evet yargıç Beyanname yazarlarının düşüncelerinden ayrılabilir, ayrılmasıdır da. Gerçi daha çok Anayasa koyucuya iki yüzyıl önceki kuralları çağdaş hayatın şartlarına uyarlamak düşer, ama yapmadığında elbette yargıç onun yerine yapmalıdır. Bu açıdan bir metin ne kadar eski ise hakime o kadar yorum özgürlüğü tanınmalıdır ve bu da Raymond Janot'ya cevaptır.

6 / Bu yorum özgürlüğü 1789 Beyannamesi kimi zaman soyut kimi zaman somut olduğu için<sup>(6)</sup> daha fazladır. Somut bir metindir, çünkü ihtilalciler insan tabiatına zıt gördükleri uygulamalara açık bir surette son vermek istemişlerdir: Keyfi mahkumiyet yasağı (madde 7) hükümdar emirnamelerine karşıdır; eşitlik prensibi (madde 1 ve 6) her cins imtiyazın kaldırılmasıdır; verginin herkesin gücüne göre yasal bölüşümü (madde 13) kafa başına vergi yerine orantılı verginin genelleştirilmesi ve tüm muafiyetlerin kaldırılmasıdır. İnanç özgürlüğü (madde 11) La Barre şövalyesinin işkencelerini ve Calas olayını anımsatmaktadır. Suçsuzluk karinesi (madde 9) daha önce kaldırılmış olan işkenceyi, basın özgürlüğü sansürü düşündürmektedir gibi.

Bu istismarlar Eski Rejimde geçerli idi, artık günümüzde yoklar veya en azında kanunlarda ve düzenleyici işlemlerde görülüyorlar. Öyleyse yargıcın ihtilalcilerin düşünmedikleri anlamları Beyannameye verme gücü olması yerindedir.

(4) Documents servant à l'histoire de l'élaboration de la Constitution, t. I, s. 254.

(5) Fakat bir yargı kararını yorumlayan hukukçu ne bir idari makamdır ne de bir yargı makamı. Bilebildiğim kadarıyla hiçbir hukukçuya yargı kararını gözden düşürmeyi tecziye eden Ceza Kanununun 226. maddesi uygulanmamıştır.

(6) Julien Laferriere, Anayasa Hukuku kitabına Beyannamenin soyut olduğundan bahsederek başlamaktadır (s. 57), sonra takip eden sayfada tam anlamıyla somut hükümler olduğunu söylemektedir, çünkü mahkum etmekte, kaldırmaktadır. Birincisi günümüz için doğrudur, ikinci söylediği ise 1789 için.

7 / Aynı gerekçe ile Beyanname günümüzde soyut bir metin olarak görünmektedir. Yargıcın somut olayları düzenleyen kanunlar gibi müeyyidesi ile birlikte uygulaması sözkonusu değildir.

Bu şartlar altında, Beyannamenin güncel okunuşunda nelerin yazarlarının arzusu doğrultusunda kalmış olduğunu nelerin ise zamanımızda eklenmiş olduğunu araştırmak doğaldır.

8 / CC. (Conseil Constitutionnel) Beyannamenin maddelerinin tamamına yakınına uygulamak imkanı bulmuştur. Her biri başlı başına ihtilal insanların yapabileceği yorum ile Anayasa yargıçlarının yaptıkları yorumlar bakımından bir karşılaştırmaya konu olabilirler.

Ben burada en dikkate değer olanlarının altını çizmek istiyorum. C.C. hiç şüphesiz Beyannamenin vazih hükümlerini 1789 ruhu içinde uygulamıştır; Mesela ceza hukukundaki kanunların geriye yürümezliği prensibi bakımından böyle olduğu gibi aynı prensibi bütün yaptırım uygulanan alanlara da yapmıştır<sup>(7)</sup>. Mali alanda yaptırımın yargısal olmayan bir makam<sup>(8)</sup> tarafından uygulanmasında bu ilke hep daha yumuşak bir geriye yürürlüğü telkin ederek<sup>(9)</sup> uygulanmıştır. Ancak ceza alanında kanunların geriye yürümezliği ilkesi gibi vazih düzenlemeler Beyannamede pek seyrekler.

Diğer alanlarda sınırlayıcı olmayacak şu gözlemler yapılabilir: Gizlenmiş bir hak, güvenlik hakkı; sınırlandırılmış bir hak, özgürlük; tersine çevrilmiş bir hak, eşitlik; özellikle vergi yüzünden, budanmış bir hak, mülkiyet ve bütün bunların üstüne oldukça sübjektif, zıtlıkların uzlaştırılması arayışı bulunmaktadır.

### I. Gizli Kalmış Bir Hak : Güvenlik

9 / C.C., hiç bir zaman, Beyannamenin 2. maddesinde "insanların vazgeçilmez ve doğal hakları"<sup>(10)</sup> başlığı altında, özgürlük hakkı ile aynı yerde bahsi geçen güvenlik hakkına açıkça dayanmamıştır.

Gerçekten de "güvenlik" kelimesi, üç değişik biçimde okunabilir, kuşkusuz bugün bu sayı artırılabilir; ama kısaca söylemek gerekirse çelişkiler doludur.

(7) 25 ve 26 Haziran 1986, s. 61. (Makalenin orijinalinde bu tarih ve sayfa atıflarının hangi esere ait olduğu belirtilmemiştir. Her yıla ait "Receuil" lere olsa gerektir.)

(8) 30 Aralık 1982, s. 28 ve 29 Aralık 1986, s. 184.

(9) 19 ve 20 Ocak 1981, s. 15.

(10) C.C. güvenlik hakkına, sadece mülkiyet hakkının bu 2. maddede özgürlük, güvenlik ve baskıya karşı direnme ile birlikte yer aldığını belirtmek amacıyla değinmiştir (16 Ocak 1982, s. 18). 3 Eylül 1986 (s. 130) tarihli kararında bazı cezalar getiren "güvenlik dönemi"nin hukuki niteliğini sorgularken Beyannamenin 2. maddesine başvurmamıştır.

Grondine ve Montagnard'ların 1793 bildirgelerinde belirtildiği gibi ihtilalci okunuş; insanın, mallarının (veya mülkiyetlerinin) ve haklarının korunmasıdır. Bu birinci okunuş biçimi gereksiz görülebilir, çünkü kişinin korunması gibi (Beyannamenin 8, 9, 10 ve 12. maddeleri) daha vazih düzenlemeler de güvenliği sağlayabilirler. Bu düzenlemeler, uygulanması oldukça muğlak olan güvenlik ilkesine tercih edilebilmektedir. Ancak bu durum güvenlik hakkının Conseil'in özellikle koruyucu bir genişleme verdiği savunma haklarının arka planında yer almasına engel değildir. Güvenlik ilkesinin çağrıştırılması faydasız olmamıştır, çünkü bu gelişmeye metinsel bir dayanak getirmiştir.

10 / Fakat güvenlik ilkesi aynı zamanda hakların korunmasıdır. Noterler-ki kökeninde yakınma defterleri vardır- bu ilkeyi çok kullanırlar<sup>(11)</sup>.

Bu durum C.C.'ı cezai hükümler içermese dahi bütün geçmişe etkili yasalara karşı tavır almaya götürmüştür". Kamu hizmetinin daha ucuz ve sürekli yürütülebilmesi için gerekli"<sup>(12)</sup>, "yargı kamu hizmetinin sürekliliği ve iyi çalışması"<sup>(13)</sup> için veya mali adalet sağlamaya<sup>(14)</sup> ilişkin istisnaları terkettirebilmiştir.

Her alanda geriye yürümezlik ihtilalcilerin de verdiği anlamdır; Konvansiyon (Fransa'da 1792-1795 yıllarında Kurucu Meclis) yeni bir kanun ile 14 Temmuz 1789 tarihinden itibaren bütün veraset işlerini düzenlemek istemiştir (17 Nivose an II); fakat 3 vendemiaire de l'an IV tarihli kanun Beyannameye atıfta bulunarak bu geriye yürümeyi kaldırdı. Bu konudaki tereddütleri gidermek için 5 fructidor de l'an III "ne ceza ve ne de hukuk alanında hiç bir kanun geriye yürür olamaz" hükmünü koydu. Elbette bu, güvenlik ilkesinin bir uygulamasıdır. Portalis "Neredeki geriye yürürlük kabul görür orada değil güvenlik, gölgesi dahi bulunmaz" demektedir.

11 / Bu sonucu (anayasal bir amaç aksini doğrulamadıkça geriye yürümezliği) C.C. sadece geriye yürür değil aynı zamanda kazanılmış durumları da değiştiren, Basın işletmelerinin tek elde toplanmasını sınırlayan bir kanun (23 Ekim 1789) sebebiyle kabul etmiştir. C.C. kararında "bir kamu özgürlüğü ile ilgili müesseses durumlarda" yasa koyucu "geçerliliklerini tartışma konusu yapamaz" meğerki "takip edilen anayasal amaçların gerçekleşmesi için gerçekten gerekli olsun"<sup>(15)</sup> demektedir.

C.C. birden fazla yayın organını kontrol edebilen işletmeler bakımından eşitlik prensibini bir kenara bırakmıştır. Geriye yürür yasalar konusundaki ilke-

(11) Bu çok ileri götürülebilir, Lyon yakınma defterinde ticari yasalara aykırı davranış güvenlik ilkesine bağlanmıştır.

(12) 24 Temmuz 1789, s. 56.

(13) 26 Haziran 1789, s. 38.

(14) 29 Aralık 1789 tarihli iki karar s. 94 ve 107.

(15) Öğretim özgürlüğü ile ilgili 18 Ocak 1789 (s. 36) tarihli karara da bkz.

yi uygulamış olsaydı eşitliğe değil hukuki güvenliğe dayanması gerekirdi ve daha isabetli karar vermiş olurdu. Kanunlar az veya çok özgürlüğü sınırladığından, bunlardan herbiri için (özellikle mesleki faaliyetlerle ilgili olanlar için) bir sınırlamanın Anayasal bir amacın gerçekleşmesi bakımından gerekli olup olmadığını araştırmak gerekir. Bu da Pandor'un kutusunu açmak demektir. Bu yüzden hukuki güvenlik ilkesinin unutulması tercih edilir ve bir kanun yapmışsa diğer kanun onu bozabilir denir <sup>(16)</sup>.

12 / Hukuki güvenlik ilkesinin yeni bir anlamı XIX. yüzyılın başından itibaren, kamu güvenliği ile kamu düzeninin karıştırılması ile görülmeye başlanmıştır. Bu ilkeler özellikle 1848 Anayasasında Aile, çalışma ve mülkiyet ile birlikte cumhuriyetin temelleri arasında yer almıştır (Başlangıç 4. paragraf). Gerçekte hukuki güvenlik ilkesinin içeriği tam anlamıyla tersine çevrilmiş olmaktadır, çünkü kamu düzeni özgürlüklerin garantisi değil fakat sınırlama sebebidir. Bu ikinci anlamı kabul eden C.C., tutumunu "kamu düzeninin korunması özgürlüklerin icrası için gereklidir" <sup>(17)</sup> diyerek savunmaktadır. Bu gerekçe ile, oldukça kaba bir biçimde "aile hakları" (C.C. bunu 1946 Anayasasının Başlangıç bölümünün 10. paragrafından çıkarmıştır) karşısında yasamanın "kamu düzeninin gereklerini üstün tutabileceğini" <sup>(18)</sup> açıklamıştır. Fakat C.C. yine de hukuki güvenlik ilkesine atıfta bulunmaz, burada da unutmayı tercih eder. Belkide Joseph Prudhomme'un kılıcı gibi, özgürlüğü korumaya yarıyan ve gerektiğinde onun için savaştan bir ilkeyi kullanarak Beyannameye karşı saygısızlık etmekten korkmaktadır.

13 / Güvenlik ilkesinin üçüncü bir anlamı III. cumhuriyetin sonlarına damgasını vuran reformlar sırasında ilkelerin anayasallaştırılması arzusu ile ortaya çıktı. Hukuki güvenlik yaşam hakkını tehdit eden unsurlara karşı bir garanti haline gelmişti; Anayasanın Başlangıç kısmı, işi olmayan (p. 5) veya çalışma imkansızlığı içinde olanlara yaşamaları için yeterli imkanlar tanınması (p. 11), çalışma hayatında ve işde her türlü ayrımcılığın yasaklanması (p. 5), bireye ve aileye gelişmeleri için gerekli şartların tanınması (p. 10), sağlığın korunması, yiyeceğin, dinlenmenin ve günlük geçimin sağlanması (p. 11) ve ulusal felaketler karşısında Fransızların dayanışması (p. 12) nı açıklıyordu.

Elbette Başlangıç kısmı hukuki güvenlik ilkesini ileri sürmüyordu ama buna rağmen bu ilkelerin arka planında "zamanımızda özellikle gerekli" olarak yer alıyordu. C.C. bu ilkeleri sadık kalarak uyguladı. Garantileri ve önceki bir kanunun öngördüğü mali yardımı, benzer eşit garantiler veya mali yardımlara

(16) 27 Temmuz 1982, s. 52; 29 aralık 1983, s. 67; 8 Ağustos 1985, s. 63.

(17) 25 Ocak 1985, s. 43; ayrıca bkz. 27 Temmuz 1982, s. 48.

(18) 3 Eylül 1986, s. 135.

yer vermeden kaldıran bir kanuna, yükseköğretimde profesörlerin bağımsızlığı hakkında olduğu gibi diğer alanlarda da karşı tavır aldığı düşünülebilir.

Fakat burada da C.C. "hukuki güvenlik" tabirini kullanmamıştır; belki de Anayasa başlangıcının "hukuki güvenlik" gibi genel bir ilkeye başvurmayı gerektirmeyecek kadar açık olduğu ve yaşam hakkını tehditlere karşı koruyucu olduğu düşünülebilir.

14 / Gözlemlenebilir ki bütün kanunlar, ister özgürlükleri koruyucu olsun, isterse kamu yararı amaçlı sınırlayıcı, isterse de yaşam ve gelişim hakkını sağlamak için dayanışmayı düzenliyor olsun, az veya çok hukuki güvenliği ilgilendirir. "Hukuki güvenlik" ilkesi böylece C.C. için genel geçerli bir ilke haline gelmiştir; bu da gerektiğinde hemen bütün kanunlar için kullanılabilme demektir. Michel Traper'nin haklı olarak kanun alanının belirlenmesinde kullandığı gibi Beyannameyi yorumlayanlara hukuki güvenlik ilkesine istedikleri anlamı verme imkanı tanıyarak bu ilkeyi bir yana bırakmak daha yerindedir.

## II. Sınırlanmış Bir Hak : Özgürlük

15 / Beyannamenin 4. maddesi "Özgürlük başkasının kine engel olmayan (zarar vermeyen) her şeyi yapabilmektir" demektir. İşte lafzına göre uygulanamayacak tipik bir düzenleme de budur; yoksa sadece tüccarlar arası rekabeti veya bir işçinin işten atılmasını değil; grevi (kimseye zarar vermeyen bir grev var mıdır) veya motosiklet gürültülerini (ki faydalı olurdu) de yasaklamak gerekirdi <sup>(19)</sup>.

"Kanun sadece topluma zararlı eylemleri engelleme hakkına sahiptir" hükmünü içerdiği için 5. madde daha iyi kaleme alınmıştır denebilir, oysa ki kişilere zararlı olup da son tahlilde toplumu rahatsız etmeyen eylemler vardır. İyi ki, bir sonraki cümle kimse kanunun emrettikleri dışında bir şey yapmaya zorlayamaz diyerek eksikliği gidermiştir.

16 / Beyannamenin 4. maddesi her insanın doğal hakları (2. maddeye göre dokunulmaz) ile bunların kullanımı arasında ayırım yapmıştır. Çünkü kanun sınırlar tesbit edebilir, bunlar doğal hakkın özüne değil fakat kullanımına ilişkindir. Bununla beraber bu sınırların "toplumun diğer üyelerinin aynı hakları kullanmasına" yönelik olması gerektiğini belirtmektedir.

(19) Sonraki beyannameler iyiki bu eksikliği, başkasının **hakkına** zarar vermeyen herşeyi yapabilmektir, şekilde düzeltmişlerdir.

Fakat bir hak kullanılmadığında ne işe yarar? 1958 tarihli Anayasa 34. maddesinde bu ayırımı tekrar ele almış ve C. C., kanun özgürlükleri kısıtlayabilir, ama sadece kullanılmasını güvenceye almak gerekçesi ile sonucunu çıkarmıştır (27 Temmuz 1982, p. 48).

17 / Burada bir aldatmaca yok mudur? Beyannamenin lafzi bir yorumu halinde kuşkusuz vardır. Çünkü Britanya Parlamentosunun erkeği kadın yapmak dışında her şeyi yapabileceği gibi, Fransız devrimcilerinin de genel iradenin ifadesi olan kanunun (Beyanname madde 6) sınırsız millet egemenliğini ifade ettiğini kabul etmeleri sebebiyle başka türlü düşünülemezine göre o dönemde her şeyi yapabiliyordu.

Fakat günümüzde artık böyle değildir; C.C. "oylanmış, kabul edilmiş bir kanun... Anayasaya uygun olmak koşuluyla genel iradeyi ifade eder" <sup>(20)</sup> demektedir. Böylelikle özgürlük kelimesinin yeni bir anlamı daha belirlemektedir: Artık özgürlük Anayasaya uygun bir kanunun yasaklamadığı her şeyi yapabilme hakkıdır <sup>(21)</sup>. Bununla birlikte C.C., yasa koyucunun kesin ifadesi doğrultusunda burada olmayan bir özgürlüğü kabul etmiştir: Beyanname, özgürlük insanın doğal bir hakkıdır, demektedir. Bu da herkese en azından fertlerin çoğuna tanınmış bir yetki olmaktan çok bir özgürlük olarak kabul etmeye götürür; fakat kamu gücü tarafından belirlenmiş az sayıda insanlara tanınmış bir kullanma yetkisi olursa Beyannamedeki özgürlük olamaz.

18 / Oysa C.C. basın organları bakımından ön izin şartına bağlı bir sistemin özgürlükle bağdaşmadığını (10 ve 11 Ekim 1984, p. 110) açıkladıktan sonra kitle iletişim özgürlüğü ilkesinin ancak ön izin almış kişilerce yerine getirilebileceğini açıklamıştır.

Özgürlük kelimesinin bu yeni anlamı C.C.'a kitle iletişim programlarının rejimi ile Beyannamenin "düşüncelerin ve inançların serbest yayımı" ilkesini içeren 11. maddesi arasında ilgi kurmak imkanı vermektedir <sup>(22)</sup>. Açıktır ki yazarlarının düşünemeyeceği bir anlamdır bu. Günümüzde düşünülemez, çünkü 11. maddedeki bu iletişim özgürlüğü, "insanın en değerli haklarından biridir" öyleyse herkes içindir, üstelik madde "her yurttaş serbestçe konuşabilir, yazabilir ve basabilir" demektir.

(20) 23 Ağustos 1985, s. 70.

(21) Bu tanımın tam anlamıyla yerinde olabilmesi için kanunun yayımından önceki denetime, a posteriori bir denetimin de yani Anayasa Mahkemesi önüne diğer mahkemelerce def'i yoluyla gelebilecek Anayasa aykırılıklarının denetiminin de sağlanması gereklidir.

(22) 27 Temmuz 1982, s. 18.



Ümit edilir ki biraz özellik taşıyan bu özgürlük hakkındaki anlayış emsal teşkil etmesin. Çünkü bir özgürlüğün özel olarak izin verilmiş az sayıda insan tarafından kullanılabilmesi özgürlüğün kendisini de yadsımak demektir. Kitle iletişim rejimi için bir özgürlük ilkesi ile ilgi kurmadan çoğulculuk ve demokrasinin isterlerine uygun tarafsız yayını sağlamaya çalışmakla yetinmek daha tercih edilebilirdi (18 Eylül 1986, p. 141).

19 / Gerçekten bir özgürlükle karşı karşıya gelindiğinde, Beyannamenin güncel anlamında nereye kadar, kanunun özgürlüklerin kullanımını sınırlayabileceğini öğrenmek kalıyor. C.C. e göre özgürlük ancak bir anayasal amaç için sınırlanabilir. Ancak bu amaçlar (ya da sebepler) oldukça fazladır: Kamu hizmetinin devamlılığı<sup>(23)</sup> ile ilgili olabilirler veya sadece kamu hizmetinin isterleri ile<sup>(24)</sup>; aynı şekilde araştırma gerekleri, hukuka aykırılıkların cezalandırılması, vergi kaçakçılığı ile mücadele ve en genel biçimde kamu düzenini korumak da düşünülebilir ve işte burada hukuki güvenlik ilkesi incelenirken görülen aynı problemler ortaya çıkar.

20 / Ve nihayet oldukça geniş bir biçimde, kamu yararı özgürlüklerin kullanımını sınırlandırabilir. 3 Eylül 1986 (p. 135) tarihli kararında C.C., kamu yararını gözönünde bulundurmak ve özgürlüklerin kullanılma şartlarını belirlemenin yasa koyucuya düştüğüne karar vermiştir.

21 / Muhtemel sınırlamaların oldukça muğlak nitelikleri Anayasa yargıcına yasa koyucu tarafından tespit edilmiş sınırların gerekliliği konusunda en büyük değerlendirme (veya değerlendirmeme) özgürlüğünü tanımaktadır. Örneğin girişim özgürlüğü konusunda, bu özgürlüğü "ne genel ne de mutlak"<sup>(25)</sup> saymaktadır; üstelik ekonomik alanda yasa koyucu "kamu gücü tarafından gerekli sayılan müdahalelere" "ulusal yarar içinde" (27 Şubat 1967, p. 26), gereken "alanda" (18 Aralık 1964, p. 29) girişilebileceği (27 Kasım 1959, p. 71) kabul edilmekte ve C.C. bu müdahalelerin gerçekten gerekli olup olmadığını araştırmamaktadır. Kanun koyucu girişim özgürlüğüne "keyfi ve yetkisini kötüye kullanılarak kısıtlamalar" getiremez, Beyanname keyfi önlemleri yasaklamaktadır (Madde 7) Bu yüzden C. C. keyfilik veya kötüye kullanım olup olmadığını denetleyebilir.

Yine bir örnek olarak C.C.'e göre yasa koyucunun "kamu düzenini korumak için alacağı tedbirler bir özgürlüğün kullanılmasını güvencesini aşamaz". Böylelikle aşırılıklarını denetleme yetkisini elinde saklı tutmaktadır.

(23) 25 Temmuz 1979, s. 33, 30 aralık 1979, s. 39, 18 Eylül 1986, s. 141.

(24) 20 Ocak 1984, D. 1984, s. 249.

(25) Bkz. 19 ve 20 Ocak 1981, s. 15 ve 26 Ağustos 1986, s. 120.

Bir kanun bireysel bir özgürlüğe ilişkin ise bu özgürlük Anayasanın 66. maddesine göre yargı organlarının korumasında olduğundan çok daha net ve kesin karar verir, ama yine de oldukça genel formüller kullanılır. Mesela "Özgürlükleri sağlama ve kamu düzeninin sağlanması arasında gerekli dengeyi kurma kanun koyucuya aittir" (25 Ocak 1985, s. 43) der fakat dengede kamu düzeni lehine bir eşitsizliğin olup olmadığını denetleme yetkisini elinde tutar. C. C. İdarenin müdahale biçimleri konusunda ve özellikle yargı organlarının denetim imkanları bakımından hassas olduğunu göstermiştir<sup>(26)</sup>. Ona göre bu denetim "yeterli güvenceleri sağlamalıdır" (3 Eylül 1986, s. 135) ve gereklidir (29 Aralık 1983, s. 67).

22 / Özgürlük ilkesi-hukuki güvenlik gibi aşağı yukarı bütün kanunlarla ilgilidir. Daha önce görüldüğü gibi bu iki kavramın birbirini tamamladığı veya karşı karşıya kaldığı görüldüğünde şaşırılmamalıdır. Ancak C.C. güvenlik ilkesini unutmuş görünürken, elbetteki özgürlük ilkesine başvurmaktadır. Oysa ki özgürlüğün Anayasal sınırları güvenlik isterleri gibi oldukça muğlaktır; Beyannamenin güncel okunuşu böylelikle C.C.'e sınırların aşılıp aşılmadığı konusunda geniş bir denetleme veya denetlememe imkanı vermektedir. Kabul edilmelidir ki, C.C. bu gücünü ölçsüz kullanmamıştır. Bireysel bir özgürlük söz konusu olduğunda daha sıkı bir denetimin olması Beyanname sebebiyle değil fakat Anayasanın 66. maddesi nedeniyledir.

### III. Tersine Çevrilmiş Bir Hak : Eşitlik

23 / Anayasa Hukukunda birbirinden ayrılmaz eş prensipler vardır ki bunlar bazen birbirlerini tamamlar, çoğunlukla da ters düşerler. Özgürlük ve güvenlik ikilisini biraz önce gördük.

Aynı gözlem hukuki eşitlik ve olguda eşitlik arasında da yapılabilir. Burada bir çatışma olduğu takdirde bir önceki durumdan daha az vahim olduğu söylenebilir. Gerçi meşhur olan bir söze göre eşitlik tutkusu özgürlüğe olandan daha kuvvetlidir, çünkü özgürlükte insanlar eşit olmadığı takdirde kölelik geri çağrılmış sayılabilir. Düzen ve özgürlük mücadelesi devrimlerin temeli olmuştur; özgürlük birbirlerini izleyen sürekli krizlerle ilerlemiş veya gerilemiştir. Hukuki eşitlikten, olguda eşitliğe geçiş sürekli bir evrimi izler. Sonuçta C.C. kararlarının özgürlük ilkesine ilişkin olanlarda daha az polemik doğurması şaşırtıcı olmamalıdır.

(26) Bkz. 19 ve 20 Ocak 1981, s. 15 ve 26 Ağustos 1986, s. 120.

Bununla beraber çeşitli insan topluluklarını değişik hukuki statülerde düzenleyen kanunlar ve eşitsizlik yakınmaları çoğunlukla C.C. önünde ortaya çıkmaktadır. Burada da kanun tarafından oluşturulan veya saptanan hukuki statüler arasında hiç bir zaman tam bir benzerlik olmadığından her defasında C.C. geniş bir denetim yetkisi bulundurmaktadır. Eşitlik ilkesi nitelik değiştirme yolunda olduğu müddetçe bu böyle olacaktır.

1789'un insanları sadece hukuki eşitlik düşünmüşlerdi; sosyalist ekol şimdi, devrime hayranlık duyarken bundan üzüntü duyuyordur şüphesiz. Jaure's 1789 prensiplerinin de zorunlu olarak sosyalist eşitliğe yöneleceğini belirterek avunmaktadır.

24 / Günümüzde eşitlik prensibinin iki anlamı olduğu kuşkusuzdur: kanun koyucunun amacı ne olmalıdır? Haklarda eşitlik mi yoksa ödevlerde eşitlik mi? Bu halde kanun önünde veya kanunda eşitlik (l'egalite devant-ou dans-loi) söz konusu olacaktır. Ya olguda eşitlik? Bu durumda ise daha farklı olan kanun ile (par la loi) eşitlik söz konusudur. Birinci cevap Beyannamenin cevabıdır (Anayasa madde 2). Bir sosyal devlet eşitsizlikleri mümkün olduğu kadar silmek için, zenginden alıp fakire vermek için değilse ne içindir? Sosyal devlet<sup>(27)</sup> şekli eşitlikten uzaklaşmakta özde eşitliği aramaktadır.

Günümüz Anayasa Hukukumuzda durum nasıldır? Anayasa yargıcı eşitlik prensibini nasıl anlamaktadır?

25 / Genel olarak eşitlik ile vergide eşitlik arasında bir ayırım yapmak gerekir. C.C. benzer durumlar için benzer kurallar gereklidir demektir. Bu, ihtilalcî tanımına uygun fakat eşyanın tabiatına uymayan formüle<sup>(28)</sup> tekrar dönmeyeceğiz, çünkü C.C.'in benzer olarak değerlendirdiği iki durum arasında mutlaka bir fark vardır. Gerçekte bu farkın ayrı kurallar uygulamayı gerektirip gerektirmeyeceği araştırılır ve burada mahkemenin değerlendirme yetkisi oldukça artar.

Mahkeme hiç bir zaman ayrı kategorilere ayrı kurallar uygulamak gerektiğini söylememektedir. Bu maddi (özde) eşitliği sağlama yolunda önemli bir gelişmedir. Mahkeme sadece değişik kategorilere kanun koyucu değişik kurallar uygulayabilir (uygulamalıdır değil) demektir. Oldukça sınırlı da olsa bir ilerlemedir.

Bir başka gelişme 28 Temmuz 1987 (s. 48) tarihli kararı ile gerçekleşmiştir. İdare kamu hizmetlerinin grev yapan görevlileri için aylıklarından kesinti

(27) II Cumhuriyet sırasında Cavaignac'ın düzenlemesinden sonra "yaşasın sosyal cumhuriyet" demek kişiyi hapisaneye götürürdü.

(28) François Luchaire, La protection constitutionnel des droits et libertes, Economica, 1987, s. 215-264. Bu sayfalarda eşitliğe ilişkin en önemli kararlar zikredilmiştir.

yapan bir karara karşı; bu düzenlemenin uygulama alanının genelliği içinde kapsadığı değişik hizmetleri nitelikleri dikkate alınmadığı için bir çok durumda grev hakkının kullanılmasına karşı tehdit oluşturacağı hükmüne varılmıştır. İçtihat, Anayasa tarafından tanınmış bir hakkın kullanımını sınırlayan bir yasanın değişik durumları dikkate alması gerektiği şeklindeki bu karar yönünde gelişirse; eşitlik prensibi artık 1789'daki anlamında değerlendirilemez.

26 / Mali alanda bu ilke tamamen tersine çevrilmiştir. Özellikle Beyannamenin 13. maddesinin 1. kısmı; günümüzün moda olan terimini kullanmak gerekirse kadük hale gelmiştir, uygulanma kabiliyeti yoktur. Kamu gücünün ve İdarenin harcamalarının karşılanması için ortak bir katılımın vazgeçilmez olduğu belirtilmektedir. Oysa günümüzde vergi ve ona eklenebilecek mecburi sosyal ödentiler sadece İdarenin harcamalarının karşılanması ve kamu gücünün ihtiyaçları için değildir. Başka kategoriler için de alınmaktadır. Öyleyse bu maddeyi mali yetkiyi sınırlayıcı olarak değil, asgari genişlemesini dikkate alacak şekilde anlamak gerekir.

27 / İkinci olarak, Beyanname verginin yasal paylaşımı için "Tüm yurttaşlar arasında imkanları ölçüsünde" formülünü kullanarak sadece vergide orantılılığı öngörmüştür oysa günümüzde vergi müterakkilik prensibine dayanır.

C.C. müterakkiliği <sup>(29)</sup> kabul etmiştir, ancak keskin sıçramaları benimsemez. Gerekçe olarak verginin ödeme gücüne göre yurttaşlara dağılımı ilkesine başvurur, oranlar arasında büyük fark "kamu harcamaları karşısında tüm yurttaşlar arasında eşitlik prensibine aykırıdır" <sup>(30)</sup>.

Farkın kabul edilebilir olup olmadığını öğrenmeye gelince, buna mahkeme karar vercektir.

28 / Üçüncü ve son olarak, vergi gitgide gelirlerin yeniden dağıtımı için bir araç olarak kimi vergi yükümlüsü kategorilerinin diğerlerine bir yardımı olarak ortaya çıkmaktadır. Mahkeme için Beyannamenin 13. maddesi "yasa koyucunun bir veya daha fazla sosyo-profesyonel kategorinin, diğer bir veya daha fazla mesleki gruba yardımla yükümlü kılmasını" yasaklamamaktadır (16 Ocak 1986, s. 13). Böylelikle vergide eşitlikten uzaklaşıp vergi ile eşitliğin yolları aranmaktadır, eşitlik prensibi tersine çevrilmiş olmaktadır. Vergi yükümlüleri maddi eşitsizlikleri gidermek için hukuki olarak eşit olmayan vergiler vermektedir.

(29) 30 Aralık 1981, s. 42.

(30) 16 Ocak 1986, s. 9.

Bu tersine çevriliş nasıl haklı gösterilebilir? Günümüz devletinin temel niteliklerinden biri ile: Fransa Cumhuriyeti "sosyal" bir devlettir. Bu sıfat sayesinde, zengin olandan daha fakir olanlara vermek için almak, güçlüye karşı zayıfı korumak Lacardaire'in meşhur cümlesindeki gibi değil midir?

Öyleyse Beyanname devletimizin sosyal niteliği dikkate alınarak günümüzde tekrar okunmak -ve aynı zamanda düzeltilmek- zorundadır. Mülkiyet hakkındaki değişimleri açıklayan da bu sosyal karakterdir.

#### IV. Budanmış Bir Hak : Mülkiyet

29 / Mülkiyet hakkı, Beyannamenin 2. ve 17. maddelerinde görünür. Bu, bir insan hakları beyannamesi olduğuna göre, yazarları mülkiyet kelimesinden bireyinkini yani özel mülkiyeti kastedmektedirler. Oysa günümüzde bu kavram 2. ve 17. maddelerden farklı bir anlam taşımaktadır.

30 / 2. maddede mülkiyet hakkı, korunması bütün siyasal toplulukların amacı olan -C.C. bunu 16 Ocak 1982 tarihli Devletleştirmeler hakkındaki kararında tekrarlamıştır- doğal ve dokunulmaz insan hakları arasında yer alır. Bu maddede özgürlük hakkından, güvenlik hakkından, baskıya karşı direnme hakkından bahsedildiği gibi *malik olabilme hakkından* sözedilmektedir; yoksa *mülkiyet hakkından* değil (... il s'agit bien du droit a la propriété non du droit de propriété). Kaldı ki, mülkiyet hakkı dokunulmaz değildir şüphesiz devrimi yapanlar da bunu gayet iyi bilmekteydiler.

Mülkiyet hakkını girişim özgürlüğüne, yani ekonomi rejimine bağlayan C.C.'in daha önce zikredilen kararında bu anlam daha belirgindir. Kararı değerlendirenlerin çoğunluğu, ana fikrinin Fransa'nın sosyal bir cumhuriyet olduğu, sosyalist bir devlet olmadığı şeklinde yer aldığı görüşündedirler. Öngördüğü zorunlu evrim bir kenara bıkarılırsa, 2. maddeyi bu yönde yorumlayan Jean Jaurés yanılmamıştır.

31 / 17. maddede mülkiyet kelimesi malları içermektedir. Öncelikle kişilerden alınabilecek malları içermektedir, ayrıca Kurucu Meclis'in mülkiyeti değil, mülkiyetler sözcüğünü oyladığını düşünen tarihçiler bulunmaktadır.

Oysa, C.C. 17. maddeyi kamu mülkiyetine de uygulanabilecek şekilde okumaktadır; Kamusal işletmelerin özelleştirilmeleri ile ilgili yasal düzenlemeler dolayısıyla "1789 İnsan Hakları Beyannamesinin düzenlemeleri mülkiyet hakkına ve kişilerin özel mülkiyetlerinin korunmasına ilişkindir fakat eşit bir bi-

çimde Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyeti için de geçerlidir. C.C. bu kararında gerçekte kamu mallarının "özel çıkarlar izlenerek değerlerinin altına" özel kişilere bırakılması ihtimalini engellemek istemektedir; oysa bunun için eşitlik prensibi kararına yeterli dayanak olabilirdi <sup>(31)</sup>.

1789 Beyannamesinin kamu mülkiyetini de içine alan bu gelişmesi cesurca görünmektedir: Beyannamenin 17. maddesi toplumun haklarını sınırlayarak bir insan hakkını korumakta fakat hiçbir şekilde toplum haklarını savunmamaktadır.

Söylenebilecek olan, 1789 Beyannamesinin günümüzde, 1946 Anayasasının Başlangıcı ışığında okunmasıdır, çünkü 9. paragrafı geniş bir "ortak mülkiyet"i öngörmekte, gerektirmektedir; kişiden gerçek karşılığı ile alan Devlet kendi malını da ancak aynı şekilde satabilmelidir. Beyannamenin anlamı oldukça genişlemiş görünmektedir.

32 / "Beyanname ile ilan edilen ilkelerin anayasal değerleri bulunmaktadır. Mülkiyet hakkının temel karakteri bakımından da (...) bu hakka sahip olanlara verilen güvenceler bakımından da geçerlidir" diyen C.C., bu hakkın içeriği bakımından oldukça sınırlayıcı bir yorum da getirmiştir.

İhtilalcilerin kavramı, yani serbestçe tasarruf edebilme hakkı olarak mülkiyeti, Medeni Kanundan <sup>(32)</sup> alıntıladıkları şüphesizdir.

Serbestçe tasarruf edebilme yetkisi, mülkiyet hakkının en belirgin niteliğidir. C.C. de çeşitli kararlarında (22 Kasım 1959, s. 71; 8 Temmuz 1960, s. 35; 8 Eylül 1961, s. 50; 28 Kasım 1973, s. 45) yer vermiştir. C.C. kanun alanını belirleyen 34. maddenin kavramları vesilesiyle de değinmiştir; bu maddede "mülkiyet rejiminin temel ilkelerini" belirlemenin kanunla olabileceği düzenlenmiştir, ancak yasal bir değişikliğin bile mülkiyetin özüne tehdit taşımaması gerekir.

C.C., 16 Ocak 1982 tarihli kararında "mülkiyet hakkının kullanılma şartları... kamu yararının gerektirdiği sınırlamalarda belirginleşen bir evrim geçirmektedir" demektedir. Sınırlamaların, C.C. in belirttiği gibi, sadece kullanılma şartları ile ilgili olduğu, mülkiyetin "temel karakteri" yani serbestçe tasarruf yetkisi üzerinde olmadığı düşünülebilir. Oysa C.C. daha sonra, bu serbestçe tasarruf

(31) Lüzumlu olmayan bir gerekçenin kullanılması paralellik kurma endişesinden kaynaklanmaktadır: C.C. devletleştirilen işletmeler için tam bir tazminat hükmetmektedir; bu yüzden özelleştirilecek işletmelerinde gerçek değerleriyle satılmasını arzulamaktadır. Oysaki her iki tasarruf birbirinden tamamıyla farklıdır: Devletleştirme kamu gücü kullanılarak yapılmakta iken, özelleştirme sözleşme usulleri ile gerçekleştirilmektedir.

(32) Fransız Medeni Kanunu madde 545.

yetkisi üzerinde de önemli kısıtlamaları kabul etmiştir: İdare-yerel idare dahi bir mülkün satışla veya aynı anda kiralama ile bölünmesine, ifraza karşı çıkabilir (17 Temmuz 1985, s. 49); İş Mahkemesi malike, kendi seçimi olmasa dahi, arazisine bir çiftçi tarafından ekim yapılması yükümlülüğü yüklüeyebilir (26 Temmuz 1984, s. 58); bir ticari şirketin hissedarları -ki sahipleridirler- yöneticileri seçme haklarının kim zaman ellerinden alındığını görebilirler (20 Temmuz 1983, s. 49). Şüphesiz C.C. kararlarında "keyiflliklere" <sup>(33)</sup>, bir şirketin kârlarının hissedarları arasında paylaşımı hakkının alınmasına (20 Temmuz 1983, s. 97) karşı durmaktadır ama, kendi malından yararlanmadıktan, ifraz edemedikten ve üçüncü bir kişinin toprağını işlemesine rıza göstermek zorunda kaldıktan sonra mülkiyet hakkı neye yarar <sup>(34)</sup>.

Bütün bu örnekler devletin "sosyal" niteliğiyle açıklanabilir. Günümüzde birçok özel hukukçu mülkiyet hakkının, kamu yararı amaçlı sosyal bir fonksiyonu da içerdiğini kabul etmektedir <sup>(35)</sup>.

Mülkiyet aynı zamanda bir "dikenli tel" hissini vermektedir; devlet gerçek değerinin vermeden bütününe sahip olamamakta, ama getirdiği sınırlamalarla yaprak yaprak yolabilmektedir. Sonuçta İnsan Haklarının sosyal anlamı mülkiyet hakkını önemli biçimde budamaktadır, artık Jean Jaurés'in iyi bir kahin olduğu ortaya çıkmıştır.

Ancak gözden kaçırılmaması gereken husus, sınırlamaların keyfi olanı ile 1789 Beyannamesinin ilkelerine aykırı olmayanı arasında değerlendirmeyi yapabilecek Conseil Constitutionnel'in varlığıdır.

## V. Dengelenmiş (çözölmüş) Zıtlıklar

33 / Birbirlerine karşıt iki prensibi uzlaştırma veya ikisi arasında bir dengeyi tarif etmek için bu uzlaşma ve dengeyi zorunlu kılan şartları, oldukça sübjektif bir şekilde, incelemek gerekir.

34 / Mesela Taine tarafından ortaya atılan "ortak yarar üzerine kurulu", "Sosyal farklılıklar" ile birlikte, eşitlik prensibi (Beyanname madde 1) ve yetenek ile erdem dışında hiçbir ayırım yapmadan kamu hizmetlerine girmeyi (Beyannamenin 6. maddesi) nasıl bağdaştırabiliriz?

(33) 17 Temmuz 1985, s. 49.

(34) Ourliac, "La propriété pour quoi faire" Les Petites Affiches, no. 116, 27 sept. 1985, p. 11.

(35) Henri, Leon ve Jean Mazeaud "mülkiyet hakkı bireysel olmak durumunda ise de kullanılışı sosyal olmak zorundadır, bu da demektir ki malik başkalarının menfaatini de hesaba katmalıdır" şeklinde yazmaktadırlar. (Leçons de droit civil, t. II, 2 ed).

Conseil d'Etat, yüksek dereceli bir makamı işgal edecek bir kişinin yeteneğinin tesbitindeki "açık hatayı" müeyyidelendirerek tutumunu belirlemiştir. Conseil Constitutionnel, daha ihtiyatlı olmakla beraber aynı yaklaşımı kabul etmişe benzerdir <sup>(36)</sup>: C.C., 14 Ocak 1983 (s. 35) tarihli kararında E.N.A.'ya bir üçüncü giriş yolu kabul ederken, Beyannamenin 6. maddesini hatırlatmış, fakat, "yeteneğin, tecrübenin ve çıkar gözetmemenin, bir işe alınma sınavında gösterilen yeteneklere göre tesbit edilmesinin" "açık bir hata" dan kaynaklanıyor olmadıkça kanun koyucuya ait olduğuna karar vermiştir.

C.C. "aynı kamu görevi için değişik işe alma şekillerinin uygulanmasını" kabul etmiştir. Elçiliğe atamayı, sınırlı olması şartıyla, uygun görmüştür <sup>(37)</sup>. Fakat kimi atamaları kabul edilebilir kılan sınırlandırmalar ile Beyannamenin 6. maddesine uygun olmayacak derecede alçakça olanlar nasıl ayırdedilebilecektir? Elbette bu soruya cevap verecek olan Conseil Constitutionnel'dir. Hala aynı teşkilatın elemanları arasında farklılıkları "yasa ile ortaya konan kamu yararı düşüncelerinde temeli" <sup>(38)</sup> olduğu takdirde kabul etmekte; toplum yararı ile (Beyanname madde 1) ve kamu hizmetlerine girmede eşitlik ile (Beyanname madde 6) bağdaştırmaktadır. Zaten yargıç dışında kim kanunun amacının kamu yararı ile ilişkili olup olmadığını değerlendirebilir? Öyleyse yargıca tanınan, bir kanunun her düzenlemesinin bu amaca yönelik olup olmadığını genişbir değerlendirme imkanıdır <sup>(39)</sup>.

35 / Düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayılabilmesi ile (Beyanname madde 11) ulusal egemenlik (Beyanname madde 3) nasıl uzlaştırılır? Birincisi kimin açıklamak isterse yapabilmesini gerektirir fakat ikincisi yurttaşın genel iradesinin ifadesi için gerekli bilgilerin hepsine sahip olduğunu varsayar.

Bu anlaşmayı sağlamak için -ki gereklidir- Beyannameye ihtilalcilerin şüphesiz düşünmediği bir anlamı vermek gerekir : C.C. yazılı basın özgürlüğünün, basın işletmelerinin bir elde toplanmasını sınırlayan bir kanunda, sınırlarının bulunabileceğini kabul etmiştir. Çünkü "Siyasal ve genel haberleri içeren günlük gazetelerin çoğulculuğu... başlı başına anayasal bir amaçtır". (10 ve 11 Ekim 1984, p. 787) Çok daha genel bir hükümlerle, bütün haberleşme araçlarında

(36) 12 Eylül 1984 tarihli kararında (s. 73) Beyannamenin 6. maddesini ihmal etmemek şartıyla dışardan atamaları kabul etmiştir.

(37) Bu sınırlar öncelikle Bütçe Kanunu ile saptanmış kadro sayısı ile mevcut elçilerin en fazla % 5'i oranında olma şartıdır.

(38) 22 Aralık 1986, s. 174.

(39) Bu, yargıci bir yetki saptırmasını tesbite götürülebilir. Bu halde bir idari işlemin amaç unsuru ile (ve sebep unsurlu) kanunun amacının karşılaştırılması gerekir; bahsettiğimiz durumda bu karşılaştırma aynı metnin içinde, düzenlemenin konusu ile onu içeren kanununun arzuladığı amaç arasında, yapılmaktadır.



çoğulculuğu koruma biçimleri bakımından denetleme hakkını saklı tutmuştur (26 Temmuz 1986, s. 110). İşte sübjektifliğin istisnası olamayacak, sübjektiflikten kurtulamayacak bir değerlendirme, yapılmak zorundadır.

36 / Yargısal kararlara uymayı gerektiren (22 Temmuz 1980) güçler ayırımı prensibi ile (Beyanname madde 16); hukuka aykırı olarak atanmış iki kamu görevlisinden birinin atanmasının iptal edilmiş diğerinin henüz iptal edilmemiş olması halinde eşitlik prensibi nasıl uzlaştırılabilir? C.C. ikincisinin atanmasının geçerliliğin kabul edip de birincisinin iptalini "güçler ayırımı" prensibine dayandırarak bu prensibi eşitlik prensibine tercih ederek (26 Temmuz 1987, s. 38) karar vermiştir; pekâla tersini de yapabilirdi, çünkü bu iki prensip eş değerdedir.

### 37 / Suçsuzluk Karinesi (Beyanname madde 9)

"Yargısal hiç bir mahkumiyetin olmaması, cezai mahkumiyeti gerektirecek nitelikte olaylara dayanarak ülke dışına çıkarma kararı verilmesine engel olmamaktadır" (9 Ocak 1980, s. 29). Kamu düzeni yani güvenlik (2. madde) suçsuzluk karinesinden baskın çıkmaktadır; yine burada da biri yerine diğeri tercih edilebilmektedir.

38 / Beyannamenin iki maddesi arasında uygulamada birinin diğerine karşıt düşmesi muhtemeldir. Bu halde Anayasal Yargıcı birini diğerine tercih etmekte veya aralarında uzlaşma aramakta tamamen serbesttir.

### Sonuç : Ne tam anlamıyla aynı ve tam anlamıyla farklı

39 / Bu yazının değişik bölümlerini oluşturan başlıklar isteyerek tahrik edici nitelikte konulmuştur. Şimdi onları yumuşatma zamanı geldi.

Hayır hukuki güvenlik ilkesi anayasal sistemimizden silinmemiştir; yasanın ve yargı kararlarının geri planında yer almaktadır. Sadece metnindeki formülüne uygun biçimde yargı kararlarında yer almamaktadır; hukuki güvenlik ilkesi şekli olarak silinmiş içerik olarak korunmuştur. Özgürlük sınırlanmış, kimi zaman kamu düzeni ve kamu yararı için bir yana bırakılmıştır, bu doğru, ama buna rağmen prensip korunmaktadır. Kanun koyucu onu tamamen düzenleyemez. Sadece sınırlar koyabilir ve bu sınırların gerekliliğini hakim inceler. Özgürlük hakkı toplumumuzun temelidir.

Kanun önünde eşitlik ilke olarak kalmıştır. Yavaş bir evrimle yerini giderek kanun ile eşitliğe terketmektedir. Giderek tersine çevrilmektedir.

Mülkiyet bireysel bir hak olarak kalmıştır. Kullanımına getirilen sınırlamalar ile kısmen malikin hakkını kamu yararını hesaba katmadan kullanmaması gerektiği hissini vermektedir. Böylece bir bakıma azaltılmıştır ve bunun dışında, bu gerekçe ile sistemimizin ekonomik ve (belki biraz daha az olarak) sosyal temellerinden biri olmuştur. Mülkiyet kısmen budanmış bir haktır.

40 / Belirttiğimiz görüşlerde, Anayasal Yargı kararlarına genel olarak olumsuz baktığımız sanılmamalıdır. Tam tersine, bir başka bakış açısı olmaktan ziyade hukuk tekniğinden kaynaklanan eleştirilerimizi saklı tutmak şartıyla diyebiliriz ki bu yargı kararları ondan beklenilmesi gerekeni yapmıştır. Beyannameye güncel bir yorum getirmiştir.

Conseil Constitutionnel (özellikle bu, ama Conseil d'Etat da) Beyanname metnine kalabildikleri kadar bağlı kaldılar, çünkü düzenlemelerin biri hariç (Ceza kanununun geriye yürümezliği) diğerleri 1789 daki ile aynı olmayan değişik anlamlara müsaade edecek derecede muğlaktır. Ama yine de Anayasa yargıcına neredeyse sınırsız olarak yapabildiği ölçüde çağın gerektirdiği ilkeleri ortaya koyma yetkisi verdiği nasıl görülmez? Genel değerlendirmede mahkeme bunu ölçülü, iyi niyetli ve bilgece yapmıştır.

41 / 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyanname'si tarihin, Fransa'nın ve dünyanın önemli bir olayıdır. İnsanlık bilincine yerleşmiştir. Günümüzde ona verilen anlam "ne tam anlamıyla aynı ne de tam anlamıyla farklı"dır.

Birçok beyannameye, konvansiyona ve pakta yol açmış ve bunların yer yüzünde daha fazla görülmesine sebep olmuştur. Çünkü her zaman hayal etme imkanı vermektedir. Bu da onu "dünden daha çok ve yarından daha az" sevmek için bir sebeptir.